

Caríssimo(a) Associado(a),

É com muita satisfação que apresento o livro do grupo de trabalho **Teoria e História do Direito Constitucional*** do XXI Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), que ocorreu na Universidade Federal Fluminense (UFF/RJ), entre 31 de outubro e 03 de novembro de 2012.

Novamente inovamos ao transformar os antigos anais de nossos Encontros e Congressos em livros específicos para cada grupo de trabalho (GT). Tal iniciativa deveu-se à proposta desta diretoria visando o fortalecimento dos GTs, ratificada pelos associados e coordenadores dos programas em diversos espaços, principalmente no Fórum dos Coordenadores e na Assembleia Geral do XXI Encontro Brasileiro, realizados no primeiro de semestre de 2012, em Uberlândia.

O fortalecimento dos GTs integra um plano mais ambicioso de nossa comunidade científica no sentido do aprimoramento dos critérios de avaliação e internacionalização de eventos, de maior aproximação entre a academia e o cotidiano forense e, sobretudo, do crescimento ordenado e qualificado da pós-graduação estrito senso em Direito, no Brasil.

Em Niterói ultrapassamos a importante marca de 1.700 artigos submetidos a nosso sistema *Publica Direito*, com a participação direta de mais de 70 programas de pós-graduação reconhecidos pela CAPES/MEC. Mais uma vez centenas de trabalhos foram aceitos, sendo outros tantos infelizmente preteridos devido à crescente concorrência para os GTs, que em alguns casos foram divididos pela grande procura e qualidade dos trabalhos.

Aproveito para agradecer aos cerca de 200 professores-doutores que participaram de mais de 3.500 avaliações por intermédio do *double blind peer review* do sistema *Publica Direito*. Sem seu comprometimento e seriedade nosso Congresso seria inviável. Também gostaria de registrar que as diversas sugestões encaminhadas em 2012 foram analisadas e já resultaram em importantes aprimoramentos do nosso sistema de avaliação, a ser inclusos nos eventos de 2013.

No Congresso de Niterói restou evidente o expressivo resultado da área do Direito nos últimos anos. Tenho certeza de que chegaremos à avaliação trienal deste ano de forma muito mais sólida e próxima das chamadas “áreas duras”, pois nossas publicações qualificaram-se e resultam mais impactantes, a produção migra para a indexação e a inserção internacional já é uma realidade.

Festejamos no último Congresso o lançamento da tão esperada terceira edição da *Revista de Direito Brasileira (Brazilian Journal of Law)* – a RDB –, publicação semestral oficial do CONPEDI, que agora receberá a primeira avaliação da comissão *Qualis* do Comitê de Área. Queremos partilhar tal conquista – independente deste primeiro resultado – com cada associado, com nossos parceiros neste projeto e, em especial, com os pesquisadores, professores e alunos, brasileiros e estrangeiros, que acreditaram e contribuíram para a nova revista mesmo antes da primeira avaliação, sem conhecer, portanto, sua classificação e pontuação.

No Congresso ainda lançamos o primeiro volume de *Educação Jurídica*, pela Editora Saraiva. A obra resultou de uma parceria entre o CONPEDI e a Comissão de Educação Jurídica da OAB Federal – antiga Comissão de Ensino Jurídico –, a Associação Brasileira de Ensino do Direito (ABEDI) e a Federação dos Pós-graduandos em Direito (FEPODI), contando ainda com o apoio da CAPES/MEC e CNPq/MCT.

Quero registrar que a organização deste livro foi uma das realizações mais prazerosas de minha gestão. O relevante conceito de educação jurídica – como temos debatido, pelo menos, nos três últimos eventos do CONPEDI – é fundamental para melhorar a graduação e aprimorar ainda mais a pós-graduação em Direito no país. Agradeço a todos, autores e instituições, que contribuíram para a conclusão deste primeiro volume, que certamente terá continuidade.

Durante o Congresso recebemos importantes professores e pesquisadores de universidades estrangeiras, alguns que já participaram dos nossos eventos e programas, e outros que compareceram pela primeira vez: dr. Baldomero Olivier Leon, da Universidade de Granada; dr. Carlos Garriga, da Universidade do País Basco; dr. John Vervaele, da Universidade de Utrecht; dr. Leon Villalba, da Universidade de Castilla La Mancha; dr. Ricardo Sanin, da Universidade de Caldas; dr. Fernando Galindo,

da Universidade de Zaragoza, e dr. Gaetano Peccora, da Universidade Livre Internacional de Estudos Sociais. Agradecemos a todos pela significativa contribuição e desejamos que seu comparecimento frutifique em novos eventos e convênios internacionais, e, sobretudo, em parcerias de publicações com os programas brasileiros. Neste particular ressaltamos que pretendemos intensificar a parceria entre o CONPEDI e os programas associados, para que os palestrantes participem não somente dos nossos eventos mas de todos os programas em Direito.

É oportuno lembrar que durante o Congresso foi debatida uma série de temas relevantes: 1) constitucionalismo, jurisdição constitucional e o protagonismo do STF, 2) o novo constitucionalismo latino-americano, 3) o programa *Ciência sem Fronteiras*, do CNPq, 4) o novo currículo Lattes, com uma oficina prática, 5) educação jurídica, 6) os desafios atuais da justiça penal e o novo Código Penal, 7) mestrado profissional no Direito, 8) o plano nacional de pós-graduação, 9) a justiça de transição no Brasil, 10) o Direito Civil constitucional e a autonomia privada, 11) os Direitos Humanos e a inclusão, e 12) o *Qualis* periódico e a classificação de livros, entre outros. Isso tudo, logicamente, dentro do tema central do Congresso – *O novo constitucionalismo latino-americano: desafios da sustentabilidade*.

Tivemos ainda nossa já tradicional exposição de pôsteres pelos graduandos em iniciação científica, o que entendemos fundamental não apenas para melhor preparar os futuros mestrados, mas como forma de diálogo e contribuição da pós-graduação para a graduação. Outras iniciativas com este objetivo estão sendo planejadas e algumas já estarão na programação dos eventos de 2013.

Em Niterói também assinou-se oficialmente um termo de cooperação técnica com a Comissão Nacional da Verdade, em grande medida decorrente da Rede de Observatórios de Memória, Verdade e Justiça. Nos termos acordados, os programas do Direito poderão contribuir de forma mais direta nas ações da comissão, e abriremos em breve um cadastro dos programas que possuem grupos de pesquisa sobre o tema da justiça de transição.

Com relação ao IPEA, cumpre anunciar que participaremos em 2013, em Brasília, da III Conferência do Desenvolvimento (CODE), em que o CONPEDI promoverá

uma mesa-redonda sobre o estado da arte do Direito e Desenvolvimento, além da apresentação de artigos de pesquisadores do Direito, criteriosamente selecionados entre os que serão publicados numa coletânea resultante desta parceria.

Por fim registramos que, nos próximos eventos, tanto em Curitiba como em São Paulo, será utilizado o novo formato de publicação em livro, pelo que esperamos, com responsabilidade, o reconhecimento de mais este significativo esforço da nossa comunidade.

Niterói, novembro de 2012.

Vladmir Oliveira da Silveira
Presidente do CONPEDI

Apresentação

A Teoria da Constituição, sem sombra de dúvidas, representa o cerne do Direito Constitucional contemporâneo e, até, do Direito atual. Os fatos e as razões que confirmam a relevância da teoria constitucional são inúmeros.

Tradicionalmente, o fenômeno constitucional disciplina a organização e a limitação dos poderes estatais. Nesse contexto, a temática da Separação dos Poderes recebe um papel de destaque na medida em que constrói as bases de um governo equilibrado.

Por sua vez, como os indivíduos encontram-se submetidos ao poder de império exercido por agentes e órgãos estatais, os direitos fundamentais e humanos são pensados como relevantes trunfos das pessoas humanas contra o Estado. No momento presente, essas discussões são revistas, assim como é redimensionado o papel do Direito Constitucional e dos valores e conceitos constitucionais.

A concepção tradicional da Separação dos Poderes, arquitetada por Montesquieu e aprofundada no contexto republicano pelos Federalistas (Madison, Hamilton e Jay), não dá conta da complexa estrutura estatal. As funções e o tamanho da Administração Pública nos séculos XX e XXI cresceram substancialmente em comparação com a organização administrativa dos séculos XVIII e XIX.

O Poder Judiciário, em virtude da tendência mundial de construção e de ampliação do controle judicial de constitucionalidade, torna-se um ator jurídico e político de destaque. Afirmar que a jurisprudência não se constitui em fonte do direito ou asseverar que a função dos magistrados é simplesmente aplicar as normas aos fatos não faz qualquer sentido neste período histórico.

De outro lado, a reflexão normativa e descritiva sobre o Poder Legislativo precisa, urgentemente, ser completamente revista. Observa-se forte descrédito na Opinião Pública acerca da atuação dos parlamentares.

No âmbito teórico, em especial na Teoria da Constituição, há ainda pequeno desenvolvimento doutrinário que analise de maneira séria e competente os atores políticos e sociais no campo legislativo. Também, falta uma reflexão aprofundada sobre o papel do legislativo contemporâneo nos quadrantes do constitucionalismo.

Além da revisão das concepções tradicionais sobre o Estado e a Separação dos Poderes na Teoria da Constituição, o tema dos direitos fundamentais impõe novos desafios e estudos. Partindo-se da premissa de que os direitos fundamentais e humanos constituem-se em direitos que, historicamente, promovem situações de dignidade, liberdade e igualdade nos diversos campos sociais e jurídicos, essa categoria jurídica e constitucional encontra-se no centro do pensamento e da prática jurídica.

A liberdade, a igualdade e a dignidade humanas concretas são tuteladas em direitos fundamentais de diversas estruturas e dimensões: individuais, civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, difusos e ao desenvolvimento.

Não se discute, em uma visão progressista e constitucionalmente engajada, a necessária interdependência e indivisibilidade das diferentes dimensões de direitos fundamentais e humanos. Por sua vez, a existência de diversas dimensões de direitos fundamentais traz uma série de questões como a) a reflexão e o debate sobre a melhor forma de efetivar os direitos fundamentais em cada uma das dimensões e b) como acomodar praticamente direitos fundamentais que colidem.

Na seara dos direitos fundamentais e humanos, não se deve olvidar do processo de releitura dos ramos jurídicos à luz dos direitos fundamentais e da construção do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Por exemplo, o Direito Civil-Constitucional, a visão garantista do Processo e Direito Penais e a reestruturação de conceitos clássicos do Direito Administrativo (conceito de interesse público atrelado à promoção dos direitos fundamentais) estabelecem novas discussões para as teorias constitucional e dos direitos fundamentais.

Os estudos sobre Teoria da Constituição relacionam-se de maneira direta com as reflexões sobre História Constitucional. As teorias em geral são construídas a partir de contextos históricos e políticos específicos.

O constitucionalismo é um fenômeno histórico, radicalmente histórico. Não existiam as categorias teóricas e práticas necessárias para a construção do constitucionalismo antes da Idade Moderna – o conceito de direito subjetivo apenas surge na Baixa Idade Média, a valorização do indivíduo torna-se categoria fundamental somente no desabrochar da modernidade e a concepção de soberania popular constrói-se nos períodos moderno e contemporâneo.

A Teoria da Constituição necessita estar atenta à sua relação com o tempo. Um pensamento constitucional que não reconhece e não leva em consideração as alterações nas estruturas e conjunturas históricas e sociais lê com as lentes equivocadas os novos dilemas. De outro lado, os estudos de História Constitucional permitem compreender de maneira mais ampla a formação dos institutos e das instituições constitucionais, assim como demonstram a existência de diversas soluções jurídicas e políticas para certo tema constitucional.

Reconhecendo a importância da Teoria da Constituição e da História do Direito Constitucional, o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e a Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense criaram um Grupo de Trabalho (GT) sobre essa temática no XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Inúmeros trabalhos foram submetidos ao GT sobre Teoria e História do Direito Constitucional.

Este livro constitui-se dos artigos aprovados por meio do processo do duplo cego – avaliação de dois Professores Doutores pelo *double blind peer review* – e apresentados no dia 02 de novembro de 2012 no citado GT. A obra é dividida em três partes: I - História Constitucional, II - Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais e III – Temas de Teoria da Constituição e de Direito Constitucional Estrangeiro e Comparado.

A Parte I – História Constitucional é composta pelos seguintes capítulos: i) O Estado Laico e a Associação entre Igreja e Estado na Experiência Constitucional Brasileira: Normas de Tutela da Unidade Territorial nos Regimes Imperial e Republicano, ii) A Organização do Poder e o Controle de Constitucionalidade na Ordem Imperial, iii) Entre Bandeiras e Grilhões: o Antagonismo entre Escravidão e o Ideal Liberal na Constituição de 1824, iv) A Face Autoritária da República: a Influência das Ideias de Platão na Formação do Pensamento Político Moderno e na Estruturação do Constitucionalismo Republicano Brasileiro na Era Vargas, v) O Estado Subsidiário na Constituição de 1937 – o Papel de Francisco Campos, vi) O Direito à Comunicação no Plenário da Assembleia Nacional Constituinte e vii) Igualdade como Direito Humano e Fundamental e sua Evolução nas Constituições Brasileiras.

Por sua vez, integram a Parte II – Jurisdição Constitucional e Direitos fundamentais estes relevantes textos: viii) a Liberdade de Conformação do Legislador

no Âmbito dos Direitos Fundamentais, ix) A Fidelidade Partidária à Luz do Ativismo Judicial: Limites e Ilegitimidade Democrática, x) a Segurança Jurídica na Doutrina e nos Tribunais e xi) Modelos Institucionais sobre a Palavra Final na Interpretação da Constituição.

Por fim, a última e terceira parte designada de Temas de Teoria da Constituição e de Direito Constitucional Estrangeiro e Comparado é composta por estes trabalhos: xii) O Mito Contramajoritário, xiii) Neoconstitucionalismo e Teoria Sistêmica: Desafios à Modernidade Periférica, xiv) O Direito de Protestar no Constitucionalismo Latino-Americano no Pensamento de Roberto Gargarella, xv) Os Direitos Fundamentais nas Constituições Francesas, xvii) A Construção da Unasal ante os Paradigmas da Democracia Participativa e o Novo Constitucionalismo e xviii) Controle de Constitucionalidade Judicial Paraguai: Análise da Sentença n. 404 da Corte Suprema de Justiça sob o Enfoque da Teoria Constitucional Contemporânea.

Os organizadores deste livro de Teoria e História do Direito Constitucional sentem-se lisonjados pela oportunidade de terem coordenado o Grupo de Trabalho no XXI Congresso Nacional do CONPEDI e agradecem à Direção do CONPEDI o convite para organizarem esta distinta obra.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Professor Doutor Ilton Norberto Robl Filho – UFPR e CONPEDI

Professor Doutor Alexandre Walmott Borges – UFU

Professor Doutor Marco Aurélio Marrafon - UERJ