

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

OS VALORES SUPREMOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Porto Alegre
2014

GLADIS HELENA JORGENS PRADO

OS VALORES SUPREMOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dissertação apresentada à Banca de Qualificação de mestrado, do Programa de Pós-Graduação em Direito, requisito parcial de avaliação para a obtenção do título de Mestre pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Junior

Porto Alegre
Março de 2014

GLADIS HELENA JORGENS PRADO

OS VALORES SUPREMOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Esta dissertação de Mestrado Acadêmico foi submetida à banca examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na área de Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica - com ênfase em Direito Público - que lhe atribuiu a nota _____. Portanto, considerou:

() aprovada, com grau correspondente: _____.

() reprovada, com grau correspondente: _____.

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Junior

Examinador: Prof. Dr.

Examinador: Prof. Dr.

Examinador: Prof. Dr.

Porto Alegre
2014

DEDICATÓRIA:

Ao João Alberto;

Às filhas Márcia Helena e Mayara.

AGRADECIMENTOS:

Primeiro a Deus, com Ele tudo me é possível.

E, minha sincera gratidão às pessoas que estiveram ao meu lado nessa jornada:

Ao meu orientador, Professor Cezar S. Souza Junior, um visionário, exemplo pela dedicação ao direito, a quem agradeço pela generosa confiança, compreensão e paciência, por ter acolhido esta aluna e generosamente dividiu seus conhecimentos que possibilitam a conclusão deste trabalho;

À minha família pelo amor incondicional, compreensão, paciência, incentivos e renúncias. Nos últimos anos foram muitas noites, inúmeros finais de semana e feriados que deixamos de conviver para que eu pudesse chegar a este momento. Um especial destaque à minha filha Mayara que se fez presente e auxiliou na formatação. À minha sogra e Mãe do Coração Olda Lucho, por suas palavras e orações. E àqueles a quem devo a vida e me ensinaram valores, ao meu pai Hélio (em memória) e a minha mãe Albina.

Aos amigos Fabiane Borges, Marcos Aguirre, Rômulo e Marta Ávila, que tive o prazer de conviver durante o curso, pela amizade que quero cultivar para sempre. Ao Dr. Enrico Racca, professor de italiano jurídico.

Aos servidores do PPGDir/ UFRGS, que carinhosamente sempre me atenderam, e à bibliotecária Naimara da BIBDIR/UFRGS. À biblioteca da OAB/RS.

A todos aqueles todos que, diante da impossibilidade de nominá-los porque certamente deixaria algum de fora, fraternalmente contribuíram para a conclusão desta laboriosa etapa.

Recebem o meu agradecimento, esta vitória é possível porque vocês foram vigas e tijolos nesta construção.

A nossa Constituição não é imagem dessas catedrais góticas edificadas a muito custo e que representam no meio da nossa civilização adiantada, no meio da atividade febril do nosso tempo, épocas de passividade e de inação; a nossa Constituição é pelo contrário de formação natural, é uma dessas formações como a do solo onde camadas sucessivas se depositam; onde a vida penetra por toda a parte, sujeita ao eterno movimento, e onde os erros que passam ficam sepultados sob as verdades que nascem." (Joaquim Nabuco, discurso sobre a Reforma Constitucional, pronunciado em 29 de abril de 1879).

RESUMO

O trabalho tem por objeto material o estudo dos fins últimos do Estado, os valores supremos da sociedade brasileira, e outros valores que do coerência, equilíbrio, ajustamento à realidade sócio-jus-política e cultural da sociedade, identificados por SOUZA JUNIOR como valores relacionais. Dividido em três partes, inicia-se por uma visão geral, os valores supremos e a ordem sócio-política cultural, com um estudo tendo como ponto de partida a Pessoa Humana, o surgimento da sociedade e organização do Estado Democrático de Direito, os fundamentos jus-políticos do Estado. A segunda parte versa a respeito dos valores supremos no constitucionalismo ocidental moderno, iniciando por um estudo dos valores no Direito Constitucional Comparado, e dos valores superiores positivados na Constituição Espanhola de 1978. Ainda, procura-se uma resposta a respeito da força do preâmbulo diante da norma Constitucional e a aplicação dos fins do Estado de Direito. Na terceira, e última parte, os valores supremos definidos pelo Legislador Constituinte no preâmbulo da Constituição - a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça - encontram-se positivados como direitos individuais e sociais. E os valores relacionais do conjunto, ou integrativos – a fraternidade, a razoabilidade e a realidade. Por fim, os princípios político-constitucionais e princípios técnico-constitucionais. Assim, aqueles seis valores da ordem constitucional, valores fundamentais da sociedade fraterna, fundada na harmonia social, na ordem e solução pacífica dos conflitos. Este estudo, binômio direito e Estado, insere-se na Teoria Geral do Estado e no Direito Constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Valores Supremos. Constituição. Estado Democrático de Direito. Direito Constitucional.

ABSTRACT

The present work is the study material object of last ends of the state, the supreme values of Brazilian society, and other values that give coherence, balance, adjusting the reality politic-jus-social and cultural of the society that SOUZA JUNIOR identifies as values relational. Divided into three parts, begins with an overview, the values supreme and cultural social-political order, with one study having as starting point the Human Person, the emergence of the society and organization of a Democratic State based on the rule of law, state's fundamentals jus-political . The second part is about the supreme values in modern western constitutionalism, starting with a study of values in Comparative Constitutional Law, and superior values in the Spanish Constitution of 1978. Still seeking to find an answer about the strength of the preamble given the Constitutional standard and the application of the rule of law purposes. In the third and final part, the supreme values defined by the constitutional legislator in the preamble to the Constitution - freedom, safety, welfare, development, equality and justice, which are also found as individual and social rights. Furthermore, the relational values of the set, or integrative - brotherhood, reasonableness and reality, and finally, the political-constitutional principles and constitutional technical principles. So those, six values of the constitutional order, the fundamental values of fraternal society, founded on social harmony, order and peaceful conflict resolution. This study about direct binomial and State is part of the General Theory of State and Constitutional Law.

KEYWORDS: Supreme Values. Constitution. Democratic State of Law. Constitutional Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
I - PRIMEIRA PARTE: OS VALORES SUPREMOS E A ORDEM SÓCIO-POLÍTICA CULTURAL	15
1. FUNDAMENTO AXIOLÓGICO DA ORDEM JUS-POLÍTICA	16
1.1 <i>O Ser social: fundamento da ordem jus-política.</i>	16
1.1.1 <i>As dimensões do Ser Humano</i>	17
1.2 <i>O primado da dignidade da Pessoa Humana</i>	20
1.3 <i>O Direito natural</i>	22
1.4 <i>O consenso</i>	25
1.4.1 <i>Uma breve retrospectiva histórico-constitucional do Brasil</i>	27
2 OS VALORES NO ORDENAMENTO JURÍDICO	31
2.1 <i>A relação dialógica da ética e a política</i>	36
2.2 Regras, princípios e postulados	39
2.3.1 <i>Os Princípios frente o constitucionalismo contemporâneo</i>	40
2.3.2 <i>Os princípios conforme a Teoria dos Direitos Fundamentais de ALEXY</i>	43
2.3.3 <i>Postulados e sobreprincípios</i>	46
2.3.4 <i>Normas-princípios e norma-regra</i>	47
2.3.5 <i>Princípios axiológicos</i>	49
2.4 <i>Os princípios gerais informadores da ordem jurídica</i>	51
2.5 <i>Critérios de hierarquia dos princípios constitucionais</i>	52
2.6 <i>A ponderação de princípios de direitos fundamentais</i>	55
3. FUNDAMENTOS JUS-POLÍTICOS DO ESTADO	58
3.2 <i>O Estado de Direito</i>	59
3.2.1 <i>A soberania</i>	63
3.2.2 <i>A organização jus-política da sociedade</i>	65
3.4 <i>As instituições sociais e jurídicas</i>	67
II - SEGUNDA PARTE: OS VALORES SUPREMOS E CONSTITUCIONALISMO OCIDENTAL	72
1. OS VALORES NO CONSTITUCIONALISMO OCIDENTAL	74
1.1 <i>Os valores frente às normas e o direito comparado</i>	78
1.1.1 <i>Na Constituição do Uruguai</i>	82
1.1.2 <i>Na Constituição da Argentina</i>	82
1.1.3 <i>Na Constituição do Canadá</i>	83
1.1.4 <i>Na Constituição da República Italiana</i>	84

1.1.5 Na Constituição da República Federal da Alemanha	85
1.1.6 Na Constituição da França	85
1.1.7 Na Constituição de Portugal	87
1.1.8 Na Constituição dos Estados Unidos da América	89
1.1.9 Na Constituição espanhola	90
2 A TRADIÇÃO De PREÂMBULO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	94
2.1 As Constituições brasileiras	100
2.2 Função e eficácia jurídica do preâmbulo	103
2.4 Os valores no constitucionalismo brasileiro	109
2.5 O processo constituinte e a origem histórica da inserção de valores na redação do título preambular da constituição brasileira.	112
2.5.1 O processo de elaboração da Constituição de 1988	113
2.6 Os valores supremos do ponto de vista da norma:	117
3 O ESTADO DE DIREITO	121
3.1 A democracia e o estado de direito	123
3.2 O Estado democrático	125
3.3 A Ordem política-social e cultural	127
3.5 A relação dialógica entre a ética, a política e o direito	129
3.4 As normas e a jurisprudência brasileira	132
3.4.1 O discurso e paradigmas	134
3.4.2 O Tribunal Constitucional	135
III - TERCEIRA PARTE: OS VALORES SUPREMOS DA SOCIEDADE BRASILEIRA	141
1. Os valores supremos na constituição brasileira	143
1.1 Valores supremos: a liberdade e a igualdade	145
1.1.1 Os valores supremos sob a ótica iusfilosófica	147
1.2 A justiça	154
1.3 A segurança	162
1.3.1 Segurança formal e material.	164
1.4 A ordem e o progresso	167
2. OS VALORES RELACIONAIS DO CONJUNTO OU INTEGRATIVOS	171
2.1 A fraternidade	172
2.1.1 A fraternidade diante do Direito Constitucional Ocidental	178
2.2 A razoabilidade	180
2.3 A realidade	183
3. PRINCÍPIOS POLÍTICO-CONSTITUCIONAIS	184

4. <i>PRINCÍPIOS TÉCNICO-CONSTITUCIONAIS</i>	187
CONSIDERAÇÕES FINAIS	189

INTRODUÇÃO

Busca-se dar a esta análise uma conotação científica a este trabalho, assim, possui objeto material e objeto formal. A matéria de análise desta investigação, objeto material, é a inserção de conteúdo axiológico no constitucionalismo ocidental atual, no Estado Democrático de Direito, especialmente aqueles inseridos na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. O objeto material são os valores supremos identificados e relacionados pelo legislador constituinte brasileiro no preâmbulo da Constituição de 1988, e se encontram identificados como objetivos fundamentais da República (artigo 3º da Constituição), assim como os direitos e garantias individuais e coletivos, previstos no *caput* do artigo 5ª, da Constituição.

O objeto formal, o ângulo específico, o tratamento dado à matéria é, sob a ótica da hermenêutica constitucional, uma análise dos valores supremos da ordem sócio-política cultural do Estado Democrático ocidental resultante da tradição romano-germânica, especialmente aquele que surgiu no período posterior à Segunda Guerra Mundial. Pretende-se, a partir do Direito Constitucional Comparado, traçar um paralelo entre os valores superiores da Constituição Espanhola e os “valores supremos da sociedade brasileira fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e compromissada com a ordem interna e externa, que procura solucionar os conflitos de forma pacífica”. Nessa sentido, pretende-se inferir se a expressão *supremos, que* aparece pela via do poder constituinte, o mais alto dentro do direito nacional, a existência de outros valores em outro níveis. Parte-se da concepção que todo “o ato jurídico, ou lei positiva, consta de duas partes – o sentido íntimo e a expressão visível,”¹ como ensina Carlos Maximiliano, e não existem palavras em vão. No preâmbulo da Constituição brasileira estão relacionados os valores superiores, os grandes fins do Novo Estado Democrático e de Direitos que se formaram a partir da promulgação da Carta Constitucional. Assim, pode-se definir como pedra angular da investigação deste trabalho (objeto material), o conteúdo axiológico contido no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, especialmente o rol de valores supremos ali elencados. A partir desse

¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e a aplicação do direito*. São Paulo: Forense, 1992. 12ª ed. p. 14

ponto iniciou-se uma investigação das razões históricas que – dentro do contexto da ordem cultural, social e política – levaram à Assembleia Constituinte inserir axiologia² ao ordenamento jurídico brasileiro (objeto formal).

Para tanto, os resultados das pesquisas a respeito dos valores supremos, realizadas na perspectiva histórico-sócio-político-cultural da ordem democrática de direito encontram-se registrados e distribuídos ao longo de três seções.

Na primeira parte procura-se oferecer de forma geral, uma análise do tecendo uma breve retrospectiva da história das constituições brasileiras, a inserção de valores no ordenamento se dá a partir da relação dialógica entre a ética e a política e procurando diferenciar alguns conceitos axiológicos do ordenamento constitucional contemporâneo, bem como a existência de critérios hierárquicos e de ponderação dos princípios constitucionais. Assim, fundamento axiológico da ordem democrática de direito, que tem o Ser Humano como seu valor fonte. O ponto inicial de exame da matéria é a Pessoa Humana, como a pedra fundamental da existência do Estado de direito. A Pessoa Humana na perspectiva sócio filosófica, enquanto substância³, racionalidade e individualidade⁴, um ser que é, ao mesmo tempo, social e individual. Toda a construção da ordem jus-política social se encontra fundamentada nos valores da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Brasileira de 1988). Reconhecendo-se na Pessoa Humana o princípio e fim da existência do Estado. Dentre os valores axiológicos, procuram-se os conceitos que fundamentam o direito constitucional e a limitação do poder pelo direito. Cabe ao Estado como o garantidor dos direitos fundamentais do Ser Humano, através de suas instituições democráticas, promover o bem comum, a harmonia social e a ordem⁵. Tem-se na Pessoa Humana a fonte inicial, o princípio e o fim de toda a organização política-constitucional ocidental pós- Segunda Guerra Mundial, analisada sob o aspecto dos direitos fundamentais e a

² Axiologia (do grego *ἀξιος* "valor" + *λόγος* "estudo, tratado") é o estudo de valores, uma teoria do valor geral, compreendido no sentido moral. Tal como se descreveu na Alemanha por Max Scheler ou John Rickert e a França por Ruyer ou R. Polin, dentre outros.

³ A pessoa, para Tomás de Aquino, é substância enquanto é composta de corpo e alma, matéria e espírito. (AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Madrid: Moya y Plaza. 1880. Também disponível em <<http://sumateologica.wordpress.com/download/>>).

⁴ O Ser Humano é indivíduo e, ao mesmo tempo, ele também é um ser social, que necessita, para sobreviver, do outro Ser. Desde o nascimento o Ser Humano não sobrevive se não for cuidado por outro ser, não necessariamente humano (Na história, há relatos de crianças que teriam sido criadas por lobos. Inclusive, a mitologia faz referência a animais que “adotado” bebês humanos, ao suprir suas necessidades e aceita-los como integrantes do bando, possibilitaram a sobrevivência. Como exemplo clássico, mito, ou não, sobre o surgimento de Roma).

⁵ Neste trabalho, diante dos limites e objetivos propostos, não cabe a análise se, e em que medida, o Estado está cumprindo sua missão.

realidade da dignidade da Pessoa Humana, o bem comum como critério para a vida política e da sociedade. Ao estudar algumas instituições jurídicas de tradição romano-germânica pretende-se compreender o direito e a política no Estado Democrático de Direito. Para tanto, a análise dos fundamentos parte da abordagem dos valores sob a ótica social (causa matéria⁶), política (causa formal⁷) e cultural (causa final)⁸, definindo os critérios que diferenciem: as normas, as regras, os princípios, os postulados Constitucional Para tanto, pesquisa parte daquilo que já foi construído pelos autores clássicos do direito constitucional e teoria geral do direito, assim como reconhecidos cientistas sociais e filósofos, especialmente os gregos, alemães, italianos e ibero-americanos.

Na segunda parte, também subdividida em outras em três, busca-se desenvolver a análise dos valores supremos frente ao constitucionalismo ocidental, averiguando inicialmente as origens axiológicas que fundamentam a existência do Estado, nascida da relação dialógica entre a ética, a política e o direito na ordem sócio-político cultural global do constitucionalismo ocidental moderno.⁹ Parte-se do Direito Constitucional Comparado para verificar a existência de inserção de valores no constitucionalismo ocidental. Também na busca da origem dos valores se dará no projeto Afonso Arinos e no procedimento constituinte de tradição histórica constitucional brasileira. As origens, funções e a eficácia do preâmbulo, e por fim a dificuldade de aplicação jurisprudencial diante da ausência de um Tribunal Constitucional e do ativismo judicial atual. Teria o preâmbulo força normativa? . O substrato material utilizado foram os elementos da Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional para compreender a origem e função desses conceitos no final do século XX e início do século XXI. O objeto material, presente neste trabalho, reflete a relação direito e Estado, as fontes do direito no Estado Democrático de Direito. A hermenêutica de conceitos como normas, regras, princípios, postulados e valores. A existência de valores supremos na Constituição brasileira de 1988, inicialmente sugere a possibilidade de existência de hierarquia axiológica e essa idéia de uma organização vertical de valores também é encontrada no pensamento de alguns cientistas que analisaram o artigo 1º da Constituição Espanhola de 1978, havendo a necessidade de ponderação dos princípios de direitos fundamentais. Ao final de busca-se tecer os fundamentos jus-políticos do Estado.

⁶ Ou dimensão norma;

⁷ Ou dimensão fato;

⁸ Ou dimensão valor;

⁹

A terceira parte é fruto de uma construção conjunta com o Orientador, versa a respeito dos valores supremos da sociedade brasileira, os fins últimos do Estado, e os valores relacionais¹⁰ de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos – fraternidade, equilíbrio e realidade.¹¹ Tais valores supremos, do ponto de vista da norma e do aspecto linguístico, são os que iluminam, têm supremacia no ordenamento jurídico brasileiro. Os princípios Político-Constitucionais e os Princípios Técnico-Constitucionais.

Sociedade está constitucionalmente construída sob três pilares: o da harmonia social, o do comprometimento com a ordem interna e internacional, e o da solução pacífica das controvérsias.. Desta forma, o substrato material para a compreensão da função dos valores supremos, instituídos pela Constituição de 1988, são os elementos do direito constitucional e dados histórico-sócio-filosóficos que influenciaram aquele período. Igualmente, utilizando-se o estudo de direito constitucional comparado, os valores relacionados no preâmbulo da Constituição brasileira e outros preâmbulos das Constituições de cada um dos países analisados (México, Colômbia, Venezuela, Cuba, Chile, Portugal e Espanha). Sustentados no conceito de Constituição, de SOUZA JUNIOR, vista como um conjunto de normas, com ou sem instrumento codificador (dimensão fato), que institui ou regula uma Organização Fundamental do Estado (dimensão norma) tendo em vista os valores supremos do convívio, da convivência humana (dimensão valor).¹² Partindo-se da compreensão do Direito sob a tridimensional, vamos abordar neste estudo os três ângulos da realidade jurídica: o normativo (o Direito e ordenamento jurídico), sociológico (Direito e sociedade) e valorativo (Direito e valores).

¹⁰ Valores relacionais, esse termo não é originário da autora, é fruto de diálogos travados com o orientador, Cezar Saldanha de Souza Junior, durante o desenvolvimento destes trabalhos, inspirado na classificação dos princípios axiológicos de Jorge Miranda.

¹¹ Por oportuno, diante da ausência de obras que versem a respeito deste tema, valores superiores, e da forma como está posto, se esclarece que a ideia original não é desta autora mas pertence ao seu Orientador a quem se atribui também a autoria dos esquemas, por ele usados para ministrar aulas de Política e Teoria do Estado, no curso de graduação, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. O desenvolvimento é fruto de diálogos travados com ele.

Sobre os princípios do Estado de Direito, ver (FERREIRA FILHO, 2012), (BONAVIDES, 04.2012), (JELLINEK) e (REVERBEL, 2009) sobre os princípios e os direitos fundamentais (ÁVILA, 2011), (ÁVILA, 1999) e (ALEXY, 1998).

¹² SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Morfologia Política do Estado e Sistema de Poderes. In: Tese para exame de livre-docência, junto ao Departamento de Direito de Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pp. 157 e ss.

I - PRIMEIRA PARTE: OS VALORES SUPREMOS E A ORDEM SÓCIO-POLÍTICA CULTURAL

Partindo do conceito de Estado enquanto unidade política pode-se dizer que é a sociedade humana fixada sobre um território específico (causa material), submetida a instituições munidas de poder político soberano (causa formal), que tem por finalidade o bem comum (causa final), originada de necessidades básicas do homem (causa eficiente), constituída e operante por meio do direito (causa instrumental).¹³

Toda a reflexão que se debruça sobre o Estado tem como ponto de partida a concepção de pessoa humana. Encontramos em Tomás de AQUINO, a descrição de pessoa, definida por suas características: *Persona est rationalis naturae individua substantia*.¹⁴ Ou seja, pessoa humana é racionalidade, individualidade e substância. O humano é composto pela substância (corpo e alma, matéria e espírito); racionalidade (significa que o que tem de mais perfeito em toda a natureza, subsiste na natureza racional), e, por último, a individualidade e alteridade (ser totalmente individual e totalmente social). Não é possível separar a pessoa humana dessas três características que a compõe: substância, racionalidade, individualidade e alteridade.

A pessoa humana, mesmo sendo um ser individual, se realiza na sociedade. Portanto, é ao mesmo tempo um ser individual e social. A vida humana em sociedade, a vida do ser humano diante de outro ser humano, em face de entretchoques de interesses¹⁵ ou conflitos¹⁶ que inevitavelmente ocorrem, precisa ser ordenada pela comunidade a fim de atingir a

¹³ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. A supremacia do Direito no Estado Democrático e seus modelos básicos. Tese para concurso de Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Porto Alegre: s/n, 2002.

¹⁴ (AQUINO, 1880, p. II, 29, a.3)

¹⁵ Termo utilizado por Marcos Bernardes de MELLO, na obra Teoria do Fato Jurídico. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p.3.

¹⁶ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Consenso e Democracia Constitucional. 1ª ed. Editora Sagra Luzzatto. 2002.

harmonia e o bem-estar. Por isso A finalidade do Estado é promover o bem comum – o bem de todos naquilo que todos temos de comum¹⁷- da *Pólis*.

Na concepção de MARITAIN, objeto de estudo da tese de doutorado de Gregório PECES-BARBA Martínez, a tensão “*persona-sociedad es, pues, uno de los puntos claves de todo su edificio social y político*”.¹⁸ Assim, o ser humano no convívio social é a fonte da existência do Estado e nesse está o ponto de partida desta unidade, um breve estudo a respeito da Pessoa Humana e suas dimensões, inserida na sociedade organizada política, jurídica e culturalmente. E, é o Estado de Direito o garantidor de uma vida digna em favor do bem comum.

1. FUNDAMENTO AXIOLÓGICO DA ORDEM JUS-POLÍTICA

1.1 O Ser social: fundamento da ordem jus-política.

Todo estudo a respeito do Estado prescinde de uma reflexão a respeito da concepção de Ser Humano¹⁹. Assim, o ser humano, na visão de ARISTÓTELES, PLATÃO, PLOTINO, SANTO AGOSTINHO, dentre outros filósofos, é constituído de uma substância material – formada de dois elementos: a matéria e a forma - e de substância espiritual²⁰, que se completam na sua profunda unidade. Una é a natureza do ser humano, e sua essência é “ao mesmo tempo plenamente individual e plenamente social, apresenta seu centro indivisível – o eu pessoal – uma pluralidade distinta dependências fundamentais, a que correspondem potencialidades de realização e potencialidades, abre-se e expande-se um leque de áreas de atividade”. É dentro dessas atividades humanas, com suas especificidades e autonomias legítimas, que o Ser Humano interage com o ambiente e com as pessoas, trata-se das dimensões do humano.²¹

¹⁷ SOUZA JUNIOR, A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus modelos básicos, 2002, p. 29.

¹⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Persona, sociedad, Estado: pensamiento social y político de Maritain*. Cuadernos para el diálogo. Madrid: Edicusa, 1972, p. 149.

¹⁹ (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 23)

²⁰ Aristóteles, Platão, Plotino, Agostinho Tomás, Descartes, Leibnitz, e outros, defendem a ideia de que o homem é composto de duas substâncias, uma é material e a outra é espiritual.

²¹ Sobre as dimensões do Ser Humano veja o item 1.1.1. e (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 24 et seq)

Para DWORKIN o ser humano é naturalmente um ser social, isto é, um ser onde a felicidade pessoal, individual de cada um, depende das “condições do convívio como os demais em sociedade”. Nesse sentido, o conceito de direito é constituído justamente como ideia de comunidade. O *direito como integridade*, os direitos e deveres vistos como criados por um único autor, ou seja, a comunidade personificada. É nessa que está a força da integridade. É da comunidade, das associações fraternais, que emergirão as obrigações. Em contrapartida, para GUEST a pessoa “deveria ser constituída por um compromisso com várias ‘formas de vida’, como a busca por projetos e carreira”²² e, o papel da comunidade é fornecer, através de instituições públicas, os meios para que as “opções adequadas” possam ser oferecidas. Na visão deste autor, cabe a essa comunidade a preocupação com “várias formas perfeitas de se viver”²³, sem que com isso se interfira na liberdade individual de escolha.

1.1.1 As dimensões do Ser Humano

MONDIN a partir da fenomenologia do agir humano constata uma multiplicidade de dimensões, de atividades, de operações. Conforme o autor existe o *homo faber*, o *homo volens*, o *homo sapiens*, o *homo ludes*, o *homo loquens*, o *homo viviens*, o *homo somaticus*, o *homo sentiens*²⁴ várias atividades se implicam reciprocamente. As dimensões do humano, nas áreas das atividades humanas, cada qual têm sua autonomia e especificidades próprias, dentro das quais o ser humano interage com o ambiente natural e com as outras pessoas.²⁵

Para SOUZA JUNIOR, o Ser Humano do século XXI admite várias dimensões, todas elas ao mesmo tempo, ou seja, a unidade do ser comporta sete dimensões diferentes, autônomas e harmônicas entre si. Essas dimensões são autônomas umas em relação às outras, num regime democrático, ao mesmo tempo em que se interpenetram sem confundirem-se, enlaçam e se completam. Desta forma, o Ser Humano é um ser econômico, científico,

²² (GUEST e BORGES, 2010, p. 278)

²³ (GUEST e BORGES, 2010, p. 278)

²⁴ Para aprofundar o estudo sobre as dimensões humanas numa visão filosófica, sugere-se as obras de MONDIN, B. especialmente no seu livro: **O homem quem é ele?** Elementos de antropologia filosófica. 3ª ed. São Paulo: Edições Paulinas, 1926. p. 271 e ss.

²⁵ MONCADA, L. Cabral de, na obra **Problemas de Filosofia Política**, Coimbra, Armênio Amado Ed., 1963, p. 10.

estético, religioso, ético, político e jurídico.²⁶ Ele é ser eminentemente político, jurídico, ético, científico, econômico, religioso e artístico. Nesse diapasão, o Autor reconhece a existência do “primado instrumental da ética e da política, na medida em que a elas toca a delicada missão de buscar a harmonização das demais dimensões humanas, em campos justos e seguros”²⁷. Conforme o esse autor, cabe à ética estabelecer relações e limites recíprocos justos entre todas as dimensões existenciais, e à política assegurar o convívio social seguro entre os seres humanos, para que cada um possa buscar – individual ou no grupo social – o equilíbrio à feliz realização das suas dimensões.

As três últimas dimensões do ser – o ser ético, o ser político e o ser jurídico - operam ajustamentos vitais quando em situações de conflito. A ética, verticalmente ajusta, em cada consciência humana, as dimensões do humano, na direção do bem superior; a política ajusta no plano do convívio com os demais seres humanos, as dimensões do ser; enquanto que a dimensão do ser jurídico é a ponte que “liga um mínimo de ética a um mínimo de coerção, sem pretender substituir-se nem a uma, nem à outra. O ser humano, para realizar-se social e pessoalmente, depende e é capaz de direito”²⁸. cabendo à ética e à política o primado de instrumentalizar a busca de harmonização das demais dimensões humanas. Contudo, o ser humano é uno e una é a sua natureza²⁹. Por meio do esquema abaixo, didaticamente visualiza-se as dimensões humanas, contudo, deve-se uma ressalva que todas as dimensões devem ser proporcionalmente iguais, sendo que a dimensão jurídica, política e ética são vitais ao ajustamento das demais dimensões humanas.

²⁶ No estudo das dimensões humanas, a dimensão do ser jurídico foi acrescentada recentemente por SOUZA JUNIOR. Conforme anotações realizadas em aula aos alunos do curso de graduação em Direito, PTE, 2012.

²⁷ (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 25 e ss).

²⁸ Informação oral e material elaborado e distribuído nas aulas de Política e Teoria do Estado, curso de Graduação em Direito, na UFRGS. (SOUZA JUNIOR, 1ª e 2ª semestre de 2012). Conforme o autor, “Todo o ser humano (pessoa humana) é, de alguma forma, ao mesmo tempo, pelo menos potencialmente, um cientista; um artista; um empreendedor; um crente; um cidadão; um sujeito ético e um sujeito de direito. Cabe à educação – formal e informal - o preparo da pessoa para o exercício simultâneo, autônomo, ajustado e responsável, de todos esses papéis.

²⁹ SOUZA JUNIOR.. A supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos. 2002, p.23.

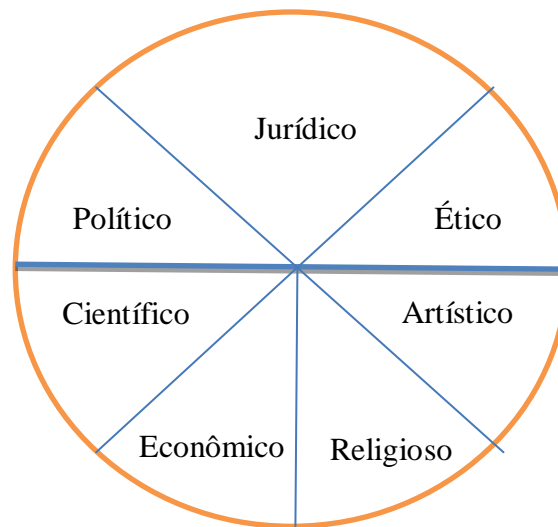


Figura 1 As dimensões do Ser Humano ⁽³⁰⁾

A felicidade humana, ou bem-estar, é alcançado a partir do equilíbrio, da harmonização dos fins de todas essas dimensões humanas. Conforme o autor, “Cada ser humano torna-se feliz quando consegue encontrar o ponto ótimo de equilíbrio na realização de todas as dimensões de sua existência, atento ao seu fim último.”³¹ É dessa natural sociabilidade humana em busca da felicidade que se extrai os princípios que darão fundamento e regramento às atividades jurídicas. Essas atividades dizem respeito à Pessoa Humana e a sociedade como um todo. A essência humana é plena, ao mesmo tempo é individual e social. Os fundamentos axiológicos da ordem jus-política têm por ponto de partida o mesmo fundamento antropológico, a natureza da pessoa, as dimensões do humano. A respeito dos princípios axiológicos, ou valores humanos que dão fundamento ao regramento jurídico, exclusivamente àqueles que se encontram expressos na Lei Maior, é que se destina este o presente estudo.

REVERBEL acrescenta que o Estado atual existe para proporcionar a realização dessas dimensões humanas em sociedade, a busca da realização do bem comum, esse é o fim

³⁰ Este modelo não é ideia originária da autora, mas é produto de conversas com o seu orientador que o desenvolveu de forma didática para apresentar aos seus alunos da Graduação em Direito, na disciplina de Política e Teoria de Estado, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Destaca-se que a desigual proporção na divisão no esquema é produto da dificuldade de operacionalizar o desenho e o propósito de ressaltar os valores - ético, político e jurídico - como dimensões vitais de ajustamento. Para um desenvolvimento adequado, harmônico, deve haver equilíbrio entre todas as dimensões humanas, sem que uma se sobreponha às outras.

³¹ (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 28)

último da existência do Estado, ele é o meio que proporciona a realização da Pessoa em todas as dimensões.³² A mesma causa material, ou seja, a realidade social e econômica, em sua extraordinária riqueza e diversidade, e, por fim, a mesma finalidade, o bem público.

Ocorre que, na prática, a forma como as dimensões humanas se relacionam não é tão simples, o Ser Humano tem a tendência a dar preferência a alguma dimensão em detrimento de outras. Em razão dessa desproporcionalidade de escolhas pelas dimensões, SOUZA JUNIOR identificou três grupos ideológicos: o primeiro grupo recebe a qualificação de “fundamentalismo”, está associado aos regimes totalitários, nesse são negada as autonomias recíprocas entre as dimensões da existência, prevalecendo uma das dimensões como substancialmente determinante. Essas seriam fundidas pelo grupo ideológico que domina as alavancas do poder, sufocando os espaços multiformes e livres, indispensáveis à realização humana, fecunda e responsável.³³ O segundo grupo, o “compartmentalismo”, é contrário ao primeiro, ou seja, defendem a absoluta e total independência das dimensões, que desabam em um liberalismo absoluto e anárquico, ou em um “positivismo jurídico *nihilista*.”³⁴ Por fim, o terceiro grupo, “do pluralismo”, as seis dimensões humanas são autônomas, em campo próprio e específico de suas competências, na realidade concreta da vida “interpenetram-se, entrelaçam-se e completam-se, [...], sem, todavia confundirem-se”. Esta autora inclina-se por esse último grupo, do pluralismo das dimensões, porque vê nessa a fórmula que mais se aproxima a um Estado do bem comum, que respeita a individualidade, as autonomias e liberdades, os valores democráticos.

1.2 O primado da dignidade da Pessoa Humana

A marca do ingresso do Brasil no constitucionalismo de valores, no sentido de SOUZA JUNIOR, é o artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988, elencando a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, e o artigo 3º, inciso IV, que proclama como objetivo fundamental do Estado o bem de todos, o bem comum. De forma inédita nessa Constituição é

³² REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e o Estado de Direito. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 04, n. 1, março de 2009, p.2.

³³ (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 26)

³⁴ Termo usado por Bernardino Montejano, (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 27)

apresentada a dignidade da pessoa humana³⁵, que como alicerce da Ordem jus-política torna-se a base do sistema jurídico, o fundamento de todo o sistema constitucional, o Ser humano é o fundamento e fim do Estado. Portanto, concebido o primado do humano sobre o próprio Estado Democrático de Direito.

Historicamente, o primeiro instrumento normativo que versou sobre a limitação do poder reconhecendo direitos e garantias individuais e políticos, foi a Magna Carta Inglesa, *Magna Charta Libertatum*, de 15 de junho de 1215. Esse instrumento foi seguido por quatro instrumentos que traçaram, na Idade Moderna, diretrizes fundamentais para os Direitos Humanos, o *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1689, e a Declaração de Direitos de Virgínia³⁶. Com a Revolução Francesa, trouxe para o constitucionalismo moderno a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, trazendo os direitos individuais (direito à vida e à liberdade) oponíveis à ação do Estado. Os Direitos de Liberdade foram os primeiros a constarem nos instrumentos constitucionais daquele período.

Um novo marco, a ampliar a garantia da intangibilidade da dignidade da pessoa humana,³⁷ surge após a experiência do genocídio da Segunda Guerra Mundial, da derrota da Alemanha e das ditaduras instaladas. A partir dessa experiência histórica não é possível se falar em sistema jurídico legítimo e justo que não seja centrado na Pessoa Humana. A Pessoa passou a ser pensada não mais unicamente como absoluta individualidade, ou como um ser edificado por si mesmo, ou sobre si mesmo, como se as suas características próprias não dependessem senão de si próprio. A Pessoa deixou de ser pensada como pura célula de um organismo disposto e passaram a reconhecer-lhe, quando muito, um papel funcional no interior de um sistema

Uma sociedade que pretenda ser justa somente pode ser realizada no respeito pela dignidade transcendente da pessoa humana. Esta representa o fim último da existência do Estado, que a

³⁵ A pessoa, para Tomás de Aquino, é substância enquanto é composta de corpo e alma, matéria e espírito. (AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Madrid: Moya y Plaza. 1880. Também disponível em <<http://sumateologica.wordpress.com/download/>>).

³⁶ A Declaração de Direitos de Virgínia, proclamava o direito à vida, à liberdade e à liberdade, ainda, os princípios da legalidade, do devido processo legal, o Tribunal do Júri, o princípio do juiz natural e imparcial, e as liberdades de imprensa e religiosa. Proclama os direitos naturais e positivados inerentes ao ser humano. Essa declaração influenciou a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 1776, a Carta dos Direitos dos Estados Unidos, de 1789, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, de 1789.

³⁷ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 25 e ss.

ela é ordenada³⁸. Justa é a sociedade que atende, como deveres prestacionais do Estado, as o direitos atinentes às dimensões humanas, ou seja, uma sociedade fundada com base no compromisso ao respeito a esse princípio é razão da própria sobrevivência da sociedade harmônica, fraterna, pluralista e sem preconceito (expressão do artigo 3º da Constituição brasileira).

Hoje se concebe a Pessoa Humana como o valor fonte da existência do Estado. É para ela e por ela o Estado existe. Trata-se de um princípio essencial, significativo vetor interpretativo, é o “verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz de modo expressivo um dos fundamentos em que se assentam entre nós, a ordem republicada e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.”³⁹ O conceito de dignidade da Pessoa Humana é alçado, a partir da Constituição de 1988, a fundamento da República Federativa do Brasil.⁴⁰

Para a satisfação das necessidades humanas, e atender o Ser Humano em todas as suas dimensões. Às necessidades humanas naturais, categorias antropológicas de valor, são aquelas atinentes à vida e à sua conservação, ou necessárias, aquelas inseridas no plano cultural e moral, e, as necessidades radicais, que seriam derivadas de opções ideológicas conscientes, realizadas em sociedade.

1.3 O Direito natural

O Ser Humano vive cercado de conflitos, nas mais diversas áreas, e há a necessidade de evita-los, seja preventiva ou repressivamente, para tanto, para regulamentar o convívio pacífico em sociedade e a organização sociopolítica, é que são criadas as leis. Nem sempre o direito encontra-se positivado, regulamentado por um conjunto de normas escritas, dessa forma, historicamente um longo caminho foi percorrido na evolução do Direito. Durante muito tempo o direito natural foi um continente que se não agrupado os diversos critérios e fatores de fundamentação do ordenamento jurídico. O aperfeiçoamento dos ordenamentos jurídicos, suas “sofisticações” normativas e erupção do positivismo formalista na reflexão

³⁸ (NUNES, 2002, p. 25 e ss).

³⁹ (HC 85.988-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10/06/05, e, do mesmo relator, HC 85.237, DJ 29/04/05).

⁴⁰ Nesse sentido, RE 248.869, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 12/03/04.

iusfilosófica, levam a considerar o ordenamento jurídico positivo como um ente autônomo ou autossuficiente que não necessita de nenhuma fundamentação alheia a ele próprio. Descoberta pela razão humana, essa lei natural é a mesma para todos os seres humanos, por isso é superior às demais leis humanas que dela derivam, e é imutável em seus princípios.

Tem-se em Santo AGOSTINHO⁴¹ e, posteriormente, em São TOMAS DE AQUINO⁴², que o direito natural provém da vontade Divina e por Esta é revelada aos homens.

O inglês Thomas HOBBS⁴³ defende que o direito natural surgiu naturalmente através do instinto, o estado natural⁴⁴. Já o jurista Hugo GRÓCIO⁴⁵ defende o direito natural como produto da razão humana. Expressão da Escola de Direito Natural e das Gentes, GRÓCIO “[...] reequacionou a doutrina do direito natural”⁴⁶ destacando dois pontos: o primeiro, ele chama de “laicização do direito natural” - nesse haveria leis comuns, imutáveis, perenes, fornecidas pela Razão, “escrita no coração dos homens”, essas contém normas que “são obrigatórias por si mesmas, em razão do que são concebidas como necessariamente ordenadas ou proibidas por Deus”, o segundo, a concepção de “sistema de regras gerais, ou princípios”⁴⁷, e direitos subjetivos, faculdades ou poderes.

⁴¹ Agostinho de Hipona, ou Argelius Augustinus Hipponensis (em latim), conhecido universalmente como Santo Agostinho, um dos mais importantes teólogos e filósofos dos primeiros anos do cristianismo, escreveu duas obras-primas, “A cidade de Deus” e “Confissões”. In <www://pt.wikipedia.org/wiki/Agostinho_de_Hipona>, acesso em 23 junho, 2013.

⁴² O italiano Tommaso d’Aquino, também conhecido como Thomas de Aquino, São Tomás de Aquino, um dos mais importantes proponentes da teologia natural e o pai do tomismo. Seu pensamento ainda influencia a filosofia, especialmente quando se refere à ética, lei natural, metafísica e teoria política. O filósofo/teólogo abraçou diversas idéias de Aristóteles, de quem teria sintetizado as teorias como princípios do cristianismo. Nascido em 25 de janeiro de 1225, faleceu aos 49 anos, em março de 1274. In <pt.wikipedia.org/wiki/Tomás_de_Aquino>., acesso em 23 de junho, 2013.

⁴³ Thomas Hobbes, nasceu em abril de 1588 e faleceu em dezembro de 1679, autor de obras como “Leviatã” (1651) e “Do cidadão” (1652). In <pt.wikipedia.org/wiki/Thomas_Hobbes>, in 24 de junho, 2013.

⁴⁴ Em suma, ele reconhece no estado natural que existem diferenças naturais entre os homens, inteligência, força, mas cada um tem direito a tudo, uma vez que “todas as coisas são escassas, existe uma constante guerra de todos contra todos(Bellum omnia omnes)” e que é natural que os homens tenham desejos e interesses próprios de acabar com a guerra. Por isso formam sociedades entrando num contrato social. Defende a necessidade de autoridade para o qual os membros devem abdicarem parte de sua liberdade natural para que essa autoridade (o Leviatã) possa assegurar a paz interna e a defesa comum. Defendia a idéia de um poder absoluto e centralizado como garantidor da paz.

⁴⁵ Hugo Grócio também é conhecido por Hugo Grotius, Huig de Groot ou Hugo de Groot, nascido em abril de 1583, faleceu em outubro de 1645, jurista a serviço dos Países Baixos. Desenvolveu o Direito internacional a partir do Direito Natural. Obra conhecida “*De iure belli ac pacis*” (*Das leis da guerra e paz*) escrita em 1625, aparece o conceito de direito natural e de guerra justa.. Esse Autor foi conselheiro do Príncipe Maurício de Nassau. Para ele o direito era dividido em divino e o que é humano, leis primárias e secundárias da natureza. In <pt.wikipedia.org/wiki/Hugo_Grócio>, acesso em 28 de julho, 2013.

⁴⁶ (FERREIRA FILHO, 2010, p.10).

⁴⁷ GRÓCIO, Hugo. *De jure belli ac pacis*, tomo I, 1925. *Apud*, FERREIRA FILHO, 2010, p.10.

No estado de natureza, o homem dotado de liberdade projeta em direitos de que pode usar segundo lhe convier. Esses direitos naturais devem ser assegurados pela razão que é comandada pelo Pacto Social, ou seja, pela Constituição. Nesse sentido, entendendo como pacto social de direitos subjetivos, expressados na Constituição, converge HOBBS⁴⁸, LOCKE e ROUSSEAU. Autores que têm influenciado o constitucionalismo, especialmente quando se trata de temas como a origem popular do poder e a doutrina de separação dos poderes. Para FERREIRA FILHO o *pactum subiectionis*⁴⁹, ou pacto de sujeição, na qual atribuiu poder ao monarca por meio de um pacto, do qual, em troca da obediência do povo decorriam limitações e deveres ao rei que deveria zelar pelo bem comum e resguardar a comunidade ofertando segurança.

Discípulo de LOCKE, VOLTAIRE concordava com seu mestre a respeito dos direitos naturais do homem à vida, liberdade e a propriedade. E do fato de ser objeto do Estado a proteção de seus cidadãos. Atribui-se ao Autor a influência na declaração de garantias dos direitos como o de liberdade, de propriedade, de segurança e de resistência à opressão. Consequentemente suas concepções teriam afastado a nação inglesa do limitado exercício dos direitos naturais de cada homem frente aos direitos dos membros da sociedade (o bem comum). VOLTAIRE e MONTESQUIEU também influenciaram a revolução francesa, especialmente atribui-se a esses autores os direitos: a terra pertence àquele que nela trabalha; o direito a vida; o da igualdade dos homens perante Deus; e o combate à tirania do rei. Naquela época VOLTAIRE criticou LOCKE pelo fato dele não ter provado a existência de um princípio universal moral.⁵⁰

Entende-se que a primeira grande revolução da Ciência do Direito se fez no começo do século XIX, quando o direito natural passou a ser positivado em códigos. Restando, como segundo marco, no século seguinte, a positivação de princípios nas constituições, impulsionada por uma nova inspiração de valores, as relações cívicas, concretiza e universaliza os direitos fundamentais de três gerações subsequentes – dos direitos civis e políticos. O

⁴⁸ HOBBS, Thomas. Do Cidadão. RIBEIRO, Renato Janine (Trad.), 2ª ed., clássicos. São Paulo: Martins Fontes, 1998

⁴⁹ Conforme Ferreira Filho, 2010, p. 11. A tese de que o poder vinha de Deus – *Omnis potestas a Deo*, da era medieval, foi revivida na França no início do século XVIII, mas encontrou resistência pelos monarcômanos que perseguiram os protestantes, como Junius Brutus (Hubert Languet) no seu livro *Vindiciae contra tyrannos* e por Le Paige. Foi invocada contra Luís XV e Luís XVI, na França, e contra Carlos I, na Inglaterra, durante a guerra civil.

⁵⁰ A existência de um princípio universal e moral atinente a todos os homens é uma das características para identificação daqueles identificados como direitos humanos fundamentais. A respeito desse tema retomaremos quando abordarmos, mais adiante, os princípios na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.

humanismo, marca dessa segunda revolução, tem origem nas associações dos direitos sociais, direitos do gênero humano, e ao direito que os povos têm ao desenvolvimento.

Portanto, não há como negar que o constitucionalismo moderno tem seu pilar no constitucionalismo antigo⁵¹, nesse se inspira o modelo jurídico-institucional que hoje, assim como antes, procura-se implantar por meio da Constituição escrita.⁵²

1.4 O consenso

A sociedade é o espaço de coexistência e de interações entre pessoas, grupos, forças, segmentos, com demandas e interesses nem sempre convergentes. As interações combinam em processos sociais. Filósofos contratualistas anteriores à MONTESQUIEU já defendiam a existência em um Estado, governo ou sociedade, em algum momento, de um acordo em que os homens avalizam o poder que sobre eles será exercido⁵³. Essa idéia não foi compartilhada por MONTESQUIEU, o que lhe interessava não era como o poder era constituído primordialmente, mas, a sua reposição a cada instante. Para esse filósofo político, “nenhuma forma de governo subsiste se faltar a paixão que lhe serve de suporte.”⁵⁴ Esse sentimento defendido por MONTESQUIEU, a paixão que dá suporte à forma de governo pode ser interpretado como o sentimento de “*consensus*”⁵⁵.

João Camilo de Oliveira TORRES, ao referir-se à doutrina do dualismo, traça uma distinção entre os “os governos baseados no assentimento do povo, ‘*consensus*’ e a doutrina da soberania popular”. No *consensus* o poder é “algo distinto do povo, quanto ao exercício,

⁵¹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, lembra que o termo “*constitutio*” vem do latim, foi usado sobretudo no período pós-republicano, numa acepção técnico-jurídica, para designar a manifestação de vontade normativa do *princeps*. Era um termo empregado no Império para indicar leis editadas pelo Imperador, também usado pela Igreja, para nomear atos normativos expedidos pelo Papa. Em todos os casos o termo está vinculado a atos expedidos pela mais alta autoridade. Encontramos o emprego do termo no De Republica, por Cícero, para designar a combinação de três formas “puras” de governo. Em Cícero o termo abrange não só a organização do poder, mas também a organização social e econômica, ou seja, designa a organização total da cidade-Estado. p.22/23

⁵² (FERREIRA FILHO, 2010) p. 05.

⁵³ Nesse sentido encontramos a teoria *iusfilosofica* de Locke – limitação do governo – ou de Hobbes – o contrato confere legitimidade aos atos de governo.

⁵⁴ (MONTESQUIEU, 2004, p. XXXIII).

⁵⁵ Consensus é o sentimento de Povo, na definição de João Camilo TORRES.

tendo, porém o bem do povo como seu objetivo máximo e principal.” [sic] ⁵⁶ Segundo o autor, os ”governos de *consensus* vigoraram até a Revolução Francesa, e hoje sobrevivem na Inglaterra e alguns outros países.”⁵⁷

O Autor estabeleceu conceito de povo. O Povo, ainda que seja composto por indivíduos é uma “pessoa pública distinta”⁵⁸. A distinção resulta do fato de que governo de *consensus* visa o bem do povo, a soberania popular, isto é, visa beneficiar a maioria dos indivíduos. A concepção de povo não é apenas o espaço geográfico, a identidade de língua ou de religião que o constitui, mas, a existência de Povo se dá quando os indivíduos ou famílias adquirem a consciência de uma “comunidade de destinos”.⁵⁹ Ou seja, ainda que a origem de todos os povos encontre-se na existência de uma autoridade comum, para surgimento do sentimento de Povo é necessário que os indivíduos tenham um passado comum e sujeição, ao longo do tempo, a uma mesma autoridade. Constata-se historicamente que “O rei comum faz com que, na maioria dos casos, as cidades e as famílias adquiram a consciência de que todos pertencem a uma unidade mais ampla.” ⁶⁰

O entendimento de que há oposição entre os interesses do Estado e os do Povo não é verdadeiro. TORRES esclarece que a oposição que existe é entre os interesses do povo e os interesses particulares ou individuais, existe nos momentos que se colocava como “princípio a defesa do indivíduo contra o Estado, isso é, os interesses do particular contra o bem comum.”⁶¹ A coisa pública pertence ao povo, “que pode usá-la, mas dentro de certas limitações, dentro dos limites da lei, da finalidade e dos objetivos da instituição”. O governo de *consensus* é para o Povo e visa o bem comum.

O Direito surge em qualquer Estado, em qualquer época e lugar como um conjunto de normas fundamentais, escritas ou não, referentes à sua estrutura do Estado, à sua organização e a sua atividade. A Constituição é a expressão jurídica do enlace entre o poder e a comunidade política, ou entre governantes e governados⁶², entre o Poder e o Direito⁶³. Ele

⁵⁶ TORRES, op.cit., p. 107.

⁵⁷ (TORRES, op.cit. p. 107)

⁵⁸ (TORRES, op.cit., p. 108).

⁵⁹ (TORRES, 1961, p. 107)

⁶⁰ (TORRES, op. cit. p. 107)

⁶¹ (TORRES, op. cit. p. 108)

⁶² MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, 6ª Ed, rev. e atual. [S.l.], Ed. Coimbra, 2007. (tomo II, constituições). p. 07

⁶³ (SOUZA JUNIOR, considerações decorrentes de diálogos travados com o orientador, 2012)

nasce como o mais importante processo de integração social no dinamismo próprio da sociedade que vai secretando pautas tendentes a ordenar as condutas no sentido de ajustamento das relações, em prol de um *modus vivendi*⁶⁴. Visto no plano mais concreto da existência humana, o Direito revela-se, antes de tudo, como um fenômeno social, e como tal, nasce e evolui sobre o pano de fundo das relações entre a sociedade (comunidade) e o poder (o mando que sobre ela atua). Esse poder é o do Estado, embora se reconheça que existem exceções.

Nesse sentido, cabe ao Direito e aos demais sistemas normativos colaborarem estabelecendo regras que limitem a atuação do Estado e, igualmente, permitam aos indivíduos terem expectativas acerca dos comportamentos do próximo, e da organização sociopolítica, o que sustenta uma convivência pacífica, pois impede que o outro seja percebido como uma ameaça.

1.4.1 Uma breve retrospectiva histórico-constitucional do Brasil

Ao realizar uma retrospectiva da história constitucional brasileira procura-se verificar a existência de direitos e garantias individuais desde o texto da primeira Constituição do Império, outorgada por D. Pedro I em 1824, elencados nos trinta e cinco itens do artigo 179. Nessa Constituição havia direitos e garantias individuais, contudo esses direitos não se estendiam a todo o povo.

Posteriormente, a primeira Constituição da República Brasileira⁶⁵, publicada em 24 de fevereiro de 1891, também se encontram estabelecidos, nos trinta e um itens do artigo 72, um rol de direitos e garantias individuais, inclusive o direito a habeas corpus. Essa Constituição rompeu com a “conexão ibérico-constitucional do nosso direito público. Ela transplantou *a priori* ao nosso País os grandes princípios estruturadores das decisões políticas

⁶⁴ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus modelos básicos. p. 67.

⁶⁵ A Constituição de 1891 foi precedida do Decreto nº 1, de 15 de setembro de 1890. Conforme João Camilo de Oliveira TORRES, “embora dentro da lógica brasileira da primazia do Estado como condição e causa formal do ser social, a república foi uma anomalia, se a considerarmos no quadro ideológico que inspira as revoluções republicanas. A república e a federação foram, no Brasil, decretadas por um governo que as forças armadas instituíram em virtude do declínio do Poder Moderador. Não houve o povo em revolta contra as tiranias, reais ou fictícias, tomadas de bastilhas e lutas de barricadas. O povo levou muito tempo a entender o que se passava em torno.” (TÓRRES, 1973, p. 32-33)

fundamentais da ordem norte-americana, todos moldados a partir de – e para – uma realidade social, histórica e política tipicamente do *commun law*.⁶⁶ Esse formato, diz SOUZA JUNIOR, supõe um tipo de supremacia do direito exclusiva do modelo americano, enquanto que o Brasil permaneceu com o seu modelo jurídico geral impregnado dos costumes e valores ibérico-romano-germânico. Assim, desde então o Estado de Direito no Brasil vivencia dois modelos jurídicos, “com papéis, funções, valores e ‘espíritos’ distintos, senão, opostos?”⁶⁷

A partir do início do século XX, os diplomas constitucionais passaram a ser marcados por preocupações sociais, a exemplo da Constituição Mexicana de 1917, ao garantir a qualidade de direitos fundamentais aos direitos trabalhistas, e a Constituição de Weimar, de 1918. Ambas são respostas às atrocidades praticadas na primeira Guerra Mundial, instigando o Estado a agir positivamente a favor das liberdades e igualdade material, e intervenção na economia social de mercado, na busca do bem-estar social.

Frente às demandas sociais impostas por esse contexto mundial que também afetou a sociedade brasileira, foram inseridos capítulos na Constituição de 1934⁶⁸ relativos à ordem social (título IV), aos direitos trabalhistas e à previdência social (artigos 121-123). Essa Constituição traz a marca getulista das diretrizes sociais, estendendo a igualdade do exercício da cidadania às mulheres, não a todas, apenas àquelas que exerciam função pública remunerada (art. 109). Os direitos e garantias individuais receberam um capítulo especial e foram catalogados ao longo dos trinta e três itens do artigo 113, do capítulo II, onde foram incluídos mecanismos de defesa desses direitos, como o Mandado de Segurança⁶⁹ e a ação popular. Nessa Constituição também foram reconhecidos outros direitos e garantias expressos, que resultavam do regime e dos princípios (art. 114).

A quarta Constituição brasileira, apelidada de Constituição Polaca, foi outorgada por Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937.⁷⁰ Ao revogar a Constituição de 1934, também dissolveu o Congresso Nacional, suprimiu direitos políticos e garantias individuais, concentrando o poder nas mãos do Presidente da República. Com o propósito de criar meios

⁶⁶ (SOUZA JUNIOR, A supremacia..., p. 188)

⁶⁷ (SOUZA JUNIOR, op.cit.,p. 189)

⁶⁸ Essa Carta Constitucional sofreu três emendas em dezembro de 1935.

⁶⁹ O Mandado de Segurança como medida “para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”

⁷⁰ Essa constituição republicana, autoritária, foi redigida pelo jurista Francisco Campos, Ministro da Justiça no Estado Novo, antes da publicação teve aprovação de Getúlio Vargas e do general Eurico Gaspar Dutra, Ministro da Guerra.

para que o Estado defenda e preserve a paz, a segurança e o bem-estar do povo (preâmbulo), centraliza os poderes de legislar a respeito desses temas nas mãos da União e reduziu o rol dos direitos e garantias individuais (artigo 122). Entre as principais medidas adotadas destaca-se a instituição da pena de morte, supressão da liberdade partidária e da liberdade de imprensa, permissão da suspensão da imunidade parlamentar, prisão e exílio aos opositores do governo.

A quinta Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada pelo Congresso em 18 de setembro de 1946, retomou a linha democrática prestigiando os princípios democráticos, restabeleceu o equilíbrio dos Poderes, autonomia aos estados e municípios, nos seus 218 artigos retomou e ampliou os direitos políticos (artigos 131-140), os direitos e garantias individuais (capítulo II, trinta e oito parágrafos do artigo 141 e artigos 142-144), pôs fim à censura e aboliu pena de morte. Ainda, essa Constituição faz referência à dignidade da Pessoa Humana. Ainda que destine todo o capítulo II para tratar de Direitos e Garantias individuais. Dentre eles: a garantia, no artigo 141, “[...] aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”. A inviolabilidade de tais direitos e garantias passam a ser protegidos pelo exercício do direito de defesa plena (artigo 141, § 25), a prestação de Assistência Judiciária aos necessitados (artigo 141, § 35) e remédios constitucionais como o habeas corpus (artigo 141, § 23) e mandado de segurança (artigo 141, § 24). Proibiu Tribunal de exceção (artigo 141, § 26), dentre outras ali relacionadas, não excluindo outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ele adota (artigo 144).

A partir de 1964, instalado um novo período autoritário pelo movimento de 31 de março desse ano, pelo regime militar no Brasil, a Constituição de 1946 passou a ser emendada por meio de Atos Institucionais, restringindo garantias e direitos individuais e políticos. Em 24 de janeiro de 1967 foi outorgada a quinta Constituição da República, pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica. O projeto teve as mãos de Francisco Campos e Carlos Medeiros Silva, então Ministro da Justiça. O Congresso Nacional foi convocado pelo Ato Institucional nº 4 (AI-4) para discutir e votar a nova Constituição. Aprovada sem grandes alterações o novo Texto, incorporou medidas estabelecidas pelos Atos Institucionais e Complementares. Nesse período ditatorial a Constituição de 1967 foi quase totalmente reformulada pela Emenda nº 1, de 1969 e pelos Atos Institucionais, incorporados à Constituição pelo artigo 182. De 1964 a 1969, foram decretados 17 atos institucionais, regulamentados por 104 atos constitucionais, dentre eles o Ato institucional nº 5, de 13 de

dezembro de 1968, que concedia poderes absolutos ao regime e suspendeu as garantias e direitos resguardados pelas Constituições anteriores, como o direito às liberdades como a de reunião. Também suspendeu o direito da liberdade dos meios de comunicação, por meio da censura, e suspendeu o *habeas corpus* para aqueles que lhes era imputada a prática dos considerados crimes políticos, dentre outros.

Mas, foi somente a partir da promulgação da Constituição brasileira de 1988, expressão dos anseios sociais e da nova realidade que passava o País que a intangibilidade da dignidade da Pessoa Humana foi tutelada como fundamento da existência e manutenção do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III). Esta Constituição da República Federativa do Brasil inaugurou um novo arcabouço jurídico-institucional no Brasil, ampliando as liberdades civis e os direitos e garantias individuais, elencados no artigo 5º da Constituição, garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade de nível e valor entre homens e mulheres, à segurança e à propriedade. Assim como a garantia da dignidade da Pessoa Humana, passaram ser fundamento do Estado Democráticos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV). É a partir desses dispositivos que outras garantias, decorrentes desse princípio e de valores como o da igualdade, passaram a ser estendidas por interpretação judicial às pessoas e grupos até recentemente excluídos. Essas garantias, reconhecidas pelo Poder Judiciário por interpretação constitucional, foram posteriormente normatizadas por atos exarados do Poder Legislativo. É o caso dos direitos dos menores (Lei 8069/1990)⁷¹, das pessoas idosas (art. 2º da Lei 10.741/2003)⁷², das pessoas portadoras de deficiências (Lei 7.853/1989⁷³, regulamentada pelo Decreto nº 3.298/1999⁷⁴), incluídos direitos como Pessoa

⁷¹ Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

⁷² Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

⁷³ Art. 1º Ficam estabelecidas normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social, nos termos desta Lei.

§ 1º Na aplicação e interpretação desta Lei, serão considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito.

⁷⁴ Art. 2º Cabe aos órgãos e às entidades do Poder Público assegurar à pessoa portadora de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à previdência social, à assistência social, ao transporte, à edificação pública, à habitação, à cultura, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico

Humana à vida, ao trabalho, à educação e ao respeito. Na seara do Estado de Direito “voltamos para a importação de institutos de direito alemão, ligados ao *Verfassungsstaat*, na tentativa de, casuisticamente, reduzir a taxa de irracionalidade de nosso direito do Estado.”⁷⁵

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, no artigo 1º da Constituição abre o Texto constitucional, protegido de todo o valor jurídico-normativo, é um valor reconhecidamente eminente ao Ser Humano enquanto Pessoa Humana, um Ser livre, autônomo e socialmente responsável. O princípio da dignidade humana regula a ordem jurídica nacional, é o fundamento e o pressuposto de validade das normas, e, enquanto constitucionalmente garantido, impõe limites ao Poder de atuação da Administração Pública.

2 OS VALORES NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Para um estudo do direito constitucional encontra-se em Miguel REALE a visão tridimensional da Teoria do Direito, onde identifica além das dimensões fato e norma um terceiro elemento, o valor. Respaldao nessa teoria a investigação passou a ser conduzida a uma análise mais ampla, reduzindo-se, dessa forma, a possibilidade de parcialidade decorrente de uma averiguação do objeto realizada a partir um único ponto de vista, unilateral e isolado. Tem-se presente, a concepção triangular concreta da vida do direito - o aspecto fático, o axiológico ou ideal, ou normativo⁷⁶. Essa compreensão não é exclusiva para o jurista, no plano da atividade científica positiva, mas é um pressuposto de validade transcendental que condiciona todas as estruturas e modelos que compõe a experiência do direito.⁷⁷ Nesse sentido, o Autor ao tratar da dimensão valor nessa sistemática, alerta para a necessidade do estudo do direito partir dessa visão de dimensão tridimensional. Segundo ele, a rigor, “só e enquanto se coloca a tridimensionalidade nesse contexto problemático, é que se pode falar, propriamente, em ‘teoria tridimensional’, cuja base inamovível não é uma construção ou concepção do espírito, mas o resultado da verificação objetiva da consistência fático-axiológica-normativa de qualquer porção ou momento da experiência jurídica oferecido

⁷⁵ (SOUZA JUNIOR, 2002, p.189).

⁷⁶ (REALE, 1986, p. 11)

⁷⁷ (GOLDSCHIMIDT, 1996)

à compreensão espiritual.”⁷⁸ O Autor defende a presença dos três elementos - fato, norma e valor - relacionados em qualquer expressão da vida jurídica, e é dialética a natureza funcional da correlação entre eles.

[...] Quando falamos em conduta jurídica não devemos pois, pensar em algo de substancial ou de ‘substante’, capaz de receber os timbres exteriores de um sentido axiológico ou de uma diretriz normativa: ela, ao contrário, só é conduta jurídica enquanto e na medida em que é experiência social dotada daquele sentido e daquela diretriz, ou seja, enquanto se revela fático-axiológica-normativamente, distinguindo-se das demais espécies de conduta ética por ser o momento bilateral-atributivo da experiência social. [...] a correlação entre aqueles três elementos é de natureza funcional e dialética, dada a ‘implicação-polaridade’ existente entre fato e valor, de cuja tensão resulta o momento normativo, como solução superadora e integrante, nos limites circunstanciais de lugar e de tempo (concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de implicação e complementariedade).⁷⁹

Ainda, esse Autor reconhece a identificação da dimensão valor, produto de seu amadurecimento intelectual, que ocorreu somente a partir de 1941.⁸⁰ A partir de então, como reflexo da influência dessas suas conclusões⁸¹, o Direito, dialeticamente, passou a ser visto sob três dimensões que se integram e se inter-relacionam. A experiência histórico-social é “uma forma resultante da correlação tensional entre fatos e valores”⁸², para alcançar os três direcionamentos fundamentais de seu trabalho a cerca da cultura. O primeiro direcionamento é relativo aos elementos factuais que condicionam o agir, a ação do Ser Humano; o segundo refere-se às formas que os bens culturais assumem no decorrer da história; já a terceira dimensão são os fins, os valores já adquiridos, ou que ainda o serão, dão origem a valorizações que se objetivam em bens historicamente constituídos.⁸³ A norma é, pois, a concreção de fatos e valores.

⁷⁸ (REALE, 1986, p. p. 53-54)

⁷⁹ Diz Miguel Reale que: - (REALE, 1986, p. p.55-57)

⁸⁰ REALE, assim como JELLINEK, viam o Estado sob duas projeções, isto é, somente pela dimensão fato e a dimensão norma. A partir de 1941 REALE passa a identificar a dimensão valor. Ao afirmar que, “ Foi observado com argúcia por Ernesto Lemes que, em meu discurso de posse na faculdade de Direito, em 1941, eu ainda falava no ‘*caráter bidimensional* do Direito, que possui um *substratum sociológico*, no qual se concretizam os *valores* de uma cultura e, ao mesmo tempo, é a norma que sugere a necessidade de segurança na atualização desses valores’ e que só mais tarde o elemento intermediário (o valor) viria a se fixar na minha teoria.” (REALE, 1986, p. 58).

⁸¹ REALE faz referência à obra onde se encontra o discurso oficial de Ernesto Leme, (REALE, 1986, p. 58).

⁸² REALE, Miguel. O homem e seus horizontes. 2ª ed. São Paulo: Topbooks, 1997, p.20.

⁸³ A realidade do mundo é natural, histórica e racional ou ideal. A cultura, para Reale é compreendida como um todo, uma totalidade, e um processo. Para ele, o ser humano tem a responsabilidade de compreender a realidade através da concreção contextual. Recomenda-se a obra desse autor, Fundamentos do Direito, da editora Revista dos Tribunais, para aprofundar o tema referente ao universo do Direito como uma espécie de

Com isso, ele assume um tridimensionalismo concreto, dinâmico e dialético, na medida em que fato, valor e norma, como elementos do direito, estão em permanente atração polar, já que fato tende a realizar valor, mediante a norma. Os três pólos encontram em conexão por meio de uma peculiar dialética cultural, denominada, pelo autor, de dialética da implicação e da polaridade. Seria inadmissível o estudo do direito de forma setorizado, ou seja, sem uma análise da visão concomitante dos seus três elementos constitutivos.

Como se vê, os elementos essenciais do direito – fato, valor e norma – são ao mesmo tempo ingredientes históricos constituintes da experiência jurídica e categorias epistemológicas.

Jorge MIRANDA, ao destacar a importância do ordenamento jurídico afirma que não se trata de “[...] *mero somatório de regras avulsas, produto de actos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si.*”⁸⁴ O ordenamento implica ordem, coerência, consistência, projeta-se em sistema, é unidade de sentido, é valor incorporado em norma. “E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos.”⁸⁵ Assim, os valores antecedem à norma.

Na busca da origem do sentido da palavra valor recorre-se à filosofia. Desde a antiguidade valor estava atrelado à noção de virtude (*areté*), é o que se depreende dos poemas de Homero, quando a virtude significava o mais alto ideal cavalheiresco aliado a uma conduta cortês e ao heroísmo guerreiro, não atenuada pelo seu posterior uso puramente moral. A *areté* era vista então como um atributo dos nobres, os *aristoi*. “[...] Associada à noção de honra e de dever, representando um atributo que o indivíduo possui desde seu nascimento, a manifestar que descende de um ilustre.”⁸⁶ Então associada à ascendência genealógica garantia de um valor pessoal, estava ligado à ideia de honra e dever. Posteriormente, a palavra virtude passou a ser relacionada a atributos de nobreza, a *areté*, *lato sensu*, designando não apenas a excelência humana, como também a superioridade de seres não humanos, como a força dos deuses ou a rapidez dos cavalos nobres. Só nos livros finais da epopeia é que essa palavra passou a identificar a virtude com qualidades morais ou espirituais.

experiência cultural. O universo visto como uma realidade que resulta da natureza histórica e social do homem, como uma síntese ou integração do ser e do dever ser, de fatos e de valores.

⁸⁴ (MIRANDA. Jorge. Idem. p. 268)

⁸⁵ (MIRANDA. Jorge. Idem. p. 268)

⁸⁶ Pré-Socráticos, Os homens e os divinos imortais. Coleção Os Pensadores, Capítulo I. p.XI.

Miguel SPINELLI,⁸⁷ esclarece que a palavra valor vem do latim, *mores*, que diz respeito aos costumes, originada da tentativa de traduzir a palavra grega *êthica*, que, primitivamente, além do sentido do âmago do agir genuinamente humano, expressa intenção (*êthos*). O termo também remete à “questão dos hábitos, costumes, usos e regras, o que se materializa na assimilação social dos valores”. Na tradução latina, o termo *êthica* privilegiou o segundo sentido, ou seja, o sentido comunitário da atitude valorativa. Segundo o autor, da tradução incompleta é que hoje persiste confusão entre os termos ética e moral.

Desde a mitologia, materializadas por meio de prosas e versos, os pensadores já manifestavam a preocupação de exaltar as virtudes humanas, privilégio de poucos, como herança de ancestrais abençoados pelos deuses^A. Assim, naquela época, eram exaltadas as virtudes dos guerreiros esta estariam vinculadas a uma descendência aristocrática.

Muito embora seja possível identificar as primeiras noções da dignidade do homem na Antiguidade, que conduzia, de modo geral, à posição social do indivíduo e o grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, a origem enquanto valores atribuídos à Pessoa Humana remontam ao pensamento eclesiástico e estoico da Idade Média⁸⁸. Com o *jusnaturalismo*, no século XVIII o alemão Immanuel KANT retoma a questão da moralidade assentado na afirmativa: - “age de tal modo que a máxima da tua vontade possa sempre valer simultaneamente como um princípio para a legislação geral.”⁸⁹ Ou seja, que o Ser Humano considerado fim em si mesmo e, portanto, enquanto centro ele deve respeito pelos outros.

No cenário contemporâneo, pós Segunda Guerra Mundial, quando restaram expostas as chagas mais terríveis da humanidade e a necessidade de reconstrução da sociedade humana moderna, ressurgiu a preocupação de resgatar os valores humanos, a recuperação da dignidade da pessoa humana. Nesse período os autores se voltaram para os ensinamentos dos pensadores clássicos, como ARISTÓTELES, TOMÁS DE AQUINO e outros, na tentativa de encontrar o elo perdido e a revitalização do ser humano. Assim, reflexo desse contexto de regate foi inaugurado com a Carta das Nações Unidas, de 1945,⁹⁰ seguida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 1948 pela Assembleia Geral da Organização

⁸⁷ SPINELLI, Miguel. Sobre as diferenças entre *éthos* com *epílon* e *êthos* com *eta*. In Revista de Transformação n°2, Vol. 32. Marília: 2009. P.9-44. Disponível em PDF in <<http://www.scielo.br/pdf/trans/v32n2/v32n2a01.pdf>>, também em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Moral#cite_ref-1> acessos em 13 de fevereiro, 2014.

⁸⁸ AQUINO falava nas “*dignitas humanas*”, a dignidade humana. Para ele, a dignidade da Pessoa Humana é vista sob dois aspectos: inerente ao homem enquanto espécie; e enquanto obra e semelhança de Deus.

⁸⁹ SILVA, André Luiz Oliver da. De Hume a Kant: as determinações da vontade e a ação livre. Revistas Eletrônicas da PUCRS, Porto Alegre, v. II, n. 2ª, pp. 54-60.

⁹⁰ Carta das Nações Unidas. (In, www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/3tratados.htm, acesso em 27 de julho, 2012).

das Nações Unidas,⁹¹ códigos de valores e princípios universais, os direitos fundamentais dos Seres Humanos revitalizados como direitos de toda a pessoa humana. A partir desses dois textos verifica-se a influência nas Constituições que os seguiram, consubstanciados nos princípios da dignidade da Pessoa Humana, na justiça, liberdade e igualdade.

Posteriormente, adotado pelo XXI Assembleia da Organização das Nações Unidas em 1966, três instrumentos constituem a Carta Internacional de Direitos Humanos. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, aprovado em 16 de dezembro de 1966, a primeira parte é constituída de apenas um artigo⁹² e o teor é igual ao do Pacto de Direitos Econômicos, sociais e Culturais⁹³, foram consagrados para efetivação desses direitos pela comunidade internacional. No Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, já abre, no seu preâmbulo, reconhecendo direitos decorrentes da dignidade como inerente à Pessoa Humana, como “inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. E continua, a respeito das liberdades: “o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado, a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos e culturais, assim como de seus direitos civis e das liberdades do homem, [...]”. E os deveres de solidariedade: “[...] o indivíduo por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no presente Pacto.” Desta forma, estabelece direitos de todos os Seres Humanos, compromete individualmente cada um como responsável pelo bem de todos, pelo bem comum. Mas, ainda que se busque, não há consenso no conceito de valor, entendo que existem tantos conceitos quanto as correntes ideológicas. Valor pode ser definido como tudo aquilo que tem significado, tem importância para a Pessoa, mas, o que é

⁹¹ O artigo 1º da Declaração proclama: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir uns para com os outros com espírito de fraternidade” e o preâmbulo reconhece “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. [...] Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmam, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, [...]”. (in, www.portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern?ddh_bib_inter_universal.htm, acesso em 27 de julho, 2012).

⁹² O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, na forma do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. O elenco dos direitos de primeira geração, ou seja, as liberdades individuais e garantias procedimentais de acesso à justiça e participação política, encontram-se na terceira parte. (in: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/DO592.htm, acesso em 28 de julho de 2013).

⁹³ O Pacto Internacional de direitos Econômicos, sociais e culturais, foi recepcionado no Brasil pelo Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992.

significativo para um não necessariamente o é para o outro. Igualmente, a importância é graduada de forma que está relacionada àquilo que consideramos necessário ou indispensável. Para DWORKIN, o valor crítico na vida de uma pessoa só faz sentido em termos de valor de desempenho. O valor de “produto”, conforme esse Autor é medido pelo que a vida produz e o valor de “desempenho”, mede-se pelo modo como uma vida é vivida. Para ele a vida é julgada boa apenas pelo valor do desempenho.⁹⁴ Diz ele: - “Parece irresistível que viver bem, julgado como desempenho, significa entre outras coisas, viver de uma maneira correspondente e apropriada à cultura do vivente e outras circunstâncias.”⁹⁵

Na esteira dessas normas internacionais, no Brasil a inserção de valores supremos como o da dignidade da pessoa humana se deu somente a partir da Constituição de 1988, na sequência das demais Constituições do mundo ocidental contemporâneo, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III). A partir de então, os Tratados Internacionais que versam sobre a matéria passaram a ser recepcionados no nosso ordenamento jurídico⁹⁶.

2.1 A relação dialógica da ética e a política

Diferentemente do que acontece com o estudo dos valores no constitucionalismo ocidental, que é recente, o estudo dos valores da sociedade, aqueles que regem a existência humana, vem desde os primórdios^B contribuindo para o surgimento e desenvolvimento da ciência. Em HOMERO encontra-se a noção de virtude. Enquanto valor inato de valentia, força, habilidades pessoais, aparece no pensamento ético e pedagógico. Incalculável é o número de filósofos falaram a respeito da moral e temas relacionados.⁹⁷ O cristianismo prega o amor como o maior valor e a unidade do Ser Humano, que passou a ter uma filiação

⁹⁴ Para DWORKIN, a vida é ‘ parametrizada’ “ por nossas capacidades particulares, nosso desempenho se relaciona àquelas capacidades e o produto de nossas vidas é de importância secundária”. GUEST concorda com DWORKIN ao concluir que uma “Pessoa bem-dotada produz algo de grande valor em comparação com aquilo que eu produzo, mas meu desempenho na vida poderia ser melhor”.

⁹⁵ (GUEST e BORGES, 2010, p. 291)

⁹⁶ A respeito deste tema retornaremos abordando de forma mais específica na segunda e terceira parte.

⁹⁷ DIÓGENES, contemporâneo de ARISTÓTELES, já mostrava uma preocupação respeito da preocupação das pessoas com relação a sua imagem, as aparências, e não com o modo de ser e as nossas verdades. Não muito diferente a sociedade antiga que ele vivia à nossa sociedade contemporânea ocidental, parece que o ideal das pessoas é pautado no ter esquecendo-se do ser.

divina⁹⁸. No início do século XIX, o alemão Friedrich HEGEL⁹⁹ ao procurar conceituar o que é moral, traçou uma distinção entre o que ele denominou moralidade subjetiva – que seria o cumprimento voluntário do dever - e a moralidade objetiva, a obediência à lei moral, ou seja, aos códigos de conduta, às normas, leis e costumes da sociedade.¹⁰⁰ Desta forma, em síntese, a moralidade pode ser voluntária ou imposta por meio de códigos de conduta social, escritos ou não. Existem inúmeros conceitos de moralidade, o Ser Humano sempre se perguntou a respeito do bem e do mal, o certo e o errado, o bom e o mau, justo ou injusto, o que é permitido e aceito e aquilo que não é aceito. A vida impõe decisões e as pessoas às tomam de acordo com seus valores, considerando a particularidade de cada situação. Os Códigos de Condutas, escritos ou não, são propostos pela sociedade para reger suas relações interpessoais, desde o pequeno grupo, a família, quanto no grande grupo. João Theodoro XAVIER, ao referir-se ao direito natural, o *iusnaturalismo*, “ É por isso que a legislação natural não rege somente os povos, mas todas as sociedades, a humanidade inteira.”¹⁰¹

KANT desenvolveu o conceito de ética do ponto de vista filosófico, mas se deve ao filósofo alemão Max SCHELER, a reformulação desse conceito, no novo conceito de ética é incluída a ética material, ou seja, os valores. Esse Autor influenciou personalidades do mundo político e eclesiástico¹⁰² quando defende que a ética material e a ética são inerentes aos Seres Humanos, e, portanto, são comuns a todos. Na obra “*Der Formallismus in der Ethik und die materiale Wertethik*”¹⁰³ esse Autor defende a distinção entre a ética material (princípios de validade universal, fenômenos dos quais se tem por intuição) e a ética (formal, racional e caracterizada pelo respeito às normas).. Para esse filósofo, o valor,¹⁰⁴ como um

⁹⁸ Do cristianismo, toda a vida de Jesus Cristo, mas especialmente o sermão das bem-aventuranças, é exemplo e supremo ensinamento passado à humanidade, um valor que sintetiza todos os demais, a maior das virtudes, o amor ao próximo. A unidade do ser que passou a ter uma filiação divina.

⁹⁹ Friedrich Hegel (1770-1831).

¹⁰⁰ XAVIER, João Theodoro. *Theoria transcendental do Direito*. São Paulo, 1876,. p. 3. Livro digitalizado, disponível in Biblioteca digital do Senado, acesso em 23 de fevereiro de 2014.

¹⁰² SCHERERr influenciou na ação política e eclesiástica de dois homens de grande projeção no século XX, seu amigo Conrad Adenauer e seu admirador Karol Voitilla, que posteriormente veio a se tornar o Papa João Paulo II, e utilizou as idéias de seu amigo SHERER na sua tese acadêmica.

¹⁰³ O formalismo em ética e a ética material dos valores. 1913-1916 – *Band II das Gesammelten Werke*. Bern, Franke Verlag, 1980, obra editada na segunda fase de Scherer, a da fenomenologia, que se iniciou quando conheceu Husserl. A partir de 1902, com o estudo da fenomenologia de Edmund Husserl desenvolveu-se o estudo a respeito da essência das atitudes mesmas e a relação que estas mantêm com os objetos. Entende-se que nesse aspecto, ao fundar uma ética material, talvez possa-se afirmar que ele foi mais além dos estudos de BUSSLERL.

¹⁰⁴ Seguindo a linha de Kant, ele aplica ao valor o mesmo caráter *apriorístico* atribuído pelo seu antecessor aos princípios e categorias. Assim, nessa linha KANT concebia como material aquilo que é captado pelos sentidos e é formal aquilo que é elaborado pela razão.

conteúdo imediato do objeto, ou seja, ele vale pelas suas próprias qualidades materiais que não são simples relações sem significados, mas tem hierarquia. Enquanto o bem é o valor que se manifesta no ato intencional visando um valor superior, o mal seria o oposto, visando um valor inferior. Possivelmente a partir desta concepção é que o legislador constituinte espanhol adotou esse termo para se referir aos valores maiores da

Na história da cultura ocidental existem diferentes teorias a cerca da relação entre ética e política, sem unanimidade. Para alguns há compatibilidade e a convergência, outros afirmam a existência de divergências e incompatibilidade ou mesmo antagonismo entre as duas.¹⁰⁵ A Ética, em geral, pode ser definida como “o conjunto mais ou menos sistemático e coerente de princípios, diretrizes e normas com a intenção de orientar e disciplinar a conduta dos homens”¹⁰⁶.

Por outro lado, “a noção de política é sempre de algum modo conexa àquela de poder, e por meio desta conexão também a política se deixa representar como uma forma de regulamentação da conduta mediante normas.” BOVERO diferencia o poder político de poder de governo, este último tem o fim de ordenar a vida social, é exercido por meio de comandos, de normas imperativas e coativas. Conforme, autor é evidente que a análise da relação entre ética e política fica assentada sobre a pauta de questões clássicas concernentes à relação entre direito e moral, sendo que nesse contexto o uso de termos como ética e moral são usados como sinônimos. Para o autor, a autonomia somente pode ser ética, e, toda a condição de pertencer a uma comunidade política deve ser considerada pelo indivíduo como uma condição de heteronímia, segundo o regime em formas e graus distintos. Enquanto que, o ser humano individualmente sob a perspectiva das relações normativas pode ser pensado em duas situações opostas, uma é aquela em que ele para decidir regras de seu próprio agir está só com a própria consciência; a outra, as normas reguladoras da conduta individual são deliberadas pelo coletivo ou por quem o representa – pelo poder político, tem-se de qualquer maneira heteronímia.

SOUZA JUNIOR defende a necessidade de diálogo entre ética e política no ambiente do Estado Democrático de Direito contemporâneo, com fulcro num elenco de valores centrados na dignidade da Pessoa Humana. Esse é o corpo de valores éticos fundamentais, universais e aceitos por toda a comunidade que fundamenta e dá unidade a todos os aspectos

¹⁰⁵ A respeito do tema, indica-se a obra “Ética e Política” de Norberto BOBBIO.

¹⁰⁶ BOVERO, Micheleangelo. Ética, Política e Gestão Econômica. São Paulo: Lua Nova- Revista de Cultura Política, nº 25, Apr. 1992. Disponível em <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0102-64451992000100007#tx01>, acesso em 22 de março, 2014.

da vida social, vinculando a política e o Direito a fim de favorecer a concretização do bem comum¹⁰⁷ (artigo 3º, inciso III, da Constituição brasileira). Igualmente, IBEAS a respeito da união entre política e ética, afirma que o Estado e o Direito deixaram de ser entendidos como independentes e passaram a ser considerados com “*entes que se hallan estrechamente relacionados*”¹⁰⁸.

2.2. Regras, princípios e postulados

Tomando por referência o modelo tripartite, defendido por Humberto ÁVILA, o ordenamento jurídico é composto por: regras, princípios e postulados.

Conforme DWORKIN, A distinção entre regras e princípios, é um dos pontos centrais da original concepção de sobre normas jurídicas. Segundo esse autor, as regras são aplicadas à maneira de tudo ou nada, “*ian all or nothing*”. Para o Autor, a dimensão valor, numa acepção particular ou especial, é exclusiva dos princípios, somente eles a possuem, as regras não. A escolha ou hierarquia dos princípios é de suma relevância para a aplicação ao caso concreto. Os autores que, como ele, sustentam serem os princípios normas gerais, amparam-se em dois argumentos: primeiro, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles; segundo, a função para a qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. Ainda que regule um comportamento não regulado, os princípios servem ao mesmo fim que as normas expressas. “A sociedade caminha para mudanças e transformações e nos quadros legais do ordenamento vigente, as exigências adaptativas se fazem cada vez mais manifestas, agudas e imperiosas”.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Para aprofundar o tema, recomenda-se a obra de SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos. Tese para concurso a Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

¹⁰⁸ (IBEAS, 1997, p. 70)

¹⁰⁹ in BONAVIDES, Paulo - *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 1996, p.262 e ss

Estabelecer um conceito de princípio¹¹⁰ não é apenas controvertido dentro da doutrina do direito público, mas também o é na teoria do direito, inclusive dentre aqueles defensores do principialismo, a exemplo de ALEXY, JANSEN, SIECKMANN, dentre outros.

Tomando-se como ponto de partida a história do Direito no mundo ocidental contemporâneo verifica-se que, até a Segunda Guerra Mundial as normas jurídicas eram do tipo regra, ou seja, estabeleciam o que era permitido e o que era vedado e a respectiva sanção. Evento esse que a Pessoa Humana sofreu o seu mais alto grau de degradação, coube a Organização das Nações Unidas elaborar e proclamar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ponto de partida para a positivação dos valores pertinentes à dignidade da Pessoa Humana. As Constituições promulgadas a partir da segunda metade do século XX surgiram o modelo do humanismo personalista, inspirada na filosofia do humanismo integral, conforme Jorge MARITAIN, inspirada no pensamento de fraternidade democrática e pluralista, reconhecendo o ser humano como um ser racional e livre, detentor de dignidade absoluta e inata. O constitucionalismo ocidental surge permitindo como indispensáveis à vida os direitos como a justiça, igualdade, dignidade e liberdade, fundamentais à existência humana.

Portanto, é relativamente recente o estudo da axiologia no direito constitucional ocidental. Especialmente a respeito da inserção dos valores no constitucionalismo, reservou-se um estudo especial na parte II e III, deste trabalho.

2.3.1 Os Princípios frente o constitucionalismo contemporâneo

O conceito de princípios não é controvertido somente dentro da doutrina do Direito Público, como vemos, mas, também o é na Teoria do Direito. Conforme Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, "é tradicional no direito brasileiro a inserção dos princípios básicos do Estado de Direito entre os direitos e garantias fundamentais" a razão é que os princípios "são

¹¹⁰ Princípio *sm* [do lat *principiu*]. Ato de principiar; momento em que uma coisa tem origem; começo ou início. Ponto de partida.¹¹⁰ O dicionário de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira¹¹⁰ define *princípio* a partir de várias acepções: "*Princípio*: 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem [...] 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na Constituição de um corpo orgânico. 4. *Preceito, regra, lei*. 5. *P. ext.* Base; germe [...]. 6. *Filos.* Fonte ou causa de uma ação. 7. *Filos.* Proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável. São princípios os axiomas, os postulados, os teoremas etc.

encarados como outras tantas garantias contra o arbítrio”.¹¹¹ Ele identifica princípios que tem caráter de limite no Estado de Direito, denominados “direitos-garantia-limites”, porque condicionam a uma forma estabelecendo restrições aos direitos fundamentais (princípio da legalidade), exigindo que o regime de direito estabelecido seja igual para todos (princípio da igualdade), e sujeita toda e qualquer ofensa a direito a apreciação pelos tribunais (princípio da justicialidade).¹¹²

No sistema jurídico-evolutivo da teoria dos princípios, apresenta três fases, conforme Paulo BONAVIDES,¹¹³ a primeira fase é a jus naturalista, desta derivam inúmeros pensadores, desde ARISTÓTELES até o advento da Escola Histórica do Direito. O conceito de princípio construído nesse período tinha um enfoque abstrato ou racional dedutivo. O princípio reside no plano do Direito ideal, é imanente à natureza humana e representa o axioma dos ideais axiológicos. Nessa fase a normatividade é inócua porque a sua dimensão tinha o predomínio ético-valorativo ao jurídico propriamente dito. No *jus naturalismo*, os princípios ocupam função informativa. Na segunda fase, a positivista, os princípios são concebidos como uma fonte normativa subsidiária aos códigos, com a finalidade de colmatar eventuais lacunas. Esses princípios deduzidos do ordenamento servem apenas à lei. As leis seriam por excelência a única fonte normativa e os princípios servem como uma “válvula de segurança” do ordenamento jurídico. A função dos princípios nessa fase é “estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo”. A terceira e última fase, identificada por alguns como a fase pós-positivista, teria eclodido nos pós-guerras e se estende até os nossos dias. Nessa fase os princípios são elevados ao *status* constitucional e têm o condão, como fundamento do Estado Democrático, de supremacia axiológica dos direitos fundamentais. Assim, eles atingem máxima normatividade, constituindo, simultaneamente, o alicerce de todo o ordenamento jurídico e o cume da pirâmide normativa. Foram afastadas especulações a acerca do caráter programático de tais normas, possuindo eficácia plena os princípios constitucionais positivados na forma de direitos fundamentais. É, conforme o autor, nessa fase que se situa a teoria dos direitos fundamentais de Robert ALEY. Marco fundamental para a dogmática *iusfundamental*, o Autor defende a interpretação dos direitos fundamentais como princípios. Essa concepção principialista apesar de ainda enfrentar algumas críticas, destaca-se por possuir sólida fundamentação teórica e um sistema de longo alcance, que

¹¹¹¹¹¹ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.132.

¹¹²(FERREIRA FILHO. op.cit., p. 132). Ainda, do mesmo autor, na obra Estado de Direito e Constituição.

¹¹³ (BONAVIDES, 2012, p. 268 e 271).

encontra muitos adeptos contemporâneos. Dentre outros, podemos citar Martin BRODOWSKI¹¹⁴ que buscou aperfeiçoar e desenvolver a teoria dos princípios de ALEXY ao tratar dos direitos de defesa ou proteção, ou Lothar MICHAEL¹¹⁵, quando defende o direito a igualdade como princípio iusfundamental. Ainda, Laura CLÉRICO¹¹⁶ ao tratar sobre o princípio da proporcionalidade *stricto sensu*. Virgílio Afonso da SILVA¹¹⁷, ao tratar da questão da legitimidade e limites do controle judicial, e o próprio ALEXY¹¹⁸ ao defender os direitos fundamentais de proteção através de ações positivas do Estado, apontando vulnerabilidade do direito de defesa e proteção.

Norberto BOBBIO defende que os princípios gerais são normas fundamentais ou “generalíssimas do sistema” as normas mais gerais. Para esse Autor, o uso do nome princípios induz em engano, tanto que essa questão é antiga entre os juristas, quando se questiona a respeito dos princípios serem ou não normas. Os princípios gerais do direito são tratados pela doutrina brasileira como meios para suprir lacunas na aplicação da lei, como cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão instituídos de forma imanente no ordenamento jurídico. Nesse sentido, Maria Helena DINIZ afirma que os princípios são diversamente concebidos por várias escolas jurídicas que buscam um sentido para o vocabulário.¹¹⁹

Na mesma linha de ALEXY, MIRANDA e DWORKIN, como referido anteriormente, alguns autores brasileiros como SOUZA JUNIOR, REVERBEL, FERREIRA FILHO¹²⁰, dentre outros, reconhecem a existência de princípios axiológicos na Constituição brasileira de 1988.

¹¹⁴ BOROWSKI, Martin. Derecho de defensa como principios de derecho fundamental. In (SIECKMANN, 2011, p. 93/100).

¹¹⁵ MICHAEL, Lothar. Los derechos de igualdad como principios iusfundamentales. In (SIECKMANN, 2011, p. 137/166). Nos valemos do autor ao tratar do princípio da igualdade, na terceira parte.

¹¹⁶ CLÉRICO, Laura. Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad. In (SIECKMANN, 2011, p. 169/206)

¹¹⁷ AFONSO DA SILVA, Virgilio. Teoria de los principios, competencias para la ponderacion y separación de poderes. In (SIECKMANN, 2011, p. 243/260)

¹¹⁸ ALEXY, Robert. La estructura de los derechos fundamentales de protección. In (SIECKMANN, 2011, p. 119/136)

¹¹⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito

¹²⁰ Por todos, indica-se FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. O Federalismo contemporâneo e a convergência dos valores. In Direito do Estado – Estudos sobre Federalismo. 1ª ed. 2007. REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, março/ 2009, vol. 4. N. 1. Ainda, recorreu-se às anotações de sala de aula. Curso de Direito de Estado, V edição, especialização. 2007/2008.

Atribui-se à DWORKIN a contraposição entre princípios e regras. Conforme o Autor, ao caracterizar os princípios como razões para juízos de ponderação, ou seja, os princípios considerados como normas que podem entrar em conflito e, para tanto, hão de ser ponderados entre si.¹²¹ Trata-se de argumentos a favor de juízos normativos, e não são normas que guiam diretamente a conduta.¹²²

2.3.2 Os princípios conforme a Teoria dos Direitos Fundamentais de ALEXY

A teoria dos direitos fundamentais de ALEXY foi elaborada sob a concepção ideológica da Constituição alemã e do respectivo Tribunal Constitucional Federal, mas a sua estrutura teórica transcende àquele, vai além do ordenamento jurídico alemão. Destaca-se esta teoria por seu grande valor tem sido o ponto de referência para muitos, inclusive aqueles que lhe são contrários. Ele concorda com a compreensão de regras e princípios como espécies de normas jurídicas. Por essa premissa ele lembra que frequentemente a distinção entre ambos os *standards* normativos se dá em razão da generalidade dos princípios frente às regras. O referido Autor alemão compreende os princípios como normas de um grau de generalidades relativamente alto, ao passo que as regras seriam dotadas de menor generalidades.

“Segundo a definição *standard* da teoria dos princípios, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas o jurídicas. Princípios são, portanto, mandamentos de *otimização*. Como tais, eles podem ser preenchidos em graus distintos. A medida ordenada do cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, senão também das jurídicas. Estes são determinadas, ao lado das regras, essencialmente por princípios opostos. A colisão de direitos fundamentais supra delineadas devem, segundo a teoria dos princípios, ser qualificadas de colisões de princípios. O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é

¹²¹ Sobre juízo de ponderação e o princípio da proporcionalidade adotados para os buscar harmonizar os princípios quando em conflito retornaremos a este tema na terceira parte deste trabalho. Mas também indica-se a leitura dos princípios conforme a Teoria de ALEXY do item 2.3.2 desta primeira parte.

¹²² SIECKMANN, Los Derechos fundamentales como principios, na obra La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Barcelona, Marcial Pons, 2011, p. 28.

teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderação no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. A discussão sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, uma discussão de ponderação.”¹²³

Para o Autor¹²⁴ os princípios são normas, mas normas que ordenam que algo seja realizado na melhor medida possível dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, são mandados de otimização, podem ser cumpridos ou não. Se uma regra é válida, então tem que cumprir exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. As regras contêm determinações no âmbito dos fatos e juridicamente possível. Assim, quando se está diante do conflito de regras determinantes de uma decisão usa-se os *cânones* da hierarquia das normas, podendo a regra vencida resultar invalidada. Já, os princípios, não são determinantes de uma decisão, de modo que somente apresentam razões em favor de uma ou de outra posição argumentativa. Existe, conforme ele, uma dimensão de peso entre princípios, que não existe nas regras, na sua aplicação, especialmente nos "casos de colisão", exige procedimento de ponderação ou balanceamento. Nesse sentido, frente da colisão de princípios o valor decisório será dado àquele que tiver maior peso relativo ao caso concreto, sem que isso possa representar a invalidação do princípio menor. Assim, os princípios não se colocam além ou acima do Direito, não se contrapõem a norma, pois, a norma divide-se em norma-princípio e norma-regra, mas, contrapõe-se às regras. Sendo expressão da comunidade, tem significação ideológica, como ocorre na dos Estados Unidos ¹²⁵ou a nossa Carta Política de 1988.

Mas quando é que direitos humanos podem ser definidos como fundamentais? Quais as características desses direitos que os diferenciariam dos demais? O que os caracteriza enquanto princípios?

Na busca por respostas a respeito de quais os princípios podem ser identificados como fundamentais, encontramos na teoria de ALEXY a identificação de alguns caracteres dos Direitos Humanos seriam necessários para defini-los como essenciais à vida humana. ¹²⁶ Para tanto o Autor aponta cinco características que o Direito apresentar para ser considerado como fundamental. A primeira característica é a universalidade, ou seja, deve tratar-se de um direito universal, concernente a todo e qualquer ser humano. A segunda característica é o fato

¹²³ (ALEXY, 1998)

¹²⁴ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 1986 trad. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1993, p. 86 e 87.

¹²⁵ “We, the people”

¹²⁶ (ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático*, 1999, p. 58 e ss)

de ser um direito moral, ou seja, baseado numa norma moralmente válida. Uma terceira característica é ser um direito preferencial, ou seja, esse direito deve fazer jus à proteção pelo “direito positivo estatal”, deve preferir aos demais em grau de prioridade. O quarto traço característico é que o direito deve ser de grande importância de modo que a “[...] sua violação ou não satisfação significa ou o sofrimento grave ou troca no núcleo essencial da autonomia”. E, por fim, o quinto traço de um direito fundamental é a abstração, por isso estaria suscetível a restrições. Conforme o Autor não seria todo e qualquer direito humano que tem a qualidade de fundamental, mas, somente aqueles direitos que apresentem concomitantemente essas as cinco características. A adequação da teoria alexyana¹²⁷ de direitos fundamentais como meio para reconstruir e interpretar esses direitos tem sido objeto de muitos estudos e trabalhos. Recentes trabalhos publicados resultantes de estudos realizados e publicados em artigos de autoria de SYECKMANN¹²⁸, POSCHER¹²⁹ e JANSEN¹³⁰. Esses autores ao buscarem um conceito universal de princípios, tomaram por base a teoria alexyana e tecem ponderações e críticas.

Os princípios para ALEXY têm um aspecto duplo que os colocaria como elementos simultaneamente do universo do direito e da moral. Assim, seriam princípios jurídicos básicos presentes no constitucionalismo alemão que possuem uma dimensão de moralidade: a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade, o Estado de Direito, a democracia e o Estado Social. Em casos concretos, somente se pode afirmar a possibilidade de uma decisão correta se ela estiver em consonância à aplicação dos princípios com uma teoria moral. O direito é compreendido como subordinado à moral.

¹²⁷ ALEXY, JANSEN, SIECKMANN e BOROWSKI advertem a respeito dos problemas da definição de princípios como mandatos de otimização, não obstante devido a sua “plausibilidade intuitiva”. In SIECKMANN, Jan. *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios de la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Barcelona: Marcial Pons, 2011.

¹²⁸ SIECKMANN, Jan. *Los derechos fundamentales como principios*. In (SIECKMANN, 2011, p. 27/49), dedica-se a analisar a questão da forma como diferenciar princípios das regras e de outras classes de normas, sobre que base pode sustentar a sua validade jurídico-constitucional. Critica a teoria porque entende que a definição de ALEXY de que os princípios são mandatos de otimização e, como tal, devem ser otimizados, SIECKMANN propõe uma concepção dos princípios como argumentos normativos que constituem razões para juízos de ponderação, apontando uma justificação independente do direito positivo.

¹²⁹ POSTER, Ralf. *Aciertos, erros y falsos auto conceptos de la teoría de los principios*. In (SIECKMANN, 2011, p. 71/92).

¹³⁰ JANSEN, Nils. *Los fundamentos normativos de la ponderación racional en el derecho*. In (SIECKMANN, 2011, p. 51/70).

2.3.3 Postulados e sobreprincípios

Na mesma linha de REALE, Humberto ÁVILA defende o modelo tripartite do ordenamento jurídico, composto por: regras, princípios e postulados. Ao traçar uma distinção entre regras e princípios, defende que regras têm diretamente a descrição de um comportamento ou atribuição de uma competência como o objeto visando apenas à obtenção de um fim, indiretamente. Já princípios, visam à consecução de fins e influem apenas diretamente nos modos comportamentais ou nas atribuições de competências necessárias para tal. Esclarece que, “[...] os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos” (2006, p. 123). Assim, conforme o Autor são postulados a proporcionalidade, razoabilidade, eficiência e segurança jurídica. Esses visam à consecução de um fim, mas cumprem função distinta de prescrever e orientar determinados modos de pensamento e argumentação, estruturando o modo de aplicação das regras e princípios.

Enquanto que o Estado de Direito e o Devido processo legal seriam classificados pelo autor como “sobreprincípios”. Ele reconhece certa hierarquia das normas jurídicas ao reconhecer o Estado de Direito e o princípio do devido processo legal como sobre princípios. Para ele, esses, os sobreprincípios funcionariam como fundamento, formal e material, para a instituição de atribuição de sentido às normas hierarquicamente inferiores, ao passo que, para os postulados normativos funcionam como estrutura de aplicação de outras normas.¹³¹

Postulados “não são normas imediatamente finalísticas, mas metódicas, [...] estruturam a aplicação de outras normas com rígida racionalidade, e não são normas com elevado grau de abstração e generalidade, mas, normas que fornecem critérios bastante precisos para a aplicação do direito”¹³². Postulados são meta-normas.¹³³ Assim, têm-se os sobreprincípios que fundamentam normas hierarquicamente inferiores, enquanto que a estrutura de aplicação dessas normas é dada pelos postulados normativos.

¹³¹ AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros, 9º ed. ampliada e atualizada, 2009, p. 120-135.

¹³² AVILA, Humberto. Op.cit, p. 123. Ainda, a respeito deste tema recomenda-se BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. *Dos princípios gerais de Direito aos princípios constitucionais*.

¹³³ ÁVILA, Humberto. Op.cit, p. 134-135.

2.3.4 Normas-princípios e norma-regra

Para Jorge MIRANDA, os princípios não se colocam além ou acima do Direito, não se contrapõem à norma. Ele divide a norma, para fins de conceituação em norma-princípio e norma-regra, mas, contrapõe-se às regras. Conforme LORENZETTI, os princípios formam, na verdade, uma categoria especial de normas jurídicas, que se distinguem das demais (as simples regras de direito) por um conjunto de características próprias, a saber: a) maior amplitude de seu campo de incidência; b) maior força jurídica; c) permanência em vigor em caso de conflito normativo.¹³⁴

Conforme Paulo BONAVIDES, até a Segunda Guerra Mundial as normas jurídicas eram do tipo regra, ou seja, estabeleciam o que era permitido e o que era vedado e a respectiva sanção. Mas, após esse período surgiu um direito calcado em regras, às quais ele nomina de *regras-comando*, e essas não permitiriam ao aplicador nenhum juízo de valor, apenas a aplicação da regra ao fato concreto. Após esse marco, surgiram correntes doutrinárias no sentido de criar outro tipo de norma, que ele as identifica como *normas-princípios*. Trata-se de normas que expressam valor, isto é, carregam e contêm valores. Esta norma-princípio caracteriza-se por um elevado grau de abstração exigindo, do aplicador e do interprete, mais preparo para sua concretização. Dessa forma, para BONAVIDES o sistema hoje não deixou de ter regras comando, normas-regra, mas essas se encontram combinadas com as normas-princípios. As primeiras caracterizam pela concretude, onde o interprete efetua mera subsunção, apresentando dificuldade para interpretar o ideal de justiça – já as normas-princípios, representariam uma melhor ideia de justiça. Para esse autor, a valoração dos princípios é vista como normas-chaves do sistema jurídico.

[...]a proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de problematidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais.¹³⁵

¹³⁴ (LORENZETTI, 2009, p. 36)

¹³⁵ (BONAVIDES, 03/2013, p. 298)

Assevera o autor que, “a exemplo de ESSER, ALEXY, DWORKIN e CRISAFULLI”, os princípios atuam normativamente, logo “as normas compreendem igualmente os princípios e as regras”. Ao reportar-se a Eberhard GRABITZ¹³⁶ reconhece que os princípios desprovidos do caráter de normas têm duas categorias: ou são princípios “abertos” (*offene Prinzipien*) ou “princípios normativos” (*rechtssatzförmige Prinzipien*). Reconhecendo a contribuição de CRISAFULLI,¹³⁷ ao anunciar que todo o princípio (expresso ou não numa formulação legislativa, implícito ou latente) num ordenamento, se “[...] constitui norma, aplicável com regra [...] de determinados comportamentos públicos ou privados.” Como dito anteriormente, defende a superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa¹³⁸, identificando-os como valores fundamentais dotados de normatividade.

BONAVIDES defende a ausência de distinção entre princípios e normas, e que os princípios são dotados de normatividade. As normas compreendem regras e espécie..¹³⁹ Para ele, “As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o régimen, a ordem jurídica. “Não são apenas as leis, mas o direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.” [sic]¹⁴⁰ Nesse sentido, os princípios constitucionais no ordenamento jurídico gozam de uma supremacia material e formal, aventando a existência de confusão em relação aos valores. “[...] a supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder”. E, ao destacar a importância dos princípios na ordem constitucional, refere Valdés FLÓREZ, ao reconhecer que “Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os

¹³⁶ LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, apud, BONAVIDES, ob.cit. pp. 281-282.

¹³⁷ Bonavides destaca a contribuição de Crisafulli na caminhada doutrinária para a normatização dos princípios. Que teria sido esse jurista dos que mais contribuíram para consolidar a doutrina da normatividade dos princípios, sutgindo ai a dupla eficácia que se revestiriam os princípios: eficácia imediata e eficácia mediata ou programática. Ainda, Crisafulli demonstra que um princípio, expresso ou implícito ou latente no ordenamento, constitui norma, aplicável como regra de determinados comportamentos públicos ou privados. Destaque para a obra “La Costituzione e le su Disposizioni di Principi”.

¹³⁸ A doutrina usa o termo Neogenético para esclarecer a precedência hierárquica do princípio sobre a regra.

¹³⁹ (BONAVIDES, 03/2013, p. 298)

¹⁴⁰ (BONAVIDES, 03/2013, p. 299)

sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa.”¹⁴¹

O sistema jurídico hoje, para MIRANDA e BONAVIDES, combina norma-princípio e norma-regra. Mas, diferentemente de BONAVIDES, para quem os princípios governam a Constituição quando valores fundamentais, MIRANDA entende que os princípios não se colocam além ou acima do Direito e não se contrapõem à norma, mas eles formam uma categoria especial de normas jurídicas que se distinguem das demais (as simples regras de direito) por um conjunto de características que lhes são próprias, a saber: a) maior amplitude de seu campo de incidência; b) maior força jurídica; c) permanência em vigor em caso de conflito normativo.¹⁴²

2.3.5 Princípios axiológicos

Os princípios axiológicos, para MIRANDA, são princípios reconduzíveis à dignidade humana. SOUZA JUNIOR vai além ao identificar a dignidade da Pessoa Humana como um dos princípios axiológicos da ordem constitucional brasileira, acrescentando a esse item, os valores supremos da ordem jurídica - elencados no preâmbulo da Constituição brasileira - os valores relacionais do conjunto ou integrativos; bem como o princípio das autonomias sociais do humano, o princípio da subsidiariedade, o princípio do bem comum e o princípio dos direitos fundamentais.¹⁴³ Dessa forma, esse Autor esclarece os princípios axiológicos - identificados no preâmbulo da Constituição brasileira como valores supremos - por meio de um esquema por ele elaborado e utilizado para fins didáticos, no qual a liberdade, primeiro dos princípios de valor, ajustada pela justiça à igualdade; A justiça, no tempo, com a segurança, implica um equilíbrio entre a ordem e o progresso (ou desenvolvimento).

¹⁴¹ (BONAVIDES, 03/2013, p. 298)

¹⁴² (LORENZETTI, 2009, p. 36)

¹⁴³ SOUZA JUNIOR, Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário. publicado em março de 2005, no Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito, PPGDir/UFRGS, número III. “Estado de Direito, Valores e Ideologias”.

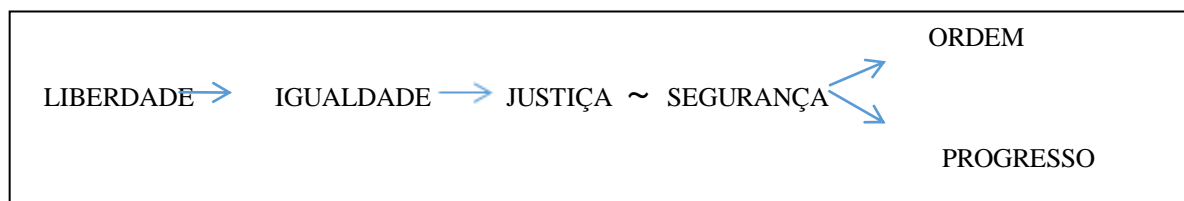


Figura 2 Os princípios fundamentais axiológicos da ordem política¹⁴⁴.

Conforme SOUZA JUNIOR, aos princípios axiológicos somam-se os princípios políticos-constitucionais e os princípios técnico-constitucionais ou técnicos jurídicos. .

Ao esvaziar-se do Direito o conteúdo valorativo abre-se espaço para um Estado opressor. E não poderia ser diferente, historicamente o Direito tem se apresentado, reiteradas vezes, como um instrumento de dominação do Estado, protegendo e justificando muitas iniquidades, especialmente no período em era afastado da lei qualquer aspecto axiológico, a lei era considerada em seu aspecto lógico-formal. Diante desse contexto a humanidade se viu frente à necessidade de proteger não só a vida humana, mas o Ser Humano como um todo, para que ele possa viver com dignidade. A experiência vivida pela humanidade, especialmente após essa Segunda Grande Guerra, demonstrou que o tratamento desumano, o sofrimento, não atinge apenas uma pessoa ou um povo, ele atingiu toda a humanidade. A partir dessas conclusões, da necessidade repelir as experiências de violação dos direitos humanos demonstradas na primeira metade do século XX, e de reconstruir a ordem política democrática que garantisse “um núcleo mínimo, reconhecidos e institucionalizados por consenso”¹⁴⁵ teve início uma nova visão do Direito.

Essa nova visão SOUZA JUNIOR denomina de “constitucionalismo de valores”, ou seja, um constitucionalismo firmado na dignidade da pessoa humana. Nessa mesma linha, mas aprofundando a classificação dos princípios do Estado Democrático de Direito elaborada dos autores antes referidos, Carlos Eduardo Dieder REVERBEL, dividiu os princípios constitucionais em três níveis – axiológico, político e técnico-instrumental – mas acrescentou, a cada um destes princípios desdobrados em cinco princípios.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Esse esquema, posteriormente aperfeiçoado, foi apresentado por SOUZA JUNIOR no ano de 2008 para os seus alunos da Especialização em Direito de Estado promovida pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

¹⁴⁵ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como Poder. Uma nova teoria da divisão de poderes. São Paulo: Memória Jurídica. 2002, p. 102.

¹⁴⁶ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, nº1, 2009.

A respeito desse constitucionalismo calcado em valores, objeto principal deste estudo, tomando originariamente por referência essas classificações pretende-se, na terceira parte desta dissertação, identificar os valores supremos na Constituição da República Federativa do Brasil. Assim, utiliza-se como referência a classificação dos valores desenvolvida por SOUZA JUNIOR, que se teve acesso a partir de diálogos travados pessoalmente com o Orientador.

Seriam os princípios axiológicos sinônimos de valores, ou ao contrário, seriam os valores supremos princípios axiológicos?

2.4 Os princípios gerais informadores da ordem jurídica

José Afonso da SILVA reconhece eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, mesmo a grande parte daquelas de caráter sócio ideológico, as quais até bem recentemente não passavam de princípios programáticos. Esse autor classifica os princípios em duas categorias: os Princípios político-constitucionais e os Princípios Jurídico- Constitucionais.¹⁴⁷ O primeiro, assemelha-se aos princípios politicamente conformadores de CANOTILHO, já os Princípios Jurídico-Constitucionais são os princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional. Na Constituição brasileira, c o princípio da supremacia da Constituição, e os princípios da constitucionalidade, da legalidade, da isonomia, da autonomia individual, decorrente da declaração dos direitos, proteção social dos trabalhadores. Flui da declaração dos direitos sociais, o da proteção da família, do ensino, da cultura, os princípios da independência da magistratura, da autonomia municipal, da organização e representação partidária, “e os chamados princípios garantia” nesses inseridos o devido processo legal, juiz natural, o do contraditório, e outros que figuram o artigo 5º, incisos XXXVIII a LX, da Constituição.

¹⁴⁷ Dois textos de autoria de José Afonso da Silva tangenciam a questão dos princípios constitucionais no Brasil: A Aplicabilidade das Normas Constitucionais, escrito em 1968 e reeditado em 1982, 5ª ed. em 1998, pela Ed. Malheiros; e Curso de Direito Constitucional Positivo, 8ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

Princípios jurídicos são de aplicação geral, isto é, não há princípios aplicáveis num território e não aplicáveis em outro ente federativo, pois não existem princípios federais e princípios estaduais¹⁴⁸.

Ainda, o autor brasileiro identifica no artigo 1º da Constituição da República, o que eles denominam a norma-síntese ou norma-matriz dos princípios políticos constitucionais. Como norma-matriz, entende que haveria uma norma-princípio de grande relevância, da categoria dos princípios político-constitucionais. Para esse autor, os princípios político-constitucionais não possuem fórmula apriorística, mas devem ser entendidos consoantes a regulação que recebem de cada ordenamento jurídico.

2.5 Critérios de hierarquia dos princípios constitucionais

Conforme CANOTILHO, o sistema normativo é visto como um sistema aberto de regras e princípios. E, ao distingui-los defende a existência de diversos critérios a serem utilizados. Para ele, enquanto que as regras possuem reduzida abstração, são mais precisas e podem ser aplicadas diretamente. Os princípios são normas com grau de abstração mais elevadas. E, no caso concreto, a aplicação dos princípios exige uma atitude de “mediações concretizadoras” do interprete, enquanto que as normas a aplicação é direta.

CANOTILHO, assim como BONAVIDES, defende uma posição hierárquica dos princípios constitucionais, para eles os princípios desempenham uma importância na estrutura do sistema, estabelecendo padrões juridicamente vinculantes, estabelecidos em função da justiça ou da própria ideia de direito. As regras, podem ser normas vinculativas com conteúdo apenas funcional. Quanto à proximidade com a ideia de direito, os “princípios representam ‘standards’ vinculados à exigência de ‘justiça’ ou na ‘ideia de direito’¹⁴⁹ Já a respeito da natureza dos princípios, ele a define como “normogenética”, ou seja, admite a hierarquia só que nesse caso os princípios são normas jurídicas que se encontram na base, podendo serem fundamentos para as regras, impõe uma “otimização”, ou seja, eles são compatíveis com diversos graus de concretização.

¹⁴⁸ (ADI 246, Rel. Min. Eros Grau, DJ 29/04/05)

¹⁴⁹ CANOTILHO, J.J. G. Direito constitucional e Teoria da Constituição, 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p.1144-1146.

Frente à possibilidade de conflito, o autor defende que as regras jurídicas excluem-se, ou seja, se uma regra é válida deve ser observado exatamente o que ela prescreve, enquanto que os princípios aceitam coexistência. Portanto, defende a possibilidade de se estabelecer um balanceamento, ou seja, a ponderação dos princípios. Ele ainda encontra diferença pelo fato de que os princípios apresentam um problema de “validade” e “peso”, enquanto que as regras admitem apenas a questão de validade.

CANOTILHO, a partir dessas constatações, estabelece uma divisão dos princípios a partir em três grupos: Os Princípios Jurídicos Fundamentais, Princípios Constitucionais Impositivos e Princípios-garantia ¹⁵⁰. O primeiro grupo, o dos princípios Constitucionais Jurídicos Fundamentais ou *Rechtsgrundsätze*,¹⁵¹ são os que se referem à organização política do Estado, forma de governo e de Estado e sistema de governo. Nele pertence a ordem jurídica positiva, e se constituem num importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Para o autor, esses princípios fornecem diretivas materiais de interpretação das normas constitucionais e “vinculam o legislador no momento legiferante, de modo a poder dizer-se ser a liberdade de conformação legislativa positiva e negativa vinculada pelo princípios jurídicos gerais.”¹⁵² Esses princípios jurídicos gerais têm uma função positiva, informando materialmente os atos dos poderes públicos, é o que ocorre no princípio da publicidade dos atos jurídicos; o princípio da segurança jurídica, a proibição da *arcana praxis* (política de segredo, ou princípio da publicidade) e a defesa dos cidadãos perante os atos do poder público (princípio da ampla defesa, do contraditório, duplo grau de jurisdição), o princípio jurídico-material de justa medida, proibição de excesso (através da exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos atos dos poderes públicos em relação aos fins que eles prosseguem); O princípio do acesso ao judiciário, imparcialidade da administração.

Os princípios constitucionais conformadores ou politicamente conformadores são, conforme CANOTILHO, “os princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte”, condensando-se as opções políticas nucleares e nestes se reflete a ideologia inspiradora da Constituição. Constituem-se das decisões políticas fundamentais concretizadas pela norma conformadoras do sistema constitucional positivo, são normas-princípio, ou seja, “normas fundamentais de que derivam logicamente as normas

¹⁵⁰ Para aprofundar o estudo, ver CANOTILHO, op.cit., capítulo 1 do título 4, Estruturas Organizatórias e Funcionais.

¹⁵¹ CANOTILHO, ob. cit. pp. 1165 e ss.

¹⁵² CANOTILHO, ob.cit. p. 1166.

particulares regulando imediatamente relações específicas da vida social.”¹⁵³ Ou seja, são “princípios normativos, retrizes e operantes”¹⁵⁴, que devem ser levados em conta por todos os órgãos encarregados da aplicação do direito, seja em atividades interpretativas, ou atos “inequivocamente conformadores”, as leis e atos políticos praticados pela administração pública.

Nesse primeiro grupo, os princípios traduzem as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição, são reconhecidos como limites do poder de revisão, ou seja, são “o cerne político de uma Constituição política”¹⁵⁵. Nesses encontram-se os princípios definidores da forma de Estado, os da estrutura do Estado, definidores do regime político, os caracterizadores da forma de governo e da organização política em geral (separação e independência de poderes e princípios eleitorais).

No segundo grupo, o dos princípios constitucionais impositivos, a estes “submetem-se todos os princípios que impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas”.¹⁵⁶ Caracterizam-se por serem dinâmicos e prospectivamente orientados, traçam ao legislador linhas diretrizes de sua atividade política e legislativa.

Por fim, os princípios-garantia visam instituir direta e imediatamente garantias ao cidadão, traduzem-se no estabelecimento direto de garantias aos cidadãos. Assemelha-se a norma jurídica e possuem uma força determinante, positiva e negativa. LARENZ¹⁵⁷ os denominava “princípios em forma de norma jurídica”¹⁵⁸.

A diferença entre princípios e valores, diz IBEAS, consiste de uma parte em seus diferentes graus de concreção, os valores são mais gerais que os princípios, A outra diferença é o papel que os valores tem para a concreta interpretação dos direitos

¹⁵³ CANOTILHO e MOREIRA. Constituição da República Portuguesa Anotada, 2ª ed., v. 1. Coimbra: Coimbra ed., 1984. p. 42.

¹⁵⁴ CANOTILHO. Idem. p. 1166.

¹⁵⁵ CANOTILHO. Idem. p. 1166.

¹⁵⁶ CANOTILHO. Idem. p. 1166-1167

¹⁵⁷ Karl LARENZ, jurista e filósofo alemão, lecionou na Universidade de Kiel (Christian-Albrechts-Universität zu Kiel) e a Universidade de Munique (Ludwig-Maximilians-Universität München. Destacou-se como jurista na área do Direito Civil, tendo deixado diversas obras. Seus ensinamentos influenciaram, dentre outros, o autor brasileiro Orlando Gomes. O autor alemão encontra-se relacionado à jurisprudência de valores, identificada como sinônimo de jurisprudência de princípios. Vide wikipédia on line.

¹⁵⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p.316.

fundamentais, abarcando os princípios um espectro material mais amplo, ao referir-se a todo o ordenamento jurídico sem concreção em uma parcela determinada.¹⁵⁹

IBEAS defende que a função principal dos valores é de orientar a interpretação do ordenamento jurídico pelos Órgãos Judiciais, de modo que os valores não sejam capazes de autonomamente fundamentar uma concreta resolução judicial, mas orientar a interpretação que esses Órgãos farão do conjunto do ordenamento. Os valores superiores não teriam por objeto resolver conflitos jurídicos concretos, mas tem a missão de condicionar e orientar o processo interpretativo, não possuindo, por si só, condições de serem usados para fundamentar uma decisão. Contudo, é indiscutível a força normativa dos valores e princípios, com eficácia plena, desde que se encontrem incorporados expressamente no articulado da Constituição. Assim, os vares tem força normativa quando positivados, como acontece com o artigo 1.1 da Constituição espanhola, mas na Constituição brasileira, os valores encontram-se no preâmbulo.

2.6 A ponderação de princípios de direitos fundamentais

Humberto ÁVILA enumera três critérios adotados pela doutrina para distinção entre regras e princípios.¹⁶⁰ O primeiro critério seria ao *hipotético-condicional* que seria o adotado por LARENZ. O segundo critério é quanto ao modo final de aplicação, ou seja, as regras são aplicadas no modo absoluto e os princípios no modo relativo, este também adotado por DWORKIN. Mas, no conflito de normas, havendo colisão entre as regras, uma delas prevalece,¹⁶¹ enquanto que os princípios devem ser ponderados.¹⁶²

Nesse sentido, ALEXY ao tratar da colisão de direitos fundamentais e de sua realização no Estado de Direito Democrático, admite a existência de um catálogo de direitos fundamentais em sentido estrito - idênticos ou diversos - e sentido amplo, - os de bens coletivos - e admite a inexistência de direitos fundamentais que não colidam entre si. A

¹⁵⁹ Nesse sentido L. PIETRO Sanchis, Los valores superiores, PERES LUÑO e IBEAS..

¹⁶⁰ Ávila, Humberto. Teoria dos Princípios – da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos, 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 31-55.

¹⁶¹ Trata-se da antinomia que se refere Canotilho.

¹⁶² Sobre ponderação de princípios recomenda-se a obra organizada por Jan-R. SIECKMANN, relacionada na bibliografia.

colisão de direitos fundamentais em sentido estrito pode ocorrer tanto entre direitos fundamentais idênticos quanto entre direitos fundamentais diversos.¹⁶³.

Dessa forma, as colisões de direitos fundamentais em sentido estrito nascem do “exercício ou a realização dos direitos fundamentais de um titular de direitos fundamentais tem consequências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais.”¹⁶⁴ Em contrapartida, há colisões de direitos fundamentais idênticos em quatro situações: 1º) quando o mesmo direito fundamental colide com o direito de defesa liberal¹⁶⁵; 2º) quando o mesmo direito fundamental colide com o direito de defesa liberal de um e o direito de proteção de outro. É o que ocorre, por exemplo, quando alguém precisa atirar num agressor para salvar a vida de seu refém. Nesse caso, a proteção é um bem coletivo: a segurança pública. Assim, seria também possível haver uma outra colisão, ou seja, a colisão entre a proteção do indivíduo, no caso o refém, e a proteção dos demais; 3º) muitos direitos fundamentais têm dois lados, ou seja, um lado negativo e um positivo. É exemplo a liberdade religiosa que, segundo ALEXY, também pode colidir com a neutralidade religiosa do julgador ou administrador; 4ª) por último a igualdade jurídica. Nessa, ele traz jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre auxílio de custas processuais, “paradoxo da igualdade é uma colisão que se apresenta tanto mais intensamente quanto mais é realizado o Estado Social”. O modelo alemão, segundo ele, trata pobres e ricos com igualdade no financiamento de custas e honorários de advogado, e esse é um tratamento desigual porque, dessa forma, sob o ponto de vista fático, ao pobre as oportunidades de concretizar seu direito lhe serão tomadas ou estreitadas.

Já a colisão de direitos fundamentais em sentido amplo, ou seja, a colisão de direitos fundamentais com bens coletivos, tem-se como exemplo prático o da Resolução da dragagem da água, onde o Tribunal Constitucional Federal alemão, procurou resolver a questão definindo em qual proporção e como o legislador pode proibir ao proprietário aproveitamentos de seu terreno que prejudicam a água subterrânea. Mas os bens coletivos também podem ser pressupostos ou meios de cumprimento ou fomento de direitos individuais. O autor reconhece o caráter ambivalente daqueles bens e o dever de proteção do Estado, e, para proteger esses direitos coletivos dos cidadãos é possível que o Estado, em algum momento, tenha que intervir na liberdade individual dos que prejudicam ou

¹⁶³ Palestra proferida por ALEXY na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 7 de dezembro de 1998, texto traduzido por Luís Afonso Heck.

¹⁶⁴ (ALEXY, op.cit. S.n)

¹⁶⁵ É o caso, por exemplo, do perigo de agressão entre grupos hostis.

ameaçam a segurança pública. Na realidade prática, o que se constata é que quanto menor o equilíbrio econômico, maiores são os problemas do Estado de Direito que pedem redistribuição social e proteção do direito a resposta proporcional ao agravo, que vai além do ressarcimento por dano moral, material ou à imagem.¹⁶⁶

Por envolver ato discricionário do julgador, ALEXY manifesta sua preocupação com as decisões de valor que precisam ser fundamentadas na argumentação racional, para evitar que sejam arbitrárias:

A tarefa de administrar a justiça segundo a lei às vezes pode ‘exigir em particular que esses julgamentos de valor inerentes à ordem constitucional, mas que não têm nenhuma expressão ou apenas expressão imperfeita nos textos recentes de lei devem ser revelados e realiza-os nas decisões atuais por um ato de cognição que inevitavelmente envolve um elemento discricionário. Os juízes devem se precaver contra arbitrariedades nesse processo, suas decisões têm de ser fundamentadas na argumentação racional.¹⁶⁷

A dogmática surge pela formação de estruturas normativas mediante argumentação jurídica junto aos precedentes. A importância dos princípios não substitui a da dogmática e sim busca explicar a sua elaboração e necessidade. Para Ralf POSCHER¹⁶⁸, forçar a equiparação da ponderação de princípios com a dogmática é desconhecer a função da argumentação jurídica e a função que cumprem os princípios no marco das mesmas. Uma dogmática que se limite a ponderação de princípios, não é dogmática, afirma ele. A ponderação de princípios não constitui a dogmática, mas fornece uma estrutura argumentativa dentro da qual se pode argumentar a favor de determinada dogmática dos direitos fundamentais. A solução do problema de colisão se dá se de um lado, ou de ambos, são efetuadas limitações ou sacrifícios. Devem ser tomadas decisões fundamentais sobre a estrutura fundamental da dogmática dos direitos fundamentais.

Para Lorenzetti, os princípios são indeterminados porque não têm suporte fático específico e a valoração não é unânime, pois sempre haverá outro princípio a ser contraposto. Para o autor argentino “A colisão entre princípios, porém, não é uma opção, se não uma ponderação, posto que, em cada caso deverá ser observado como será medida a importância de cada um deles”.¹⁶⁹ Ele acredita que é preciso encontrar uma forma de discutir e chegar a uma melhor solução quando há conflito de valores, e a forma como se define os conceitos

¹⁶⁶ Veja artigo 5º, inciso V, da Constituição brasileira.

¹⁶⁷ ALEXY, Robert, ob cit. 2001.

¹⁶⁸ POSCHER, Ralf. (SIECKMANN, 2011, p. 91-92)

¹⁶⁹ (LORENZETTI, 2009, p. 36)

determina se eles poderão, ou não, entrar em conflito. Defende que haveria além dos princípios escritos outros cuja existência se deduz pela via hermenêutica, isso é, existem princípios codificados e outros provenientes da tradição.¹⁷⁰ Para tanto, identifica princípios interiores ao ordenamento jurídico¹⁷¹ e os outros supraordenamentais. Essa classificação surge em razão do modo como são obtidos do ordenamento jurídico. Os princípios sistemáticos (ou representativos) são os responsáveis pela organização institucional da sociedade; os princípios dogmáticos são obtidos do ordenamento jurídico por dedução; e, por fim, os princípios dogmáticos, ou ideias básicas em sentido retórico, o fundamento é a experiência jurídica histórica.¹⁷²

Ponderação é aplicar a proporcionalidade, ponderar é buscar o equilíbrio, sobre esse tema retornaremos na terceira parte, visto como um dos valores relacionais.

3. FUNDAMENTOS JUS-POLÍTICOS DO ESTADO

A sociedade surge na medida em que o Estado nasce “quando emerge consensualmente a consciência de um fim comum, formando uma representação da ordem desejável, vale dizer, uma ideia de seu futuro e de organização político-social adequada e justa, que ele denomina ideia de direito”¹⁷³. O Direito e o Estado são interdependentes e compartilham do mesmo fundamento antropológico, a natureza da pessoa humana, ou seja, a dialética dimensão política e ética. Também, ambos têm origem na realidade social e partilham do mesmo fim: o bem público.¹⁷⁴

¹⁷⁰ (LORENZETTI, 2009, p. 128)

¹⁷¹ Esses são interiores ao ordenamento jurídico, em virtude da definição das bases axiológicas do sistema. Sinaliza para os princípios do direito divino e do direito humano, ou direito natural.

¹⁷² Estes princípios surgem a partir da conexão de problemas.

¹⁷³ Conforme SOUZA JUNIOR o conceito tem origem no conceito de Georges BURDEAU.

¹⁷⁴ Nesse sentido, sobre a origem do Estado e sua relação com o Direito, ver Dalmo de Abreu DALLARI. O futuro do Estado, São Paulo, Saraiva, 1972.

ARISTÓTELES já afirmava que o Direito surge da interface entre a política e a ética¹⁷⁵. Assim, a política e a ética sendo dimensões do humano encontram-se arraigadas na essência do cada Ser Humano, mas, “desabrocham juntas, interdependentes e compenetradas nas tramas do convívio social.”¹⁷⁶ O termo política inicialmente estava atrelado a defini-la como ciência do bom governo. Hoje, diante da especificidade das ciências, o termo é usado para atividades que tem referência ao Estado e ao poder, como forma de atividade ou de práxis humana ligada ao poder, do homem sobre outro homem.

O ponto de partida de reflexão e estudo sobre o Estado e o Direito é a Pessoa Humana e suas dimensões. Mas, quais seriam os outros fundamentos do Estado de Direito?

3.2 O Estado de Direito

A idéia de Estado de Direito há transitado por caminhos variados, algumas vezes servindo como bandeira de luta em direção a conformação de certo tipo de Estado; outras vezes uma observação semântica encerra um pleonasma. O Conceito de Estado de Direito não é puramente jurídico, mas, tem uma identidade jurídico-política. Conforme O Estado de Direito transcende o âmbito dos sistemas político-constitucionais, para erigir-se em um elemento nuclear na distinção contemporânea entra as autocracias e as democracias.¹⁷⁷

O Estado de direito contemporâneo nasceu, no final do século XVIII, com claro propósito de evitar o arbítrio dos governantes. “A reação de colonos ingleses na América do Norte e a insurreição do terceiro estado na França tiveram a mesma motivação: o descontentamento contra o poder que – ao menos isso lhe parecia – atuava sem lei nem regras”.¹⁷⁸ Para FERREIRA FILHO, essa é a primeira reformulação institucional, estabelecer um “governo de leis e não de homens”, que foi implantada a partir das vitoriosas revoluções. O Poder Político está subordinado ao Direito Objetivo (expressão do justo).

¹⁷⁵ Sobre o tema, HABERMAS, Jürgen *Direito e Democracia, entre facticidade e validade*. V. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1977 p.179 e ss. MIRANDA, Teoria...p. 215 e ss; . e SOUZA JUNIOR, op.cit. 2002, p. 35 e ss.

¹⁷⁶ (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 45).

¹⁷⁷ VANOSSI, Jorge Reinaldo. *El Estado de Derecho em las Américas*. Texto em PDF. In <www.senado.gov.br.....

¹⁷⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos fundamentais*. 14ªed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.19.

HABERMAS afirma que o Estado de direito forma-se empírica e normativamente por meio de uma conexão interna entre o Direito e a política. Sob o aspecto normativo, o sistema jurídico e o sistema político têm funções próprias, mas eles também cumprem funções que são recíprocas na sociedade complexa. O sistema jurídico, a exemplo da moral, desempenha a função de coordenar a ação e solucionar os conflitos entre os cidadãos, contudo, a moral racional pós-convencional tornou-se um saber que pode obrigar somente por meio da força frágil da convicção. Já pelo sistema político é possibilitado aos agentes realizar programas coletivos de ação, os cidadãos que interagem tanto divergem a respeito da interpretação de valores e normas morais e jurídicas, como igualmente definem metas de ação que transcendem a capacidade dos cidadãos e, por isso, precisam ser implementadas por meio de uma estrutura política que conjuga esforços do grupo¹⁷⁹. O sistema jurídico precisa ser complementado pelo sistema político, da mesma forma o sistema político para estabelecer fins coletivos de ação necessita da colaboração do sistema jurídico.

MIRANDA afirma que “O Estado não pode viver a margem do direito (nunca é demais insistir). Ele atua sempre através de processos ou procedimentos jurídicos ou de operações materiais, que remontam a norma de competência.”¹⁸⁰ O Estado, pelo Direito e vice-versa, apelando um para o outro, integram-se numa relação de interdependência, um não existe sem o outro.

O Estado Democrático de Direito é o Estado baseado no império da Lei, da Lei como expressão da vontade geral, divisão de poderes e legalidade dos atos da Administração pública como mecanismos jurídicos antitotalitários, respeitando as garantias e realização material dos direitos e liberdades fundamentais. O Estado Democrático de Direito é uma expressão de evolução histórica desde o Estado liberal, é um Estado que visa o desenvolvimento da condição humana na vida social, a dignidade humana como dinâmica da liberdade (psicológica, moral e física) através de organização de instituições adequadas a esses objetivos.

Tomando-se por base os ensinamentos de PECES-BARBA,¹⁸¹ o Estado Democrático de Direitos pressupõe alguns elementos, pela forma como os apresenta, para que se possa melhor entender o sentido dos valores supremos da Constituição brasileira: O primeiro elemento, a

¹⁷⁹ HABERMAS, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Regtastaats. 4 ed. Franckfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 179.

¹⁸⁰ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 215.

¹⁸¹ PECES-BARBA, Gregório. Los valores superiores. Temas Claves de la Constitución española. Madrid: Editorial Tecnos AS, 1986, p.62.

soberania popular, da qual emanam todos os poderes do Estado; o segundo, a legitimação dos governantes através de eleições periódicas por sufrágio universal e pluralismo de opções¹⁸²; o terceiro, a submissão dos governantes à Lei, hierarquia das normas, controle judicial das decisões e responsabilidade pelos atos e decisões; o quarto, a preservação da Constituição pelo Tribunal Constitucional; o quinto, separação dos Poderes; o sexto, reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais e incorporação de novos direitos econômicos sociais e culturais; o sétimo, fins dos poderes públicos de promover condições e remover os obstáculos à igualdade dos cidadãos; o oitavo, intervenção dos poderes públicos, nos limites da Lei, na organização econômica em prol do interesse geral; o nono, a proteção das organizações sociais e culturais dos sindicatos e das forças sociais favorecendo a sua participação na educação, no planejamento e no controle dos serviços públicos que afetam a qualidade de vida dos cidadãos. Nesse sentido, os valores superiores positivados na Constituição espanhola, tema que será abordado no título II, assim como os valores supremos identificados pelo legislador constituinte brasileiro no preâmbulo da Constituição promulgada em 1988, têm sentido ético, como conteúdo de moralidade, que o Estado Democrático de Direito propugna para serem realizados no seu ordenamento jurídico¹⁸³.

O Estado, compreendido como organização política de uma sociedade pode ser resgatado ainda na antiguidade, como por exemplo, a *Pólis*, na Grécia, e a *Civita*, em Roma. Porém, na literatura, o emprego da palavra Estado é visto pela primeira vez na obra *O príncipe*, de Maquiavel. Mas, a definição do termo é importante para estabelecer um marco para o surgimento do Estado enquanto um ordenamento político além da comunidade primitiva fundada nos laços de parentesco e grupos familiares que visam à sobrevivência interna (sustento de seus membros) e externa (defesa). Encontra-se em TORRES uma definição de Estado com sendo o “órgão diretor do corpo político, o conjunto de estruturas que se distinguem dos governados.”¹⁸⁴ Já BOBBIO, inclui os governados, na medida em que identifica como um dos três elementos constitutivos do Estado, junto com o território e a soberania¹⁸⁵. Assim, como MARX, HEGEL, WEBER, GRAMSCI, dentre outros, são inúmeros os autores que se lançaram na busca de uma definição. Não há um único conceito

¹⁸² A respeito da soberania destinamos um subtítulo exclusivo, onde se identifica a soberania nacional, soberania democrática e a soberania popular na Constituição brasileira.

¹⁸³ Conforme PECES-BARBA ao analisa-los na Lei Maior da Espanha, na obra citada, p. 65.

¹⁸⁴ TORRES, João Camilo de Oliveira. Harmonia política. Coleção Espírito do nosso tempo, v. 6. Belo Horizonte: Editora Itatiaia Ltda. 1961., p.48.

¹⁸⁵ (BOBBIO, Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra. 2000, p. 94 e ss)

para definir o Estado atual. Diante dos limites propostos para este estudo, adota-se o conceito que se entende mais completo, conforme SOUZA JUNIOR, o Estado enquanto uma unidade política é a sociedade humana fixada sobre um determinado território (próprio), sujeita a instituições dotadas de mando soberano, que têm por finalidade o bem comum, originada de necessidades humanas básicas, instrumentalizada por meio do direito¹⁸⁶.

As normas jurídicas (fontes formais do direito) não são produtoras do direito, mas constitui o próprio direito objetivo que brota de circunstâncias políticas, histórico-geográficas, econômicas, axiológicas e sociais, que se completam através de um ato de vontade dos Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário. Essas circunstâncias brotam da própria realidade social e dos valores que inspiram o ordenamento jurídico. Conforme MONTESQUIEU, as leis devem ser relativas à condição física do país¹⁸⁷, ao gênero de vida dos povos (agricultores, caçadores, ou pastores), ao grau de liberdade, à religião dos habitantes¹⁸⁸, as suas inclinações, às suas riquezas, ao número de habitantes, aos costumes e valores (fontes materiais)¹⁸⁹, formando o que aquele autor denominou espírito das leis. Tais fatores decorrem das convicções, das ideologias e das necessidades dos povos em cada época. Não é propriamente o direito positivo, mas, “tão somente o conjunto de valores e de circunstâncias sociais que, constituindo o antecedente natural do direito, contribuem para a formação do conteúdo das normas jurídicas, que, por isso, têm sempre a configuração determinada por esses fatores [...]”¹⁹⁰. Mas, esses fatores sociais determinantes do conteúdo do direito e dos valores realizados pelo Direito, encontram-se conforme DINIZ, fundamentalmente sintetizados “no conceito amplo de justiça”¹⁹¹. Nesse sentido de sistema, Pontes de Miranda Filho considera que a interpretação de uma norma constitucional levará

¹⁸⁶(SOUZA JUNIOR, 2002, p. 16). O autor sustenta o estudo do Estado a partir da articulação de várias teorias, uma visão global do Estado, enquanto fenômeno sociopolítico de organização do poder, como um meio para os fins, resultado de um processo histórico e ordenamento normativo.

¹⁸⁷ Fatores naturais influenciam o conteúdo do direito, como exemplo, frente às dificuldades de cultivo do solo, na antiguidade, os persas tornaram-se comerciantes frente a facilidade de navegação marítima, tendo um direito predominantemente comercial..

¹⁸⁸ O fator religioso influenciou, na Constituição brasileira de 1988, a decisão, dentre outros, pela proibição do divórcio e da pena de morte.

¹⁸⁹ Sobre esse tema encontra-se muitos autores, dentre outros: Miguel REALE, Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 1976. VERNENGO. Curso de Teoría general de derecho. 2ª ed. Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976. Maria Helena DINIZ. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. São Paulo: Saraiva, 1991.

¹⁹⁰ (DINIZ, op. Cit. 1991, p.259) .

¹⁹¹ (DINIZ, 1991, p. 259)

em conta todo o sistema, tal como positivado, dando-se ênfase, porém, para os *princípios* que foram valorizados pelo constituinte;¹⁹²

3.2.1 A soberania

Fundamento do Estado Democrático de Direito, a soberania é definida como um poder político supremo e independente, autoridade suprema, não limitado por nenhum outro poder na ordem interna, e na sociedade internacional encontra-se em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos ou nações. Essa soberania nacional¹⁹³ é expressa no inciso I, do artigo 1º, da Constituição brasileira. A Soberania é, tomando as palavras de TORRES, a ausência de outro poder superior e no campo internacional somente o Estado nacional é soberano.

Já a soberania no sentido democrático está prevista no parágrafo único do artigo 1º da Constituição, quando proclama que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição, portanto, entende-se que os mandatos nos poderes executivo e legislativo somente se legitimam quando relacionados a um ato de concreta expressão popular. A causa final do Estado é o bem comum genérico. Nesse sentido, o poder concedido pelo povo ao Estado é para que esse atinja o seu fim, ou seja, o bem comum de todos.

“Quando o poder é dado imediatamente pelos homens, é evidentíssimo que não é para utilidade do principal mas para o bem comum daqueles que o deram; e por isto, os reis são chamados ministros da república” (...) Nisto se diferencia o tirano do rei: aquele busca a sua própria utilidade e êste a utilidade alheia em seu govêrno.”
¹⁹⁴ [sic]

Identifica-se a soberania popular no artigo 14 do texto constitucional de 1988, “[...] exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos

¹⁹² (Elementos do Direito Constitucional, RT, 1982, p.12)

¹⁹³ Nesse sentido a soberania nacional como princípio da ordem econômica nacional (artigo 170, I, da Constituição brasileira de 1988), podendo-se recorrer ao Estado de Sítio para resguardá-la (artigo 137, II, da Consttuição brasileira de 1988).

¹⁹⁴ SUARES, Francisco, citação destacada por TORRES, 1961, p.9.

[...]”¹⁹⁵ e, no artigo 60, parágrafo 4º, inciso II, consagra a imutabilidade do voto direto, secreto, universal e periódico.

Nesse sentido, TORRES vê no Estado duas funções de poder, a de mando e a de representação, e essa última é condicionada ao consentimento dos governados. E, não existe, diz o autor, “[...] nenhum governo imposto contra a vontade do povo, pelo menos das classes do povo de consciência política desperta e clara.”¹⁹⁶ Historicamente os fatos de tirania e usurpação ou persistiram por pouco tempo ou receberam o assentimento do povo (o *consensus* precedido de *consilium*)¹⁹⁷. Ele vê com ressalvas a soberania popular entendida como a expressão geral, a vontade do povo nas consequências últimas, o povo soberano se terá um Estado totalitário. Em contraponto, resguardando do totalitarismo e das tiranias, a teoria do assentimento, na qual o Estado nacional é soberano reconhecido como uma entidade distinta da vontade popular.

O Estado de Direito serve à pessoa e à sociedade, que “abdica parte de sua individualidade em prol de uma mediação técnico-jurídica, instrumentada e concreta em realidades distintas, que modernamente vem ganhando o *nomem iuris* de Estado de Direito.”¹⁹⁸

Quanto à soberania popular, HABERMAS, entende que é nela que se encontra a explicação do poder. Dessa forma, o Estado de Direito tem de neutralizar a influência do poder social, de forma que apenas as legítimas pretensões dos cidadãos, mensuradas através da opinião e vontade na esfera pública, possam transformar o poder comunicativo em poder administrativo. Essa transformação somente se dá em razão da tensão entre direito e política dentro do Estado de Direito

A denominação “Direito Político”, generalizada desde meados do século XIX, expressa a simbiose que, na realidade social, se produz entre a ordem jurídica e a atividade política. Ainda que conceitualmente diferentes, Direito e Política são conceitos inseparáveis, diz o

¹⁹⁵ Soberania popular encontra-se no artigo 14 da Constituição brasileira de 1988. O poder do povo, ou seja a democracia,

¹⁹⁶ TORRES, 1961, p. 106. O autor diferencia povo e multidão. O povo constitui-se a partir grupos de pessoas, indivíduos, reunidos num território adquirem a consciência de uma comunidade de destinos, já multidão é o fato de que povo é exatamente essa consciência de “nós de coletividade, de comunidade, de pertencimento, de unidade mais ampla, de um passado compartilhado e a aceitação de uma autoridade comum.

¹⁹⁷ A teoria do assentimento, na qual os atos de vontade são precedidos de trabalho a cargo da inteligência, que ele denomina *conclium*. O povo consente numa decisão depois de aconselhado pelos órgãos formadores da opinião pública, exceto, diz TORRES, se, em algum momento, o povo tenha sido violentado psicologicamente pela propaganda. (TORRES, p.106 e ss)

¹⁹⁸ (REVERBEL, 2009, p. 2)

espanhol Jorge XIFRA-HERAS [...] la política es un concepto dinámico que persigue al Derecho y que dota de eficacia a sus normas; el Derecho es, en cambio, lo establecido, lo ordenado, pero expuesto siempre al impacto de esa fuerza más o menos oculta que de forma al futuro cuando se convierte en presente, que es la Política. Si el Derecho es una situación normada; la Política es una fuerza normante.”¹⁹⁹ O ponto de partida realista para entender Direito e Política, válido para compreender o verdadeiro alcance da Constituição nos levam a afastar as doutrinas que isolam total ou parcialmente a realidade social ou aquelas duas disciplinas²⁰⁰.

A Constituição vem desse povo, é a expressão da vontade da comunidade exercida pelos seus representantes eleitos para também estabelecer limite à atuação do Estado, em vista da preservação dos direitos fundamentais do Homem. O exercício do poder constituinte pelos representantes do povo, surgida com o constitucionalismo americano e europeu, a forma típica é a Convenção ou Assembleia Constituinte. Historicamente, os primeiros exemplos encontram-se na Convenção de Filadélfia, em 1787, e na Assembleia Nacional Francesa, em 1789. No Brasil, a primeira Assembleia se deu com a Constituição de 1823, dissolvida pelo Imperador Dom Pedro I, posteriormente, em quatro Constituições votadas por Assembleia Constituinte: a Constituição de 1891, a Constituição de 1934, a Constituição de 1946 e, a última, a Constituição de 1988.

3.2.2 A organização jus-política da sociedade

Na vida social, o direito (na sua feição plena) e a unidade política (na feição de Estado) “surgem juntos numa relação dialogal.”²⁰¹ Nesse sentido, afirma que o “*bom direito*”²⁰² é

¹⁹⁹ XIFRA-HERAS, Jorge. La Constitución como norma y como ley. Revista de Informação legislativa nº 20, Brasília: nº 80, out./dez. 1983, p. 54-55. In <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181472>>, acesso em 20 de agosto, 2013.

²⁰⁰ Nesse sentido, Hans Kelsen (1881-1973) concebia o Direito como uma ordem coercitiva do comportamento humano, alheia a todo o conteúdo sociológico ou político. Ou John Austin (1790-1859), que via o Direito como o conjunto de mandatos do soberano, ou seja, concebia o Direito como produto da vontade do governante. Ou aqueles que reduzem o Direito a uma ordem parcial das dimensões humanas (como Marx, Engels, Savigny, Hegel, Sumner, Spencer, Rosenberg, dentre outros).

²⁰¹ (Souza Junior, op.cit.p. 45-46).

²⁰² Termo usado por Souza Junior, na tese para o concurso a Professor Titular, na faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.

aquele faz uma ligação entre ética e política, respeitada a legítima autonomia dessa essência. Para que exista a harmonia, um não substitui o outro, a eficácia do direito depende da consciência ética daqueles a que se destina. O autor reconhece na lei um ideal moral social; mas, se houver conflito, se aquela vai contra essa segunda, “a lei será imperfeitamente obedecida, até o dia em que apesar da sua aplicação difícil, consiga deformar o ideal moral e apareça, ela própria, como a tradução dum outro ideal [...]”²⁰³

O bom direito, no âmbito do Estado, é a “cristalização da política dinamizada pelos valores éticos, na experiência concreta da vida social, ao longo do tempo, como a intervenção da razão prática.”²⁰⁴ O Estado democrático ocidental contemporâneo favorece essa interação, atento às exigências da realidade, no diálogo entre a política e os valores éticos, constrói instituições jurídicas adequadas e capazes de produzir eficiente e valiosa política, com liberdade, igualdade, justiça, ordem e segurança²⁰⁵.

A plenitude da ordem jurídica positiva não se basta por si própria. Na medida em que o “ [...]objetivo supremo do Direito é a harmonia social, a ordem jurídica, o alicerce e fundamento de todo o progresso humano [...]”²⁰⁶, por isso, o direito não pode existir isolado do ambiente em que vigora, deixando de atender às outras manifestações da vida social e econômicas. Para tanto, o julgador deve preocupar-se com o bem e o mal resultante de seu *verdictum*, mas, ao buscar o verdadeiro sentido do alcance do texto legal, não pode estar em desacordo com os fins colimados pela legislação – o bem comum, ou conforme MAXIMILIANO, o bem social. O direito revela-se, antes de tudo, como um fenômeno social, fruto da vida social humana. Ele “[...] é o meio para atingir os *fins* colimados pelo homem em atividade; a sua função é eminentemente social, construtora”²⁰⁷. Conforme esse autor, a Teoria Social do Estado surge proposta da causa material, ou seja, dos elementos físicos do Estado: a sociedade e o território próprio. Já a Teoria Política do Estado, tem amparo no Estado enquanto organização eminentemente política, a essência por quanto poder político soberano de última instância na sociedade. Os fins do Estado, o bem comum, a causa final do Estado e o entrelaçamento de visões, conduz a formação da Teoria Teológica do

²⁰³ RIPERT, Georges, A regra moral das obrigações civis. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 16-19, 32-33, *apud* SOUZA JUNIOR, op.cit. p. 39

²⁰⁴ SOUZA JUNIOR, op.cit. p. 41

²⁰⁵ Nesse sentido, os valores supremos da sociedade democrática brasileira, será tratado na terceira parte deste trabalho. Sugere-se a leitura SOUZA JÚNIOR, na obra antes citada, de Giovani SARTORI.

²⁰⁶ (MAXIMILIANO, p. 16)

²⁰⁷ (MAXIMILIANO, 1992, p. 169)

Estado²⁰⁸. Já as origens do Estado, a partir das necessidades básicas do humano, a origem do poder, sustenta a Teoria Justificativa do Estado. E, por fim, a operacionalidade de todas elas se dá por meio do direito, que funda a Teoria Jurídica do Estado²⁰⁹.

3.4 As instituições sociais e jurídicas

A sociedade é agrupamento de indivíduos e, é na família que temos uma das primeiras formas de organização desenvolvida pelo Ser Humano, constituída numa verdadeira instituição. Inicialmente a família, constituída por laços sanguíneos e de afeto, era constituída segundo os anseios do mais forte, patriarca ou matriarca, onde é centralizado o poder sobre os demais membros, tendo como limite deste poder o território de sua propriedade. Constitui-se a menor unidade de poder e agrupamento de indivíduos dentro de um espaço territorial delimitado. A sociedade somente subsiste com o poder institucionalizado. O poder é elemento organizador, coordenado pelas atividades particulares em vista do bem comum. Desde as tribos patriarcas até os Estados modernos, a Nação constitui a base da realidade sociológica, formada por pequenos agrupamentos, a partir da família.²¹⁰

A sociedade é formada por instituições – formais ou informais, públicas ou privadas – organizadas sob o escopo de normas e regras, visam à ordenação das interações entre os indivíduos e destes com suas formas organizacionais. Essas instituições sociais têm um papel fundamental no processo de socialização dos indivíduos,²¹¹ é fruto da evolução, da organização e desenvolvimento do Ser Humano, elas surgem pela vontade humana. O poder político torna-se princípio de unidade social nas coletividades mais complexas, o Estado.

As instituições jurídicas são criações humanas que variam no espaço e no tempo como processo de adaptação social o direito se refaz em razão da necessidade de ordem, paz,

²⁰⁸ Identificou-se em MAXIMILIANO, o estudo do elemento teleológico.

²⁰⁹ Sobre o assunto SOUZA JUNIOR, 2002, p. 17 e ss.

²¹⁰ Nesse sentido, GALVÃO DE SOUZA, José Pedro. *Política e Teoria do Estado*. São Paulo : Saraiva, 1957, p. 32-33.

²¹¹ Instituições nos acompanham desde o momento do nascimento, desde a família, casamento, as instituições organizacionais religiosas, de bairros, culturais, científicas, profissionais, educacionais, políticas – órgãos do poder e os partidos políticos, enfim, todas de alguma forma são instrumentos indispensáveis à compreensão da lógica evolutiva das partículas sociais, sendo responsáveis pela organização das interações sociais visando a satisfação das necessidades humanas. (fonte: anotações de aula do curso de Ciências Sociais – disciplina sociologia – PUC/1983)

segurança, justiça, valores que ele visa atender²¹². As instituições jurídicas são confirmadas pelos institutos jurídicos, através de normas válidas e editadas por quem tem competência para tal e que compõe o ordenamento jurídico. O Estado de Direito, a fim de garantir a ordem e segurança da comunidade, do povo, lança mão de mecanismos garantidos constitucionalmente de controle e preservação das instituições políticas democráticas. As instituições jurídicas são dotadas de institutos normativos que formam um sistema sujeito às vontades humanas, submetem-se a inúmeros juízos de valores individuais e coletivos. As instituições jurídicas devem estar em consonância com a sociedade, ensina SOUZA JUNIOR, que “[...] as instituições jurídicas não podem ser isoladas no contexto sociopolítico e cultural de origem. Nem dos fundamentos axiológicos do convívio humano.” E, o Direito é um conjunto coordenado de normas jurídicas interligadas que formam um sistema normativo.

A respeito das instituições políticas TORRES concorda com LIPPMANN no que diz respeito às funções dos poderes executivo e legislativo e a desordem provocada caso esses não cumpram as finalidades a que se destinam, e destaca:

“o Executivo é o poder ativo do Estado, o poder de requerer e propor. A Assembleia legislativa é o poder de consentimento, o poder de aprovar e de criticar, de aceitar e de recusar. Os dois poderes são necessários para que haja ordem e liberdade. Mas cada qual deve ter, de maneira autêntica, sua própria natureza, imitando-se e complementando-se mutuamente. O governo deve ser capaz de se governar e os cidadãos devem ser representados para que não sejam oprimidos. A saúde do sistema depende das relações entre os dois poderes. Se algum destrói ou absorve as funções do outro, a constituição está perturbada.” [sic]²¹³

Na Constituição da República Federativa do Brasil, o Estado como poder Maior, é garantido e preservado por mecanismo de defesa das Instituições, na medida em que estas é que dão sustentação ao próprio Estado. Para proteção o Poder Executivo lança mãos a dois dispositivos de defesa das Instituições, inserido Constituição de 1988, o Estado de Sítio e o Estado de Defesa.

O Estado de sítio é um dos instrumentos constitucionalmente colocados à disposição do Chefe de Estado, utilizado em casos extremos para proteção da soberania, contra agressões internas e externas. No Brasil, tradicionalmente essa medida provisória, de suspensão temporária de direitos e garantias constitucionais de cada cidadão e submissão dos poderes Legislativo e Judiciário ao Poder Executivo, tem sido inserida na Constituição desde a

²¹² OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. O direito como meio de controle social ou como instrumento de mudança social?. PDF. In <www.senado.gov.br/biblioteca

²¹³ TORRES, 1961, p.105.

proclamação da República. Assim, encontramos esse instituto desde a primeira Constituição da República Brasileira, a de 1981 (artigo 80); e nas demais, na Constituição de 1934 (artigo 175), na de Constituição de 1946 (artigo 207 e 209) e na Constituição de 1967 (artigo 152). Esse instrumento, o legislador constituinte preferiu contemplar na Constituição de 1988, no Título V, “Defesa do Estado e das Instituições democráticas”, os dois institutos, nos artigos 136 a 141, do capítulo I, o Estado de Defesa²¹⁴ e do Estado de Sítio²¹⁵ possibilitando ao Presidente da República lançar mão para a garantia da ordem e da segurança Nacional em face de perigos reais e iminentes contra a segurança do Estado e a ordem pública. Situações que permitem, frente à ameaça externa ou estado de guerra, por meio de Decreto de Estado de Sítio lançar mãos à suspensão das garantias constitucionais.²¹⁶ Contudo, em nenhum caso pode interferir nos direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal e à capacidade civil.

O Estado de Defesa, previsto no artigo 136 da Constituição brasileira, a semelhança do Estado de Emergência previsto na Constituição portuguesa (art. 19) é uma espécie mais branda de Estado de Exceção, decretado para garantir a ordem pública e a paz social em locais restritos e determinados, contra a ameaça por grave e iminente instabilidade institucional ou calamidades naturais de grande proporções. Assim como o Estado de Sítio, trata-se de uma medida provisória, instituída por Decreto após apreciação do Congresso Nacional, com vigência por até 30 dias, podendo ser prorrogada por igual período.

Na Constituição do Império, de 1824, não existia um dispositivo específico de proteção do Estado, na medida em que a defesa do Estado cabia ao Imperador (artigo 102, VII, IX) que deveria previamente ouvir o Conselho de Estado em todos os negócios graves, principalmente a respeito de declaração de guerra, ajustes de paz e negociações com as “Nações Estrangeiras” (artigo 142). Assim, o Imperador como Chefe de Estado, era assessorado pelo colegiado, no caso o Conselho de Estado. A defesa do Império e segurança era entregue, sob o comando do Imperador, à Força Militar Armada de Mar e a de Terra (artigo 148). Todos os brasileiros eram obrigados a “pegar em armas, para sustentar a independência, e a integridade do Império, e defende-lo de seus inimigos externos ou

²¹⁴ Vide seção I, Do Estado de Defesa, artigo 136, da Constituição brasileira de 1988.

²¹⁵ A respeito do Estado de Sítio, seção II, artigo 137 e seguintes, da Constituição brasileira de 1988.

²¹⁶ Decretado Estado de Sítio, o Presidente, respaldado pelo Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, com autorização do Congresso Nacional, tem legitimidade para tomar medidas que podem ferir a liberdade dos cidadãos, censura, etc.

internos.” (artigo 145). O Conselho de Estado no Brasil teve duração curta, foi suprimido pela Lei de 12 de outubro de 1832 e Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834.

Assim, a garantia da ordem e segurança das instituições, no Estado Democrático de Direito brasileiro, são garantidas por medidas extremas, provisórias, que podem ser decretadas emergencialmente em casos específicos, Estado de Defesa (artigo 136) e Estado de Sítio (de acordo com o artigo 137 e seguintes, todos da Constituição de 1988). E, por meio da Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, as Forças Armadas foram constituídas como instituição nacional permanente e regular, sob a autoridade suprema do Presidente da República, destinada a defesa da Pátria, e à “garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.”²¹⁷

Instituições nacionais fortes e eficazes podem contribuir significativamente para a realização de direitos humanos e liberdades fundamentais. Essa força e eficácia de instituições de defesa desses direitos e liberdades dependem diretamente de um “mandato jurídico que lhe for conferido. Uma instituição nacional cuja lei constitutiva torna fraca ou ineficaz pode desenvolver a sua competência técnica, mas, se não forem introduzidas alterações legislativas, nunca conseguirá ultrapassar completamente as suas insuficiências estruturais.”²¹⁸ As instituições não são mais que elementos de um sistema complexo que foi desenvolvido para proteção e promoção dos direitos humanos.

É no preâmbulo da Carta das Nações Unidas²¹⁹ que os povos declaram-se decididos a “preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra [...] a reafirmar [...] a fé nos direitos fundamentais do homem [...] [e] a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de um conceito mais amplo de liberdade”. Assim, as barbáries praticadas por alguns líderes mundiais durante a Segunda Guerra Mundial, que praticaram toda a sorte de atrocidades contra os direitos humanos, fez com que a comunidade mundial, as Nações Unidas, todos unissem forças em favor não só da vida humana, mas também da dignidade humana, para que atos semelhantes jamais se repitam. Surge uma nova fase, a inserção de valores de proteção da dignidade da pessoa humana no constitucionalismo ocidental.

Diante do que foi visto e sentido pela comunidade mundial, e para que isso nunca mais se repita, no sentido de fortalecer as instituições que garantam a dignidade de pessoa humana

²¹⁷ In < www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp97.htm>, acesso em 28 de agosto, 2013.

²¹⁸ In < www.dhnet.org.br/dados/colecoes/dh/mundo/dh01_instituicoes_nac_dh.pdf>, acesso em 25 de fevereiro, 2014.

²¹⁹ O Brasil foi admitido como membro das Nações Unidas em 24 de outubro de 1945.

como fundamento do Estado Democrático e de Direito, iniciou-se o que SOUZA JUNIOR denomina a “era do constitucionalismo de valores.”²²⁰

²²⁰ (SOUZA JUNIOR. O Tribunal Constitucional como Poder. 2002, p.102-103).

II - SEGUNDA PARTE: OS VALORES SUPREMOS E CONSTITUCIONALISMO OCIDENTAL

A Constituição é o conjunto de normas, com ou sem instrumento codificador (dimensão fato), que institui ou regula uma Organização Fundamental do Estado – OFE - (dimensão norma) tendo em vista os valores supremos do convívio, da convivência humana (dimensão valor).²²¹ Dimensão norma são as pautas obrigatórias de conduta. O valor precisa de pautas obrigatórias de conduta que devem ter supremacia sobre as demais pautas na sociedade. Essas pautas têm que ter o poder de ajustar todas as outras normas. Norma não significa legislação de direito ordinário unicamente. Norma jurídica “é a célula do ordenamento jurídico”, é o imperativo de conduta, moral, jurídica, técnica, social, dentre outras, que regula praticamente comportamentos ou procedimentos. O que caracteriza a norma constitucional é a supremacia da norma constitucional. A supremacia é tão grande que suprime as normas infraconstitucionais.

As normas são expressão dos valores humanos e identificam, assim como na arte, um certo momento histórico. Historiadores e antropólogos buscam na arte, nos artefatos e nos utensílios utilizados pelo povo que viveu em determinada região e época, identificar os traços culturais, igualmente nas normas, expressão da cultura ética e política. É pela arte e pelas normas que os povos dominadores impõem seus valores aos povos dominados.²²²

Na busca de uma definição de valores, constata-se que não há um conceito único, cada dimensão do Ser Humano pode ser representada como um valor, por isso reconhece-se a

²²¹ Este estudo não foi precedido de publicação de SOUZA JUNIOR, é realizado a partir de esquemas impressos e distribuídos aos alunos em sala de aula e as aulas ministradas no Curso de Especialização em Direito de Estado, 5ª Edição, ano 2007/2008, nas aulas de Política e Teoria do Estado, ano 01 e 02/2012, bem como a obra desse autor, A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos, 2002.

²²² Sobre o tema existem muitos autores, especialmente na área da sociologia, dentre outros Eduardo Galeano, As veias abertas da América Latina. Pedrinho Guareschi, Sociologia Crítica, disponível em <http://profcesarmaia.files.wordpress.com/2013/08/sociologia-critica-pedrinho-guareschi.pdf> e, desse mesmo autor, Comunicação & poder, Editora Vozes.

expressão valores humanos para incluir todas²²³. Portanto, são valores culturais, valores morais e éticos, valores econômicos, valores políticos, valores jurídicos, valores estéticos e, por fim, temos os valores sociais. Os valores humanos são fundamentos morais e espirituais da consciência humana.

ILHERING defende que, “por mais elevadas que sejam as qualidades intelectuais de um povo, se lhes faltar a força moral, a energia e perseverança nesse povo, jamais o direito poderá prosperar.”²²⁴ Logo, o direito só existe junto com força a moral, ou seja, a ética, os valores.

É possível encontrar referências importantes aos elementos valorativos em diversos textos constitucionais ou declarações de direitos estrangeiras, mas o sentido posto em cada uma é diferente, a exemplo, dentre outros, dos valores postos na nossa Constituição brasileira e a Constituição espanhola.

Partindo do direito constitucional comparado, encontrou-se nas primeiras Declarações de direitos francesa e norte-americana, referências a conceitos de justiça ou liberdade. A liberdade vista como um conceito geral, ou seja, a concepção de direitos humanos no final do século XVIII eram a liberdade, a vida e a propriedade, e vemos isso refletido nas Constituições desse período.²²⁵ Referência a justiça e liberdade é encontrada em textos constitucionais posteriores, como no preâmbulo da Constituição de Weimar (1919), Nas Constituições brasileiras a inviolabilidade dos direitos de liberdade, segurança individual e a propriedade são garantidas na Constituição de 1824 (artigo 179, *caput* e incisos 1º ao 35), na Constituição de 1891 (artigo 72 *caput* e parágrafos 1º ao 31), acrescentando a essas o direito à subsistência na Constituição de 1934 (artigo 113, *caput*, incisos 1 ao 38, e artigo 114), na Constituição de 1946, acrescentou àqueles os “[...] direitos concernentes à vida, [...]” (artigo 141), relação de direitos que se repetiu na Constituição de 1967. Mas, foi a partir das Constituições pós Segunda Guerra Mundial que surgem nos Textos os valores sob uma nova perspectiva. Mas, dado a conjuntura política demorou a serem inseridos na Constituição brasileira, que se deu somente na Constituição de 1988, sob a perspectiva de garantias da sociedade, do humano, da dignidade humana. Dessa forma, distribuídos ao longo do texto, os valores supremos - a liberdade, a segurança o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade

²²³ Veja nesta obra as dimensões do ser humano.

²²⁴ IHERING, R. Von. A luta pelo direito. Tradução de Henrique de Cavalho Coleção Clássicos do Direito (3 em 1). Belo Horizonte: Lider, 2004, p.159.

²²⁵ Nesse sentido, veja REVORIO, Francisco Javier Dias. Los valores superiores em la constitución Española. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 1997. P.64 e ss.

de, a justiça – todos estão relacionados com a dignidade da pessoa humana, positivada no artigo 1º, como fundamento do Estado Democrático de Direito. O Estado existe para respeitar e garantir a dignidade humana, enquanto que a legislação é condição para o regime democrático. “A constituição é um poder de crítica, de veto, de nulificar o poder de uma lei, mas, não tem poder de substituir a legislação.”²²⁶.

Para Paulo BONAVIDES, as regras vigem, os princípios valem. Não é apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.

A função ordenadora dos princípios revela-se particularmente significativa e forte em momentos revolucionários (em geral em momentos fundadores e refundadores do Estado e da Constituição), quando é nos princípios, nos quais se traduz uma nova idéia de Direito, que assenta diretamente a vida jus-política do país.

1. OS VALORES NO CONSTITUCIONALISMO OCIDENTAL

O início da ideia de direitos fundamentais, de direitos e valores reconhecidos no âmbito do direito constitucional vem desde os séculos XVII e XVIII, remonta ao surgimento dos Estados liberais modernos. Naquele período o soberano passou a exercer a autoridade com submissão aos direitos dos homens, ou seja, o indivíduo era superior ao Estado. Dessa forma teve início a limitação do poder do Estado, isto é, a proteção do cidadão contra ingerências do poder estatal.

Conforme George JELLINEK²²⁷, toda a associação permanente necessita de um princípio de ordenamento conforme o qual se constitua e desenvolva a sua vontade. Esse princípio de ordenamento é o que limita a situação de seus membros dentro da sociedade e sua relação com ela. Um ordenamento ou estatuto dessa natureza é o que se denomina Constituição²²⁸. E a Constituição dos Estados abarca, por conseguinte, os princípios jurídicos que designam os Órgãos supremos do Estado, os modos de sua criação, suas relações mútuas, ficção o círculo de ação e, por último, a situação de cada um deles relativamente ao poder do Estado. A Constituição é o instrumento de limitação desse poder e de proteção do cidadão.

²²⁶ (SOUZA JUNIOR, informação oral, 2012)

²²⁷ JELLINEK, Georg. Teoria General del Estado. Traducción de la segunda edición alemana e prologo por Fernando de los RIOS, Buenos Aires: Editorial Maipu, 1943, traduzido pela autora.

²²⁸ JELLINEK, Georg. Teoria General del Estado. Traducción de la segunda edición alemana e prologo por Fernando de los RIOS, Buenos Aires: Editorial Maipu, 1943, p. 381, traduzido pela autora.

Sabe-se que através do Direito, ou melhor, da lei considerada apenas sob o aspecto lógico-formal, o Estado tem albergado e justificado inúmeras iniquidades. Pois, quando o Direito encontra-se vazio de seu conteúdo valorativo instala-se condições para que o Estado se torne opressor, uma vez que poderá, sob o manto da lei, impor qualquer sorte de comportamento, a exemplo das experiências vividas no período entre guerras – nazismo, fascismo e totalitarismo – e das barbáries vividas na Segunda Guerra Mundial, o que levou à humanidade perceber, mais do que qualquer época da nossa história, o valor supremo da dignidade humana.²²⁹

Nesse contexto histórico, o sofrimento foi a matriz para o redescobrimto da compreensão do mundo e do homem como integrantes da comunidade mundial, após a negação e o desprezo pelos direitos humanos pelos Estados totalitários²³⁰, o esvaziamento do conteúdo valorativo do Direito abriu espaço para Estados opressores. Trata-se de um novo período, uma exigência para reconstrução da ordem política democrática²³¹, para repelir as experiências de violação dos direitos humanos, opondo-se a toda a forma de desumanização e para garantir “um núcleo de valores mínimos, reconhecidos e institucionalizados por consenso”,²³² objetivam repelir atos como aqueles vivenciados esvaziados de conteúdo valorativo e respeito às liberdades, direitos e garantias da Pessoa Humana.²³³

Partindo-se da concepção de ALEXY, os valores possuem características diferentes das regras e princípios, na medida em que eles são abstratos, ou seja, são determinações ideologicamente diferentes, e existem muitas maneiras de concretizar um valor, pois, caso contrário, estaríamos diante de ideologia e não valor. O valor quando determinado passa a ser ideologia. Porque, para ser valor deve admitir o pluralismo político. O valor é aberto, por isso admite qualquer concreção ideológica.

PECES-BARBA identifica no artigo 1.1 da Constituição espanhola que o ordenamento jurídico deve oferecer a necessidade de que os três tipos de valores do ordenamento estejam inseridos na norma suprema: os valores formais – a segurança jurídica e a igualdade (sob a dimensão formal) – os valores materiais – a liberdade, a igualdade (na sua dimensão material) e os valores relacionais, a solidariedade. O Autor não renuncia a nomenclatura dos valores superiores, nem a diferenciação qualitativa a respeito de outras categorias normativas como a

²²⁹ Nesse sentido, ver também SOUZA JUNIOR, o Tribunal como Poder, 2002, p. 102 e ss.

²³⁰ O nazismo, fascismo e o comunismo.

²³¹ COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 54.

²³² (SOUZA JUNIOR; op.cit., p. 102)

²³³ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. O Tribunal Constitucional como poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 102.

dos princípios, mas entende que se pode adaptar melhor o conteúdo dos valores positivados em 1978 na Constituição espanhola, mantendo inalterada a sua diferença a respeito das normas como os princípios e as regras.²³⁴ Conforme o Autor espanhol, “*Los valores, los principios y los derechos son expresión de la moralidad propia del Derecho, de la moralidad jurídica [...]*”²³⁵ somente são direito se incorporados ao direito da mesma forma que entra a moralidade, ou seja, através do “Direito legal e o Direito judicial.”²³⁶ PECES-BARBA, os princípios, os valores e os direitos não são Direito válido sem o operador jurídico. De forma que eles não se impõem à coletividade por autoridade própria, por isso, diz ele, os “*principios y normas no se contraponen como expresión de los primeros de la verdad y los segundos de la autoridad o de la voluntad de la autoridad para ser más exactos.*” São relevantes para o Direito como Direito os princípios e regras quando a vontade normativa, através dos operadores do Direito que os incorporam ao sistema. Princípios e regras são normas (normas-princípios e normas-regra) ainda que com conteúdos e efeitos diferentes.

A diferença de princípios e valores superiores e destes em relação às demais normas, tem por base teorias do *iuspositivismo*, centra nos argumentos utilizados nos órgãos jurisdicionais para a fundamentação de suas decisões. O positivismo atual carrega, por traz da norma, princípio ou regra, uma vontade, o que PECES-BARBA afirma ser a relação necessária entre Direito e poder, porque a moralidade pública, componente necessário ao fenômeno jurídico, não é diretamente Direito por ser moralidade, mas porque se incorpora ao sistema jurídico pelas vias estabelecidas pelos operadores do direito habilitados pela norma fundante.²³⁷

No Brasil SOUZA JUNIOR foi o primeiro autor a aventar o ingresso do Brasil no “constitucionalismo de valores”, são poucos os autores que tratam do tema no nosso País. Esse autor, para definir o termo valores, conforme ele próprio esclarece, tomou emprestado de FREUD, no sentido de serem eles os “fins humanos últimos que o homem, individualmente ou em grupo, se propõe a realizar, para dar sentido a sua vida e à sua história”²³⁸ e é sob esse enfoque que está amparado este nosso estudo. A existência desse constitucionalismo de valores construídos ao redor da noção de dignidade da pessoa humana é

²³⁴ (IBEAS, 1997, p. 125) Tradução realizada por esta Autora.

²³⁵ PECES-BARBA, prologo em (IBEAS, 1997, p. 13)

²³⁶ PECES-BARBA, (IBEAS, op.cit., p.13)

²³⁷ PECES-BARBA, prologo. In IBEAS, p. 15-16.

²³⁸ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Consenso e Democracia Constitucional. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzardo, 2002.p. 41.

fruto maior e mais importante da concepção dialógica entre ética, política e direito, consagrado, inicialmente, nas constituições da Alemanha, da França, de Portugal, e a da Itália. Segundo ele, a constitucionalização dos valores éticos mínimos veio colocar na ordem do dia a reflexão sobre esses três pólos, com suas interpenetrações, tensões e possibilidades. SOUZA JUNIOR ao tratar dos valores como fins do Estado identifica três áreas, sendo que o reino dos *valores supremos* e consensuais da convivência pacífica, regrada e civilizada, seria os fins últimos do Estado. Os Princípios Axio-Constitucionais, a semelhança dos princípios axiológicos fundamentais de MIRANDA, são ligados à pessoa humana, fundamento e à finalidade última do Estado. Contudo, enquanto MIRANDA entende que valores são princípios reconduzíveis à dignidade humana. SOUZA JUNIOR defende que a dignidade da pessoa humana é apenas um dos princípios axiológicos, acrescentando à classificação outros valores, como os valores supremos da ordem jurídica, aqueles elencados no preâmbulo da Constituição Cidadã, o princípio das autonomias sociais do humano, o princípio da subsidiariedade, o princípio do bem comum e o princípio dos direitos fundamentais.²³⁹

Luciano AFONSO destaca que são as normas que consagram explicitamente valores como tais as que representam uma maior inovação no panorama do Direito constitucional comparado. Esta inovação não reside na positivação, com traço constitucional, da justiça, da liberdade, da igualdade e do pluralismo político, cuja máxima abstração e conseqüente indeterminação de conteúdo, suscitam problemas difíceis, mas, conhecidos em termos de qualificação de tais conceitos como valores, e ainda valores superiores de todo o ordenamento, que supõe a consideração positiva dos valores como categoria, concretizados nos conforme antes mencionado, como elementos do ordenamento centrado no seu efetivo funcionamento. Conforme o Autor “*El otorgamiento de carta de naturaleza jurídica al concepto de valor actualiza entre nosotros la polémica en torno al método de interpretación y manejo de la cuestión y manejo de la Constitución*”²⁴⁰ Aventando assim uma polêmica quanto à natureza jurídica do conceito e a interpretação e o manejo da Constituição espanhola.

A ordem dos valores no ordenamento é aberta e ao mesmo tempo hierarquizada. Ao mesmo tempo compõe uma ordem cuja lógica é preciso desentranhar para entendê-los. AFONSO classifica os valores quanto à manifestação, identificando-os como valores positivados ou valores não positivados. Quanto à fonte de manifestação ou consagração,

²³⁹ SOUZA JUNIOR, informações verbais, Curso de Especialização em Direito de Estado, 20107/2008.

²⁴⁰ AFONSO, Luciano Parejo. *Constitución y valores del ordenamento*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, S.A. ? p. 21-22.

identifica-os na categoria de valores constitucionais – superiores ou normais – e valores ordinários. Esse autor defende a existência de hierarquia de valores, inclusive os constitucionais. É o que deriva tanto de distinção que a própria norma fundamental faz quando os define como supremos ou superiores, como a própria supremacia constitucional, que comporta, por sua vez, a superioridade do bloco inteiro de valores constitucionais sobre qualquer outro do ordenamento.²⁴¹ Ainda, segundo o Autor, a chave da ordem dos valores reside conforme a referida classificação, em valores constitucionais superiores aqueles que, por definição, sustentam, articulam e compõe todos os demais. Assim, o Autor admite a existência de valores superiores além do artigo 1.1 da Constituição espanhola, reconhecendo que a dignidade da pessoa humana é o fundamento e a razão da necessidade desses valores, é a raiz de todos.

Encontram-se no preâmbulo e positivados no artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, valores supremos da ordem jurídica nacional. Esses valores identificados como superiores no preâmbulo estão garantidos implícita ou formalmente positivados ao longo de todos os artigos da Constituição brasileira. Esses fundamentos expressos como valores superiores norteiam a Constituição. O Superior Tribunal Federal reconhece os valores supremos “devem servir de orientação à correta interpretação e aplicação das normas constitucionais”.²⁴²

Assim, valor positivado no artigo 1º Inciso II, da Constituição brasileira, a dignidade humana é fundamento da ordem jurídica, nela está o marco de referencia, o marco inicial, nela está o sentido de toda a interpretação do ordenamento jurídico. Nesse valor supremo fundante do Estado, encontra-se o principal referencial de justiça, os fins últimos do Estado Democrático de Direito.

1.1 Os valores frente às normas e o direito comparado

A ideia de valores e dos direitos humanos é antiga, transpassados através das crenças culturais e religiosas. O primeiro registro consta que foi no Cilindro de Ciro, escrito pelo rei

²⁴¹ (AFONSO, op.cit., p. 135)

²⁴² Sobre esse tema, a orientação do Superior Tribunal Federal, exarada na decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.649, julgada em 08-05-2008, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia.

da Pércia, por volta de 539 a.C. Posteriormente se tem notícias através de filósofos iluministas que defendiam a lei natural, de quem foi influenciada, na Inglaterra, a Declaração de Direitos de 1689; na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e, nos Estados Unidos da América, a Carta de Direitos de 1791, onde se encontra referência a conceitos como justiça ou liberdade. Ainda que a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1944, tenha sido proposta pelo presidente dos Estados Unidos da América, Franklin Roosevelt²⁴³, A Carta das Nações Unidas, ou Carta de São Francisco²⁴⁴, estabeleceu a criação da ONU em substituição à Liga das Nações.

Antes da Segunda Guerra Mundial já havia, no contexto do direito comparado, precedentes de valores, como ocorre no preâmbulo da Constituição de Weimar (de 19 de agosto de 1919), quando já fazia referência à liberdade, justiça, paz interior e exterior o progresso social; também na Constituição da Estônia (de 15 de junho de 1920) e na Constituição Polaca (de 1921), ambas fazem referência à liberdade e a justiça, enquanto que essa última acrescentou o valor igualdade. Lembrando que foi na Constituição Polaca que Francisco Campos encontrou inspiração ao elaborar a Constituição brasileira de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, no Estado Novo. Jorge MIRANDA faz referência ainda às Constituições da Suíça de 1874, da Irlanda, de 1937, do Japão, de 1946, da Grécia, de 1975, da antiga Alemanha Ocidental, de 1949, e da Alemanha Oriental, de 1968, com as emendas de 7 de outubro de 1974, da Polônia, de 1952, da Bulgária, de 1971, da Romênia, de 1975, Moçambique, de 1978, Cabo Verde, de 1981, de São Tomé e Príncipe, de 1975 e Moçambique, de 1978.

Ressurgiu na França, em 10 de dezembro de 1948, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade (ou solidariedade) entre homens, consignado no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos,²⁴⁵ sob inspiração dos

²⁴³ Franklin Roosevelt morreu em 12 de abril de 1945, não conseguindo concluir o seu último mandato na Presidência dos Estados Unidos, mas, sua mulher Eleanor levou a diante os ideais ao auxiliar na elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos. In <www.pt.wikipedi.org/wiki/Declaração_Universal_dos_Direitos_Humanos>, acesso em 22 de janeiro, 2012; e <http://www.e-biografis.net/franklin_roosevelt/> acesso em 22 de janeiro, 2012.

²⁴⁴ Carta de São Francisco estabelece, no capítulo I, os princípios e propósitos das Nações Unidas, incluindo as provisões importantes da manutenção da paz internacional e segurança. Já definia na época Max WEBER, o estado moderno se define pelo “monopólio da força legítima” sobre o seu território, ele assegura soberanamente a política em relação aos exterior. A Carta reconhece a autonomia dos Estados na medida em que também estabelece uma organização internacional para promover a ordem e paz entre os Estados Membros.

²⁴⁵ A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi esboçada inicialmente pelo canadense John Peters Humphrey, mas teve a ajuda do francês Rene Cassin, o Chinês P. C. Chang, o libanês Charles Malik e a americana Eleanor Roosevelt (viúva do presidente americano, Franklin Roosevelt) e do filósofo francês

ideais da Revolução Francesa, retomados por essa manifestação histórica. Nessa Declaração, todos são conclamados a se esforçarem, através da educação e do ensino, a promover o respeito aos direitos e liberdades, a proclamação de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, para assegurar o reconhecimento e a observância universal e efetiva dos direitos básicos. Nasce o Estado Social do segundo pós-guerra, fundado sobre valores éticos mínimos, objetivando a reconstrução da democracia calcada sobre o Direito. A dignidade humana surge como inerente à vida, matriz de toda a organização social e princípio dos ordenamentos jurídicos a partir dessa segunda metade do século XX.

Nesse período pós Segunda Guerra Mundial surgiram na Europa nove Constituições, na América Latina foram doze, nos países árabes e Ásia foram cinco²⁴⁶. Assim, conforme afirma Afonso Arinos no seu discurso proferido no dia 5 de outubro de 1988, foram vinte e seis reordenações jurídicas estatais. No Brasil foi somente a partir de 1985, com o processo de democratização, que passou a ratificar os principais tratados de proteção dos direitos humanos,²⁴⁷ mas a garantia plena da dignidade da Pessoa Humana somente foi inserida na Constituição de 1988.

Os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos somente se desenvolveram numa segunda fase, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos adotados pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas (em 16 de dezembro de 1966) e recepcionado no Brasil, em 06 de julho de 1992, pelo Decreto nº 592, que reconhece a “dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, e que “o ideal

Jacques Maritain. In <www.pt.wikipedi.org/wiki/Declaração_Universal_dos_Direitos_Humanos>, acesso em 22 de janeiro, 2012.

²⁴⁶ Dados obtidos do discurso de Afonso Arinos, diante da tribuna da Câmara dos Deputados, proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC na mesma data, p. 14377-14378, Câmara dos Deputados, Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação, Escrevendo a História – Série Brasileira. In <www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenário/discursos/escrevendohistoria/25anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/afonso%Arinos%20-%20DISCURSO%20REVISADO.pdf>, acesso em 16 de fevereiro, 2014.

²⁴⁷ Tratados internacionais ratificados pelo Brasil a partir de 1988: a) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (20 de julho de 1989); b) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (28 de setembro de 1989); Convenção dos Direitos da Criança (24 de setembro de 1990); O Pacto Internacional de Direitos Humanos (25 de setembro de 1992); Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (27 de novembro de 1995); Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte (13 de agosto de 1996); Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador, em 21 de agosto de 1996), dentre outros. O alinhamento do Brasil à sistemática internacional de proteção dos Direitos humanos se deu inicialmente pelo Decreto legislativo nº 89/9, que reconhece a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos (03 de dezembro de 1998) e a assinatura, em fevereiro de 2000, do Estatuto do Tribunal Internacional Criminal.

do ser humano livre, no gozo das liberdades civis e políticas e liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que seja criadas condições que permitam a cada um gozar de seus direitos civis e políticos, assim como de seus direitos econômicos, sociais e culturais”²⁴⁸

Nos fatos da história internacional recente encontram-se os precedentes que inspiraram não só o legislador constituinte brasileiro de 1988 a inserir garantias à preservação da dignidade humana a todos os cidadãos como fundamento da ordem jurídica democrática de direito. A transição democrática - de consenso ou de compromisso - de direito foi mais tardia na América Latina comparada aos Estados Europeus, especialmente aqueles que estiveram diretamente envolvidos na Segunda Guerra Mundial. Valores são abstratos, ou seja, são determinações ideologicamente diferentes, existem muitas maneiras de concretizar um valor, pois, caso contrário se estaria diante de ideologia e não valor, para ser valor deve admitir o pluralismo político. O valor quando determinado passa a ser ideologia. O valor é aberto, admite qualquer concreção ideológica. Os princípios axio-constitucionais são princípios ligados ao fundamento e à finalidade última do Estado, ou seja, à pessoa humana.

A inserção de valores no preâmbulo da Constituição 1988 não é uma exclusividade da nossa Constituição, mas de várias Constituições ocidentais do período após a Segunda Guerra Mundial, como anteriormente referido. Na América latina destaca-se a Constituição da Colômbia (1991); Constituição de Cuba (1976); Constituição do Panamá (1983); Constituição do Peru (1979 e 1993); a Constituição de Honduras (1982); Constituição da Nicarágua (1987) e a Constituição do México (de 1857, com a reforma de 10.06.2011)²⁴⁹. Na Constituição da República do Paraguai, de 20 de junho de 1992, no preâmbulo encontram-se valores como “[...]dignidade humana, a liberdade, a igualdade e a justiça, reafirmando princípios da democracia republicana, participativa e pluralista, ratificando a soberania e independência nacionais, e integrado a comunidade internacional [...]”.

²⁴⁸ Texto destacado do preâmbulo do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de (16 de dezembro de 1966, recepcionado no Brasil em julho de 1992).

²⁴⁹ A Constituição mexicana tem singularidades que espenejariam um estudo especial especialmente diante longevidade e da singularidade dos valores inseridos, como o “amor”, o que esta autora relega a um segundo momento em razão do tempo regimental para conclusão desta dissertação.

1.1.1 Na Constituição do Uruguai

Na América do Sul, a recente Constituição da República Oriental do Uruguai, de 1997 não comporta preâmbulo, inicia referindo-se à soberania, prevendo a integração social e econômica dos Estados Latino-americanos (artigo 6º) e na seção II versa a respeito dos direitos, deveres e garantias (artigo 7º ao 72), não excluídos outros que são inerentes *a la personalidad humana e se derivan de la forma republicana de gobierno*²⁵⁰. O artigo 72 da Constituição da República Oriental do Uruguai de 1997, garante a todos os habitantes a proteção dos direitos para que gozem da vida, da honra, da liberdade, segurança, trabalho e prosperidade.

A igualdade de todos é perante a lei, reconhecendo diferenças quanto aos “*talentos o las virtudes*”.

1.1.2 Na Constituição da Argentina

Na Constituição Argentina, aprovada pelo Congresso Nacional da Confederação Argentina, na cidade de Santa Fé, no dia 1º de maio de 1853, tomou por referência os trabalhos de Juan Bautista ALBERDI. Essa Constituição se originou com o objetivo de colocar fim a um ciclo de guerras civis e estabelecer as bases da Organização Nacional, foi precedida de pactos. Estruturada com um preâmbulo, onde constam valores e duas partes normativas, a primeira constam dois capítulos, do artigo 1º ao 43, que dispõe a respeito de declarações de direitos e garantias, a segunda parte, do artigo 44 ao 129, versa a respeito das autoridades da Nação. Consta no preâmbulo *in verbis*:

Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón

²⁵⁰ In <www.rau.edu.uy/uruguay/const97-1.6.htm>, acesso em 16 de junho, 2013.

y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina.²⁵¹

Os valores que constam no preâmbulo e fundamentam o Estado se encontram positivados ao longo dos demais artigos da Carta Constitucional²⁵². São os valores da justiça, da paz interior, defesa do bem comum, promoção do bem estar geral e a liberdade. Na Constituição argentina a liberdade dos escravos é proclamada no artigo 15º, a igualdade e o direito à propriedade encontram-se dispostos em vários artigos, em especial nos artigos 16º e 17º, respectivamente, e a garantia da ordem e moral pública garantida pelo princípio da legalidade, no artigo 19º, e a segurança jurídica, em especial o artigo 28.

A Constituição Argentina sofreu sete alterações, a última é datada de 22 de agosto de 1994, porém o seu preâmbulo permanece intocado. Certamente a Constituição argentina serviu de referência para elaboração de outras.

1.1.3 Na Constituição do Canadá

O Canadá é conhecido por um sistema de governo Monárquico Constitucional, é um estado federal e uma democracia parlamentarista, “A Constituição do Canadá era inicialmente um estatuto inglês, o Ato da América do Norte Britânica de 1867, e até 1982 suas emendas estavam sujeitas ao Parlamento Britânico.”²⁵³ O Ato Constitucional de 1867 prevê no preâmbulo que as províncias do Canadá, Nova Escócia e Nova Brunswick manifestaram o desejo de se unirem sob a forma de federação, sob a jurisdição e domínio da Coroa do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda, com uma Constituição semelhante, em princípio, a do Reino Unido. Essa união é justificada pelo objetivo de conduzir ao bem-estar das províncias e promover o interesse do Império Britânico. E, ao passo que para a Constituição da União pela autoridade do Parlamento é conveniente não só pela Constituição da autoridade legislativa estar prevista, mas também em razão da Natureza do Poder Executivo nele declarados.

²⁵¹ In < www.semado.gov.ar/deInteres >, acesso em 12 de junho, 2013.

²⁵² O rol dos direitos individuais dos cidadãos encontra-se no artigo 14º e foi inserido o artigo 14º bis para tratar dos direitos dos trabalhadores e seguridade social.

²⁵³ A partir de 1982 esse estatuto passou a ser conhecido como “Ato Constitucional de 1867” In < www.canadaintenacional.gc.ca/brazil-bresil/about_a-propos/prgamoza-topm-organisation.aspx?lang=por >, acesso em 22 de dezembro de 2013.

Somente em 1982 a Carta de Direitos e Liberdades tornou-se parte fundamental da Constituição do Canadá. Nessa estão estabelecidos os direitos básicos das pessoas que se encontram no território canadense. Os direitos básicos podem ser divididos em seis áreas: As liberdades fundamentais²⁵⁴, a liberdade de ir e vir, a liberdade linguística, os direitos democráticos, direito de igualdade²⁵⁵ e direitos legais, neste último incluídos os direitos à vida, à liberdade, à segurança e relativos à justiça.

1.1.4 Na Constituição da República Italiana

A “*Costituzione della Repubblica Italiana*” promulgada por Assembleia Constituinte, por maioria absoluta dos votos, em 22 de dezembro de 1947, teve o seu texto publicado pela *Gazzetta Ufficiale* n. 298, em 27 de dezembro de 1947, entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948, um século após o *Statuto Albertino*.²⁵⁶ A Constituição italiana não tem preâmbulo, mas inicia com doze artigos que versam a respeito dos princípios fundamentais, precedendo todas as outras partes.

Como já referido anteriormente, o contexto histórico provocou a inserção de proteção de valores humanos e sociais nas Constituições de países europeus. Na Constituição Italiana a garantia da dignidade humana se dá pelo trabalho, ou seja, é nesse que reside o fundamento último do ordenamento jurídico italiano ao proclamar que “a Itália é uma República Democrática fundada no trabalho.”²⁵⁷ Uma afirmação que lembra a Constituição espanhola de 1931.²⁵⁸ E no segundo artigo essa Lei Maior italiana reconhece e garante os direitos humanos invioláveis, tanto enquanto ser individual quanto o ser no convívio social como a solidariedade política, econômica e social. O artigo 3º proclama o direito à dignidade social a todos os cidadãos e a igualdade perante a lei, trata-se de uma clássica concepção liberal que foi inspiração para muitas outras Constituições.

²⁵⁴ Incluídas a liberdade de expressão, de crença, de associação e reunião pacífica. Nessa não estão os direitos de ir e vir e de trabalhar no local de escolha, porque eles dividem as liberdades em três, além das fundamentais, a liberdade de ir e vir e a liberdade linguística. In < www.canadainternacional.gc.ca/brazil-bresil/about_a-propos/law-loi.aspx?lang=por >, acesso em 22 de dezembro de 2013.

²⁵⁵ O direito a igualdade é garantido contra todos os tipos de discriminação.

²⁵⁶ *Costituzione della Repubblica Italiana*. In <www.governo.it/Governo/Constituzione/disposizioni.html>, acesso em 11 de junho de 2012.

²⁵⁷ Artigo 1º da Constituição italiana de 1947.

²⁵⁸ (REVORIO, op.cit. 65)

1.1.5 Na Constituição da República Federal da Alemanha

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949,²⁵⁹ é a base legal e política da República Federal da Alemanha, após ser aprovada pelo Conselho Parlamentar no dia 08 de maio de 1949. Após a unificação das Alemanhas, em 3 de outubro de 1990, essa passou a ser a Constituição de toda a Alemanha.

O preâmbulo proclama: “Consciente de sua responsabilidade perante Deus e os homens, movido pela vontade de servir à paz do mundo, como membro com igualdade de direitos de uma Europa unida, o povo alemão, em virtude do seu poder constituinte, outorgou-se a presente Lei Fundamental. [...]”²⁶⁰

E, na primeira parte obriga do Texto constitucional aos Poderes a aplicação dos direitos fundamentais do Ser Humano, assim inicia com o título “Os direitos fundamentais” e no artigo 1 “a dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – vinculação jurídica dos direitos fundamentais” nesse artigo 1º, item 1, “A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-las e protege-las é obrigação de todo o poder público.” No item 2, “O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.” E, no item 3, “Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário”²⁶¹.

1.1.6 Na Constituição da França

A atual Constituição da República Francesa é a Constituição da Quinta República Francesa, vige desde 04 de outubro de 1958, está dividida em dezesseis títulos, subdividida em cento e quatro artigos e um preâmbulo.

No preâmbulo dispõe:

²⁵⁹ Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, Edição impressa, 2011, trad. Assis Mendonça, Aachen, Revisor jurídico Urbano Carvelli, Bonn. In <www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf> acesso em 12 de janeiro, 2014.

²⁶⁰ Trad. Assis Mendonça, Aachen, op.cit., acesso em 12 de janeiro, 2014.

²⁶¹ Trad. Assis Mendonça, Aachen, op.cit., acesso em 12 de janeiro, 2014.

“Através da vitória obtida pelos povos livres sobre os regimes que tentaram escravizar e degradar a pessoa humana, o povo francês proclama de novo que todo o ser humano sem distinção de raça, religião ou crenças, possui direitos inalienáveis e sagrados. Reafirma solenemente os direitos e liberdades do homem e do cidadão consagrados pela Declaração de Direitos de 1789 e os princípios fundamentais reconhecidos por leis da República.”²⁶²

Proclama solene e democraticamente o seu compromisso com os direitos humanos e os princípios da soberania nacional, conforme definido pela Declaração de 1789, confirmada e completada pelo Preâmbulo da Constituição de 1946. Em virtude desses princípios fundamentais e da livre determinação dos povos, a República oferece aos territórios ultramarinos que expressam a vontade de aderir a eles instituições novas fundadas sobre o ideal comum de liberdade, de igualdade e de fraternidade, (artigo 2º) e concebido com o propósito da *sua evolução democrática*.²⁶³ Trata-se de lema inspirador da Revolução Francesa, “*cuya proclamación obedece sin duda a razones históricas y simbólicas, si bien es significativo que se recoja dentro del texto articulado.*”²⁶⁴

É no primeiro artigo que versa a respeito da igualdade de todos os cidadãos perante a lei e igualdade política. O primeiro capítulo versa a respeito da soberania.

Encontra-se incorporado a essa Constituição o Preâmbulo da Constituição de 27 de outubro de 1946 uma declaração de direitos humanos, reafirmando os direitos e liberdades do homem, do cidadão consagrados pela Declaração dos direitos de 1789 e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República. Portanto, a o preâmbulo refere-se a três textos fundamentais da história política francesa: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Constituição francesa de 1946 e a Carta Ambiental de 2004.²⁶⁵ Na história constitucional francesa reconhece-se especial ênfase ao princípio da igualdade.

Na Constituição, a maneira escolhida para dispor a respeito dos direitos humanos gerou sempre controvérsias a respeito da natureza constitucional do preâmbulo e sobre a sua eficácia e aplicabilidade. As dúvidas foram solucionadas pelo Conselho Constitucional que construiu o que se passou a chamar de “bloco de constitucionalidade”²⁶⁶ contra a

²⁶² Tradução da autora. In <www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp> , acesso em 12 de janeiro, 2014.

²⁶³ In, < www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf> , acesso em 12 de janeiro, 2014

²⁶⁴ REVORIO, op.cit., p. 67.

²⁶⁵ In, < www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf> , acesso em 12 de janeiro, 2014. e, <www.france.fr/pt/instituicoes-e-valores/constituicao-da-quinta-republica.html>, acesso em 20 de janeiro, 2014.

²⁶⁶ A expressão “Bloco de Constitucionalidade” foi construída pelos franceses, utilizada por Maurice Hauriou para referir-se à atuação do Conselho de Estado no controle dos atos administrativos. Esse bloco ganhou destaque a partir da decisão a respeito da liberdade de associação do Conselho Constitucional francês, em 16

*doutrina restritiva, segundo a qual ele não deveria confrontar a lei senão com o texto constitucional estritamente considerado, isto é, apenas com os artigos enumerados da Constituição, o que o afastava de confrontar a lei com o preâmbulo, adotou a posição de uma jurisprudência criadora de direitos, reputando-se habilitado a resgatar novos princípios ou objetivos de valor constitucional a se juntarem aos já invocados no Preâmbulo. O Conselho inovou alargando o paradigma da constitucionalidade ao consagrar valor jurídico ao preâmbulo.*²⁶⁷

1.1.7 Na Constituição de Portugal

Portugal durante a sua história teve várias Constituições políticas, da Monarquia Portuguesa de 1822, 1826 e 1838, e da República Portuguesa de 1911, 1933 e, a última, de 1976. A Constituição da República Portuguesa, datada de 25 de abril de 1976, tem longo preâmbulo que versa a respeito da resistência do povo português e a derrubada do regime fascista, a libertação da ditadura, da opressão e do colonialismo. Ainda, atribui a “[...] Revolução restituiu aos Portugueses os direitos e liberdades fundamentais [...]”. Afirma a soberania e democracia: “A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de restabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno. [...]”. O primeiro título é destinado aos “Princípios fundamentais” e o artigo primeiro, proclama que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa

de junho de 1971. Louis Favoreu e Loïc Philip entendem que tal decisão teve grande importância, haja vista consagrar valor jurídico ao preâmbulo, alargando a noção de conformidade com à Constituição, aplicando os princípios fundamentais reconhecidos pelas Leis da República, aferindo papel de protetor das liberdades fundamentais, fazendo a liberdade de associação uma liberdade constitucional. Assim, o Conselho Constitucional tem a capacidade de expandir as disposições de cunho constitucional, direitos, liberdades públicas, resultando na ampliação e sedimentando os direitos fundamentais do homem

²⁶⁷ MARIANO JUNIOR, Alberto Ribeiro. Bloco de constitucionalidade: consequências do seu reconhecimento no sistema constitucional brasileiro. In. *Ambito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 87, abr 2012, disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leituraartigo_id=9241 acesso em 12 de março, 2014. Nesse sentido, HIRSCH, Fabio Periandro de Almeida. O bloco de constitucionalidade brasileiro: afirmação e evolução. Salvador, Juspodivm. Tese da Faculdde Baiana de Direito, vol.,2, 2010.

humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.²⁶⁸

O texto da Lei Maior portuguesa, após essa abertura, e antes da parte I, traça os princípios fundamentais (artigo 1º ao 11º). Já o primeiro artigo, que versa a respeito da República Portuguesa, determina que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”²⁶⁹ Portanto, nela a dignidade humana é posta como fundamento da República, a democracia e a construção de uma sociedade calcada nos valores da liberdade, justiça e solidariedade²⁷⁰. Na ordem internacional, artigo 7º, preza por “assegurar a paz e a justiça nas relações entre os povos”, ainda os princípios de liberdade (autodeterminação) independência e progresso econômico (desenvolvimento), amizade e solidariedade (cooperação, subsidiariedade) e “justiça nas relações entre os povos”, ainda no “respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos.”²⁷¹

Os direitos, liberdades e garantias encontram-se disciplinados no título II, que versa a respeito das liberdades e garantias, tendo no capítulo I, o rol de 23 artigos a respeito das garantias individuais, no capítulo II, as garantias de cidadania, distribuídas em cinco artigos. As garantias dos trabalhadores, distribuídas em 5 artigos e outras distribuídas junto aos direitos e deveres econômicos e sociais. Estabelecendo no artigo 81, que incumbe ao Estado prioritariamente no âmbito econômico e social promover o aumento do bem-estar e da “qualidade de vida de vida das pessoas, em especial os mais desfavorecidos”,²⁷² promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal.²⁷³

²⁶⁸Constituição da República Portuguesa. In. <www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepucliaPortuguesa.aspx>, acesso em 20 de janeiro, 2014.

²⁶⁹ Constituição da República Portuguesa, op.cit., 20 de janeiro, 2014.

²⁷⁰ Esta autora acredita que esse artigo tenha sido fonte de inspiração para o legislador constituinte brasileiro.

²⁷¹ Constituição da República Portuguesa. Op.cit., 20 janeiro, 2014.

²⁷² Artigo 81, letras “a” da Constituição da República Portuguesa. Op.cit., 20 janeiro, 2014.

²⁷³ Artigo 81, letra” b”, da Constituição da República Portuguesa. Op.cit., 20 janeiro, 2014.

1.1.8 Na Constituição dos Estados Unidos da América

Na Constituição dos Estados Unidos, o preâmbulo²⁷⁴ é uma breve declaração introdutória da Constituição, propósitos fundamentais e princípios orientadores. A defesa do bem comum e a promoção do bem estar geral tem sido usados nos precedentes da Suprema Corte, fazendo referência ao preâmbulo e limitando os poderes do governo, a exemplo de alguns precedentes da Suprema Corte Americana: *Unite States v. Kinnebrew Motor Co.*; *Ellis v. city of Grand Rapids*; *Casement v. Squier*. Quanto ao preâmbulo, os tribunais americanos tem se referido a ele como prova fiável das intenções dos legisladores quanto ao significado da Constituição e os fins dessa.

Também, a respeito dos direitos fundamentais, nos últimos cinquenta anos, a jurisprudência da Corte americana vem estendendo os direitos fundamentais ou incorporando outros com base nos princípios da igualdade, da *new equal protection* e do *substative due process*. No princípio, teve destaque a atuação do *Chief Justice Warren*²⁷⁵ com decisões contrárias a discriminação racial, baseada no *new equal protection*, onde resultou vários outros direitos, dentre eles a integração dos negros nos estabelecimentos educacionais e nos meios de transportes coletivos. A atuação do *Chief Justice Burger*²⁷⁶ veio posteriormente, com a doutrina do devido processo legal substantivo, sendo constitucionalizados os direitos substantivos, o direito à intimidade (não expressamente previsto na Constituição americana); declarando inconstitucionais as leis estaduais que vedavam o casamento inter-raciais, especialmente entre negros e brancos; garantias trabalhistas de estabilidade à gestante professora - sob a absurda alegação de efeito nocivo da sua condição de grávida sobre os alunos; o direito a não criminalização da prática homossexual privada.

²⁷⁴ “Nós o povo dos Estados Unidos, a fim de formar uma união mais perfeita, estabelecer a Justiça, assegurar a tranquilidade interna, promover a defesa do bem comum, promover o bem estar geral, assegurar as bênçãos da liberdade par nós e nossa prosperidade ordenamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América.” [sic] (tradução desta autora).

²⁷⁵ O Tribunal Warren refere-se ao período entre 1953 a 1969 em que a Suprema Corte dos Estados Unidos, sob a presidência de Earl Warren, ampliou os direitos civis, as liberdades civis, o poder judicial e o poder federal, fazendo fim à segregação racial, incorporando o Bill of Rights.

²⁷⁶ Presidente da Suprema Corte no período de 1969 a 1986, Warren Earl Burger, proferiu decisões a respeito do aborto, pena de morte, instituições religiosas. In www.supremecourthisory-of-the-court/chief-justices/warren-burger-1969-1986/, acesso em 12 de março, 2014.

1.1.9 Na Constituição espanhola

Seguindo a tradição da maior parte das Constituições democráticas do segundo período pós-guerra, a Constituição espanhola, de 29 de dezembro de 1978, sintetiza nos três incisos do artigo primeiro, os elementos de identificação da organização política de se delineia, através do Direito, a norma Máxima. No artigo 1.1, nos seguintes termos, pela primeira vez na história constitucional se tem a positivação dos valores:

Artículo 1.1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Sobre a linguagem utilizada no artigo 1.1, da Constituição Espanhola, PECES-BARBA, afirma que, sob o ponto de vista da norma, a positivação dos valores superiores permite afirmar que não existe um comando. A linguagem desse artigo pode ter, conforme o espanhol Peces-Barba, um uso normal descritivo, ou prescritivo: A novidade consiste na terminologia que o Constituinte espanhol utiliza para determinar quais são os valores que ordenam o sistema jurídico. Ainda que se reconheça que não é novo o uso de expressões normativas alusivas ao que a partir de 1978 foram definidas como “valores superiores”. Os autores reconhecem a existência de antecedentes, tanto no direito constitucional comparado quanto na própria história constitucional espanhola, da utilização dessas expressões axiológicas nas Constituições, que não costumavam, até então, a ser incorporadas nos artigos constitucionais, e, se o eram em algum momento, elas não eram catalogadas com como valores ou mesmo valores superiores, assinalados como objetivos que direcionam a interpretação e o desenvolvimento do ordenamento jurídico²⁷⁷.

A Constituição espanhola de 1978²⁷⁸ é singular ao ser comparada às que a precederam inovando quanto à sua estrutura e objetivos de seu pórtico, ainda que a intenção do legislador

²⁷⁷ Nesse sentido, ver CUBAS, M.

²⁷⁸ A Constituição espanhola, em vigor, foi ratificada em referendo a 6 de dezembro de 1978, sendo posteriormente sancionada pelo Rei a 27 de dezembro e publicada no Boletim Oficial do Estado a 29 de dezembro do mesmo ano. A promulgação da Constituição implica a culminação oficial da chamada Transição Espanhola, que teve lugar como consequência da morte, a 20 de novembro de 1975, do ditador Francisco Franco, precipitando uma série de acontecimentos políticos e históricos que transformarão o anterior regime franquista num Estado Social e Democrático de Direito, sob a forma política da Monarquia Parlamentar. (Fonte: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Constitui%C3%A7%C3%A3o_Espanhola_de_1978#cite_ref-3>, acesso em 08 de março, 2014)

constituente em todos os casos seja similar, assinalar “*los caracteres esencialmente inseparables del tipo de régimen político instituido, considerados en su inescindible correlación.*”²⁷⁹ Mas não é somente no preâmbulo que se encontram referência axiológica, conforme J. Javier Santamaría IBEAS, “*En cuanto al Derecho comparado, la referencia axiológica contenida en el apartado 1º del artículo 1, de la CE de 1978 es absolutamente original*”,²⁸⁰ pois o artigo apresenta a definição de quais são os valores superiores que informam o ordenamento jurídico.

Para o autor espanhol Gregório PECES-BARBA²⁸¹ a referência axiológica do artigo 1.1 da Constituição espanhola se trata de uma positivação dos fundamentos éticos de um sistema político através do ordenamento jurídico. Nesse sentido, o Autor afirma que “[...] *son expresión de una racionalidad cristalizada históricamente, que el Estado social y democrático de Derecho asume como guía material del Derecho*”. Ele entende que o fato do referido artigo ter uma procedência moral não esgota o conteúdo normativo; se não que, essa moralidade mantém dimensões não positivadas, com uma dinâmica própria dos conceitos morais, realizam uma função crítica e de pressão sobre a parte em que esses valores, incluídos no artigo 1.1, são desenvolvidos por diversas vias nas outras normas do Ordenamento jurídico, para aprofundar e ampliar o seu sentido. Ele afirma que “*Hasta la Constitución Española se consideraba imposible, o no se había intentado de manera solvente, la compatibilidad entre el punto de vista normativista sistemático y los criterios de moralidad o de justicia, en la tarea de acotar y independizar al fenómeno jurídico*”.²⁸² Nessa Constituição além de carregar valores no seu preâmbulo²⁸³ como: “*la justicia, la libertad y la seguridad y*

²⁷⁹ MONTARI, *Comentario dela costituzione. Principi Fondamentali*, Zanelli; Soc. Ed. Del Foro Italiano, Roma, 1975, p. 1, apud, PECES-BARBA. Op.cit.1986, p. 11. O termo *Inescindible* significa algo que não pode ser cortado ou dividido, e, no âmbito jurídico, parte da doutrina utiliza o termo para qualificar os direitos humanos, reconhecidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem. É uma expressão utilizada para dar ênfase à relação entre direitos individuais e sociais, e a ausência de contradição entre eles. In < www.derecho.com/definicion_de_inescindible >, acesso em 20 de março, 2014

²⁸⁰ (IBEAS, 1997, p. 98)

²⁸¹ Gregório PECES-BARBA Martínez, falecido em 24 de julho de 2012, foi jurista, político e professor universitário, lecionava a disciplina de Filosofia do Direito, e foi um dos pais da atual Constituição espanhola (filiado ao Partido Socialista Obrero Espanhol). Como advogado atuou na defesa dos direitos humanos e da democracia como forma de governo para a Espanha. Dentre as várias funções desenvolvidas, foi membro da Real Academia de Ciências Morales y Políticas. In <es.wikipedia.org/wiki/Gregorio_Peces_barba>, acesso em 25 de fevereiro, 2014.

²⁸² (MARTINEZ, 25 de maio de 1987, p. 380)

²⁸³ “*DON JUAN CARLOS I, REY DE ESPAÑA, A TODOS LOS QUE LA PRESENTE VIEREN Y ENTENDIEREN, SABED: QUE LAS CORTES HAN APROBADO Y EL PUEBLO ESPAÑOL RATIFICADO LA SIGUIENTE CONSTITUCIÓN*

PREÁMBULO

promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, [...]” a convivência democrática de direito, conforme a ordem econômica e social justa, o exercício dos direitos humanos, preservando a cultura, tradições, língua e instituições, promover o progresso cultural e econômico para assegurar digna qualidade de vida, uma sociedade democrática e avançada, fortalecendo as relações pacíficas e de cooperação entre os povos da terra. Trata-se de valores que moveram os Constituintes democraticamente reunidos no Congresso Geral e que fundamentam o Estado Social Democrático de Direito espanhol. Ao indicar esses valores superiores o legislador constituinte assinala a meta do Estado e do Direito que deseja. Ressaltando-se a importância do preâmbulo inclusive porque não é atingido por Reformas ou Emendas Constitucionais. A exemplo do fato de que o preâmbulo permanece intacto mesmo após a revisão da Constituição que ocorreu em setembro de 2011.

A singularidade da Constituição espanhola não é o seu preâmbulo, mas o “pórtico de entrada”, ou seja, os dois artigos do Título Preliminar, com esses são sintetizadas as características mais marcantes do Regime Democrático instaurado pela Constituição de 1978, trata-se da “clave de bóveda” do regime constitucional, neles estão as principais características do Direito Constitucional espanhol, e, por conseguinte, de todo o ordenamento jurídico.²⁸⁴ Ali estão, desde o ponto de vista jurídico, os supraprincípios jurídicos, ou princípios de princípios, formando a base última, nuclear e irredutível de todo o ordenamento jurídico.

Para PECES-BARBA o artigo inserido no Título Preliminar da Constituição espanhola é um o marco fundamentalmente inovador para o constitucionalismo ocidental, nele estão

La Nación española, deseado establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de:

Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo.

Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular.

Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones.

Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida.

Establecer una sociedad democrática avanzada, y Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra.

En consecuencia, las Cortes aprueban y el pueblo español ratifica la siguiente [...]”. [sic]. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=1&tipo=1>>. Acesso em: 20 de dezembro, 2013.

²⁸⁴ GARCIA-CAMPERO, Manuel Delgado-Iribarren. Sinopsis artículo 1. Letrado de las Cortes Generales, junio, 2005. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=1&tipo=2>>. Acesso em: 20 de dezembro, 2013

definidos os valores que informam o ordenamento jurídico²⁸⁵, os fins do Estado²⁸⁶. E, quanto a originalidade do texto constitucional, o autor afirma que *“La referencia a los valores superiores no se encuentra en ningún otro texto constitucional y me parece que tiene transcendencia. Por el contrario, marca un rumbo nuevo en la historia de la cultura jurídica y política de nuestro tiempo, no sólo en el ámbito de Derecho público, sino para la Teoría del Derecho.”*²⁸⁷ e tem marcado um novo rumo da história da cultura jurídica e política de nosso tempo²⁸⁸.

O artigo 1º da Constituição espanhola de 1978, seguindo a tradição da maior parte das Constituições democráticas, sintetiza em três seções os elementos de identificação da organização política que se desenha, através do Direito em sua norma máxima. A identidade com as demais Constituições, especialmente a italiana (1947) e a portuguesa (1976) é apenas na aparência, porque a Constituição espanhola de 1978 se diferencia das demais na estrutura e nos objetivos em seu “pórtico”, ainda que a intenção do Legislador Constituinte seja em todos os casos semelhantes, conforme MORTATI *“los caracteres esencialmente inseparables del tipo de régimen político instituido considerados en su inescindible correlación”*²⁸⁹. De fato, no direito comparado não se reconhece uma fórmula análoga. A Lei Fundamental de Bonn, no artigo 1, declara que a dignidade do homem é sagrada e seu respeito e proteção constituem um dever de todas as autoridades do Estado. A Constituição francesa de 1958, no artigo 2, assinala a Liberdade, Igualdade e Fraternidade como fundamentos da República.

IBEAS reconhece a possibilidade de algumas referências axiológicas semelhantes à da Constituição espanhola no preâmbulo de algumas Constituições espanholas, e acrescente-se, como anteriormente referimos, as atuais Constituições da Colômbia, de Cuba, do Panamá, do Peru, de Honduras, da Nicarágua, do México, do Paraguai, e a Constituição brasileira de 1988.

Es posible hallar algunas referencias axiológicas semejantes a las ya señaladas en la CE de 1869 o en el Proyecto de 1873 en los preámbulos de algunas Constituciones europeas del principio del siglo XX, pero en ningún caso hallamos una definición expresa de cuáles sean los valores que informan el

²⁸⁵ (PECES-BARBA, 1986, p. 11).

²⁸⁶ Conforme SOUZA JUNIOR, op. cit. p. 56.

²⁸⁷ (PECES-BARBA, 1986, p. 12)

²⁸⁸ PECES-BARBA. Los valores superiores. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1986, p. 11.

²⁸⁹ MORTATI. Comentários dela costituzione. Principi Fondamentali Zanichelli, Bolonia, Soc. Ed. Del Foro Italiano, Roma, 1975.

*ordenamiento jurídico tal como la que incluye el artículo 1.1 CE.*²⁹⁰

Nesse sentido, entende-se que Constituição brasileira de 1988 teve alguma influência da Constituição espanhola, como vemos ao longo do presente estudo.

2 A TRADIÇÃO DE PREÂMBULO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Na história constitucional brasileira o preâmbulo acompanha todas as Constituições, desde a Constituição Política do Império – integrante da Carta de Lei, jurada em 25 de março de 1824 – dando continuidade nas Constituições do período republicano: a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891; a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934; a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, outorgada em 10 de novembro de 1937; a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946; a Constituição do Brasil, promulgada em 24 de janeiro de 1967, e a Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969, e a atual Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.²⁹¹ As Constituições brasileiras tradicionalmente apresentam preâmbulo,²⁹² alguns mais extensos e outros bem mais sintéticos. Alguns carregados de conceitos axiológicos, outros sem qualquer referência.

Assim, a história constitucional brasileira tem início com a convocação de uma Assembléia Geral Constituinte e Legislativa, em 03 de junho de 1822, antes mesmo da Independência do Brasil, mas dissolvida poucos meses depois, em 11 de novembro de 1823, em razão de divergências do Imperador e a referida Assembleia.²⁹³ Com a instituição do Império do Brasil, em 1822, objetivando manter a unidade nacional, é outorgada a Constituição do Império de 1824, a primeira reconhecida oficialmente como Constituição brasileira, elaborada pelo Conselho de Estado após a dissolução da Assembleia Constituinte,

²⁹⁰ (IBEAS, 1997, p. 98)

²⁹¹ Nesse contexto, destaca-se, pela força constitucional que lhes foi atribuída, o Ato Complementar nº 34, de 30 de janeiro de 1967, Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964; o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968.

²⁹² BARRETO, Carlos Eduardo, *Constituições do Brasil*, 6ª ed. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 1971.

²⁹³ (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 19).

trouxe no preâmbulo o desejo daquilo que os cidadãos brasileiros esperavam do Imperador, o respeito a essa Lei do Império e a promoção da “felicidade política”, nos seguintes termos:

DOM PEDRO PRIMEIRO, POR GRAÇA DE DEOS, e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil : Fazemos saber a todos os Nossos Subditos, que tendo-Nos requeridos o Povos deste Imperio, juntos em Camaras, que Nós quanto antes jurassemos e fizessemos jurar oProjecto de Constituição, que haviamos offerecido ás suas observações para serem depois presentes á nova Assembléa Constituinte mostrando o grande desejo, que tinham, de que elle se observasse já como Constituição do Imperio, por lhes merecer a mais plena approvação, e delle esperarem a sua individual, e geral felicidade Politica : Nós Jurámos o sobredito Projecto para o observarmos e fazermos observar, como Constituição, que dora em diante fica sendo deste Imperio a qual é do theor seguinte.²⁹⁴ [sic]

A “felicidade política”, num regime de governo representativo-liberal²⁹⁵ pode ser definida como a política na sua plenitude como espaço de realização da comunidade, onde os cidadãos se unem em torno do bem comum. Essa Constituição de 1824 foi a mais estável e duradora das Constituições brasileiras.

Posteriormente, em razão da proclamação da República, o Movimento aboliu a Constituição de 1824, e coube a Rui Barbosa a elaboração do projeto, alicerçado no constitucionalismo norte-americano. Foi promulgada a segunda Constituição, em 1891, primeira do período republicano, elaborada por uma Assembleia Nacional Constituinte. Essa Constituição teve um único processo de reforma, a Emenda de 1926, para adaptar-se à realidade do Brasil e do pensamento mundial, especialmente da doutrina positivista de Augusto Comte. Quanto ao preâmbulo desta Constituição não há qualquer menção de valores apenas uma referência à organização do governo e à democracia.²⁹⁶

Com a crise política da república coronelista, desde 1930, somada a crise econômica mundial de 1929 que repercutia na economia brasileira desse período e a quebra da política dos governadores, surge Getúlio Vargas conduzido ao poder após o movimento que derrubou Washington Luiz. Uma Assembleia Constituinte é eleita em 1933, por convocação do Governo Provisório de Vargas, tomou por base o projeto elaborado Comissão em 1932, assim, em 16 de julho de 1934 é promulgada a segunda Constituição da República brasileira.

²⁹⁴ Carta da Lei de 25 de março de 1824, manda observar a CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL. BARRETO, op.cit. p. 3 e ss).

²⁹⁵ Conforme SOUZA JUNIOR, essa era a expressão que se usava para significar um regime de governo mais evoluído do Ocidente, enquanto que o termo democracia não havia perdido o sentido pejorativo do pensamento grego. p. 32-33.

²⁹⁶ “Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte” Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891.

Compromissada com três correntes de pensamento, apresenta no preâmbulo²⁹⁷ a unidade da nação, a liberdade, a justiça e ao bem estar social e econômico.²⁹⁸ Os valores como a liberdade, justiça e bem estar foram repetidos na Constituição de 1988, porém com mais amplitude na medida em que os reconhece como valores supremos da sociedade. Essa Constituição de 1934, ainda que tenha tido uma existência extremamente pequena, destaca-se o fato de que transformou o Supremo Tribunal Federal em Corte Suprema.²⁹⁹

A quarta Constituição na nossa história brasileira,³⁰⁰ terceira do período republicano, foi decretada pelo Presidente Getúlio Vargas em 10 de dezembro de 1937, fundou o “Estado Novo”, expressava um pensamento autoritário³⁰¹, sob a justificativa que “[...] não dispunha o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo;”³⁰² e “resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade”. E fez constar no preâmbulo: [...] ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo, [...]. Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando [...]” [sic] Como se vê, nessa Constituição repete a segurança e o bem estar do povo. Encontra-se presente uma visão de valoração à honra nacional e independência, a paz política e social, segurança, bem estar e prosperidade. Assim, a democracia a partir de 1937 é vista a partir da concepção de um

²⁹⁷ Conforme SOUZA JUNIOR, essa Constituição de 1934, estava compromissada com três correntes de pensamento: “a que vem da tradição do liberalismo de 1891 e que ainda é suficientemente forte para servir de pano de fundo da nova construção. Segundo, a vertente das novas idéias sociais vitoriosas na Constituição de Weimar de 1919 e da Espanha de 1931, que colocará o Brasil do século XX nos padrões do constitucionalismo social. Terceiro, uma corrente de colorido corporativo e autoritário, contaminada pelos modismos do momento, que deixará sua marca especialmente na representação profissional por classes econômicas, parcialmente acolhidas no texto finalmente aprovado.” (SOUZA JUNIOR, 2002, pp.46-47)

²⁹⁸ “Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte”.

²⁹⁹ Também a Constituição de 1934 determinou a elaboração de um projeto do Código de Processo Civil e Comercial e do Código de Processo Penal.

³⁰⁰ Seguindo a linha majoritária dos autores que não consideram na contagem o Regimento de 1548.

³⁰¹ (SOUZA JUNIOR, op.cit. 2002, p. 52)

³⁰² Excerto do texto que encontra-se inserido no preâmbulo da Constituição de 1937. (BARRETO, op.cit. 1971, p. 429).

Estado³⁰³ que tem o dever de respeitar o bem-estar do povo. E, o bem-estar apareceu nas Constituições de 1934, 1937 e 1988.

Afastado Vagas da Presidência pelos chefes militares, em 29 de outubro de 1945 coube ao presidente do Superior Tribunal Federal, na pessoa de José Linhares, assumir a Presidência e transformar as eleições já convocadas para o Parlamento em eleições para uma Assembléia Nacional Constituinte³⁰⁴. Tomando como projeto o texto da Constituição de 1934, foi outorgada em 18 de setembro de 1946,³⁰⁵ alterou o preâmbulo fazendo contar apenas: “Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos, sob a proteção de Deus, em Assembléia Constituinte para organizar um regime democrático, decretamos e promulgamos a seguinte:”. Como visto, não há referência com conotação de valores humanos ou morais, “timbrou-se como uma reação ao Estado Novo e tudo o que ele representava. Empenhou-se ao máximo para retomar às fontes liberais que prevaleceram em 1891 [...]”³⁰⁶ somadas às conquistas do Estado Social da Constituição de 1934, acrescentado às crenças do modelo de Estado Democrático Social ocidental do período pós Segunda Guerra Mundial, especialmente a Constituição de Weimar.³⁰⁷ A Democracia Social, concedeu ao trabalhador o direito de participar direta e obrigatoriamente nos lucros da empresa, ainda, estabeleceu o direito de greve e um conjunto de princípios de Justiça Social.³⁰⁸ Foram restabelecidas os direitos liberdades, sendo pela primeira vez inserido no texto constitucional que a lei não excluirá “da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (art. 141, parágrafo 4º, da Constituição de 1946). Nesse contexto, a nova constituição republicana, composta de 218 artigos e 36 Disposições Constitucionais Transitórias, repete a forma do preâmbulo da primeira Constituição da república, o que reforça o entendimento de que essa Constituição reflete a retomada das “fontes liberais que prevaleceram em 1891.”³⁰⁹

³⁰³ Conforme SOUZA JUNIOR, Constituição de 1937 tinha como “pano de fundo, a visão autoritária e conservadora de Carl Schmitt, bem conhecida pelo redator do Texto constitucional, o jurista Francisco Campos, em sintonia com os “regimes autoritarismo que dominavam, então a Europa Central e a península ibérica.” Sobrepondo a supremacia do Poder Executivo sobre os demais na visão do positivismo de Augusto Comte, na visão de Julio de Castilhos, sobre a qual se respaldou a formação e Getúlio Vargas. (SOUZA JUNIOR, op.cit., p. 52)

³⁰⁴ (SOUZA JUNIOR, Constituições do Brasil, 2002. p. 57)

³⁰⁵ “A Mesa da Brasil e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos termos dos seus arts. 218 e 36, respectivamente, e manda a todas as autoridades, às quais couber o conhecimento e a execução desses atos, que os executem e façam executar e observar fiel e inteiramente como neles se contêm”. Publicada em 19 de setembro de 1946, republicada em 25 de setembro de 1946 e em 15 de outubro de 1946, recebeu 14 Emendas. (BARRETO, op.cit, 1971)

³⁰⁶ (SOUZA JUNIOR, Constituições do Brasil, 2002. pp. 57-58).

³⁰⁷ FERREIRA FILHO, A reconstrução da Democracia. São Paulo: Saraiva, 1979.

³⁰⁸ (SOUZA JUNIOR, op.cit., pp. 58 e ss)

³⁰⁹ No sentido das fontes que inspiraram essa Constituição, SOUZA JUNIOR, op.cit., p. 58.

Na Constituição de 1946, durante o período de 1964 a 1966, recebeu quatorze Emendas e alterações nos Atos Institucionais decorrentes da nova ordem política que rompeu o Estado de Direito a partir da eclosão do Movimento de 1964. A mensagem nº 25, em 13 de dezembro de 1966, encaminhada ao Congresso Nacional pelo Presidente H. CASTELLO BRANCO, expressava o Ato Institucional nº 4³¹⁰, esclarecia que “[...] a Constituição de 1946, além de haver recebido numerosas Emendas, já não atende às exigências nacionais. A Continuidade da obra revolucionária deverá ficar assegurada por uma nova Constituição que, a par da unidade e harmonia, represente a institucionalização dos ideais e princípios que a inspiram.”³¹¹ Essa constituição, no artigo 150, por iniciativa de AFONSO ARINOS, reproduziu a declaração de direitos do artigo 141 da Constituição de 1946. A Constituição da República Federativa do Brasil³¹² de 1967 como não poderia ser diferente diante do contexto político e a forma como foi concebida, traz no seu preâmbulo, sem qualquer referência à valores, o seguinte texto: “O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga o seguinte.”³¹³

Essa Constituição teve duração de apenas dois anos, até 30 de outubro de 1969, quando no confronto entre os Poderes o Presidente da República editou o conhecido Ato Institucional nº 5, que fechou o Congresso, explicitamente rompendo com o Estado de Direito, derrubou a ordem constitucional vigente. A abertura política somente foi retomada com a posse do presidente Ernesto Geisel³¹⁴, que deu início a um processo lento e gradual de abertura política, mas foi a Emenda Constitucional nº 11, de 1978, que revogou todos os instrumentos de exceção³¹⁵. As liberdades públicas foram progressivamente retornando à amplitude e, por Emendas, no plano financeiro-tributário regredindo a concentração de recursos na esfera federal.³¹⁶ A abertura política desencadeia a convocação de eleições presidenciais, em 1984,

³¹⁰ O Ato Institucional nº 4, atribuía poderes constituintes ao Congresso Nacional profundamente atingido por cassações e que terminava seu mandato. O projeto enviado pelo Executivo ao Congresso tinha prazo reduzidíssimo para discussões e aprovação, conforme SOUZA JUNIOR, de 12/12/1966 a 21/01/1967, sendo promulgada no dia 21 de janeiro de 1967, entrou em vigor no dia 15 de março desse ano, quando da posse do novo Presidente da República, o militar Costa e Silva. (SOUZA JUNIOR, op.cit. p. 66)

³¹¹ Mensagem n. 25 de 1966, publicada pelo Diário do Congresso Nacional em 13 de dezembro de 1966. Conforme as palavras do Presidente Castello Branco, o projeto da Constituição de 1967 foi elaborado pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores, Carlos Medeiros Silva, e a redação final passou por uma “comissão de notáveis juristas, as sugestões dos setores mais qualificados do Governo, das corrente políticas majoritárias ne de eminentes estudiosos e pessoas interessadas no assunto.” (BARRETO, op.cit, p. 319-320)

³¹² A Emenda Constitucional n. 1 de 1967, alterou o nome do nosso País que deixou de ser apenas Brasil e passou a se chamar República Federativa do Brasil, nome que se mantém até hoje.

³¹³ In < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> acesso em 12 de outubro, 2012.

³¹⁴ O gaúcho de Bento Gonçalves, Presidente Ernesto Gueisel exerceu mandato de cinco anos, de 15 de março de 1974 a 15 de março de 1979, foi sucedido por João Figueiredo.

³¹⁵ SOUZA JUNIOR, op.cit., pp. 65-77.

³¹⁶ (SOUZA JUNIOR, p. 77)

com o triunfo do candidato à Presidência Tancredo Neves³¹⁷, então presidente do Congresso Nacional que em 27 de novembro de 1985 promulgou a Emenda Constitucional nº 26, convocando uma Assembléia Nacional Constituinte.

Eleita em 1986, a Assembléia Nacional Constituinte reuniu-se a partir de 1º de fevereiro de 1987, concluiu os trabalhos em 5 de outubro de 1988. Essa Constituição não partiu de um projeto anterior, mas a matéria foi dividida em oito partes, cada qual distribuída a uma Comissão Temática, subdividida em três subcomissões, por matéria. Nota-se uma preocupação com os direitos humanos fundamentais e do cidadão, a dignidade da pessoa humana, uma resposta ao período histórico que a antecedeu. A matéria dedicada aos Direitos e Garantias Individuais foi contemplada com doze artigos, iniciando-se com o artigo 5º até o artigo 17.

O artigo 5º da Constituição de 1988 é provido de setenta e oito incisos, que versam a respeito dos direitos e garantias individuais e coletivos, enfatizando a igualdade perante a lei e as cinco dimensões primado da Pessoa Humana, a vida, a liberdade, igualdade, segurança e propriedade. E os artigos 6º ao 11º encontram-se dedicados aos direitos sociais³¹⁸.

Nessa Constituição da República Federativa do Brasil, resultante de um “mosaico de interesses, sentimentos e ideias”³¹⁹ procurava reinstitucionalizar no País o regime democrático ancorado no Estado de Direito e nos direitos fundamentais, uma concordância universal.³²⁰ Ao proclamar no preâmbulo o “[...] Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, [...]”.

Como vemos, com exceção da constituição de 1934, 1937 e 1988, não existem em outros preâmbulos das Constituições brasileiras exposição de valores. A Constituição de 1988 inova ao apresentar um rol de valores e identifica-los como suprema. Outra singularidade da Constituição de 1988, além dos valores, é a extensão do preâmbulo.

³¹⁷ Tancredo de Almeida Neves, 34º Presidente do Brasil, precedido por João Figueiredo, não chegou a tomar posse porque estava muito doente, assumiu em seu lugar o seu Vice Presidente, José Sarney.

³¹⁸ No artigo 6º encontram-se elencados os direitos sociais: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados.

³¹⁹ (SOUZA JUNIOR, p. 81)

³²⁰ (SOUZA JUNIOR, p. 81)

Mas, qual a importância do preâmbulo? Teria o preâmbulo por si só força normativa? Qual a relação com o texto constitucional? Teriam esses valores força de cláusula pétrea?

2.1 As Constituições brasileiras

Um preâmbulo ou proclamação mais ou menos solene, mais ou menos significativa anteposta ao articulado não é componente necessário de qualquer Constituição; é tão-somente um elemento natural de Constituições feitas em momentos de ruptura histórica ou de grande transformação político-social³²¹. A análise histórica permite constatar que a Constituição dos Estados Unidos de 1787 já possuía preâmbulo, mas foi somente com a Constituição Francesa de 1946 que o preâmbulo passou a ter certa relevância porque ela inicia o seu conteúdo com uma Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1899. O seu caráter depende dessas circunstâncias e dessas intenções, bem como da ideologia a que apela o legislador constituinte. É o que encontramos nas Constituições Brasileiras. Mas, essa parte introdutória, na forma de outorga, de apresentação ou promulgação, como afirma MIRANDA, tradicionalmente sempre esteve presente nas Constituições brasileiras.

A Constituição promulgada de 1891, conforme se extrai de seu preâmbulo, organizou o “regime livre e democrático”. Em que pese a Emenda de 1926 tê-la modificado, consta a garantia no preâmbulo da Emenda, expressamente, “que, depois de incorporada ao seu texto, como parte integrante dêle, a proposta de emendas aprovadas pelas duas câmaras do Congresso Nacional nas sessões ordinárias de 1925 e 1926, e já publicada, a Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil, **conservados os seus preâmbulos e as assinaturas dos constituintes** de 1891, é a seguinte [...]” [*sic*]

Na segunda Constituição brasileira, a primeira da República dos Estados Unidos do Brasil, que partiu do projeto de Rui Barbosa, inspirado na Constituição norte-americana, o texto final foge dessa Constituição quando a Assembléia Constituinte acolheu a “proposta patrocinada pelo político gaúcho Júlio de Castilhos”³²² estabeleceu a realização de eleições

³²¹ Jorge Miranda faz uma referência afirmando que “ Um grande número de textos constitucionais apenas contém fórmulas de apresentação, promulgação, sanção ou outorga; e, por vezes, nem isso”.

³²² (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 39 e ss). Recomenda-se BALEEIRO, Aliomar. Mil oitocentos e noventa e um. 3ª ed. Coleções Brasileiras, vol.2, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. 2012. PDF. In <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/137570>>, acesso em 12 de janeiro, 2014.

diretas. O Povo brasileiro, nas palavras de BALEEIRO, “[...] cansara-se da monarquia, cuja modéstia espartana não incutia nos espíritos a mística e o esplendor dos tronos europeus. [...] Passada a euforia da promulgação da Lei de 13 de maio de 1888 [...] “ o país volta a sentir as consequências da falta de medidas políticas para acolhimento e acolhimento de trabalhadores ex-escravos, que saturaram o mercado de trabalho nas cidades. Desmoronou-se a estrutura monárquica, assim, é implantado um regime livre e democrático.

Num contexto de crise da política coronelista, que não correspondia às “aspirações das classes médias urbanas e do Brasil novo”³²³ que surgia. Repercutia no país a crise econômica mundial de 1929. Surge a Constituição de 1934, eco da manifestação constitucionalista de 9 de julho de 1932, fruto dos trabalhos da Assembléia Constituinte convocada pelo governo provisório de Getúlio Vargas, que seus trabalhos em novembro de 1933, tomando por referência os trabalhos consubstanciados pelo projeto elaborado por uma comissão nomeada pelo referido Governo. A mesma Assembléia Constituinte que promulgou a constituição em 16 de julho de 1934, elegeu Getúlio Vargas Presidente da República. I

Nesse contexto, valores da unidade nacional, a liberdade, a justiça e o bem estar social e econômico, *in verbis*:

“Nós, os representantes do Povo Brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos o seguinte.” [*sic*]

A unidade da nação era um problema do Estado brasileiro desde a independência. Foram empreendidos vários esforços para manter a identidade comum do povo brasileiro, na história brasileira, existem registros de vários movimentos separatistas e embates sociais. E a Constituição de 1937, outorgada pelo presidente Getúlio Vargas em 10 de Novembro de 1937, sem adentrar no mérito de sua total efetivação³²⁴, elencava no seu preâmbulo valores, que recebem destaque:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL,

ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes

³²³ (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 45).

³²⁴ Dentre outros, pelo fato de foi uma Constituição que recebeu emendas e alterações por Leis Constitucionais e Atos Adicionais à Carta Constitucional.

da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil;

ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente;

ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo;

Sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas;

Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País:

Esse preâmbulo, carregado de valores, por si só já mereceria um estudo aprofundado, que o tempo infelizmente não nos permite neste momento. Verifica-se claramente um período de preocupação com as instituições, a segurança e a unidade nacional. Em contrapartida, garantias individuais, como a liberdade e a igualdade não estão presentes.

A Constituição de 1934 foi a que teve o menor preâmbulo³²⁵, em contrapartida, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1969, a introdução é uma extensa lista de considerações, relacionando os dispositivos da Constituição de 1967 que permaneciam inalterados.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *in verbis*:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. [sic]

E também a sua forma e sua extensão aparecem extremamente variáveis: desde as sínteses lapidares de estilo literário aos longos arrazoados à laia de relatórios preliminares ou

³²⁵ A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, sob a presidência de Fernando de Mello Vianna, teve um pequeno preâmbulo: “Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos, sob a proteção de Deus, em Assembléia Constituinte para organizar um regime democrático, decretamos e promulgamos a seguinte”.

exposições de motivos; desde a invocação do nome de Deus ³²⁶ ou do título de legitimidade do poder constituinte ao contexto histórico; desde a alusão a um núcleo de princípios filosófico-políticos à prescrição de determinados objetivos programáticos.³²⁷

2.2 Função e eficácia jurídica do preâmbulo

Inicialmente se questiona se os valores supremos expressos no preâmbulo da Constituição brasileira teriam, ou não, força normativa e qual a eficácia diante do ordenamento constitucional. Antes de enfrentar propriamente o tema, convém analisar a etimologia do vocábulo preâmbulo, e constata-se que revela “pórtico”, “o que está na entrada”, algo que precede. Portanto, encontra-se na entrada, no início do corpo constitucional fazendo uma síntese dos princípios constitucionais agasalhados. O preâmbulo é um texto normalmente sucinto e objetivo que precede o Texto da Constituição propriamente dita, representa como que uma introdução.

No tocante à força normativa do preâmbulo constitucional as opiniões doutrinárias são divergentes e a resposta não é pacífica. Dissentem autores nacionais e estrangeiros a propósito desse tema, podemos afirmar que são três as principais vertentes teóricas: Uma admite a igualdade entre o preâmbulo e as demais normas constitucionais, o que se convencionou denominar tese da eficácia idêntica, ³²⁸ tendo ainda força interpretativa, conforme Pontes de MIRANDA, porque na Constituição não existem palavras inúteis. Tendo o preâmbulo diretrizes filosóficas e psicológicas que são confirmadas ao longo da Lei. A segunda é a que defende que não tem relevância jurídica, não tendo qualquer comando cogente no preâmbulo, colocando-o fora do direito, despida de qualquer obrigatoriedade e vinculação na aplicação. A terceira tese é que o preâmbulo integra a Constituição, tem relevância específica ou indireta, com características jurídicas da Constituição, mas não se

³²⁶ Conforme FRANCISCO ADALBERTO NOBREGA, Deus e Constituição – A Tradição Brasileira, Petrópolis, 1998.

³²⁷ MIRANDA, Jorge, cit (tomo II) p. 274.

³²⁸ Se alinham a essa vertente Carlos Ayres Britto, Tupinambá Nascimento, Pinto Ferreira, e outros autores que tivemos acesso por referências, como Georges Burdeau, Roger Pinto, Lafferrière, Schmitt, Nawiaski, Paolo Biscaretti di Ruffia, Giese, Luiz Augusto da Cunha Pereira. Em sentido contrário, ou seja, que não tem força normativa encontramos Paulo Bonavides, Hans Kelsen, Celso Bastos, Ives Gandra. (

confunde e não é nem articulada no seu corpo.³²⁹ Assim, estaria o preâmbulo despido de normatividade absoluta, servindo como elemento de interpretação e integração de diversos artigos que lhe seguem.

Luiz Augusto da Cunha PEREIRA, defende a existência de força normativa, nos seguintes termos:

“ o preâmbulo da Constituição Federal, porquanto derivado da mesma manifestação constituinte originária, dela faz parte e não se distingue nem pela origem nem pelo conteúdo, possuindo, pois, normatividade semelhante às demais normas principiológicas do corpo constitucional. Não há como negar força de norma jurídica àquele texto que exatamente introduz e esteia as demais normas constitucionais, sob pena de se dizer que estas últimas também não se encontram entre as normas jurídicas”.

Para MAXIMILIANO,³³⁰ “Todo o ato jurídico, ou lei positiva, consta de duas partes – o sentido íntimo e a expressão visível.”³³¹ Assim, parte-se para buscar na expressão visível o espírito do legislador, pela hermenêutica busca-se o sentido que de alguma forma moveu os trabalhos dos Constituintes brasileiros na elaboração da Constituição de 1988.

Para Marcelo Vicente de Alkimin PIMENTA, “O preâmbulo representa um atestado do posicionamento adotado pelo Poder Constituinte originário, no que tange à ideologia política e social, que inspirou a elaboração da Constituição, bem assim acerca da legitimidade que estava investido para essa missão.”³³² E acrescenta, o preâmbulo pode ser também entendido como uma “certidão de origem e legitimidade do Texto e declaração de princípios”.

A posição adotada pelo do Superior Tribunal Federal, se inclina no sentido de que o preâmbulo não tem força normativa, ou seja, ele não tem força para declarar inconstitucionalidade em razão de uma regra entrar em conflito com as suas disposições. Contudo, reconhecem que, por ter sido elaborado pelo Constituinte originário, há relevância interpretativa.

No mesmo sentido, Marcelo PIMENTA defende que preâmbulo não tem força normativa autônoma, ou seja, não é capaz de induzir declaração de inconstitucionalidade, a relevância texto introdutório consiste no fato de que ele é emanado do Poder Constituinte

³²⁹ Nessa linha encontramos Jorge Miranda, J.J. Gomes Canotilho e Alexandre de Moraes.

³³⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. A respeito do tema ele aborda sob o título *Vontade do Legislador*, p. 18 e ss.

³³¹ Fundamentamo-nos nas palavras de MAXIMILIANO quando usamos a expressão “espírito dos Constituintes”. A partir desta para descobrir aquele, através dos vocábulos atingir a ideia, fazer passar a própria consciência a norma concreta, compreender o texto em seu significado e alcance; em uma palavra, subjetivar a regra objetiva: eis a operação mental que o intérprete realiza”buscou-se compreender as razões e o espírito.

³³² PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkimin. *Direito Constitucional em Perguntas e Respostas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 129. E-book, disponível em <http://books.google.com.br/books?id=DB4E4T3oTWwC&pg=PA132&lpg> acesso em 1 de fevereiro, 2014.

originário e, por isso, dele se extrai força interpretativa. O autor reconhece que apesar de ser um tema que apresenta controvérsia, o texto tem a função de “nortear a interpretação e integração do texto constitucional.”³³³ Mas, segundo ele, no caso da Constituição de 1988 essa discussão perdeu relevância “na medida em que todos os princípios ali expressos foram reproduzidos no seu texto”³³⁴.

Conforme Roberto Camargo da SILVA, para “equilibrar o sistema e resgatar o sentido de unidade, as constituições impõem-se dotadas de um direito maior e de força obrigatória inclusive para o legislador com base nos valores superiores sobre os quais há um consenso social suficiente e amplo.”³³⁵ Acrescenta, desde “o preâmbulo da Constituição brasileira já encontramos referências à liberdade, à igualdade e à justiça como valores supremos que se projetam mediante princípios, direitos e garantias fundamentais cujo sentido deve ser procurado pelo intérprete.”³³⁶ E, o legislador constituinte ao definir os objetivos fundamentais da república pretende à redução das desigualdades e à promoção do bem comum, fazendo uma clara opção pelo princípio da igualdade inclusive nas relações internacionais³³⁷ e referido como um direito fundamental nuclear da Constituição, concretizador da dignidade da Pessoa Humana³³⁸. Isso se vê no o artigo 3º, incisos III e IV, artigo 4º, artigo 5º, artigo 150, dentre outros, todos da Constituição brasileira.

Como se vê, o autor refere-se a princípios que fundamentam a sociedade e o Estado brasileiro. Para Juarez FREITAS, “Quanto aos valores *stricto sensu*, em que pese o preâmbulo constitucional mencionar expressamente ‘valores supremos’, considerar-se-ão quase com o mesmo sentido de princípios, com a única diferença de que os últimos, conquanto encarnação de valores e ‘justificadores’ do sistema têm a forma mais concentrada de diretriz, que falta àqueles, ao menos em grau ou intensidade.”³³⁹

Francisco REVÓRIO, traça alguns critérios que a doutrina tem utilizado para diferenciar princípios e valores. E assinala quanto aqueles que tem considerado diferença entre princípios e valores quanto a eficácia, e afirma “Así, mientras aquéllos podrían

³³³ (PIMENTA, op.cit.,)

³³⁴ (PIMENTA, op.cit., p. 130).

³³⁵ SILVA, Roberto Camargo da. Não Cumulatividade constitucional do ICMS. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. E-book disponível em <http://books.google.com.br/books?id=BRozaoWJ2rIC&dq=’valores+stricto+sensu’&hl=pt-BR&source=gbs+selected_pages&cad=3#v=onepage&q=%22&f=false>, acesso em 1 de fevereiro, 2014.

³³⁶ (SILVA, op.cit., p. 52-53)

³³⁷ (SILVA, op.cit., p. 54).

³³⁸ Direitos e deveres fundamentais estão intimamente relacionados com a própria dignidade da pessoa humana.

³³⁹ FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do Direito. p. 58 Para esse autor a Constituição é uma rede axiológica de princípios, regras e valores de ordem suprema, objetivando o cumprimento dos fundamentos do Estado Democrático.

considerarse Derecho, los valores carecerían de valor jurídico”³⁴⁰ e que outras posições defendidas por outros autores haveria reduzida eficácia jurídica sob alguns aspectos. Que essa tese que nega valor e significado jurídico aos valores costuma admitir unicamente que eles têm função interpretativa, de forma que se fala, diz o autor, com terminologias diversas, de "metanormas" ou normas de segundo grau. Defende o autor que o critério de distinção entre princípios e valores somente tem utilidade no caso que se nega em todo ou em parte, o caráter ou eficácia jurídica dos valores, admitindo que os princípios não sofrem tal privação de eficácia. E defende a necessidade de um tratamento mais extenso e detalhado para essa questão, e que esse critério distintivo entre princípios e valores, quanto à eficácia, não encontra guarida.

Para Jorge MIRANDA, o preâmbulo é parte integrante da Constituição, com todas as suas consequências. “Dela não se distingue nem pela origem, nem pelo sentido, nem pelo instrumento em que se contém. Distingue-se (ou pode distinguir-se) apenas pela eficácia ou pelo papel que desempenha.”³⁴¹

O preâmbulo dimana do órgão constituinte, tal como as disposições ou preceitos; é aprovado nas mesmas condições e o ato de aprovação possui a mesma estrutura e o mesmo sentido jurídico. Nem deixaria de ser estranho que, estando depositado num mesmo documento e inserido numa mesma unidade, fosse subtraído ao seu influxo ou fosse considerado despiciendo para sua compreensão. Tudo quanto resulte do exercício do poder constituinte – seja preâmbulo, sejam preceitos constitucionais – e conste da Constituição em sentido instrumental, tudo é Constituição em sentido formal.³⁴²

O que avulta no preâmbulo é, essencialmente, a unidade que fazem com o articulado da Constituição, conferindo relevância ao discurso político que aparentam ser. Contudo, não é plausível reconduzir a eficácia do preâmbulo à eficácia própria dos artigos da Constituição, pois, ele não incorpora preceitos, mas sim princípios que se projetam sobre os preceitos e sobre o resto do ordenamento.³⁴³

O mesmo entendimento de Luiz Augusto da Cunha PEREIRA, no que diz respeito a força normativa principiológica do preâmbulo em razão de ser originário do mesmo poder constituinte e dela faz parte. Não há distinção daquilo que está no preâmbulo e no corpo do texto, porque ambos tem a mesma origem e conteúdo. A normatividade que os valores

³⁴⁰ REVORIO, Francisco Javier Días. Los valores superiores em la Constitución española. P. 103

³⁴¹ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. (tomo II) p. 277.

³⁴² MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. (tomo II) p. 277-278.

³⁴³ Neste mesmo sentido Jorge Miranda faz referência, em nota de rodapé, ao acórdão n° 437, da Comissão Constitucional portuguesa, de 26 de janeiro de 1982, in apêndice ao Diário da República, de 18 de janeiro de 1983, pág. 80. In Jorge Miranda. Manual de Direito Constitucional. (tomo II) p. 278.

supremos do preâmbulo possuem é semelhantes às demais normas principiológicas do corpo constitucional. Conforme o Autor, “[...] o “retorno dos valores, finalidades e interesses, expressos em princípios, como vigas mestras da convivência social, coadunam com [...] a plena normatividade dos princípios preambulares.” O preâmbulo contempla as diretrizes filosóficas e ideológicas que serão confirmadas ao longo da Lei Maior³⁴⁴.

No mesmo sentido, Walber de Moura AGRA defende a natureza jurídica do preâmbulo, porque ele faz parte da Constituição, por isso tem força normativa, servindo para interpretação das normas constitucionais restantes.³⁴⁵ Afirma que não restar dúvidas que o preâmbulo, ao condensar os princípios que são explicitados nos artigos, exerce uma influência determinante na interpretação constitucional, funcionando como instrumento para manter a coesão sistêmica da Constituição. Assim, essa coesão evita antinomias que fragilizam a solidez normativa.

Assim, os fundamentos axiológicos da ordem jurídica nacional encontram-se positivados no artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988.

Divergências a respeito da normatividade do texto preambular, em especial no que diz respeito aos valores supremos ali expressos, o Supremo Tribunal Federal não é unânime. Para a Ministra Carmem LUCIA É no preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 que se encontra a relação dos valores que, conforme, [...]“norteiam a Constituição e que devem servir de orientação à correta interpretação e aplicação das normas constitucionais. [...]”³⁴⁶ Já o Ministro Carlos VELLOSO, entende que não tem força normativa, “[...] Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa.[...]”³⁴⁷

O preâmbulo não pode ser invocado enquanto tal, isoladamente; nem cria direitos ou deveres; invocados só podem ser os princípios nele declarados.

³⁴⁴ Nesse sentido BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 41.

³⁴⁵ AGRA, Walber de Moura. Manual de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pág.102/103.

³⁴⁶ ADI 2.649, voto da Relatora Cármen Lúcia, julgamento em 08-05-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008, in www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp - acesso em 08.12.2013.

³⁴⁷ (ADI 2.076, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 08/08/03).

Da mesma forma, não há declaração de inconstitucionalidade por violação do preâmbulo, mas, concordamos com Miranda quando afirma “só há inconstitucionalidade por violação dos princípios nele consignados.”³⁴⁸

Cabe consignar que, ao tomar por referência os ensinamentos de Jorge MIRANDA, quando classificou os princípios em substantivos – que abarcariam os princípios axiológicos fundamentais e os princípios político-constitucionais – e princípios constitucionais adjetivos ou instrumentais buscou-se ingenuamente fazer o mesmo como os valores, acreditando-se, inicialmente, que os valores supremos poderiam ser os mesmos princípios axiológicos de MIRANDA.³⁴⁹ Percebe-se a que, assim como esta autora, muitos pensam que é apenas uma questão de terminologia, que haveria a possibilidade dos valores supremos, estabelecidos na Constituição brasileira de 1988, serem princípios axiológicos, ou, ao menos, a possibilidade de um ajuste perfeito entre ambos.³⁵⁰

Ao confrontar os valores supremos elencados na Constituição brasileira de 1988 com os princípios axiológicos de MIRANDA, percebeu-se a impossibilidade de um ajuste perfeito. Diante dessa constatação, esclarece-se que foi preciso modificar os rumos da pesquisa.

Nossa pesquisa nos faz concluir que esses valores supremos refletem o espírito da Constituição e os objetivos máximos que fundam uma nova concepção de Estado brasileiro Democrático e de Direito, como fundamento na dignidade da Pessoa Humana, no bem comum, para estabelecer uma ordem social mais justa e igualitária.

Entendo que o preâmbulo é carregado de força orientativa de interpretação e de aplicação das normas constitucionais. Algumas regras servem para completar a doutrina quanto ao emprego do elemento teleológico, dentre elas “[...] o preâmbulo e as exposições de motivos da lei auxiliam a reconhecer o fim primitivo da mesma.”³⁵¹

³⁴⁸ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. (tomo II) p. 278.

³⁴⁹ (MIRANDA, 2007, p. 229-230)

³⁵⁰ A dificuldade se deu exatamente nesse ponto, percebido somente no final do trabalho, o conceito de valores supremos não é princípio axiológico como muitos pensam prematuramente. .

³⁵¹ (MAXIMILIANO, 1992)

2.4 Os valores no constitucionalismo brasileiro

Como já referido, a partir da análise das Constituições brasileiras ao longo da história da República que a única constituição que traz referência a valores superiores é a Constituição promulgada em 1988, possivelmente isso se deve, como visto na segunda parte desta dissertação, muito mais às influências do contexto histórico-sócio-político internacional do que propriamente uma vontade originária do legislador constituinte brasileiro.

Esses princípios, na história constitucional da República brasileira, remontam à primeira Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, sendo que a maioria das garantias foram positivadas na primeira Lei Maior Republicana, tiveram, em 1926, alteração da redação, através da Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926^C.³⁵² Destaca-se que, as garantias individuais expressas naquela Carta Constitucional, que asseguram direitos ao indivíduo frente ao Poder Público, relacionadas no artigo 72 e seus parágrafos, dentre eles, destaca-se a liberdade, a segurança individual, a propriedade e a igualdade.

A Constituição da República Federativa do Brasil nasceu em 1988 de uma extensa negociação política, uma engenharia da transição democrática de compromisso. Assim a carta constitucional foi um “mosaico amplo de interesses, sentimentos e ideias”³⁵³ que, refletidos no seu preâmbulo, trazem valores que foram positivadas ao longo de todos os artigos da Carta Constitucional. Ela veio reinstitucionalizar o regime democrático, ancorado no Estado de Direito e, em consonância universal, nos Direitos humanos Fundamentais.

Nela encontram-se as manifestações de vontade daqueles que tinham a responsabilidade concretizar formalmente as mudanças democráticas que a sociedade brasileira clamava naquele período. Buscou-se na história, nas palavras de alguns Constituintes, registradas nas Ata das reuniões (especialmente a da Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher)³⁵⁴, verificar o momento histórico, os

³⁵² *Art.72 da Constituição brasileira com os textos incluídos pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) encontram-se em nota no final* Fonte: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm> acesso em 23 de janeiro de 2014.

³⁵³ (SOUZA JUNIOR, 1º e 2º semestre de 2012, p. Seminário de Direito Comparado)

³⁵⁴ Atas da Comissão de Soberania e Diretos e Garantias do Homem e da Mulher integram neste trabalho o Anexo I.

anseios e projetos de mudanças e garantias que naquele momento faziam-se necessárias implantar. Analisando os discursos, destacaram-se alguns excertos iniciais:

O Sr. Constituinte Darcy Pozza: [...] O problema da organização do Estado se subordina à necessidade da garantia a todos os indivíduos, e também à liberdade do poder político entendida aqui, como a instauração de uma via legal no exercício do poder, ou como a afirmação de uma esfera de autonomia do indivíduo que o Estado não poderá legalmente violar. [...] Entre o Estado e o Poder colocam-se a liberdade política, a liberdade religiosa, a liberdade de imprensa, que têm por objetivo sensibilizar a opinião pública e por meio desta o Congresso Nacional. [...] A necessidade de garantir a nova realidade política, que se quer para o País, levamos à redação de uma Constituição analítica, que tente disciplinar, do modo mais preciso possível, a distribuição do poder e seu uso em relação à autonomia privada e pública. [...] Lutamos, hoje, pelos direitos civis, pelos direitos políticos e sociais – 3 (três) espécies de direitos – que, para serem verdadeiramente garantidos, devem existir solidários. Esses direitos, várias vezes sofrem ameaças violadoras. Estas podem vir do Estado, mas podem vir também de segmentos sócio-econômicos com a sua desumanização. [...] ³⁵⁵

O Sr. Constituinte Lysâneas Maciel: [...] A nova Constituição poderá ser maior ou menor, diferente ou igualitária, como as demais Constituições brasileiras, que se construíram em verdadeiras falácias, porque diziam que todo poder emana do povo e em seu nome será exercido e isso nunca aconteceu neste País. Ou que todos são iguais perante a lei, não obstante a cor, a raça e a religião – o que também nunca foi uma realidade entre nós. Isto se transformará em realidade à medida que nós, sabendo que o povo também não é detentor da sabedoria absoluta, construirmos, através de um trabalho conjunto, Parlamentares e povo, um instrumento de justiça, de progresso e de dignidade para o povo brasileiro. [...] Tivemos uma preocupação com relação à linguagem jurídica dos dispositivos constitucionais. Há a tendência de se fazer disso algo complicado. [...] ³⁵⁶

Em inúmeros trechos dos depoimentos nas Comissões e Subcomissões, verifica-se a preocupação de construir uma Constituição Cidadã, e o restabelecimento da democracia. Essa preocupação se manifesta nos momentos em que buscaram ouvir o povo e valorizar as contribuições, independentemente da camada sociais. Para tanto, pinçou-se alguns trechos iniciais que demonstram a essa preocupação.

[...]Esta Subcomissão recebeu colaboração de vários segmentos da sociedade, traduzida na forma de subsídios e da presença efetiva nas audiências públicas que realizou em nome próprio ou por representantes de instituições ou de entidades.

[...]Assim, tendo recebido propostas e sugestões das mais diversas tendências e orientações do pensamento, defendendo os mais diversos interesses, sentidos e entendidos como direitos, as audiências públicas nos auxiliaram a homogeneizar o que se apresentava de forma heterogênea, resultando este trabalho, que pretende contribuir para a melhor organização da sociedade brasileira.

Buscamos o seu delineamento de forma a ir ao encontro dos desejos do povo, no sentido de garantir, como elementos fundamentais do seu direito, as mais significativas aspirações da coletividade.

³⁵⁵ Constituinte Darcy Pozza, in Atas da Assembleia Constituinte, p.10, incorporada a este trabalho, no anexo I.

³⁵⁶ Constituinte Lysâneas Maciel, op. cit., p. 09.

[...] Chamo a atenção dos Srs. Constituintes para um aspecto inusitado no trabalho da Subcomissão: a presença e a participação do povo nas várias sugestões que emergiram³⁵⁷.

Nesse sentido, há a consciência que o Direito não pode deixar de atender às manifestações da vida social e econômica. O Direito visto como um fragmento da nossa cultura geral, inseparavelmente ligada às correntes de idéias e necessidades éticas e econômicas.³⁵⁸

Essa preocupação, de instituir um Estado Democrático que garantisse o exercício de direitos (sociais e individuais), resguardado sob valores maiores da sociedade de irmãos, sociedade de afeto³⁵⁹, igualitária³⁶⁰ e pluralista³⁶¹. Queriam que no ápice de todos os valores estivessem aqueles garantidores do Estado Democrático de Direito, a liberdade, a igualdade, a segurança, o bem-estar e o desenvolvimento da sociedade com justiça.

O fundamento talvez se encontre em Montesquieu, quando ele afirmava que cada espécie de governo somente se explica por completo quando o relacionamos a sua “psicologia”³⁶². Um princípio, segundo ele, é necessário para dar vida a cada estrutura de governo: na República será a virtude³⁶³, na monarquia a honra, e no despotismo o temor.

[...] deve-se observar que o que chamo de *virtude* na república é o amor à pátria, ou seja, o amor à igualdade. Não é uma virtude moral, nem uma virtude cristã, é a virtude *política*, e este é o motor que move o governo republicano [...].³⁶⁴

³⁵⁷ Constituinte Lysâneas Maciel. Op cit., p. 08.

³⁵⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 158.

³⁵⁹ No vocabulário brasileiro, fraterno, adj. relativo a irmãos, próprio de irmãos, afetuoso.

³⁶⁰ Proclamam a igualdade social, a igualdade de classes. *A aequalitas (em latim)*.

³⁶¹ Pluralismo conforme a língua portuguesa: sm. diversidade de interesses, opiniões, experiências etc. Ideia ou conceito de que em uma só entidade (pessoas, sociedade etc.) podem coexistir harmonicamente diferentes aspectos. Sistema político no qual se defende a coexistência de vários partidos em uma sociedade, com igualdade de direitos ao exercício do poder público.

³⁶² (MONTESQUIEU, 2004, p. XXXIII)

³⁶³ O termo virtude foi usado pelo filósofo iluminista francês, Charles de Montesquieu (1689-1755). Essa palavra partir do século XX foi substituída pelo sinônimo valor. Embora, já encontremos desde Immanuel Kant (1724-1804), referência a valores supremos.

³⁶⁴ (MONTESQUIEU, 2004, p. 3)

2.5 O processo constituinte e a origem histórica da inserção de valores na redação do título preambular da constituição brasileira.

A Constituição democrática é expressão da vontade da comunidade, que a exerce diretamente ou por meio de seus representantes eleitos, tem uma função integradora dos fatores jurídicos e políticos, a exemplo do que ocorre com o artigo 1º, “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]”, ou, a semelhança do que ocorre com o artigo 1.1 da Constituição espanhola de 1978, segundo o qual, “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”. A expressão “*constitui-se*” é resposta de um ato criador de decisão política e uma visão dinâmica que implicam uma porta aberta para o futuro. Em ambas encontra-se aí a superioridade da afirmação frente a fórmula geral de Constituições anteriores ou da Constituição Australiana³⁶⁵, Constituição Italiana, Constituição Alemã, dentre outras.

Para Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO a Constituição é um corpo sistemático de normas que formam a cúpula da ordem estabelecida. É a Lei Suprema contida preferencialmente num documento escrito e solene, que versa sobre a organização política basilar de um Estado, essas normas são estabelecidas pelo povo, por representantes extraordinários, e tem por finalidade a limitação do Poder em vista da preservação dos direitos fundamentais do Homem³⁶⁶. A Constituição, diz o autor, “deve dispor sobre a organização política do Estado. Sua missão é organizar o Estado, nos seus traços basilares, definindo os seus órgãos de cúpula, discriminando-lhes a competência, fixando os limites de sua atuação legítima”.³⁶⁷

Conforme SOUZA JUNIOR, “o direito posto em um Estado assume a forma de **ordenamento jurídico.**” ou seja, as normas jurídicas não tem uma existência solitária, mas integram um contexto de normas que se relacionam de forma exclusiva entre si.³⁶⁸ Assim, ele

³⁶⁵ Por exemplo, aparece no texto da Constituição australiana “A Austrália é [...]”; diferentemente do que consta no referido artigo da Constituição brasileira e da Constituição espanhola.

³⁶⁶ (FERREIRA FILHO, 2010), p. 23.

³⁶⁷ (FERREIRA FILHO, 2010), p.24.

³⁶⁸ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário, in Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado/UFRGS, nº III, março/2005, p.7-18. BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasília: UnB, 6º ed.; DIAS, Caio Gracco Pinheiro. Direito e ordem social. Revista Integração. Ano XIV, Nº 55. Out./nov./dez. 2008, p. 337 e ss.

define a Constituição de um país como o conjunto de normas (regra e princípios), com ou sem instrumento codificador, que institui ou regula a Organização Fundamental do Estado, tendo em vista valores supremos do convívio, da convivência humana, ou seja, na Constituição encontram-se as normas (regra e princípios), que institui e regula a organização do Estado visando os valores supremos do convívio humano³⁶⁹.

A Constituição tem seu início na realidade social, é nela que se encontra os valores da sociedade e os fins do Estado. Com a inserção de valores na Constituição tem um significado no âmbito da cultura jurídica atual, reconhece-se a existência de conteúdos materiais no ordenamento, dando novas nuances ao rígido formalismo kelseniano que o considerava apenas como conjunto de poderes e deveres³⁷⁰. PECES-BARBA também destaca que, pela primeira vez se recolhe no direito positivo uma série de elementos aflorados da reflexão jurídica, mas não se está a superar o formalismo normativista, mas trata-se de completa-lo com a norma básica material constitucional, representada pelos valores. A positivação de valores tornou-se guia e limite para o desenvolvimento do ordenamento, e, não resta dúvida que os valores superiores são fundamento e critério para as normas de conduta e para as normas primárias. Essa nova realidade do direito, a inclusão de valores superiores, afasta a teoria daqueles que olham o Direito apenas como normas de regulação do uso da força, uma vez que o Direito também é formado por normas básicas de conduta, sem que seja necessário optar por uma ou por outra alternativa.³⁷¹

2.5.1 O processo de elaboração da Constituição de 1988

A Constituição, “é a fonte geradora de toda a ordem jurídica, que dela extrai seu fundamento de validade.”³⁷² —O processo de redação de uma Constituição passa por diversas etapas, e o critério em que embasa a distinção no processo constitucional que vai fazer a continuação da participação em três etapas, em função dos protagonistas do mesmo.

Nesse sentido, IBEAS define, em razão de seus protagonistas, o processo constitucional em geral constitui-se em três etapas práticas distintas: a primeira tem início com a proposta

³⁶⁹ (SOUZA JUNIOR, op.cit., março/2005, p.7-18).

³⁷⁰ (PECES-BARBA, op.cit., 1986, p. 54-56).

³⁷¹ (PECES-BARBA, op.cit., p.56).

³⁷² BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 21º ed.atual., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 76

da Constituição até a publicação do anteprojeto constitucional, que se caracteriza por se a primeira expressão de vontades dos diferentes grupos políticos, assim como o ânimo de aproximar posturas para alcançar a redação de um texto para logo trazer as contribuições. A segunda etapa, vai da publicação do anteprojeto de constituição e abertura de prazo para a apresentação de emendas e votos particulares até a tomada de decisões nas ditas emendas. Esclarece Peces-Barba, que “(esta fase) supone la expresión maximalista del tipo de Constitución que cada grupo haría si estuviese sólo em la sociedade. Es la manifestación de los sistemas de valores que cada partido político pretende incorporar a nuestro ordenamento jurídico como norma básica”³⁷³ é a exposição de vontades dos diferentes grupos políticos, assim como a vontade de aproximar posturas para conseguir redigir um texto. Por último, a terceira etapa, se dá no período entre a primeira sessão da segunda fase da proposta até a apresentação do texto final, no caso da Espanha, na *Comisión de Asuntos Constitucionales*. Essa caracterizou-se, diz o referido autor que também participou como legislador constituinte, por sucessivos acordos e desacordos entre as propostas, provocando a necessidade de aceitar ou descartar definitivamente emendas e votos individuais para encontrar consenso no texto constitucional final, ainda que seja através de maioria reduzida a apoios dentro do próprio documento.

No Brasil a Constituição de 1988 foi a única das cinco elaboradas por assembleias constituintes que não partiu de um prévio projeto.³⁷⁴ Ou seja, a segunda etapa não se deu da forma como normalmente ocorre. Mesmo tendo havido um anteprojeto, elaborado por uma Comissão formada com personalidades eminentes nas áreas jurídica, política, literária, empresarial, trabalhista e científica, coordenada pelo jurista Afonso Arinos, a convite de Tancredo Neves, iniciou seus trabalhos em agosto de 1985 procurou ouvir vários segmentos da sociedade. Esse trabalho consolidado no projeto foi entregue ao então Presidente da República José Sarney, esse recebeu o Projeto da nova Constituição e preferiu não remeter à futura Assembleia. Talvez por uma decisão política, conforme o Jornal de Brasília de 05 de setembro de 1985, na matéria que tem por título “Governo não aceita as idéias de Afonso Arinos”.. O certo é que os trabalhos da Comissão sofreram severas críticas de vários

³⁷³ PECES-BARBA, Gregório. La elaboración de la Constitución de 1978, *apud* IBEAS, J. Javier Santamaría. Los valores superiores em la jurisprudência del tribunal Constitucional: Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político. Prologo de Gregório Peces-Barba. Burgos: Univesidad de Burgos, 1997, p.30.

³⁷⁴ SOUZA JUNIOR. Constituições, 2002, p. 79.

segmentos, inclusive do presidente da Ordem dos Advogados do Brasil.³⁷⁵ Mas, para ARINOS era - “irrelevante se as conclusões de seus trabalhos terão ou não forma de anteprojeto, julgando importante que a Comissão consiga ser a caixa de ressonância das aspirações e reivindicações da sociedade”. E, criticado pelo Deputado Humberto Souto o acusava - “Não sei até que ponto [...] a desmoralização do Poder Legislativo pode estar influenciando para que juristas se arvorem no direito de representar o pensamento e o desejo da Nação.” Dessa forma, os trabalhos realizados nesse projeto, apelidado de “Projeto Afonso Arinos”, não chegou a ser encaminhado para a Assembleia Constituinte, mas o seu principal mentor foi um dos Constituintes da Constituição de 1988³⁷⁶.

O processo constituinte, propriamente dito, conforme os documentos oficiais³⁷⁷, funcionou de 1º de fevereiro de 1987 a outubro de 1988, se deu em uma sequência de sete etapas, que se desdobram em 25 fases diferentes, na sequência: Primeira etapa, ou preliminar, foi definido o Regimento interno da Assembleia Nacional Constituinte e recebidas sugestões dos Cidadãos, Constituinte e das Entidades. A segunda etapa foi a constituição de Subcomissões Temáticas que tinham a incumbência de elaborar primeiramente o Anteprojeto, pelo Relator, os integrantes apresentavam emendas ao Anteprojeto (por meio de acordos e discussões) e essa subcomissão elaborava um o texto do Anteprojeto para votação na Comissão Temática. A terceira etapa se dava na tramitação dentro da Comissão Temática, que recebia do Anteprojeto da Subcomissão e fazia emendas, sendo elaborado o substitutivo do Relator. Esse texto era apresentado para emendas, para, ao final a comissão apresentar o texto final do Anteprojeto da Comissão. A quarta etapa, esse texto é apresentado a Comissão de Sistematização, onde são realizadas Emendas de Mérito e de Adequação ao Anteprojeto. Feito isso, ainda nessa Comissão, são apresentadas e Emendas de Plenário e Populares, sendo

³⁷⁵ Na época, o presidente da OAB era o advogado Herman Baeta”, para ele estava “havendo muita confusão em relação à matéria. ‘Decreto com nomes trocados, convidados que, sem serem previamente consultados, tiveram que se desligarem da comissão, para se manterem coerentes com seus propósitos, declarações confusas e em evidente confronto com o decreto que instituiu a Comissão’ [...] tudo isso, segundo afirmou Hermann Baeta, está ‘contribuindo para abalar a credibilidade do governo num assunto tão importante quanto a Constituinte’”. In http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/111015/1985_fev%20Dez_163.pdf?sequence=1, acessado em 15 de fevereiro, 2014.

³⁷⁶ A convocação da Assembleia Constituinte se deu por meio da Emenda Constitucional nº 26 de 1985, e funcionou no período de 1º de fevereiro de 1987 a 05 de outubro de 1988.

³⁷⁷ Documentos oficiais foram pesquisados por meio do site da Câmara Legislativa, http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente, na medida que, por diversos fatores alheios à nossa vontade, especialmente em razão do tempo disponível para a conclusão deste trabalho de dissertação, se tornou impraticável o deslocamento até a biblioteca em Brasília para manusear os manuscritos originais.

elaborado ao final o texto Substitutivo número um, do Relator, que também recebe emendas, para ser por fim, elaborado o texto Substitutivo número dois, pelo Relator que passa a ser projeto (projeto A). Apresentado o referido “Projeto de Constituição A”, no plenário da Assembleia Constituinte, no primeiro turno, os Atos e emendas encontram-se no anexo II, onde estão apresentados um comparativo ao projeto original de Constituição, com as “Emendas do Centrão”, as “Emendas Coletivas” e as “Emendas Individuais”. Logo, formado o “Projeto de Constituição B”, deu início ao segundo turno de emendas, levadas a plenário através do texto redigido no final do segundo turno, o “Projeto de Constituição C”. Terminada a fase de Plenário, o “Projeto de Constituição C” foi para a Comissão de Redação, surgindo a proposta de Redação Final. A sétima etapa, epílogo, com a promulgação da redação final da Constituição, no dia 05 de outubro de 1988³⁷⁸.

No contexto histórico a Constituição de 1988 atrela valores antagônicos, pois em 1987 o mundo ainda era bipolar³⁷⁹, essa dicotomia se concretizou no texto da Carta Magna de 1988. A Assembleia Constituinte de 1987 foi realizada durante um processo de redemocratização de mais de 30 anos de ditadura no Brasil e havia na sociedade o anseio de positivar direitos na Constituição como forma de protegê-los, chegando a prever algumas coisas que não necessitavam estar ali. Mas, a Constituição traz valores que fazem um elo entre política e moral, na relação ‘trilógica’ de PECES-BARBA, a relação dialogal entre ética, política e direito.³⁸⁰

As inesquecíveis palavras do Constituinte Ulysses Guimarães traduzem em parte o espírito da maioria dos Constituintes, ao expressar a importância daquele momento para a garantia de direitos aos cidadãos e o restabelecimento do processo democrático.

³⁷⁸ Fonte: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente>. Ainda, O Processo Histórico da Elaboração do Texto Constitucional (Dilsson Emílio Brusco e Ernani Valter Ribeiro), e, Fontes de Informações sobre a Assembleia Nacional Constituinte de 1987 (Mauro Márcio Oliveira). Ainda, sugere-se OLIVEIRA, Mauro Márcio. **Fontes de informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987**: quais são, onde buscá-las e como usá-las. Brasília: Senado Federal, 1993. 104, o panorama da Assembleia Nacional Constituinte encontra-se disponível em http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/panorama_anc. Um mapa de todas as audiências públicas podem ser acessadas no seguinte endereço eletrônico http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/o-processo-historico-da-elaboracao-do-texto/vol-3-mapa-no-5, todos, acesso em 25 de fevereiro, 2014.

³⁷⁹ Nesse período ainda persistia a dicotomia socialismo X capitalismo.

³⁸⁰ A respeito da relação dialogal entre ética, direito e política, que vingou historicamente com o fim da Segunda Guerra Mundial, veja (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 35 et seq.)

O SR. CONSTITUINTE ULYSSES GUIMARÃES: [...]De forma que são estas as propostas que nossos amigos estão procurando aqui defender. Os direitos clássicos, os direitos naturais, fazem parte da própria natureza humana, nos são dados até por Deus, e o Estado não pode tirá-los, porque não é o Estado que dá ao cidadão o direito de pensar, de se manifestar, de andar. O homem é um animal agregado, como já dizia Aristóteles. E a Bíblia diz zoe sole, ou seja, "desgraçados os que ficam sozinhos". O direito de se reunir, de se manifestar em comunidade é um direito fundamental, mas, ao lado desses direitos que o Estado não pode tirar, porque não é ele quem dá, há os direitos dos quais o cidadão se torna titular, credor direito ao emprego, ao lazer, à saúde, à educação, à previdência. Há outros direitos, mas é preciso que isso não seja platônico, acadêmico, é preciso que haja instrumentos para que realmente esse crédito do cidadão junto ao Estado se transforme em realidade. Sei que é esta a preocupação de V. Ex.^a, do nosso douto relator, dos nossos amigos. (p.07) [...]Só quis dizer que estou imbuído desta consciência, de que é preciso sustentar meu voto àquilo que eu puder fazer nesta Constituinte, usar a força que eu possa ter, no sentido da melhoria da qualidade de vida do povo brasileiro. [...]principalmente no que diz respeito aos direitos e garantias individuais, porque o homem continua sendo a medida de todas as grandezas. O Estado é meio, não é fim. O fim é o homem com as suas perplexidades, com as suas angústias, com os seus desafios, com as suas necessidades, com os seus problemas, que devem ter no Estado um aliado e não um coveiro, um carrasco. Acho que esta deontologia do Estado é fundamental para realmente se dar sentido aos direitos e garantias individuais. (p.07)

As palavras do Presidente da Constituinte traduzem em grande parte a esperança do Povo brasileiro. Reconhecem o dinamismo dos processos sociais³⁸¹, e a necessidade de adaptar a Constituição à realidade social, para acompanhar as mudanças sociais evitando assim o surgimento de um abismo entre a norma e os fatos sociais. A Constituição, concebida como um conjunto de normas que precisam evoluir juntamente com a sociedade, utilizou termos mais genéricos³⁸² e previu a possibilidade de uma Revisão no prazo de cinco anos e de Emendas Constitucionais.

2.6 Os valores supremos do ponto de vista da norma:

O Ser humano lança sobre as coisas um olhar valorativo, queira ou não, por ser racional, está sempre a avaliar e a refletir sobre o que o rodeia. O valor é atributo que um indivíduo, ou

³⁸¹ Um fenômeno de interpretação sociológica surgido a partir do final do século XIX, com o reconhecimento da sociologia como ciência da sociedade e contribuições de vários juristas sociólogos, foi revisto o conceito de Kelsen a partir da aplicação do método sociológico na busca da efetividade no campo da interpretação constitucional.

³⁸² Como por exemplo, salário digno, sem fazer referência a salário mínimo que ficou para ser regulamentado por lei.

um grupo social no qual se vive, que o reconhecem como desejável essa qualidade,³⁸³ pode ser atribuída a condutas, a seres, a acontecimentos, estados da alma, objetos.

A questão dos valores ORTEGA Y GASSET³⁸⁴ desde 1923 já anunciava uma abordagem metafísica a respeito dos valores, aventando a emergência do tema como problema filosófico característico dos novos tempos³⁸⁵, sustentando que quando de fala em valores se reconhece que há algo irredutível dos demais âmbitos do ser, cuja natureza é preciso analisar. A consciência de valor como é uma categoria genérica, é tão geral e primitiva como a dos objetos da realidade. Conforme Luciano Parejo AFONSO, ao interpretar ORTEGA Y GASSET na filosofia vitalista, a respeito da ordenação do mundo a questão dos valores é resultado de algo característico dos novos tempos e missão das novas gerações, na medida que até agora não se teria tentado, nas palavras do autor, “*vivir deliberadamente para la vida*” o que se tem feito, deliberadamente, é consagrado a vida a um feito nulo ou um azar do cosmos, fazendo da vida um princípio ou um direito. E a razão para essa consideração que se tem dado à vida reside no fato de que não se há reconhecido o valor que a mesma possui.³⁸⁶ Para a época moderna e contemporânea, que vence a razão e a ciência sobre o cristianismo, a vida continua carecendo por si mesma de valor, posto que somente vale o que está posto a serviço da cultura. O esforço consiste em se implantar, conforme esse autor, diante da crise que tem vivido o mundo moderno, em reconverter a

³⁸³ (DINIZ, 1001, p. 418-419)

³⁸³ “Neste início de século, o homem está sedento de conhecimento, de fé e de experiências espirituais. Está em busca das nascentes, dos mananciais da sabedoria. E, ao chegar à encruzilhada do processo de civilização, precisa encontrar seu rumo e direcionar seu destino. Para isso, deve encarar e avaliar seus erros e realizações. Para pôr em prática uma mudança do comportamento social, faz-se necessária uma renovação da compreensão do homem, do mundo e das ciências exatas e humanas, não apenas intelectualmente, mas pela transformação interior, cujo efeito atinja o âmago do ser e se manifesta conscientemente por suas ações”. (SAI BABA, 2009), mais informações sobre a obra do indiano Sathua Sai Baba, sobre a forma de promoção de uma educação em valores humanos, disponíveis em: <<http://pt.scribd.com/doc/13618955/6/OS-VALORES-HUMANOS-ABSOLUTOS-E-OS-ASPECTOS-DA-PERSONALIDADE>> (acesso em 20 de março, 2014).

³⁸⁴ ORTEGA Y GASSET. Introduccioon a Uma Estimativa - Qué son los valores?. Estefanía Méndez. E-book. Disponível em <https://pt.scribd.com/doc/221948197/Ortega-y-Gasset-Introduccion-a-Una-Estimativa-Que-Son-Los-Valores>., acesso em 14 de janeiro, 2014.

³⁸⁵ O autor afirma que “*se trata de una de las más fértiles conquistas que el siglo XX ha hecho y, a la par, de uno de los rasgos fisiognómicos que mejor definen el perfil de la época actual.*” “En Ética y en Estética, en Sociología y en Psicología se empleaba a menudo el término <valor>, y no extrínseca o fortuitamente, sino del modo más formal.[...] No menos usual es la conservación de <valores estéticos>, <valores vitales>, <valores políticos>, <valores culturales>. Toda una generación se ha encendido al calor que irradiaba el lema de Nietzsche: Trasmutación de los valores. Puede advertirse, desde luego, que se recurre al vocablo <valor> precisamente cuando parecen inservibles todos los demás conceptos para entender ciertos fenómenos. (ORTEGA Y GASSET, op.cit., S.n)

³⁸⁶ AFONSO, Luciano Parejo. Constitución u valores del ordenamento. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, S.A. pp 74-75.

atitude e buscar o sentido dentro de vida, não fora, em substituir o foco ‘*la vida para la cultura*’ pelo da ‘*la cultura para la vida*’³⁸⁷. O ponto de partida é o reconhecimento do erro causado pelo persistente fenômeno histórico de “desestimación” da vida, ou seja, a crença de em ocupar-se do que não é vida, pois, a vida abandonada a si mesma tende ao egoísmo.

Se o ordenamento jurídico for entendido como um conjunto de normas que articulam a colocação em prática de uma determinada fórmula política através da imposição de obrigações e o reconhecimento de direitos, se entenderá, igualmente, que, tradicionalmente, o ordenamento tem buscado de forma “heterônoma” uma certa legitimação que lhe sirva de fundamento último.³⁸⁸

No intuito de definir valores, SOUZA JÚNIOR tomar por base os clássicos da razão prática e traça uma sistemática a respeito do nascimento e concretização. Para ele, valores são o conjunto harmônico de ideais da vida sócio-política cultural construído pela experiência do Ocidente, “ nascem da realidade fática profunda da dignidade humana e, descobertos e trabalhados pela razão, assumem a dimensão metafísica (geral, abstrata e universal).” Para serem “ re-concretizados nos fatos, pelo direito, têm de passar, necessariamente, por um processo de mediação”, nesse momento eles deixam de ser gerais, abstratos e universais, e “inevitavelmente contamina-se dos interesses e das ideologias que envolvem a vida humana concreta”. Ou seja, os valores enquanto tal só existem no plano fundamental do ordenamento jurídico. “Toda concretização, seja no plano intermediário da lei, ou no plano concreto dos fatos, envolve ainda que em grau mínimo, uma ideologização”³⁸⁹ Portanto, quanto a natureza, na dimensão metafísica os valores são gerais, abstratos e universais, atuam sob a forma de controle - indireto e imediato.³⁹⁰ Os valores são os fins projetados da própria condição humana.

Esclarece, que no período posterior ao término da Segunda Guerra Mundial houve mudanças em várias áreas, e, do ponto de vista social, tanto o Estado quanto a sociedade civil passaram a ter maiores considerações. Diante da inexistência de uma palavra pra designar esses aspectos do bem comum³⁹¹, ou bem comum genéricos, vimos inserido o termo valores

³⁸⁷(AFONSO, op.cit., p.75)

³⁸⁸ (SANTAMARIA IBEAS)

³⁸⁹ (SOUZA JUNIOR, março/2005, p. 13-14)

³⁹⁰ (SOUZA JUNIOR, março/2005, p. 13-14)

³⁹¹ A respeito do bem comum, a Encíclica Mater et Magistra e o artigo de MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O princípio ético do bem comum e a concepção jurídica do interesse público. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol. II, n. 13, junho/2000. Disponível em < www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_13/princ-etico.htm>., acesso em 22 de outubro, 2013.

superiores na Constituição espanhola, já originariamente relacionado aos valores da dignidade humana.³⁹²

Seguindo a tendência mundial, foi inserido como valores supremos da sociedade brasileira seis valores, que também aparecem na Constituição espanhola como superiores: a “liberdade, justiça e igualdade [...]”³⁹³ No rol do texto brasileiro, ainda existem os valores - segurança, bem estar e desenvolvimento. Uma inseparável rede formada pelos valores supremos e o ordenamento jurídico, supõe o papel decisivo do Poder no Estado Democrático como fundamento básico que desenvolve esses seus fins por meio do ordenamento jurídico.

Assim, quando se trata de valores supremos do Estado Democrático de Direito é o Estado soberano, sob um território e tempo determinado, respaldado numa Constituição, que lança o seu facho de luz sobre as normas, a expressão da vontade consensual da sociedade (povo³⁹⁴ ou comunidade³⁹⁵) organizada, que, através da política e do direito, procura realizar o bem estar de todos, a felicidade, pela digna satisfação das necessidades humanas. Todo discurso normativo tem que colocar em seu raio de abrangência os princípios, aos quais as regras se vinculam. Os princípios abrangem clareza sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que sejam no interior do sistema de normas.³⁹⁶ A função ordenadora dos princípios revela-se particularmente significativa e forte em momentos revolucionários (em geral em momentos fundadores e refundadores do Estado e da Constituição), quando é nos princípios, nos quais se traduz uma nova idéia de Direito, que assenta diretamente a vida jus-política do país.³⁹⁷

Os princípios exercem uma ação imediata enquanto diretamente aplicáveis e capazes de conformar as relações político-constitucionais. Quanto à ação mediata dos princípios, ela consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critério de interpretação e de integração, pois eles é que dão coerência geral do sistema.

³⁹² SOUZA JUNIOR (informação oral). Aulas de Política e Teoria do Estado, curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 1º e 2º semestre de 2012.. O Estado de Direito após o período pós-guerra surge “sobre um quadro mínimo e básico de valores, decorrentes todos da dignidade única e preeminente da natureza humana”.

³⁹³ Constituição espanhola: *la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*

³⁹⁴ Expressão utilizada por TORRES, Op.cit. p. 108-110. Para esse autor “[...] povo é uma pessoa pública distinta dos indivíduos [...] povo – somos nós[...]”.

³⁹⁵ Comunidade é expressão utilizada por FERREIRA FILHO e SOUZA JUNIOR.

³⁹⁶ (BONAVIDES, 2012, p. 268)

³⁹⁷ SOUZA JUNIOR, informações orais. 2007/2008.

Os valores existem para orientar determinações concretas, o valor deixa de ser valor quando se torna concreto. Um valor quando determinado não é valor, passa a ser ideologia. Para o SOUZA JUNIOR, todos os valores da Constituição³⁹⁸ admitem várias possibilidades de concreção. O legislador constituinte brasileiro expressa ou através desses valores os fins do ordenamento jurídico.

3 O ESTADO DE DIREITO

Considera-se indiscutível a influência da filosofia de I. KANT^D no desenvolvimento da ideia de Estado de direito. Outro autor de grande influência na perspectiva liberal do Estado de Direito foi o diplomata e filósofo alemão W. Von HUMBOLDT.

O jurista alemão, Carl SCHIMITT^E, entendia que é na Constituição o local onde está traduzida a decisão da comunidade sobre o modo e a forma de sua existência, e aí encontra-se o limite “natural” do poder de mudar a Constituição conforme a Constituição. Diante desse conceito positivo, ainda que no texto constitucional não estejam explicitados esses pontos estariam, mesmo que implicitamente, resguardados contra a mudança, ou fraude à Constituição. Para Manuel Gonçalves FERREIRA FILHO, o constitucionalismo não limita-se às Constituições escritas, mas, a busca da limitação do poder. Existem alguns Estados não possuem uma constituição “documental”, mas, todos aqueles que alcançaram a sua independência adotaram uma Constituição. Historicamente se observa que a edição de uma nova Constituição resulta de uma mudança política, ou de uma revolução vitoriosa. Não há dúvida, que hoje a constituição é o núcleo essencial do direito.³⁹⁹

FERREIRA FILHO buscou no constitucionalismo antigo os antecedentes, especialmente os valores, de muitas fontes constitucionais modernas, que inspiram o modelo juris-político institucional implantado na Constituição escrita, especialmente os valores do

³⁹⁸ Também os valores decorrentes de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos estão positivados na medida que, atendidos os requisitos do § 3º do artigo 5º, com status constitucional ingressam no ordenamento jurídico

³⁹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do Direito Constitucional**: O estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 3-4

Estado Democrático de Direito. Para o Autor “a ideia de um governo de leis vincula-se ao ensinamento de Aristóteles, na Antiguidade, e ao desenvolvimento do *rule of law* na Inglaterra medieval”⁴⁰⁰. O império do direito, significa a “supremacia absoluta ou predominância do direito comum” e . “Os ingleses são governados pelas leis e pelas leis apenas [...]”⁴⁰¹

O Estado como instituição revela a prevalência dos elementos objetivos e objetivados das relações políticas. A formação da Constituição, conforme Jorge Miranda⁴⁰², implica em um processo em que se recorta diversos momentos^F. O fator determinante da abertura de cada era constitucional é o corte, ou uma contraposição frente a uma situação, ou regime até então vigente, em nome de uma nova ideia de Direito, ou de um novo princípio de legitimidade, seja, ou não, por meio de revolução^G.

Portanto, no *rule of law* estão presentes três “princípios do Estado de Direito: a legalidade, isonomia e justicialidade”. Acrescenta-se, na idade média inglesa, a garantia dos direitos fundamentais.

O direito suprapositivo ou transcendental teve sua sustentação no direito natural, tendo ainda hoje grande influência como justificação dos direitos fundamentais e no desabrochar do constitucionalismo moderno. Essa ideia força da renovação institucional, conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “visava libertar o Homem das cadeias que a sociedade deturpada lhe havia imposto, reestruturando o gozo dos direitos naturais”⁴⁰³.

Montesquieu⁴⁰⁴, no capítulo I, esclarece sobre a relação das leis e os diversos seres:

As leis, em seu significado mais extenso, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas; e, neste sentido, todos os seres têm suas leis; a Divindade possui suas leis, o mundo material possui suas leis, as inteligências superiores ao homem possuem suas leis, os animais possuem suas leis, o homem possui suas leis.

Nessa linha, Gierke, aponta a existência consensual de uma “lei natural, provinda do criador do homem, obrigatória para todos, anterior ao poder político, cujos princípios eternos e imutáveis prevaleciam sobre as leis humanas. Estas se contradissem, seriam de nenhum

⁴⁰⁰ (FERREIRA FILHO, op.cit., p. 5 ss).

⁴⁰¹ DIRCEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the Law of the Constitution*. Apud FERREIRA FILHO, 2010.p.7

⁴⁰² (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, p. 95).

⁴⁰³ (FERREIRA FILHO, 2010.p.8)

⁴⁰⁴ (MONTESQUIEU, 1996, p. 11)

efeito e não obrigariam a quem quer que seja”⁴⁰⁵. Na *suma teológica* de Santo Tomás de Aquino (1268-1270)⁴⁰⁶ é a expressão do direito natural medieval.

3.1 A democracia e o estado de direito

Para DWORKIN ⁴⁰⁷ é preciso mais que “um governo ‘estatístico’ em uma democracia genuína” ele entende que não se deve pensar democracia como uma “instituição à moda do mercado de ações, no qual negociantes individuais elevam o preço do *yen*” ele defende a necessidade de “instituições e suposições de fundo que atinjam e alimentem o par necessário de posturas democráticas: a reponsabilidade coletiva e julgamento individual”⁴⁰⁸ e ainda, que “é uma questão importante determinar se tratar as pessoas como iguais significa dar-lhes igual poder político”.

Conforme SOUZA JUNIOR “Direito é a política coagulada no tempo pela ação (química) dos valores”⁴⁰⁹. Toda a concretização de valor é ideológica, e, o aplicador do direito ao fazer a concreção ele faz ideologia, ideologia é política. A justiça do juiz é criada à medida que ele vai aplicando o direito nos fatos, ele vai criando o justo. O direito brota dos fatos, brota da sociedade e deve procurar ser justo. O direito constitucional é um direito político e faz parte dele respeitar a autonomia da política. No controle de constitucionalidade o que ocorre é cortar os excessos do que ficam fora da “luz”, ou seja, excedem os limites da norma e do valor. Afirma o referido autor que no ápice da pirâmide formada pelo direito e pela política ambos se abraçam e se fundem. Contudo, o direito e a política precisam conservarem-se separados para que exista de fato um Estado Democrático (política) de Direito. É essencial ao estado democrático de direito é o escalonamento, porque a crítica que é feita nos diferentes níveis fazem a justiça e mantém o equilíbrio e a ordem.

⁴⁰⁵ GIERKE, Otto. **Political Theories of the Middle Age**. 1958, apud, FERREIRA FILHO, 2010.p. 9.

⁴⁰⁶ Na Suma Teológica, São Tomás de Aquino afirma a existência de quatro leis que regem o homem: a lei eterna – a razão divina e por isso eterna como Deus; a lei natural - a lei eterna na criação; a lei humana – princípios da lei natural editados pelo governante; a lei divina – normas que conduzem os homens à salvação eterna.

⁴⁰⁷ (GUEST, et al., 2010, p. 98)

⁴⁰⁸ (GUEST, et al., 2010, p.100)

⁴⁰⁹ Citação feita por SOUZA JUNIOR fazendo referência a STERN.

O Direito e o Estado podem ser expressos de três modos, ou como “realidades distintas, independentes entre si, operantes em esferas separadas e que se ignoram mutuamente”⁴¹⁰ - pluralismo jurídico, posição criticada por Hans Kelsen que explica o Estado reduzido a uma só entidade, uma e idêntica (ao direito) - o Estado como ordem jurídica centralizada⁴¹¹- ou, como entende SOUZA JUNIOR, o Estado e o Direito vistos como realidades distintas interligadas “por nexos de interdependência recíproca”⁴¹². Neste modo, o Estado e o Direito se relacionam e compartilham, ao mesmo tempo, do mesmo fundamento (a natureza da Pessoa Humana, ser político e ser ético); a mesma causa material (a realidade social); a mesma finalidade (o bem público, o bem comum).⁴¹³

BONAVIDES faz uma comparação entre o Estado de Direito da burguesia liberal do passado e o novo Estado de Direito que tem por base a liberdade. No primeiro, os valores fundamentais eram a vida, a liberdade e a propriedade, os novos valores sociais produzidos pela sociedade industrial, o Estado aparece como um aliado, um protetor dos novos valores.⁴¹⁴

O Estado de Direito, para Carlos REVERBEL, em busca do interesse público, consubstancia, em três razões: na razão prática, o espaço físico em que o humano age na comunidade; contemplada na razão teórica, que é, conforme o referido autor, onde está a “esfera filosófica e científica”; e, operando ao que denominou de razão técnica, que seria o aspecto instrumental onde se concretizam o agir estatal para promoção do bem comum

Os povos que têm no seu ideal político a democracia, constituída por Estado Democrático de Direito, tem na liberdade o fundamento principal, por isso preocupam-se com a proteção da dignidade da pessoa humana. “O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos”⁴¹⁵

⁴¹⁰ SOUZA JUNIOR. 2002, p. 43.

⁴¹¹ Para Hans Kelsen, um objeto não comporta dois conceitos. O único conceito de Estado é o conceito jurídico. O Estado como ordem jurídica centralizada. O conceito duplo é impossível. Essa ideia encontra-se na clássica obra *Teoria General del Derecho y del Estado*. Mexico, 1969, p 224 e ss.

⁴¹² Este terceiro modo de pensar o Estado, conforme Souza Junior, “convergem os autores da teoria do Estado e está na base filosófica do constitucionalismo de valores do Estado democrático do segundo pós-guerra”.

⁴¹³ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Supremacia do Direito e seus Modelos Básicos*. Porto Alegre: Nova Prova, 2002, p. 45.

⁴¹⁴ (BONAVIDES, 2013)

⁴¹⁵ (AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional*.

3.2 O Estado democrático

O Estado democrático do segundo pós-guerra é garantido por um constitucionalismo de valores, o Direito visto como “ajustamento de condutas interpessoais para o bem comum – requer um ambiente social unificado por um poder exercente de mando político, vale dizer, um Estado”⁴¹⁶

Por tanto, são, valores supremos a sociedade brasileira a liberdade, a igualdade, a justiça, a segurança, o bem estar⁴¹⁷ e o desenvolvimento, leia-se progresso. Sociedade que deve ser fraterna, pluralista, sem preconceitos, na harmonia social^H - fundada na solidariedade⁴¹⁸, amizade e amor - e comprometida com a solução pacífica de controvérsias. São qualidades morais da sociedade brasileira fraterna, pluralista e igualitária, ancorada a valores éticos superiores ou supremos. Esses valores⁴¹⁹ podem ser considerados como valor fonte de todos os valores políticos, sociais e econômicos.⁴²⁰

A Constituição Brasileira, ou Constituição Cidadã⁴²¹, instituiu também um Brasil, não apenas Estado de Direito^I, mas, um Estado Democrático e de Direito. Portanto esse Estado além de obediência às leis promulgadas, deverá levar em conta os valores concretos da igualdade. A busca da valorização da sociedade tem como pressuposto o princípio da subsidiariedade, ou fraternidade, da liberdade, a iniciativa e a responsabilidade dos indivíduos e dos grupos, no exercício de seus direitos e obrigações.

Um dos fundamentos principiológicos que se assenta a democracia na República Federativa, instituída na Constituição de 1988, é a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III). No artigo 5º encontram-se positivados “[...]os chamados direitos fundamentais,

⁴¹⁶ (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 44)

⁴¹⁷ Conforme Cezar Saldanha de Souza Junior, em anotações de aula, Seminário de Direito do Estado, 2011/02, o conceitua bem estar como sinônimo de desenvolvimento - material (o progresso).

⁴¹⁸ Conforme a Min. Cármen Lúcia, no julgamento da ADI 2.649, em 08-05-2008, “Na esteira desses valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade”

⁴¹⁹ Até o século XX usava-se o termo virtude, a partir de então encontra-se autores referindo-se a valores supremos do Estado Democrático.

⁴²⁰ LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p.19.

⁴²¹ Usa-se como referência à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, porque foi um instrumento que restabeleceu a ordem democrática e a representatividade dos cidadãos. Também, foi o termo usado por Ulisses Guimarães quando entregou-a ao povo.

individuais e coletivos, os direitos: à igualdade, à liberdade, à solidariedade, o acesso à saúde, a liberdade de pesquisa, o direito a informação, à publicidade[...]”.⁴²²

A pessoa humana, para Dworkin, deve exercer “suas convicções pessoais de maneira tanto privada quanto pública”. Em uma democracia, diz ele, “[...] uma pessoa não deve ser impedida, sob alguma suposta limitação da igualdade de influencia, de buscar uma ambição de orgulhar-se da comunidade e de participar do ‘objetivo comunal da atividade política’.”⁴²³

Para Ernani de Araújo⁴²⁴, “A invocação principiológica se refere ao chamamento dos núcleos de organização básicos, indispensáveis para um agir sistêmico, mas a necessidade de seu chamamento evidencia a não efetividade dos direitos humanos anteriormente declarados [...]”. Todavia, no mar de incertezas que se apresenta, independentemente de constatar-se a não efetividade de direitos e princípios para fatos e situações à situação biotecnológica, não se pode perder de vista o referencial teórico atual, qual seja, a ordem constitucionalmente instituída, procurando aproximá-la dos estudos de casos. Assim, o agir humano deve-se ser guiada pela interação principiológica, na busca da compreensão da vida como um sistema.⁴²⁵

Como se dá essa interação dos princípios para solver as dificuldades que se apresentam no sistema da ordem política institucionalizada e organizada?

Maria Francisca Carneiro⁴²⁶ indaga qual é a melhor Hermenêutica para a Democracia, em consonância com os conceitos de cidadania e verdade. Analisa o significado da palavra “Democracia”, verificando a sua evolução histórica. Observa que, no Estado Democrático de Direito, há a exigência de uma resposta correta e que esta se materializa por meio da decisão judicial, cuja interpretação e aplicação envolvem desde grandes paradigmas até as questões mais fundamentais da linguagem e de sua significação. Assim sendo, a Democracia, no Estado Constitucional, não deve furtar-se da análise crítica e constante dos problemas da linguagem, inerentes a toda e qualquer expressão humana.

O Estado Democrático de Direito é a expressão de que o Estado antes de ser Direito é política. O nosso sistema jurídico é uma democracia como fundamento, funcionamento e finalidade⁴²⁷. A política deve transmitir um senso de clareza e limpeza, diz Antônio Maria

422 ARAUJO, LUIZ Ernani de; SILVEIRA, Anarita Araujo da. O princípio da precaução em defesa da dignidade humana face às manipulações genéticas. (LEAL, et al., 2003, p. 582)

423 (GUEST, et al., 2010, p. 100)

424 (Idem LEAL, et al., 2003. p.582 ss)

425 (LEAL, 2003, p. 583)

426 (CARNEIRO, 2012)

⁴²⁷ Sobre esse tema versam GOMES CANOTILHO; SOUZA JUNIOR, REVERBEL, dentre outros.

Baggio que, “o conflito desordenado é improdutivo; o confronto regulado, por sua vez, permite o crescimento. Assim como a terra, a política deveria continuamente dar a vida, *gerar e regenerar as condições para o desenvolvimento de cada cidadão e da comunidade inteira*”⁴²⁸ [sic]. O bem estar ou bem comum não é alcançado individualmente, mas em é alcançado pela união dos cidadãos e com todos esses cidadãos.

3.3 A Ordem política-social e cultural

Por ordem, Max Weber, na obra *Economia e Sociedade*, é definida como aquilo que orienta a ação por meio de máximas. E esta ordem é vigente quando as máximas aparecem como obrigações ou modelos de comportamento. Weber ainda divide as ordens em dois tipos: convenção e direito. O primeiro verifica-se quando um comportamento discordante gera apenas reprovação. Já o segundo, quando está garantida pela probabilidade de coação “exercida por um quadro de pessoas cuja função específica consiste em forçar a observação dessa ordem ou castigar sua violação”⁵. Isto é, o elemento diferenciador da ordem a qual chamamos direito é a existência de um quadro coativo.

Para Kelsen, ordem é “[...] um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade.”⁶ esclarece que o fundamento de validade de uma ordem normativa, tal qual o direito, é uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas dessa ordem.

As sociedades humanas, mesmo aquelas separadas no tempo e/ou espaço, adotam padrões valorativos morais e jurídicos diferentes. Encontramos pequenas distinções, por vezes não muito relevantes, como mudanças na forma das pessoas cumprimentarem-se entre si ou de expressarem gratidão, enfrentarem momentos de dor, ou demonstrarem a felicidade. Algumas vezes a falta de cuidado do “forasteiro”⁴²⁹ pode provocar reações de repulsa ou de ofensa aos integrantes da sociedade, comunidade ou grupo social^J. Tais diferenças

⁴²⁸ (BAGGIO, 2006, p. 195)

⁴²⁹ Utilizo a palavra “forasteiro” para designar a pessoa estranha a terra ou comunidade onde se encontra, a pessoa que é de fora, que não conhece que não introjetou os costumes daquele lugar.

socioculturais tornaram explícito a dificuldade de harmonia e universalização dos direitos fundamentais⁴³⁰.

O indivíduo passa a integrar a vida em sociedade desde o seu nascimento. Em situação normal, o a pessoa humana nasce no seio de uma família, nesse grupo social tem início a moldagem de sua personalidade e suas potencialidades no sentido da integração e convivência social. A medida que ela cresce e se desenvolve, igualmente se expande a área de relacionamento, passando a conviver com diferentes grupos sociais maiores – escola, companheiros de brincadeiras, vizinhos, comunidades que frequenta, clubes, e outros. Existe, assim, uma infinidade de padrões sociais que torna-se impossível uma classificação única e precisa dos valores, tendo em vista que também é preciso definir, sociologicamente, um parâmetro daquilo que é normal ou não.

Para Émile Durkheim,^K "os fatos sociais devem ser tratados como coisas", forneceu uma definição do normal e do patológico aplicada a cada sociedade, em que o normal seria aquilo que é ao mesmo tempo obrigatório para o indivíduo e superior a ele, o que significa que a sociedade e a consciência coletiva são entidades morais, antes mesmo de terem uma existência tangível. Essa preponderância da sociedade sobre o indivíduo deve permitir a realização deste, desde que consiga integrar-se a essa estrutura.

Na célebre obra, *O espírito das leis*, livro XI, capítulo IV, de Montesquieu afirma que “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder”.

E, nas palavras de Manoel Ferreira Filho, “se a (verdadeira) Constituição é aquela que garante os direitos do Homem, se o próprio Poder Constituinte que a elabora é limitado por esses direitos, claro está que existe um Direito anterior, do qual tais projeções subjetivas – os direitos do homem – provêm.”⁴³¹

E, ao referir-se à gênese da limitação do poder, afirma ser essa uma das principais preocupações do direito constitucional atual: “a ideia de limitação por direitos, antes chamados de direitos do Homem, depois de direitos fundamentais, ganhou grande impulso nos anos que sucederam à Segunda Guerra Mundial” Os Constituintes reconheceram a existência e a sua eminência, a transformaram num valor supremo da ordem jurídica, um

⁴³⁰ Bonaventura de Souza Santos afirma que a universalização dos direitos fundamentais é um dos debates mais acessos. SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma concepção intelectual dos direitos humanos. In SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flavia (Coord.). Igualdade, diferença e direitos humanos. RJ: Lumen Juris, 2008.pp.3-46. p.13.

⁴³¹ (FERREIRA FILHO, 2012, p. 82)

valor fundante, um dos pilares da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.

É no meio social que o direito surge e desenvolve-se para a consecução dos objetivos buscados pela sociedade, como a manutenção da paz, da ordem, da segurança, do bem-estar de forma a tornar possível a convivência e o desenvolvimento, o progresso social. O direito é dinâmico, decorre da criação humana direcionado de acordo com os interesses e anseios da sociedade em cada época.

3.5 A relação dialógica entre a ética, a política e o direito

O constitucionalismo de valores é um dos frutos, talvez o maior, da concepção dialógica que vingou historicamente com o fim da Segunda Guerra Mundial, a relação entre ética, política e direito foi consagrada originariamente nas Constituições da Alemanha, França e da Itália.⁴³² A inserção de valores éticos mínimos ampliaram a reflexão a respeito desses três polos, sendo os tipos de Estados atuais resultados dos processos históricos que se seguiram.⁴³³ Os teorizadores do Estado e do Direito⁴³⁴ preocuparam-se em contribuir para a permanente renovação de um “consenso político amplo e generoso em torno de valores éticos superiores, numa Constituição aberta”⁴³⁵

Para Max SCHELER^L há um tipo de experiência como os valores cuja legitimidade não é determinada pelo entendimento. Para ele é através do sentimento que experimentamos os valores. Estes são, apreendidos por uma intuição emotiva^M, diferente de uma mera apreensão psicológica. O homem de Scherer aprende os valores mediante uma intuição análoga à "razão do coração", referindo-se às palavras de Pascal, "o coração tem razões que a própria razão desconhece"⁴³⁶. Tal interpretação mostra que o sentimento tem suas próprias leis e também seus próprios objetos, e, por tanto, acaba por ordenar um mundo desigual do racional. SCHELER já defendia que “no mundo dos valores a posição entre o formal e material não

⁴³² (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 35 et seq).

⁴³³ (SOUZA JUNIOR, p. op.cit., p. 35).

⁴³⁴ Especialmente pensadores alemães, espanhóis, franceses, italianos, portugueses e espanhóis, e no mundo do *commun law*,.

⁴³⁵ (SOUZA JUNIOR, op.cit., p. 35-36).

⁴³⁶ SCHELER, in < http://en.wikipedia.org/wiki/Max_Scheler > e, MACHADO, Marisa. Scherer: a ética material dos valores. PDF, in. <http://coral.ufsm.br/gpforma/2senafe/PDF/016e2.pdf>

ocorre, vez que os valores são igualmente objetos a priori da intuição emocional, que também podem ser percebidos através de sua realização material⁴³⁷. Os valores, para ele, não pertencem ao formalismo da razão e pelo fato de se realizarem materialmente, igualmente não pertencem ao conteúdo apriorístico. As essências são realidades regidas por leis próprias que não devem sua origem ou estrutura ao sujeito, como o amor, que é a essência da vida. Essas não são fabricadas pelo sujeito, mas alcançadas intuitivamente. Quanto aos dados fenomenológicos, ele considera que são constituídos não somente pelas essências inteligíveis, mas também pelas essências alógicas, impenetráveis pela razão; por valores e suas relações.⁴³⁸

O senso comum, normalmente utiliza a expressão moral como sinônimo de ética, o que não é devido, há diferença de forma que é concêntricas a órbita do Direito e da Moral, “[...] e o raio dessa última é mais longo”⁴³⁹; coisas que pela ética são aniquiladas a lei pode ser indulgente. Porém, tudo que é protegido e exigido no texto legal encontra-se em consonância com o “[...] senso moral médio da coletividade [...] não pode haver Direito contra a Moral, embora nem todos os ditames desta encontrem sanções nos códigos”⁴⁴⁰. A ética, afirma o autor, é o instrumento de interpretação das leis positivas, usos, costumes e atos jurídicos, mas, deve o julgador “[...]dilatou ou restringir o sentido do texto, a fim de que este não contravenha os princípios da Moral”. É preponderante papel que exerce a ética na evolução jurídica e, por meio da hermenêutica⁴⁴¹, “[...] chega a alterar o sentido primitivo do texto [...]” para adequá-lo às novas idéias morais e de solidariedade humana.⁴⁴²

A legislação é condição par o regime democrático, por isto, a constituição tem o poder de crítica, de veto, de nulificar o poder de uma lei, mas, não tem o poder de substituir a legislação ordinária. “Direito é a política coagulada no tempo pela ação (química) dos valores”⁴⁴³. Toda a concretização de valor é ideológica. O aplicador do direito ao fazer a concreção ele faz ideologia, ideologia é política. O direito constitucional é um direito político e faz parte respeitar a autonomia da política. Controle de constitucionalidade é cortar os excessos do que fica fora da “luz”, ou seja, exceda os limites da norma e do valor.

⁴³⁷ MATHEUS, Carlos. Max Scheler e a gênese axiológica do conhecimento. São Paulo: Rev. Margem, .nº 16, Dez/2002, p. 13-27.

⁴³⁸ (MACHADO.op.cit.)

⁴³⁹ (MAXIMILIANO, 1992, p. 160).

⁴⁴⁰ (MAXIMILIANO, 1992, p. 160s).

⁴⁴¹ Nesse sentido, a hermenêutica “é ancila do direito, servidora inteligente que o retoca, aformoseia, humaniza, melhora, sem lhe alterar a essência”. (MAXIMILIANO, 1992, p. 162)

⁴⁴² (MAXIMILIANO, 1992, p. 160 e ss)

⁴⁴³ Citação realizada por SOUZA JUNIOR ao se referir a STERN.

No ápice da pirâmide formada pelo direito e pela política, ambos se abraçam e se fundem. Contudo, precisam conservarem-se separados para que exista de fato um Estado Democrático (política) de Direito. É essencial ao estado democrático de direito é o escalonamento, porque a crítica que é feita nos diferentes níveis fazem a justiça e mantém o equilíbrio e a ordem.

O direito não impõe a moral, mas restringe atos “[...] contrários ao senso ético de um povo em determinada época [...]” fulminando-os com a nulidade e infringe “penas mais severas”. Esse “processo negativo, indireto” consolida a solidariedade^N, o auxílio mútuo, influencia positivamente os bons costumes e contribui para a abolição de hábitos reprováveis. As leis, diz ele, “[...] devem ser concebidas e decretadas de acordo com as instituições vigentes”, a exegese é um auxiliar auxilia a aplicação das normas de acordo com a “[...] índole do regime.”⁴⁴⁴

Por fim, comungamos com as palavras de MAXIMILIANO quando se refere aos fins do direito e limites da juridicidade, *in verbis*:

“O direito é meio para atingir os fins colimados pelo homem em atividade, a sua função é eminentemente social, construtora [...]”, porém, diz ele, ““o direito levado ao máximo, injustiça em grau máximo resultante”. O excesso de *juridicidade* é contraproducente; afasta do objetivo superior das leis; desvia os pretórios dos fins elevados par que foram instituídos; faça-se justiça, porém do modo mais humano possível, de sorte que o mundo progrida e jamais pereça.”⁴⁴⁵ (grifo do autor)

A política, sem iluminação ética, diz SOUZA JUNIOR, “sem um mínimo de justiça poderia facilmente degradar a relação mando-obediência em abominável opressão”. Além da segurança, faltaria “um ideal transcendente de bem orientar a ação das autoridades que detém o **mando**” (grifo do autor). Conforme o Autor, a “comunidade vai se adaptando a mudanças, em diálogo circular cumulativo com os preceitos jurídicos inovadores.” E afirma que é nessa relação circular, tridialógica, os novos desafios são levantados pela consciência ética ao poder estatal e isso gera a intervenção do direito. Nesse processo os valores éticos são filtrados, depurados e enriquecidos historicamente. O direito, não somente o direito do Estado, é compreendido como “a (boa) política, coagulada ao longo da História, pela ação dos valores éticos que a razão prática descobre e a História confirma”.⁴⁴⁶

⁴⁴⁴ (MAXIMILIANO, p. 161-162)

⁴⁴⁵ (MAXIMILIANO, 1992, p. 169)

⁴⁴⁶ (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 38)

PECES-BARBA afirma que “a atual situação do pensamento jurídico não impede [...] de manter a distinção ilustrada que arranca de Tomasio, entre Direito e moral, ainda que exige matizar muito o sentido e os prefixos da mesma.” Ele traça uma distinção entre ética pública e ética privada, esta última é individual, conduzida pelo caminho do bem e da salvação, da virtude e da felicidade. Não existe identidade conceitual entre essa ética privada e o Direito. A identidade ocorre apenas com a ética pública, sinônimo de justiça, é a moral do direito, que assinala critérios, através dos valores, dos princípios e dos direitos, de organização das instituições, de orientação das normas da vida social, de regulação dos direitos dos cidadãos e dos grupos, para que cada um possa desenvolver as linhas de sua condição humana, da dignidade, entre as quais, diz o Autor, está o livre exercício de sua ética privada. Nesse sentido, o Direito tem referência a valores e supõe um ponto de vista sobre a justiça.⁴⁴⁷

3.4 As normas e a jurisprudência brasileira

A reconstrução da ordem depende da harmonização, do equilíbrio entre regras, costumes, princípios e valores jurídicos. Para tanto, a interpretação de decisões judiciais implica fazer o amplo uso da hermenêutica, pois para estar próxima da verdade, da realidade, é preciso ponderar os princípios e valores. Para tanto, o julgador deverá também ter presente os paradigmas de nosso tempo, os problemas da linguagem e da sua significação.

Conforme o Superior Tribunal de Justiça existem limites aos direitos e garantias individuais e coletivos - consagrados no título II, da Constituição de 1988.

Para ACIOLI os direitos e deveres individuais e coletivos;⁴⁴⁸ e os direitos sociais⁴⁴⁹ “não podem ser utilizados como verdadeiros escudos protetivos para prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.”⁴⁵⁰

Não é costume de nossos Tribunais o uso da expressão consagrada na Constituição brasileira, valores superiores. Através de busca realizada por esse termo, no site do Superior

⁴⁴⁷ PECES-BARBA, prologo. In IBEAS, op.cit., p. 15.

⁴⁴⁸ (Constituição da República da Republica Federativa do Brasil, Capítulo I, do Título II)

⁴⁴⁹ (idem, Capítulo II, do Título I)

⁴⁵⁰ RT-STF 709/418. STJ – 6ª T. RHC nº 2.777-0/RJ – Rel. Min. Pedro Acioli – Ementário, 08/721.

Tribunal de Justiça, o tribunal guardião da Constituição, foram localizados tão somente dois acórdãos proferidos pelo Tribunal Pleno do Superior Tribunal Federal e duas decisões monocráticas:

a) o primeiro, ADI 3510 / DF, Relator Min. Ayres Britto, julgado em 29 de maio de 2008, ao analisar o direito a vida e os direitos infraconstitucionais do embrião pré-implanto, traz no seu corpo de argumentos os valores relacionais da fraternidade e solidariedade, nos seguintes termos:

- “[...] A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião "in vitro", porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello)”.

b) O segundo, HC 91657 / SP, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 13 de setembro de 2007, ao apreciar pedido de revogação de prisão preventiva para extradição (PPE), ele utiliza o princípio da proporcionalidade em consonância com os valores supremos para proteção dos direitos humanos, para tanto destaca-se parte dos argumentos utilizados pelo Relator:

- “[...] 7. A PPE deve ser analisada caso a caso, e a ela deve ser atribuído limite tempo real, compatível com o princípio da proporcionalidade; e, ainda, que esteja em consonância com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que com partilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos. 8. O Pacto de San José da Costa Rica proclama a liberdade provisória como direito fundamental da pessoa humana (Art. 7º,5). 9. A prisão é medida excepcional em nosso Estado de Direito e não pode ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos (Art. 5º, LXVI). Inexiste razão, tanto com base na CF/88, quanto nos tratados internacionais com relação ao respeito aos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, para que tal entendimento não seja também aplicado às PPE's. 10. Ordem deferida para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento da Extradicação nº 1091/Panamá. Precedentes: Ext. nº 1008/Colômbia, Rel. DJ 17.8.2007; Ext 791/Portugal, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23.10.2000; AC n. 70/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12.3.2004; Ext-QO. nº 1054/EUA, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 14.9.2007.”.

c) Das decisões monocráticas, tem relevância para este estudo a decisão exarada pelo Relator Min. Gilmar Mendes, no HC 90751 MC / SC, em 08 de março de 2007, nos seguintes termos:

“[...] Ante o exposto, não há dúvida de que a prisão civil do devedor- fiduciante viola o princípio da reserva legal proporcional, inconstitucionalidade que tem o condão de fulminar a norma em referência desde a sua concepção, sob a égide da Constituição de 1967/69. Acredito que a prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os **valores supremos** assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos[...]”.

Ainda que se localize várias referências aos princípios acima referidos, ainda é tímido do discurso na jurisprudência nacional que utilize como fundamento os valores supremos da sociedade brasileira. A doutrina, que até hoje é escassa, começa a modificar e surgem referências aos valores em alguma obras publicados e artigos nestes últimos anos. Mas desconhecemos qualquer obra de autor brasileiro que verse exclusivamente a respeito dos valores supremos.

3.4.1 O discurso e paradigmas

FOUCALDT quando trata do método e das exigências que carrega consigo, relaciona três origens ou fontes dos discursos, a esses ele dá o nome de princípios: *um princípio de inversão* (segundo a tradição, reconhecemos a fonte do discurso, o início da expansão e de sua continuidade), é preciso reconhecer o “jogo negativo de um recorte e de uma rarefação do discurso”. Um princípio de rarefação – “É aqui que é necessário investir em outros princípios de método”.⁴⁵¹ As características do discurso em Foucault⁴⁵², o sujeito do discurso não é a pessoa que realiza um ato de fala, nem o autor do texto, nem o sujeito da proposição, mas, é aquele que pode usar determinado enunciado⁴⁵³, nem sempre com exclusividade, por treinamento, em razão do lugar institucional que ocupa e de sua competência técnica.

Já para LORENZETTI, na prática, o problema do discurso na decisão judicial decorre de três fatores: a) ou um excessivo apego às regras (justiça formal) – que pode levar a graves injustiças (justiça material). O que poderia aconselhar-nos que se transcenda à regras. b) ou um sistema baseado exclusivamente em princípios. O problema desse sistema seria decisões

⁴⁵¹ (INDURSKY, 2011, p. 49)

⁴⁵² (INDURSKY, 2011, p. 97)

⁴⁵³ No discurso, em Foucault, “o enunciado pode ser usado ou reutilizado, entrar em tramas e circular conforme um interesse, uma prática”; (...) (INDURSKY, 2011, p. 97)

fundadas em valoração pessoal, provocando grande **insegurança**. c) ou uma interpretação esquizofrênica ou hermética, que ocorre quando, inexistindo critérios claros, qualquer argumento pode ser utilizado, o que dificultaria encontrar critérios de validade.

O referido autor destaca a existência de uma “*Babel jurídica*”, diante da posição de muitos autores os conflitos que não tem uma linguagem comum para sua resolução, provocando debates de posições irreduzíveis entre grupos que acabam travando uma verdadeira guerra. Defende que esse tipo de atitudes provocaria uma crise conceitual que poderia levar a um colapso, ao se iludir progressivamente a especificidade do discurso jurídico e a possibilidade de haver um mínimo de ordem jurídica compartilhada.

3.4.2 O Tribunal Constitucional

PECES-BARBA visualiza três funções da Constituição, a primeira função é a legitimação, a segunda é a função e justiça, e a terceira a função de segurança. A legitimação atribui o dever de assegurar a obediência ao direito sem que seja preciso usar a força. É expressão racional de poder e de consenso legitimado como as regras do jogo. Na medida que é incorporado conteúdo material, a moralidade, à Constituição a legitimidade também lhes atinge . porque está implícito se deu de forma consensual sobre os objetivos do ordenamento, assegurando-lhes obediência ao Direito. A justiça tem a função de fixar os conteúdos de moralidade do Direito e o conteúdo é explicitado pelos valores superiores, positivados na Constituição, limitando o arbítrio do encarregado de aplicar a justiça. A existência de um Tribunal Constitucional é instrumento de controle de constitucionalidade, indispensável para que de fato ocorra a supremacia do Direito no Estado de Direito. Mas esse Tribunal deve possuir características institucionais como Órgão especializado e concentrador da jurisdição constitucional e que garantam a sua independência (de todos os poderes, inclusive do poder judiciário)⁴⁵⁴. Nesse sentido, KELSEN defende a função precípua de guarda da Constituição pelo Tribunal Constitucional.

O artigo 102, inciso I, alínea a, da Constituição brasileira estabelece a competência de “guarda da Constituição” ao Supremo Tribunal Federal, exercendo o controle de constitucionalidade é exercido tanto de forma difusa quanto concentrada.

⁴⁵⁴ (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 110 et seq.)

⁴⁵⁵ Nesse sentido, Travou um famoso debate com o judeu Hans Kelsen, sobre quem deveria ser o Guardião da Constituição, ou quem deveria deter o controle de constitucionalidade. Para ele “Der Hüter der Verfassung” (O Guardião da Constituição) deveria ter uma natureza política e não jurídica, no caso o presidente. Kelsen respondeu-lhe publicando Kelsen entendia que a solução das controvérsias de repercussão social, não diferenciava da natureza política, pois, tanto o direito quanto a política tem a função de solucionar questões sociais e controversas de grande repercussão. Kelsen defendeu a importância dessa função ser desempenhada por um Tribunal Constitucional, formado por magistrados, profissionais preparados, o que garantiria maior imparcialidade nas decisões, especialmente para garantir os direitos às minorias ou opositores do governo. As concepções de Kelsen foram inspiração para a Constituição Austríaca de 1920.

Para SOUZA JUNIOR, Tribunal Constitucional desempenha três funções: a função instrumental, função formal e função material. A primeira tem natureza jurisdicional, ou seja, somente se pronuncia por provocação. Para tal, utiliza-se dos recursos da hermenêutica jurídica e submete-se às imposições do devido processo legal⁴⁵⁶

O controle difuso de constitucionalidade caracteriza-se, em linhas gerais, pela permissão de qualquer juiz singular ou Tribunal, posso deixar de aplicar a lei no caso concreto. Na prática, a inexistência de um tribunal imbuído de decidir matéria constitucional faz resultar que num mesmo Tribunal, integrado por uma pluralidade de juízes, cada um, ou cada colegiado, podem decidir de forma diversa o mesmo conflito. Cada indivíduo é único, e, sendo o juiz um ser humano, traz com si paradigmas que definem a sua postura frente às situações que se lhe apresentam⁴⁵⁷. O Direito está submetido a processo crescente de materialização, ou seja, “se adota uma determinada decisão tendo em conta todas as espécies de critérios e concepções diferentes, que convivem de modo tenso e contraditório.”⁴⁵⁸ O problema da indeterminação que existe no momento da tomada de decisões jurídicas pelo julgador, a isso LORENZETTI dá o nome de “*era da desordem*”.

FOUCAULT, na sua obra *Ordem do discurso*⁴⁵⁹, fala sobre o que é e como é produzido o discurso. Segundo ele, “O discurso – como a psicanálise nos mostrou – não é simplesmente aquilo que manifesta (ou oculta) o desejo é, também, aquilo que é o objeto do desejo, visto que – (...) - o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os

⁴⁵⁵ (MORAES, 2004, p. 565)

⁴⁵⁶ (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 118)

⁴⁵⁷ (LORENZETTI, 2009)

⁴⁵⁸ (LORENZETTI, 2009)

⁴⁵⁹ Foucault, Michel. 1926-1984. A Ordem do Discurso: aula Inaugural no Collège de France. traduzida por Laura de Fraga de Almeida Sampaio, 22ed. – São Paulo: Edições Loyola, 2012.

sistemas de dominação, mas aquilo porque, pelo que se luta, o poder pelo qual nos queremos apoderar⁴⁶⁰.

A indispensabilidade da fundamentação das decisões judiciais no nosso ordenamento jurídico, garantia para manutenção de um estado de direito tem cunho de princípio constitucional procedimental que se coaduna com outro princípio de origem doutrinária, como o princípio do livre convencimento motivado⁴⁶¹. O magistrado goza de liberdade para proferir seu julgamento, podendo apreciar o conjunto probatório livremente, não ficando vinculado a qualquer tipo de prova, para formar seu convicção motivada, tendo em vista que o ordenamento brasileiro não alberga valorização ou tarifação de provas⁴⁶². Desta forma, o juiz pode julgar, através de uma operação lógica, sem necessariamente atentar para as provas dos autos, no sistema de persuasão racional poderá recorrer a métodos que as partes não detém o controle. Ele formará seu convencimento com liberdade e segundo a consciência formada. A decisão jurídica está no cerne do problema, tarefa que respeita a vontade do juiz, enquanto representante do poder judiciário, mas também aos demais poderes, legislativo e executivo.

Conforme Claudia Lima MARQUES, ao prefaciá-la obra de Ricardo L. LORENZETTI⁴⁶³, “a experiência jurídica não se esgota na Lei”. E, para compreender o que é direito é preciso profunda compreensão da *law in action* e da *law in books*⁴⁶⁴, representativas da elaboração científica daquilo que é jurídico. A experiência jurídica é construída sob a forma de decisões jurídicas, com o objetivo principal prevenir ou resolver “conflitos e problemas individuais e coletivos na sociedade”, além de respeito e promoção dos direitos humanos. Aqueles que defendem o ativismo judicial o fazem sob o argumento de que ele é um modo de exteriorização pela via hermenêutica da valorização dos princípios constitucionais. Defendem sua posição sob o fundamento de que a segurança jurídica não

⁴⁶⁰ (FOUCAULT, 2012, p. 10)

⁴⁶¹ O princípio do livre convencimento motivado, constante do artigo 93, IX, é garantia do artigo 5º, ambos da CRFB, também conhecido como princípio da persuasão racional.

⁴⁶² “Vige em nosso sistema o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual compete ao Juiz da causa valorar com ampla liberdade os elementos de prova constantes dos autos, desde que o faça motivadamente, com o que se permite a aferição dos parâmetros de legalidade e de razoabilidade adotados nessa operação intelectual. Não vigora mais entre nós o sistema das provas tarifadas, segundo o qual o legislador estabelecia previamente o valor, a força probante de cada meio de prova”. (STF, RECURSO EM HABEAS CORPUS- RHC 91691, Relator Min. MENEZES DIREITO, v.u., 1ª Turma, 19.02.2008)

⁴⁶³ Lorenzetti, Ricardo. É advogado, professor e atualmente ocupa funções de relevância junto ao Ministro Presidente da Suprema Corte Argentina.

⁴⁶⁴ Da jurisprudência e da doutrina.

pode ser considerada um dogma absoluto a luz da interpretação mais extensiva da Constituição.

O paradigma de um juiz formalista, a sua decisão restringe-se a aplicar a regra no caso concreto, se baseia na justiça formal, considera que outros critérios alheios ao direito não podem ser considerados na sua análise e interpretação. Esta prioriza o procedimento formal em detrimento do resultado, recorrendo tão somente à considerações jurídicas desconsidera a discricionariedade do julgador. Já o um juiz piedoso, contrariamente ao formalista, ao defender a moderação das regras através do abuso do direito, da boa-fé, e do princípio de proteção à parte mais fraca. A decisão leva em consideração os critérios de justiça material, leva em conta a situação sócio-econômica, os aspectos econômicos que possam afetar às partes e situações de grupos minoritários, políticas afirmativas, justiça distributiva. Nessa decisão o juiz faz dialogar regras e princípios ao considerar esses aspectos. Admite corrigir as regras, interpretação da lei se dá de forma razoável, substituindo-as por princípios, ainda que o fato não se ajuste perfeitamente os seus termos. Enquanto que, para um juiz consequencialista - em parte também formalista porque sua decisão fundamenta-se em uma regra, mas, essa característica é controlada frente a análise das consequências que a decisão produzirá. Leva em conta o impacto futuro da decisão sobre o sistema jurídico. Neste modelo é a opinião pública da maioria, o senso comum que é agregado. As tensões derivadas de paradigmas, concepções de mundo, produzem tensões que influenciam os juízes.

Objeto de grande preocupação de LORENZETTI⁴⁶⁵ é que a decisão judicial não pode vincular a posições formalistas, mas também não pode permitir que o juiz a substitua ao direito para decidir conforme as suas convicções. Para tanto, ele propõe a construção das decisões jurídicas a partir de um “exame dos tempos atuais e da crise do direito que ele denomina “Era da desordem”, e propõe um enfrentamento dos desafios apresentados por esta crise do direito a partir de novos paradigmas, ou modelos de decisão jurídica. Assim, propõe-se a ajudar a resolver os grandes conflitos, a desordem experimentada e afirma que a construção das decisões jurídicas depende da “harmonização de regras, costumes, princípios e valores jurídicos.”⁴⁶⁶

SOUZA JUNIOR adverte que a ausência de um Tribunal Constitucional que garanta um mínimo de objetividade aos valores superiores do ordenamento jurídico, pode representar um perigo do uso ideológico dos instrumentos jurídicos, podendo tanto os juízes quanto os

⁴⁶⁵ (LORENZETTI, 2009)

⁴⁶⁶ (LORENZETTI, 2009, p. 06)

Tribunais empregarem os valores conforme paradigmas próprios, utilizando-se dos princípios da proporcionalidade, uma vez que se tem visto inúmeras decisões que, de difícil fundamentação, visam somente expressar o desejo e a vontade do julgador. Cada juiz ou Tribunal exerce, a seu modo, o desenvolvimento de valores supremos do ordenamento.⁴⁶⁷ O ativismo judicial tem se manifestado uma prática em muitos Tribunais brasileiros, frente o modelo do sistema judiciário institucionalizado, na prática essa regra provoca insegurança jurídica na medida que a parte nunca saberá o modelo de julgador que apreciará sua causa.

. Carlos REVERBEL afirma que “O Estado antes de ser Direito é de política, de democracia”, nesse sentido, é a democracia⁴⁶⁸ que define o sistema jurídico. Diante disso, o julgador fica restrito ao cumprimento da lei, e é nisso que se centraliza o ativismo judicial, ou seja, quando o julgador ingressa na seara da política. Para o Autor, isso ocorre por vários fatores, dentre eles, “pelo desprestígio da lei, ineficiência política, dificuldades da própria administração, mal versação dos recursos públicos.” Assim agindo “o juiz transpassa o campo do direito e ingressa na seara da política.”⁴⁶⁹ Essa é a realidade dos países que “[...] não separam jurisdição constitucional de jurisdição ordinária e que não preservam instituições que facilitem o desenvolvimento de maioria governamental, mesmo querendo, não conseguirão distinguir, com clareza, o que é jurídico do que é político” e, diante dessa confusão, nesse terreno do que é jurídico e o que é político, aquele que tem a competência para julgar, acaba por meios jurídicos fazendo política, fatalmente uma “má política”. Esse fenômeno ocorre tanto nos países Ibero-Americanos quanto no Brasil, e, no caso desse último, teríamos inúmeros exemplos de julgamentos no casos concretos em que o interesse individual se sobrepõe ao interesse do povo, obrigando o Administrador público além de suas forças, em detrimento de necessidades de uma coletividade.

São inúmeras as decisões que expressam essa prática que vem se tornando rotineira nos judiciário brasileiro, são alguns exemplos de ativismo judicial no Brasil decisões como as que distribuem leitos hospitalares em número superior à capacidade do local; ou ordens judicial que determinam à Administração Pública importação de medicamentos caríssimos quando laboratórios nacionais produzem similares e com a mesma eficiência; ou quando

⁴⁶⁷ (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 140 et seq).

⁴⁶⁸ Fazendo referências a autores como Canotilho e Montesquieu, Carlos Reverbel defende que “ a democracia como fundamento (governo do povo), funcionamento (governo pelo povo) e finalidade (e para o povo) que define o direito em nosso sistema jurídico” (REVERBEL. Ativismo judicial. 2009, PDF. p. 8)

⁴⁶⁹ (REVERBEL. Op.cit, p. 8)

determina o ingresso de crianças no 1º ano do ensino fundamental contrariando a idade cronológica mínima estabelecida por normatização do Conselho Nacional de Educação.^o

Assim, o que acontece no Brasil, o ativismo judicial é mais favorecido nos países que possuem um sistema misto de controle de constitucionalidade, frente a inexistência de Tribunal Constitucional, todos os juízes e tribunais podem declarar a inconstitucionalidade das leis. Diferentemente, os países que têm uma Corte Suprema com competência exclusiva, restritiva para declarar a inconstitucionalidade da lei, a insegurança jurídica decorrente do ativismo judicial não ocorre.

Mostra-se relevante a discussão a respeito do tipo de justiça imbuída de controle de Constitucionalidade, a missão do Direito é o ajustamento de duas esferas, a política e a ética⁴⁷⁰ O Estado Democrático é o Estado que o direito encontra-se na inter-relação entre a esfera ética e a política do humana, respeitadas as autonomias de cada uma. O “Estado de Direito tem como figura chave, ou o legislador, ou o Tribunal Constitucional”⁴⁷¹ Mas tanto o Tribunal Constitucional quanto qualquer outro Tribunal, não podem substituir o legislativo e o executivo na interpretação política, nem na tomada de decisões dentro da Constituição.⁴⁷² Talvez uma alternativa seria a criação de Tribunais de Jurisdição Administrativa, um misto entre tribunal administrativo e jurisdicional, formado por juristas com conhecimento especial de gestão pública.⁴⁷³

⁴⁷⁰ (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 179)

⁴⁷¹ Esse Tribunal Constitucional tecnicamente, conforme o autor, deve ser um órgão de juristas, independente e distinto da estrutura do poder judiciário. Mas acredita que “nunca existirá um modelo de supremacia do direito viável, que misture rule of law e Estado de Direito” (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 186)

⁴⁷² PECES-BARBA, prólogo. In IBEAS, op.cit., p. 14.

⁴⁷³ Essa conclusão é fruto de discussões com o orientador e ensinamentos ministrados na disciplina Seminário de Direito Público, no Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, no período 02/2012.

III - TERCEIRA PARTE: OS VALORES SUPREMOS DA SOCIEDADE BRASILEIRA

A dimensão valor constitui-se pelos valores éticos supremos do convívio em sociedade, tidos por consenso.⁴⁷⁴ A existência de Princípios Axio-Constitucionais, ou princípios axiológicos fundamentais, na concepção de MIRANDA⁴⁷⁵, está fundamentada na pessoa humana, no bem comum, a finalidade última do Estado.

Antes de adentrar propriamente nos valores supremos da sociedade brasileira é preciso lembrar que a construção tem origem histórica, e nessa a singularidade da formação política do povo brasileiro, na medida em que o Estado brasileiro nasceu antes do território e do próprio povo. ⁴⁷⁶ Nesse sentido, o “território e a sociedade brasileira são obras da ação planejada e persistente de burocratas, agindo por meio de estruturas de Estado”⁴⁷⁷ A expansão geopolítica da monarquia portuguesa, fez o Rei Dom João III, promover a ocupação do solo e povoamento das terras brasileiras, assim, o Estado do Brasil foi criado no dia 17 de dezembro de 1548, pelo Regimento do Governador-Geral, composto de quarenta e oito artigos que dispunham a respeito da organização, composição e forma de instalação do Governo Geral.

Assim, o Brasil iniciou primeiramente como Estado, ou seja, nasceu como uma estrutura político-jurídica antes de ser um espaço territorial definido. E, na criação, formação e desenvolvimento da vida no Brasil, coube ao direito uma função prioritária⁴⁷⁸. Esse Regimento, ao traçar a fundação do Estado, a organização territorial e o poder político e

⁴⁷⁴ (SOUZA JUNIOR, informação oral, aula de PTE, 2012)

⁴⁷⁵ Destaca-se que nesta terceira parte, ao utilizar-se a classificação dos princípios constitucionais adota-se a forma do constitucionalista português, Jorge MIRANDA, cuja doutrina tem influenciado o direito constitucional brasileiro neste início de século XXI, adaptada ao ordenamento jurídico brasileiro conforme (FERREIRA FILHO, 2010, p. 177 e ss); (SOUZA JUNIOR, 1ª e 2ª semestre de 2012) e (REVERBEL, 2009)

⁴⁷⁶ A respeito da formação do povo brasileiro, por todos, indica-se, João Camilo TORRES, especialmente nas obras A Democracia Coroada, e Presidencialismo no Brasil. Também SOUZA JUNIOR, em dois livros: A Crise da Democracia no Brasil e Constituições do Brasil.

⁴⁷⁷ (SOUZA JUNIOR, 1ª ed. 2002, p. 12)

⁴⁷⁸ (SOUZA JUNIOR, op.cit. p. 13).

defesa do território, pode ser considerado a primeira Constituição brasileira.⁴⁷⁹ Encontra-se aí, do ponto de vista político-jurídico, o embrião do atual modelo federativo brasileiro. A finalidade política desse instrumento, foi a de estender pelas três dimensões geográficas a população, a religião, a moral, o direito e a economia.⁴⁸⁰

A política necessita do direito (particularmente do direito constitucional) para construir a ordem, e não existe política sem o direito.⁴⁸¹ A ordem reflete a estrutura político-ideológica dominante, pautada em valores culturais P, valores da sociedade.

Mas esses valores são inerentes aos seres humanos ou são frutos de aprendizado.

Para SHERER é possível o aprendizado de valores pelo Ser Humano e isso se daria através da percepção emocional, sensibilidade natural superior. Pois, é no emocional que se dá acesso à essência humana, a dimensão espiritual humana, o nível mais elevado do homem onde vivencia a liberdade, a abertura para o mundo e para o novo. É através do sentimento (razão do coração) que experimentamos os valores. Os valores morais vêm determinados pela história, pelos valores do grupo e pela cultura de um determinado meio social. Os valores éticos estão acima na escala hierárquica e o amor é a essência da vida.

Assim, nesse contexto, valores são os “fins humanos últimos que o homem, individualmente ou em grupo, se propõe a realizar, para dar sentido a sua vida e à sua história”⁴⁸².

SOUZA JUNIOR, o primeiro a aventar o ingresso do Brasil no constitucionalismo de valores a partir da Constituição de 1988, faz um comparativo afirmando que os valores que encontram-se no preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, adjetivados como supremos, encontram-se positivados na Constituição da Espanha no rol dos valores superiores do artigo 1. 1: a liberdade, a igualdade e o pluralismo jurídico. Para esse autor, o reino dos valores supremos e consensuais da convivência social e pacífica, “inspiradores da concórdia política, podem ser acolhidos generosamente [...] por todas as forças válidas da sociedade, incluindo os partidos, independentemente do credo ideológico”.⁴⁸³

⁴⁷⁹ (SOUZA JUNIOR, op.cit., p. 15)

⁴⁸⁰ (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967, V. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 343)

⁴⁸¹ (SOUZA JUNIOR, op.cit. 2002, p. 13).

⁴⁸² SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Consenso e Democracia Constitucional. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzardo, 2002.p. 41. O próprio autor reconhece que o sentido usado para definir valores foi tomado emprestado de FREUD.

⁴⁸³ (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 55)

1. OS VALORES SUPREMOS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

SOUZA JUNIOR^Q esclarece que é “árdua a tarefa de explorar as entranhas das cláusulas constitucionais do *Estado de Direito*, para, daí, extrair princípios e, quem sabe até, regras”. Os valores supremos da ordem jurídica, o fins últimos do Estado de Direito, ordem moral e ética, são a transcendência da ordem moral. Para esse Autor, tomando por referência o Preâmbulo da Constituição, são valores supremos da ordem jurídica nacional: a liberdade, a igualdade a segurança, a justiça, a ordem e o progresso. Este último pode ser traduzido por bem-estar ou o desenvolvimento. O autor utiliza-se de um esquema desenvolvido por ele para fins didáticos para demonstrar a interpelação dos valores no Estado Democrático de Direito brasileiro⁴⁸⁴. No âmbito do Estado, diz ele, “o *bom* direito é, em suma, a cristalização da política dinamizada pelos valores éticos, na experiência concreta da vida social, ao longo do tempo, com a intervenção da razão prática.”⁴⁸⁵ O Estado atual que favorece essa interação é o Estado Democrático, que constrói diálogo entre a prática política e os ideais éticos, aprende com o passado histórico, tem “instituições jurídicas adequadas, capazes de produzir política eficiente e valiosa, com ordem, liberdade, igualdade, justiça e segurança.

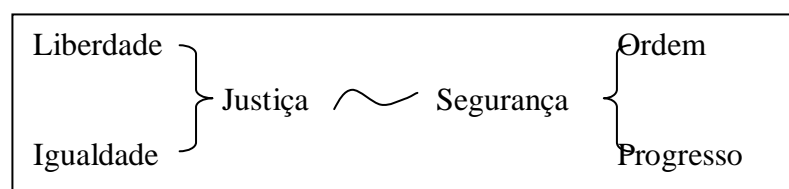


Figura 3 Valores Supremos da ordem jurídica nacional⁴⁸⁶.

“a **liberdade** (primeiro valor), que se ajusta à **igualdade** combinados pela **justiça**, perdura no ‘tempo com a **segurança**. A **segurança** implica um equilíbrio dialético entre **ordem** e **progresso**.” [sic]⁴⁸⁷

⁴⁸⁴ Esquema desenvolvido para ministrar suas aula de Política e Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional no curso de graduação em direito e Especialização em Direito de Estado, ambos da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

⁴⁸⁵ (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 41)

⁴⁸⁶ Esquema apresentado por Cezar Saldanha de Souza Junior. Fonte: Informação verbal, aulas de Direito Constitucional no curso de Especialização em Direito de Estado 2007, atualizado nas aulas da graduação, na disciplina PTE I. (SOUZA JUNIOR, 1ª e 2ª semestre de 2012)

⁴⁸⁷ SOUZA JUNIOR, op.cit. 2005.

A democracia é o ideal de organização institucional do Estado, que envolve não só o processo de representação e de participação da comunidade mas subsidiariamente, diz o autor, deve “respeitar a autonomia da ética e da política articuladas de forma legítima”⁴⁸⁸ O Direito, causa instrumental do Estado, primeiramente tem função indispensável para a fundação ou institucionalização do poder no Estado, tecendo a ordem política estatal, “ordena e costura as decisões políticas [...] cobrindo os espaços entre elas [...]” e atribui personalidade jurídica ao Estado, é instrumento básico para limitar o poder do Estado, alicerçado nos valores supremos inerentes à dignidade da pessoa humana, que mediante consenso (obra do legislador constituinte) são superiores ao próprio Estado, e, por último, a o direito funciona como um poderoso meio de legitimação da ordem política.⁴⁸⁹

Os fins do Estado, os valores inspiradores da concórdia política, independentemente do credo ideológico, conforme SOUZA JUNIOR⁴⁹⁰, trata-se do “reino dos valores supremos e consensuais da convivência social, pacífica, regrada e civilizada: - a liberdade, a igualdade, a justiça, a segurança, a ordem e o desenvolvimento. Como indispensáveis, a Liberdade e Igualdade com Justiça, no tempo é segurança (direito adquirido), consagrados no preâmbulo de nossa Constituição brasileira. Assim, há a precedência lógica do princípio da Liberdade numa ordem sequencial, seguido pelo princípio da igualdade. A justiça é responsável pelo equilíbrio necessário entre esses dois princípios, a liberdade e a igualdade, e esse ajustamento se dá não somente nesse momento. A justiça no tempo transforma-se em segurança das relações entre partes, resultando, por conseguinte, a ordem e o progresso^R, lema-princípio republicano.⁴⁹¹

Esse modelo inicial, após inúmeras reflexões e adaptações realizadas pelo referido Autor, resultou num modelo mais complexo,

O esquema sintetiza a organização dos valores supremos na ordem jurídica⁴⁹², a Liberdade é o primeiro princípio de todos, nele está o amparo da dignidade humana, a seguir o princípio da igualdade, que se combinam e encontram o equilíbrio na justiça, o ajustamento que se dá, não é só nesse momento. A justiça, no tempo, transforma-se em segurança das

⁴⁸⁸ (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 42)

⁴⁸⁹ (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 46 et seq.)

⁴⁹⁰ (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 55)

⁴⁹¹ (SOUZA JUNIOR, 1ª e 2ª semestre de 2012)

⁴⁹² (SOUZA JUNIOR, 1º e 2º semestre de 2012)

relações entre as partes que envolvem, em uma dialética temporal, a ordem e o progresso⁴⁹³, são valores supremos que levam através da fraternidade entre as pessoas, à felicidade, ao estado de bem estar social.

1.1 Valores supremos: a liberdade e a igualdade

É possível encontrar importantes referências aos elementos valorativos que ora estudamos em diversos textos constitucionais, ou declarações de direitos⁴⁹⁴, mas o sentido é diferente, assim como o é nos valores superiores na Constituição espanhola de 1978.

Mas a liberdade está desde a origem do constitucionalismo do século XVIII, como um conceito geral que logo vai se desenvolvendo. Assim, a análise parte do direito comparado, o primeiro instrumento é a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776. Nesse já estava estabelecida que “todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes e tem certos direitos inerentes dos quais não podem ser privados[...]” ou seja, viver a vida e a liberdade com os meios para adquirir a propriedade e perseguir ou obter a felicidade e a segurança. Igualmente a Constituição americana de 1787, o preâmbulo, estabelece a justiça e assegura as bênçãos d liberdade para todos e para a posteridade. Mas a jurisprudência de valores utilizado pelos Tribunais Superiores, a Emenda Constitucional V (de 1791) que determinou que ninguém seria privado da vida, da liberdade e da propriedade sem o devido processo legal, e a Emenda Constitucional XIV (de 1868) que proíbe a qualquer Estado negar a quem se encontre dentro de seus limites jurisdicionais a prestação das leis, igual para todos. Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, de 1789, no artigo 1º estabelecia que os homens nascem livres e permanecem livres e iguais em direitos, sendo como direitos “naturais e imprescindíveis” a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão, e, liberdade, conforme o artigo 4º, “consiste em poder fazer tudo o que não prejudica o outro”.

⁴⁹³ O lema-princípio republicano, com origem positivista, encontra-se no art. 13, § 1.º da Constituição da República Federativa do Brasil, é encontrado no preâmbulo da nossa Bandeira Nacional, instituída pelo Decreto-lei nº 04, de 19 de novembro de 1889.

⁴⁹⁴ Como a Declaração de Direitos francesa e norte americana, que fazem referência à conceitos como justiça e liberdade

A liberdade é o segundo elemento do bem comum. “Ninguém especialmente se beneficia da liberdade”, afirma TORRES, “assim como a Ordem não traz vantagem especial a ninguém.”⁴⁹⁵

Encontra-se definição do conceito de liberdade e justiça na Constituição espanhola, no preâmbulo da Constituição de Weimar, de 1919, mas, maior relevância tem nas Constituições posteriores à segunda Guerra Mundial. Na Constituição italiana, de 1947.

Como referido, a Constituição brasileira de 1988 determina como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos: a liberdade e a igualdade, dentre outros⁴⁹⁶.

Um dos temas mais estudados, tanto pelos filósofos, sociólogos, psicólogos e juristas, porque integra a própria natureza humana, é a liberdade. Talvez isso decorra do fato de se tratar de um termo confuso e com vários significados, decifrá-los é uma tarefa árdua. Trata-se de um conceito de enorme amplitude com sentidos diferentes, em âmbitos plurais - filosófico, social, ético, político, jurídico - sendo impossível um conceito único.

Para o filósofo grego Empédocles o princípio da analogia, ou da igualdade, regeria a atuação da *philia* (amor) e do *neikos* (ódio)⁴⁹⁷.

Inicialmente, liberdade é vista como livre arbítrio que se fundamenta na natureza humana, “[...] *le libre arbitre est la racione mène du monde de la liberte, c’est une donnée metaphysique, nous le recouvons avec notre nature raisonnable, nous n’avons pas à le conquerir: il apparait comme la liberte initiabile [...]*”⁴⁹⁸. Mas essa liberdade inicial é um meio para alcançar a liberdade que Maritain denominou de liberdade final, liberdade de execução: “*la libertas maior*”⁴⁹⁹ ou liberdade para o bem. O homem alcança a liberdade de autonomia quando governa a sua própria vida, nesse sentido, o momento máximo de sua personalização, “[...] *debemos convetirnos por nuestro proprio esfuerzo em uma persona, dueña de sí misma, y que sea em sí misma un todo [...]*” eis uma liberdade que se alcança com o esforço pessoal, é essa a que ele denomina *libertad final*⁵⁰⁰. Essa liberdade, nos tempos

⁴⁹⁵ (TORRES, Harmonia Política., p. 113)

⁴⁹⁶ A respeito destes trataremos nos próximos iten.

⁴⁹⁷ Empédocles falava do amor e do ódio, dois princípios cosmogônicos e as forças que um exerce sobre o outro em ciclos, o equilíbrio era dado princípio da igualdade (ou isonomia). (MONDIN, 1981) e Coleção Os Pensadores.

⁴⁹⁸ Jaques Maritain, in (PECES-BARBA.op.cit., 1972, p. 151). O livre arbítrio é a raiz do mundo da liberdade; se trata de um dado ontológico, elemento no qual o homem se encontra como elemento de sua natureza.

⁴⁹⁹ (PECES-BARBA, op.cit., 1972, p. 151)

⁵⁰⁰ (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1972, p. 151)

atuais, se realiza como sociedade democrática, exigência ou meio necessário para a realização plena da pessoa humana. “*una sociedad de hombres libres supone, en efecto, unos principios fundamentales que están en el corazón mismo de su existencia*”⁵⁰¹ para ele, essa sociedade deve ter consciência de si e de seus princípios, devendo ser capaz de promover a sua própria concepção de vida social e política e deve levar em si um “*común credo humano, el credo de la libertad*”. A segunda concepção, centra a liberdade social e política na liberdade terminal ou de autonomia. No seu dinamismo a liberdade passa do campo da psicologia – libertad inicial – para finalmente chegar ao campo da ética.^S

Sustenta Aristóteles que a igualdade é a base da justiça e, portanto, o fio condutor norteador para políticas públicas. Mas, “liberalismo é mais que um conjunto de crenças discretas sobre direitos a liberdade pessoal, o tratamento de pessoas como iguais”⁵⁰².

Não é possível falar em direito à liberdade e igualdade sem antes referir à precedência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, modelo das declarações que a sucederam, ainda merece respeito e deferência por aqueles que se preocupam com a liberdade e os direitos humanos^T. Essa Declaração ainda hoje vigora na França, integrando o chamado *bloc de constituonnalité*. Ferreira Filho esclarece que essa Declaração ainda integra o conjunto de regras de valor constitucional na França por força do “preâmbulo da constituição de 1958 – como ocorria na de 1946 [...]”⁵⁰³

1.1.1 Os valores supremos sob a ótica *iusfilosófica*

DWORKIN⁵⁰⁴ ao desenvolver a sua teoria dos princípios fundamentais do liberalismo, constrói um esquema de governo que se ajuste ao princípio da igualdade. Equacionar de forma satisfatória a relação entre liberdade e igualdade, estabelecer o que é importante na vida de uma pessoa, tem sido um dos principais problemas enfrentados pela filosofia política e

⁵⁰¹ (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1972, p. 152)

⁵⁰² (GUEST, et al., 2010), p. 275

⁵⁰³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

⁵⁰⁴ Para aprofundar o estudo sobre as bases do liberalismo segere-se a leitura da obra de Ronald Dworkin e Stephen Guest, que em 2010 foi traduzido para o português por Luís Carlos Borges. Boa parte dos esforços intelectuais de Dworkin, na década de 90, foram direcionados a desenvolver a “teoria substantiva da justiça” reunidos no livro “Virtude Soberana” onde defende a teoria política do que ele denominou liberalismo igualitário.

teoria do direito. Frente ao princípio humanista fundamental, as pessoas devem ser tratadas como iguais. Essa igualdade, nos respaldamos em DWORKIN para afirmar que trata-se da igualdade de recursos, pois, de outra forma, todos os seres humanos são iguais em suas humanidades.

Aliás, conforme André Luiz de Oliveira da SILVA, a liberdade na concepção de HUME define-se pela ausência de impedimentos externos para a prática da ação, uma definição, certamente, restrita e limitada. Mais do que isso, conclui SILVA, o agente é levado a praticar uma ação justamente por causa da influência e da determinação causal. Destaca-se:⁵⁰⁵ Por liberdade, então, só nos é possível entender um poder de agir ou não agir, de acordo com as determinações da vontade; isto é, se escolhermos ficar parados, podemos ficar assim, e se escolhermos nos mover, também podemos fazê-lo. Ora, essa liberdade hipotética é universalmente admitida como pertencente a todo aquele que não esteja preso e acorrentado.

Talvez não se possa nem mesmo falar em liberdade na investigação humana, tendo em vista o forte apelo às determinações naturais quando da escolha moral de cada indivíduo. Para romper com a lógica empirista, é imprescindível uma explicação para o fenômeno moral a partir de uma causalidade não natural. Para uma ação livre, requer-se uma causa imposta.¹

Ao comparar Hume e Kant, SILVA esclarece:

Segundo Hume, a ação está condicionada por causas naturais, de tal modo que a vontade instiga o agente a praticar uma ação com base na sensação de prazer e de dor. Kant, ao contrário, visa romper a causalidade natural, com o objetivo de assegurar a autonomia do agente, apontando o imperativo categórico como uma condição para a liberdade da ação. Enquanto Hume ressalta que a vontade não está habilitada à prática de uma ação livre, Kant adverte que, se ficarmos restritos a elementos empíricos, a ação carecerá, certamente, de valor moral.⁵⁰⁶

O problema, contesta André da Silva, é que ninguém pode ser livre se sua vontade está condicionada pela determinação natural. Se o sujeito está condicionado pela causalidade

⁵⁰⁵ HUME, David. **Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. Tradução de Déborah Danowski, in: SILVA, André Luiz de Oliveira da. De Hume a Kant: as determinações da vontade e a ação livre. Volume II, nº 2, Porto Alegre: outubro/ 2009.p. 54-60.

⁵⁰⁵ O liberalismo abrangente é a versão de liberalismo denominada “igualdade liberal”, apresentados por Dworkin no texto “Foundations of Liberal Equality”, em 1988 e, em “Liberalism”, em 1978

⁵⁰⁶ HUME, David. **Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. Tradução de Déborah Danowski, in: SILVA, André Luiz de Oliveira da. De Hume a Kant: as determinações da vontade e a ação livre. Volume II, nº 2, Porto Alegre: outubro/ 2009.p. 54-60.

natural, é porque não lhe resta alternativa para escolher entre o bem e o mal, o justo e o injusto, etc. O homem que age seria constantemente determinado por relações causais e, por consequência, não seria um agente moral livre. A versão de liberalismo que ele defende é a liberdade, igualdade e a comunidade, como virtudes políticas distintas, que são aspectos de um único ideal político. Essas virtudes formam uma estrutura independente, o “tecido emocional do liberalismo”.

DWORKIN defende idéia de que ninguém, nem qualquer instituição, pode impor um modelo de vida sem o consentimento da pessoa. Para esse autor americano, dois princípios definem as bases e as condições da dignidade humana: a) O primeiro, o do valor intrínseco, esse nos diz que a vida humana tem um tipo especial de valor objetivo - ligado a uma potencialidade do momento que nascemos - isto é, está ligado ao fato de que uma vida humana é importante por si e não apenas porque queremos que seja sucesso. b) O segundo princípio, é o da responsabilidade especial, neste cada um é responsável pelo seu sucesso da vida. Essa responsabilidade inclui também a convicção do que seria vida boa⁵⁰⁷. Esses dois princípios nos remetem a dois valores políticos.

GUEST, por sua vez, vê dificuldade na visão moral ‘compreensiva’⁵⁰⁸, defendida por DWORKIN, porque abrangeria a vida de todas as pessoas, especialmente quanto aos limites de tolerância implicados. Ele entende que, algumas formas de vida são ‘incompatíveis’ entre si. Para tanto, “Ambas as vidas podem ser compatíveis no sentido de que cada uma é capaz de ser uma forma perfeita de se viver dentro de uma estrutura política que sustenta o princípio da liberdade, que permite que tais vidas sejam conduzidas”⁵⁰⁹.

RAWLS buscou apresentar a teoria da justiça alternativa ao intuicionismo e ao utilitarismo⁵¹⁰. Sua teoria foi chamada de “liberalismo igualitário”, concepção que sofreu mudanças ao longo de sua produção intelectual. Dworkin⁵¹¹ foi um grande crítico das ideias de

⁵⁰⁷ Vida boa, na concepção de Aristóteles é a felicidade na concepção de Platão. Encontramos na obra *Justice for Hedgehogs* de Ronald Dworkin, a diferença entre moral e ética, nesse sentido, ele fundamenta a necessidade de cumprir as normas por meio da diferença entre vida boa e viver bem.

⁵⁰⁸ Visão moral compreensiva, conforme o autor, no sentido de que sustenta uma forma de viver que ‘compreensivamente abrange as vidas de todas as pessoas’ porque no exercício de sua liberdade, a maneira melhor de viver é: buscando ideias, metas e carreiras.

⁵⁰⁹ (GUEST, et al., 2010) p. 279.

⁵¹⁰ O utilitarismo ou welfarismo diz que todo o ato é moralmente correto se produzir mais felicidade ou bem-estar para os membros da sociedade. As teorias da justiça rawlsiana e dworkiana foram construídas como concepções de justiça que não estivessem presas justamente ao conceito de dor ou prazer ou a concepções religiosas, morais ou filosóficas (*in Rawls. Justice as Fairness: a restatement*)

⁵¹¹ Dworkin (1931-2013), filósofo do direito americano, falecido recentemente, ocupou na academia a posição de professor de Teoria Geral do Direito na University College London e na New York University School of Law

John RAWLS⁵¹², reinterpretando os pressupostos fundamentais do liberalismo. Ele defende que o princípio das liberdades básicas não deve se sobrepor ao princípio das igualdades sociais e econômicas e critica a teoria contratualista,⁵¹³ sob o argumento de que mesmo que as pessoas estivessem sob o “véu da ignorância”, elas não contratariam esses dois princípios. Para defender seu posicionamento, ele sustenta que o primeiro princípio da justiça é o “direito originário que cada pessoa tem de ser respeitada e considerada de modo igualitário.”⁵¹⁴ Esse autor, ao desenvolver a sua teoria dos princípios fundamentais do liberalismo, tenta explicar e justificar um esquema de governo que se ajuste ao princípio da igualdade. Ele interpreta os conceitos de igualdade, liberdade e comunidade para compor o que ele denomina “igualdade liberal”⁵¹⁵. Para ele, a virtude soberana do Estado é tratar todos com igual consideração e respeito. Afirma que, grande parte das diferentes teorias políticas são interpretações desse direito. A “igualdade liberal”⁵¹⁶, desse filósofo do direito norte americano, consistia numa visão que uma distribuição justa de recursos é atingida quando todos podem usufruir igualmente daquelas condições que são necessárias para a sua forma de vida. Desigualdades de recursos (terras, casas), conseqüentemente, devem ser retificadas pela simples transferência, as desigualdades pessoais (diferenças de talentos e saúde) devem ser compensadas por um sistema de impostos redistributivos.⁵¹⁷

Celso Ribeiro Bastos, expressa dificuldade que existe para a conceituação do princípio da igualdade. Conforme ele, é utopia pensar que igualdade é assegurar a mesma quantidade de

⁵¹² Rawls, em seu clássico livro “Uma teoria da justiça” de 1971, cria um procedimento para estabelecer princípios básicos de justiça que devem regerem uma sociedade democrática. Imaginando uma situação hipotética, que ele chama de “posição original”, na qual as pessoas fariam, antes de uma Constituição, um contrato desses princípios para depois fundar as demais instituições necessárias à cooperação entre os indivíduos. Entende que as pessoas, sob o *véu da ignorância*, escolheriam os seguintes princípios de justiça: 1º direito às liberdades básicas : as liberdades de consciência, de falar sobre assuntos políticos, de votar, de possuir propriedades, de não ser preso sem o devido processo; 2º direito a igualdade. Neste, eventuais diferenças na distribuição de riquezas seriam toleradas se atreladas a todos e abertas a todos; 3º Havendo conflito entre os dois princípios, o das liberdades básicas deveria se sobrepor ao das igualdades sociais e econômicas.

⁵¹³ Outra importante crítica, necessária para compreender o pensamento de Dworkin, está no artigo “The Original Position”, neste ele contrapõe o modelo construtivista, procedimental de Rawls, ao modelo naturalista de justificação, mostrando que o que fundamenta o princípio da igualdade como prioritário, é o direito que cada pessoa tem de ser respeitada e considerada de modo igualitário, “o direito ao igual respeito não é um produto do contrato, mas condição de admissão na posição original” (idem. p. 51)

⁵¹⁴ DWORKIN, R. The Original Position. [1975]. In: DANIELS, N. Reading Rawls. Critical studies in Rawls' A theory of justice. Stanford: University Press, 1989. p.16-53

⁵¹⁵ O liberalismo abrangente é a versão de liberalismo denominada “igualdade liberal”, apresentados por Dworkin no texto “Foundations of Liberal Equality”, em 1988 e, em “Liberalism”, em 1978

⁵¹⁶ O igualitarismo liberal de Dworkin não se funda apenas numa noção formal de igualdade.

⁵¹⁷ Fundamentos de políticas afirmativas

direitos para todos os cidadãos, nela “[...] todos disporiam de igual quantidade de bens, seriam remunerados igualmente e todas as profissões teriam a mesma dignidade. Nesse mundo todos seriam iguais”.⁵¹⁸ Seria uma ideia utópica e absurda, que não traduz a maneira real de organização da sociedade. As pessoas são distintas, “alguns são talentosos, outros mais esforçados, outros, ainda, possuidores de um dom especial. A própria habilidade das pessoas não é igual, o que faz com que algumas ascendam à posição de mando”⁵¹⁹. Mas, mesmo com as diferenças inerentes a cada ser humano em particular, nada impede que o Direito à igualdade se constitua numa das principais ideias do constitucionalismo moderno.

Com a Revolução Francesa, “a igualdade então proclamada era uma situação de identidade de todos perante às possibilidades e os benefícios que a vida oferece. Era uma igualdade de ponto de partida, segundo o qual todos teriam, pelo menos em teoria, iguais condições de se diferenciarem, sempre, é óbvio, respeitadas as leis.”⁵²⁰

O conceito desse princípio da igualdade, com o passar do tempo e sem perder essa concepção de sua origem na Revolução Francesa, foi sendo ampliando para impedir que “os homens fossem diferenciados pelas leis”. Assim, o que ainda persistiria hoje seria a igualdade perante a lei. Contudo, “constatou-se que a lei sempre discrimina”⁵²¹. Afirma esse autor, “Esse é o sentido que tem a isonomia no mundo moderno. É vedar que a lei enlace uma consequência a um fato que não justifica tal ligação”. “Não pode haver uma lei que discrimine em função de critérios como a raça, sexo, crença religiosa, ideologias ou políticas.”

O princípio da igualdade não se limita a proibir a desigualdade em função de poucos critérios princípio da igualdade vai mais longe, não se limitando a proibir a desigualdade em função de poucos critérios. O vício da inconstitucionalidade pode incidir em qualquer norma desde que não dê um tratamento razoável, equitativo, aos sujeitos envolvidos e, toda a vez que uma lei perde o critério da proporcionalidade ele envereda pela falta de isonomia. È, por isso, que o princípio da isonomia é dos mais importantes da Constituição: ele incide no exercício de todos os demais direitos”. Direito de liberdade, de propriedade de comunicação desde que respeitado o princípio da igualdade. Na verdade, a sua função é de um verdadeiro “princípio a informar e a condicionar todo o restante do direito” [...] a igualdade não assegura nenhuma situação jurídica específica, mas na verdade garante o indivíduo contra toda má

⁵¹⁸ (BASTOS, op.cit., p.180)

⁵¹⁹ (BASTOS, op.cit. p. 180)

⁵²⁰ BASTOS, op.cit., 181)

⁵²¹ BASTOS, op.cit., p. 182)

utilização que possa ser feita da ordem jurídica”⁵²² Para Celso Bastos, O princípio da igualdade transcende o legislador para atingir também, aos particulares, “Portanto, a igualdade é o mais vasto dos princípios constitucionais, não vendo recanto onde ela não seja impositiva”⁵²³

A igualdade é princípio informador de todo o sistema jurídico, reveste-se também da condição de um autêntico direito subjetivo. “O cidadão possui o direito de não ser diferenciado por outros particulares nas mesmas situações em que a lei também não poderia diferenciar” É curial que nenhuma lesão existe ao princípio se os critérios discriminatórios forem aqueles que encerram valores prezados pela sociedade. Então seria lícito vedar o acesso às pessoas desonestas, desonradas, grosseiras, de má reputação. E acrescenta ele: - “No entanto, seria perfeitamente inconstitucional excluir pessoas por pertencerem a certa religião ou por serem de determinada raça ou nacionalidade”

A problemática da igualdade entre os sexos insere-se dentro de uma preocupação maior, qual seja, a da igualdade entre os seres humanos. Assim sendo, as Constituições modernas não poderiam esquivar-se ao problema,⁵²⁴ ainda que existam diversidades culturais “[...] o fato é que o direito há de respeitar estas distinções que, embora de base eminentemente cultural, não deixam de ter como suporte uma diferenciação na própria caracterização de cada um dos sexos”.⁵²⁵ Nesse aspecto, BASTOS identifica dois modelos na Constituição brasileira, o primeiro, a proibição de discriminação legislativa, já era adotado pelo Brasil também nas constituições anteriores, e o segundo, o da igualdade absoluta entre homens e mulheres, inserida somente a partir de 1988.

É forçoso reconhecer que a disposição que estatui direitos iguais ente homens e mulheres só se aperfeiçoa e se torna eficaz na medida que a própria cultura se altera. “É necessário que as mentalidades se modifiquem além do fato de que às mulheres cabe uma luta para a efetiva implementação dos dispositivos constitucionais”⁵²⁶ Vivemos em uma época de avanços da mulher na sociedade, contudo ela traz marcas arraigadas de posições ultrapassadas em termos históricos, marcadas por uma subjunção injusta da mulher” problemática da igualdade entre os sexos insere-se dentro de uma preocupação maior, qual seja, a da igualdade entre os seres humanos. Assim sendo, as Constituições modernas não poderiam esquivar-se ao problema. Homens e mulheres não são, em diversos sentidos, iguais, (psicológica, biológica, fisiológica e outras) sem que com isso se queira afirmar a primazia de um sobre o outro. “O que cumpre notar é que, por serem diferentes, em alguns momentos haverão forçosamente de possuir direitos adequados a estas

⁵²² (BASTOS, op. cit., p. 182)

⁵²³ (BASTOS, op.cit, p.183)

⁵²⁴ (BASTOS, op. cit, p.184)

⁵²⁵ (BASTOS, op. Cit., 185)

⁵²⁶ (BASTOS, op. Cit., p. 185)

desigualdades”⁵²⁷. Homens e mulheres não são, em diversos sentidos, iguais, (psicológica, biológica, fisiológica e outras) sem que com isso se queira afirmar a primazia de um sobre o outro. Forçosamente, é necessário destacar que “O que cumpre notar é que, por serem diferentes, em alguns momentos haverão forçosamente de possuir direitos adequados a estas desigualdades”

A concepção do liberalismo abrangente não pode abrir mão dos dois conceitos de dignidade. O liberalismo exige uma tolerância, que ele denomina de tolerância benigna, mesmo desaprovando, o liberal deve aceitar boa parte do que as outras pessoas fazem ⁵²⁸. Para GUEST, o tom contraditório está no fato de que “eu desaprovo fortemente o que você faz, mas eu fortemente apoio o seu direito de fazê-lo”, ⁵²⁹ ou haveria o direito de fazermos aquilo que é errado. A defesa da política da tolerância, quando estiver intelectualmente fortalecida. Quando essa tolerância triunfa politicamente, a probabilidade é que se encontre amparada por argumento utilitarista insatisfatório. A liberdade deixou de ser uma liberdade jurídica do liberalismo e se converteu em liberdade material da nova forma de Estado.

GUEST critica o liberalismo na forma defendida por DWORKIN, afirma que não é fácil justificar intelectualmente o liberalismo, especialmente diante da dualidade de pensamento apresentada. Segundo o autor, o problema é que o liberalismo assim definido aparece “hipócrita”, na medida em que busca uma justificativa moral para a permissão estatal de algumas condutas imorais. Ele parte de dois argumentos justificando seu ponto de vista. O primeiro, consiste na impossibilidade de objetividade do raciocínio moral - as nossas opiniões morais são apenas opiniões pessoais e o nosso direito de ter visões próprias não nos dá o direito de impô-las às outras pessoas. Mas, o Estado tem o dever de ser tolerante com a visão de todos. Afirma que, não faz sentido dizer ao mesmo tempo, que não há certo ou errado sobre assuntos morais e dizer que a tolerância é moralmente correta⁵³⁰. Chama de liberalismo “hippe” ⁵³¹ a tolerância levada a extremos, aquela que passa do simples endosso do exercício da liberdade a atos resultantes dessa liberdade.

Para ele, a liberdade (autonomia) depende das oportunidades, das opções de vida.

⁵²⁷ (BASTOS, op. Cit., p. 185)

⁵²⁸ Guest entende que esse tom contraditório da tolerância benigna é uma das grandes razões pelas quais as pessoas acham moralmente difícil aceitar o liberalismo apresentado por Dworkin.

⁵²⁹ (GUEST, et al., 2010). p. 276.

⁵³⁰ Guest critica os pós-modernos, a exemplo de Richard Rorty, que seguidamente cometeriam esse tipo de raciocínio contraditório.

⁵³¹ Consiste em não só tolerar o que as pessoas fazem, mas também aprovar, vendo como verdadeiramente bom tudo o que fazem. Destaca, como problema dessa visão do liberalismo o fato de que ingenuamente se espera demais. Aos críticos desse tipo de liberalismo, os “comutaristas do liberalismo”, é vista como uma teoria moralmente empobrecida, porque, segundo eles, permitiria que as pessoas vivessem, como questão de direito, vidas moralmente imperfeitas, sem controle ou crítica

O homem justamente aprecia a liberdade e com paixão a busca: justamente quer e deve formar e guiar, de sua livre iniciativa, a sua vida pessoal e social, assumindo por ela plena responsabilidade. A liberdade, com efeito, não só muda convenientemente o estado de coisas externas ao homem, mas determina o crescimento do seu ser pessoa, mediante escolhas conformes ao verdadeiro bem: desse modo, o homem gera-se a si próprio, *é pai* do próprio ser, constrói a ordem social⁵³².

Valor supremo do Estado Democrático de Direito, princípio axio-jurídico da ordem política institucionalizada e organizada, a liberdade é um valor garantido em todas as Constituições dos Estados contemporâneos. A liberdade é lema-princípio, positivados ou não, que encontramos na maior parte dos Estados republicanos.

1.2 A justiça

O tema da justiça tem sido enfrentado por diversos pensadores e, como visto, tem diversas concepções conforme a época. Somente agora ela é concebida como um valor jurídico, tradicionalmente a justiça tem sido tratada como uma virtude integral na filosofia ética.

Encontramos em Ramón SORIANO⁵³³ um estudo a respeito dos valores jurídicos, dentre eles a justiça sob diversas concepções, desde as primeiras formulações históricas do critério de justiça, as concepções clássicas na história da filosofia do direito, a concepção iusnaturalista de justiça, a concepção positivista – formalista e material – a concepção socialista, concepção utilitarista, concepção relativista de justiça. Num segundo momento, aquelas que ele identificou como concepções atuais, a concepção nominalista e tópica da justiça, a concepção emotivista, a concepção neoliberal, a concepção libertária, concepção discursiva, concepção econômica, concepção de justiça baseada na necessidade social, a concepção cultural e, por fim, a concepção de uma justiça possível – a racionalidade discursiva e necessidades no contexto cultural. Assim, concebe a justiça como o valor jurídico do direito por excelência, é o valor mais geral e abstrato porque é compreendido entre outros valores jurídicos. E a justiça é vista como um valor comum que resume o resto dos valores do direito.

⁵³² Compêncio da Doutrina Social da Igreja, in www.vatican.va/roman_curia.

⁵³³ SORIANO, Ramón. Valores Jurídicos y Derechos Fundamentales. Espanhã: Editorial Mad, S.L., 1999, pp. 76-77.

Conforme SORIANO, “*son muchos los juristas que piensan que la justicia es una dosificación armónica de los grandes valores del derecho, la libertad y la igualdad.*”⁵³⁴ a esses nos filiamos. A justiça por ser geral e abstrata é um valor fácil de ser traduzido em postulados básicos, mas difícil de concretizar em critérios e regras práticas. No mais alto plano do direito positivo, as constituições dos vários sistemas de direito costumam coincidir nos mesmos postulados do justo.

Nesse sentido, na Constituição brasileira a referência à justiça já se encontra no preâmbulo, inserido no rol dos valores supremos. Ainda, quis o legislador constituinte inserir no texto constitucional que é objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.⁵³⁵ Possivelmente o máximo do postulado do justo seja a igualdade na concepção clássica de justiça – a comutativa e distributiva - ou seja, igualdade consiste em dispensar um tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais. Concedendo, para tanto, a garantia do direito à todos de uma razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.⁵³⁶

Encontramos em ARISTÓTELES origem do conceito de Justiça Social. Esse filósofo subdividiu a justiça (gênero) em três espécies: a justiça geral, justiça distributiva e justiça corretiva. Ao traçar a teoria de justiça, o filósofo grego iniciou o seu raciocínio a partir de senso comum, “A justiça é uma (*dikaiosyne*) virtude que nos leva (...) a desejar o que é justo (*dikaion*)”⁵³⁷ (grifos conforme o original). A distinção entre *dikaiosyne* e *dikaion* na linguagem corrente, marca a diferença entre dois modos de se estabelecer o que é devido a outrem: pela lei (justiça geral) ou pela igualdade - na justiça particular. Aristóteles representa um marco de referência obrigatória, porque resume ordenadamente os critérios do justo fornecido pelo rico pensamento grego, que influi através da escolástica nos séculos posteriores.⁵³⁸

A partir do ensinamento “Amarás o teu próximo como a ti mesmo” (Mt. 22, 34-40), que tem força de mandamento para o cristianismo, iniciou-se a igualdade na valorização do outro e por conseguinte o outro enquanto coletivo. Desse ensinamento construiu-se a compreensão de que justiça e igualdade fundidas. Posteriormente, tomando por base o Direito

⁵³⁴ (SORIANO, op.cit., p. 43).

⁵³⁵ No artigo 3º, inciso I, da Constituição brasileira de 1988.

⁵³⁶ Artigo 5º, inciso LXXVIII, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

⁵³⁷ Cf. ARISTÓTELES, *Ética a Nocômaco*. Tradução de Julián Marias. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1999, p. 1.129 a

⁵³⁸ Nesse sentido, SORIANO, p. 44.

Romano, Tomás de AQUINO define justiça como “ [...] é dar a cada um o que lhe é devido[...]”⁵³⁹. Esse autor concebia ser humano como um animal social e, a justiça se faz em consideração ao bem comum, porque o que beneficia a um estende-se em benefícios à toda a comunidade. Dando continuidade à tradição Aristotélica, porém fazendo acréscimos a partir de elementos, esse autor também diferenciava o que denominou de justiça legal (ou justiça geral para Aristóteles) e a justiça particular (que reside no sujeito a quem é devido o ato). Mas foi mais além, ao ampliar o conceito de justiça legal, afirmando que o objeto desta é o bem comum, que diz respeito ao que é devido “a outro em comum” ou à comunidade (aos membros de uma comunidade).

No século XIX, com o impacto da sociedade democrática, autores tomistas sentiram a necessidade de repensar e atualizar os conceitos de , justiça legal/geral, de ARISTÓTELES e de AQUINO, para fazer frente a uma sociedade igualitária. Surgem autores como Charles TAYLOR, MONTESQUIEU e os jesuítas tomistas Taparelli D’AZEGLIO, italiano, a quem devemos a expressão “justiça social” e o francês ANTOINE, o primeiro a dizer que justiça é a constante vontade dos cidadãos, sob a direção da autoridade suprema, de dar o que é devido à sociedade. Talvez por isso por muito tempo se tenha identificado justiça com direito natural. A justiça derivada da ordem estabelecida por Deus, através do direito natural.

As diferentes concepções dos postulados do que é justo não só se manifestam nos ordenamentos jurídicos atuais, pois a ideia do que é justo tem variado no processo histórico acompanhando a evolução da sensibilidade ética da sociedade no curso da história, tem havido diferentes sentidos dos ideais de justiça.⁵⁴⁰

KELSEN, em 1960, ao publicar a 2ª edição da Teoria Pura do Direito, no apêndice tratou a respeito de “A Justiça e o Direito Natural” ressaltava a importância da “política jurídica” a qual caberia decidir sobre a valoração da conduta como conteúdo das normas jurídicas.⁵⁴¹ Esse tema tem sido objeto de reflexões do autor desde 1911, quando esse autor publicou uma obra a respeito do Direito Natural em Platão”, e sustenta que “justiça é um valor constituído por uma norma de justiça, que serve como esquema de interpretação de conduta: é

⁵³⁹ Cf. AQUINO, Tomas de, *Suma Teológica*, v.8, Madri: BAC, 1956, II-II, q.60, a.3.

⁵⁴⁰ Conforme SORIANO, “Em nuestra época la justicia está recibiendo varios y contradictorios tratamientos, que van desde su negación – como valor ideológico (Marx), emocional (Ros), acientífico (Kelsen), meramente lingüístico (Perelman) – hasta su afirmación ontológica en un discurso ético-comunicativo (Apel, Habermas) o neocontractualista (Rawls).” (SORIANO, op.cit.p. 45).

⁵⁴¹ KELSEN, Hans. Teoria Jurídica e Política. OLIVEIRA, Júlio Aguiar e outros (org). Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.77.

justa a conduta que corresponde a essa norma e injusta a que contraria.”⁵⁴² Mas, ao procurar definir o que é justiça ele diz que é um ideal irracional, no sentido de que “não pode ser apreendido pela razão e pela razão evidenciado como absoluto”⁵⁴³ E diante do relativismo da justiça ele ofereceu uma concepção e justiça ao afirmar:

De fato, não sei e não posso dizer o que é a justiça, a justiça absoluta, esse belo sonho da humanidade. Devo satisfazer-me com a justiça relativa, e só posso declarar o que significa justiça para mim: uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, trata-se daquela justiça sob cuja proteção a ciência pode prosperar e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade. É a justiça da liberdade, da paz, da democracia, da tolerância.⁵⁴⁴

Justiça, não é uma questão somente jurídica, mas envolve todos os planos o relacionamento humano e a vida. Conforme o referido autor, a “questão da valoração da conduta, e de como deve ela integrar o domínio do Direito, como conteúdo das normas, é que a questão os valores que a sociedade deve proteger e cuja efetivação almeja assegurar”.⁵⁴⁵

Para MONTESQUIEU a honra estava ligada a nobreza, era definida como um sentimento de valor pessoal por ocupar uma determinada posição (*status*) dentro da hierarquia social. Essa concepção foi substituída, nas sociedades modernas, pela noção de dignidade, empregada num sentido universalista e igualitário, inerente aos seres humanos. Portanto, mais democrática e absoluta porque todos os Seres Humanos a partilham, deixou a justiça de ser vista como natural e passou a ter uma conotação legal, fundada na legalidade sustentada na igualdade de todos os Seres Humanos, esse é o meio para alcançar o bem comum (na concepção de Thomas de Aquino).

Historicamente a honra era um valor tão intangível que justificava comportamentos, que hoje nos parecem aberrantes e contrários a um bem jurídico tão essencial como é a vida. Igualmente, não é indiferente frente ao tratamento dispensado aos animais que hoje não são justificáveis como o eram no século XX.

A justiça natural transformou-se em justiça social, e a justiça distributiva tornou-se o princípio ordenador da vida social. Essa posição encontrou reforço no século XX, a partir das Encíclicas Sociais da Igreja Católica, especialmente a *Quadragesimo anno*, que reinaugurou o uso do termo justiça social. Passam os valores da justiça social à

⁵⁴² (KELSEN, op.cit., p. 77).

⁵⁴³ (KELSEN, op. cit., p. 78)

⁵⁴⁴ (KELSEN, op.cit. p. 78, *apud* KELSEN, O que é justiça?: A justiça, o direito e a política no espelho da ciência, p. 35).

⁵⁴⁵ (KELSEN, op.cit., p.78)

universalidade da justiça legal, uma vez que o bem comum é o bem de todas as pessoas, todos são igualmente obrigados e beneficiados. Consequentemente, devem ser afastada as desigualdades das pessoas em aspectos constitutivos, suas necessidades básicas.

A justiça social regula as relações sociais do indivíduo com a comunidade determinando quais são os deveres em relação a todos os membros da comunidade. A atividade própria da justiça social é mútuo reconhecimento no interior da comunidade, é considerar o outro como sujeito de direito e deveres como pessoa humana (dignidade), é a justiça legal de AQUINO. O ser humano é considerado Pessoa Humana, isto é, um membro de uma comunidade específica. Assim considerada essa Pessoa como um ser concreto, individual, racional e social, lhe sendo devido todos os bens necessários para a realização das suas dimensões humanas.⁵⁴⁶

Mesmo a justiça particular - distributiva (relação entre comunidade e seus membros) e comutativa (relação entre dois indivíduos) - visa diretamente o bem do particular, mas, indiretamente, tem por objeto o bem comum. Nessa justiça distributiva a Pessoa Humana é um sujeito concreto, na medida em que o indivíduo é colocado como destinatário de um processo de distribuição, ele possui concretamente características consideradas como causa de distribuição, o indivíduo no *lócus* específico que ocupa no interior da comunidade, por exemplo: honras, dinheiro e tudo o que pode ser repartido entre os membros. Em contraposição, a justiça particular comutativa a Pessoa Humana é tratada como um sujeito abstrato, participante de uma relação bilateral, o sujeito é abstraído de qualquer tipo de caracterização. O dever da justiça social fundamenta-se na reciprocidade, relação do indivíduo e com todos os membros da comunidade. Na justiça social, para ser considerado portador de um direito, de uma igualdade atual, absoluta, o indivíduo já deve ser considerado igual aos demais, em um sentido básico, essa igualdade encontra-se na dignidade da Pessoa Humana. O fundamento ético da justiça social é a humanidade como um fim, a justiça social⁵⁴⁷ fundamentada no caráter social do ser humano como membros de uma comunidade, para alcançar sua plenitude por ser um ser social, se vê numa rede de relações de dever.

Luiz Fernando BARZOTTO, a quem se deve a reconstrução e desenvolvimento do conceito de justiça social, a partir de sua obra “Justiça Social – Gênese, estrutura e aplicação

⁵⁴⁶ Sobre esse tema, SOUZA JUNIOR, A supremacia do Direito, obra relacionada na bibliografia.

⁵⁴⁷ A justiça social é fundada na ideia de dignidade da pessoa humana do art. 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil.

de um conceito”⁵⁴⁸, a justiça comutativa consiste em compensar ou indenizar os membros de grupos discriminados não encontra sustentação no ordenamento constitucional brasileiro.. Essa é conhecida como a justiça distributiva e a justiça corretiva, o juiz é o sujeito que restabelece a igualdade.⁵⁴⁹ Para a justiça geral “ato justo é aquele que se exerce em conformidade com a lei”,⁵⁵⁰ pois, as ações legais, estabelecidas por lei, são estabelecidas para que atinja o bem comum. Quanto a justiça particular, diz respeito àquilo que é devido “a outro considerado individualmente”, o objeto é o bem particular. A justiça particular é a justiça distributiva (igualdade proporcional, ou seja, reparte proporcionalmente o que é comum) e a justiça comutativa (igualdade absoluta, que regula as trocas que se realizam entre duas pessoas, igualar coisa a coisa) a semelhança da justiça corretiva de Aristóteles

Conforme Joaquim Barbosa GOMES, os dois principais postulados filosóficos das ações afirmativas são a tese da justiça distributiva e da justiça compensatória/comutativa. A ação afirmativa, constante da obra desse autor, tendência que vem sendo também dominante nos Estados Unidos, é definida como “um conjunto de políticas públicas e privadas (...), concedidas com vistas ao combate a discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego”⁵⁵¹, cujos postulados filosóficos são a tese da justiça compensatória e distributiva. Compensatória a medida que a ação afirmativa seria o meio de compensar as vítimas de injustiças cometidas no passado aos antepassados pertencentes a grupos sociais no pretérito discriminados. Para obter uma sociedade completamente justa é necessário que toda injustiça praticada contra grupos minoritários⁵⁵² oprimidos no presente e passado seja reparada. A tese da justiça comutativa pode levar a reduzir às pessoas desses grupos discriminados a condição de vítimas e não cidadãos, violando a dignidade destes enquanto pessoas humanas, ninguém deve ser considerado membro alheio à comunidade.

⁵⁴⁸ Na obra, o autor aborda a justiça social, partindo do filósofo Aristóteles, primeiro a propor uma teoria sistêmica da justiça, seguido por Thomas de Aquino, ele o faz uma análise desde a gênese do conceito ao longo da história, propondo uma reconstrução e desenvolvimento do conceito.

⁵⁴⁹ BARZOTTO, Luiz Fernando. *Justiça Social – Gênese, estrutura e aplicação de um conceito*.

⁵⁵⁰ Justiça geral para Aristóteles se orienta pela ideia de legalidade.

⁵⁵¹ GOMES; Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade*, Rio de Janeiro:Renovar, 2001, p. 40.

⁵⁵² O direito estudado é o direito à educação, art. 6º, art. 205 e 208, parágrafo 1º, configurado como direito público subjetivo, mas, o ensino superior o critério de acesso é a “capacidade de cada um”, portanto limita a oferta somente aqueles que demonstram capacidade para aproveitá-los, é, pois um direito social de justiça distributiva.

SORIANO afirma que justiça é um tema cultural, de difícil definição aceitável, por sua abstração e ambiguidade.⁵⁵³ Na atualidade, tem surgido com bastante vigor as teorias comunitaristas (justiça compensatória/comutativa) em contrapartida às teorias liberais universalistas. As primeiras defensoras de valores, princípios e direitos próprios das comunidades e válidos no seu âmbito exclusivamente ao ser compartilhado com os membros da comunidade, já a segunda, seguem a tradição ocidental do universalismo de direitos, os direitos humanos, que por seu valor intrínseco devem traspasar as demais culturas ainda arraigadas em antigas fases de desenvolvimento dos valores éticos.

E, conforme o autor espanhol, os direitos fundamentais são as instituições, atributos e faculdades concebidas aos indivíduos e grupos pelo ordenamento jurídico positivo, como concreção das exigências éticas da comunidade onde são aplicados, para proteger seus bens jurídicos essenciais. Os direitos humanos seriam, em íntima dependência como os direitos fundamentais, as exigências éticas dos povos, dos grupos e dos indivíduos que, como determinação dos valores da segurança, da liberdade, da igualdade e da solidariedade humana, manifestam uma forte pretensão ao reconhecimento positivo e reclamam sua incorporação no ordenamento dos Estados.⁵⁵⁴ Concluindo que a segurança é um valor “*de la Antigüedad y Medioevo, cuando los textos jurídicos tienen por objeto recoger derechos jurisdiccionales de las personas contra la arbitrariedad del poder*”. Já a liberdade, diz o autor, “*es el valor de la Edad Moderna, de los siglos que van desde el Renacimiento hasta el Siglo de las Luces, que comienzan positivando escuálidamente a la libertad de pensamiento y religiosa y terminan con los primeros avances de la libertad de reunión u asociación*”. E, o valor do constitucionalismo no mundo contemporâneo é a igualdade, desde a metade do século XIX até os nossos dias, depois de esporádicos direitos sociais que se somam a experiência constitucional fruto da Revolução Francesa. Esses valores, segurança, liberdade e igualdade são presentes na história do direito, e com maior força e exigências, ainda que na doutrina ou no pensamento dos grandes pensadores de cada época, ainda que sejam interpretados de forma peculiar em cada período, são progressivamente enriquecidos com exigências éticas, direitos humanos, e preceitos concretos do ordenamento jurídico, os direitos fundamentais.

⁵⁵³ SORIANO, Ramón. *Valores Jurídicos y derechos fundamentales*. Colección Universitaria. De Materiales Jurídicos. Editorial Mad, S.L. Espanha, S/I., p. 109 e ss.

⁵⁵⁴ SORIANO, op. Cit., p. 136-137. (tradução da autora)

Hay un proceso filosófico e histórico de concreción, que va desde los valores, mas generales, a los derechos fundamentales, mas específicos, pasado por el punto intermedio de los derechos humanos.

PECES-BARBA, concorda com SORIANO ao analisar os valores superiores como sistema, quanto à ambiguidade do conceito de justiça, e, que ao longo dos tempos, do processo evolutivo e depuração de conceitos, a justiça vem perdendo o sentido mítico de suas origens para se tornar um termo respeitável, com grande valor emotivo, mas materialmente sem conteúdo próprio, sendo preciso referir-lhe outros termos com uma possível identificação real. E, reforça a dificuldade de um conceito conclusivo do que é justiça, afirmando que KELSEN no final da carreira acadêmica, em 1952, quando reconheceu a incapacidade das diversas doutrinas para encontrar um conteúdo válido, uma resposta adequada.⁵⁵⁵

A justiça é o objetivo do Direito para a realização da condição humana, e isso não há diferença da liberdade e da igualdade no âmbito da cultura em que vivemos.⁵⁵⁶ BOBBIO, do ponto de vista similar a KELSEN, identifica a justiça junto com a liberdade e a igualdade, com todas as tonalidades que se queira dar, reconhece no conceito de justiça uma posição defensora da democracia liberal, como um sistema político encaminhado à aprofundar a igualdade social.⁵⁵⁷

Contudo, PECES-BARBA compartilha a idéia de comunicação entre Direito e Política, e, fazendo referência a justiça como valor superior no caso concreto, ou seja, aplicada pelo Tribunal Constitucional espanhol, não acrescenta nada à liberdade e à igualdade. Estamos, afirma o autor, *ante un concepto que puede ser un cheque en blanco en manos del Tribunal Constitucional y potenciar un judicialismo indeseable. Más vale identificar justicia con libertad e igualdad también a esos efectos prácticos, o sólo con igualdad como lo hace en este caso el Tribunal Constitucional*⁵⁵⁸.

A Constituição brasileira, contagiada conceito de justiça social, disciplinou em dois artigos, art. 170, quando trata do contexto dos princípios fundamentais da ordem econômica; e art. 193, dos valores sociais (direitos sociais de justiça social – a todos - e direitos sociais de justiça distributiva – segundo a necessidade). No Brasil o controle de constitucionalidade é difuso, isto é, não existe um Tribunal Constitucional, e a justiça social é aplicada para a defesa do consumidor (art. 170, V, da Constituição brasileira), afastando outros princípios, a

⁵⁵⁵ (PECES-BARBA, Los valores..., p., 243)

⁵⁵⁶ (PECES-BARBA, Los valores..., p., 144)

⁵⁵⁷ Nesse sentido PECES-BARBA, op.cit, cita Ruiz Miguel, na obra *Filosofía y derecho* en Norberto Bobbio, p. 145.

⁵⁵⁸ (PECES-BARBA, op. Cit. P. 147)

exemplo de decisão proferida pelo Superior Tribunal Federal que entende ser possível a intervenção do Estado na economia para regular a política de preços de bens e serviços, conforme os “ditames da justiça social”, buscando conciliar a liberdade de iniciativa e concorrência com a defesa do consumidor e redução das desigualdades sociais⁵⁵⁹. Porém, esse Tribunal reconhece que a intervenção no domínio econômico tem limites na medida que o Poder Público não está exonerada do dever jurídico de respeitar os postulados do ordenamento constitucional.⁵⁶⁰

Por fim, a justiça exerce um papel mediador entre a liberdade e a igualdade, entre o Estado de Direito e o Estado democrático de Direito. Ou seja, a justiça é vista como o caminho para alcançar uma liberdade igual para todos.⁵⁶¹ Esses valores supremos, a liberdade e a igualdade combinados com a justiça, no tempo transformam-se em segurança.⁵⁶² Sem justiça não há segurança, a justiça é o porque ela é sempre recorrida para a garantia dos fundamentos do Estado Democrático.

1.3 A segurança

Conforme ⁵⁶³ SORIANO, entre os axiólogos do direito uma clássica pergunta é se a segurança é um valor máximo do direito, ou se o é a justiça, contudo, esclarece o autor que para essa dúvida não há uma resposta unânime.

⁵⁵⁹ Ementa: "Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros." (ADI 319-QO, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 30/04/93).

⁵⁶⁰ Ementa: "A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico não exonera o Poder Público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento onstitucional brasileiro. Razões de Estado - que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, *ex parte principis*, a inaceitável adoção de medidas de caráter normativo - não podem ser invocadas para viabilizar o descumprimento da própria Constituição. As normas de ordem pública - que também se sujeitam à cláusula inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política (RTJ 143/724) - não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade." (RE 205.193, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 06/06/97).

⁵⁶¹ Nesse sentido Lucas VERDÚ

⁵⁶² Conforme ensina SOUZA JUNIOR.

⁵⁶³ SORIANO, Ramón. *Valores Jurídicos y derechos fundamentales*. Colección Universitaria. De Materiales Jurídicos. Editorial Mad, S.L. Espanha, S/I.,

Sob ótica do positivismo radical a segurança é um valor primário do direito, ou seja, a razão de ser do mesmo, que surge precisamente para outorgar segurança aos cidadãos. Ela possibilita a convivência social, a permanência e estabilidade da sociedade, sem ela não é possível a materialização dos demais valores jurídicos. Nas palavras de SORIANO, “La seguridad proporcionada por el derecho es así el valor más urgente, conditio sine qua non de los demás valores.”⁵⁶⁴

Por outro lado, os *iusnaturalistas* supervalorizam na ordem a relevância da justiça como o valor por excelência do direito. Para o direito não basta ser legitimamente formulado pela autoridade competente ou a segurança que dele decorre, o direito tem que ser acima de tudo justo. No período escolástico a lei injusta não era lei verdadeira, *lex vera*, se não uma corrupção legal, *legis corruptio*, isso porque a lei estava obrigada a ser uma expressão da justiça⁵⁶⁵.

A dificuldade de harmonizar os dois valores, justiça e segurança, fez com que clássicos, explicassem a tensão justificando a existência de instituições em que o ordenamento jurídico olhava a segurança às custas da justiça, e, através dela eram tomadas decisões injustas em casos concretos em prol da primazia da segurança, prevalecendo a verdade formal do direito sobre a verdade material da realidade.⁵⁶⁶

Ainda, conforme SORIANO, diante da progressiva precariedade da segurança e do aumento da sensibilidade ética social, segurança e justiça são aspectos coimplicados, com a segurança o direito alcança as condições necessárias para uma sociedade mais justa.

Para SOUZA JUNIOR, “Segurança é a justiça no tempo, enquanto que o direito adquirido é um dos elementos da segurança, é um direito antes de ser adquirido.” “[...] A segurança é adquirida e preservada, deve ser preservada no tempo. A segurança enquanto perdura no tempo ela é justiça:⁵⁶⁷ Os privilégios adquiridos não são direito adquirido, não é injustiça adquirida, não é toda e qualquer situação adquirida. O direito adquirido pressupõe a indispensável existência de equilíbrio entre a igualdade (isonomia) e a justiça.

No tempo, já ensinava o filósofo HERÁCLITO, pressupõe a existência de mudança, a justiça é transformada pelo tempo, ela se adapta às mudanças, e o tempo, a história, cobra a

⁵⁶⁴ (SORIANO, op.cit., p. 15).

⁵⁶⁵ (SORIANO, p. 16)

⁵⁶⁶ Conforme SORIANO, p.16.

⁵⁶⁷ MARTINS, Ives Gandra; & NASCIMENTO, Carlos Valder do (orgs). Tratado de Direito Constitucional. SP: Saraiva, 2010, capítulo 3.1, pp. 305-378.

adaptação. A segurança é uma articulação dialética entre a ordem e progresso, para tanto, ela deve ser preservada. Ainda que as coisas se transformem pelo tempo, que transforma a realidade, a essência do que é justo deve ser preservada. Onde está essa essência? Na verdade, na realidade, o que é verdadeiro é consistente, e se torna efetivo. A segurança assegurará a essência, assegurará a ordem. A ordem é a essência, é o núcleo de uma situação justa e segura que tem que ser preservada.⁵⁶⁸

A segurança é um valor insuficiente como fonte de legitimidade do poder e do direito se não estiver unida a outros valores. Essa insuficiência é derivada do seu caráter formal ou instrumental. A segurança sozinha pode justificar-se em circunstâncias especiais numa conjuntura, mas, não por longo tempo. A segurança é a justiça no tempo, para ambas fazerem o direito legítimo⁵⁶⁹.

1.3.1 Segurança formal e material.

Conforme SORIANO, alguns autores preferem denominar as dimensões da segurança em segurança jurídica formal, nessa está entendida uma segurança jurídica mínima proporcionada pelo Estado de Direito escassamente desenvolvido, dotado de poucos princípios e instituições de segurança, ao lado da positivação e de escasso sistema de proteção dos direitos das pessoas no lado da eficácia. Já a segurança material é mais ampla, dificilmente plena, num Estado de Direito desenvolvido, como um elevado número de princípios e garantias de segurança jurídica, convivendo com um sistema de recursos e instituições para a proteção dos direitos. Mas, esse autor acrescenta um outro tipo, o da falsa ou demagógica segurança que é proclamada pelos sistemas autoritários com seus *slogans* de paz e segurança; o poder autoritário, diz o autor, sempre se autoproclamam garantidores da vida e segurança de seus cidadãos, mas escondem na sua própria estrutura a concentração do poder, ausência de controle do exercício do poder, prerrogativas do poder. Nesse a ameaça constante da verdadeira segurança que é a que permite o exercício das liberdades dos cidadãos e o controle e responsabilidade dos atos políticos daqueles que detém

⁵⁶⁸ (SOUZA JUNIOR, 1ª e 2ª semestre de 2012, p. informação oral)

⁵⁶⁹ (SORIANO, p. 16)

o poder⁵⁷⁰. A história nos mostrou que, na ausência de mecanismos de defesa da Constituição e da ordem constitucional preme a destruição da democracia e do Estado de Direito, é o que aconteceu pelos ataques dos ideologismos nazistas antidemocráticos,⁵⁷¹ que acarretaram, inclusive, o adiamento da plena realização da própria Constituição alemã de 1919. A caminhada constitucional na Alemanha somente foi retomada após a vivência dos horrores da Segunda Guerra Mundial, passando a dignidade da Pessoa Humana ser reconhecida e é elencada como o valor dos valores na Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949. Na mesma esteira seguiram as Constituições da França e da Itália⁵⁷² e na continuidade as demais constituições dos Estados que tem por valor a democracia.

A segurança jurídica no Estado de Direito manifesta-se especialmente pelos direitos jurisdicionais, recursos colocados a disposição dos cidadãos frente às coações e arbitrariedades dos poderes públicos e dos particulares.⁵⁷³ A segurança, valor supremo, recebe proteção por meio de vários remédio constitucional colocados à disposição pelo legislador constituinte, e.g., como o *habeas corpus*⁵⁷⁴ e o Mandado de Segurança individual⁵⁷⁵ ou coletivo⁵⁷⁶, que pode ser impetrado contra atos ilegais praticados por representantes da Administração Pública, ou preventivamente para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas data* ou *habeas corpus*.⁵⁷⁷ Ainda, outras ações constitucionais como o mandado de injunção, a ação civil pública e a ação popular.

A dignidade da Pessoa Humana somente no Estado Social Democrático de Direito encontra eficácia material e o Estado somente existe para defendê-la. É no Estado de Direito que se encontram as garantias dos direitos humanos e os mecanismos para a defesa desses direitos e dos valores supremos que lhes dão suporte. Os valores relativos à dignidade da

⁵⁷⁰ (SORIANO, pp. 17-18)

⁵⁷¹ SOUZA JUNIOR, A supremacia do direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos. Porto Alegre: 2002, p. 163.

⁵⁷² (SOUZA JUNIOR, op. cit., p. 35).

⁵⁷³ (SORIANO, p. 18)

⁵⁷⁴ Artigo 5º, LXVIII, Constituição brasileira de 1988

⁵⁷⁵ Artigo 5º, LXIX, Constituição brasileira de 1988.

⁵⁷⁶ Artigo 5º, L XX, Constituição brasileira de 1988.

⁵⁷⁷ LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; In file:///K:/STF%20-%20CF.htm (67 of 574)17/08/2005, acesso em 20 de julho de 2013.

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: [...]

Pessoa Humana⁵⁷⁸, ainda que reconhecidos e consensualmente proclamados pela constituição e legislação infra constitucional, inclusive pelos tratados internacionais pelos quais o Brasil é signatário, dependem de um sistema de proteção que os acautele dos juízos individuais, bem como os defenda do próprio Estado. Quis o legislador constituinte brasileiro inserir no rol dos valores supremos elencados no preâmbulo da Constituição brasileira, nos direitos e garantias individuais e coletivos, no *caput* artigo 5º, e seus incisos, e no artigo 6º, reconhecendo a segurança como direito social⁵⁷⁹, direito do trabalhador⁵⁸⁰, a segurança no trânsito⁵⁸¹. Garantias do artigo 5º, como o direito à reparação de danos⁵⁸², direito de provas⁵⁸³, ao devido processo legal, ao contraditório e ampla defesa, apreciação pelo judiciário de lesão ou ameaças de direito⁵⁸⁴, a garantia do direito adquirido, ato jurídico perfeito e da coisa julgada⁵⁸⁵, julgamento por autoridade competente⁵⁸⁶, dentre outros.⁵⁸⁷

No Brasil, a limitação de alguns direitos e garantias individuais contidos no artigo 5º ocorre sob o fundamento da segurança da sociedade e do Estado, no caso dos incisos XXXIII, XLIII^U. Para proteção da segurança, interna, externa e internacional poderá haver limitação da proteção do artigo 5º, inciso LII^V. Quanto a segurança pública, o legislador constituinte destinou um capítulo especial⁵⁸⁸, que trata da defesa do estado e das instituições democráticas.⁵⁸⁹ É crime de responsabilidade os atos praticados pelo Presidente da República que atentem contra a segurança interna do País.

Conforme PECES-BARBA, no sistema democrático os valores superiores espanhol são desenvolvidos em dois planos, no primeiro plano encontra-se o Poder Legislativo e no segundo o Tribunal Constitucional. A soberania do povo, da nação é representada pelo Poder

⁵⁷⁸ Artigo 1º, Constituição brasileira de 1988.

⁵⁷⁹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁵⁸⁰ Artigo 6º, inciso XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

⁵⁸¹ Competência comum dos entes federados para estabelecer e implantar política de educação para a segurança no trânsito (art. 23, inciso XII, da Constituição brasileira).

⁵⁸² Artigo 5, V, Constituição brasileira de 1988.

⁵⁸³ Artigo 5º, , Constituição brasileira de 1988.

⁵⁸⁴ Artigo 5º, XXV, Constituição brasileira de 1988.

⁵⁸⁵ Artigo 5º, XXVI, Constituição brasileira de 1988.

⁵⁸⁶ Artigo 5º, LII, LXI, LXV, Constituição brasileira de 1988.

⁵⁸⁷ Artigo 5º, §2º, Constituição brasileira de 1988.

⁵⁸⁸ No título V, capítulo III, artigo 144 e seguintes

⁵⁸⁹ Veja o artigo 144 e seguintes da Constituição brasileira.

Legislativo cuja tarefa é a elaboração das leis, possui importante papel para o desenvolvimento e definição concreta dos valores. Já o Tribunal Constitucional é o responsável por cuidar desses valores, inclusive tem poderes para modificar a visão do Poder Legislativo quando a sociedade necessitar se proteger da própria lei, quando a lei não manifesta a vontade dos cidadãos ou quando desrespeita princípios e direitos fundamentais básicos. Para esse autor, embora a segurança não seja identificada como valor superior na Constituição espanhola, ele é uma das funções da Constituição, assim como a justiça.

O Poder Constituinte delegou a um órgão, ao Supremo Tribunal Federal, a competência de manter a segurança das relações jurídicas, a guarda da Constituição, a quem cabe manter a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, e a legitimidade das instituições da República⁵⁹⁰. Portanto, na concepção desse Tribunal a segurança jurídica é um “subprincípio do Estado de Direito”^w, frente a necessidade de estabilidade das relações criadas jurídica e administrativamente, e o princípio da confiança das relações reconhecido “como elemento do princípio da segurança jurídica.”

Com a segurança e a justiça equilibrados a sociedade se desenvolve, para isso, o Estado, para sobreviver e cumprir o seu fim - o bem comum - deve garantir à todos os cidadãos a ordem e o progresso em todos os aspectos.

1.4 A ordem e o progresso

O Estado tem por fim o bem comum da sociedade política. Nenhuma sociedade subsiste sem a convivência das partes, sem a regularidade e estabilidade das relações sociais, ou seja, sem a ordem, “o primeiro e o mais evidente ‘bem comum’. Beneficia a todos igualmente – e a ninguém em particular – e permite a existência do conjunto.”⁵⁹¹ Para que a sociedade subsista faz-se indispensável uma certa estabilidade, normalidade, regularidade, a necessidade de leis, não somente no sentido positivo mas também leis no sentido natural. Nesse sentido, é possível afirmar que a ordem é um dos requisitos para a existência de

⁵⁹⁰ Nesse sentido a decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.010-MC, de relatoria do Ministro Celso de Mello, publicada no Diário da Justiça em 12 de abril de 2002.

⁵⁹¹ (TORRES, 1961, p. 111)

democracia, é nela que se encontra a primeira lei do mundo moral e do mundo físico, do mundo natural e do sobrenatural.⁵⁹²

A ordem é a primeira lei do mundo moral, do mundo natural, do mundo físico, assim como do mundo sobrenatural, afirma TORRES⁵⁹³. É o bem específico da sociedade humana, é a condição indispensável à convivência das partes. Sem ela é impossível a existência e subsistência da sociedade “sem a regularidade, estabilidade das relações sociais; não se poderia, nem menos, pensar numa sociedade carente de – ORDEM”⁵⁹⁴[sic] Para se estabelecer um conceito de ordem, é indispensável duas condições: a primeira consiste “na regularidade de sucessão de atos e na regularidade de colocação dos seres.”[sic]. Dessa forma, pode-se afirmar que é a regularidade, a estabilidade, e a justa distribuição de cada coisa nos seus lugares. Mas, não é possível ordem se desprezar a liberdade, um dos atributos fundamentais do ser humano. A liberdade consiste na ausência de contenção e de opressão, embaraço ao progresso, ao crescimento dos indivíduos e dos grupos sociais, é, conforme TORRES, o segundo atributo do bem comum. Esses dois valores são a garantia da sociedade, enquanto que o bem comum é condição para a sobrevivência do Estado. Mas, é preciso considerar que a ordem não é estática, ela precisa se adaptar e evoluir no contexto das mudanças da vida em sociedade. A dinamicidade é a condição de sobrevivência da sociedade, se ocorrer da ordem não evoluir ela torna-se injusta, e, diante da ordem injusta decorrem os processos revolucionários.

Dessa forma a ordem tem sido bandeira de muitos processos revolucionários, a exemplo dos ocorridos na Europa no século XIX, e no mundo, no século XX. A Revolução, objetiva a destruição e substituição da estrutura do Estado e da Sociedade, “[...] pretendendo que não se possa identificar qualquer grau de continuidade na ordem social, política e econômica de um Estado [...]”⁵⁹⁵ A violência empregada nesse processo objetiva efetuar profundas mudanças nas relações tanto na esfera sócio-política e econômica quanto no ordenamento jurídico. Nesse contexto, três personagens, bandeiras, merecem destaque: o Partido da Ordem, a Ordem e a Revolução. Enquanto o Partido da Ordem, na concepção de MARX, defende a manutenção do *status quo*, a Ordem defende a transformação sem ruptura total com o passado e as tradições, a Revolução, como dito, almeja a ruptura total e substituição da

⁵⁹² Nesse sentido TORRES.

⁵⁹³ (TORRES, p. 111)

⁵⁹⁴ (TORRES. p. 111. Grifo do original).

⁵⁹⁵ FERRAZ, João Grinspum. Ordem e Revolução da República de Weimar. Dissertação de Mestrado em Ciência Política. Orientador: Prof. Dr. Oliveiros da Silva Ferreira. São Paulo:USP. PDF, p. 08.

estrutura. Essas duas últimas tiveram grande relevância na Revolução Francesa de 1789, e na República de Weimar.⁵⁹⁶

Sociologicamente, a maioria das crises da estrutura política e jurídica tem sua origem na crise econômica, que cria degeneração moral, corrupção e ascensão econômica de outras categorias, gerando desconformidade e hostilidade ao governo por grandes parcelas da população, a exemplo da Alemanha do século XX “o trauma pós-guerra e a desordem social apresentavam-se como elementos que colocavam a população contra o regime.”⁵⁹⁷ Daí a importância do desenvolvimento, do progresso para a preservação do Estado. O Estado de Direito é condição de existência do progresso, é através dele e de suas normas que garantem meios para que ocorra a paz social. Sem paz não há progresso.

A ordem é o núcleo da segurança, essência nuclear da segurança, de uma situação justa e segura. A ordem, nesse sentido não é somente a interna, mas também a externa e para o bem de todos.. O progresso é o desenvolvimento com bem estar, um desenvolvimento material e espiritual. O bem estar no desenvolvimento⁵⁹⁸ econômico e espiritual, particular e coletivo, respaldado nas garantias constitucionais. A responsabilidade de perseguir o bem comum, ou bem de todos, conforme o artigo 2º, IV da Constituição brasileira, compete, não só às pessoas consideradas individualmente, mas ao Estado, pois, o bem comum é a razão de ser da autoridade política, é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. Ao Estado cabe garantir coesão, unidade e organização à sociedade civil da qual é expressão, de modo que o bem comum possa ser conseguido com o contributo de todos os cidadãos. “ Da dignidade, unidade e igualdade de todas as pessoas deriva, antes de tudo, o princípio do bem comum, a que se deve relacionar cada aspecto da vida social para encontrar pleno sentido”.⁵⁹⁹

É preciso diferenciar o conceito de bem comum do de bem estar. Por bem comum, se entende como o “o conjunto de condições da vida social que permitem, tanto aos grupos, como a cada um dos seus membros, atingir mais plena e facilmente a própria perfeição.” O bem comum não consiste na simples soma dos bens particulares de cada sujeito do corpo social. Platão estabeleceu o princípio do bom governo, que deveria remeter de forma direta ou indireta à ideia universal do Bem. Pensava a filosofia, a ética e a política como unidos, pois

⁵⁹⁶ A respeito da defesa da ordem e do papel do nacionalismo no período entre Guerras na Alemanha, sugere-se a leitura da dissertação de mestrado de João Grinspum FERRAZ, op.cit.

⁵⁹⁷ (FERRAZ, op.cit., p. 16).

⁵⁹⁸ (SOUZA JUNIOR,)

⁵⁹⁹ Doutrina Social da Igreja.

somente por meio da reflexão seria possível garantir, em última instância, a felicidade perfeita na *polis*.

A vida coletiva busca a melhor vida possível. Sendo de todos e de cada um, é e permanece comum, porque indivisível e porque somente juntos é possível alcançá-lo, aumentá-lo e conservá-lo, também em vista do futuro. Assim como o agir moral do indivíduo se realiza em fazendo o bem, assim o agir social alcança a plenitude realizando o bem comum. O bem comum pode ser entendido como a dimensão social e comunitária do bem moral.⁶⁰⁰ Aristóteles já afirmava ao referir-se ao bem universal “[...] ainda que haja um bem único que seja um predicado universal dos bens, ou capaz de existir separada e independente, tal bem não poderia obviamente ser praticado e atingido pelo homem, [...]”⁶⁰¹, assim, o bem seria o próprio de cada circunstância, executáveis pelas escolhas intencionais do possível, a *proairesis*. A felicidade, bem supremo, só pode ser obtida com o bem comum. A felicidade individual e coletiva são elementos indissociáveis, conforme esse filósofo. O bem estar pode ser, conforme Ronald DWORKIN, de dois tipos: o “bem-estar volitivo”, que é importante na vida de uma pessoa é o que ela quer, a sua vontade, e o que ele denomina de “bem-estar crítico”, nesse a que é importante está o entendimento sofisticado daquilo que nós queremos, ou seja, é aquilo que pelo uso da razão o ser humano deve querer. Queremos o que é bom na vida, mas, “a satisfação de vontades é uma ideia muito básica e desestruturada para explicar decentemente aquilo que pensamos ser bom na vida.”⁶⁰² A classe de desejos que importam são aqueles que se relacionam com o que pensamos ser de importância fundamental em nossas vidas, como: atingir certo tipo de vida, ou de ter um relacionamento familiar melhor. “[...] apenas abandonando a ideia de desejar satisfação é que atingiremos a ideia, mais apropriada do que seja, para nós, uma boa vida”.⁶⁰³ Nessa linha, não pensamos que o que é bom e vale a pena na vida é obtido somente através dos desejos volitivos. Os desejos que realmente importam são aqueles que se relacionam com o que se pensa ter importância fundamental na vida, como atingir um certo tipo de vida⁶⁰⁴. A “incapacidade de ser bem-sucedido em meio às circunstâncias, não é um ‘limite’ do meu bem-estar, mas um ‘parâmetro’”. E, diz ele, “é importante para o bem-estar crítico, que cada pessoa aprove, ou

⁶⁰⁰ Doutrina Social de Igreja.

⁶⁰¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, I,6, 1096b.

⁶⁰² (PONTES, 2011, p. 237).

⁶⁰³ (GUEST, et al., 2010, p. 288).

⁶⁰⁴ Nossas vidas não são melhores ou piores porque nossas vontades não são satisfeitas, não que a satisfação ou insatisfação sejam irrelevantes, mas, essas não podem ser constitutivas de boas e más vidas.

sustente, aquilo que faz, porque é confuso viver uma vida que é boa, mas, você mesmo não a aprova”.⁶⁰⁵ Para ele, essa aprovação deve ser constitutiva da boa vida que o indivíduo leva. “A melhor vida para uma pessoa particular, podemos dizer, é a melhor vida que ela pode viver com os recursos que devem estar à disposição segundo a melhor teoria da justiça distributiva.”⁶⁰⁶

O progresso deve ser reconhecido nas diversas áreas ou dimensões, como a social, técnica, econômica, científica, tecnológica, cultural, dentre outras. O progresso, na visão dworkiana, surge da integridade ética, da identificação com os objetivos, desafios e planos.

A ordem e o progresso, valores básicos e dialéticos que também encontram-se na nossa bandeira desde 1889, quando da proclamação da República. Ordem representa conservação, e o progresso representa mudança..

2. OS VALORES RELACIONAIS DO CONJUNTO OU INTEGRATIVOS

A dimensão valor como a liberdade, a igualdade, a justiça, a segurança, o bem estar (ordem) e o desenvolvimento (progresso) seriam valores fundamentais, supremos ou superiores, garantidores por um período longo de um modo relacional de sociedade almejada que foi instituída pela Constituição da República Federativa do Brasil, a partir 1988.

Encontramos na dimensão valor, conforme SOUZA JUNIOR, três valores que surgem combinados de seis valores da dimensão fato, que vamos denominar os valores relacionais do conjunto ou integrativos⁶⁰⁷:

1) Solidariedade, amor e amizade: é o lubrificante que ajusta os demais. A amizade é a harmonia, é respeito e o amor recíprocos. Solidariedade, amor, amizade, fraternidade, são sinônimos na medida que todos são base de ajustamento.

2) Proporcionalidade ou razoabilidade: trata-se de valor de equilíbrio, nenhum valor pode crescer mais que o outro. A razoabilidade é um valor conciliador entre todos os

⁶⁰⁵ (GUEST e BORGES, 2010, p. 291)

⁶⁰⁶ Dworkin apud Guest. *ibid.* p.292.

⁶⁰⁷ Essa terminologia e divisão não é originária da autora, decorre de diálogos travados com o seu orientador SOUZA JUNIOR.

demais valores, este tem a função de aparar que um, ou mais de um, não se sobreponha aos demais.

3) Verdade: esses seis valores da dimensão fato mais estes dois (solidariedade e proporcionalidade) nascem da própria realidade e devem ser preservados, apoiados na realidade. Verdade é a realidade. Estes valores não resultam de convenções, eles se solidificam se solidarizam na essência da vida social. São valores éticos supremos. A verdade portanto é o fundamento que apoia as outras dimensões.

Com a liberdade, a igualdade e justiça são frutos da harmonia social, da solução pacífica dos conflitos e das controvérsias. Desses valores resulta a segurança estabelecida no tempo. Sem os valores da liberdade, igualdade, justiça e segurança não existem condições mínimas para que exista a ordem, e, por conseguinte, o progresso social, o desenvolvimento. Porém, para que os valores supremos se realizem na vida real eles necessitam de outros valores que estabeleçam essa relação, ou os integrem. Assim, surgem os valores relacionais ou integrativos: a fraternidade, a razoabilidade e a realidade.⁶⁰⁸

2.1 A fraternidade

Levando o olhar sobre o preâmbulo da Constituição brasileira, constam expressos seis valores supremos que tem por fins a construção de uma sociedade fraterna. A fraternidade é um dos aspectos da vida Humana na relação com o outro.

Partindo-se da etimologia do termo *subsidiariedade*, a palavra subsídio tem origem no temo latino *subsidium*, de onde deriva *subsidiarius*. O substantivo *subsidium* significa reforço, reserva, auxílio ou socorro. Como adjetivo, *subsidiarius* designa aquilo que é da reserva, reforço, o que vem na retaguarda. O termo pode ser buscado nas diferentes acepções de subsidiário, corresponde a sentimentos de secundário, complementar ou algo que suplementa. A noção de subsidiariedade tem origem na filosofia sócio-política, em pensadores como ARISTÓTELES, São TOMÁS DE AQUINO e Johannees ALTHUSIUS, assimilada pela Doutrina Social da Igreja Católica, que, divulgada em 1931 na Carta Encíclica do Papa Pio XI, a partir do texto, transformou-se em princípio o da solidariedade.

⁶⁰⁸ E escolha dos termos, valores relacionais ou integrativos, assim como o reconhecimento de quais são esses valores não é originária da autora, mas fruto de diálogo com o seu Orientador.

[...] assim como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efetuar como a própria iniciativa e indústria, para o confiar à coletividade, do mesmo modo passar para uma sociedade maior e mais elevada o que sociedades menores e inferiores podiam conseguir, é uma injustiça, um grave dano e perpetuação da boa ordem social. O fim natural da sociedade e da sua ação é coadjuvar os seus membros, não destruí-los nem absolve-los (Pio XI, 1931, § 5).

O significado do termo “subsidiariedade, tem vários sentidos, na acepção de *subsidiarius* (subsidiário) deriva de *subsidium* (subsídio) que expressa uma ideia de complementar, supletivo, reforço, auxílio ou socorro.⁶⁰⁹ ARISTÓTELES, ensina que “[...] na ordem natural a cidade tem precedência sobre a família e sobre cada um de nós individualmente, pois o todo deve necessariamente ter precedência sobre as partes.”⁶¹⁰ Mas é de São Tomás de AQUINO a ideia de que a sociedade é definida como uma série de círculos concêntricos crescentes que representam primeiramente a família, seguido pelos bairros, as cidades, as associações de cidades e o Estado. Essa organização atende ao princípio da totalidade, pelo qual a pessoa é parte inseparável da sociedade, que lhe proporciona sobrevivência e desenvolvimento. A noção de subsidiariedade apresenta uma forma específica de concepção e regulação das relações que constituem a vida do homem em sociedade, a ordem jurídica da cidade. A Itália faz uso do princípio desde 2001 para regular tanto as relações Estado/indivíduos, quanto para regular as relações entre as coletividades. Hoje empiricamente vislumbra-se que na Europa o caminho vem sendo a descentralização. A própria crise que passam os países da União Europeia, o socorro tem acontecido a partir da aplicação desse princípio inserido no Tratado da Comunidade Europeia. Vários são os autores europeus, especialmente de origem alemã, que preocupam-se com o mandamento da ponderação dos princípios e direitos fundamentais.⁶¹¹

A amizade é a harmonia, que pressupõe respeito e amor recíprocos. É dos clássicos que buscamos o conceito de amor, e não é único. Amor é uma das forças que governam o universo, dizia EMPÉDOCLES: - “O universo é governado pelo amor e pelo ódio. Quando o universo se unifica e se ordena é controlado pelo amor. Quando o universo está dividido, em degradação então está sendo controlado pelo ódio.”⁶¹²

⁶⁰⁹ HOUAISS E VILLAR, Dicionário de Língua Portuguesa, 2001 p. 2.628.

⁶¹⁰ (ARISTÓTELES, A Política. 1988, LIV. I, CAP. I, 1252^a,p. 13).

⁶¹¹ Sobre o tema, por todos sugere-se a obra organizada por SILCKMAN, relacionada na bibliografia.

⁶¹² EMPÉDOCLES,

SANTO AGOSTINHO⁶¹³ falava de unidade no amor:

De uma língua surgiram muitas;
 não te admires:
 isso fez a soberba.
 Muitas línguas tornaram-se uma;
 não te admires:
 isso faz o amor

Antônio Maria BAGGIO, afirma que o conceito de amizade está relacionado à fraternidade universal em busca do bem comum, nos seguintes termos:

[...] novo conceito de *amizade, entendida como fraternidade universal*, transforma profundamente o conceito de relação política: o bem comum não é mais limitado à *polis*, mas se estende à *humanidade inteira*: o cidadão não é mais cidadão por causa de sua origem ou de seu patrimônio, mas *pelo fato de ser uma pessoa*; a *virtude política* não se limita mais à honestidade e à integridade moral, mas *torna-se amor: amor que se torna mútuo*, porque acontece numa comunidade.⁶¹⁴

O Estado, visto à luz da fraternidade, representa o amor mútuo em um povo, amor esse que cresceu e se consolidou até tornar-se instituição. O Estado é garantia, no tempo, de que todos os cidadãos sejam inseridos no circuito do amor mútuo. Logicamente, o Estado é um meio e não um fim. Ele não esgota o amor de um povo, que floresce nos infinitos aspectos da existência das pessoas e das comunidades, mas cria condições para que esse amor possa se exprimir. Nesse sentido, o Estado interpreta em nível máximo aquilo que Chiara Lubich escreve: ‘A política é o amor dos amores’.”⁶¹⁵

Solidariedade, subsidiariedade, amizade, bem comum e fraternidade podem ser considerados sinônimos. O legislador constituinte, ao instituir como valor o bem comum referia-se à solidariedade, assegurar a construção de uma sociedade fraterna. Bem comum é a solidariedade. A solidariedade como é concebida na Constituição tem o seu protagonismo no nascimento do Estado de Direito e na positivação dos direitos naturais. O Direito positivo não cria direitos humanos, eles já estão na dimensão ética ou axiológica, apenas os reconhece, na perspectiva de direitos fundamentais. Da mesma forma, não é o texto constitucional que cria a sociedade fraterna, apenas reconhece a fraternidade como uma dimensão axiológica que sustenta o Estado Democrático de Direito. A solidariedade é o próprio princípio constitutivo de uma sociedade realmente humana, para que o Estado se mantenha e progrida, é preciso que sejam resguardados os direitos e garantias fundamentais, individuais⁶¹⁶ – à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança – e sociais - bem estar e desenvolvimento garantindo,

⁶¹³ Santo Agostinho, *apud* (BAGGIO, 2006, p. 118) , Ainda, uma síntese do que é o amor encontra-se na Primeira Carta de Paulo aos Coríntios, capítulos 1-13

⁶¹⁴ (BAGGIO, 2006, p. 120)

⁶¹⁵ (BAGGIO, 2006, p. 124)

⁶¹⁶ Artigo 5º caput e incisos da Constituição brasileira de 1988.

além do progresso econômico, os direitos a todos os trabalhadores.⁶¹⁷ A solidariedade elevada a condição de princípio constitucional⁶¹⁸ está no art. 3º, inciso I, da Constituição brasileira, inserida como um dos objetivos que alicerçam a República Federativa. Assim, cabe ao Estado garantir e criar as condições para que todos os cidadãos sejam inseridos nesse amor mútuo.

A subsidiariedade trata da questão complexa e recorrente de como se articulam, na sociedade, e, sobretudo no Estado, as intervenções das pessoas, dos grupos e das autoridades públicas. A política centrada na pessoa humana, que se estende às coletividades, corresponde à primazia das unidades menores em relação às maiores, bem como a equivalência, dignidade e bem comum, estes integram os quatro parâmetros do princípio da subsidiariedade de AQUINO

Émile DURKHEIM, ao estudar a organização social da sociedade industrial do século XIX, definiu a solidariedade social como o laço que prende os indivíduos uns aos outros e que garante a vida em sociedade. Esse valor funciona como um lubrificante na engrenagem que ajusta os valores supremos. A solidariedade é a cooperação entre os indivíduos e os grupos entre si visando a realização do bem de todos. É a repartição igualitária, uniforme e equitativa da prosperidade e dos custos.

Contrariando DURKHEIM, Antônio Maria BAGGIO distingue a fraternidade e a solidariedade, na medida que esta última permite que se faça bem aos outros, mantendo uma relação vertical que vai do mais forte ao mais fraco, enquanto que a fraternidade pressupõe um relacionamento horizontal.⁶¹⁹

IBEAS, reconhece que a solidariedade teve seu protagonismo no nascimento do Estado de Direito e a positivação dos direitos naturais, mas que há uma inoperância desse valor quando encontram-se protegidos direitos e determinadas obrigações e a capacidade de atuação de cada um o recurso da solidariedade resulta supérfluo, referindo-se mais nas relações verticais que nas relações horizontais (entre iguais).

Para PECES-BARBA - *“El hombre, pues, se completa, se desarrolla en la sociedad, y a su vez cumple con los demás una exigencia grabada en lo más hondo de su ser. Ama a los demás y solo puede hacerlo en sociedad. En un sentido radical, para el cristiano existir es*

⁶¹⁷ Artigo 6º e ss da Constituição brasileira de 1988.

⁶¹⁸ Solidariedade, no sentido do termo usado na encíclica Mater et Magistra. Princípio da solidariedade deriva da natureza naturaliter socialis do ser humano.

⁶¹⁹ BAGGIO, Antônio Maria. Prefácio. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar. (Org.) Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão. Florianópolis. Fundação Boiteux, 2011.

amar. No cabe plenitud sin amor".⁶²⁰ Não existe bem estar na ausência do amor. A pessoa, em sentido absoluto, o valor da alma humana, somente se realiza, se desenvolve em sociedade justa, humana e democrática, que favoreça o desenvolvimento pleno das virtudes humanas naturais, possibilitando a abertura para a livre escolha para a transcendência. A plenitude é a felicidade, logo, somente através do amor que se alcança a felicidade, esse é, portanto, o maior de todos os valores. Amor é unidade. O princípio da unidade é encontrado no artigo primeiro da Carta Constitucional brasileira, ao afirmar que "A República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]" A unidade dá origem a uma realidade coletiva. A unidade é construída diariamente. É através dessa unidade do Povo⁶²¹ que é possível atingir a paz. A unidade é fundamento da ordem jurídica.

A construção dessa sociedade livre, justa e solidária⁶²² é tradicionalmente um dos objetivos da República Federativa do Brasil. Encontra-se na Constituição de 1934, no preâmbulo e nos artigos 149 e 171 e repete na Constituição de 1988. Os valores inseridos na Constituição de 1934, no seu preâmbulo, a unidade é na intenção de manter e proteger as instituições nacionais:⁶²³

[...] Atendendo a que, sob as instituições anteriores, não dispunha o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo;

Com o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas:

Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias á sua segurança, ao seu bem-estar e à sua propriedade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o país: [sic]⁶²⁴

A jurisprudência do Superior Tribunal Federal reconhece a solidariedade como princípio, nas palavras do pelo relator Ministro Celso de Mello, nos seguintes termos:

⁶²⁰ (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1972, p. 146)

⁶²¹ Povo enquanto consciência coletiva, na concepção de João Camilo Torres.

⁶²² Artigo 3^a, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁶²³ Não se questiona, neste momento, o mérito ideológico dessa Constituição promulgada por Getúlio Vargas, mas ambas pretendiam a reconstitucionalização do País. Cf. FERREIRA FILHO, reconhece que nessa se deu a substituição de um federalismo dualista pelo federalismo cooperativo. (FERREIRA FILHO, 2001, p. 55)

⁶²⁴ (BARRETO, 1971, p. 429)

O art. 7º da Lei nº 6.194/74, na redação que lhe deu o art. 1º da Lei nº 8.441/92, ao ampliar as hipóteses de responsabilidade civil objetiva, em tema de acidentes de trânsito nas vias terrestres, causados por veículo automotor, não parece transgredir os princípios constitucionais que vedam a prática de confisco, protegem o direito de propriedade e asseguram o livre exercício da atividade econômica. A Constituição da República, ao fixar as diretrizes que regem a atividade econômica e que tutelam o direito de propriedade, proclama, como valores fundamentais a serem respeitados, a supremacia do interesse público, os ditames da justiça social, a redução das desigualdades sociais, dando especial ênfase, dentro dessa perspectiva, ao princípio da solidariedade, cuja realização parece haver sido implementada pelo Congresso Nacional ao editar o art. 1º da Lei nº 8.441/92.⁶²⁵

Também Ministra Carmen Lúcia, em decisão a respeito do passe livre aos portadores de deficiência carentes, assevera que é na esteira dos valores se afirmam as normas constitucionais. Quanto ao princípio da solidariedade projetado no artigo 3º, afirma que “Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos.”⁶²⁶

Por fim, penso que a fraternidade (solidariedade e subsidiariedade) da Constituição brasileira é igualitária. Ambas tem um núcleo comum, este é o amor que une os indivíduos visando o bem comum, a vida social harmônica e justa. O legislador constituinte de 1988 ao eleger a expressão sociedade fraterna (no preâmbulo) e solidaria (artigo 3º, inciso I, da Constituição) como valor fundante do Estado Democrático de Direito, reconhecia a similitude das expressões, porque ao empregá-los estabeleceu como fins do Estado a construção de uma sociedade igualitária, pluralista e sem preconceitos, somente ai se consolida a democracia.

É na sociedade fraterna que se torna possível estabelecer-se a ordem que garante a liberdade, a igualdade, a justiça com segurança, e o bem estar social. A paz, o desenvolvimento, a ordem e a unidade somente se consolidam por meio da harmonia, da fraternidade, do amor entre os povos e entre os cidadãos.

⁶²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.003-MC. Relator: Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça de 20 de setembro de 1999.

⁶²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº.2.649/DF. Relator: Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, julgado dia 08 de maio de 2008, publicado no DJE em 17 de outubro de 2008.

2.1.1 A fraternidade diante do Direito Constitucional Ocidental

A República Portuguesa embora identificada como um Estado unitário descentralizado desde o princípio estendeu a aplicação do o princípio da fraternidade na sua ordem interna, com o fim de construção de um país mais fraterno, junto com a liberdade e justiça, além das de garantir os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, nos termos do preâmbulo da Constituição de 02 de abril de 1976⁶²⁷. Também, o princípio da amizade e cooperação (ou solidariedade) com os países de língua portuguesa encontra-se positivado no artigo 7º dessa Constituição, assim expresso: “Portugal reconhece o direito dos povos à insurreição contra todas as formas de opressão, nomeadamente contra o colonialismo e o imperialismo, e manterá laços especiais de amizade e cooperação com os países de língua portuguesa”.⁶²⁸

MIRANDA afirma que na Constituição lusa, os princípios explícitos e implícitos encontram-se em vários momentos, desde o preâmbulo estendendo-se por todo o corpo do texto constitucional.

“Na Constituição portuguesa de 1976, encontram-se princípios em vários momentos: no preâmbulo, ao traçar-se o sentido da «decisão do povo português»; e, sob forma articulada, na anteparte de «Princípios Fundamentais», nos títulos de «princípios gerais» das partes de Direitos e Deveres Fundamentais, Organização Económica e Organização do Poder Político, nos títulos da parte III sobre tribunais, regiões autónomas, poder local, administração pública e defesa nacional” e artigo 288.

Conforme o Autor os princípios explícitos da Constituição não esgotam os princípios constitucionais e outros princípios implícitos existem ou podem haver. A sua importância deve ser medida no plano global, sistemático e axiológico da Constituição e em nenhum caso

⁶²⁷ **“Preâmbulo:**

A 25 de Abril de 1974, o Movimento das Forças Armadas, coroando a longa resistência do povo português e interpretando os seus sentimentos profundos, derrubou o regime fascista.

Libertar Portugal da ditadura, da opressão e do colonialismo representou uma transformação revolucionária e o início de uma viragem histórica da sociedade portuguesa.

A Revolução restituiu aos Portugueses os direitos e liberdades fundamentais. No exercício destes direitos e liberdades, os legítimos representantes do povo reúnem-se para elaborar uma Constituição que corresponde às aspirações do País.

A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno”.

⁶²⁸ (PORTUGAL, 1976)

razões conjunturais poderão prevalecer sobre razões objetivas e sobre a subordinação a valores éticos.⁶²⁹

Mas, assim como os princípios da solidariedade e da fraternidade encontram-se positivadas em Constituições democráticas, a exemplo da Constituição brasileira, também encontramos o uso da palavra amor, valor que pode ser considerado sinônimo de fraternidade, em algumas constituições de Estados Ibero-Americanos, é o caso do que ocorre no artigo 3º da Constituição da República Mexicana que insere o amor à pátria junto com a solidariedade, independência e justiça, : “**ARTICULO 3** - *La educación que imparte el Estado - Federación, Estados, Municipios - , tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez el amor a la patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.*”

Enquanto valor pode ser ensinado, a referência à educação para o amor aparece no artigo 51 da Constituição da República de Cuba, de 1940. Igualmente, na Constituição da Colômbia consta no artigo 1º o princípio da solidariedade e do interesse geral, a semelhança do bem comum.⁶³⁰

Na Constituição da República do Paraguai, de 20 de junho de 1992, no preâmbulo encontra-se valores como o reconhecimento da dignidade da Pessoa Humana, mas o princípio da solidariedade é encontrado no artigo 73, quando se refere à educação e seus fins, nesse sentido “ [...] *el desarrollo pleno de la personalidad humana y la promoción de la libertad y la paz, la justicia social, la solidaridad, la cooperación y la integración de los pueblos [...]*”.⁶³¹

A Constituição da República Boliviana da Venezuela, de 30 de dezembro de 1999, com reformas de 2009, o preâmbulo faz referência expressa a valores, dentre eles a solidariedade e o bem comum, nos seguintes termos: “ [...] *que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones: asegure el derecho a la vida, al trabajo, la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni*

⁶²⁹ MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional (tomo II), cit. p. 272.

⁶³⁰ ARTICULO 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. Base de datos políticos da América Latina, 2006.

⁶³¹ Disponível em <www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/index.html>. Acesso em 20 de dezembro, 2012.

subordinación ninguna [...]”⁶³². E, no primeiro artigo, que versa sobre os princípios fundamentais República o fundamenta o patrimônio moral em seus valores de liberdade, igualdade, justiça e paz internacional. No artigo 2 os valores são positivados como princípios fundamentais, a semelhança da Constituição espanhola são “valores superiores do ordenamento jurídico e de sua atuação, a vida, a liberdade, a justiça, a igualdade, a solidariedade, a democracia e a responsabilidade social e, em geral, a premência dos direitos humanos, a ética e o pluralismo político.”⁶³³ E, são fins essenciais do Estado “a defesa e o desenvolvimento da pessoa, o respeito a sua dignidade, o exercício democrático da vontade popular, a construção de uma sociedade justa e amante da paz [...]”⁶³⁴

É recorrente nas Constituições atuais a invocação a valores e o reconhecimento da solidariedade ou fraternidade como um deles, identificados como princípios axiológicos.

2.2 A razoabilidade

O segundo valor relacional a Razoabilidade, também reconhecida como princípio da proporcionalidade, é o valor de equilíbrio, de ponderação de valores, ele mantém a proporção na medida que nenhum valor poderá crescer ou pesar mais que o outro.⁶³⁵ Trata-se de um elemento conciliador fundamental da ordem jurídica atual.

Enquanto princípio da razoabilidade teve sua primeira previsão no Reino Unido, na *Magna Charta Libertatum*, outorgada em 15 de junho de 1215 por João Sem-Terra, ainda em vigor. Nessa tem-se a expressão inicial do ímpeto que mais tarde moveria revolucionário. Essa Carta, escrita exclusivamente em latim, protege os direitos individuais dos nobres detentores de fortunas e propriedades contra os desmandos e perivilégios do soberano (Poder Público).

⁶³² Disponível em <www.pdba.georgetown.edu/constitutions/venezuela/vigente.html>, Acesso em 02 de março, 2014.

⁶³³ Tradução desta autora. In <www.pdba.georgetown.edu/constitutions/venezuela/vigente.html>, Acesso em 02 de março, 2014.

⁶³⁴ Tradução desta autora. In <www.pdba.georgetown.edu/constitutions/venezuela/vigente.html>, Acesso em 02 de março, 2014.

⁶³⁵ Para aprofundar o tema, BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica. 2003.

Historicamente, pelo Direito Comparado, o princípio restringia-se à garantias de cunho processual, *due process of law*,⁶³⁶ mas, foi estendido constitucionalmente passando a coibir os demandos do Poder Público, não somente quanto ao aspecto processual quanto ao mérito do ato administrativo, pautando-se em parâmetros de razoabilidade e racionalidade.

Na Constituição brasileira, o princípio da razoabilidade não se encontra expressamente previsto sob essa epígrafe, contudo, encontra-se implicitamente em alguns dispositivos. A garantia do devido processo legal como garantidor da liberdade e igualdade encontra-se positivado no artigo 5º, LIV, e a cláusula assume a função de filtro da atividade estatal – atividade administrativa e normativa. Ainda, no artigo 5º, inciso XXXIX,⁶³⁷ dispõe a respeito de idéia do *nullum crimen, nulla poena, sine lege*. Em certo momento no curso da elaboração da Constituição de 1988, constou no projeto do artigo 37, na época era o artigo 44, o princípio da razoabilidade como requisito de legitimidade do Ato Administrativo.⁶³⁸ Na Constituição de 1988, os atos discricionários da Administração Pública devem obedecer aos limites impostos pelos artigos 37, especialmente o *caput*, regulamentado pelo artigo 2º da Lei 9.784/99, em especial a proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade impõe ao ente estatal moderação no seu agir, mormente em situações em que a esfera do particular seja atingida. Desta feita, apresentam-se como corolários da proibição ao excesso, a adequação, a necessidade e a finalidade.⁶³⁹ Encontra-se intrinsecamente ligado à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, desde as teorias jusnaturalistas, antes referidas, que propugnam o direito imanes como Seres Humanos que devem serem respeitados, inclusive pelo soberano. A inserção do princípio na seara constitucional, deve-se às doutrinas iluministas, à crença na intangibilidade do homem e na necessidade incondicionada de respeito à dignidade. Mas, a Constituição

⁶³⁶ O princípio foi incorporado à Constituição norte-americana de 1787 através das emendas nº 5ª e 14, tornando-se objeto de inúmeros trabalhos doutrinários e decisões jurisprudenciais, inclusive quanto a interpretação dada pela Suprema Corte americana. A abrangência do cláusula expandiu-se das esferas processuais penal para a processual civil, procedimental administrativa e todas as relações do cidadão e a Administração Pública., justamente na tentativa de conter abusos do Poder Público.

⁶³⁷ Artigo 5º, XXXIX – Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

⁶³⁸ Na época era o artigo 44, “ A administração pública, direta ou indireta, de qualquer dos Poderes obedecerá aos princípios [...] exigindo-se, como condição de validade dos atos administrativos, a motivação suficiente e, como requisito de sua legitimidade, a razoabilidade.” (C.f. Projeto Afonso Arinos, Disponível em www.camara.gov.br/internet/coconstituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-253.pdf), Acesso em 22 de janeiro, 2014).

⁶³⁹ Disponível em <https://mail.google.com/mail/u/0/?shva=1#inbox/142abd41241fcdc0>> Acesso em 30 de novembro, 2013

Francesa de 1791 previu apenas o princípio da legalidade⁶⁴⁰ mas, coube à doutrina elaborar instrumentos processuais⁶⁴¹ para sua efetivação. O juiz da Common Law, na elaboração de suas decisões pauta-se na noção de comportamento razoável segundo as circunstâncias do fato. Embora tenha sido instituído na Constituição de Weimar, é na Lei Fundamental de Bonn que o princípio encontra o marco inaugural na seara constitucional, ao inserir como núcleo da ordem jurídica o respeito aos direitos fundamentais.⁶⁴²

Todavia, nota-se que a jurisprudência e a doutrina utilizam os termos razoabilidade e proporcionalidade indistintamente, como garantidores dos direitos fundamentais frente a eventual arbítrio do poder estatal. O controle dos Atos se estabelece a partir da proporção, equilíbrio entre os fins almejados e os meios utilizados. O controle de constitucionalidade das leis, sob o aspecto necessidade, adequação e proporcionalidade. Nesse sentido, quanto a utilização do A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (Verhältnismässigkeitsprinzip), Gilmar MENDES afirma que “ [...] no direito constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade (Erforderlichkeit) e da adequação (Geeignetheit) da providência legislativa.”⁶⁴³

SOUZA JUNIOR reconhece uma nova sistemática de conceitos, que desde o fim da Segunda Guerra Mundial vem se desenvolvendo, com uma “tecnologia jurídica própria” especialmente no campo do processo constitucional e portadora de uma eficácia jurisdicional própria, um desses recursos técnicos em destaque é o princípio da proporcionalidade. Assim, os valores se fundam na substância⁶⁴⁴ da dignidade da pessoa humana.

CANOTILHO fala na ponderação de princípios frente a antinomia. PECES-BARBA esclarece que enquanto valor a proporcionalidade objetiva maximizar a aplicação de uma dada realidade, de princípios aparentemente contrapostos.

O valor relacional da RAZOABILIDADE diante da aferição de constitucionalidade da lei, contempla os próprios limites do poder de conformação outorgado ao legislador busca de

⁶⁴⁰ Artigo 3º da Constituição Francesa de 1791.

⁶⁴¹ A exemplo do instituto processual do “*récurso pour excès de pouvoir*” que permite postular perante o Conselho de Estado para a reforma de Ato Administrativo carregado de abuso de poder ou viola o princípio da legalidade.

⁶⁴² (BONAVIDES, 2013)

⁶⁴³ Representação nº 930. Relator: Ministro Rodrigo Alckimin. Diário de Justiça, 2 de setembro, 1977. Cf. sobre o assunto, MENDES, Gilmar Ferreira. O Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo, 1990. Apud MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. PDF.

⁶⁴⁴ Ontologia (conforme SOUZA JUNIOR, 2002, p. 37)

interpretações mais justas porque adequadas, necessárias e proporcionais, para servir na solução do conflito de normas, ajudando o intérprete na ponderação de bens e interesses.⁶⁴⁵

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado como instrumento para a colisão entre direitos fundamentais, a exemplo de decisões a respeito da presunção de paternidade quando o pai recusa-se a fornecer material genético para perícia de DNA na ação de Investigação de Paternidade.

2.3 A realidade

Os seis valores supremos da dimensão fato, somados aos dois valores integrativos, solidariedade e proporcionalidade, devem ser preservados, apoiados na realidade.. A verdade é a realidade da vida. No momento que a Constituição brasileira determina como objetivo da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais⁶⁴⁶, essa é a realidade a ser enfrentada para que se alcance a felicidade, ou o bem estar. Esses valores são reais, não resultam de convenções, eles se solidificam e se solidarizam na essência da vida, nos valores éticos supremos. Em função do valor encarnado em todas as normas e princípios que as torna suscetíveis de interpretação.

Esse valor, a realidade, encontra-se positivado no artigo 3^a, II da Constituição da República Federativa do Brasil. Isto é, erradicar tudo aquilo que impede a igualdade.

Sobre o conceito de verdade é preciso buscar Hannah ARENDT, na obra *A dignidade da política*⁶⁴⁷, nessa ela identifica duas instâncias que a verdade se manifesta: verdades filosóficas e verdades de fato. As verdades filosóficas, segundo ela, seriam aquelas que dizem respeito ao homem na sua singularidade – convicções íntimas e pessoais. As verdades de fato são “os acontecimentos do mundo, ‘acontecimentos originais’, o passado, ocorrências sobre as quais não temos controle, não temos como modificar”⁶⁴⁸. Para ARENDT verdade é tudo aquilo “que não se pode mudar.”. A verdade requer regularidade, um dos elementos

⁶⁴⁵ (MENDES, 2001, p. 3)

⁶⁴⁶ Artigo 3º, inciso III, da Constituição Brasileira.

⁶⁴⁷ Organizada por Antônio Abranches, apud SILVEIRA, Luis Fernando Castilhos. *Jurisdição e Judiciário: um estudo a partir do pensamento de Hannah Arendt*. Revista da Faculdade de Direito. Porto Alegre: UFRGS. V. 27. Dezembro 2007, p. 173

⁶⁴⁸ SILVEIRA, op..cit, p. 173.

essenciais da ordem, juntamente com a justa distribuição das partes no todo e das coisas em seus lugares.

A Política é muito além da política partidária, trata-se de um “espaço destinado ao humano na sua pluralidade, na natureza social do homem” no homem político de Aristóteles. A garantia da boa-fé na compreensão do fato, é a imparcialidade, a independência e a integridade. A verdade é a realidade dos fatos, e essa relaciona-se e interage com todos os valores. Conhecer é ver e dizer a verdade que está na própria realidade e, portanto, a verdade depende de qua a realidade se manifeste.

Em hebraico, verdade se diz *emunah*, que significa confiança, que tem a mesma origem da palavra amém. A verdade é fundada na esperança, na confiança, referidas ao futuro, ao que será ou virá. Sua forma mais elevada é a revelação divina. Para a filosofia, a evidência é a marca do conhecimento verdadeiro, visão intelectual e racional da realidade tal como é em si mesma.

KANT faz uma distinção entre juízos analíticos e juízos sintéticos, no primeiro estabelece-se uma relação causal entre o sujeito e o predicado, o juízo sintético, a realidade é daquilo que se apreende com a razão e não pelas nossas experiências.

As leis são criadas para serem aplicadas, e a aplicação pressupõe que alguém a maneje e aplique ao caso concreto. Assim, existem conceitos que necessitam da interpretação do aplicador do direito. Nesse caso, é necessário que o aplicador do direito no caso concreto indague qual a verdade, que deve ser integrada à fraternidade e na aplicação proporcional dos direitos fundamentais.

3. PRINCÍPIOS POLÍTICO-CONSTITUCIONAIS

O ponto mais importante na Constituição brasileira, promulgada em 1988, o espírito dos Constituintes que integraram a Comissão de Sistematização inclinava-se para o sistema de governo parlamentarista, mas, o plenário massivamente voltou pelo presidencialismo.⁶⁴⁹

⁶⁴⁹ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha de. Constituições do Brasil. Porto Alegre, Sagra (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 84)

Essa situação fez proceder a uma revisão na estrutura de poderes constante daquele projeto apresentado, ao instituir um Estado de Direito, (*Rechtsstaat*).⁶⁵⁰

Os princípios político-constitucionais encontram-se basicamente no artigo 1º de nossa Constituição brasileira, são fundamentos da Organização do Estado Brasileiro, devem ser interpretados como os principais valores na Organização da Ordem Social e Jurídica brasileira.

Os Princípios Político-Constitucionais são ligados às demais decisões políticas fundamentais, tais como: os princípios da forma de estado, da forma de governo, de sistema de governo e de regime de governo, além de princípios relativos à relação entre o público e o privado e princípios referentes a relações entre nacionais e estrangeiros.

Relacionados na Lei Magna ao Princípio Federativo, o Princípio Democrático, o Princípio Republicano, o Princípio Presidencialista ou Princípio da Tripartição dos Poderes, os princípios da ordem internacional, da ordem social, da ordem econômica e os da nacionalidade. Enquanto princípios axiológicos encontram-se na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891, a Carta Constitucional de Nascimento da República e de Princípios-político Constitucionais fundamentais do Estado brasileiro livre, soberano e independente.^X Constava no artigo 6º daquela dessa Constituição ⁶⁵¹ os limites para a atuação da União, para a garantia da autonomia dos Estados.⁶⁵² Ao proibir a intervenção do Governo federal nos negócios peculiares, exceto para repelir atentados contra a soberania, manter a forma de governo republicano e o sistema de organização federal, manter a ordem democrática e assegurar a legalidade, ela preserva a autonomia dos Estados. Esse artigo recebeu nova uma redação em 03 de setembro de 1926, através de Emenda Constitucional inserindo um rol maior de princípios político-constitucionais para assegurar a integridade do sistema federativo e das instituições republicanas e democráticas.^Y Essa Emenda inseriu no sexto artigo três parágrafos que estabeleciam limites aos Poderes e competências ao Congresso Nacional para decretar intervenção nos Estados para assegurar o respeito a esses

⁶⁵⁰ Professores políticos grande divulgadores, da expressão *Rechtsstaat* são Welcker, Rotteck e Mohl, conforme Cezar Saldanha de Souza Júnior, *in* Supremacia do Direito (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 154), por razões estratégicas: por três frentes .

⁶⁵¹ Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1981. Art 6º - O Governo federal não poderá intervir em negócios peculiares aos Estados, salvo: 1º) para repelir invasão estrangeira, ou de um Estado em outro; 2º) para manter a forma republicana federativa; 3º) para restabelecer a ordem e a tranqüilidade nos Estados, à requisição dos respectivos Governos; 4º) para assegurar a execução das leis e sentenças federais.

⁶⁵² Art 5º - Incumbe a cada Estado prover, a expensas próprias, as necessidades de seu Governo e administração; a União, porém, prestará socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar.

princípios Constitucionais da União⁶⁵³, e ao Presidente da República, a execução dessa medida excepcional de supressão da autonomia⁶⁵⁴, e ao Supremo Tribunal Federal requisitar intervenção nos Estados para execução de sentenças.⁶⁵⁵

Verifica-se nesta primeira Constituição da República, a preocupação da Assembleia Constituinte no resguardo de Princípios Político-Constitucionais⁶⁵⁶ ao permitir a sua reforma, expressamente garantia a impossibilidade de futura deliberação quanto à forma de governo republicano e do sistema político representativo.⁶⁵⁷ Esses princípios surgem com a nova realidade social e mental que se formava no Brasil imperial a partir dos anos 1870. Duas correntes políticas agregaram-se aos ideais federalistas da nova geração, a tradição do pensamento liberal francês revolucionário, que chegou ao País com Frei Caneca, e a doutrina positivista de Augusto Comte, com forma no estamento militar. No Rio Grande do Sul, nesse período, surge uma “a nova elite política gaúcha, muito próxima dos militares, com seus sentimentos antimonárquicos e descentralizastes”⁶⁵⁸.

O primeiro princípio elencado no artigo 1^a, inciso I, a soberania, significa a supremacia do Estado brasileiro na ordem política interna e a independência na ordem política externa, constitui um dos atributos do próprio Estado, pois não existe sem soberania. A cidadania, elencada no inciso II do primeiro artigo da Carta Constitucional brasileira, está aí empregada em sentido amplo, alcançando tanto o exercício do direito de votar e ser votado, como o efetivo exercício dos direitos fundamentais elencados na Constituição. Possibilitando, para sua efetivação, recorrer ao mandado de injunção se a falta de norma reguladora vier a tornar inviável o exercício desse direito.

Na expressão de José Afonso da SILVA,⁶⁵⁹ e na esteira de Gomes CANOTILHO, da expressão República Federativa do Brasil, contida no art. 1^o da Constituição da República,

⁶⁵³ § 1^o Cabe, privativamente, ao Congresso Nacional decretar a intervenção nos Estados para assegurar o respeito aos princípios constitucionais da União (n^o II); para decidir da legitimidade de poderes, em caso de duplicata (n^o III), e para reorganizar as finanças do Estado insolvente (n^o IV)

⁶⁵⁴ § 2^o Compete, privativamente, ao Presidente da República intervir nos Estados, quando o Congresso decretar a intervenção (§ 1^o); quando o Supremo Tribunal a requisitar (§ 3^o); quando qualquer dos Poderes Públicos estaduais a solicitar (n^o III); e, independentemente de provocação, nos demais casos compreendidos neste artigo.

⁶⁵⁵ § 3^o Compete, privativamente, ao Supremo Tribunal Federal requisitar do Poder Executivo a intervenção nos Estados, a fim de assegurar a execução das sentenças federais (n^o IV)."

⁶⁵⁶ “Art 83 - Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime no que explícita ou implicitamente não forem contrárias ao sistema do Governo firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados”.

⁶⁵⁷ Art 90 - A Constituição poderá ser reformada, por iniciativa do Congresso Nacional ou das Assembleias dos Estados. [sic] § 4^o - Não poderão ser admitidos como objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado.

⁶⁵⁸ SOUZA JUNIOR, Constituições [...]

⁶⁵⁹ (SILVA (1992, p. 85)

extrai-se além da organização da forma de Estado e da forma de governo, mas uma norma-síntese ou norma-matriz. Encontra-se aí uma relação explícita imputação, um mandamento de grande relevância: uma norma-princípio político-constitucional.

Conforme SILVA, dentre as várias tipologias dos princípios constitucionais encontradas literatura jurídica, destaca-se duas categorias: os que representam as decisões políticas fundamentais do Estado - os princípios político-constitucionais^Z, também chamados de constitucionais fundamentais Luís Roberto BARROSO (2003, p. 154), e de políticos constitucionalmente conformadores, CANOTILHO (1993, p. 172); e os que traçam uma linha limitadora do poder do Estado: princípios jurídico-constitucionais, que, por sua vez, podem ser gerais (os que definem os direitos fundamentais), ou especiais àqueles atinentes a um tema, capítulo ou título da Constituição (como os que informam a ordem tributária).

4. PRINCÍPIOS TÉCNICO-CONSTITUCIONAIS

Os princípios Técnico-Constitucionais, também chamados de adjetivos ou técnico jurídico, por SOUZA JUNIOR, ou os Princípios constitucionais instrumentais, para Jorge MIRANDA, ou princípio jurídico constitucional, na concepção de José Afonso da SILVA, em que pese às várias terminologias, o importante é que se tratam dos princípios do Estado de Direito e princípios atinentes aos ramos do direito.

Jorge MIRANDA defende a existência, na Constituição brasileira, de normas que não são de direito constitucional, mas sim de direito ordinário. Ele entende que existem regras de direito processual e material que são matérias de lei e não constitucionais. Ele propõe seis os princípios gerais atinentes ao estado de direito: os princípios da constitucionalidade, princípio da igualdade, princípio da legalidade, princípio da segurança jurídica; princípio da razoabilidade e princípio da judicialidade e a dos princípios. Sendo assim, o Estado de Direito encontra-se amparado em princípios de valores supremos, também inseridos no preâmbulo da Constituição brasileira.

Igualmente, o autor identifica seis princípios que são específicos de cada ramo do direito infraconstitucional: os princípios constitucionais processuais civis; princípios constitucionais processuais penais; princípios constitucionais administrativos; princípios

constitucionais cíveis; princípios constitucionais penais e princípios constitucionais tributários.

Para Afonso da SILVA, reconhece os princípios constitucionais como os valores fundamentais da ordem jurídica⁶⁶⁰.

“Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim, desejam laçar a sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios esta meta à proporção que perdem o seu carácter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecadora de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espriar-se por cima de um sem-número de outras normas” (154).

São os valores que garantem o Estado de direito e asseguram a dignidade da pessoa humana. Ao processo administrativo são aplicáveis amplamente as garantias processuais constitucionais da Administração Pública, enquanto que nos procedimentos administrativos “a incidência das garantias típicas do devido processo legal ocorre em menor escala.”⁶⁶¹

⁶⁶⁰ Para ele, sem os princípios, que impõe à Constituição um carácter de sistema, a Constituição se pareceria mais com um aglomerado de normas que só teriam em comum o fato de estarem juntas no mesmo diploma jurídico, do que com um todo sistemático e congruente (SILVA, op. cit. p.154)

⁶⁶¹ (LIMA, 2002, p. 158)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado enquanto unidade política é a sociedade humana fixada num determinado território, com instituições dotadas de mando político soberano. O Estado é uma instituição eminentemente política, que tem por essência o poder político soberano. Os fins do Estado Ocidental contemporâneo é o bem comum de todos os cidadãos, garantindo a liberdade, igualdade, segurança, justiça e a harmonia social, ou seja, o bem comum de seu Povo. Estado promover o bem comum de todos e organizar, criando os criar meios para que o Ser Humano satisfaça-se n as suas dimensões. A vida em sociedade precisa ser organizada por meio do Direito. Os valores e princípios são o código de conduta do Estado, sobre ele que o governante tecem suas políticas públicas.

É na Pessoa Humana que reside fonte inicial, o princípio e o fim de toda a organização política-constitucional ocidental pós- Segunda Guerra Mundial, analisada sob o aspecto dos direitos fundamentais e a realidade da dignidade da Pessoa Humana, o bem comum como critério para a vida política e da sociedade. Assim, o ponto principal de exame da matéria é a Pessoa Humana, como a pedra fundamental, o fecho da abóbada da existência do Estado de Direito. A Pessoa Humana na perspectiva sócio filosófica, enquanto substância, racionalidade e individualidade, um ser que é, ao mesmo tempo, social e individual. Toda a construção da ordem jus-política social se encontra fundamentada nos valores da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Brasileira de 1988). Reconhecendo-se na Pessoa Humana o princípio e fim da existência do Estado. Dentre os valores axiológicos do Estado Democrático de Direito, tem por fins do Estado como o garantidor dos direitos fundamentais do Ser Humano, através de suas instituições democráticas ele promove o bem comum, a harmonia social e a ordem.

O bem comum no sentido amplo, ou no sentido genérico e incondicionado, não beneficia isoladamente categorias de cidadãos, ele cria condições necessárias à sobrevivência da Nação E é impossível a vida humana sem bens materiais que lhe garantam a sobrevivência,

assim, sem a prosperidade geral não há prosperidade, progresso. A democracia não admite Poder arbitrário, os atos são condicionados aos limites da lei, a que todos, inclusive os Poderes se submetem. O consenso é fundamento da democracia, condição necessária para a sua sobrevivência, nele reside a promoção do bem comum do povo e limites do Estado, por meio dos princípios, especialmente os elencados no *caput* do artigo 37 da Constituição brasileira, dentre outros. O Estado de Direito é fundamento do próprio Estado e depende de instituições para consolidá-lo.

O modelo constitucional brasileiro é misto, incorporando o modelo germânico e americano, deixa lacunas para o ativismo judicial e a insegurança jurídica. O Supremo Tribunal Federal é o Guardião da Constituição, mas não exclusivamente de controle de constitucionalidade. A justiça somente se manifesta quando há violação de direitos. A justiça não é parte por ser instrumento de defesa dos direitos humanos, sempre deve considerar todos como iguais, naquilo que são iguais, e diferentes naquilo que forem diferentes. Cabe à justiça, somente quando provocada, se pronunciar quando há violação de direitos, princípios e valores supremos - como a liberdade, a segurança, a liberdade e a propriedade.

Os valores foram analisados sob três dimensões, sob a ótica sócio-político-cultural, a atual crise das instituições brasileiras abala a execução dos valores supremos. As Instituições Políticas não podem ser isoladas do contexto sociopolítico e cultural de origem, nem dos fundamentos axiológicos do convívio humano. Constatou-se que os nossos valores supremos são os da sociedade brasileira, mas a escolha pela hierarquia possivelmente foi inspirada nos valores superiores da Constituição espanhola. e as origens axiológicas que fundamentam a existência do Estado nasceram da relação dialógica entre a ética, a política e o direito na ordem sócio-político cultural global do constitucionalismo ocidental moderno. A palavra valor tem vários sentidos, mas nos parece claro que os valores não têm uma existência material e independente, mas necessitam de pessoas ou coisas para serem percebidos. Há necessidade de situar os valores supremos no marco de uma concepção sistemática do Direito, eles são o núcleo de conexão do Poder e do Direito, ou seja, da política e da ética.

Os valores superiores do artigo 1.1 da Constituição espanhola se situam numa concepção sistemática-normativa do direito, ocupando um posto de norma básica material, corrigindo a ideia de ordenamento dinâmico de KELSEN, baseado em dimensões formais. A concepção desse novo normativíssimo assume conteúdos materiais de moralidade legalizada.

E, diante das perguntas que nos acompanha desde o início, qual a importância do preâmbulo no estudo do constitucional e porque motivo do Legislador inseriu uma carta de intenções nesse espaço introdutório da Carta Maior?

Por meio de retrospectiva da história das constituições brasileiras foi possível constatar que é tradição do Brasil de um preâmbulo nas Constituições, presente desde a primeira, a do império. Contudo, a inserção de axiologia no ordenamento, especialmente valores se deu a partir da relação dialógica entre a ética e a política estabelecida na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, momento que a dignidade da Pessoa humana também passou a ser fundamento axiológico da ordem democrática de direito (no artigo 1º, inciso III) e apresenta- o Ser Humano como seu valor fonte do Estado Democrático de Direito. O preâmbulo não pode ser invocado enquanto tal, isoladamente; nem cria direitos ou deveres; invocados só podem ser os princípios nele declarados. Da mesma forma, não há declaração de inconstitucionalidade por violação do preâmbulo, mas, concordamos que somente há inconstitucionalidade por violação dos princípios nele consignados. Contudo, considerando que ele não há Emendas ao preâmbulo, na história constitucional brasileira, verifica-se que todas as reformas constitucionais mantiveram inalterado o texto preambular e o rol do nome dos Constituintes. Nunca se teve notícia de Emenda a esse dispositivo, apenas aos artigos depositados no corpo da Constituição, portanto, assim como as cláusulas pétreas, o preâmbulo não pode ser modificado. Ao diferenciar os conceitos axiológicos do ordenamento constitucional contemporâneo, bem como a existência de critérios hierárquicos e de ponderação dos princípios constitucionais, podendo identificar que valores em que pese à semelhança dos princípios, se diferenciam quanto à abrangência.

Por fim, os valores superiores da sociedade brasileira - a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça - e os valores relacionais⁶⁶² de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos – fraternidade, equilíbrio e realidade.⁶⁶³ Sociedade essa construída constitucionalmente sob três pilares: o da harmonia social, o do comprometimento

⁶⁶² Valores relacionais, esse termo não é originário da autora, é fruto de diálogos travados com o orientador, Cezar Saldanha de Souza Junior, durante o desenvolvimento destes trabalhos, inspirado na classificação dos princípios axiológicos de Jorge Miranda. Inicialmente ele fazia referência a esses como valores relacionais do conjunto ou integrativos.

⁶⁶³ Essa ideia não é originalidade da autora e sim fruto de diálogos desenvolvidos com o orientador desde o período que foi seu orientador no Curso de pós-graduação lato sensu, Direito de Estado, promovido pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, no ano de 2007/2008. Sobre os princípios do Estado de Direito, ver (FERREIRA FILHO, 2012), (BONAVIDES, 04.2012), (JELLINEK) e (REVERBEL, 2009) sobre os princípios e os direitos fundamentais (ÁVILA, 2011), (ÁVILA, 1999) e (ALEXY, 1998).

com a ordem interna e internacional, e o da solução pacífica das controvérsias.⁶⁶⁴ Tais valores supremos, do ponto de vista da norma e do aspecto linguístico, são os que iluminam, têm supremacia no ordenamento jurídico brasileiro. Paralelamente, identificam-se dois grupos de valores na Constituição brasileira, os valores *latu senso*⁶⁶⁵, onde se enquadra os princípios gerais e constitucionais; e a categoria dos valores *stricto sensu*⁶⁶⁶, nessa se enquadrariam: a) os valores supremos, que seriam assim valorados porque respaldam a dignidade da Pessoa Humana em suas dimensões, as que legislador constituinte de 1988 entendeu por indispensáveis à vida humana em sociedade; b) os valores sociais, do trabalho e da livre iniciativa. Assim, os substratos materiais para compreender a função dos valores supremos instituídos na Constituição de 1988, são os elementos do direito constitucional e dados histórico-sócio-filosóficos que influenciaram aquele período.

Respondendo a pergunta, esta Autora entende que não foi obra do “acaso”, mas havia uma vontade perpetuar no tempo, de protegê-los de futura alteração do texto, até que uma nova Constituição a revogue. Todos os artigos são modificáveis, mas o preâmbulo fica intacto. É no preâmbulo que se encontra síntese da “carta de intenções”, da vontade maior daqueles Constituintes que assinaram a Constituição de 1988. Os valores supremos estão diretamente às dimensões humanas, a natureza do Ser Humano, valores superiores almejados para conduzir os rumos do Estado Democrático de Direito. Assim, o texto do preâmbulo é carregado de força orientava de interpretação e de aplicação das normas constitucionais. Nesse sentido MAXIMILIANO afirmava que algumas regras servem para completar a doutrina quanto ao emprego do elemento teleológico, dentre elas “[...] o preâmbulo e as exposições de motivos da lei auxiliam a reconhecer o fim primitivo da mesma.” Por fim, concluo que os valores supremos são normas, são postulados pétreos que iluminam a interpretação e na elaboração de novas regras constitucionais ou infraconstitucionais.

⁶⁶⁴ Nosso objetivo é o estudo tão somente dos valores supremos relacionados no preâmbulo, o estudo da sociedade brasileira, ainda que exista o desejo aprofundar o estudo para uma investigação da realidade da sociedade brasileira, sob o aspecto sociológico, essa ficará para o futuro.

⁶⁶⁵ Valores de forma geral, aqueles que não sejam os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, referidos no artigo 1º, inciso IV;

e os valores supremos, aqueles que se encontram no preâmbulo e, posteriormente positivados no artigos da Constituição de 1988 e, especialente, nos seus artigos 3º e 5º, *caput*.

⁶⁶⁶ Encontram-se no Preambulo da Constituição de 1988 a relação dos valores supremos.

BIBLIOGRAFIA

AFONSO, L. P. **Constitución y valores del ordenamiento**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, S.A., 1990. ISBN 84-87191-63-0.

ALBUQUERQUE, B. M. J. F. Efetividade do Processo, o Contraditório e a Ampla Defesa. **Revista ESMAFE - Escola da Magistratura Federal da 5a. Região**, Recife, v. 3, n. PDF. <https://www.trf5.jus.br/downloads/rev03.pdf#page=91>, acesso em 02.03.2014, 2002.

ALEXI, R. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Editora Landy, 2001.

ALEXY, R. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, R. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE)**, Porto Alegre, 07 dezembro 1998. Tradutor: Dr. Luís Afonso Jeck.

ALEXY, R. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, n. jul/set, p. 55-66, 1999.

ALEXY, R. Colisão de direitos fundamentais no estado de direito social, Porto Alegre, 2007. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura federal (ESMAFE) no dia 7 de dezembro de 1998. Ela também se encontra impressa na Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegere, v. 17, páginas 267-279, 1999..

ALEXY, R. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In: EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A. **La teoría principialista de los derechos fundamentales**: estudios sobre la teoria de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Barcelona: Marcial Pons, v. Colección filosofía y derecho, 2011. p. 119-136. ISBN 978-84-9768-835-2.

ALEXY, ROBERT. **Direitos Fundamentais, Ponderação e racionalidade**. Porto Alegre,: Livraria do Advogado. 2007. Cap. 6, p. 105-116 - Este artigo foi publicado ooriginalmente na Ars Interpretandi. Yearbook of Legal Hermeneutics 7 (2002), páginas 113-125.

ALTHUSIUS, J. **Política**. Tradução de Jorbert de Oliveira Brizida. Rio de Janeiro: Topbooks Editora, 2003.

AQUINO, T. **Suma Teológica**. Madrid: Moya y Plaza, 1880. I-I.

ARAÚJO, C. A. S. D. ESTADO, EDUCAÇÃO E SUBSIDIARIEDADE: o princípio da subsidiariedade como responsabilidade social do Estado nas relações com a educação pública, São Paulo, 2007.

ARENDT, H. **A condição humana**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

ARENDT, H. **O que é política?** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

ARINOS, A. Projeto da Constituição Federal do Brasil, 1987. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente>. Acesso em: 15 fevereiro 2014.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira CHAVES. Coleção Universidade de bolso. ed. [S.l.]: Ediouro. ISBN 85-00-20190-8.

ARISTÓTELES. Poética. In: EDITORA, N. C. L. **Aristóteles - vida e obra**. Tradução de Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultura Ltda.

ARTONI, R. Sulla nozione di giustizia sociale. **Revista di diritto finanziario e scienza delle Finanze**, Milano, v. 71, n. 2, p. 157-177, 2012. ISSN 0035-6131. OLC-SSG Ciências Econômicas.

ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 73 p. ISBN 85-7420-620-2.

ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação do princípios jurídicos**. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. ISBN 85-7420-937-1.

ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011. ISBN 978-85-392-0074-0.

ÁVILA, H. B. Repensando o "Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". In: SARLET, I. W. **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ltda, 1999. Cap. 6, p. 99-127.

AZAMBUJA, D. **Teoria Geral do Estado**. 29ª. ed. São Paulo: Globo SA, 1992.

AZAMBUJA, D. **Teoria Geral do Estado**. 29ª. ed. São Paulo: Globo, 1992.

BAGGIO, A. M. (. **Reflexões para a vida pública:** A cultura da fraternidade e a política. Vagem Grande Paulista: Cidade Nova, 2006. ISBN 85-89736-70-9.

BALEEIRO, A.; SOBRINHO, B. L. **Constituições Brasileiras - 1946.** [S.l.]: [s.n.], v. Volume V, 2001. ISBN CDU 3424(81). Acesso em: 12 jan. 2013. Coleção Constituições Brasileiras.

BALLESTEROS, J. **Postmodernidad:** decadência o resistência. 2ª. ed. Madrid: Tecnos, 1989. ISBN 84-309-3558-4.

BALLESTEROS, J. http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/14213/1/PD_46_01.pdf. Acesso em: 13 out. 2013. Documento em PDF.

BARACHO, J. A. D. O. **O Princípio da Subsidiariedade:** conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BARACHO, J. A. D. O. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 09, 2004. ISSN 0034-791. Acesso em 15.02.2014.

BARRETO, C. E. (Ed.). **Constituições do Brasil.** 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, v. I e II, 1971.

BARRETO, C. E. **Constituições do Brasil.** 6ª - Revista e atualizada. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 1971.

BARROS, S. D. T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** 3ª. ed. Brasília: Brasília, 2003.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARTOLE, S. **Principi di diritto.** [S.l.]: [s.n.], v. XXXV.

BASE de dados políticos da América Latina, 2006. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/vigente.html>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

BASE de datos políticos de las Américas, 2006. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Mexico/mexico1917.html>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

BASTOS, C. R. **Curso de Direito Constitucional.** 21ª. ed. atual. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 503 p. ISBN 85-02-02173-7.

BOBBIO, N. 1. **Estado, governo e sociedade; por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 1ª edição: junho de 1986 - 18ª reimpressão. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, v. (Coleção Pensamento Crítico, v69), 2012. ISBN 978-85-7753-017-5.

BOBBIO, N. *Il Positivismo Giuridico*, Torino, 1979?

BOBBIO, N. **O futuro da democracia - uma defesa das regras do jogo**. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BOBBIO, N. **Igualdad y libertad**. Pensamiento Contemporáneo 24. ed. [S.l.]: Paidós I.C.E/U.A.B. ISBN 84-7509-862-2. Introducción de Gregoria Peces-Barba.

BOBBIO, N. **Igualdade e Liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. PDF disponível em http://moodle.stoa.usp.br/file.php/799/igualdade_e_liberdade.pdf, acesso em 02.03.2014. ed. [S.l.]: Ediouro, 47 p.

BONAVIDES, P. **Constituição e normatividade dos princípios**: Discursos e prefácios. São Paulo: Malheiros, 04.2012. 520 p.

BONAVIDES, P. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1997.

BONAVIDES, P. Democracia Participativa como Alternativa Constitucional ao Presidencialismo e ao Parlamentarismo. **Revista ESMAFE - Escola de Magistratura Federal da 5ª. Região**, Recife, n. 3, 2002. <https://www.trf5.jus.br/downloads/rev03.pdf#page=91>, acesso em 02.03.2014.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 28ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013. 864 p. ISBN 978-85-392-0181-5. OAB.

BRAGA, S. Quem foi quem na Assembléia Constituinte de 1946: Um perfil socioeconômico e regional da Constituinte de 1946., Brasília, v. I, 1998. Acesso em 02.02.2013.

BRASIL, Biblioteca Virtual de Direito do Senado. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/111015/1985_fev%20Dez_163.pdf?sequence=1>. Acesso em: 16 fevereiro 2013.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. BRITO, A. **ADI 3510/DF**. Supremo Tribunal Federal. Brasília. 2008.

BURDEAU, G. **Les libertés publiques**. Paris: Librairie Générale de Droit e de jurisprudence, 1972.

CALAMANDREI, D. P. **Discorso Sulla Costituzione**. Conferenze sulla Costituzione italiana. [S.l.]: [s.n.]. 26 gennaio 1955.

CALDEIRA, J. **História do Brasil com Empreendedores**. 1ª. ed. São Paulo: Mameluco, 2009. ISBN 978-85-60432-06-6.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional**, Coimbra, n. 5ª ed., totalmente refundida e aumentada, 1991.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª (4ª impressão). ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra, v. I, 1984.

CARLOS, M. Max Scheler e a gênese axiológica do conhecimento. **Margem**, São Paulo, n. 16. Disponível em MATHEUS, Carlos. Max Scheler e a gênese axiológica do conhecimento, publicado na revista Margem, São Paulo, nº 16, p. Disponível in . Acesso em 10 de março, 2014.

CARNEIRO, M. F. **Considerações sobre hermenêutica constitucional: linguagem e democracia no estado constitucional**. [S.l.]: [s.n.]. publicado em 04.08.2013.

CARNELUTTI, F. **Discurso sobre o direito**. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Leme: Habermann, 2009. 180 p.

CARVALHO, I. M. **Introdução à psicologia das relações humanas**. 13ª. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1983. 143 p. ISBN 85-225-0066-5.

CASTRO, A. **1880-1946 – A Constituição de 1937**. Capítulo VII. ed. Brasília: Senado Federal - Conselho Editorial, 2003.

CASTRO, C. R. D. S. **O princípio da isonomia e da igualdade da mulher no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CAVALCANTE FILHO, J. T. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. [S.l.]: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf.

CEPEDA, M. J. **Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991**. Colômbia: Temis, 1992.

CINTRA, A. C. D. A.; GRONOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1993.

COELHO, L. F. **Fumaça do bom direito**: ensaios de filosofia e teoria do direito. 1ª. ed. Curitiba: Bonijuris/JM Livraria, 2011. 320 p. ISBN 978-85-8002-000-0.

COELHO, S. C. N. Norma jurídica e lei são figuras teoricamente diferentes. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 98, 2008. ISSN 0034-7191.. Acesso em 15.02.2014.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, D. F. **Os Direitos Fundamentais Sociais como expressão do Bem Comum**: Em busca de parâmetros para a prestação racional do direito à saúde. Porto Alegre: [s.n.]. 2008. p. 104. Orientador: Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Junior.

COSTIN, C. Federalismo e a Política Educacional. **http://interessenacional.uol.com.br/2010/04/federalismo-e-a-politica-educacional/**. Acesso em: 14 jun. 2013.

CRUVINEL, C. L. C. G. **Políticas de educação obrigatória**: o ensino fundamental com 9 anos de duração. Campinas. SP: [s.n.]. 2009. Dissertação de Mestrado. Orientador: Maria Evelyn Pompeu do Nascimento.

DE OLIVEIRA, M. C. D. S. A prestação jurisdicional em face do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional.

DINIZ, M. H. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1001.

DWORKIN, R. Hard Cases. **Harvard Law Review**, v. 88, n. 66, p. 1057-1109, Apr. 1975. <http://ebookbrowse.net/dworkin-hard-cases-pdf-d679101081>. acesso em 12 de fevereiro, 2014.

DWORKIN, R. **The Original Position**. [S.l.]: [s.n.], 1975. In: DANIELS, N. Reading Rawls. Critical studies in Rawls' A theory of justice.

DWORKIN, R. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo e revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. ISBN 978-85-336-2389-7. 2ª Tiragem (2010).

DWORKIN, R. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz CAMARGO. 1ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. 421 p. ISBN 978-85-7827-091-9.

EKMEKDJIAN, M. A. **Tratado de derecho constitucional**: Constituiión de la Nación Argentina. Comentada y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina. 2ª. ed. Buenos Aires: Depalma, v. Tomo I - arts. 1 a 14, 2000.

ESPÍNDOLA, R. S. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Apres. Prof. J.J. Gmes Canotilho.

FARIA, A. D. O. (Ed.). **Textos clássicos de filosofia do direito**: publicação em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

FERRARA, F. **Como aplicar e interpretar as leis**. Tradução de Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Livraria Lider e Editora Ltda, 2005. 88 p. ISBN 85-88466-17-1.

FERRAZ, J. G. **Ordem e Revolução da República de Weimar**. PDF. ed. São Paulo: USP.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: [s.n.], 1967.

FERREIRA FILHO, M. G. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: [s.n.], v. I, 1990.

FERREIRA FILHO, M. G. Os princípios do processo constitucional. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região**, João Pessoa, v. 14, n. 1, p. 16-48, 2006.. Acesso em 15.02.2014.

FERREIRA FILHO, M. G. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**: o estudo da questão no século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo. São Paulo: Saraiva, v. 2ª ed., 2010.

FERREIRA FILHO, M. G. **Direitos humanos fundamentais**. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 232 p. ISBN 978-85-02-17684-3.

FIGANIERE, F. F. S. D. V. D. L. 1.-. **A liberdade e a legislação vista à luz da natureza das cousas**. <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/227324>. ed. Petropolis: Typ. de Bartolomeu pereira Sodré, 1866. 205 p. Obras raras.

FIUZA, R. A. M. As origens do Estado: um tributo ao Mestre Orlando de Magalhães Carvalho. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 40, p. 263-270, 2012.

FOUCAULT, M. **A arqueologia do Saber**. Petrópolis: Vozes, 1971.

FOUCAULT, M. **A Ordem do Discurso**: aula Inaugural no Collège de France. Tradução de Laura de Fraga de Almeida Sampaio. 22ª. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

FRANCO, A. A. D. M.; PILA, R. **Presidencialismo ou Parlamentarismo?** Brasília: [s.n.], v. Coleção Biblioteca Básica Brasileira, 1999. ISBN CD Dir 341.23.

FREUD, S. **O mal-estar da civilização**. Tradução de Paulo César SOUZA. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011. 94 p. ISBN 978-85-63560-30-8. É uma teoria psicanalítica da política. Escrito às vésperas do colapso da Bolsa de Valores de NY, 1929, é investigação sobre as origens da infelicidade, conflito entre indivíduo e sociedade e diferentes configurações na vida privada..

FURASTÉ, P. A. **Normas técnicas para o trabalho científico**: Elaboração e formatação. Com explicação das normas da ABNT. 14ª. ed. Porto Alegre: Brasul Ltda, 2007.

GOLDSCHIMIDT, W. **Introducion à filosofia del Derecho**. [S.l.]: [s.n.], 1996. A obra traz a visão da teoria trialista.

GROSSI, P. **L'Ordine Giuridico Medievale**. 5ª. ed. [S.l.]: Editori Laterza, 1999.

GUEST, S.; BORGES, L. C. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos BORGES. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. 308 p. Tradução autorizada do idioma inglês da segunda edição publicada por Edinburgh Univesity Press, 1997.

HEUSCHLING, L. **État de droit rechtsstaat Rule of law**. Paris: Editions Dalloz, 2002.

HOBBS, T. **Do Cidadão**. Tradução de Renato Janine Ribeiro. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998 (clássicos). 400 p.

HUME. **Hume - Vida e Obra**. Tradução de Editora Nova Cultura Ltda. São Paulo: Nova Cultura Ltda. ISBN 85-351-0769-X.

HUME, D. Investigação acerca do entendimento humano. In: LTDA, E. N. C. **Hume - Vida e Obra**. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultura Ltda.

HUSSERL, E. **Investigações lógicas**: sexta investigação. Tradução de Zeliko Loparic´ e Andréa Maria Altino de Campos Loparic´. (Coleção Pensadores). ed. São Paulo: Editora Nova Cultura Ltda, 2000. 224 p.

HUSSERL, E. Investigações lógicas - sexta investigação. Elementos de uma elucidação fenomenológica do conhecimento. In: EDITORA, N. C. L. **Hussel - Vida e Obra**. Tradução de Zeljkp Loparic e Andréa Maria Altino de Campos Loparic. São Paulo: Nova Cultura Ltda.

IBEAS, J. J. S. **Los valores superiores en la jurisprudência del Tribunal Constitucional:** libertad, justicia, igualdad y pluralismo político. Dykinson: Universidad de Burgos, 1997. Prólogo de Gregório Peces-Barba.

IL diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Varsavia: http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU185_principi.pdf , acesso em 12 de dezembro, 2013. 2006. PDF.

INDURSKY, F. Da Interpelação à falha no ritual: a trajetória teórica da noção de formação discursiva. In: BARONAS, R. L. (.). **ANÁLISE DE DISCURSO: APONTAMENTOS PARA UMA HISTÓRIA DA NOÇÃO-CONCEITO DE FORMAÇÃO DISCURSIVA.** São Carlos, SP: Pedro e João, 2011.

JANSEN, N. Los fundamentos normativos de la ponderación racional en el derecho. In: SIECKMANN, J. **La teoría principialista de los derechos fundamentales:** estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Barcelona: Marcial Pons, 2011. p. 51-69.

JELLINEK, G. **Teoria General del Estado.** Tradução de Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros. Traducion de la segunda edicion alemana y prologo.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de Henrique de Carvalho. Coleção Clássicos do Direito (3 em 1). ed. Belo Horizonte: Lider, v. Livro II, 2004. 272 p. ISBN 85-88466-54-6.

LAFER, C. **A reconstrução dos direitos humanos.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAMEGO, J. Discurso sobre os princípios jurídicos. **Revista Jurídica**, p. 106, 4/1985.

LASANTA CASERO, P. J., 2002. Disponível em: <<http://eprints.ucm.es/tesis/19911996/s/0/D0012891.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2013.

LEAL, R. G.; ARAUJO, L. E. B. D. (. **Direitos Sociais & políticas publicas:** desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, v. 2, 2003.

LEAL, R. G.; ARAUJO, L. E. B. D. **Direitos sociais & políticas Públicas:** desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2001. 364 p..

LIMA, F. G. M. D. **Fundaemntos constitucionais do processo sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2002.

LIMA, R. C. **Princípios de Direito Administrativo.** Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1964.

LOPES, J. R. D. L. **O Oráculo de Delfos: Conselho de Estado no Brasil oitocentista.** (Série produção científica. Direito, desenvolvimento e justiça). ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LORENZETTI, R. L. **TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL - Fundamentos de direito.** Tradução de Bruno MIRAGEM. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Notas e revisão de tradução: MARQUES, Claudia Lima.

MACHADO, M. **Scherer: a ética material dos valores.** in. <http://coral.ufsm.br/gpforma/2senafe/PDF/016e2.pdf>. ed. [S.l.]: [S.ed], [S.d]. PDF.

MACHADO, M. SCHELSER: A ÉTICA MATERIAL DOS VALORES. < www.coral.ufsm.br/gpforma/2senafe/PDF/016e2.pdf > acesso em 15/03/14.

MACHIAVELLI, N. **O Príncipe.** Tradução de Ciro MIORANZA. 2ª, revisada. ed. São Paulo: Escala, n/c.

MALSH, E. A. S. O. F. S. Constitutions and Comparative Constitutional Study. **Political Database of the Americas**, Center for latin american studies. Disponível em: , <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/constudies.html> >, acesso em 15 de janeiro, 2014.

MALTEZ, J. A. A influência das novas tecnologias na formação política. **Centro de Estudos do Pensamento Político**, cepp.pt.vu, n. http://www.iscsp.utl.pt/~cepp/indexfro1.php3?http://www.iscsp.utl.pt/~cepp/conceitos_politicos/valores.htm.

MARTINEZ, G. P.-B. **Los valores superiores.** Jornadas de la Dirección General de los Servicios Jurídicos del Estado. Madrid: [s.n.]. 25 de maio de 1987. p. <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142117.pdf> acesso em 20 de fevereiro, 2014.

MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do Direito.** 12ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MELLO, C. A. B. D. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: [s.n.], 1996.

MELLO, C. A. B. D. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, O. A. D. **Natureza Jurídica do Estado Federal.** São Paulo: [s.n.]. 1937.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2000. 322 p.

- MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª ed. rev. reimpressão. ed. Coimbra: Coimbra editora, v. Tomo III. Estrutura Constitucional do Estado, 1988.
- MIRANDA, J. **Constitucionalismo Luso-Brasileiro: Influxos Recíprocos**. Coimbra: Coibra Editora, 1996.
- MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional: Atividade Constitucional do Estado**. Coimbra: Coimbra Editora, v. V , 1997.
- MIRANDA, J. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**. 7ª ed. rev. e atual. ed. Coimbra: Coimbra editora, v. Tomo I. Preliminares., 2003.
- MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. e atual. ed. Coimbra: Coimbra editora, v. Tomo II. Constituição, 2007.
- MODIN, B. **Curso de filosofia: Os filósofos do Ocidente**. Tradução de Benôni LEMOS. 3ª. ed. São Paulo: Paulinas, 1981. 300 p. ISBN 85-05-00299-7.
- MONDIN, B. **Curso de Filosofia, os filósofos do ocidente**. Tradução de Benônio Lemos e revisão de João Bosco de Lavor Medeiros. 3ª. ed. São Paulo: Edições Paulinas, v. 1, 1981. 232 p. ISBN 85-05-00299-7.
- MONDIN, B. **Curso de Filosofia: Os filósofos do Ocidente**. Tradução de Benôni LEMOS. 2ª. ed. São Paulo: Paulinas, v. I, 1981.
- MONDIN, B. **Curso de filosofia: Os filósofos do Ocidente**. Tradução de Benôni LEMOS. São Paulo: Paulinas, v. III, 1981-1983. 300 p.
- MONDIN, B. **O homem, que é ele?: Elementos de Antropologia Filosófica**. Tradução de Benôni LEMOS. 3ª. ed. [S.l.]: Paulinas, v. Coleção filosofia - I, 1983.
- MONTARI. **Comentários dela costituzione: Principi Fondamentali Zanichelli**. ROMA: Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1975.
- MONTESQUIEU, C. D. S. B. D. 1.-1. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina MURACHCO. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 851 p. L'ESPIRIT DES LOIS (texto original).
- MONTESQUIEU, C. D. S. B. D. 1.-1. **O Espírito das Leis**. Tradução de Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Lider, v. Livro I, 2004. 272 p.
- MONTESQUIEU, C. D. S. B. D. **O Espírito da Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MONTESQUIEU, C. L. S. **Do espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique CARDOSO e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 15^a. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, A. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6^a. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOTTA, A. A. D. **Segurança jurídica: da crise ao resgate**. UFRGS. Porto Alegre. 2008. Dissertação. Orientador: Prof. Dr. Cezar Saldanha de Souza Junior.

NETTO, LUÍSA CRISTINA PINTO E; BITENCOURT NETO, ENRICO (COORD.). **Direito administrativo e direitos fundamentais: diálogos necessários**, Belo Horizonte, 2012.

NORONHA, C. S. Distinção entre princípio, regra e "norma-objetivo". **Revista da Faculdade de Direito UFRGS**, v. 29, p. 91/104, novembro 2011.

NUNES, L. A. R. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA BARACHO, J. A. D. **Processo constitucional**. in http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_55_56/Jose_Baracho.pdf> acesso em 08 de março, 2014. ed. [S.l.]: [s.n.].

OLIVEIRA, J. R. F. D. **O Direito como meio de controle social ou como instrumento de mudança social?** S.c: Senado, S.d. PDF. Disponível in OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. O direito como meioPDF. Disponível em: >

OLIVEIRA, R. P. D.; SANTANA, W. In: _____ **Educação e Federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade**. Brasília: UNESCO, 2010.

OTTAVIANI, EDÉLCIO E BETTINI, LÚCIA HELENA POLLETI. A nossa missão enquanto educadores. **Revista de Direito Educacional**, São Paulo, n. Ano 1, n. 1, Jan.-jun., p. 430, 2010..

PAPA, Pio XI. Carta Encíclica Quadragesimo Anno. Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_po.html> acesso em 03 de março, 2014. Roma: Vaticano. 1931.

PASSOS, N. Segurança alimentar e nutricional direitos humanos a alimentação, acesso em 09/06/2013.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. **Persona, Sociedad , Estado**. Editorial Cuadernos para el Diálogo, S.A. ed. Madrid: Edicusa, 1972. Tesis doctoral del autor, defendida en la Facultad de Derecho de Madrid ante un tribunal presidido por el decano, doctor García Arrias.

PECES-BARBA, G. **Persona, Sociedad, Estado: Pensamiento social y político de Maritan**. Madrid: Cuadernos para el Diálogo, S.A.

PÊCHEUX, M. A análise do discurso: três épocas. In: GADET, F. & H. T. **Por uma análise automática do discurso**. Campinas: UNICAMP, 1990.

PELE, A. Filosofía e historia en el fundamento de la dignidad humana, Madrid, n. Tesis doctorales, 22 set. 2006. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10016/3052>>. Acesso em: 02 dez. 2013. <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/3052>.

PERONI, V. M. V. **A definição do papel do Estado e a Política Educacional nos anos 90**. Programa e resumos, Cuiabá: Fórum de Coordenadores de Programas de Pós-Graduação em Educação do Centro-Oeste. Cuiabá: [s.n.]. 2000. p. 164. In: Encontro de Pesquisa em Educação do Centro-Oeste.

PESSOA, L. S. Os princípios gerais do direito na integração das normas. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 20 - outubro/novembro/dezembro , 2009.

PINHO, R. C. R. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, v. 17, 2003.

PLATÃO. **A República**. Tradução de Cirro MIORANZA. 2ª. ed. São Paulo: Escala, v. Coleção Grandes obras de Pensamento Universa -14 e 5, n/c.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 1967.

PONTES, A. L. M. Concepções de direito e justiça: a teoria do direito de Ronald Dworkin e o liberalismo político de Rawls., São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-26032012-093813/>. Orientador: Doutor Ronaldo Porto Macedo Júnior.

PORTUGAL, G. D. **Constituição da República de Portugal**, 1976. Disponível em: <<http://www.portugal.gov.pt/pt/a-democracia-portuguesa/a-constituicao-da-republica/a-constituicao-da-republica.aspx>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

PROMER, C. **Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

RAMÍREZ, M. A. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=37898>, 2010. Acesso em: 02 dez. 2013. Teses Dialnet.

RAUBER, M. L. Princípio da Subsidiariedade. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre**, Porto Alegre, n. 20, p. 31-44, novembro 2006. Disponível em: < http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?reg=3&p_secao=502 >, acesso em 05 de maio, 2013.

REALE, M. **Teoria tridimensional do direito - situação atual**. 4ª ed. rev.e aum. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

REALE, M. **O homem e seus horizontes**. 2ª. ed. São Paulo: Topbooks, 1997.

REALE, M. Os legados de Norberto Bobbio. **Prisma Jurídico**, p. 167-172, setembro 2004. [fecha de consulta: 4 de marzo de 2014] Disponible en: ISSN 1677-4760.

REBEQUE, H. B. C. D. 1.-. **Princípios Políticos Constitucionais - Princípios Políticos Aplicáveis a todos os Governos Representativos e Particularmente à Constituição Atual da França (1814)**. Tradução de Maraia do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Lider Juris Ltda, 1989. 191 p.

REVERBEL, C. E. D. Ativismo Judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 4, n. 1, Março 2009. http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/40977/ativismo_judicial_estado.pdf?sequence=1, acesso em 15.02.2014.

REVERBEL, C. E. D. **Controle de constitucionalidade na Ibero-América**. Porto Alegre: [s.n.], 2011. 285 p. Dissertação de Mestrado.

REVERBEL, C. E. D. **Jurisdição constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo, 2012. 266 p.

RIVEIRO, J. **Les Libertés publiques**. Paris: PUF, 1973.

RODRÍGUEZ, L. G.; PÉREZ, Á. J. V. Reflexiones en torno de los valores supremos: el ejemplo de Cuba. **Ciencia en su PC**, Cuba, n. 1, p. 89-100, 2010. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=181317867009>.

ROMERO, RICARDO. **Diccionario de la Lengua Española**. 1ª. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

SAI BABA, S. **Programa de educação em valores humanos**. [S.l.]: Lumensana; Publicações Eletrônicas, 2009. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/13618955/6/OS-VALORES-HUMANOS-ABSOLUTOS-E-OS-ASPECTOS-DA-PERSONALIDADE>, acesso em 20 de março, 2014.

SALOMÃO, P. C. O confronto ente o direito à intimidade e o direito à informação, Coimbra, p. 37, 2004/2005. Orientador: Prof. Dr. José Carlos Vieira de Andrade.

SANTOS, B. D. S. Para uma concepção intelectual dos direitos humanos. In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. (.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 3-46.

SANTOS, T. M. **Manual de Filosofia**. 7a. ed. São Paulo: Comanhia Editora Nacional, v. I, 1955. 523 p. ISBN Exemplar 3233. Livro herdado da Tia Norma.

SARLET, I. W. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: SARLET, I. W. **O Direito Público em tempos de crise: Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ltda, 1999. Cap. 7, p. 129-173.

SARTRE. **O Testameto de Sartre**. Tradução de J. A PINHEIRO MACHADO e Agência O Estado. Porto Alegre: L & PM Editores Ltda, 1981. 84 p.

SCHELER, M. F. Ethics, and philosophical anthropology. **Wikipedia**, n. http://en.wikipedia.org/wiki/Max_Scheler.

SCHMITT, C. **Teoria de la Constitucion**. México: Nacional, 1966.

SCIOLLA, L. **Valori**. Itália: Treccani.It, 1998. [http://www.treccani.it/enciclopedia/valori_\(Enciclopedia_delle_scienze_sociali\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/valori_(Enciclopedia_delle_scienze_sociali)/) acesso em 07 de março, 2014.

SIECKMANN, J. Los derechos fundamentales como principios. In: SIECKMANN, J.-R. (. **La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoria de los derechos fundamentales de Robert Alexy**. Barcelona: Marcial Pons, 2011. p. 27-49.

SIECKMANN, J.-R. **La teoria pricipialista de los derechos fundamentales - Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy**. Madrid: Marcial Pons, 2011. 232 p. Colecion Filosofia y derecho.

SILVA, A. L. D. O. D. De Hume a Kant: as determinações da vontade e a ação livre, Porto Alegre, v. II, p. 49-60, Outubro 2009.

SILVA, A. L. O. D. De Hume a Kant: as determinações da vontade e a ação livre. **Revistas Eletrônicas da PUCRS**, Porto Alegre, v. II, n. 2ª, p. 54-60, outubro 2009.

David HUME. Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais.

SOUSA JUNIOR, C. S. Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário. In: UFRGS **Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito**. III. ed. Porto Alegre: [s.n.], março/2005. p. 07/17.

SOUZA JUNIOR, C. S. **A crise da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SOUZA JUNIOR, C. S. (informação oral). **Aulas de Política e Teoria do Estado do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: [s.n.]. 1ª e 2ª semestre de 2012.

SOUZA JUNIOR, C. S. (informação Oral) **Aulas de Direito Constitucional Comparado do Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: [s.n.]. 1º e 2º semestre de 2012.

SOUZA JUNIOR, C. S. **A supremacia do direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: n/c, 2002. 205 p.

SOUZA JUNIOR, C. S. **Consenso e Democracia Constitucional**. 1ª. ed. [S.l.]: Editora Sagra Luzzatto, 2002. 120 p.

SOUZA JUNIOR, C. S. **Consenso e tipos de Estado no Ocidente**. 1ª. ed. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2002. 190 p.

SOUZA JUNIOR, C. S. **O Tribunal Constitucional como Poder: Uma Nova Teoria da Divisão dos Poderes**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

SOUZA JUNIOR, C. S. **O Tribunal Constitucional como Poder: Uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

SOUZA JUNIOR, C. S. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. ISBN CDU 342.4(81)(091).

SOUZA JUNIOR, C. S. Direito Constitucional, Direito Ordinario, Direito Judiciário. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, p. 7-18, março 2005.

SOUZA JUNIOR, C. S. Autonomia Municipal e Subsidiariedade: competência constitucional do município. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre**, Porto Alegre, n. 20, p. 17-30, Novembro 2006. disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?reg=3&p_secao=502> acesso em 05 de maio, 2013.

SOUZA JUNIOR, C. S.; AVILA, M. M. **Direito de Estado - Estudos sobre Federalismo**. Porto Alegre: Dora Luzzatto, 2007.

SOUZA JUNIOR, CEZAR SALDANHA; REVERBEL, CARLOS EDUARDO DIEDER; AVILA, MARTA MARQUES. **O município e a federação**. Porto Alegre: BREJO bibliobureau, 2010.

SOUZA, P. F. M. E. **A subsidiariedade como princípio de organização do Estado e sua aplicação no Federalismo**. Brasília: UniCEUB, 2007. Acesso em 2012.06.02.

SUL, U. F. D. R. G. D. **Cadernos do programa de pós-graduação em direito - PPGDir./UFRGS**. III - Março. ed. Porto Alegre: UFRGS, 2005. ISBN 1678-5029.

SUL, UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO. **Direito de Estado - Novas Tendências**. Porto Alegre: Edição Especial, v. IV, outubro/2005. ISBN CDD 34(05).

SUMO PONTÍFICE, León XIII. *Libertas Praestantissimum*, Roma, 20 junio de 1888. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_20061888_libertas_sp.html>. Acesso em: 03 março 2014.

THE COMMON LAW AND CIVIL LAW TRADITIONS. <http://www.law.berkeley.edu/library/robbins/pdf/CommonLawCivilLawTraditions.pdf>. [S.l.]: [s.n.]. 2010. PDF.

TORRES, J. C. D. O. **Harmonia Política**. Coleção Espírito do Nosso Tempo. ed. Belo Horizonte: Itatiaia Limitada, v. 6, 1961. 289 p.

TÔRRES, J. C. D. O. **Interpretação da Realidade Brasileira**: Introdução à história das idéias políticas do Brasil. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editôra, v. 141, 1973.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Brasília. 1998.

UNIVERSITY, G. **Constitutions and Comparative Constitutional Study**, 2014. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Comp/comparative.html>>. Acesso em: 26 jan. 2014.

VATICANO. **Compêndio da Doutrina Social da Igreja**. [S.l.]: [s.n.].

VELTRONI, ALEXANDRE LUCAS; GARCIA, MARIA (COORDENAÇÃO). **Revista de Direito Educacional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. n.1, 1. 430 p.

VERDU, P. L. **La libertad y dignidad de la persona humana en la Encíclica Pacem in Terris, en Comentarios Universitarios a la Pacem in Terris**. Madrid: [s.n.], 1964.

VERDÚ, P. L. **Principios de Ciencia Política**. 2ª edición corregida y aumentada. ed. Madrid: Tecnos, v. 2, 1973. 306 p.

VIDOR, V. C. **Pessoa, Amizade e Reconhecimento: fundamentos éticos do conceito de justiça na tradição clássica**. Porto Alegre, p. 133. 2006. Orientador: Professor Doutor Luís Fernando Barzotto.

VILARINO, M. A.; GARCIA, MARIA (COORD.). **Revista de Direito Educacional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2010. 430 p.

VILLAR, H. E. **Dicionário de Língua Portuguesa**. [S.l.]: [s.n.], 2001.

WIKIPEDIA. www.wikipedia.org. Acesso em: dezembro 2013.

- A Hesíodo através de seus poemas épicos carrega a mitologia grega e a origem de todos os males da humanidade. Na mitologia, era Zeus, sereno e impassível suserano do Olimpo, era quem impunha ordens às forças antagônicas representadas pelas várias divindades; um prenúncio do advento da razão filosófica e da lei científica do equilíbrio universal. (Interpretação da imagem que se encontra gravada nos detalhes de um vaso do século V, a.C.) .
- B Em Homero, a quem é dada a autoria dos dois poemas que teriam sido escritos no período ente o século X e VIII a.C, - a *Ilíada* e a *Odisséia* de Homero – encontramos informações sobre a organização da pólis arcáica, os poderes superiores que teriam interferido na luta entre gregos e troianos (tema de *Ilíada*), atribuindo aos deuses uma forma humana, mesmo quando representavam forças da natureza (antropomorfismo), que ditariam leis aos humanos e a violação trazia consequências severas. Na obra *Odisséia*, encontra-se a premiação final pela fidelidade de Penélope e o esforço de Ulisses, acabam por revelar um universo de valores morais hierarquizados, sob o controle e garantia de Zeus soberano. A noção de virtude (areté) em Homero estaria ligada a atributos dos nobres, da aristocracia, os heróis faziam questão de apresentar sua ascendência, eram uma minoria que se elevava acima da multidão de homens comuns. Essas virtudes eram ligados de seus ancestrais e estavam ligadas a qualidades como valentia, força, habilidades pessoais.
- C Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) [sic] § 1º Ninguém pôde ser obrigado a fazer, ou deixar fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926); [sic] § 2º Todos são iguaes perante a lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) [sic] A Republica não admite privilegios de nascimento, desconhece fóros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerogativas e regalias, bem como os títulos nobiliarchicos e de conselho. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) [sic]; § 3º Todos os individuos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito commum. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) [sic]; [...] § 8º A todos é licito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a policia senão para manter a ordem publica. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926);[sic] § 9º É permittido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos poderes publicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926); [sic] § 10. Em tempo de paz, qualquer pessoa pôde entrar no territorio nacional ou d'elle sahir, com a sua fortuna e seus bens. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926); [sic] § 11. A casa é o asylo inviolavel do individuo; ninguem pôde ahi penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela fórma prescriptos na lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) [sic] § 12. Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fórma que a lei determinar. Não é permittido o anonymato. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) [sic] § 13. Á excepção do flagrante delicto, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronuncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escripta da autoridade competente. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) [sic] § 14. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvo as excepções especificadas em lei, nem levado a prisão, ou nella detido, si prestar fiança idonea, nos casos em que a lei a admittir. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) [sic] § 15. Ninguem sera sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na fórma por ella regulada. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) [sic] § 16. Aos accusados se assegurara na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) [sic] § 17. O direito de propriedade mantem-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indemnização prévia. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) [sic] a) As minas pertencem ao proprietario do sólo, salvo as limitações estabelecidas por lei, a bem da exploração das mesmas. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) [sic] b) As minas e jazidas mineraes necessarias á segurança e defesa nacionaes e as terras onde existirem não podem ser transferidas a estrangeiros. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) [sic] § 18. É inviolavel o sigillo da correspondencia. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) [sic] § 19. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) [sic] § 20. Fica abolida a pena de galés e a de banimento judicial. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

1926) [sic] § 21. Fica igualmente abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) [sic] § 22. Dar-se-ha o habeas-corpus sempre que alguém soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia por meio de prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade de locomoção. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) [sic] § 23. Á excepção das causas, que por sua natureza, pertencem a juizos especiaes, não haverá fóro privilegiado. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) [sic] § 24. É garantido o livre exercicio de qualquer profissão moral, intellectual e industrial. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) [sic] § 25. Os inventos industriaes pertencerão aos seus autores, aos quaes ficará garantido por lei um privilegio temporario ou será concedido pelo Congresso um premio razoavel, quando haja conveniencia de vulgarizar o invento. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) [sic]; § 26. Aos autores de obras litterarias e artisticas é garantido o direito exclusivo de reproduzil-as pela imprensa ou por qualquer outro processo mecanico. Os herdeiros dos autores gosarão desse direito pelo tempo que a lei determinar; (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) [sic] § 27. [...]; § 28. Por motivo de crença ou de função de seus direitos civis e politicos, nem eximir-se do cumprimento de qualquer dever cívico; [sic] § 30. Nenhum imposto de qualquer natureza poderá ser cobrado senão em virtude de uma lei que o autorize; (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) [sic] § 31. [...]; § 32. [...]; § 33. É permitido ao Poder Executivo expulsar do territorio nacional os suditos estrangeiros perigosos á ordem publica ou nocivos aos interesses da Republica. (Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) [sic] § 34. [...]; [sic]; Fonte: Colado de <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm> acesso em 23 de janeiro de 2014.

- D Immanuel Kant nasceu em Königsberg, em 31 de abril de 1724, quarto filho de uma família de nove irmãos, veio de uma modesta família de artesões (o pai seria fabricante de corria para carroças), de formação luterana. É considerado por muitos como o último grande filósofo do início da era moderna. Foi professor secundário de geografia e, em 1755 começou a lecionar ciências naturais, tendo sido nomeado professor catedrático da Universidade de Königsberg em 1770. Nunca saiu da Prússia e raramente de sua cidade natal, sua vida, extremamente regrada, foi dedicada aos estudos da filosofia, tendo realizado trabalhos notáveis como: criticismo, idealismos transcendentais, imperativo categórico e hipotético. Influenciou toda a filosofia contemporânea, destacam-se Hegel, Fichte, Schelling, Marx, Schopenhauer, Nietzsche, Pierce, dentre outros. Ele é conhecido por se dedicar a filosofia moral. Para ele, na obra o que é o iluminismo, a permanência do homem na menoridade se deve ao fato dele não ousar pensar, por covardia ou preguiça, permanece nessa menoridade. Sair dessa menoridade é difícil, e sozinho encontrará inúmeros impedimentos, pois seus tutores sempre buscarão impedi-lo de experimentar tal liberdade. Assim, a liberdade de Kant é a liberdade de escolhas sozinho, tomar consciência da força de sua inteligência para fundamentar, para conhecer o seu agir, sem qualquer doutrina ou tutela. Um marco importante em sua vida, o despertar do sono dogmático, foi em 1770, já com 47 anos, ao ler a obra de David Hume, considerando irrefutáveis os argumentos ali apresentados pelo autor. A sua importante obra “ciência da Razão Pura” foi publicada em 1781. Após, vieram outras importantes obras, como “Crítica da Razão Prática, Crítica do Julgamento, A Fundamentação da Metafísica dos Costumes (que fala sobre a moral)”, e ensaios sobre história, política e a aplicação da filosofia à vida). Para ele, em suma, o relacionamento entre as pessoas está na construção de direitos cosmopolítico e é indispensável a compreensão desses direitos para garantir as condições necessárias à paz (ou hospitalidade) universal.
- E Especialista em direito constitucional e internacional da Alemanha do século XX, Carl Schmitt, tinha seu pensamento enraizado no cristianismo, girou seus estudos em torno de questões como poder, violência e materialização dos direitos, sempre com uma visão ampla da ciência política, sociologia, teologia, e da filosofia. Muito criticado por sua escolha político partidária, hoje é considerado um clássico do pensamento político. Teria influenciado pensadores como: Tomas Hobbes, Maquiavel, Rousseau, Georges Sorel e outros. Carl Schmitt foi professor na Universidade de Berlim, a partir de 1933, e ocupou a posição de Conselheiro de Estado, na Prússia. (WIKIPEDIA, p. 12 de dezembro, 2013)
- F É a força política ou social, o movimento militar ou popular, o monarca, ou outro grupo ou órgão, a entidade determinante do conteúdo fundamental de uma Constituição, assumindo inerente responsabilidade histórica (MIRANDA, op. cit, p. 95-96) Esse órgão, que elabora e decreta a Constituição formal, é solidário a ideia de Direito, do objetivo, do projeto atinente a romper ou à inflexão, porém, ele não goza de uma margem de liberdade plena, estando adstrito a um determinado e único sistema de direitos fundamentais, de organização econômica e política, da constitucionalidade, da coerência com o princípio democrático e de sua preservação.

- G Para Jorge MIRANDA, “Existe em Portugal – como em qualquer outro país – uma relação constante entre história política e história constitucional. Por um lado, aqui como por toda a parte, são os factos decisivos da história política que, directa ou indirectamente, provocam o aparecimento das Constituições, a sua modificação ou a sua queda. Por outro lado, contudo, as Constituições, na medida em que consubstanciam ou condicionam certo sistema político e na medida em que se repercutem no sistema jurídico e social vêm a ser elas próprias, igualmente, geradoras de novos factos políticos”. [sic] “A época liberal vai de 1820 a 1926. Durante ela sucedem-se quatro Constituições – de 1822, de 1826, de 1838 e de 1911 – que se repartem por diferentes vigências; há duas efémeras restaurações do antigo regime; e passa-se da monarquia à república. E, à distância, as principais diferenças entre essas Constituições (relativas aos poderes recíprocos do Rei ou Presidente e do Parlamento e à forma de eleição deste) parecem bem menores do que aquilo que as une (a separação de poderes e os direitos individuais)”. [...]“Vem a seguir, entre 1926 e 1974, a quase obnubilação do Estado constitucional, representativo e de Direito ou, doutro prisma, a pretensão de se erguer um constitucionalismo diferente, um “Estado Novo”, um constitucionalismo corporativo e autoritário. Eis o período da Constituição de 1933 (apesar de tudo, uma Constituição, ao contrário do que se passou em Itália, Alemanha e Espanha), cujo despontar não surpreende no paralelo com a situação europeia dos anos 20 e 30, mas cuja longa duração não se afigura facilmente explicável”. “[...]Com a revolução de 1974, entra-se na época actual – muito recente e já muito rica de acontecimentos, ideologias e contrastes sociais e políticos – em que o país se encaminha para um regime democrático pluralista (ou de liberalismo político) com tendências descentralizadoras, por um lado, e socializantes, por outro lado. A Constituição de 1976, resultante dessa revolução, significa, em primeiro lugar, o termo daquele interregno e, depois, a abertura para horizontes e aspirações de Estado social e de Estado de Direito democrático. E só nesta altura pode falar-se em constitucionalismo democrático, porque só agora está consignado o sufrágio universal”.G [sic]
- H Definição de harmonia no léxico pátrio: 1. Armação bem organizada entre as diferentes porções que constituem um todo, simetria ou combinação, equilíbrio; 2. Afinidade ou coerência; conciliação ou concordância; acordo; 3. Consenso entre diferentes indivíduos; paz ou entendimento; 4. Mistura aprazível de sons distintos; 5. Características ou elementos que fazem com que o discurso ou a frase sejam aprazíveis de ouvir. Sinônimos: acordo, conciliação, concordância, concórdia, conformidade, consonância, entendimento, reconciliação e simetria.
- I Estado de Direito foi elaborado pelo jurista alemão, Robert Von Mohl, no século XIX. No Estado de Direito o poder público é definido e controlado por uma Constituição, é regido por normas jurídicas. Conforme Miguel Reale, por Estado de Direito entende-se aquele que, constituído livremente com base na lei, regula por esta todas as decisões. O Estado Democrático de Direito prima pelo respeito às liberdades civis e fundamentais e aos direitos humanos, por proteção jurídica. [...] El Estado liberal es la estructura clásica de la juridicidad. No se puede regatear a la burguesía liberal ingenio político y talento jurídico. Los conceptos capitales del derecho constitucional se deben a ella u ajan llegado a nuestros días. La expresión jurídica del Estado de derecho es la consagración del primado de la ley, del principio de legalidad, que preside toda la estructura u actividad estatales. Ser gobernados por leyes es, realmente, un principio de cultura, y, en cuanto tal, nadie debería rechazarlo, prescindiendo de las elucubraciones prácticamente hasta ahora irrealizadas, o preteridas sine die, por el marxismo-leninismo sobre la sociedad sin clases, sin derecho y sin Estado. (VERDU, 1964, p. 46) El Estado de derecho se configura con arreglo a una Constitución política generalmente escrita y formalmente rígida (difícilmente reformable): es decir, la constitución es una superley. Es la expresión máxima de la juridicidad total del Estado. (op. cit., p. 46)
- J Não é nosso objetivo neste trabalho o estudo de culturas, tema da antropologia social, apenas recorre-se, neste caso, para referendar o raciocínio. Alguns costumes praticados pelas sociedades orientais, seriam para as sociedades classificadas como ocidentais considerados um absurdo, cruel, repugnante, um sacrilégio, e o mesmo pode-se afirmar das sociedades orientais relativo às práticas e costumes da sociedade ocidental.
- K Émile Durkheim – nasceu em Épinal, em 15 de abril de 1858 e veio a falecer em Paris, 15 de novembro de 1917. É considerado um dos pais da Sociologia, foi fundador da escola francesa. Combinava a pesquisa empírica com a teoria sociológica. É amplamente reconhecido como um dos melhores teóricos do conceito da coesão social. Destacam-se suas principais obras: Da divisão do trabalho social (1893); Regras do método sociológico (1895); O suicídio (1897); As formas elementares de vida religiosa (1912). Fundou também a revista L'Année Sociologique, que afirmou a preeminência durkheimiana no mundo inteiro. (in http://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%89mile_Durkheim, acesso em 05 de fevereiro, 2014)

- L Max Scheler, filósofo alemão do século XX, nasceu em Munique no dia 22.08.1874, e faleceu em 19.05.1928, na cidade de Frankfurt. Ficou conhecido por desenvolver o método da fenomenologia, o centro do seu pensamento foi a teoria do valor, para ele a realidade axiológica dos valores antecede a existência da realidade. Sua teoria foi a base da tese de doctorado do Papa João Paulo II (In 1954, Karol Wojtyła, later Pope John Paul II, defended his doctoral thesis on "An Evaluation of the Possibility of Constructing a Christian Ethics on the Basis of the System of Max Scheler.") (grifo do autor) (< http://en.wikipedia.org/wiki/Max_Scheler >) “Quem aspira a uma visão de mundo fundada filosoficamente tem de ter a coragem de apoiar-se na própria razão. Deve duvidar tentativamente de todas as opiniões herdadas e não deve reconhecer nada que não lhe seja pessoalmente inteligível e fundamentável”. (Max F. Scheler)
- M A tabela dos valores, construída por um grupo de estudos sobre Max Scheler: “VALORES ÉTICOS: Bom / Mau; Justo / Injusto; Misericordioso / Desapiedado; Leal / Desleal. VALORES RELIGIOSOS: Sagrado / Profano; Divino / Demoníaco; Milagoso / Mecânico; Supremo / Derivado. VALORES ESTÉTICOS: Belo / Feio; Gracioso / Tosco; Sublime / Ridículo; Elegante / Deselegante; Harmonioso / Desarmonioso; VALORES VITAIS: São / Enfermo; Forte / Fraco; Enérgico / Inerte. VALORES ÚTEIS: Conveniente / Inconveniente; Adequado / Inadequado; Caro / Barato; Capaz / Incapaz; Abundante / Escasso. VALORES LÓGICOS: Verdade / Falsidade; Conhecimento / Erro; Evidente / Provável; Exato / Aproximado”. [sic] (<http://esclubefilosofia.blogspot.com.br/2007/12/tabela-de-valores-segundo-max-scheler.html>) para ampliar o estudo, consultar artigo de MATHEUS, Carlos. Max Scheler e a gênese axiológica do conhecimento, publicado na revista Margem, São Paulo, nº 16, p. 13-27, Dez. 2002. Disponível in <<http://www.pucsp.br/margem/pdf/m16cm.pdf>> acesso em 10 de março, 2014.
- N O adjetivo solidário é empregado conforme o dicionário da língua portuguesa: “Que está numa relação de auxílio mútuo: estão solidários uns com os outros. Recíproco, interdependente: partes solidárias. Que liga muitas pessoas, sendo cada uma responsável pela totalidade da obrigação: caução solidária. Que é responsável, em termos de uma obrigação, pelos atos de outro: o marido fica solidário com as dívidas da esposa. Ser, estar solidário, partilhar dos mesmos interesses, opiniões, sentimentos etc.; concordar, dar apoio: os estudantes estavam solidários com os grevistas”. (in < <http://www.dicio.com.br/solidario/> > acesso em 23 de fevereiro, 2014)
- O Nesse último exemplo, uma decisão de um juiz singular do TRF4, em sede de Ação Civil Pública nº 5000600-25.2013.404.7115/RS, movida pelo Ministério Público Federal em face da União, concedeu antecipação de tutela, determinou aos sistemas de ensino (federal, estadual e municipal) que reestruturarem seus sistemas a fim de atender o direito do amplo acesso ao ensino fundamental, a partir do próximo ano (2015) afastando as normas dos sistemas de ensino, afasta a regra atual etária e estabelece outros critérios de ingresso que, conforme a Constituição Federal e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional é atribuição de cada um dos sistemas educacionais. O Juiz singular federal da Seção Judiciária de Santa Rosa, no interior do Rio Grande do Sul, ao declarar inconstitucional o critério etário de corte para ingresso no Ensino Fundamental, teve essa decisão estendida para todos os estados abrangidos pelo Tribunal Regional da quarta Região (que inclui, além do Rio Grande do Sul, os estados do Paraná e Santa Catarina). Essa decisão certamente fere as competências legislativas e, por conseguinte, o Estado de Direito, comprometendo o orçamento das Mantenedoras dos sistemas diante do agigantamento do número de vagas disponíveis na rede escolar. Recentemente, poucos dias antes da abertura de matrículas para o ano letivo 2015, à decisão o Tribunal Regional Federal, reformou os efeitos que foi recebida o recurso de apelação para recepciona-lo no duplo efeito, suspendendo a decisão até o julgamento final. Com isso, se instala a insegurança, considerando que em cada sistema estadual há uma decisão diferente, cada ente federado, ao cumprir decisões judiciais não uniformes estará adotando diferentes critério para ingresso no Ensino Fundamental.
- P A respeito da ordem, um artigo da doutoranda do PPGCS/UFBA, SANTOS, Cleide Magáli. Estado Democrático de Direito e Segurança Pública Cidadã: da Ordem e da Desordem, em um só tempo. Trabalho desenvolvido no GT 24 – Violência, democracia y seguridad. Defensa y promoción de derechos. Coordenado por Alejandro Tsukame. Alejandra Mohor, Jose Vicente T. dos Santos, Fabian Nievas, disponível para consulta In < http://www.academia.edu/5042002/Estado_Democrático_de_Direito_e_Segurança_e_Publica_cidadania_da_ordem_e_da_Desordem_em_um_so_tempo>, acesso em julho/2014.
- Q Souza Junior, em que pese ainda não haver publicado obra especificamente a respeito dos princípios e valores constitucionais, desenvolve o tema nas suas aulas da graduação, Política e Teoria Geral do Estado e nos vários cursos de pós-graduação stricto sensu e lato sensu. O desenvolvimento desse modelo se dá a partir de suas aulas, gravadas com permissão, e a orientação no desenvolvimento de uma monografia para

conclusão do Curso de Especialização em Direito de Estado, promovido pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul no ano de 2008, muitos diálogos e inúmeras anotações, que, com a sua permissão, busca-se fidelidade ao seu pensamento.

- ^R O lema encontra-se estabelecido pelo art. 13, § 1.º da Constituição da República Federativa do Brasil. Valores supremos, como veremos na terceira parte deste trabalho, que encontram-se na faixa branca da nossa Bandeira Nacional, instituída pelo Decreto-lei nº 04, de 19 de novembro de 1889, preparado por Benjamin Constant, então membro do governo provisório. A bandeira da República Federativa do Brasil foi adotada em 19 de novembro de 1889, idealizada por Raimundo Teixeira Mendes, contou com a colaboração de parceiros como: Dr. Miguel Lemos e o professor Manuel Pereira Reis, este último fora catedrático de astronomia pela Escola Politécnica. O desenho da “imagem” ficou por conta do pintor Décio Vilares. A semelhança da bandeira portuguesa, as bandeiras transmitem ideais, fins de uma nação a ser construída, naquela os símbolos dão uma noção de que almejam a “aprovação” divina a cada conquista, enquanto que a na nossa, o transformação através do trabalho do homem (progresso) a cada vitória da liberdade.
- ^S PECES-BARBA, tese de doutorado defendida perante banca na Universidade de Madrid, em 1972. A obra encontra-se relacionada na bibliografia, sob o título: *Persona, sociedade, Estado: pensamento social político de Maritain*. O francês Jacques Maritain (1882-1973) foi autor de mais de 60 obras, dentre elas a *Humanisme integral*, publicado em Paris em 1936, obra que teve grande repercussão nos meios cristãos. O conceito de humanismo integral, desenvolvido pelo autor francês, influenciou a Igreja Católica e fez parte da Doutrina Social da Igreja, que assume tratar-se de um verdadeiro e pleno humanismo que se há de prover (Encíclica *Populorum Progressio*, nº 42). Posteriormente, o próprio Papa João Paulo II referia-se à necessidade de prover os valores de um verdadeiro humanismo integral. A liberdade conforme Maritain encontra-se no título *El hombre y el bien comun*.
- ^T Como pode-se verificar, Declaração trata como Direitos do Homem, contudo, faz-se uma ressalva para esclarecer que no um diálogo político a expressão caiu em desuso por ter uma conotação machista, assim, a vem sendo substituída nas Constituições, especialmente nas Constituições brasileiras, por direitos individuais ou garantias individuais, direitos fundamentais, direitos fundamentais da pessoa humana, a exceção encontra-se apenas na nossa Constituição de 1969 (artigo 152, I).
- ^U A jurisprudência do Superior Tribunal Federal, "A concessão de indulto aos condenados a penas privativas de liberdade insere-se no exercício do poder discricionário do Presidente da República, limitado à vedação prevista no inciso XLIII do artigo 5º da Carta da República. A outorga do benefício, precedido das cautelas devidas, não pode ser obstado por hipotética alegação de ameaça à segurança social, que tem como parâmetro simplesmente o montante da pena aplicada. (...). Interpretação conforme a Constituição dada ao § 2º do artigo 7º do Decreto 4.495/02 para fixar os limites de sua aplicação, assegurando-se legitimidade à *indulgencia principis*." (ADI 2.795-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 20/06/03).
- ^V O Superior Tribunal Federal, ao julgar a Extradicação nº 855, o relator, Ministro Celso de Mello, assim se posicionou a respeito da aplicação da proteção constante no artigo 5º LII: "Extraditabilidade do terrorista: necessidade de preservação do princípio democrático e essencialidade da cooperação internacional na repressão ao terrorismo. O estatuto da criminalidade política não se revela aplicável nem se mostra extensível, em sua projeção jurídico-constitucional, aos atos delituosos que traduzam práticas terroristas, sejam aquelas cometidas por particulares, sejam aquelas perpetradas com o apoio oficial do próprio aparato governamental, à semelhança do que se registrou, no Cone Sul, com a adoção, pelos regimes militares sul-americanos, do modelo desprezível do terrorismo de Estado. A cláusula de proteção constante do art. 5º, LII da Constituição da República — que veda a extradicação de estrangeiros por crime político ou de opinião — não se estende, por tal razão, ao autor de atos delituosos de natureza terrorista, considerado o frontal repúdio que a ordem constitucional brasileira dispensa ao terrorismo e ao terrorista. A extradicação — enquanto meio legítimo de cooperação internacional na repressão às práticas de criminalidade comum — representa instrumento de significativa importância no combate eficaz ao terrorismo, que constitui ‘uma grave ameaça para os valores democráticos e para a paz e a segurança internacionais (...)’ (Convenção Interamericana Contra o Terrorismo, Art. 11), justificando-se, por isso mesmo, para efeitos extradicionais, a sua descaracterização como delito de natureza política." Ainda, conforme o mesmo Tribunal “Extraditando acusado de transmitir ao Iraque segredo de estado do Governo requerente (República Federal utilizável em projeto de desenvolvimento de armamento nuclear. Crime político puro, cujo conceito compreende cometido contra a segurança interna, como o praticado contra a segurança externa do Estado, a caracterizarem, hipoteses, a excludente de concessão de extradicação.” (Ext 700-QO, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 05/11/99).

-
- ^W "Acórdão do Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas da Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária – INFRAERO. Emprego Público. Regularização de admissões. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público. Concurso de circunstâncias específicas e excepcionais que revelam: a boa fé dos impetrantes; a realização de processo seletivo rigoroso; a observância do regulamento da Infraero, vigente à época da realização do processo seletivo; a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência, nos termos do art. 37 da Constituição, de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. Circunstâncias que, aliadas ao longo período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes." (MS 22.357, Rel. Min. Gilmar Mendes DJ 05/11/04).
- ^X Tem-se o Regimento de 17 de dezembro de 1548, editado pelo Rei Dom João III, como a primeira Constituição do Brasil, pois, nos quarenta e oito artigos, criou o Estado do Brasil, e regulou minuciosamente a organização e composição do Governo Geral e sua forma de instalação. Alguns autores, como Jorge Miranda e Cezar Saldanha de Souza Junior, dentre outros, identificam que pela estrutura do Brasil nunca foi de uma colônia, por isso afirmam “ [...] Verdadeiramente, com o regime das capitanias, entregues a homens de valor aqui e fora daqui, o Brasil não fora colônia. Nunca foi. O momento que pretenderam colonizar foi exatamente depois de 1808.” (SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Constituições do Brasil. Porto Alegre: Sagra Luzato, 2002, nota de rodapé, p.17)
- ^Y Através de Emenda Constitucional de 1926 foi inserindo um rol maior de princípios político-constitucionais, os quais se transcreve na forma original: II - para assegurar a integridade nacional e o respeito aos seguintes princípios constitucionais: a) a forma republicana; b) o regime representativo; c) o governo presidencial; d) a independência e harmonia dos Poderes; e) a temporariedade das funções electivas e a responsabilidade dos funcionários; f) a autonomia dos municípios; g) a capacidade para ser eleitor ou elegível nos termos da Constituição; h) um regimen eleitoral que permita a representação das minorias; i) a inamovibilidade e vitaliciedade dos magistrados e a irreductibilidade dos seus vencimentos; j) os direitos políticos e individuais assegurados pela Constituição; k) a não reeleição dos Presidentes e Governadores; l) a possibilidade de reforma constitucional e a competência do Poder Legislativo para decretal-a; III - para garantir o livre exercicio de qualquer dos poderes públicos estaduais, por solicitação de seus legítimos representantes, e para, independente de solicitação, respeitada a existencia dos mesmos, pôr termo á guerra civil; IV - para assegurar a execução das leis e sentenças federaes e reorganizar as finanças do Estado, cuja incapacidade para a vida autonoma se demonstrar pela cessação de pagamentos de sua dívida fundada, por mais de dous annos. [sic]
- ^Z Obra de Benjamin Constant, com o título Princípios Políticos Constitucionais: Princípios Políticos Aplicáveis a todos os Governos Representativos e Particularmente à Constituição Atual da França (1814), teve na edição em português a introdução de José Ribas Vieira, foi escrita durante um dos mais conturbados períodos políticos da história moderna: o interregno de governo de 100 dias de Napoleão Bonaparte (20 de março a 18 de junho de 1815) imediatamente após a primeira restauração da monarquia na França com Luís XVIII (31 de março de 1814 a 20 de março de 1815) e antes da segunda restauração (a partir de 18 de junho de 1815) (p.25)
- "Apesar de haver divergências, penso que as evidências se sobrepõe e nos permitem afirmar que são perfeitamente identificáveis as influências do pensamento político de Benjamin Constant sobre a organização política do Brasil Império. Na sua obra deixa transparecer sua preocupação em conciliar os ideais liberais da burguesia vitoriosa da Revolução Francesa com a tradição monárquica. No Brasil, sua influencia na Constituição legitimou a implantação de institutos que viabilizaram o progresso da acomodação política que sucedeu a Independência, facilitando o isolamento do radicalismo na formação do Estado Nacional, e permitiu que predominasse a orientação política dos conservadores, evitando que a monarquia fosse destruída e que os cidadãos do novo Império perdessem a liberdade. (p. 42/23)