

ISBN 978-85-472-1751-8

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)  
ANGÉLICA ILACQUA CRB-8/7057

**SOMOS** EDUCAÇÃO | **saraiva** jur

Av. das Nações Unidas, 7.221, 1º andar, Setor B  
Pinheiros – São Paulo – SP – CEP 05425-902

**SAC** | 0800-0117875  
De 2ª a 6ª, das 8h às 18h  
[www.editorasaraiva.com.br/contato](http://www.editorasaraiva.com.br/contato)

Lenza, Pedro

Direito constitucional esquematizado® / Pedro Lenza. – 21.  
ed. – São Paulo : Saraiva, 2017. (Coleção esquematizado®)

1. Direito constitucional. I. Título. II. Série.

17-0192

CDU 342

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito constitucional 342

Data de fechamento da edição: 1º-7-2017

Dúvidas? Acesse [www.editorasaraiva.com.br/direito](http://www.editorasaraiva.com.br/direito)

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

CL 603251 CAE 621641

**Presidente** Eduardo Mufarej  
**Vice-presidente** Claudio Lensing  
**Diretora editorial** Flávia Alves Bravin

**Conselho editorial**  
**Presidente** Carlos Ragazzo  
**Consultor acadêmico** Murilo Angeli Dias dos Santos

**Gerência**  
**Planejamento e novos projetos** Renata Pascual Müller  
**Concursos** Roberto Navarro  
**Legislação e doutrina** Thais de Camargo Rodrigues

**Edição** Liana Ganiko Brito Catenacci  
Patrícia Quero

**Produção editorial** Maria Izabel B. B. Bressan (coord.)  
Carolina Massanhi  
Claudirene de Moura S. Silva  
Cecília Devus  
Daniele Debora de Souza  
Denise Pisaneschi  
Ivani Aparecida Martins Cazarim  
Ivone Rufino Calabria  
Williams Calazans de V. de Melo  
Clarissa Boraschi Maria (coord.)  
Guilherme H. M. Salvador  
Kelli Priscila Pinto  
Marília Cordeiro  
Mônica Landi  
Tatiana dos Santos Romão  
Tiago Dela Rosa

**Diagramação e revisão** Know-How Editorial

**Comunicação e MKT** Elaine Cristina da Silva  
**Capa** Aero Comunicação  
**Produção gráfica** Marli Rampim  
**Impressão e acabamento** EGB Editora Gráfica Bernardi Ltda.

## (NEO)CONSTITUCIONALISMO

### ■ 1.1. ALOCAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

#### ■ 1.1.1. A classificação em “ramos do direito”

Antes de tratarmos do movimento que recebeu o nome de “constitucionalismo”, faremos uma ponderação inicial, lembrando que o *direito constitucional* costuma ser alocado dentro do ramo do direito público, destacando-se por seu objeto e princípios fundamentais orientadores de sua aplicação.

José Afonso da Silva observa que o *direito constitucional* “configura-se como **Direito Público fundamental** por referir-se diretamente à *organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política*”.<sup>1</sup>

Apesar de colocarmos o *direito constitucional* dentro do ramo do direito público (fundamental), devemos alertar o leitor que, modernamente, vem sendo dito que o direito é **uno e indivisível, indecomponível**. O direito deve ser definido e estudado como um grande **sistema**, em que tudo se harmoniza no conjunto. A divisão em ramos do direito é meramente didática, a fim de facilitar o entendimento da matéria, vale dizer: questão de **conveniência acadêmica**.

Aceitando a classificação dicotômica (público e privado), apenas para fins didáticos, dentro do **direito público** poderemos alocar, também (destacando-se a particularidade **fundamental** do direito constitucional), o direito administrativo, o urbanístico, o ambiental, o tributário, o financeiro, o econômico, o penal, o processual, o internacional etc., ao contrário do direito civil e do comercial, que, historicamente, preencheriam a categoria do **direito privado**.

Referida classificação dicotômica pode ser atribuída a **Jean Domat** (afastando-se daqueles que a imputam ao Direito Romano), que foi quem separou, pela primeira vez, as **leis civis** das **leis públicas** e cuja obra influenciou a elaboração do **Código Napoleão** de 1804, despertando a denominada “**Era da Codificação**”, que conferiu ao Código Civil a natureza de verdadeira “**constituição privada**”, disciplinando as relações particulares, as regras sobre família, a propriedade, o estado civil, a capacidade etc. Surgiu então a ideia do **dogma da completude**, ou seja, de que os Códigos

<sup>1</sup> *Curso de direito constitucional positivo*, p. 36.

continham toda a regulamentação das relações privadas, devendo o juiz simplesmente aplicá-las.<sup>2</sup>

Essa perspectiva de codificação do direito civil como regulador das relações privadas é fortalecida pela principiologia do **liberalismo clássico**, que enalteceu a ideia de **liberdade meramente formal** perante a lei e de **não intervenção do Estado** (direitos de **primeira “geração”**, ou, mais tecnicamente, de **primeira “dimensão”**) (*absenteísmo estatal*), tema que será retomado no estudo dos direitos fundamentais (cf. *item 14.2* deste trabalho).

Em outro momento, além da classificação dicotômica em ramo de direito público e de direito privado, a evolução do Estado liberal para o **Estado social de direito** faz surgir a necessidade de se reconhecer, ao lado da dicotomia, a categoria dos **direitos sociais**, cujas normas de direito do trabalho e de direito previdenciário expressam a manifestação de um Estado prestacionista, intervencionista e realizador da chamada **justiça distributiva** (esses novos direitos, chamados de **segunda geração** ou **dimensão**, surgem, pela primeira vez, na Constituição brasileira de 1934), tendo como marco a Revolução Industrial.

O texto de 1988, por sua vez, muito embora já tivesse sido insinuado no texto de 1946 e na Carta de 1967, consagra a proteção aos direitos de **terceira geração** ou **dimensão**, marcados pelo lema da **solidariedade** ou **fraternidade**, evidenciando, assim, os direitos transindividuais.<sup>3</sup>

#### ■ 1.1.2. A superação da dicotomia “público-privado” — constitucionalização do direito privado

Avançando, por outro lado, modernamente, sobretudo em razão da evidenciação de novos direitos e das transformações do Estado (de autoritário/absolutista para liberal e de liberal para social, podendo-se, inclusive, falar em Estado pós-social de direito), cada vez mais se percebe uma forte influência do **direito constitucional** sobre o **direito privado**.

Sob essa perspectiva, especialmente diante do princípio da **dignidade da pessoa humana**, fundamento da República Federativa do Brasil e **princípio-matriz** de todos os direitos fundamentais (art. 1.º, III, da CF/88), parece mais adequado, então, falar em um **direito civil-constitucional**, estudando o direito privado à luz das regras constitucionais e podendo, inclusive, em muitos casos, reconhecer a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, tema que será mais bem estudado no *item 14.8* deste trabalho (**eficácia horizontal dos direitos fundamentais**).<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Nesse sentido, cf. Maria Celina Bodin de Moraes, A caminho de um direito civil constitucional, *Direito, Estado e Sociedade*, n. 1, p. 59-73, jul./dez. 1991, e Julio César Finger, Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil, in Ingo W. Sarlet (org.), *A Constituição concretizada*, p. 86-89.

<sup>3</sup> Novamente, alertamos que esse tema sobre as **gerações** ou **dimensões de direitos** será retomado no capítulo sobre os direitos fundamentais, *item 14.2*.

<sup>4</sup> Sobre essa perspectiva do **Direito civil-constitucional**, cf. Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*, 4. ed., t. 1, passim. Cf., ainda, Paulo Luiz Netto Lôbo, Constitucionalização do direito civil, in Cristiano Chaves de Farias (coord.), *Leituras complementares de direito civil*, p. 21-36; Maria

Essa situação, qual seja, a superação da rígida dicotomia entre o público e o privado, fica mais evidente diante da tendência de **descodificação** do direito civil, evoluindo da concentração das relações privadas na codificação civil para o surgimento de vários **microssistemas**, como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Locações, a Lei de Direito Autoral, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, a Lei de Alimentos, a Lei da Separação e do Divórcio etc.

Todos esses microssistemas encontram o seu fundamento na Constituição Federal, norma de validade de todo o **sistema**, passando o direito civil por um processo de **despatrimonialização**.<sup>5</sup>

Portanto, apesar da “suposta” utilidade didática, parece adequado **não mais falarmos em ramos do direito**, e sim em um verdadeiro escalonamento verticalizado e hierárquico das normas, apresentando-se a Constituição como **norma de validade** de todo o sistema, situação essa decorrente do princípio da **unidade do ordenamento** e da **supremacia da Constituição (força normativa da Constituição — Konrad Hesse)**.<sup>6</sup>

Fala-se, então, em uma necessária e inevitável **releitura dos institutos**, notadamente os de direito civil (e privado), sob a ótica constitucional, conforme o quadro a seguir:<sup>7</sup>

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (Princípio-Matriz)
■ Direito Civil Constitucional
■ Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais
■ Descodificação do Direito Civil
■ Microssistemas
■ Despatrimonialização do Direito Civil

Celina Bodin de Moraes, A caminho de um direito constitucional positivo, passim; Julio César Finger, Constituição e direito privado, p. 85-101; Eugênio Facchini Neto, Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado, in Ingo W. Sarlet, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, p. 13-62; Luiz Edson Fachin, *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil*, passim; Flávio Tartuce e Márcio Araújo Opromolla, Direito civil e Constituição, in *Constituição Federal: 15 anos...*, p. 367-399.

<sup>5</sup> Conforme anota Julio César Finger, “... os princípios constitucionais, entre eles o da **dignidade da pessoa humana** (CF, art. 1.º, inciso III), que é sempre citado como um **princípio-matriz de todos os direitos fundamentais**, colocam a pessoa em um patamar diferenciado do que se encontrava no Estado Liberal. O direito civil, de modo especial, ao expressar tal ordem de valores, tinha por norte a regulamentação da vida privada unicamente do ponto de vista do patrimônio do indivíduo. Os princípios constitucionais, em vez de apregoar tal conformação, têm por meta orientar a ordem jurídica para a **realização de valores da pessoa humana como titular de interesses existenciais**, para além dos meramente patrimoniais. O direito civil, de um direito-proprietário, passa a ser visto como uma regulação de interesses do homem que convive em sociedade, que deve ter um lugar apto a propiciar o seu desenvolvimento com dignidade. Fala-se, portanto, em uma **despatrimonialização do direito civil**, como consequência da sua constitucionalização” (Constituição e direito privado, p. 94-95).

<sup>6</sup> Esse tema será retomado no *item 6.1* do capítulo sobre o “controle de constitucionalidade”.

<sup>7</sup> Ao estudarmos o tema do controle de constitucionalidade, como desmembramento dessa perspectiva, analisaremos a temática da **interpretação conforme a Constituição** (cf. *item 6.7.1.17.2*).

## ■ 1.2. CONSTITUCIONALISMO

### ■ 1.2.1. Conceito

Canotilho identifica vários constitucionalismos, como o inglês, o americano e o francês, preferindo falar em “**movimentos constitucionais**”. Em seguida, define o constitucionalismo como uma “... teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo”.<sup>8</sup>

**Kildare Gonçalves Carvalho**, por seu turno, vislumbra tanto uma perspectiva jurídica como sociológica: “... em termos jurídicos, reporta-se a um sistema normativo, enfeixado na Constituição, e que se encontra acima dos detentores do poder; sociologicamente, representa um movimento social que dá sustentação à limitação do poder, inviabilizando que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses e regras na condução do Estado”.<sup>9</sup>

**André Ramos Tavares** estabelece quatro sentidos para o constitucionalismo:

“... numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, **limitar o poder arbitrário**. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira acepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado”.<sup>10</sup>

Partindo, então, da ideia de que todo Estado deva possuir uma Constituição, avança-se no sentido de que os textos constitucionais contêm regras de **limitação ao poder autoritário** e de **prevalência dos direitos fundamentais**, afastando-se da visão opressora do antigo regime.

### ■ 1.2.2. Evolução histórica

A História da Europa pode ser dividida, sem muita preocupação teórica, em quatro grandes “eras”: **Idade Antiga** (até o século V — tomada do Império Romano do Ocidente pelos povos bárbaros — 476 d.C.); **Idade Média** (século V até o fim do Império Romano do Oriente, com a *queda de Constantinopla*, no século XV — 1453 d.C.); **Idade Moderna** (1453-1789 — Revolução Francesa); **Idade Contemporânea** (1789 até os dias atuais).

<sup>8</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., p. 51.

<sup>9</sup> Kildare Gonçalves Carvalho, *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição*. Direito constitucional positivo, 12. ed., p. 211.

<sup>10</sup> André Ramos Tavares, *Curso de direito constitucional*, 4. ed., p. 1.

Sem se preocupar com a análise das referidas “eras”, Canotilho, entre tantas distinções, estabelece, mais simplificada, apenas dois grandes **movimentos constitucionais**: o constitucionalismo **antigo** e o **moderno**, caracterizando-se este último como “... o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de *domínio político*, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma forma de ordenação e fundamentação do poder político”.<sup>11</sup>

Isso posto, passemos a analisar, brevemente, a evolução histórica do constitucionalismo.

#### ■ 1.2.2.1. *Constitucionalismo durante a Antiguidade*

Analisando a **Antiguidade clássica**, Karl Loewenstein identificou, entre os **hebreus**, timidamente, o surgimento do constitucionalismo, estabelecendo-se no Estado teocrático limitações ao poder político ao assegurar aos profetas a legitimidade para fiscalizar os atos governamentais que extrapolassem os limites bíblicos.<sup>12</sup>

Refere o autor, ainda, mais tarde, no século V a.C., a experiência das **Cidades-Estados gregas** como importante exemplo de democracia constitucional, na medida em que a **democracia direta**, particular a elas, consagrava “... o único exemplo conhecido de sistema político com plena identidade entre governantes e governados, no qual o poder político está igualmente distribuído entre todos os cidadãos ativos”.<sup>13</sup>

#### ■ 1.2.2.2. *Constitucionalismo durante a Idade Média*

Durante a **Idade Média**, a **Magna Carta de 1215** representa o grande marco do constitucionalismo medieval, estabelecendo, mesmo que formalmente, a proteção a importantes direitos individuais.

#### ■ 1.2.2.3. *Constitucionalismo durante a Idade Moderna*

Na Idade Moderna, destacam-se: o *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679; o *Bill of Rights*, de 1689; e o *Act of Settlement*, de 1701.<sup>14</sup>

Nessa linha, além dos **pactos**, há o que a doutrina chamou de **forais** ou **cartas de franquia**, também voltados para a proteção dos direitos individuais. Diferenciam-se dos pactos por admitir a participação dos súditos no governo local (elemento político).

<sup>11</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., p. 52.

<sup>12</sup> Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, p. 154.

<sup>13</sup> Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, p. 155.

<sup>14</sup> Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, tanto a **Magna Carta de 1215** como o *Petition of Rights de 1628* são exemplos dos denominados **pactos** firmados durante a história constitucional inglesa, ou seja, “... convenções entre o monarca e os súditos concernentes ao modo de governo e às garantias dos direitos individuais. Seu fundamento é o *acordo de vontades* (ainda que os reis disfarcem sua transigência com a roupagem da outorga de direitos) ...” (*Curso de direito constitucional*, 32. ed., p. 4-5).

Os **pactos e forais** ou **cartas de franquia**, documentos marcantes durante a Idade Média, buscavam resguardar **direitos individuais**. Alerta-se, contudo, que se tratava de direitos direcionados a determinados homens, e não sob a perspectiva da universalidade.

#### ■ 1.2.2.4. *Constitucionalismo norte-americano*

Outro ponto nessa evolução do **constitucionalismo** foram os chamados **contratos de colonização**, marcantes na história das colônias da América do Norte.

Como anota Ferreira Filho, “chegados à América, os peregrinos, mormente puritanos, imbuídos de igualitarismo, não encontrando na nova terra poder estabelecido, fixaram, por *mútuo consenso*, as regras por que haveriam de governar-se. Firmam-se, assim, pelos chefes de família a bordo do *Mayflower*, o célebre ‘*Compact*’ (1620); desse modo se estabelecem as *Fundamental Orders of Connecticut* (1639), mais tarde confirmadas pelo rei Carlos II, que as incorporou à Carta outorgada em 1662. Transparece aí a ideia de estabelecimento e organização do governo pelos próprios governados, que é outro dos pilares da ideia de Constituição”.<sup>15</sup>

Nesse sentido é que Kildare identifica como indícios do constitucionalismo na América, além dos referidos “contratos de colonização” (*Compact* e as *Fundamental Orders of Connecticut*), a *Declaration of Rights* do Estado de Virgínia, de 1776, seguida pelas Constituições das ex-colônias britânicas da América do Norte, Constituição da Confederação dos Estados Americanos, de 1781.<sup>16</sup>

#### ■ 1.2.2.5. *Constitucionalismo moderno (durante a Idade Contemporânea)*

Chegamos, então, ao **constitucionalismo moderno**, em que predominam as **constituições escritas** como instrumentos para conter qualquer arbítrio decorrente do poder.

Dois são os marcos históricos e formais do constitucionalismo moderno: a **Constituição norte-americana de 1787** e a **francesa de 1791** (que teve como preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), movimento este deflagrado durante o Iluminismo e concretizado como uma contraposição ao absolutismo reinante, por meio do qual se elegeu o **povo** como o **titular legítimo do poder**.

Podemos destacar, nesse primeiro momento, na concepção do **constitucionalismo liberal**, marcado pelo liberalismo clássico, os seguintes valores: individualismo, absentismo estatal, valorização da propriedade privada e proteção do indivíduo. Essa perspectiva, para se ter um exemplo, influenciou profundamente as Constituições brasileiras de 1824 e 1891.

Conforme falamos, a concepção liberal (de valorização do indivíduo e afastamento do Estado) gerará **concentração de renda e exclusão social**, fazendo com que o Estado passe a ser chamado para evitar abusos e limitar o poder econômico.

<sup>15</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, p. 5.

<sup>16</sup> Kildare Gonçalves Carvalho, *Direito constitucional*, 15. ed., p. 247.

Evidencia-se, então, aquilo que a doutrina chamou de segunda geração (ou dimensão) de direitos e que teve como documentos marcantes a Constituição do México de 1917 e a de Weimar de 1919, influenciando, profundamente, a Constituição brasileira de 1934 (**Estado Social de Direito**).

■ **1.2.2.6. Constitucionalismo contemporâneo (durante a Idade Contemporânea) “atenado” com a ideia de “constitucionalismo globalizado”**

O **constitucionalismo contemporâneo** está centrado naquilo que Uadi Lammêgo Bulos chamou de “**totalitarismo constitucional**, consectário da noção de **Constituição programática**”, e que tem como bom exemplo a Constituição brasileira de 1988.<sup>17</sup>

Fala-se em “**totalitarismo constitucional**” na medida em que os textos sedimentam um importante **conteúdo social**, estabelecendo normas programáticas (metas a serem atingidas pelo Estado, programas de governo) e realçando o sentido de **Constituição dirigente** defendido por Canotilho.

Contudo, partindo dessa concepção de normas programáticas, André Ramos Tavares, apoiado no pensamento de Dromi (*vide item 1.2.2.7 a seguir*), enaltece o **constitucionalismo da verdade** e, assim, em relação às normas programáticas, identifica duas categorias:

- “normas que jamais passam de programáticas e são praticamente inalcançáveis pela maioria dos Estados”;
- “normas que não são implementadas por simples falta de motivação política dos administradores e governantes responsáveis”.

Consoante alerta Tavares, “as primeiras precisam ser erradicadas dos corpos constitucionais, podendo figurar, no máximo, apenas como objetivos a serem alcançados a longo prazo, e não como declarações de realidades utópicas, como se bastasse a mera declaração jurídica para transformar-se o ferro em ouro. As segundas precisam ser cobradas do Poder Público com mais força, o que envolve, em muitos casos, a participação da sociedade na gestão das verbas públicas e a atuação de organismos de controle e cobrança, como o Ministério Público, na preservação da ordem jurídica e consecução do interesse público vertido nas cláusulas constitucionais”.<sup>18</sup>

Essa concepção de dirigismo estatal (de o texto fixar regras para dirigir as ações governamentais) tende a evoluir para uma perspectiva de **dirigismo comunitário**, ideia também vislumbrada por André Ramos Tavares ao falar em uma fase atual do **constitucionalismo globalizado**, que busca difundir a perspectiva de proteção aos direitos humanos e de propagação para todas as nações.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Uadi Lammêgo Bulos, *Constituição Federal anotada*, 5. ed., p. 16-18.

<sup>18</sup> André Ramos Tavares, *Curso de direito constitucional*, 8. ed., p. 37.

<sup>19</sup> André Ramos Tavares, *Curso de direito constitucional*, 8. ed., p. 38, e, falando de um **dirigismo comunitário**, Bulos, *Constituição Federal anotada*, 5. ed., p. 19.

Destacamos, ainda, uma concepção de proteção aos direitos de **fraternidade** ou **solidariedade**, que são identificados pela doutrina como direitos de **terceira dimensão ou geração**.<sup>20</sup>

No Brasil, conforme já apontado, essa perspectiva está consagrada no texto de 1988, embora esboçada nos textos de 1946 e 1967 (e EC n. 1/69).



#### ■ 1.2.2.7. **Constitucionalismo do futuro: o que podemos esperar?**

O **constitucionalismo do futuro** sem dúvida terá de consolidar os chamados **direitos humanos de terceira dimensão**, incorporando à ideia de constitucionalismo **social** os valores do constitucionalismo **fraternal**<sup>21</sup> e de **solidariedade**, avançando e estabelecendo um equilíbrio entre o constitucionalismo moderno e alguns excessos do contemporâneo.

Por isso, como bem anota **José Roberto Dromi**, o futuro do constitucionalismo “deve estar influenciado até identificar-se com a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalidade”.

Trata-se da Constituição do “**por vir**”, com os seguintes valores:<sup>22</sup>

- **verdade:** a Constituição não pode mais gerar falsas expectativas; o constituinte só poderá “prometer” o que for viável cumprir, devendo ser transparente e ético;
- **solidariedade:** trata-se de nova perspectiva de igualdade, sedimentada na solidariedade dos povos, na dignidade da pessoa humana e na justiça social;
- **consenso:** a Constituição do futuro deverá ser fruto de consenso democrático;
- **continuidade:** ao se reformar a Constituição, a ruptura não pode deixar de levar em conta os avanços já conquistados;
- **participação:** refere-se à efetiva participação dos “corpos intermediários da sociedade”, consagrando-se a noção de democracia participativa e de Estado de Direito Democrático;
- **integração:** trata-se da previsão de órgãos supranacionais para a implementação de uma integração espiritual, moral, ética e institucional entre os povos;
- **universalização:** refere-se à consagração dos direitos fundamentais internacionais nas Constituições futuras, fazendo prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana de maneira universal e afastando, assim, qualquer forma de desumanização.

<sup>20</sup> Ingo W. Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7. ed., p. 58. Este tema sobre as **dimensões de direitos fundamentais** será esquematizado no item 14.2 deste estudo.

<sup>21</sup> Sobre o **constitucionalismo fraternal**, cf. interessantes julgados do STF: **ADI 3.510** (pesquisas com células-tronco embrionárias), **Pet 3.388** (demarcação Raposa Serra do Sol), **HC 106.212** (Lei Maria da Penha) e **ADPF 132** (união homoafetiva).

<sup>22</sup> Cf. José Roberto Dromi, La reforma constitucional: el constitucionalismo del “por-venir”, in Eduardo García de Enterría e Manuel Clavero Arévalo (coord.), *El derecho público de pinales de siglo*, passim. Cf., ainda, Celso Ribeiro Bastos e André Ramos Tavares, *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*, p. 54 e s.; Uadi Lammêgo Bulos, *Constituição Federal anotada*, p. 22; e Kildare Gonçalves Carvalho, *Direito constitucional*, p. 220-221.



### ■ 1.2.3. Esquemática do constitucionalismo

MOMENTO HISTÓRICO	DOCUMENTOS/ CARACTERÍSTICAS MARCANES
ANTIGUIDADE	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ "Lei do Senhor" — hebreus — limites bíblicos</li> <li>■ democracia direta — Cidades-Estados gregas</li> </ul>
IDADE MÉDIA	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Magna Carta de 1215</li> </ul>
IDADE MODERNA	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ pactos e forais ou cartas de franquia</li> <li>■ <i>Petition of Rights</i> de 1628</li> <li>■ <i>Habeas Corpus Act</i> de 1679</li> <li>■ <i>Bill of Rights</i> de 1689</li> <li>■ <i>Act of Settlement</i> de 1701</li> </ul>
CONSTITUCIONALISMO NORTE-AMERICANO	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ contratos de colonização</li> <li>■ <i>Compact</i> (1620)</li> <li>■ <i>Fundamental Orders of Connecticut</i> (1639)</li> <li>■ Carta outorgada pelo rei Carlos II (1662)</li> <li>■ <i>Declaration of Rights</i> do Estado de Virgínia (1776)</li> <li>■ Constituição da Confederação dos Estados Americanos (1781)</li> </ul>
CONSTITUCIONALISMO MODERNO	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Constituição norte-americana de 1787</li> <li>■ Constituição francesa de 1791</li> </ul>
CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ totalitarismo constitucional</li> <li>■ dirigismo comunitário</li> <li>■ constitucionalismo globalizado</li> <li>■ direitos de segunda dimensão</li> <li>■ direitos de terceira dimensão (fraternidade e solidariedade)</li> </ul>
CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ consolidação dos direitos de terceira dimensão: fraternidade e solidariedade</li> <li>■ segundo Dromi, a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalidade são perspectivas para o constitucionalismo do futuro</li> </ul>

## ■ 1.3. NEOCONSTITUCIONALISMO<sup>23</sup>

### ■ 1.3.1. Aspectos iniciais

A doutrina passa a desenvolver, a partir do início do século XXI, uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, denominada **neoconstitucionalismo**, ou, segundo alguns, **constitucionalismo pós-moderno**, ou, ainda, **pós-positivismo**.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> No tocante aos concursos públicos, o tema aparece, dentre outros, no Edital do *IV Concurso Público de Provas e Títulos ao Ingresso na Carreira de Defensor Público do Estado de São Paulo* (2010).

<sup>24</sup> Para um aprofundamento do estudo, confira: Luis Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito* (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), *RF* 384/71-104; Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo, *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*, passim (com posfácio de Lenio Luiz Streck de indispensável e interessante leitura); Dimitri Dimoulis e Écio Oto Ramos Duarte (coord.), *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*, passim; Eduardo Ribeiro Moreira, *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*, passim; Dimitri

Visa-se, dentro dessa nova realidade, não mais apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, busca-se a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, sobretudo diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais.

Kildare, de maneira interessante, anota que a perspectiva é de que “ao **constitucionalismo social** seja incorporado o **constitucionalismo fraternal** e de **solidariedade**”,<sup>25</sup> valores já destacados por Dromi dentro de um contexto de constitucionalismo do futuro ou do “por vir” (cf. *item 1.2.2.7*).

Nas palavras de Walber de Moura Agra, “o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das **prestações materiais prometidas pela sociedade**, servindo como ferramenta para a implantação de um **Estado Democrático Social de Direito**. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionadas: **a)** positividade e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; **b)** onipresença dos princípios e das regras; **c)** inovações hermenêuticas; **d)** densificação da força normativa do Estado; **e)** desenvolvimento da justiça distributiva”.<sup>26</sup>

E continua: “o seu modelo normativo não é o descritivo ou deontológico, mas o **axiológico**. No constitucionalismo moderno a diferença entre normas constitucionais e infraconstitucionais era apenas de grau, no neoconstitucionalismo a diferença é também axiológica. A **‘Constituição como valor em si’**. O caráter ideológico do constitucionalismo moderno era apenas o de limitar o poder, o caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais”.<sup>27</sup>

CONSTITUCIONALISMO MODERNO	NEOCONSTITUCIONALISMO
■ hierarquia entre as normas	■ hierarquia entre normas não apenas formal, mas também axiológica — valor
■ limitação do poder	■ <b>concretização</b> dos direitos fundamentais

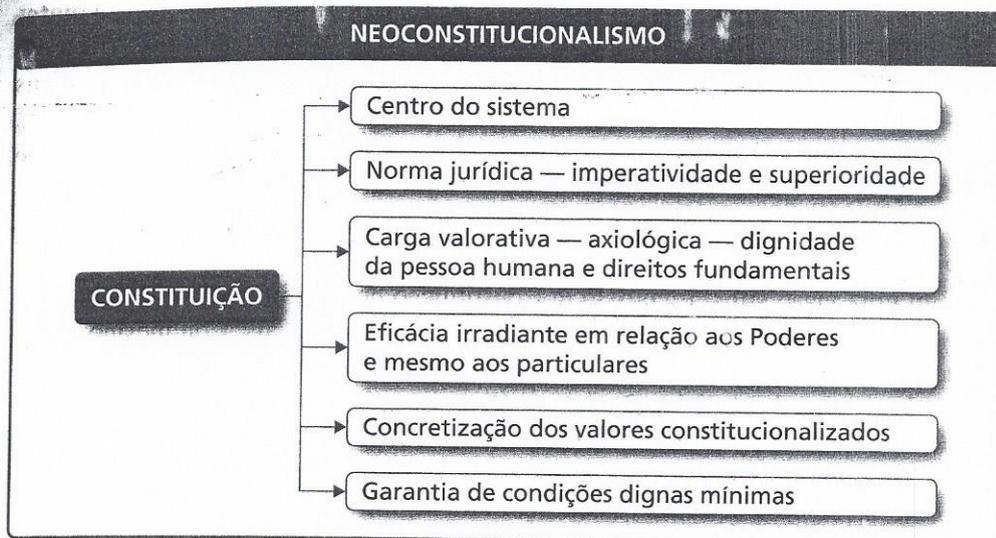
Dimoulis, Uma visão crítica do neoconstitucionalismo, in George Salomão Leite e Glauco Salomão Leite (coord.), *Constituição e efetividade constitucional*; Ana Paula de Barcellos, Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, *RDA* 240/83-103; Lenio Luiz Streck, A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo, *RIPE* 45/257-90; Carlos Bastide Horbach, A nova roupa do direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos, *RT* 859/81-91; Susanna Pazzolo, Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da Constituição?, *RBDC* 7/231-53; Miguel Carbonell, Neoconstitucionalismo(s), *passim*. Conferir interessante visão crítica de Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”, *passim*.

<sup>25</sup> Kildare Gonçalves Carvalho, *Direito constitucional*, 14. ed., p. 239.

<sup>26</sup> Walber de Moura Agra, *Curso de direito constitucional*, 4. ed., p. 31.

<sup>27</sup> Walber de Moura Agra, *Curso de direito constitucional*, 4. ed., p. 31.

## 1.3.2. Pontos marcantes do neoconstitucionalismo



■ **Estado constitucional de direito:** supera-se a ideia de Estado Legislativo de Direito, passando a Constituição a ser o **centro** do sistema, marcada por uma intensa **carga valorativa**. A lei e, de modo geral, os Poderes Públicos, então, devem não só observar a forma prescrita na Constituição, mas, acima de tudo, estar em consonância com o seu **espírito**, o seu **caráter axiológico** e os seus **valores** destacados. A Constituição, assim, adquire, de vez, o caráter de **norma jurídica**, dotada de **imperatividade**, **superioridade** (dentro do sistema) e **centralidade**, vale dizer, tudo deve ser interpretado a partir da Constituição.

■ **Conteúdo axiológico da Constituição:** para Barcellos, do ponto de vista **material**, sobressai o seguinte elemento dentro da noção de constitucionalismo: “(i) a incorporação explícita de **valores** e **opções políticas** nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da **dignidade humana** e dos **direitos fundamentais**”<sup>28</sup>

Como importante marca das Constituições contemporâneas, além de realçar seus **valores** (especialmente após a Segunda Guerra Mundial), associados, particularmente, à ideia da dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, Barcellos identifica a previsão de **opções políticas gerais** (como a redução de desigualdades sociais — art. 3.º, III) e **específicas** (como a prestação, por parte do Estado, de serviços de educação — arts. 23, V, e 205).

Nesse contexto, a partir do momento que os valores são constitucionalizados, o grande desafio do neoconstitucionalismo passa a ser encontrar mecanismos para sua efetiva **concretização**.

<sup>28</sup> Ana Paula de Barcellos, Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, p. 4 (<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>).

■ **Concretização dos valores constitucionais e garantia de condições dignas mínimas:** de acordo com a lição de Barcellos, completando, do ponto de vista **materia**, destaca-se um outro elemento na concepção de constitucionalismo: “(ii) a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional”.<sup>29</sup>

Sem dúvida, os valores constitucionalizados poderão entrar em choque, seja de modo **específico** (por exemplo, a *liberdade de informação e de expressão* e a *intimidade, honra e vida privada*), seja de modo **geral**, no que, conforme afirma, diz respeito “ao próprio papel da Constituição”.

Em uma visão **substancialista** (a Constituição deveria impor “um conjunto de decisões valorativas que se consideram essenciais e consensuais”), ou mesmo designada de **procedimentalismo** (a Constituição deve “garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrático, ficando a cargo da maioria, em cada momento histórico, a definição de seus valores e de suas próprias convicções materiais”), em relação a qualquer das posições que se filie, mesmo no “procedimentalismo” deverão ser resguardadas as **condições de dignidade e dos direitos dentro, ao menos, de patamares mínimos**.<sup>30</sup>

Ainda, segundo Dirley da Cunha Júnior, “... foi marcadamente decisivo para o delineamento desse novo Direito Constitucional, a reaproximação entre o **Direito** e a **Ética**, o **Direito** e a **Moral**, o **Direito** e a **Justiça** e demais **valores substantivos**, a revelar a importância do homem e a sua ascendência a filtro axiológico de todo o sistema político e jurídico, com a consequente proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana”.<sup>31</sup>

### ■ 1.3.3. Marcos fundamentais para se chegar a um “novo direito constitucional” (neoconstitucionalismo)

Em interessante trabalho, Barroso aponta três **marcos fundamentais** que definem a trajetória do direito constitucional para o atual estágio de “novo”: o **histórico**, o **filosófico** e o **teórico**.

Ao analisar o quadro a seguir, conclui-se que “o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação

<sup>29</sup> Ana Paula de Barcellos, op. cit., p. 4.

<sup>30</sup> Ana Paula de Barcellos, op. cit., p. 7-8.

<sup>31</sup> *Curso de direito constitucional*, p. 35 (grifamos).

constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito”.<sup>32</sup>



Assim, podemos esquematizar:<sup>33</sup>

■ **histórico:** evidenciam-se aqui as Constituições do pós-guerra, na Europa, destacando-se a da Alemanha de 1949 (Lei Fundamental de Bonn) e o Tribunal Constitucional Federal (1951); a da Itália de 1947 e a instalação da Corte Constitucional (1956); a de Portugal (1976) e a da Espanha (1978), todas enfocando a perspectiva de **redemocratização** e **Estado Democrático de Direito**. No Brasil, o destaque recai sobre a Constituição de 1988, em importante processo democrático;

■ **filosófico:** o **pós-positivismo** aparece como o marco filosófico do neoconstitucionalismo.

A ideia de **jusnaturalismo moderno** se desenvolve a partir do século XVI, aproximando a **lei da razão** e se transformando, assim, na **filosofia natural do Direito**, e vai servir de sustentáculo, “fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos”, para as revoluções liberais, consagrando-se nas Constituições escritas e nas codificações. “Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do **positivismo jurídico**,

<sup>32</sup> Luis Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, p. 5 (<http://www.conjur.com.br/static/text/43852>).

<sup>33</sup> Todas as citações e a exposição seguem o trabalho de Luis Roberto Barroso, op. cit., passim.

no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que **promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade**. Ao fim da 2.<sup>a</sup> Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito”.

Nesse contexto surge a noção do **pós-positivismo** como marco filosófico do **neoconstitucionalismo**. “O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma **leitura moral do Direito**, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a **atribuição de normatividade aos princípios** e a **definição de suas relações com valores e regras**; a reabilitação da **razão prática** e da **argumentação jurídica**; a formação de uma **nova hermenêutica constitucional**; e o desenvolvimento de uma **teoria dos direitos fundamentais** edificada sobre o fundamento da **dignidade humana**. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o **Direito e a filosofia**”;

■ **teórico:** a) força normativa da Constituição; b) expansão da jurisdição constitucional; c) nova dogmática da interpretação constitucional.

Dentro da ideia de **força normativa** (Konrad Hesse), pode-se afirmar que a norma constitucional tem *status* de norma jurídica, sendo dotada de **imperatividade**, com as consequências de seu descumprimento (assim como acontece com as normas jurídicas), permitindo o seu cumprimento forçado.

No contexto de **expansão da jurisdição constitucional**, Barroso observa que, “antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de *supremacia do Poder Legislativo*, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um **novo modelo**, inspirado pela experiência **americana**: o da **supremacia da Constituição**. A fórmula envolvia a **constitucionalização dos direitos fundamentais**, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais”.

Ao confrontar **regras** (enunciados descritivos, aplicados de acordo com as regras de subsunção, isso quer dizer a aplicação e enquadramento do fato à norma) e **princípios** (normas que consagram valores), Barroso conclui no sentido de uma **nova dogmática da interpretação constitucional**, não mais restrita à denominada interpretação jurídica tradicional.

Assim, “... as especificidades das normas constitucionais (...) levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco pró-

prio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza **instrumental**, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da **supremacia da Constituição**, o da **presunção de constitucionalidade das normas e atos do poder público**, o da **interpretação conforme a Constituição**, o da **unidade**, o da **razoabilidade** e o da **efetividade**".

Enfim, essas são as marcas do "novo direito constitucional" ou neoconstitucionalismo, que se evidencia ao propor a identificação de novas perspectivas, marcando, talvez, o início de um novo período do Direito Constitucional.

#### ■ 1.4. O NOVO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO LATINO-AMERICANO. CONSTITUCIONALISMO PLURALISTA (ANDINO OU INDÍGENA). ESTADO PLURINACIONAL E INTERCULTURAL

O denominado **novo constitucionalismo latino-americano** (por alguns chamado de *constitucionalismo andino* ou *indígena*) culmina com a promulgação das Constituições do **Equador** (2008)<sup>34</sup> e da **Bolívia** (2009)<sup>35</sup> e sedimenta-se na ideia de **Estado plurinacional**,<sup>36</sup> reconhecendo, constitucionalmente, o direito à **diversidade cultural** e à **identidade** e, assim, revendo os conceitos de **legitimidade** e **participação popular**, especialmente de parcela da população historicamente excluída dos processos de decisão, como a população indígena.

Trata-se, inegavelmente, de necessária e real transformação estrutural e, assim, conforme aponta Grijalva, "o constitucionalismo plurinacional só pode ser **profundamente intercultural**, uma vez que a ele corresponde constituir-se no âmbito de relação igual e respeitosa de distintos povos e culturas, a fim de manter as diferenças legítimas, e eliminar — ou, ao menos, diminuir — as ilegítimas, mantendo a **unidade** como garantia da diversidade".<sup>37</sup>

Esse modelo de **constitucionalismo pluralista** pressupõe rupturas paradigmáticas, muito bem delimitadas por Raquel Yrigoyen Fajardo, a saber: a) *colonialismo*, b)

<sup>34</sup> Em relação à Constituição do Equador, cf.: Agustín Grijalva, *O Estado plurinacional e intercultural na Constituição equatoriana de 2008*, passim, e Marco Aparicio Wilhelmi, *Possibilidades e limites do constitucionalismo pluralista: direitos e sujeitos na Constituição equatoriana de 2008*, passim.

<sup>35</sup> Para mais discussões sobre a Constituição da Bolívia, cf. Idón Moisés Chivi Vargas, *Os caminhos da descolonização na América Latina: os povos indígenas e o igualitarismo jurisdicional na Bolívia*, passim, e Fernando Garcés V., *Os esforços de construção descolonizada de um Estado plurinacional na Bolívia e os riscos de vestir o mesmo cavaleiro com um novo paletó*, passim.

<sup>36</sup> Para aprofundar, cf. Boaventura de Sousa Santos, *La reinención del Estado y el Estado plurinacional*, passim.

<sup>37</sup> Agustín Grijalva, op. cit., p. 118.

*constitucionalismo liberal*, c) *constitucionalismo social-integracionista* e d) *constitucionalismo pluralista* (delimitado por 3 ciclos de reformas constitucionais).<sup>38</sup>

■ **colonialismo:** vigorava a ideologia da “inferioridade natural dos índios”, em um modelo de subordinação.

■ **constitucionalismo liberal (século XIX):** construção do Estado-nação pelo “monismo jurídico”, ou seja, como bem anota Yrigoyen Fajardo, a existência de um único sistema jurídico dentro do Estado, sobressaindo-se um regramento geral para todos. A ideia de pluralismo jurídico, como forma de coexistência de vários sistemas normativos dentro de um mesmo espaço geopolítico... não era admitida pela ideologia do Estado-nação, havendo exclusão dos povos originários, dos afrodescendentes, das mulheres, das maiorias subordinadas, buscando a manutenção da sujeição dos índios.<sup>39</sup>

■ **constitucionalismo social-integracionista (século XX):** marcado pela Constituição do México de 1917 e a de Weimar (Alemanha) de 1919, há o reconhecimento de direitos sociais e sujeitos coletivos, com a ampliação das bases de cidadania. O Estado define o modelo de integração dos índios com o Estado e o mercado, não havendo, contudo, rompimento da ideia de Estado-nação e monismo jurídico.<sup>40</sup>

■ **constitucionalismo pluralista (séculos XX e XXI):** Yrigoyen Fajardo reconhece 3 ciclos marcantes e que ensejam importantes reformas constitucionais nos países latino-americanos, evidenciando-se novos atores sociais nos processos decisórios: a) *ciclo multicultural* (1982-1988); b) *ciclo pluricultural* (1989-2005) e c) *ciclo plurinacional* (2006-2009).<sup>41</sup> Vejamos a esquematização:<sup>42</sup>

<sup>38</sup> Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*, passim. Cf., ainda, da mesma autora, *Aos 20 anos da Convenção 169 da OIT: balanço e desafios da implementação dos direitos dos povos indígenas na América Latina*, p. 25-31.

<sup>39</sup> Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*, p. 139-140 (tradução livre).

<sup>40</sup> Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, *El horizonte...*, cit., p. 140.

<sup>41</sup> Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, *El horizonte...*, p. 140-141.

<sup>42</sup> A tabela, bem como as citações, foi retirada de Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, *Aos 20 anos da Convenção 169 da OIT: balanço e desafios da implementação dos direitos dos povos indígenas na América Latina*, p. 25-29. E, como bem descreve a ilustre pesquisadora, “as reformas constitucionais mais importantes ocorridas nas últimas três décadas impactaram a própria definição do modelo de Estado e reconfiguraram a relação jurídica entre os Estados e os povos indígenas. Estas reformas foram feitas segundo o horizonte do Convênio 169 da OIT; com exceção do Chile, todos os países andinos mudaram a Constituição (Colômbia em 1991, Peru em 1993, Bolívia em 1994-2007, Equador em 1998 e 2008, e Venezuela em 1999) incorporando elementos do Convênio 169. Entre tais reformas, cabe ressaltar as que seguem: a) o reconhecimento do caráter pluricultural do Estado/Nação/República, e o direito à identidade cultural, individual e coletiva. O que permite superar a ideia de Estado-nação monocultural e monolíngue; b) o reconhecimento da igual dignidade das culturas, que rompe com a supremacia institucional da cultura ocidental sobre as demais;

CONSTITUCIONALISMO PLURALISTA			
	Ciclo Multicultural	Ciclo Pluricultural	Ciclo Plurinacional
CARACTERÍSTICAS	■ "introdução do direito — individual e coletivo — à identidade cultural, junto com a inclusão de direitos indígenas específicos"	■ "incorpora os direitos contidos no Convênio 169 da OIT. Este ciclo afirma o direito (individual e coletivo) à identidade e diversidade cultural, já introduzido no primeiro ciclo, mas desenvolve mais o conceito de 'nação multiétnica' e 'estado pluricultural', qualificando a natureza da população e avançando rumo ao caráter do Estado. Também reconhece o pluralismo jurídico, assim como novos direitos indígenas e de afrodescendentes"	■ "os povos indígenas demandam que sejam reconhecidos não apenas como 'culturas diversas', mas como nações originárias ou sujeitos políticos coletivos com direito a participar nos novos pactos do Estado, que se configurariam, assim, como Estados plurinacionais. E, além disso, reclamam, ao Estado, direitos sociais e um papel frente às transnacionais e poderes materiais tradicionais"
PAÍSES	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Canadá — 1982</li> <li>■ Guatemala — 1985</li> <li>■ Nicarágua — 1987</li> <li>■ Brasil — 1988</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Colômbia — 1991</li> <li>■ México — 1992</li> <li>■ Paraguai — 1992</li> <li>■ Peru — 1993</li> <li>■ Bolívia — 1994</li> <li>■ Argentina — 1994</li> <li>■ Equador — 1996/1998</li> <li>■ Venezuela — 1999</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Equador — 2008</li> <li>■ Bolívia — 2009</li> </ul>
DOCUMENTOS NORMATIVOS (INTERNACIONAIS)	■ Revisão da Convenção 107/OIT	■ Convenção 169/OIT sobre Povos Indígenas e Tribais (Decreto n. 5.051/2004)	■ Aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas — 2007



## 1.5. CONSTITUCIONALISMO E SOBERANIA POPULAR

### 1.5.1. Aspectos gerais

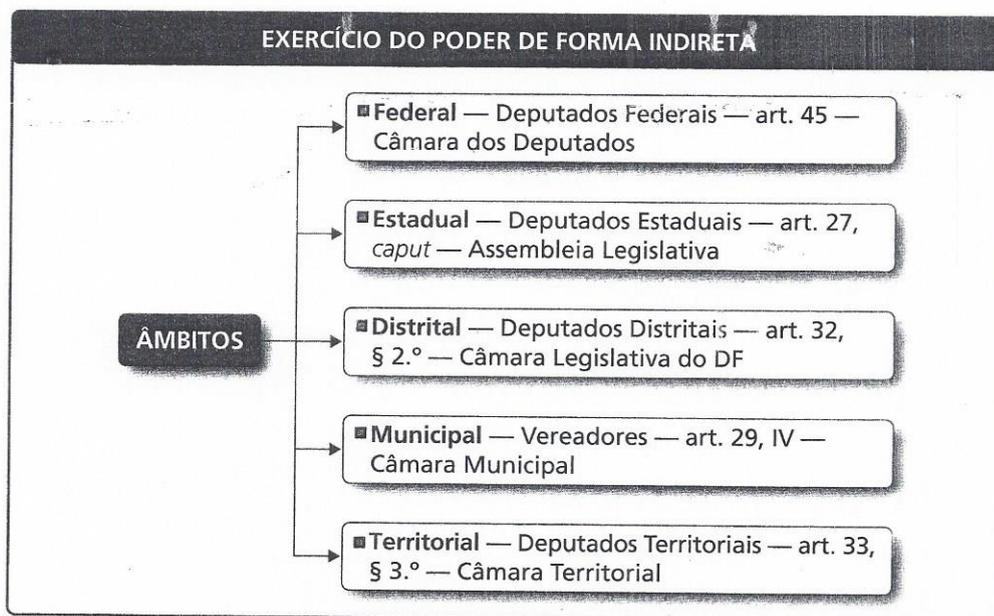
A ideia de que todo Estado deva possuir uma Constituição e de que esta deve conter **limitações ao poder autoritário** e regras de **prevalência dos direitos fundamentais** desenvolve-se no sentido da consagração de um **Estado Democrático de Direito** (art. 1.º, *caput*, da CF/88) e, portanto, de **soberania popular**.

c) o caráter do sujeito político dos povos e comunidades indígenas e camponesas. Os povos indígenas têm direito ao controle das suas instituições políticas, culturais e sociais e seu desenvolvimento econômico. O que permite superar o tratamento tutelar desses povos, como objeto de políticas que ditam terceiros; d) o reconhecimento de diversas formas de participação, consulta e representação direta de povos indígenas, camponeses e afrodescendentes. O que supera a ideia de que apenas os funcionários públicos representam e podem formar a vontade popular; e) o reconhecimento do direito (consuetudinário) indígena e a jurisdição especial. Isto supõe uma forma de pluralismo jurídico interno. Todos os países andinos incorporaram na Constituição alguma fórmula de pluralismo legal reconhecendo autoridades indígenas ou camponesas, funções de justiça ou jurisdicionais, e o direito indígena ou suas próprias normas e procedimentos; f) junto a isso, o reconhecimento de um conjunto de direitos relativos à terra, as formas organizacionais coletivas, educação bilíngue intercultural, oficialização de idiomas indígenas, etc." (op. cit., p. 30-31).



Assim, de forma expressa, o parágrafo único do art. 1.º da CF/88 concretiza que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Vale dizer, mencionado artigo distingue **titularidade de exercício** do poder. O **titular** do poder é o **povo**. Como regra, o **exercício** desse poder, cujo titular, repita-se, é o povo, dá-se através dos **representantes do povo**, que, como veremos ao tratar do Poder Legislativo, são os Deputados Federais (âmbito federal), os Deputados Estaduais (âmbito estadual), os Deputados Distritais (âmbito do DF), os Vereadores (âmbito municipal) e os Deputados Territoriais (âmbito de eventuais Territórios Federais que venham a ser criados). Lembramos, desde já, que os Senadores da República Federativa do Brasil representam os Estados-Membros e o Distrito Federal, de acordo com o art. 46 da CF/88.



Além de desempenhar o poder de maneira indireta (democracia representativa), por intermédio de seus representantes, o povo também o realiza **diretamente** (democracia direta), concretizando a **soberania popular**, que, segundo o art. 1.º da Lei n. 9.709, de 18.11.1998 (que regulamentou o art. 14, I, II e III, da CF/88), “é exercida por sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, nos termos desta Lei e das normas constitucionais pertinentes, mediante: **plebiscito, referendo e iniciativa popular**”.

Podemos falar, então, que a CF/88 consagra a **democracia semidireta** ou **participativa**, verdadeiro **sistema híbrido** e que será mais bem desenvolvido no **capítulo 17**, ao qual remetemos o nosso querido leitor (o estudo específico da iniciativa popular será feito no **capítulo 9**, no caso, no **item 9.13.3.4**).

## ■ 1.6. QUESTÕES

A partir desta 21.<sup>a</sup> edição, em razão da necessidade de atualização e aprimoramento da obra e diante da impossibilidade de aumentar o seu número de páginas, decidimos transportar as questões do *modelo tradicional* para a plataforma on-line. O material poderá, inclusive, ser baixado em PDF para o “treino” e segue exatamente o mesmo formato das edições anteriores.

Potencializando a pioneira, vitoriosa, consagrada, testada e já aprovada **metodologia**, aplicada com sucesso desde a 1.<sup>a</sup> edição do **NOSSO Esquematizado**<sup>®</sup>, introduzimos duas **poderosas novidades** que passam a constituir **material digital exclusivo**: a) **vídeos** ao longo dos capítulos; b) acesso à **plataforma** on-line. Os **vídeos** servirão de ferramenta para a sedimentação da matéria, destaque dos pontos mais importantes, revisão e, em alguns momentos, introdução de conteúdo complementar novo; o acesso à **plataforma** permitirá a **ampliação do “treino”**.

Esperamos que gostem das novidades e estamos sempre abertos a críticas e sugestões!

1

(NEO)CONSTITUCIONALISMO



## CONSTITUIÇÃO: CONCEITO, CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA, CLASSIFICAÇÕES, ELEMENTOS E HISTÓRICO

Nesta parte devemos conceituar e classificar *Constituição*. Lembramos que ao conceituar ou classificar qualquer instituto surgirão diversos critérios, não sendo um mais certo que outro, talvez, no máximo, mais adequado. Procuramos trazer os que mais aparecem nos concursos públicos, dado o objetivo deste trabalho.

### ■ 2.1. CONCEITO

Existem várias concepções ou aceções a serem tomadas para definir o termo “Constituição”. Alguns autores preferem a ideia da expressão tipologia dos conceitos de Constituição em várias aceções. Vejamo-las.

#### ■ 2.1.1. Sentido sociológico

Valendo-se do sentido sociológico, Ferdinand Lassale, em seu livro *¿Qué es una Constitución?*, defendeu que uma Constituição só seria legítima se representasse o efetivo poder social, refletindo as forças sociais que constituem o poder. Caso isso não ocorresse, ela seria ilegítima, caracterizando-se como uma simples “folha de papel”. A Constituição, segundo a conceituação de Lassale, seria, então, a *somatória dos fatores reais do poder dentro de uma sociedade*.

#### ■ 2.1.2. Sentido político

Na lição de Carl Schmitt, encontramos o **sentido político**, que distingue *Constituição de lei constitucional*. Constituição, conforme pondera José Afonso da Silva ao apresentar o pensamento de Schmitt, “... só se refere à decisão política fundamental (estrutura e órgãos do Estado, direitos individuais, vida democrática etc.); as leis constitucionais seriam os demais dispositivos inseridos no texto do documento constitucional, mas não contêm matéria de decisão política fundamental”<sup>1</sup>.

Pode-se afirmar, portanto, em complemento, que, na visão de Carl Schmitt, em razão de ser a Constituição produto de certa **decisão política**, ela seria, nesse sentido, a **decisão política do titular do poder constituinte**.

<sup>1</sup> Curso de direito constitucional positivo, p. 40.

### ■ 2.1.3. Sentido material e formal

Constituição também pode ser definida tomando-se o *sentido material e formal*, critério esse que se aproxima da classificação proposta por Schmitt.

Do ponto de vista *material*, o que vai importar para definirmos se uma norma tem caráter constitucional ou não será o seu *conteúdo*, pouco importando a forma pela qual foi essa norma introduzida no ordenamento jurídico. Constitucional será, então, aquela norma que defina e trate das regras estruturais da sociedade, de seus alicerces fundamentais (formas de Estado, governo, seus órgãos etc.). Trata-se do que Schmitt chamou de *Constituição*.

Por outro lado, quando nos valem do critério *formal*, que, de certa maneira, também englobaria o que Schmitt chamou de “lei constitucional”, não mais nos interessará o conteúdo da norma, mas sim a forma como ela foi introduzida no ordenamento jurídico. Nesse sentido, as normas constitucionais serão aquelas introduzidas pelo poder soberano, por meio de um processo legislativo mais dificultoso, diferenciado e mais solene que o processo legislativo de formação das demais normas do ordenamento.

Valendo-nos das definições acima, fazemos duas observações:

a) em primeiro lugar, por mais que pareça estranho dizer, ao eleger o **critério material**, torna-se possível encontrarmos normas constitucionais *fora do texto constitucional*, na medida em que o que interessa no aludido conceito é o conteúdo da norma, e não a maneira pela qual ela foi introduzida no ordenamento interno. Como o próprio nome sugere e induz, o que é relevante no critério material é a **matéria**, pouco importando sua forma;

b) em segundo lugar, em se tratando do **sentido formal**, qualquer norma que tenha sido introduzida por meio de um procedimento mais dificultoso (do que o procedimento de elaboração das normas infraconstitucionais), por um poder soberano, terá natureza constitucional, não importando o seu conteúdo (vale dizer, tomando-se o sentido formal, o que nos interessa é a **forma** de nascimento da norma). Lembramos um exemplo que supomos ilustrar bem o raciocínio: trata-se do art. 242, § 2.º, da CF/88, que estabelece que o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.

Pois bem, essa situação definida no citado art. 242, § 2.º, da CF/88, do ponto de vista **material**, de modo algum traz elementos que, por sua essência, sejam constitucionais, traduzindo regras estruturais e fundamentais da sociedade. No entanto, do ponto de vista **formal**, essa norma será tão constitucional como, por exemplo, o artigo que garante o princípio da igualdade. Isso porque o que nos interessa nesse sentido classificatório não é o conteúdo da norma, mas sim a maneira pela qual foi introduzida no ordenamento interno. Ela é tão constitucional como qualquer norma introduzida pelo poder constituinte originário (e pelo derivado, desde que observadas as regras definidas pelo originário),<sup>2</sup> devendo todo ato normativo respeitá-la, sob pena de padecer do vício de inconstitucionalidade.

Verifica-se uma forte tendência no direito brasileiro a se adotar um critério misto em razão do art. 5.º, § 3.º, que admite que tratados internacionais de direitos humanos

<sup>2</sup> Para um estudo mais detalhado da matéria *vide capítulo 4*, sobre o Poder Constituinte.

(matéria) sejam incorporados como emendas, desde que obedeçam a uma forma, ou seja, a um processo diferenciado de incorporação.

#### ■ 2.1.4. Sentido jurídico

**Hans Kelsen** é o representante desse sentido conceitual, alocando a Constituição no mundo do **dever-ser**, e não no mundo do **ser**, caracterizando-a como fruto da **vontade racional** do homem, e não das leis naturais.

José Afonso da Silva, traduzindo o pensamento de Kelsen, conclui que "... Constituição é, então, considerada *norma pura*, puro *dever-ser*, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. A concepção de Kelsen toma a palavra Constituição em dois sentidos: no *lógico-jurídico* e no *jurídico-positivo*. De acordo com o primeiro, *Constituição* significa *norma fundamental hipotética*, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da *Constituição jurídico-positiva*, que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau".<sup>3</sup>

Também assim o entendimento de Michel Temer, ao tratar da teoria kelseniana, observando que o jurista de Viena descreve a existência de dois planos distintos no direito, conforme acima salientado por José Afonso da Silva: "o jurídico-positivo e o lógico-jurídico. Aquele corporificado pelas normas postas, positivadas. O outro (lógico-jurídico) situa-se em nível do suposto, do hipotético. Uma são normas postas; outra é suposta".<sup>4</sup>

No direito percebe-se um verdadeiro **escalonamento de normas**, uma constituindo o fundamento de validade de outra, numa **verticalidade hierárquica**. Uma norma, de hierarquia inferior, busca o seu fundamento de validade na norma superior e esta, na seguinte, até chegar à Constituição, que é o fundamento de validade de todo o sistema infraconstitucional.

A Constituição, por seu turno, tem o seu fundamento de validade na **norma hipotética fundamental**, situada no **plano lógico**, e não no jurídico, caracterizando-se como fundamento de validade de todo o sistema, determinando a obediência a tudo o que for posto pelo Poder Constituinte Originário.

Para facilitar a fixação da matéria, destacamos a teoria de Kelsen no quadro a seguir:

PLANO LÓGICO-JURÍDICO
<ul style="list-style-type: none"> <li>■ norma fundamental hipotética</li> <li>■ plano do suposto</li> <li>■ fundamento lógico transcendental da validade da Constituição jurídico-positiva</li> </ul>
PLANO JURÍDICO-POSITIVO
<ul style="list-style-type: none"> <li>■ norma posta, positivada</li> <li>■ norma positivada suprema</li> </ul>

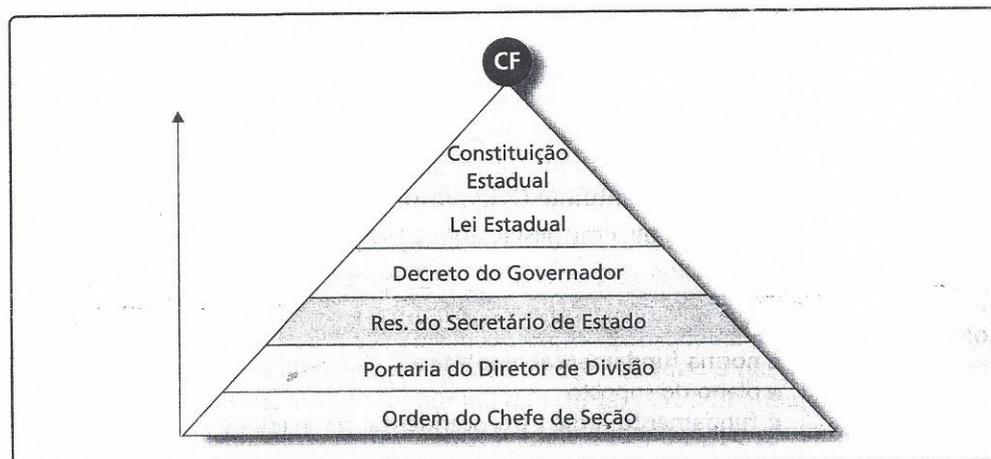
<sup>3</sup> José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 41.

<sup>4</sup> Michel Temer, *Elementos de direito constitucional*, p. 20.

Esclarecedoras são as palavras de Michel Temer sobre a **verticalidade hierárquica** descrita, citando, como exemplo, o indeferimento, pelo chefe de seção de uma repartição pública, de um requerimento formulado. Trata-se de verdadeiro comando individual, que deverá estar em consonância com as normas superiores, ou seja: “... devo compatibilizar aquela ordem com a Portaria do Diretor de Divisão; esta com a Resolução do Secretário de Estado; a Resolução com o Decreto do Governador; este com a Lei Estadual; a Lei Estadual com a Constituição do Estado (se se tratar de Federação); esta com a Constituição Nacional. Tudo para verificar se os comandos expedidos pelas várias autoridades, sejam executivas ou legislativas, encontram verticalmente suporte de validade”.<sup>5</sup>

E, por fim, como visto, a Constituição Nacional encontrará o seu fundamento de validade na **norma hipotética fundamental**, esta, o fundamento de validade de todo o sistema. Trata-se de **norma suposta**, e não posta, uma vez que **não editada por nenhum ato de autoridade**. Figura, como referimos, no plano **lógico-jurídico**, prescrevendo a observância do estabelecido na Constituição e nas demais normas jurídicas do sistema, estas últimas fundamentadas na própria Constituição. A norma fundamental, hipoteticamente suposta, prescreve a observância da primeira Constituição histórica.<sup>6</sup>

Daí, partindo da exemplificação proposta por Michel Temer, estabelecemos, graficamente, a ideia da “pirâmide” de Kelsen, consagrando a verticalidade hierárquica das normas e a Constituição positivada como norma de validade de todo o sistema e, assim, o princípio da supremacia da Constituição:



<sup>5</sup> *Elementos de direito constitucional*, p. 19.

<sup>6</sup> Constituição histórica em Kelsen, explica Fábio Ulhoa Coelho, “será aquele texto fundamental cuja elaboração não se encontra prevista em nenhuma disposição normativa anterior; aquele cujos editores não foram investidos de competência por nenhuma outra norma jurídica. Para nos valermos da expressão de Kelsen, a primeira Constituição histórica deriva da *revolução* na ordem jurídica, tendo em vista que não encontra suporte nesta ordem, mas inaugura uma nova” (*Para entender Kelsen*, p. 31).

### ■ 2.1.5. Sentido culturalista

Nesse sentido, pode-se dizer que a Constituição é produto de um fato cultural, produzido pela sociedade e que nela pode influir. Ou, como destacou J. H. Meirelles Teixeira, trata-se de "... uma *formação objetiva de cultura* que encerra, ao mesmo tempo, elementos históricos, sociais e racionais, aí intervindo, portanto, não apenas fatores *reais* (natureza humana, necessidades individuais e sociais concretas, raça, geografia, uso, costumes, tradições, economia, técnicas), mas também *espirituais* (sentimentos, ideias morais, políticas e religiosas, valores), ou ainda elementos puramente *racionais* (técnicas jurídicas, formas políticas, instituições, formas e conceitos jurídicos *a priori*), e finalmente elementos *voluntaristas*, pois não é possível negar-se o papel de vontade humana, da livre adesão, da vontade política das comunidades sociais na adoção desta ou daquela forma de convivência política e social, e de organização do Direito e do Estado"<sup>7</sup>

Em seguida, conclui o ilustre professor que a concepção culturalista do direito conduz ao conceito de uma **Constituição Total** em uma visão suprema e sintética que "... apresenta, na sua complexidade intrínseca, aspectos *econômicos, sociológicos, jurídicos e filosóficos*, a fim de abranger o seu conceito em uma *perspectiva unitária*". Desse modo, sob o conceito culturalista de Constituição, "... as Constituições positivas são *um conjunto de normas fundamentais, condicionadas pela Cultura total, e ao mesmo tempo condicionantes desta, emanadas da vontade existencial da unidade política, e reguladoras da existência, estrutura e fins do Estado e do modo de exercício e limites do poder político*"<sup>8</sup>

### ■ 2.1.6. Constituição aberta

Grande parte dos publicistas vem anunciando a ideia de uma Constituição aberta, no sentido de que ela possa permanecer dentro de seu tempo e, assim, evitar o risco de desmoronamento de sua "força normativa".

Para Canotilho, dentro da perspectiva de uma **Constituição aberta**, "relativiza-se a *função material de tarefa* da Constituição e justifica-se a 'desconstitucionalização' de elementos substantivadores da ordem constitucional (Constituição econômica, Constituição do trabalho, Constituição social, Constituição cultural). A historicidade do direito constitucional e a indesejabilidade do 'perfeccionismo constitucional' (a Constituição como estatuto detalhado e sem aberturas) não são, porém, incompatíveis com o caráter de *tarefa e projecto* da lei constitucional. Esta terá de ordenar o processo da vida política fixando limites às tarefas do Estado e recortando dimensões prospectivas traduzidas na formulação dos fins sociais mais significativos e na identificação de alguns programas da conformação constitucional"<sup>9</sup>

<sup>7</sup> J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de direito constitucional*, p. 58-59, e importante discussão do tema nas páginas 58-79.

<sup>8</sup> J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de direito constitucional*, p. 77-78.

<sup>9</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., p. 1339.

### ■ 2.1.7. Concepções da Constituição: qual o seu papel no ordenamento jurídico de um país?

Virgílio Afonso da Silva, depois de fazer críticas às classificações (da Constituição) apresentadas pela doutrina brasileira (**tipologia**), muitas vezes, em sua opinião, sem utilidade prática ou teórica limitada, propõe a análise do **papel da Constituição**, ou, ainda, da sua **função no ordenamento jurídico** e a sua **relação com a atividade legislativa ordinária**, analisando a **capacidade de conformação** atribuída ao legislador, aos cidadãos e à autonomia privada.<sup>10</sup>

Dentro dessa perspectiva de análise do papel da Constituição ou da sua função, destacamos, também, a concepção proposta no trabalho de Gustavo Zagrebelsky (*Il diritto mite*). Passamos, então, a analisar essas quatro propostas:

- **Constituição-lei.**
- **Constituição-fundamento (Constituição-total).**
- **Constituição-moldura.**
- **Constituição dúctil (Constituição maleável, *costituzione mite*).**

#### ■ 2.1.7.1. Constituição-lei

Para o autor, muito embora não mais viável na maioria das democracias constitucionais contemporâneas, a **Constituição-lei** em muito **pouco se distingue da legislação ordinária**. “Talvez a principal defesa desse tipo de Constituição seja aquela formulada por Gerhard Anschütz em fins do século XIX. Segundo ele, a **Constituição ‘não está acima do poder legislativo, mas à disposição dele’**. Nesse sentido, a Constituição é, na verdade, *uma lei como qualquer outra*. Os dispositivos constitucionais, especialmente os direitos fundamentais, teriam uma função meramente indicativa, pois apenas indicariam ao legislador um possível caminho, que ele não precisaria necessariamente seguir.”<sup>11</sup> Esse modelo, certamente, permite a **justificação** da tese acerca da **supremacia do parlamento**, mitigada, contudo, em tempos mais recentes, como pode ser observado, para se ter um exemplo, na Inglaterra a partir da entrada em vigor do *Human Rights Act* (cf. *item 2.4.2*).

#### ■ 2.1.7.2. Constituição-fundamento (Constituição-total)

Por sua vez, na **Constituição-fundamento (Constituição-total)**, a onipresença (**ubiquidade**) da Constituição é tamanha que a área reservada ao legislador, aos cidadãos e à autonomia privada se torna muito pequena. Assim, esses atos passam a ser encarados como instrumentos da realização da Constituição.

Conforme anota Virgílio Afonso da Silva, “a ideia central desse conceito consiste na reivindicação de que a Constituição é a lei fundamental, não somente de toda a

<sup>10</sup> Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 107-131.

<sup>11</sup> Op. cit., p. 111.

atividade estatal e das atividades relacionadas ao Estado, mas também a **lei fundamental de toda a vida social**. Um dos exemplos mais marcantes nesse sentido é a teoria da constituição aberta, de Peter Häberle, que, embora não sustente um conceito de Constituição-total, defende uma concepção de interpretação constitucional que, por expandir de tal forma a abrangência da Constituição, acaba refletindo uma ideia de Constituição-total. Segundo Häberle, todo aquele que vive o que é regulado pela norma constitucional é também um intérprete dela. Isso significa que praticamente todas as ações humanas seriam ao mesmo tempo reguladas pela Constituição e uma manifestação de uma interpretação constitucional, o que teria como consequência o fato de que nenhuma área da vida teria independência das normas constitucionais. O legislador, nesse sentido, seria um mero intérprete da Constituição, e sua tarefa consistiria sobretudo na efetivação dos direitos fundamentais. Não é difícil notar que, para os outros ramos do direito, essa concepção de Constituição deixa pouco ou nenhum espaço livre. Na pena irônica de Forsthoff, tudo seria definido pela Constituição, até mesmo a produção de termômetros para a febre<sup>12</sup>.

Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva identifica uma inegável **aproximação** entre a **Constituição dirigente** e esse descrito sentido de **Constituição-fundamento** ou **total**, já que a Constituição dirigente apresenta uma ideia subjacente, qual seja, a de **“fixar um plano de ação para a transformação da sociedade”**.<sup>13</sup>

Ao final, o autor apresenta uma severa e pouco reconhecida realidade que impera na jurisdição constitucional brasileira e na doutrina pátria. Muitas vezes, inegavelmente, esse sentido profundo de onipresença se verifica na interpretação da amplitude de normas ditas de reprodução obrigatória da Constituição Federal nas Constituições Estaduais (não dando abertura para o constituinte derivado), ou mesmo ao se afirmar que o ato normativo extrapola os limites da Constituição, destacando-se, como exemplo, a posição da doutrina que entende inconstitucional a exigência de preenchimento de certos requisitos para o ingresso em juízo com a ação de *habeas data* (entendimento esse, aliás, já superado pelo STF — cf. *item 14.11.6.3*).

Como observa, “as normas constitucionais, nesse sentido, não somente *irradiam* efeitos pelos outros ramos do direito: *elas determinarão o conteúdo deles por completo*”.<sup>14</sup>

### ■ 2.1.7.3. *Constituição-moldura*

A **Constituição-moldura** (que Canotilho prefere chamar de **Constituição-quadro**) seria uma **proposta intermediária** entre os dois conceitos trazidos *supra*, evitando-se a politização excessiva da *Constituição-lei* (já que a sua concretização fica destinada ao legislador, estando ao seu serviço), ou a judicialização excessiva, decor-

<sup>12</sup> Op. cit., p. 112-113.

<sup>13</sup> Op. cit., p. 113.

<sup>14</sup> Op. cit., p. 115.

rente do sentido de *Constituição-total* (já que ao legislador não sobraria qualquer espaço de atuação, sobrecarregando o Judiciário para verificar se houve ou não abuso).

Como bem observa Virgílio Afonso da Silva, “a metáfora da moldura, no campo da teoria constitucional, é usada para designar uma Constituição que apenas sirva de limites para a atividade legislativa. Ela é apenas uma moldura, sem tela, sem preenchimento. À jurisdição constitucional cabe apenas a tarefa de controlar se o legislador age dentro da moldura. Como o legislador age no interior desses limites é uma questão de oportunidade política. Segundo Starck, entender a Constituição como moldura significa sustentar que nem tudo está predefinido pela Constituição e que inúmeras questões substanciais estão sujeitas à simples decisão da maioria parlamentar no processo legislativo ordinário. Definir a ‘largura’ da moldura, que funcionará como simples limitação ao poder estatal, é a tarefa da interpretação constitucional. Mas essa seria sua única tarefa. Todo o resto é questão de oportunidade política”.<sup>15</sup>

#### ■ 2.1.7.4. *Constituição dúctil (Constituição maleável, suave) (“Costituzione mite” — Gustavo Zagrebelsky)*

Conforme observa Canotilho, entre as novas avançadas sugestões da moderna teoria da Constituição está a denominada por Zagrebelsky **Constituição dúctil** ou **maleável, suave** (*Costituzione mite*), “para exprimir a necessidade de a Constituição acompanhar a perda do centro ordenador do estado e **refletir o pluralismo social, político e econômico**. Neste sentido, a uma Constituição caberá a tarefa básica de assegurar apenas as condições possibilitadoras de uma vida em comum, mas já não lhe pertencê realizar diretamente um projeto predeterminado dessa vida comunitária. As Constituições concebem-se, pois, como **plataformas de partida** para a realização de políticas constitucionais diferenciadas que utilizem em termos inventivos os ‘vários materiais de construção’ semeados nos textos constitucionais”.<sup>16</sup>

Assim, a sobrevivência de atual **sociedade complexa, pluralista e democrática** depende, reconhecendo-se a importância de uma dogmática “fluida”, da identificação de um modelo de *Constituição dúctil (maleável)* a assegurar, dentro dos seus

<sup>15</sup> Op. cit., p. 116. E o autor, em outra passagem, retoma o conceito: “... a ideia de Constituição como **moldura** significa que a Constituição e os direitos fundamentais não só impõem deveres e vedações, mas também deixam ‘espaços abertos’, para os quais a Constituição não tem uma resposta e que devem, por conseguinte, ser preenchidos pelo legislador e, subsidiariamente, pelos operadores do direito e pelos particulares nas suas relações entre si. Nesse sentido, Alexy resume que aquilo que a Constituição deixa em aberto é o que se encontra no interior da moldura e aquilo que ela impõe ou proíbe constitui a moldura em si” (op. cit., p. 120). Nesses termos, o autor reconhece que a proposta da Constituição-moldura assegura, também, uma **alternativa à teoria dos princípios**, cujos críticos a igualam à Constituição-total. “Segundo esses críticos, se os princípios constitucionais são mandamentos de otimização, que devem ser realizados na maior medida possível dentro das condições fáticas e jurídicas existentes, ao legislador e aos outros ramos do direito sobraria apenas uma tarefa: a de *otimizador* de direitos fundamentais e da Constituição” (op. cit., p. 117-118).

<sup>16</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 7. ed., p. 1386 e 1387.

limites e de uma perspectiva de **coexistência**, a espontaneidade da vida social e, assim, as condições para a vida em comum.<sup>17</sup>

## ■ 2.2. **CROWDSOURCED CONSTITUTION: O LEGADO DA EXPERIÊNCIA PIONEIRA DA ISLÂNDIA (2011)**<sup>18</sup>

Com a sua independência da Dinamarca em 1944, a **Islândia**, por referendo nacional, adotou documento provisório como a sua nova Constituição republicana, estabelecendo as perspectivas de sua necessária revisão. Por falta de consenso político, contudo, o processo revisional não foi implementado.

Em **2008**, a Islândia enfrentou grave **crise financeira**, surgindo, então, movimentos para uma imediata revisão constitucional, destacando-se a denominada, na língua inglesa, *Kitchenware Revolution* (algo como “Panelaço”), e que sinalizavam o total descontentamento da população com as autoridades que levaram o país ao **colapso econômico**.

Em 14 de novembro de 2009, um grupo de cerca de 1.200 participantes, mas sem reconhecimento oficial, realizou conferência na capital do país (*Reykjavík*, que, em português, pode ser traduzido como Reiquejavique ou Reiquiavique), intitulando-se Assembleia Nacional (*Thjodfundur*), comprovando a falta de aceitação popular dos governantes, bem como a real necessidade de uma nova Constituição.

Em 27 de novembro de 2010, houve a eleição pelo povo de 25 indivíduos para, em assembleia nacional constituinte, sem vinculação partidária, estabelecer a nova Constituição. Em razão de apontados problemas técnicos com o processo de escolha dos representantes, a Suprema Corte da Islândia invalidou as escolhas.

Os nomes, contudo, foram reconhecidos como legítimos e, assim, estabeleceu-se um “Conselho Constitucional” para a elaboração de um esboço (projeto, rascunho) de Constituição (*draft*).

As discussões foram transmitidas ao vivo e com a possibilidade de participação popular por meio das **redes sociais**, como o Twitter, Facebook, Youtube e Flickr. Mais de 3.600 sugestões foram postadas na página oficial no Facebook. Em 29 de julho de 2011, o documento (*draft*) foi encaminhado ao Parlamento.

Antes da deliberação parlamentar, havia a previsão de análise do documento por **referendo popular**, sem caráter vinculativo e que foi realizado em 20 de outubro de 2012, contando com a participação de 49% dos eleitores e, desses, 73% reconhecendo o *draft* como a nova Constituição do país.

<sup>17</sup> Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite*, p. 8-11.

<sup>18</sup> Para um detalhado relato da experiência da Islândia, cf. Thorvaldur Gylfason, From collapse to Constitution: the case of Iceland, in: Luigi Paganetto Editor, *Public Debt, Global Governance and Economic Dynamism*, p. 379-417. O autor é Professor de Economia da Universidade da Islândia e um dos 25 representantes do Conselho Constitucional (Assembleia Constituinte), eleito pelo povo e reconhecido pelo Parlamento para a revisão da Constituição de 1944.

Infelizmente, o Parlamento não aprovou o documento, seja por sua troca durante o processo de elaboração do *draft* (perda de apoio político), seja pela presença, em sua composição, de uma ala extremamente conservadora.

A experiência islandesa, contudo, e apesar da particular realidade de ter mais de 95% de sua pequena população de cerca de 320.000 habitantes conectada à internet (o maior percentual no mundo!), revela uma **nova forma de democracia** e de **participação popular** por meio das **redes sociais** (internet) e que, sem dúvida, passa a servir de **modelo para o futuro**.

Estamos diante daquilo que vem sendo denominado *crowdsourced constitution* e que se implementa pela participação popular por meio da internet (*crowdsourcing*), em um **processo constituinte** bastante interessante de **“terceirização para a multidão”**.<sup>19</sup> Sem dúvida, as **novas formas de democracia** utilizando as **ferramentas da tecnologia** podem ajudar nesse modelo de verdadeira **Constituição colaborativa**.

Dentro dessa perspectiva, influenciado pela experiência da Islândia, destacamos movimento similar que vem sendo percebido na **Inglaterra** no sentido de se elaborar ou não uma Constituição escrita. O debate acontece depois de **800 anos** do aniversário da **Magna Carta de 1215** e tem estimulado a participação popular por meio das redes sociais (*crowdsourcing*), já havendo a versão final do documento (*draft*).<sup>20</sup>

No **Brasil**, com o lema **“participação virtual, cidadania real”**, lançado em 2009, destacamos o portal **“E-democracia”** da **Câmara dos Deputados** (<<http://edemocracia.camara.gov.br>>), cuja proposta é, “por meio da internet, incentivar a participação da sociedade no debate de temas importantes para o país”. E, conforme sustentado, “o envolvimento dos cidadãos na discussão de novas propostas de lei contribui para a formulação de políticas públicas mais realistas e implantáveis”.

O portal está dividido em dois grandes espaços de participação: “as **Comunidades Legislativas** e o **Espaço Livre**. No *primeiro*, você pode participar de debates de temas específicos, normalmente, relacionados a projetos de lei já existentes. Essas Comunidades oferecem diferentes instrumentos de participação e, ainda, orientações quanto ao andamento da matéria no Congresso Nacional. Já no *Espaço Livre*, você mesmo pode definir o tema da discussão e ser o grande motivador dela. O debate será acompanhado pela equipe e-Democracia e pode vir a se tornar uma Comunidade

<sup>19</sup> A palavra *crowdsourcing* é recente e o seu surgimento data do ano de 2005, conforme descrito: “the activity or practice of involving a great many people to develop ideas, produce content, or accomplish huge or tedious tasks, as by **soliciting help via the internet**. The word originated as a convenient compound to denote ‘outsourcing to the crowd’” (Bryan A. Garner, *Black’s law dictionary*, 10. ed., p. 459).

<sup>20</sup> Trata-se de projeto promovido pelo Instituto de Assuntos Públicos (IPA — Institute of Public Affairs) da Escola de Economia de Londres (LSE) em conjunto com o seu departamento de direito e seu grupo de políticas públicas e auditorias democráticas. Nesse sentido, cf.: a) site: <<http://constitutionuk.com>>; b) Twitter: @constitutionUK; c) Facebook: <<http://www.facebook.com/ConstitutionUK>>.

Legislativa. Os parlamentares envolvidos com a matéria acompanham as discussões e as consideram para auxiliar suas decisões”.<sup>21</sup>

O **Senado Federal**, por sua vez, pelo **Ato da Mesa n. 3/2011**, instituiu o programa e o portal “**E-Cidadania**” “com o objetivo de estimular e possibilitar maior participação dos cidadãos, por meio da tecnologia da informação e comunicação, nas atividades legislativas, orçamentárias, de fiscalização e de representação da Casa”.

Buscando sanar lacunas identificadas pela *Comissão Senado do Futuro (CSF)* e que ameaçavam “a continuidade e o sucesso do Programa, cujo maior objetivo é aproximar o cidadão dos trabalhos legislativos do Senado Federal”, foi editada a **Res. n. 19/2015/SF**, regulamentando-o.

Como se observa, existem três **ferramentas de participação** disponíveis no Portal:

■ **Ideia Legislativa:** “enviar e apoiar ideias legislativas, que são sugestões de alteração na legislação vigente ou de criação de novas leis. As ideias que receberem 20 mil apoios serão encaminhadas para a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), onde receberão parecer”;

■ **Evento Interativo:** “participar de audiências públicas, sabatinas e outros eventos abertos. Para cada audiência/sabatina/evento, é criada uma página específica onde haverá: a transmissão ao vivo; espaço para publicação de comentários; apresentações, notícias e documentos referentes ao evento”;

■ **Consulta Pública:** “opinar sobre projetos de lei, propostas de emenda à Constituição, medidas provisórias e outras proposições em tramitação no Senado Federal até a deliberação final (sanção, promulgação, envio à Câmara dos Deputados ou arquivamento)”.

As experiências ainda se mostram muito tímidas e, infelizmente, pouco divulgadas, apesar das diversas “contas” nas redes sociais e portais específicos.<sup>22</sup> Consideramos as propostas bastante interessantes e esperamos, no futuro, que essa importante instrumentação de **participação popular** possa ser utilizada como instrumento balizador e indispensável para a tomada de decisões políticas.

## ■ 2.3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA<sup>23</sup>

### ■ 2.3.1. Aspectos iniciais

A introdução da ideia de “**constitucionalização simbólica**” deve-se a **Marcelo Neves** em trabalho apresentado para a obtenção do cargo de **Professor Titular** da Universidade Federal de Pernambuco realizado em 1992.

<sup>21</sup> Cf.: <<http://edemocracia.camara.gov.br/o-que-e>>.

<sup>22</sup> **Câmara dos Deputados:** a) Twitter: @edemocracia; b) Facebook: <<http://www.facebook.com/edemocracia>>; c) Youtube: <<http://www.youtube.com/edemocraciacd>>. **Senado Federal:** a) site: <<http://www.senado.leg.br/ecidadania>>; b) Twitter: @senadofederal.

<sup>23</sup> Referido tema foi exigido, dentre outros, no edital do **IV Concurso para ingresso na Carreira de Defensor Público do Estado de São Paulo** (2010). A apresentação se dará de acordo com o trabalho: **Marcelo Neves**, *A constitucionalização simbólica*, Col. Justiça e Direito, passim. O tema também foi objeto do programa “**Aula Magna**” da *TV Justiça* e pode ser assistido em: <<http://www.youtube.com/watch?v=15V5uTLfi2c>> (“A Constitucionalização Simbólica Revisitada”).

Uma primeira versão foi publicada pela Editora Acadêmica, sendo, em seguida, o texto editado em alemão, quando sofreu ampla revisão.

Depois, referido trabalho foi trazido do alemão para o português, com acréscimo de alguns textos e notas. Vejamos as suas principais considerações.<sup>24</sup>

Marcelo Neves, na apresentação do trabalho, esclarece que o estudo pretende "... abordar o significado social e político de textos constitucionais, exatamente na relação inversa da sua concretização normativo-jurídica. Em outras palavras, a questão refere-se à **discrepância entre a função hipertroficamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais**. O problema não se reduz, portanto, à discussão tradicional sobre ineficácia das normas constitucionais. Por um lado, pressupõe-se a distinção entre texto e norma constitucionais; por outro, procura-se analisar os efeitos sociais da legislação constitucional normativamente ineficaz. Nesse contexto, discute-se a **função simbólica de textos constitucionais carentes de concretização normativo-jurídica**".<sup>25</sup>

### ■ 2.3.2. Legislação simbólica

Em um primeiro momento, o autor busca desenvolver o conceito de **legislação simbólica** partindo da teoria do direito e da ciência política alemã das duas últimas décadas do século XX.

Analizando o trabalho de diversos autores (Cassirer, Lévi-Strauss, Bourdieu, Freud, Jung, Lacan, Castoriadis, Peirce, Firth, Saussure, Carnap, Luhmann e outros), Marcelo Neves apresenta uma delimitação semântica da expressão "legislação simbólica" (após ter determinado a ambiguidade entre "símbolo", "simbólico" e "simbolismo").

Nas suas palavras, a **legislação simbólica** "... aponta para o predomínio, ou mesmo **hipertrofia**, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental".<sup>26</sup>

Com base em **Harald Kindermann**, Marcelo Neves propõe, então, um modelo tricotômico para a "tipologia da legislação simbólica", estabelecendo que o seu conteúdo pode ser: "a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios".

#### ■ 2.3.2.1. Confirmação de valores sociais

Nesse caso, o legislador assume uma posição em relação a determinados conflitos sociais e, ao consagrar certo posicionamento, para o grupo que tem a sua posição amparada na lei, essa "**vitória legislativa**" se caracteriza como verdadeira superioridade da concepção valorativa, **sendo secundária a eficácia normativa da lei**.

<sup>24</sup> Marcelo Neves, op. cit., passim.

<sup>25</sup> Marcelo Neves, op. cit., p. 1.

<sup>26</sup> Marcelo Neves, op. cit., p. 23 (grifamos).

Assim, o grupo prestigiado procura influenciar a atividade legiferante, fazendo prevalecer os seus valores contra os do grupo “adversário”.

Neves traz como exemplo clássico a *lei seca* nos Estados Unidos. Conforme destaca ao lembrar Gusfield, “a sua tese central afirma que os defensores da proibição de consumo de bebidas alcoólicas não estavam interessados na sua eficácia instrumental, mas sobretudo em adquirir maior respeito social, constituindo-se a respectiva legislação como símbolo de *status*. Nos conflitos entre protestantes/nativos defensores da lei proibitiva e católicos imigrantes contrários à proibição, a ‘vitória legislativa’ teria funcionado simbolicamente a um só tempo como ‘ato de deferência para os vitoriosos e de degradação para os perdedores’, sendo irrelevantes os seus efeitos instrumentais”.<sup>27</sup>

Cita, ainda, a legislação sobre o **aborto** na Alemanha e sobre os **estrangeiros** na Europa. A confirmação de um dos valores antagônicos teria um papel muito mais simbólico que efetivo. A “legislação simbólica destinada primariamente à confirmação de valores sociais tem sido tratada basicamente como meio de diferenciar grupos e os respectivos valores ou interesses. Constituiria um caso de política simbólica por ‘gestos de diferenciação’, os quais ‘apontam para a glorificação ou degradação de um grupo em oposição a outros dentro da sociedade’”.<sup>28</sup>

#### ■ 2.3.2.2. *Demonstração da capacidade de ação do Estado no tocante à solução dos problemas sociais (legislação-álibi)*

Além de ter o objetivo de confirmar valores de determinados grupos, a legislação simbólica pode ter o objetivo de assegurar **confiança** nos sistemas jurídico e político.

Diante de certa insatisfação da sociedade, a **legislação-álibi** aparece como uma resposta pronta e rápida do governo e do Estado.

Busca a legislação-álibi dar uma aparente solução para problemas da sociedade, mesmo que mascarando a realidade. Destina-se, como aponta Neves, “... a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira consequente conforme o respectivo texto legal. Nesse sentido, pode-se afirmar que a legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função ‘ideológica’”.<sup>29</sup>

Enfim, a legislação-álibi tem o “poder” de introduzir um sentimento de “bem-estar” na sociedade, solucionando tensões e servindo à “lealdade das massas”.

<sup>27</sup> Marcelo Neves, op. cit., p. 34.

<sup>28</sup> Marcelo Neves, op. cit., p. 35.

<sup>29</sup> Marcelo Neves, op. cit., p. 39-40.

Como exemplo, Neves lembra a **prestação de contas dos políticos** nos períodos eleitorais, sem se ter condições de assegurar que a lei criada cumpriu efetivamente o seu papel.

Lembra, ainda, após grave problema decorrente da venda de peixes causadores de doenças intestinais, na Alemanha, a divulgação de uma lei que procurou controlar a situação, sem sucesso, porém, dada a sua complexidade e a necessidade de outras medidas.

No Brasil, destaca **mudanças na legislação penal** como mera reação simbólica às pressões da sociedade buscando reduzir a criminalidade. Como exemplo temos a **Lei n. 11.923/2009**, que acrescenta parágrafo ao art. 158 do Código Penal, para tipificar o chamado “**sequestro relâmpago**”.

Neves faz, porém, um alerta sobre o uso exagerado da legislação simbólica e o risco de seu fracasso. “Isso porque o emprego abusivo da legislação-álibi leva à ‘descrença’ no próprio sistema jurídico, ‘transforma persistentemente a consciência jurídica’ (...); disso resulta que o público se sente enganado, os atores políticos tornam-se cínicos”.<sup>30</sup>

#### ■ 2.3.2.3. *Adiamento da solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios*

Ainda, conforme anota Neves, a **legislação simbólica** também pode “... servir para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios. Nesse caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado”.<sup>31</sup>

Cita, como exemplos, a Constituição de Weimar e a lei norueguesa sobre empregados domésticos de 1948. Em relação a esta última, os empregados ficam satisfeitos, pois a lei aparentemente fortalece a proteção social. Por sua vez, os empregadores também se satisfazem, já que a lei, como apresentada, não tem perspectiva de efetivação, devido à sua “evidente impraticabilidade”.

Dessa forma, conclui, “... abrandando-se um conflito político interno através de uma ‘lei aparentemente progressista’, ‘que satisfazia ambos os partidos’, transferindo-se para um futuro indeterminado a solução do conflito social subjacente”.<sup>32</sup>

#### ■ 2.3.2.4. *Efeitos sociais latentes ou indiretos da legislação simbólica*

Neves aponta que, além dessa visão simplista de inexistência ou irrelevância social da legislação simbólica, ela também apresenta **efeitos sociais latentes**, que, em muitos casos, seriam mais relevantes que os “efeitos manifestos” que lhe faltam.

<sup>30</sup> Marcelo Neves, op. cit., p. 40-41.

<sup>31</sup> Marcelo Neves, op. cit., p. 41.

<sup>32</sup> Marcelo Neves, op. cit., p. 42.

Exemplifica com uma lei tributária que, muito embora seja eficaz, pode trazer com ela recessão, inflação. Ou, ainda, uma lei que, ao censurar os meios de comunicação, possa repercutir negativamente na criação artística.

Neves fala, assim, dos **efeitos colaterais** que as leis produzem.

Portanto, além do **sentido negativo** da legislação simbólica (de ineficácia normativa e vigência social), ela também se apresenta em um **sentido positivo**: produção de **efeitos políticos**, e não propriamente jurídicos.

### ■ 2.3.3. Constitucionalização simbólica

Marcelo Neves, valendo-se do modelo sistêmico proposto por Niklas Luhmann, define a Constituição como "... 'acoplamento estrutural' entre **política e direito**. Nessa perspectiva, a Constituição em sentido especificamente moderno apresenta-se como uma via de 'prestações' recíprocas e, sobretudo, como mecanismo de **interpenetração** (ou mesmo de interferências) entre dois **sistemas sociais autônomos**, a política e o direito, na medida em que ela 'possibilita uma solução jurídica do problema de autorreferência do sistema político e, ao mesmo tempo, uma solução política do problema de autorreferência do sistema jurídico'".<sup>33</sup>

Diante desse conceito de *Constituição* (nos termos da teoria dos sistemas de Luhmann), é possível, segundo Neves, associá-lo à noção de **constitucionalização** e, então, enfrentar a problemática da **concretização** das normas constitucionais, analisando a relação entre o texto e a realidade constitucional.

Assim, Marcelo Neves, partindo dos modelos de Müller e Häberle, define a **constitucionalização simbólica**, também, tanto em sentido negativo como positivo.<sup>34</sup>

**Negativamente**, o texto constitucional "não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada".

**Positivamente**, "a atividade constituinte e a linguagem constitucional desempenham um relevante papel político-ideológico", servindo para encobrir problemas sociais e obstruindo as transformações efetivas da sociedade.

Em seguida, o autor admite o desenvolvimento adotado para a legislação simbólica também para a **constitucionalização simbólica**, falando, aqui, então, em três formas de manifestações, já estudadas no ponto anterior: a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado (**constitucionalização-*alibi***) e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios.

### ■ 2.3.4. Constitucionalização simbólica como alopoiese do sistema jurídico

Marcelo Neves desenvolve a ideia de constitucionalização simbólica como "alopoiese do direito", isso quer dizer, "... a reprodução do sistema por critérios, programas

<sup>33</sup> Marcelo Neves, op. cit., p. 65.

<sup>34</sup> Marcelo Neves, op. cit., p. 90-101.

e códigos de seu ambiente”<sup>35</sup> e, então, discute a possibilidade de descrever o **direito da sociedade moderna como “autopoiético”**, o que quer dizer, capaz de autoproduzir-se a partir de critérios, programas e códigos de seu próprio ambiente.

Após distinguir os países da sociedade moderna periféricos dos centrais, estabelece que a **constitucionalização simbólica** aparece como uma realidade marcante da modernidade periférica (em razão da desigualdade econômica entre os países) e, nesse sentido, dentro desse contexto, percebe-se uma **hipertrofia da função político-simbólica** em relação à eficácia normativo-jurídica da Constituição (simbólica) nesses países (periféricos).

Constata-se, assim, uma preponderância (ou mais adequadamente uma **sobreposição**) do sistema **político** sobre o **jurídico**, não se percebendo o “acoplamento estrutural” entre os sistemas político e jurídico anteriormente apontado na teoria de Luhmann.

Nesses países, então, como afirma, há um bloqueio do sistema jurídico, havendo uma falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional. O texto da Constituição é utilizado de acordo com os interesses políticos.

A constitucionalização (simbólica), novamente, funciona como um **álibi**: “o ‘Estado’ apresenta-se como identificado com os valores constitucionais, que não se realizam no presente por ‘culpa’ do subdesenvolvimento da ‘sociedade’. Já na retórica dos grupos interessados em transformações reais nas relações de poder, os quais pretendem frequentemente representar a ‘subcidadania’, invocam-se os direitos proclamados no texto constitucional para denunciar a ‘realidade constitucional inconstitucional’ e atribuir ao Estado/governo dos ‘sobrecidadãos’ a ‘culpa’ pela não realização generalizada dos direitos constitucionais, que seria possível estivesse o Estado/governo em outras mãos...”<sup>36</sup>

Essa problemática, aponta o autor, é verificada não somente no sistema político-jurídico mas, também, nos **sistemas econômico, educacional, de saúde etc.** (remetemos o nosso ilustre leitor para o *capítulo 14* — Direitos Fundamentais, deste nosso estudo).

Por fim, conclui Marcelo Neves que a **constitucionalização simbólica** não seria um “jogo de soma zero”. Isso porque “... proporciona o surgimento de movimentos e organizações sociais envolvidos criticamente na realização dos valores proclamados solenemente no texto constitucional e, portanto, integrados na luta política pela **ampliação da cidadania**”. Ainda, “não se pode excluir a possibilidade, porém, de que a realização dos valores democráticos expressos no documento constitucional pressuponha um momento de ruptura com a ordem de poder estabelecida, com implicações politicamente contrárias à diferenciação e à identidade/autonomia do direito. Isso se torna tanto mais provável à proporção que os procedimentos previstos no texto constitucional sejam deformados no decorrer do processo de concretização e não se operacionalizem como mecanismos estatais de legitimação”<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Marcelo Neves, op. cit., p. 142.

<sup>36</sup> Marcelo Neves, op. cit., p. 176.

<sup>37</sup> Marcelo Neves, op. cit., p. 188-189.

### ■ 2.3.5. Neoconstitucionalismo, ativismo judicial e a concretização das normas constitucionais

Diante de todo o exposto, percebe-se que a proposta de **constitucionalização simbólica** deve ser o ponto de partida para que, compreendendo a problemática, diante das expectativas colocadas, as normas não sirvam apenas como retórica política ou álibi dos governantes.

É preciso identificar os mecanismos de sua **concretização** e, nisso, além do papel da sociedade, parece-nos que o **Judiciário** tem uma importante missão, realizando a implementação da efetividade das normas constitucionais.

Identificamos, como será estudado neste nosso trabalho, uma **nova perspectiva** na utilização das técnicas do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (em relação às normas programáticas) e, assim, a consagração da importante figura do **ativismo judicial**.

Por esse motivo Écio Oto Ramos Duarte<sup>38</sup> define o **neoconstitucionalismo** partindo de uma **nova visão da Constituição**, buscando dar a ela **sentido** e, assim, superando o seu caráter meramente retórico, encontrando mecanismos para a real e efetiva concretização de seus preceitos.

### ■ 2.4. CLASSIFICAÇÃO (TIPOLOGIA)

Como advertimos, qualquer classificação depende de critérios escolhidos pelos estudiosos, não se podendo dizer que um é mais acertado que o outro, talvez mais adequado. Procuraremos trazer à baila os critérios classificatórios que aparecem nos concursos públicos, dada a finalidade deste trabalho. Vejamo-los.

#### ■ 2.4.1. Quanto à origem e a distinção entre "Constituição" e "Carta"

Quanto à origem, as Constituições poderão ser **outorgadas, promulgadas, cesaristas** (ou **bonapartistas**) e **pactuadas** (ou **dualistas**).

**Outorgada** é a Constituição imposta, de maneira unilateral, pelo agente revolucionário (grupo, ou governante), que não recebeu do povo a legitimidade para em nome dele atuar. No Brasil, as Constituições outorgadas foram as de 1824 (Império), 1937 (inspirada em modelo fascista, extremamente autoritária — *Getúlio Vargas*), 1967 (ditadura militar), sendo que alguns chegam inclusive a mencionar como exemplo de outorga a EC n. 1/69 (apesar de tecnicamente impreciso). As Constituições outorgadas recebem, por alguns estudiosos, o "apelido" de *Cartas Constitucionais*.

Conforme veremos ao estudar o *histórico das Constituições*, alguns autores entendem que o texto de 1967 teria sido "promulgado", já que votado nos termos do art. 1.º, § 1.º, do AI 4/66. Contudo, em razão do "autoritarismo" implantado pelo *Comando Militar da Revolução*, não possuindo o Congresso Nacional liberdade para alterar substancialmente o novo Estado que se instaurava, preferimos dizer que o texto de

<sup>38</sup> Écio Oto Ramos Duarte, *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*, p. 24.

1967 foi **outorgado** unilateralmente (apesar de formalmente votado, aprovado e “promulgado”) pelo regime ditatorial militar implantado.

Também entendemos que, dado o seu caráter revolucionário, a EC n. 1/69 pode ser considerada como manifestação de um novo **poder constituinte originário**, imposta pelo governo de “Juntas Militares”, nos termos do AI 12, de 31.08.1969.

**Promulgada**, também chamada de **democrática, votada** ou **popular**, é aquela Constituição fruto do trabalho de uma Assembleia Nacional Constituinte, eleita diretamente pelo povo, para, em nome dele, atuar, nascendo, portanto, da deliberação da representação legítima popular. Os exemplos são a de 1891 (primeira da República), 1934 (inserindo a democracia social, inspirada na Constituição de Weimar), 1946 e, finalmente, a atual, de 1988, alterada por 6 emendas de revisão e 95 emendas, fruto do poder constituinte derivado reformador, podendo, ainda, com a regra do art. 5.º, § 3.º, trazida pela **EC n. 45/2004**, ter os seus direitos e garantias fundamentais ampliados por tratados e convenções internacionais de direitos humanos, os quais, observadas as formalidades, terão equivalência às emendas constitucionais.

**Cesarista**, segundo José Afonso da Silva, “... não é propriamente outorgada, mas tampouco é democrática, ainda que criada com participação popular”. E continua o mestre definindo-a como aquela “... formada por plebiscito popular sobre um projeto elaborado por um Imperador (plebiscitos napoleônicos)<sup>39</sup> ou um Ditador (plebiscito de Pinochet, no Chile). A participação popular, nesses casos, não é democrática, pois visa apenas ratificar a **vontade do detentor do poder**. Não destacamos esse tipo no esquema porque bem pode ser considerado um modo de outorga por interposta pessoa”.<sup>40</sup> Complementando, cabe acrescentar que a participação popular pode dar-se não apenas por *plebiscito* como, também, na hipótese de ratificação, por **referendo**, já que este se caracteriza como instrumento de confirmação das decisões políticas e governamentais, ou seja, toma-se a decisão para, posteriormente, levar-se a referendo popular.

Nesse caso, contudo, “... os referendos são utilizados como um instrumento de **autocracia** (regime do chefe), e não da democracia, pois geralmente nem todas as correntes ideológicas participam do debate e não se concede liberdade para uma efetiva discussão ou para eventual rejeição das propostas”.<sup>41</sup>

**Pactuada**, também pouco cobrada nos concursos. Segundo Uadi Lammêgo Bulo, as Constituições pactuadas “... surgem através de um pacto, são aquelas em que o poder constituinte originário se concentra nas mãos de mais de um titular. Por isso mesmo, trata-se de modalidade anacrônica, dificilmente ajustando-se à noção moderna de Constituição, intimamente associada à ideia de unidade do poder consti-

<sup>39</sup> Por esse motivo, alguns autores classificam as cesaristas como **Constituições bonapartistas** (por se tratar de um método utilizado por *Napoleão Bonaparte* nos referidos plebiscitos napoleônicos) (cf. R. C. Chimenti, F. Capez, M. F. E. Rosa, M. F. Santos, *Curso de direito constitucional*, 6. ed., p. 9).

<sup>40</sup> *Curso de direito constitucional positivo*, 17. ed., p. 44 — original sem grifos.

<sup>41</sup> R. C. Chimenti, F. Capez, M. F. E. Rosa, M. F. Santos, *Curso de direito constitucional*, 6. ed., p. 9.

tuante. Tais Constituições pactuadas foram bastante difundidas no seio da monarquia estamental da Idade Média, quando o poder estatal aparecia cindido entre o monarca e as ordens privilegiadas. Exemplificam-nas a Magna Carta de 1215, que os barões ingleses obrigam João Sem Terra a jurar<sup>42</sup>.

Para Bonavides, “a Constituição **pactuada** é aquela que exprime um compromisso instável de duas forças políticas rivais: a realza absoluta debilitada, de uma parte, e a nobreza e a burguesia, em franco progresso, doutra. Surge então como termo dessa relação de equilíbrio a forma institucional da monarquia limitada. Entendem alguns publicistas que as Constituições pactuadas assinalam o momento histórico em que determinadas classes disputam ao rei um certo grau de participação política, em nome da comunidade, com o propósito de resguardar direitos e amparar franquias adquiridas. Na Constituição pactuada o equilíbrio é precário. Uma das partes se acha sempre politicamente em posição de força. O pacto selado juridicamente mal encobre essa situação de fato, ‘e o contrato se converte por conseguinte numa estipulação unilateral camuflada’, conforme se deu com a Magna Carta ou a Constituição francesa de 1791: ali a supremacia dos barões; aqui, a supremacia dos representantes da Nação reunidos em assembleia constituinte”<sup>43</sup>.

E qual a diferença entre “**Constituição**” e “**Carta**”?

De modo geral, **Constituição** é o *nomen juris* que se dá à Lei Fundamental **promulgada**, democrática ou popular, que teve a sua origem em uma Assembleia Nacional Constituinte. Já **Carta** é o nome reservado para aquela Constituição **outorgada**, imposta de maneira unilateral pelo agente revolucionário mediante ato arbitrário e ilegítimo.

#### ■ 2.4.2. Quanto à forma

Quanto à forma, as Constituições podem ser **escritas (instrumental)** ou **costumeiras (não escritas ou consuetudinárias)**.

**Escrita (instrumental)**, o próprio nome nos ajuda a explicar, seria a Constituição formada por um conjunto de regras sistematizadas e organizadas em um único documento, estabelecendo as normas fundamentais de um Estado. Como exemplo, citamos a brasileira de 1988, a portuguesa, a espanhola etc.

Nesse particular, cabe alertar que, no direito brasileiro, vêm sendo encontrados textos escritos com natureza de Constituição (não se resumindo a um único código), por exemplo, nos termos do art. 5.º, § 3.º, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros e que, dessa maneira, passam a ser equivalentes às emendas constitucionais. Por isso, parece interessante a ideia, apesar de tímida, de uma **Constituição legal** (Constituição escrita e

<sup>42</sup> *Constituição Federal anotada*, p. 9.

<sup>43</sup> Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 9. ed., p. 72.

que se apresenta esparsa ou fragmentada em textos, conforme apontou Paulo Bonavides — cf. *item 2.4.7*).

**Costumeira (não escrita ou consuetudinária)** seria aquela Constituição que, ao contrário da escrita, não traz as regras em um único texto solene e codificado. É formada por “textos” esparsos, reconhecidos pela sociedade como fundamentais, e baseia-se nos usos, costumes, jurisprudência, convenções. Exemplo clássico é a Constituição da Inglaterra.

A doutrina observa que “hoje, contudo, mesmo a Inglaterra (exemplo normalmente lembrado de país regido por uma Constituição não escrita) assenta princípios constitucionais em textos escritos, em que pesem os costumes formarem relevantes valores constitucionais”.<sup>44</sup>

A classificação propõe, então, a utilização do conceito de *costumeira* em um sentido mais aberto, pois, como bem anota Paulo Bonavides, “na época contemporânea **inexistem Constituições totalmente costumeiras**, semelhantes àquela que teve a França no *ancien régime*, antes da Revolução Francesa de 1789, ou seja, ‘uma complexa massa de costumes, usos e decisões judiciais’ (Barthélemy)”.

Por esse motivo Bonavides prefere classificar a experiência inglesa como sendo a de uma *Constituição não totalmente costumeira* ou, melhor dizendo, uma **Constituição parcialmente costumeira**, já que as “... leis abrangem o direito estatutário (*statute law*), o direito casuístico ou jurisprudencial (*case law*), o costume, mormente o de natureza parlamentar (*Parliamentary custom*) e as convenções constitucionais (*constitutional conventions*)”.<sup>45</sup>

Quanto à norte-americana de 1787, Bonavides a define como **escrita**, porém **complementada** pelos **costumes**, sendo que “... o elemento consuetudinário entra igualmente como fator auxiliar e subsidiário importantíssimo para completar e corrigir o texto constitucional lacunoso ou suprir, pela interpretação, partes obscuras e controversas da Constituição”. Lembrando Carl J. Friedrich, destaca que a norte-

<sup>44</sup> R. C. Chimenti, F. Capez, M. F. E. Rosa, M. F. Santos, *Curso de direito constitucional*, 2004, p. 9.

<sup>45</sup> Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 21. ed., p. 84. Para aprofundamento da matéria, por todos, René David, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 331-355. Virgílio Afonso da Silva, nessa linha e avançando, observa: “no Brasil, todos costumam mencionar a Constituição inglesa como o modelo de constituição não escrita e flexível. Essa categorização está tão sedimentada no pensamento constitucional brasileiro que a discussão acerca da aprovação (1998) e da entrada em vigor (2000), na Inglaterra, do *Human Rights Act*, que pôs em cheque a ideia de supremacia do parlamento inglês, ainda não foi percebida por aqui. Ocorre que a supremacia do parlamento é justamente o reflexo do que a doutrina brasileira costuma chamar de constituição flexível. Se o parlamento inglês já não é mais soberano no sentido tradicional, e deve respeitar as disposições da declaração de direitos, o modelo de constituição flexível também cai por terra” (*A constitucionalização do direito*, p. 109, nota 6. Para aprofundamento em relação a essa mencionada tensão entre a supremacia do parlamento e a entrada em vigor do *Human Rights Act* na Inglaterra, cf., por todos, Nicholas Bamforth, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act 1998*, Public Law 1998, p. 572-582).

-americana é completada pela **doutrina da revisão judicial** (precedentes judiciais) e, além disso, as normas escritas "... têm que ser sumamente flexíveis, porque é impossível regulamentar com absoluta precisão as eventualidades do futuro".<sup>46</sup>

### ■ 2.4.3. Quanto à extensão

Quanto à extensão, podem as Constituições ser **sintéticas** (concisas, breves, sumárias, sucintas, básicas) ou **analíticas** (amplas, extensas, largas, prolixas, longas, desenvolvidas, volumosas, inchadas).

**Sintéticas** seriam aquelas enxutas, veiculadoras apenas dos princípios fundamentais e estruturais do Estado. Não descem a minúcias, motivo pelo qual são mais duradouras, na medida em que os seus princípios estruturais são interpretados e adequados aos novos anseios pela atividade da Suprema Corte. O exemplo lembrado é a Constituição americana, que está em vigor há mais de 200 anos (é claro, com emendas e interpretações feitas pela Suprema Corte).

Pinto Ferreira, analisando o constitucionalismo pátrio, indica a Constituição de 1891 como exemplo de sintética.<sup>47</sup>

Paulo Bonavides, a seu turno, e com precisão, observa que "as Constituições concisas ou breves resultam numa **maior estabilidade** do arcabouço constitucional, bem como numa flexibilidade que permite adaptar a Constituição a situações novas e imprevistas do desenvolvimento institucional de um povo, a suas variações mais sentidas de ordem política, econômica e financeira, a necessidades, sobretudo, de improvisar soluções que poderiam, contudo, esbarrar na rigidez dos obstáculos constitucionais".<sup>48</sup>

**Analíticas**, por outro lado, são aquelas que abordam todos os assuntos que os representantes do povo entenderem fundamentais. Normalmente descem a minúcias, estabelecendo regras que deveriam estar em leis infraconstitucionais, como, conforme já mencionamos, o art. 242, § 2.º, da CF/88, que dispõe que o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal. Assim, o clássico exemplo é a brasileira de 1988.

Segundo Bonavides, "as Constituições se fizeram desenvolvidas, volumosas, inchadas, em consequência principalmente de duas causas: a preocupação de dotar certos institutos de proteção eficaz, o sentimento de que a rigidez constitucional é anteparo ao exercício discricionário da autoridade, o anseio de conferir estabilidade ao direito legislado sobre determinadas matérias e, enfim, a conveniência de atribuir ao Estado, através do mais alto instrumento jurídico que é a Constituição, os encargos indispensáveis à manutenção da paz social".<sup>49</sup>

<sup>46</sup> Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 21. ed., p. 84-85.

<sup>47</sup> Pinto Ferreira, *Curso de direito constitucional*, 10. ed., p. 66.

<sup>48</sup> Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 21. ed., p. 91.

<sup>49</sup> Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 9. ed., p. 74.

#### ■ 2.4.4. Quanto ao conteúdo

O conceito de Constituição pode ser tomado tanto em sentido **material** como **formal**.

**Materialmente constitucional** será aquele texto que contiver as normas fundamentais e estruturais do Estado, a organização de seus órgãos, os direitos e garantias fundamentais. Como exemplo podemos citar a Constituição do Império do Brasil, de 1824, que, em seu art. 178, prescrevia ser constitucional somente o que dissesse respeito aos limites e atribuições respectivos dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não fosse constitucional poderia ser alterado, sem as formalidades referidas (nos arts. 173 a 177), pelas legislaturas ordinárias.

**Formal**, por seu turno, será aquela Constituição que elege como critério o processo de sua formação, e não o conteúdo de suas normas. Assim, qualquer regra nela contida terá o caráter de constitucional. A brasileira de 1988 é **formal!**

Cumpra observar (*e este tema ainda não está fechado*) que, com a introdução do § 3.º no art. 5.º, pela EC n. 45/2004, passamos a ter uma espécie de **conceito misto**, já que a nova regra só confere a natureza de emenda constitucional (*norma formalmente constitucional*) aos tratados e convenções internacionais sobre **direitos humanos** (*matéria*), desde que observadas as **formalidades de aprovação** (*forma*).

Como se sabe (e voltaremos a essa análise), nos termos do art. 5.º, § 3.º, “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Nesse sentido, podemos lembrar o **Decreto Legislativo n. 186/2008**, que aprova o texto da *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* e de seu *Protocolo Facultativo*, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, promulgados pelo **Decreto n. 6.949, de 25.08.2009**, tendo sido, assim, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com o *status* de norma constitucional.

Outro exemplo de tratado internacional de direitos humanos incorporado na forma do art. 5.º, § 3.º, CF/88, e, portanto, com *status* constitucional, é o **Tratado de Marraqueche**, que busca facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para ter acesso ao texto impresso, celebrado em 28.06.2013, e que entrou em vigor no **plano internacional em setembro de 2016**, a partir da adesão do Canadá, o 20.º Estado-parte, conforme determina o art. 18 do tratado. No tocante ao direito brasileiro, apesar de o seu texto ter sido aprovado pelo **Decreto Legislativo n. 261/2015**, aguarda-se a promulgação por decreto presidencial para a sua efetiva incorporação no plano interno (pendente).

#### ■ 2.4.5. Quanto ao modo de elaboração

Quanto ao modo de elaboração as Constituições poderão ser **dogmáticas** (também denominadas “*sistemáticas*”, segundo J. H. Meirelles Teixeira) ou **históricas**.

**Dogmáticas**, sempre escritas, consubstanciam os dogmas estruturais e fundamentais do Estado ou, como bem observou Meirelles Teixeira, “... partem de teorias

preconcebidas, de planos e sistemas prévios, de ideologias bem declaradas, de dogmas políticos... São elaboradas de um só jato, reflexivamente, racionalmente, por uma Assembleia Constituinte".<sup>50</sup> Como exemplo, destacamos a brasileira de 1988.

**Históricas**, constituem-se através de um lento e contínuo processo de formação, ao longo do tempo, reunindo a história e as tradições de um povo. Aproximam-se, assim, da costumeira e têm como exemplo a Constituição inglesa.



#### ■ 2.4.6. Quanto à alterabilidade

Esse critério recebe diversas denominações pelos constitucionalistas pátrios. Além da citada *alterabilidade* (Leda Pereira Mota e Celso Spitzcovsky<sup>51</sup>), encontramos: *mutabilidade* (Michel Temer;<sup>52</sup> Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior<sup>53</sup>), *estabilidade* (José Afonso da Silva<sup>54</sup> e Alexandre de Moraes<sup>55</sup>) e *consistência* (Pinto Ferreira<sup>56</sup>).

Em essência, deixando de lado a questão terminológica, as Constituições poderão ser **rígidas**, **flexíveis** (também chamadas de **plásticas**, segundo a denominação de Pinto Ferreira)<sup>57</sup> e **semirrígidas** (ou **semiflexíveis**). Alguns autores ainda lembram as **fixas** ou **silenciosas**, as **transitoriamente flexíveis**, as **imutáveis** (**permanentes**, **graníticas** ou **intocáveis**) e as **super-rígidas**.

**Rígidas** são aquelas Constituições que exigem, para a sua alteração (daí preferirmos a terminologia *alterabilidade*), um processo legislativo mais árduo, mais solene, mais dificultoso do que o processo de alteração das normas não constitucionais. Lembramos que, à exceção da Constituição de 1824 (considerada semirrígida), todas as Constituições brasileiras foram, inclusive a de 1988, rígidíssimas!

A rigidez constitucional da CF/88 está prevista no art. 60, que, por exemplo, em seu § 2.º estabelece um *quorum* de votação de 3/5 dos membros de cada Casa, em dois turnos de votação, para aprovação das emendas constitucionais. Em contrapo-

<sup>50</sup> J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de direito constitucional*, p. 105-106.

<sup>51</sup> *Curso de direito constitucional*, p. 19.

<sup>52</sup> *Elementos de direito constitucional*, p. 26.

<sup>53</sup> *Curso de direito constitucional*, p. 4.

<sup>54</sup> *Curso de direito constitucional positivo*, p. 42-43.

<sup>55</sup> *Direito constitucional*, p. 37.

<sup>56</sup> *Curso de direito constitucional*, p. 12.

<sup>57</sup> *Curso de direito constitucional*, p. 12. **CUIDADO:** em outro sentido, Raul Machado Horta considera a Constituição brasileira de 1988 **plástica**, na medida em que permite o preenchimento das regras constitucionais pelo legislador infraconstitucional. Assim, o conceito de Constituição plástica para Pinto Ferreira (em seu entender, aquelas flexíveis — critério quanto à alterabilidade) não é o mesmo para Raul Machado Horta. Para este último, "a Constituição plástica estará em condições de acompanhar, através do legislador ordinário, as oscilações da opinião pública e da vontade do corpo eleitoral. A norma constitucional não se distanciará da realidade social e política. A Constituição normativa não conflitará com a Constituição real. A coincidência entre a norma e a realidade assegurará a duração da Constituição no tempo" (*Direito constitucional*, 4. ed., p. 211).



sição, apenas para aclarar mais a situação lembrada, a votação das leis ordinárias e complementares dá-se em um único turno de votação (art. 65), com *quorum* de maioria simples (art. 47) e absoluta (art. 69), respectivamente para lei ordinária e complementar. Outra característica definidora da rigidez da CF/88 está prevista nos incisos I, II e III do art. 60, que estabelecem iniciativa restrita: a) de 1/3, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; b) do Presidente da República; e c) de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela *maioria relativa* de seus membros, enquanto a iniciativa das leis complementares e ordinárias é geral, de acordo com o art. 61.<sup>58</sup>

**Flexíveis** são aquelas Constituições que não possuem um processo legislativo de alteração mais dificultoso do que o processo legislativo de alteração das normas infraconstitucionais. Vale dizer, a dificuldade em alterar a Constituição é a mesma encontrada para alterar uma lei que não é constitucional.

Nesse sentido, do ponto de vista formal, devemos observar que, em se tratando de **Constituição flexível**, não existe hierarquia entre Constituição e lei infraconstitucional, ou seja, uma lei infraconstitucional posterior altera texto constitucional se assim expressamente o declarar, quando for com ele incompatível, ou quando regular inteiramente a matéria de que tratava a Constituição.

**Semiflexíveis** ou **semirrígidas** são aquelas Constituições tanto rígidas como flexíveis, ou seja, algumas matérias exigem um processo de alteração mais dificultoso do que o exigido para alteração das leis infraconstitucionais, enquanto outras não requerem tal formalidade. O exemplo sempre lembrado é o da Constituição Imperial de 1824, que, em seu art. 178, dizia: “É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias”.

As **fixas**, segundo Kildare Gonçalves Carvalho, “... são aquelas que somente podem ser alteradas por um poder de competência igual àquele que as criou, isto é, o poder constituinte originário. São conhecidas como **constituições silenciosas**, porque não estabelecem, expressamente, o procedimento para sua reforma. Têm valor apenas histórico, sendo exemplos destas Constituições o Estatuto do Reino da Sardenha, de 1848, e a Carta Espanhola de 1876”.<sup>59</sup>

Para Bulos, as **Constituições transitoriamente flexíveis** “... são as suscetíveis de reforma, com base no mesmo rito das leis comuns, mas apenas por determinado período; ultrapassado este, o documento constitucional passa a ser rígido. Nessa hipótese, o binômio rigidez/flexibilidade não coexiste simultaneamente. Apresenta-se de modo alternado...”. Como exemplo, o autor lembra a Constituição de Baden de 1947 e a Carta irlandesa de 1937 durante os primeiros três anos de vigência.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> Desenvolveremos melhor este tema quando tratarmos das emendas constitucionais, no item 9.14.1.

<sup>59</sup> *Direito constitucional*, 14. ed., p. 274-275.

<sup>60</sup> *Curso de direito constitucional*, 2. ed., p. 45.

**Imutáveis** seriam aquelas Constituições inalteráveis, verdadeiras *reliquias históricas*<sup>61</sup> e que se pretendem eternas, sendo também denominadas **permanentes**, **graníticas** ou **intocáveis**.

Finalmente, segundo Alexandre de Moraes, a brasileira de 1988 seria exemplo de Constituição **super-rígida**, já que, além de possuir um processo legislativo diferenciado para a alteração de suas normas (rígida), excepcionalmente, algumas matérias apresentam-se como **imutáveis** (cláusulas pétreas, art. 60, § 4.º).<sup>62</sup>

Esta última classificação, contudo, **não parece ser a posição adotada pelo STF**, que tem admitido a alteração de matérias contidas no art. 60, § 4.º, desde que a reforma não tenda a abolir os preceitos ali resguardados e dentro de uma ideia de razoabilidade e ponderação. Foi o caso da **reforma da previdência** que admitiu a **taxação dos inativos**, mitigando, assim, os direitos e garantias individuais (as situações já consolidadas das pessoas aposentadas que passaram a ser taxadas).<sup>63</sup>

#### ■ 2.4.7. Quanto à sistemática (critério sistemático)

Valendo-se do **critério sistemático**, Pinto Ferreira divide as Constituições em **reduzidas** (ou **unitárias**) e **variadas**.<sup>64</sup>

**Reduzidas** seriam aquelas que se materializariam em um só código básico e sistemático, como as brasileiras (ver crítica a seguir).

**Variadas** seriam aquelas que se distribuiriam em vários textos e documentos esparsos, sendo formadas de várias leis constitucionais, destacando-se a belga de 1830 e a francesa de 1875.

Nesse mesmo sentido, Bonavides distingue as Constituições **codificadas** das **legais**.

**Codificadas** (que correspondem às *reduzidas* de Pinto Ferreira) seriam "... aquelas que se acham contidas inteiramente num só texto, com os seus princípios e disposições sistematicamente ordenados e articulados em títulos, capítulos e seções, formando em geral um único corpo de lei".

Por sua vez, as **legais** (também denominadas **Constituições escritas não formais**, e que equivalem às *variadas* de Pinto Ferreira) seriam aquelas "... escritas que se apresentam esparsas ou fragmentadas em vários textos. Haja vista, a título **ilustrativo**, a Constituição francesa de 1875. Compreendia ela Leis Constitucionais, elaboradas em ocasiões distintas de atividade legislativa, como as leis de estabelecimento dos poderes públicos, de organização do Senado e de relações entre os poderes.

<sup>61</sup> Como observa Celso Bastos, "... hoje em dia já se toma por absurdo que um Texto Constitucional se pretenda perpétuo, quando se sabe que é destinado a regular a vida de uma sociedade em contínua mutação..." (*Curso de direito constitucional*, p. 51).

<sup>62</sup> *Direito constitucional*, 23. ed., p. 10.

<sup>63</sup> Taxação dos inativos — "**princípio da solidariedade**" (ADI 3.105/DF e ADI 3.128/DF, Rel. orig. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ acórdão Min. Cezar Peluso, 18.08.2004).

<sup>64</sup> Pinto Ferreira, *Curso de direito constitucional*, p. 13.

Tomadas em conjunto passaram a ser designadas como a Constituição da Terceira República”.<sup>65</sup>

A brasileira de 1988, em um primeiro momento, como aponta Pinto Ferreira, seria **reduzida, codificada ou unitária**.

Contudo, especialmente diante da ideia de “bloco de constitucionalidade”, que será estudada no *item 6.7.1.3*, parece **caminharmos** (de maneira muito tímida, ainda) para um critério que se aproxima de Constituição **esparsa** (legal ou escrita não formal — escrita e que se apresenta fragmentada em vários textos), especialmente diante da regra contida no art. 5.º, § 3.º, que admite a constitucionalização dos tratados ou convenções internacionais de direitos humanos que forem incorporados com o *quorum* e procedimento das emendas constitucionais.

Conforme vimos, destacamos o **Decreto Legislativo n. 186/2008** que aprova o texto da *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo*, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, promulgados pelo **Decreto n. 6.949, de 25.08.2009**, tendo sido, assim, incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro com o *status* de norma constitucional.

Ainda, existem vários artigos de **emendas constitucionais** que não foram introduzidos no “corpo” da Constituição e, permanecendo como artigo autônomo das emendas, sem dúvida, têm **natureza constitucional** e, portanto, eventual lei que contrarie artigo de emenda constitucional poderá ser declarada inconstitucional, servindo a emenda como paradigma de confronto.

Outro exemplo interessante é a **EC n. 91/2016**, que, sem introduzir qualquer artigo, seja no corpo ou mesmo no ADCT, alterou regra sobre perda do mandato eletivo por infidelidade partidária, estabelecendo a possibilidade, excepcional e em período determinado, de desfilição, sem prejuízo do mandato (cf. *item 18.5*).

Cabe alertar, contudo, que apesar dessa percepção, de modo geral, as provas de concursos vêm definindo a brasileira de 1988 como **reduzida**.

#### ■ 2.4.8. Quanto à dogmática

No tocante à **dogmática**, Pinto Ferreira, valendo-se do **critério ideológico** e lembrando as lições de **Paulino Jacques**, identifica tanto a Constituição **ortodoxa** como a **eclética**.

**Ortodoxa** é aquela formada por uma só ideologia, por exemplo, a soviética de 1977, hoje extinta, e as diversas Constituições da China marxista.

**Eclética** seria aquela formada por ideologias conciliatórias, como a brasileira de 1988 ou a da Índia de 1949.

Nessa linha, alguns autores aproximam a eclética da **compromissória**. De fato, parece possível dizer que a **brasileira de 1988 é compromissória**, assim como a portuguesa de 1976.

<sup>65</sup> Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 21. ed., p. 88.

Nas palavras de Canotilho, “numa sociedade plural e complexa, a Constituição é sempre um produto do ‘pacto’ entre forças políticas e sociais. Através de ‘barganha’ e de ‘argumentação’, de ‘convergência’ e ‘diferenças’, de cooperação na deliberação mesmo em caso de desacordos persistentes, foi possível chegar, no procedimento constituinte, a um *compromisso constitucional* ou, se preferirmos, a vários ‘compromissos constitucionais’. O **carácter compromissório da Constituição de 1976** representa uma **força** e não uma debilidade. Mesmo quando se tratava de ‘conflitos profundos’ (*deep conflict*), houve a possibilidade de se chegar a bases normativas razoáveis. Basta referir o compromisso entre o princípio liberal e o princípio socialista, o compromisso entre uma visão personalista-individual dos direitos, liberdades e garantias e uma perspectiva dialético-social dos direitos econômicos, sociais e culturais, o compromisso entre ‘legitimidade eleitoral’ e ‘legitimidade revolucionária’, o compromisso entre princípio da unidade do Estado e o princípio da autonomia regional e local, o compromisso entre democracia representativa e democracia participativa”.<sup>66</sup>

#### ■ 2.4.9. Quanto à correspondência com a realidade (critério ontológico — essência)

Karl Loewenstein distinguiu as Constituições **normativas**, **nominalistas** (**nominativas** ou **nominais**) e **semânticas**. Trata-se do **critério ontológico**, que busca identificar a correspondência entre a realidade política do Estado e o texto constitucional.

Segundo Pinto Ferreira, “as *Constituições normativas* são aquelas em que o processo de poder está de tal forma disciplinado que as relações políticas e os agentes do poder subordinam-se às determinações do seu conteúdo e do seu controle procedimental. As *Constituições nominalistas* contêm disposições de limitação e controle de dominação política, sem ressonância na sistemática de processo real de poder, e com insuficiente concretização constitucional. Enfim, as *Constituições semânticas* são simples reflexos da realidade política, servindo como mero instrumento dos donos do poder e das elites políticas, sem limitação do seu conteúdo”.<sup>67</sup>

Isso quer dizer que da **normativa** à **semântica** percebemos uma graduação de **democracia** e **Estado Democrático de Direito** para **autoritarismo**.

Enquanto nas **Constituições normativas** a pretendida limitação ao poder se implementa na prática, havendo, assim, correspondência com a realidade, nas **nominalistas** busca-se essa concretização, porém, sem sucesso, não se conseguindo uma verdadeira normatização do processo real do poder. Nas **semânticas**, por sua vez, nem sequer se tem essa pretensão, buscando-se conferir legitimidade meramente formal aos detentores do poder, em seu próprio benefício.

<sup>66</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., p. 218. Barroso também percebe essa dialética, salientando o equilíbrio entre os interesses do capital e do trabalho. Destaca, de um lado, a **livre-iniciativa** e, de outro, regras de **intervenção do Estado no domínio econômico**, havendo contemplação de direitos sociais dos trabalhadores e restrições ao capital estrangeiro (cf. Luís Roberto Barroso, *Temas de direito constitucional*, p. 11-12).

<sup>67</sup> Pinto Ferreira, *Curso de direito constitucional*, 10. ed., p. 13.

Para Guilherme Peña de Moraes, ao tratar do constitucionalismo pátrio, a **brasileira de 1988 “pretende ser” normativa**; as de 1824, 1891, 1934 e 1946 foram nominais (“... a Constituição é dotada de um aspecto educativo e prospectivo (...). Portanto, embora não haja concordância entre as normas constitucionais e a realidade política no presente, há a aspiração de que tal desiderato seja alcançado no futuro”). E as de 1937, 1967 e a EC n. 1/69 foram semânticas.<sup>68</sup>

Marcelo Neves, fazendo uma releitura de Loewenstein, prefere denominar as semânticas **instrumentalistas**, já que instrumentos dos detentores do poder. Em sua opinião, o texto de 1988 seria **nominalista**, servindo como verdadeiro “álibi” para os governantes (no tocante à não concretização de seus preceitos), ao passo que as instrumentalistas (1937, 1967 e a EC n. 1/69) aparecem como “armas” na “luta política”.<sup>69</sup>

#### ■ 2.4.10. Quanto ao sistema

Segundo *Diogo de Figueiredo Moreira Neto*, a Constituição, quanto ao sistema, pode ser classificada em **principiológica** ou **preceitual**.

Na **principiológica**, conforme anotou Guilherme Peña de Moraes, “... predominam os **princípios**, identificados como normas constitucionais providas de alto grau de abstração, consagradores de valores, pelo que é necessária a mediação concretizadora, tal como a Constituição brasileira”.

Por seu turno, na **preceitual** “... prevalecem as **regras**, individualizadas como normas constitucionais revestidas de pouco grau de abstração, concretizadoras de princípios, pelo que é possível a aplicação coercitiva, tal como a Constituição mexicana”.<sup>70</sup>

#### ■ 2.4.11. Quanto à função

Quanto à função, as Constituições podem ser classificadas como **provisórias** ou **definitivas**.

De acordo com Jorge Miranda, “chama-se de *pré-Constituição*, *Constituição provisória* ou, sob outra ótica, *Constituição revolucionária* ao conjunto de normas com a dupla finalidade de definição do regime de elaboração e aprovação da Constituição formal e de estruturação do poder político no interregno constitucional, a que se acrescenta a função de eliminação ou erradicação de resquícios do antigo regime. Contrapõe-se à Constituição *definitiva* ou de *duração indefinida para o futuro* como pretende ser a Constituição produto final do processo constituinte”.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> Guilherme Peña de Moraes, *Curso de direito constitucional*, 2. ed., p. 69.

<sup>69</sup> Marcelo Neves, *A constitucionalização simbólica*, p. 101-110. Sobre a temática da constitucionalização simbólica, cf. *item 2.3*.

<sup>70</sup> *Curso de direito constitucional*, 2. ed., p. 67, destacando Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do direito administrativo*, 2000, p. 81.

<sup>71</sup> Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, 5. ed., 2003, t. II, p. 108.

#### ■ 2.4.12. Quanto à origem de sua decretação: heterônomas (heteroconstituições) x autônomas ("autoconstituições" ou "homoconstituições")

Quando surge um novo Estado, ou o Estado que já existia restaura-se, ou sofre radical transformação de sua estrutura, essa nova manifestação atrela-se a uma Constituição material que já vem acompanhada da Constituição formal, ou que passa a ter uma Constituição formal estabelecida em momento seguinte.

A soberania do Estado está sedimentada na Constituição material, e a Constituição formal, normalmente, provém do próprio Estado.

De modo **incomum**, contudo, a doutrina identifica Constituições que foram decretadas de fora do Estado por outro (ou outros) Estado(s) ou por organizações internacionais.

Estamos diante daquilo que *Miguel Galvão Teles* denominou **heteroconstituição**.<sup>72</sup>

Conforme anota Jorge Miranda, além da **raridade**, causam certa **perplexidade**, dando como exemplo: "... algumas das Constituições, ou das primeiras Constituições, dos **países da Commonwealth** aprovadas por leis do Parlamento britânico (Canadá, Nova Zelândia, Austrália, Jamaica, Maurícia, etc.), a primeira Constituição da **Albânia** (obra de uma conferência internacional, de 1913) ou a Constituição **cipriota** (procedente dos acordos de Zurique, de 1960, entre a Grã-Bretanha, a Grécia e a Turquia) ou a Constituição da **Bósnia-Herzegovina** (após os chamados acordos de Dayton de 1995)", ou, ainda, no **plano puramente político**, "as Constituições surgidas por **imposição** de outros Estados: as Constituições das **Repúblicas Helvética e Batava** do tempo da Revolução francesa, a Constituição **espanhola de 1808**, as **primeiras** Constituições da **Libéria** e das **Filipinas**, a Constituição **japonesa de 1946**, as **Constituições das democracias populares do leste da Europa dos anos 40 e 50**, a **primeira** Constituição da **Guiné Equatorial**. E por imposição das Nações Unidas: as Constituições da **Namíbia de 1990** e de **Camboja de 1993**".<sup>73</sup>

Interessante observar, como ensina o mestre português, que "... até a independência o fundamento de validade da Constituição estava na ordem jurídica donde proveio; com a independência transfere-se para a ordem jurídica local, investida de poder constituinte. Verifica-se, pois, uma verdadeira **novação** do **ato constituinte** ou (doutro prisma) uma **deslocação da regra de reconhecimento**; e **apenas o texto** que persista — correspondente a Constituição em sentido instrumental — **se liga à primitiva fonte, não o valor vinculativo das normas**".<sup>74</sup>

Diante do exposto, no entanto, pode-se afirmar que as Constituições brasileiras **não são heterônomas**, na medida em que elaboradas e decretadas dentro do próprio Estado que irão reger. Podemos, assim, denominá-las, nesse sentido, Constituições

<sup>72</sup> Miguel Galvão Teles, *Constituição*, in *Verbo*, V, p. 1500, apud Jorge Miranda, *Manual...*, t. II, 5. ed., 2003, p. 96.

<sup>73</sup> Jorge Miranda, *op. cit.*, p. 96-97.

<sup>74</sup> Jorge Miranda, *op. cit.*, p. 97.

autônomas, ou **autoconstituições**, ou, por que não, **homoconstituições** (fazendo um contraponto à terminologia proposta por *Miguel Galvão Teles*).

#### ■ 2.4.13. **Constituições garantia, balanço e dirigente (Manoel Gonçalves Ferreira Filho)**

A Constituição **garantia** busca garantir a liberdade, limitando o poder; a **balanço** reflete um degrau de evolução socialista e a **dirigente** estabelece um projeto de Estado (ex.: portuguesa).

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “modernamente, é frequente designar a Constituição de tipo clássico de *Constituição-garantia*, pois esta visa a garantir a liberdade, limitando o poder. Tal referência se desenvolveu pela necessidade de contrapô-la à *Constituição-balanço*. Esta, conforme a doutrina soviética que se inspira em Lassalle, é a Constituição que descreve e registra a organização política estabelecida. Na verdade, segundo essa doutrina, a Constituição registraria um estágio das relações de poder. Por isso é que a URSS, quando alcançado novo estágio na marcha para o socialismo, adotaria nova Constituição, como o fez em 1924, 1936 e em 1977. Cada uma de tais Constituições faria o *balanço* do novo estágio. Hoje muito se fala em *Constituição-dirigente*. Esta seria a Constituição que estabeleceria um *plano* para dirigir uma evolução política. Ao contrário da *Constituição-balanço* que refletiria o presente (o ser), a *Constituição-programa* anunciaria um *ideal* a ser concretizado. Esta *Constituição-dirigente* se caracterizaria em consequência de *normas programáticas* (que para não caírem no vazio reclamariam a chamada *inconstitucionalidade por omissão*...). A ideia de *Constituição-dirigente* é sobremodo encarecida por juristas de inspiração marxista, como o português Canotilho, que desejam prefigurar na Constituição a implantação progressiva de um Estado socialista, primeiro, comunista, a final. Exemplo, a Constituição portuguesa de 1976”<sup>75</sup>

#### ■ 2.4.14. **Constituições liberais (negativas) e sociais (dirigentes) — conteúdo ideológico das Constituições (André Ramos Tavares)**

André Ramos Tavares propõe outra classificação, levando em conta o conteúdo ideológico das Constituições, classificando-as em **liberais** (ou **negativas**) e **sociais** (ou **dirigentes**).<sup>76</sup>

Para ele, “as Constituições **liberais** surgem com o triunfo da ideologia burguesa, com os ideais do liberalismo”.

Nesse contexto, destacamos os direitos humanos de **1.ª dimensão** e, assim, a ideia da não intervenção do Estado, bem como a proteção das liberdades públicas. Poderíamos falar, portanto, em **Constituições negativas** (absenteísmo estatal).

<sup>75</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, 34. ed., p. 14-15.

<sup>76</sup> *Curso de direito constitucional*, 6. ed., p. 74.

Por outro lado, as Constituições **sociais** refletem um momento posterior, de necessidade da atuação estatal, consagrando a igualdade substancial, bem como os direitos sociais, também chamados de direitos de **2.ª dimensão**.

Trata-se da percepção de uma **atuação positiva** do Estado e, por isso, André Ramos Tavares aproxima as Constituições sociais da ideia de **dirigismo** estatal sugerida por Canotilho.

Segundo o autor, estamos diante do **Estado do Bem Comum**. E completa: “é bastante comum, nesse tipo de Constituição, traçar expressamente os grandes objetivos que hão de nortear a atuação governamental, impondo-os (ao menos a longo prazo)”.

#### ■ 2.4.15. Raul Machado Horta (Constituições expansivas)

Raul Machado Horta<sup>77</sup> inscreve a brasileira de 1988 no grupo das **Constituições expansivas**. Para o ilustre autor, “a expansividade da Constituição de 1988, em função dos temas novos e da ampliação conferida a temas permanentes, como no caso dos Direitos e Garantias Fundamentais, pode ser aferida em três planos distintos:” *conteúdo anatômico e estrutural da Constituição; comparação constitucional interna e comparação constitucional externa:*

- **conteúdo anatômico e estrutural da Constituição:** destacam-se a estruturação do texto e sua divisão em títulos, capítulos, seções, subseções, artigos da parte permanente e do ADCT;

#### RAUL MACHADO HORTA — CONSTITUIÇÃO EXPANSIVA — CONTEÚDO ANATÔMICO E ESTRUTURAL DA CF/88

■ Preâmbulo
■ Título I — Dos Princípios Fundamentais — arts. 1.º a 4.º
■ Título II — Dos Direitos e Garantias Fundamentais — arts. 5.º a 17
■ Título III — Da Organização do Estado — arts. 18 a 43
■ Título IV — Da Organização dos Poderes — arts. 44 a 135
■ Título V — Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas — arts. 136 a 144
■ Título VI — Da Tributação e do Orçamento — arts. 145 a 169
■ Título VII — Da Ordem Econômica e Financeira — arts. 170 a 192
■ Título VIII — Da Ordem Social — arts. 193 a 232
■ Título IX — Das Disposições Constitucionais Gerais — arts. 233 a 250
■ ADCT — arts. 1.º a 100

- **comparação constitucional interna:** relaciona-se a CF/88 com as Constituições brasileiras precedentes, considerando a extensão de cada uma e as suas al-

<sup>77</sup> *Direito constitucional*, 4. ed., p. 207-210.

terações. Segundo o autor, referida *comparação interna* "... registra a dilatação da matéria constitucional e a evolução das Constituições brasileiras no tempo";

■ **comparação constitucional externa:** relaciona a Constituição brasileira com as Constituições estrangeiras mais extensas.

Dentro dessa ideia, bastante interessante a proposta defendida por Luiz Sales do Nascimento, de uma *teoria científica do direito constitucional comparado*, sugerindo que a atividade comparativa siga verdadeiro e seguro *roteiro* metodológico.<sup>78</sup>

#### ■ 2.4.16. A Constituição Federal brasileira de 1988

Valendo-nos de todos os critérios classificatórios anteriormente expostos e a seguir esquematizados, podemos dizer que a Constituição brasileira de 1988 singulariza-se por ser: **promulgada, escrita, analítica, formal** (cf. nova perspectiva classificatória decorrente do art. 5.º, § 3.º, introduzido pela EC n. 45/2004, sugerida no item 2.4.4), **dogmática, rígida, reduzida, eclética, pretende ser normativa, principiologicamente, definitiva** (ou de **duração indefinida para o futuro**), **autônoma** (autoconstituição ou "homoconstituição"), **garantia, dirigente, social e expansiva**.

■ *quanto à origem:* outorgada, **promulgada**, cesarista (bonapartista) ou pactuada (dualista);

■ *quanto à forma:* **escrita (instrumental)** ou costumeira (consuetudinária, não escrita);

■ *quanto à extensão:* sintética (concisa, breve, sumária, sucinta, básica) ou **analítica (ampla, extensa, larga, prolixa, longa, desenvolvida, volumosa, inchada)**;

■ *quanto ao conteúdo:* **formal** ou material (tendência para um critério **misto** — EC n. 45/2004);

■ *quanto ao modo de elaboração:* **dogmática (sistemática)** ou histórica;

■ *quanto à alterabilidade:* **rígida**, flexível, semirrígida (semiflexível), fixa (silenciosa), transitoriamente flexível, imutável (permanente, granítica, intocável), "super-rígida";

■ *quanto à sistemática (Pinto Ferreira):* **reduzida (unitária)** ou variada;

■ *quanto à dogmática (Paulino Jacques):* ortodoxa ou **eclética** (destaque para o caráter **compromissório** do texto de 1988);

■ *quanto à correspondência com a realidade (critério ontológico — essência — Karl Loewenstein):* **normativa (pretende ser)**, nominalista ou semântica;

■ *quanto ao sistema:* **principiológica** ou preceitual;

■ *quanto à função:* pré-Constituição, Constituição provisória, ou Constituição revolucionária, e Constituição **definitiva**, ou de **duração indefinida para o futuro**;

<sup>78</sup> Luiz Sales do Nascimento, *Direito constitucional comparado*: pressupostos teóricos e princípios gerais, passim.

- quanto à origem de sua decretação: heterônoma (“heteroconstituição”) ou autônoma (“autoconstituição” ou “homoconstituição”);
- Manoel Gonçalves Ferreira Filho: **garantia**, balanço e **dirigente**;
- André Ramos Tavares (conteúdo ideológico das Constituições): liberais (negativas) e **sociais (dirigentes)**;
- Raul Machado Horta: **expansiva**.

## ■ 2.5. ELEMENTOS DAS CONSTITUIÇÕES

Não obstante encontremos na Constituição um todo orgânico e sistematizado, as normas constitucionais estão agrupadas em títulos, capítulos e seções, com conteúdo, origem e finalidade diversos.

Esses dispositivos, trazendo valores distintos, caracterizam a natureza **polifacética** da Constituição, fazendo com que a doutrina agrupe as diversas normas de acordo com a sua finalidade, surgindo, então, o que se denominou **elementos da Constituição**.

A doutrina diverge em relação aos elementos da Constituição.<sup>79</sup> No entanto, parece ser mais completa a identificação do Professor José Afonso da Silva, de **cinco categorias de elementos**, assim definidas:<sup>80</sup>

■ **elementos orgânicos**: normas que regulam a estrutura do Estado e do Poder. Exemplos: *a*) Título III (Da Organização do Estado); *b*) Título IV (Da Organização dos Poderes e do Sistema de Governo); *c*) Capítulos II e III do Título V (Das Forças Armadas e da Segurança Pública); *d*) Título VI (Da Tributação e do Orçamento);

■ **elementos limitativos**: manifestam-se nas normas que compõem o elenco dos direitos e garantias fundamentais (direitos individuais e suas garantias, direitos de nacionalidade e direitos políticos e democráticos), limitando a atuação dos poderes estatais. Exemplo: Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), excetuando o Capítulo II do referido Título II (Dos Direitos Sociais), estes últimos definidos como elementos socioideológicos;

■ **elementos socioideológicos**: revelam o compromisso da Constituição entre o Estado individualista e o Estado social, intervencionista. Exemplos: *a*) Capítulo II do Título II (Dos Direitos Sociais); *b*) Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira); *c*) Título VIII (Da Ordem Social);

■ **elementos de estabilização constitucional**: consubstanciados nas normas constitucionais destinadas a assegurar a solução de conflitos constitucionais, a defesa da Constituição, do Estado e das instituições democráticas. Constituem

<sup>79</sup> J. H. Meirelles Teixeira, por exemplo, vislumbrava quatro categorias de elementos, a saber: **orgânicos**, **limitativos**, **programático-ideológicos** e **formais** ou de **aplicabilidade** (*Curso de direito constitucional*, p. 183-184).

<sup>80</sup> *Curso de direito constitucional positivo*, p. 44-45.

instrumentos de defesa do Estado e buscam garantir a paz social. Exemplos: *a*) art. 102, I, “a” (ação de inconstitucionalidade); *b*) arts. 34 a 36 (Da intervenção nos Estados e Municípios); *c*) arts. 59, I, e 60 (Processos de emendas à Constituição); *d*) arts. 102 e 103 (Jurisdição constitucional); *e*) Título V (Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, especialmente o Capítulo I, que trata do estado de defesa e do estado de sítio, já que os Capítulos II e III do Título V caracterizam-se como elementos orgânicos);

■ **elementos formais de aplicabilidade:** encontram-se nas normas que estabelecem regras de aplicação das Constituições. Exemplos: *a*) preâmbulo; *b*) disposições constitucionais transitórias; *c*) art. 5.º, § 1.º, quando estabelece que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

## ■ 2.6. HISTÓRICO DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS<sup>81</sup>

CONSTITUIÇÃO	SURGIMENTO	VIGÊNCIA EM ANOS <sup>82</sup>
1824	25.03.1824 <sup>83</sup>	65
1891	24.02.1891 <sup>84</sup>	39
1934	16.07.1934	03
1937	10.11.1937	08
1946	18.09.1946	20
1967	24.01.1967	02
EC n. 1/1969 <sup>85</sup>	17.10.1969	18
1988	05.10.1988	28 <sup>86</sup>

### ■ 2.6.1. Constituição de 1824

Em 1808, tendo em vista a ocupação das terras portuguesas pelas tropas napoleônicas, a Família Real Portuguesa se transfere para o Brasil, passando a colônia brasileira a ser designada *Reino Unido a Portugal e Algarves*.

Em seguida, em decorrência da *Revolução do Porto* e por exigência dos nobres portugueses, o Rei Dom João VI, rei de Portugal, retorna a Lisboa em abril de 1821,

<sup>81</sup> Este tema passou a ser inserido nos programas dos editais das provas mais recentes e consta, inclusive, no Edital de 28.12.2007 do Concurso de admissão à *Carreira de Diplomata*.

<sup>82</sup> Sem contar os meses e os dias.

<sup>83</sup> 15.11.1889 — instalação do Governo Provisório da República.

<sup>84</sup> Conforme se verá no item 2.6.4, a chamada *República Velha* tem o seu fim com a *Revolução de 1930*, que instituiu, por meio de uma Junta Militar, o Governo Provisório, nos termos do Decreto n. 19.398, de 11.11.1930, levando Getúlio Vargas ao poder, perdurando até a promulgação do texto de 1934.

<sup>85</sup> Em razão de seu caráter revolucionário, posicionamo-nos no sentido de considerar a EC n. 1/69 um novo poder constituinte originário.

<sup>86</sup> Até o fechamento desta edição.

deixando no Brasil D. Pedro de Alcântara, Príncipe Real do Reino Unido e Regente brasileiro (seu filho com a imperatriz D. Carlota Joaquina).

Esses acontecimentos, sem dúvida, contribuíram para a intensificação dos movimentos pela independência do Brasil, e, em 9 de janeiro de 1822, desrespeitando ordem da Corte portuguesa, que exigia seu retorno imediato na tentativa de efetivar a recolonização brasileira, D. Pedro I, tendo recebido diversas assinaturas coletadas pelos “liberais radicais”, disse: “Se é para o bem de todos e felicidade geral da Nação, estou pronto! Digam ao povo que fico” (“**Dia do Fico**”).

Após ter declarado a Independência do Brasil, em 7 de setembro de 1822, Dom Pedro I convoca, em 1823, uma *Assembleia Geral Constituinte e Legislativa*, com **ideais marcadamente liberais**, que, contudo, vem a ser dissolvida, arbitrariamente, tendo em vista a existência de divergências com os seus ideais e pretensões autoritários.

Em substituição (da Assembleia Constituinte), D. Pedro I cria um *Conselho de Estado* para tratar dos “negócios de maior monta” e elaborar um novo projeto em total consonância com a sua vontade de “Majestade Imperial”.

A Constituição Política do Império do Brasil foi **outorgada** em 25 de março de 1824 e foi, dentre todas, a **que durou mais tempo**, tendo sofrido considerável influência da francesa de 1814. Foi marcada por forte **centralismo administrativo e político**, tendo em vista a figura do **Poder Moderador**, constitucionalizado, e também por **unitarismo e absolutismo**.

Algumas importantes características do texto de 1824 podem ser destacadas:

■ **Governo:** monárquico, hereditário, constitucional e representativo. Tratava-se de forma **unitária de Estado**, com nítida centralização político-administrativa.

■ **Território:** as antigas capitanias hereditárias foram transformadas em **províncias**, que, por sua vez, poderiam ser subdivididas. As províncias eram subordinadas ao Poder Central e tinham um “Presidente”, nomeado pelo Imperador e que poderia ser removido a qualquer tempo (*ad nutum*) em nome do “bom serviço do Estado”.

■ **Dinastia imperante:** a do Senhor D. Pedro I, Imperador e Defensor Perpétuo do Brasil. Durante o Império tivemos, também, a dinastia de D. Pedro II.

■ **Religião Oficial do Império:** Católica Apostólica Romana. Todas as outras religiões eram permitidas com seu culto doméstico, ou particular, em casas para isso destinadas, não podendo, contudo, ter qualquer manifestação externa de templo.

■ **Capital do Império brasileiro:** a cidade do **Rio de Janeiro** foi a capital do Império brasileiro de 1822 a 1889. Com o Ato Adicional n. 16, de 12.08.1834, a cidade do Rio de Janeiro foi transformada em **Município Neutro** ou **Município da Corte**, entidade territorial para a sede da Monarquia. O Município Neutro apresentava importante característica: “o relacionamento direto com o poder central, ao invés da submissão ao poder da Província do Rio de Janeiro”.<sup>87</sup>

<sup>87</sup> Nesse sentido e para aprofundar a evolução histórica do Município Neutro e do Distrito Federal, cf. Vitor Fernandes Gonçalves, *O controle de constitucionalidade das leis do Distrito Federal*, p. 15-45.

Essa desvinculação em relação à Província do Rio de Janeiro encontrava fundamento no art. 1.º, 2.ª parte, do referido Ato Adicional de 1834, que, em cumprimento à Lei n. 12, de 12.10.1832 (que facultava a alteração de alguns artigos da Constituição de 1824, dentre eles o art. 72), inovando, passou a permitir a autoridade da *Assembleia Legislativa da Província* também na cidade do Rio de Janeiro (a capital).

A cidade do Rio de Janeiro foi a *sede do poder federal* mesmo com a proclamação da República, nos termos do art. 10 do Decreto n. 1, de 15.11.1889. A primeira Constituição da República, de 1891, como se verá, transformou o antigo Município Neutro (cidade do Rio de Janeiro, desvinculada da Província do Rio de Janeiro) em Distrito Federal, continuando a ser a Capital da União.

■ **Organização dos “Poderes”:** seguindo as ideias de Benjamin Constant, não se adotou a separação tripartida de Montesquieu. Isso porque, além das funções legislativa, executiva e judiciária, estabeleceu-se a função **moderadora**. Nesse sentido, o art. 10 da Constituição do Império de 1824: “Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são **quatro**: o **Poder Legislativo**, o **Poder Moderador**, o **Poder Executivo**, e o **Poder Judicial**”.

■ **Poder Legislativo:** exercido pela **Assembleia Geral**, com a sanção do Imperador, que era composta de duas Câmaras — **Câmara de Deputados** e **Câmara de Senadores**, ou **Senado**. A Câmara dos Deputados era eletiva e temporária; a de Senadores, vitalícia, sendo os seus membros nomeados pelo Imperador dentre uma lista tríplice enviada pela Província.

■ **Eleições para o Legislativo:** indiretas.

■ **Sufrágio:** censitário, ou seja, baseava-se em determinadas condições econômico-financeiras de seus titulares (para votar e ser votado).

■ **Poder Executivo:** a função executiva era exercida pelo **Imperador**, Chefe do Poder Executivo, por intermédio de seus Ministros de Estado. Em um primeiro momento, para continuar no poder, os Ministros não dependiam da confiança do Parlamento.

Contudo, a partir da abdicação do trono por D. Pedro I, em 7 de abril de 1831, na fase da Regência (que durou 9 anos, durante a menoridade de D. Pedro II, que contava com 5 anos de idade, tendo existido 4 Regências) e, em seguida, graças ao espírito moderado de D. Pedro II, o segundo Imperador do Brasil, que assumiu o trono aos 15 anos de idade, em 18 de julho de 1841, contribuiu para a paulatina instituição do **parlamentarismo monárquico no Brasil** durante o Segundo Reinado.<sup>88</sup>

O parlamentarismo se consolidou com a criação do cargo de *Presidente do Conselho de Ministros* pelo Decreto n. 523, de 29.07.1847, conforme o qual D. Pedro II escolhia o Presidente do Conselho e este, por sua vez, escolhia os demais Ministros, que deveriam ter a confiança dos Deputados e do Imperador, sob pena de ser dissol-

<sup>88</sup> Conforme anota Celso Bastos, em determinado momento da monarquia, “... floresceu uma prática parlamentarista que acabou por implantar no País um regime que o texto frio da Constituição não autorizava, mas ao contrário vedava. A monarquia esteve, portanto, muito ligada ao sistema parlamentar. Inspirou-se muito no regime inglês e no século XIX, sem falar na própria Inglaterra, que foi a *alma mater* do regime representativo...” (*Curso de direito constitucional*, 21. ed., p. 102).

vido (alguns chegam a denominá-lo um “parlamentarismo às avessas”, já que o Presidente do Conselho, que equivaleria ao Primeiro-Ministro da Inglaterra, era escolhido pelo Imperador e portanto a este subordinado, e não ao Parlamento).

■ **Poder Judiciário:** o denominado “Poder Judicial” era independente e composto de **juízes e jurados**. Os juízes aplicavam a lei; os jurados se pronunciavam sobre os fatos. Aos juízes de direito era assegurada a vitaliciedade (“os juízes de direito serão perpétuos”, só podendo perder o “lugar” por sentença), não se lhes assegurando, todavia, a inamovibilidade. O Imperador podia suspendê-los por queixas que lhe eram feitas. Para julgar as causas em segunda e última instância, nas Províncias do Império, foram criadas as “**Relações**”. Na Capital do Império foi estabelecido, como órgão de cúpula do Judiciário, o **Supremo Tribunal de Justiça**, composto de juízes togados, provenientes das “Relações” das Províncias e pelo critério da antiguidade.

■ **Poder Moderador:** sem dúvida, foi o “mecanismo” que serviu para assegurar a **estabilidade do trono** do Imperador durante o reinado no Brasil.

Afonso Arinos destaca que o criador da ideia de Poder Moderador, **Benjamin Constant**, sofreu forte influência de **Clermont Tonerre**.

Como relata, Benjamin Constant definia o Poder Moderador, por ele chamado de “**Poder Real**”, como “*la clef de toute organisation politique*”, frase esta consagrada no art. 98 da Constituição de 1824: “o **Poder Moderador é a chave de toda a organização Política**, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes Políticos”.<sup>89</sup>

Muita discussão houve sobre o Poder Moderador, especialmente em razão da tradução do termo “*clef*”, ou seja, significando “**fecho**” para alguns ou “**chave**” para outros, este último como consta do art. 98 da Constituição de 1824.

Para os **liberais**, a melhor tradução seria “**fecho**”, no sentido de “apoio e coordenação” em relação aos demais Poderes. Para os **conservadores**, a tradução mais adequada seria “**chave**”, dando a ideia de possibilidade de “abrir qualquer porta”, tendo em vista as constantes “**intervenções**” e “**imposições**” do Poder Moderador sobre os demais Poderes.<sup>90</sup>

Assim, na prática, parece que a tradução “chave” refletiu a constante interferência do Poder Moderador sobre os demais Poderes e o significado de Imperador, que recebeu os Títulos de “Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil”, tendo o tratamento de “Majestade Imperial” e sendo a sua pessoa inviolável e sagrada, não sujeita a responsabilidade alguma (irresponsabilidade total do Estado — “*the king can do no wrong*” — “o rei não erra”).

O **Imperador**, que exercia o **Poder Moderador**, no âmbito do **Legislativo**, nomeava os Senadores, convocava a Assembleia Geral extraordinariamente, sancionava e vetava proposições do Legislativo, dissolvia a Câmara dos Deputados, convocando

<sup>89</sup> Afonso Arinos de Melo Franco, *O constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal*, p. 28.

<sup>90</sup> Afonso Arinos de Melo Franco, op. cit., p. 28-29.

imediatamente outra, que a substituía. No âmbito do **Executivo**, nomeava e demitia livremente os Ministros de Estado. E, por fim, no âmbito do **Judiciário**, suspendia os Magistrados.

■ **Tentativa frustrada de se instalar o Estado Federativo durante o Império:** a Regência permanente, em nome do Imperador D. Pedro II, tendo em vista os poderes de reforma atribuídos pela Lei de 12.10.1832, nos termos do art. 1.º da Lei n. 16, de 12.08.1834 (**Ato Adicional**), criou as chamadas “Assembleias Legislativas Provinciais”, com considerável autonomia. Contudo, contrariamente ao interesse de determinados segmentos, não se conseguiu acabar com o Poder Moderador, nem com o absolutismo reinante, especialmente a partir do advento da Lei n. 105, de 12.05.1840, chamada “Lei de Interpretação”, que restabeleceu, fortemente, a ideia centralizadora e a figura do Poder Moderador.

■ **Insurreições populares:** durante o Império diversos movimentos populares eclodiram, seja por causas separatistas, seja por melhores condições sociais, destacando-se:

- a) Cabanagem (no Pará, 1835);
- b) Farroupilha (no Rio Grande do Sul, 1835);
- c) Sabinada (na Bahia, 1837);
- d) Balaiada (no Maranhão, 1838);
- e) Revolução Praieira (em Pernambuco, 1848).

■ **Constituição semirrígida:** nos termos do art. 178, conforme já estudamos, no tocante à classificação das Constituições quanto à *alterabilidade*, algumas normas, para serem alteradas, necessitavam de um procedimento mais árduo, mais solene e mais dificultoso; outras, entretanto, eram alteradas por um processo legislativo ordinário, sem nenhuma formalidade.

■ **Liberdades públicas:** por forte influência das Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789), configurando a ideia de **constitucionalismo liberal**,<sup>91</sup> a Constituição de 1824 continha importante rol de Direitos Cívicos e Políticos. Sem dúvida influenciou as **declarações de direitos e garantias** das Constituições que se seguiram.

Não podemos, contudo, deixar de **execrar** a triste manutenção da escravidão, por força do regime que se baseava na “monocultura latifundiária e escravocrata”,<sup>92</sup> como mancha do regime até 13 de maio de 1888, data de sua abolição, quando da assinatura da **Lei Áurea** pela Princesa Isabel.<sup>93</sup>

Muito embora não prevista a garantia do *habeas corpus*, cabe lembrar que o **Decreto n. 114, de 23.05.1821**, alvará de D. Pedro I, antes do texto, já proibia prisões

<sup>91</sup> Como anotou Celso Bastos, “o liberalismo tem por ponto central colocar o homem, individualmente considerado, como alicerce de todo o sistema social” (*Curso de direito constitucional*, 21. ed., p. 98).

<sup>92</sup> Nesse sentido, cf. Pinto Ferreira, *Curso de direito constitucional*, 10. ed., p. 50.

<sup>93</sup> Destacamos, anteriormente, apenas para recordar, a Lei n. 2.040, de 28.09.1871 (“Lei do Ventre Livre”), que assegurou a condição de livres aos filhos da mulher escrava, bem como a “Lei dos Sexagenários”, que tornou livres, a partir de 1885, os escravos com idade igual ou superior a 65 anos.

arbitrárias. A Constituição de 1824, por si, tutelou a liberdade de locomoção (art. 179, VI, VIII e IX) e também vedou qualquer hipótese de prisão arbitrária.

Foi somente a partir do *Código Criminal* de 16.12.1830 (arts. 183 a 188) que se passou a estabelecer a garantia do *habeas corpus*, regra prevista, também, no *Código de Processo Criminal de Primeira Instância* (Lei n. 127, de 29.11.1832, arts. 340 a 345) e no art. 18 da *Lei n. 2.033, de 20.09.1871* (que assegurou a impetração também por estrangeiros).

A garantia do “HC”, como se verá, constitucionaliza-se somente no texto de 1891.

### ■ 2.6.2. Decreto n. 1, de 15.11.1889 — primeiro Governo Provisório da República

A partir de 1860, começa-se a perceber um enfraquecimento da Monarquia. Em 1868, durante a *Guerra do Paraguai*, os militares passam a nutrir um forte sentimento de descontentamento com a Monarquia, sentimento esse que se intensificou em razão da candente “marginalização política” e redução do orçamento e efetivo militares.

O *Manifesto do Centro Liberal* (1869) e o *Manifesto Republicano* (1870) também contribuíram para abalar a Monarquia, atacando a vitaliciedade dos Senadores e o papel do Conselho de Estado.

Em 1874 tivemos fortes entraves entre a Igreja Católica e a Monarquia.

Nesse contexto, “desmoronando” as “colunas de apoio” ao Império, em 15 de novembro de 1889, a República é proclamada pelo Marechal Deodoro da Fonseca, afastando-se do poder D. Pedro II e toda a dinastia de Bragança, sem ter havido muita movimentação popular. Isso porque, como visto, tratava-se mais de um golpe de Estado militar e armado do que de qualquer movimento do povo. A República nasce, assim, sem legitimidade.

Consequentemente, as Províncias do Brasil, reunidas pelo laço da Federação, passam a constituir os **Estados Unidos do Brasil**.

Entre 1889 e 1891 se instala no Brasil o **Governo Provisório** (Dec. n. 1, de 15.11.1889, redigido por Rui Barbosa), presidido por Deodoro da Fonseca e que tinha a importante missão de consolidar o novo regime e promulgar a primeira Constituição da República.

Nos termos do art. 10 do Decreto presidencial n. 1, de 15 de novembro de 1889, “o território do Município Neutro fica provisoriamente sob a administração imediata do Governo Provisório da República, e a **cidade do Rio de Janeiro** constituída, também provisoriamente, **sede do poder federal**”.

### ■ 2.6.3. Constituição de 1891

A Assembleia Constituinte foi eleita em 1890. Em 24 de fevereiro de 1891, a **primeira Constituição da República do Brasil** (a segunda do constitucionalismo pátrio) é promulgada, sofrendo pequena reforma em 1926. Vigorou até 1930.

A Constituição de 1891 teve por Relator o Senador **Rui Barbosa** e sofreu forte influência da Constituição norte-americana de 1787, consagrando o sistema de

governo **presidencialista**, a forma de Estado **federal**, abandonando o unitarismo e a forma de governo **republicana** em substituição à monárquica.

■ **Forma de Governo e regime representativo:** nos termos do art. 1.º da Constituição de 1891, a Nação brasileira adotou, como forma de Governo, sob o **regime representativo**, a **República Federativa**, proclamada em 15 de novembro de 1889. Declarou, ainda, a **união perpétua e indissolúvel** das antigas Províncias, transformando-as em Estados Unidos do Brasil e vedando, assim, a possibilidade de secessão (qual seja, separação, segregação do pacto federativo).

■ **Distrito Federal — Capital do Brasil, tendo por sede a cidade do Rio de Janeiro:** nos termos do art. 2.º da Constituição de 1891, o antigo Município Neutro (Rio de Janeiro, que era a sede do Poder Central do Império) foi transformado em **Distrito Federal**, continuando a ser a **Capital da União**, enquanto não cumprida a determinação contida no art. 3.º da Constituição de 1891, com a seguinte previsão: “fica pertencendo à União, no planalto central da República, uma zona de 14.400 quilômetros quadrados, que será oportunamente demarcada para nela **estabelecer-se a futura Capital Federal**. Efetuada a mudança da Capital, o atual Distrito Federal passará a constituir um **Estado**”.

Nesse sentido, o art. 1.º da primeira Lei Orgânica do DF, a Lei n. 85, de 20 de setembro de 1892, manteve a natureza “municipal” da capital do País (o Distrito Federal), ao estabelecer: “o Distrito Federal compreende o território do antigo Município Neutro, tem por sede a cidade do Rio de Janeiro e continua constituído em Município”.<sup>94</sup>

■ **Não há mais religião oficial:** o Brasil, nos termos do que já havia sido estabelecido pelo *Decreto n. 119-A, de 07.01.1890*, constitucionaliza-se como um país leigo, laico ou não confessional. Retiraram-se os efeitos civis do casamento religioso. Os cemitérios, que eram controlados pela Igreja, passaram a ser administrados pela autoridade municipal. Houve proibição do ensino religioso nas escolas públicas. Não se invocou, no preâmbulo da Constituição, a expressão “sob a proteção de Deus” para a sua promulgação.

Lembramos, por fim, que nos termos do art. 4.º do Decreto n. 119-A, de 07.01.1890, já havia sido extinto o **padroado** (direito que o Imperador tinha de intervir nas nomeações dos bispos, bem como nos cargos e benefícios eclesiásticos), com todas as suas instituições, recursos e prerrogativas.

Como não havia mais religião oficial, naturalmente também, com o texto de 1891, ficou extinta a concessão ou negativa de **beneplácito régio** aos Decretos dos Concílios e Letras Apostólicas e quaisquer outras Constituições Eclesiásticas (ou

<sup>94</sup> Segundo José Afonso da Silva, o Distrito Federal tem origem histórica no federalismo norte-americano, nos termos do art. 1.º da Seção 8, n. 17, da Constituição americana de 1787. Isso porque “. . . a autonomia das entidades federativas regionais entre si e em relação à União e do governo desta em face daquelas exigiu que a sede do governo federal se localizasse em território sujeito à sua própria jurisdição. Foi assim que surgiu o *Distrito Federal*, como mais uma inovação da história constitucional dos Estados Unidos...” (*Comentário contextual à Constituição*, 2. ed., p. 318 — comentários ao art. 32).

seja, a aprovação estatal dos aludidos documentos para a vigência interna, não existindo mais nos termos do art. 102, XIV, da Constituição de 1824).

Ainda, em igual sentido, o fato de o Estado ter-se separado da Igreja determinou a extinção do **recurso à Coroa** para atacar as decisões dos Tribunais Eclesiásticos.

■ **Organização dos “Poderes”:** o Poder Moderador foi extinto, adotando-se a teoria clássica de Montesquieu da tripartição de “Poderes”. Nesses termos, o art. 15 da Constituição de 1891 estabeleceu: “são órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”.

■ **Poder Legislativo:** o Poder Legislativo federal era exercido pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, sendo este composto por dois “ramos”, ou Casas: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. Fixava-se, assim, o “**bicameralismo federativo**”.

A Câmara dos Deputados era composta de representantes do povo eleitos pelos Estados e pelo Distrito Federal, mediante **sufrágio direto**, garantida a representação da minoria. Cada Deputado exercia mandato de **3 anos**.

Já o Senado Federal representava os Estados e o Distrito Federal, sendo eleitos 3 Senadores por Estado e 3 pelo Distrito Federal, eleitos do mesmo modo que os Deputados, para mandato de **9 anos**, renovando-se o Senado pelo terço trienalmente (ou seja, 1 a cada 3 anos, já que o mandato era de 9 anos e junto com as eleições para Deputados, que tinham mandato de 3 anos).

O Poder Legislativo também foi estabelecido em âmbito estadual. Alguns Estados, curiosamente, possuíam duas Casas, caracterizando-se, assim, a ideia de **bicameralismo estadual**, como podia ser percebido em São Paulo e Pernambuco, que tinham, além da Câmara dos Deputados (Estaduais), um Senado Estadual.

■ **Poder Executivo:** exercido pelo Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, como chefe eletivo da Nação, era eleito junto com o Vice-Presidente por **sufrágio direto** da Nação, para mandato de 4 anos, não podendo ser reeleito para um período subsequente.

Cabe alertar, contudo, nos termos do art. 1.º das Disposições Transitórias da Constituição de 1891, muito embora a previsão e conquista das **eleições diretas**, que a primeira eleição da República foi **indireta**, pelo Congresso Nacional, elegendo-se o Presidente *Marechal Deodoro da Fonseca* e o Vice-Presidente dos Estados Unidos do Brasil *Marechal Floriano Peixoto*.<sup>95</sup>

O Presidente da República era auxiliado pelos Ministros de Estado, agentes de sua confiança que lhe subscreviam os atos e eram nomeados e demitidos livremente (*ad nutum*).

Interessante notar que alguns Estados designavam o seu Executivo local como “presidente”, enquanto outros, como “governador”. Assim, era possível perceber a figura de “presidentes estaduais” exercendo o Executivo local.

<sup>95</sup> Para informações históricas sobre o período republicano da política brasileira e a galeria dos Presidentes, cf.: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/ex-presidentes>>.

■ **Poder Judiciário:** o órgão máximo do Judiciário passou a chamar-se **Supremo Tribunal Federal**, composto de 15 “Juizes”. Estabeleceu-se a hipótese dos crimes de responsabilidade. Houve expressa previsão da garantia da vitaliciedade para os Juizes Federais (art. 57) e para os membros do Supremo Tribunal Militar (art. 77, § 1.º). Para os Juizes Federais, houve expressa previsão da garantia da irredutibilidade de “vencimentos” (art. 57, § 1.º).

A **Justiça Federal** foi mantida na Constituição. Cabe mencionar que o **Decreto n. 848, de 11.10.1890**, por inspiração do modelo norte-americano da Constituição de 1787. (lembrando, ainda, o suíço de 1874 e o argentino, nos termos das Leis de 1882 e 1883), já havia criado a Justiça Federal no Brasil, exercida por um **Supremo Tribunal Federal** e por juizes inferiores intitulados **Juizes de Secção**.

■ **Constituição rígida:** nos termos do art. 90 previu-se um processo de alteração da Constituição mais árduo e mais solene do que o processo de alteração das demais espécies normativas. Assim, perde sentido a anterior distinção que era feita no texto de 1824 entre norma material e formalmente constitucional. Estabeleceu-se, como cláusula pétrea, a **forma republicano-federativa** e a **igualdade da representação dos Estados no Senado**.

■ **Declaração de direitos:** a declaração de direitos foi aprimorada, abolindo-se a pena de galés (que já havia sido extinta pelo Dec. n. 774, de 20.09.1890),<sup>96</sup> a de banimento e a de morte, ressalvadas, neste último caso, as disposições da legislação militar em tempo de guerra.<sup>97</sup> Houve prevalência de proteção às clássicas liberdades

<sup>96</sup> Convém lembrar que o Decreto n. 774, de 20.09.1890, expedido durante o Governo Provisório da República, já havia: a) abolido a pena de galés; b) reduzido a 30 anos as penas perpétuas; c) mandado computar a prisão preventiva na execução; d) estabelecido a prescrição das penas. Destacamos, também, os “considerandos”, que apontam avanços em termos de direitos humanos, explicando, ainda, o conceito de pena de galés: “Que as penas cruéis, infamantes ou inutilmente aflitivas não se compadecem com os princípios da humanidade, em que no tempo presente se inspiram a ciência e a justiça sociais, não contribuindo para a reparação da ofensa, segurança pública ou regeneração do criminoso; Que as galés impostas pelo código criminal do extinto império obrigando os réus a trazerem *calceta* no pé e corrente, infligem uma tortura e um estigma, enervam as forças físicas e abatem os sentimentos morais, tornam odioso o trabalho, principal elemento de correção, e destroem os estímulos da reabilitação; Que a Constituição da República, embora ainda não em vigor nesta parte, já determinou a abolição dessa pena; Que a penologia moderna reprova igualmente a prisão perpétua; Que a justiça penal tem limite na utilidade social, devendo cessar, ainda depois da condenação e durante a execução, a pena abolida pelo poder público; Que urge, enquanto não é publicado e posto em execução o novo Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil, remediar excessivos rigores da legislação criminal vigente, entre os quais a imprescritibilidade da pena, decreta...”.

<sup>97</sup> Conforme anota Carlos Fernando Mathias de Souza, “eram as seguintes as **penas** do Código de 1830: **de morte pela força** (art. 38), inadmitindo rigores na execução (art. 61), aplicada contra cabeças de insurreição (arts. 113 e 114) e em determinadas hipóteses de homicídios, é dizer-se, em função de determinadas circunstâncias (arts. 192 e 271). A **pena de galés**, que era aplicada como comutação da pena de morte ou (em grau mínimo) para os crimes de perjúrio, pirataria ou de ofensa física irreparável da qual resultasse aleijão ou deformidade. Os punidos com ela deviam andar com calceta no pé e corrente de ferro, além de serem obrigados a trabalhos públicos. A **pena de prisão** era estabelecida para

privadas, civis e políticas, não se percebendo a previsão de direitos dos trabalhadores nos termos do que vai ser sentido no texto de 1934.

No tocante às **garantias constitucionais**, na Constituição de 1891 houve expressa previsão, pela primeira vez no constitucionalismo pátrio, do remédio constitucional do *habeas corpus*.

Embora não prevista a garantia do *habeas corpus* no texto de 1824, cabe lembrar que o *Decreto n. 114, de 23.05.1821*, alvará de D. Pedro I, proibia prisões arbitrárias; a Constituição de 1824, por si, tutelou a liberdade de locomoção (art. 179, VI, VIII e IX) e vedou a prisão arbitrária; já a partir do *Código Criminal* de 16.12.1830 (arts. 183 a 188), passou-se a estabelecer a garantia do *habeas corpus*, regra prevista também no *Código de Processo Criminal de Primeira Instância*, Lei n. 127, de 29.11.1832 (arts. 340 a 345) e no art. 18 da Lei n. 2.033, de 20.09.1871 (que assegurou a impetração também por estrangeiros).

Em 03.09.1926 foi editada Emenda n. 1 à Constituição de 1891, limitando a chamada “teoria (ou doutrina) brasileira do *habeas corpus*” e restringindo o remédio constitucional do *habeas corpus* exclusivamente à **liberdade de locomoção**.

■ **Reforma de 03.09.1926:** houve centralização do poder, restringindo a autonomia dos Estados. Segundo Celso Bastos, a Reforma de 1926 foi “... marcada por uma conotação nitidamente racionalista, autoritária, introduzindo alterações no instituto da intervenção da União nos Estados, no Poder Legislativo, no processo legislativo, no fortalecimento do Executivo, nos direitos e garantias individuais e na Justiça Federal”. Isso tudo vai diminuir a sua “longevidade”, especialmente em razão do movimento armado de 1930, que pôs fim ao período chamado de “Primeira República”.<sup>98</sup>

a quase que totalidade dos crimes. A de banimento consistia em autêntica *capitis diminutio* do *status civitatis* posto que privava o condenado dos seus direitos de cidadão, além de impedi-lo de residir no território do império. É curioso, contudo, observar que não se encontra no Código qualquer crime para o qual fosse estabelecida tal pena. Outra pena, a de **degredo**, obrigava o punido a residir em determinado lugar e por certo tempo (art. 51) e estava cominada para réus que cometessem estupro de parente em grau em que não fosse admitida dispensa para o casamento (art. 221) ou para quem sem legitimidade ou investidura legal exercesse comando militar ou conservasse a tropa reunida abusivamente (art. 141). A **pena de desterro**, que consistia na saída do condenado do local onde foi praticado o delito, do de sua principal residência e do ofendido, era aplicada nas hipóteses de conspiração, abuso de autoridade, crime de estupro e de sedução de mulher com menos de dezessete anos. A **perda de exercício dos direitos políticos** era uma espécie de **pena acessória**, aplicada enquanto durassem os efeitos da condenação às galés, à prisão, ao degredo ou ao desterro — (art. 53). A **pena de perda do emprego (público)** destinava-se aos funcionários que cometessem os crime de prevaricação, de peita, de excesso ou abuso de autoridade, dentre outros. Já a **pena de suspensão de emprego** era estabelecida para as hipóteses, por exemplo, da prática de concussão”. A **pena de açoites** só podia ser aplicada aos escravos e desde que não condenados à pena capital, ou de galés, ou ainda por crime de insurreição. Lembre-se que havia, ainda, a **pena de multa**, que, obviamente, consistia no pagamento de pecúnia e era aplicada aos condenados à pena maior, quer por crimes públicos, particulares ou policiais (cf.: <[http://www.unb.br/fd/colunas\\_Prof/carlos\\_mathias/anterior\\_16.htm](http://www.unb.br/fd/colunas_Prof/carlos_mathias/anterior_16.htm)>; acesso em: 28.11.2007).

<sup>98</sup> Celso Bastos, *Curso de direito constitucional*, 21. ed., p. 110.

#### ■ 2.6.4. A Revolução de 1930 — segundo Governo Provisório da República

A chamada *República Velha* tem o seu fim com a *Revolução de 1930*, que instituiu o Governo Provisório nos termos do **Decreto n. 19.398, de 11.11.1930**, levando Getúlio Vargas ao poder.<sup>99</sup>

Barroso aponta dois aspectos mais graves a ensejar a ruína da República Velha: o **domínio das oligarquias** e a **fraude eleitoral institucionalizada**. Lembra, ainda, a **grave crise econômico-financeira de 1929** (“Grande Depressão”), uma **pequena burguesia** em ascensão, o **Tenentismo** (movimento contra o regime oligárquico que dirigia o Brasil) e o surgimento de uma **classe operária** descontente em razão do processo de industrialização estimulado pela Primeira Guerra.<sup>100</sup>

Um outro episódio também contribuiu para a mobilização da oposição em prol da Revolução de 30, qual seja, o **assassinato de João Pessoa**, em 26 de julho de 1930, que deflagrou o **movimento militar** iniciado no Rio Grande do Sul.

Nesse contexto, em 1930 uma Junta Militar transfere o poder para um **Governo Provisório**, que o exerceria até a promulgação do texto de 1934, motivada (a promulgação do texto democrático) por alguns elementos de pressão e contestação aos métodos arbitrários empregados, como o marcante papel da *Revolução Constitucionalista de São Paulo*, de 9 de julho de 1932.<sup>101</sup>

Nos termos do art. 1.º do Decreto n. 19.398/30, cabia ao Governo Provisório exercer, discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições não só do **Poder Executivo** como também do **Poder Legislativo**, até que, eleita a Assembleia Constituinte, se estabelecesse a reorganização constitucional do País.

O art. 2.º do aludido Decreto confirmava a dissolução do Congresso Nacional, das atuais Assembleias Legislativas dos Estados (sejam quais forem as suas denominações), Câmaras ou Assembleias Municipais e quaisquer outros órgãos legislativos

<sup>99</sup> Conforme anota, com razão, Pinto Ferreira, “provavelmente a revolução não teria eclodido na época se não fosse a sucessão presidencial. Washington Luís forçou a sucessão em favor de Júlio Prestes, candidato de São Paulo, quando Antônio Carlos pleiteava a sucessão apoiado por Minas Gerais. De acordo com o esquema de controle da presidência (‘política do café com leite’, acrescente-se), São Paulo e Minas se revezavam mutuamente. Washington Luís não atendeu a essa pretensão, o que acelerou a revolução. Esta propagou-se rapidamente, com o apoio do povo, dos estudantes, dos operários e das Forças Armadas, estas últimas depondo o presidente em 24.10.1930, e compondo-se uma junta governativa provisória (...). A junta transmitiu o governo ao candidato derrotado eleitoralmente, o Sr. Getúlio Vargas, em 03.11.1930. Logo em seguida, foi expedida a Lei Orgânica do Governo Provisório, pelo Decreto n. 19.398, de 11.11.1930, a fim de organizar a nova República” (*Curso de direito constitucional*, 10. ed., p. 54).

<sup>100</sup> Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 8. ed., p. 14-19.

<sup>101</sup> Conforme anota Zimmermann, “ainda que tenha se revelado um completo fracasso do ponto de vista militar (os seus líderes foram presos pelas forças governistas), a Revolução de 1932 foi um sucesso absoluto do ponto de vista político, porque Getúlio se sentiu forçado a consentir na elaboração de uma nova Constituinte, em 1933, que marcaria o retorno à normalidade constitucional” (Augusto Zimmermann, *Curso de direito constitucional*, 4. ed., p. 205).

ou deliberativos existentes nos Estados, nos Municípios, no Distrito Federal ou Território do Acre, e dissolvidos os que ainda o não tivessem sido de fato.

Foi nomeado um **interventor** para cada Estado, havendo controle, também, sobre os Municípios (art. 11).

A função legislativa, concentrada no Governo Provisório, como vimos, era exercida por **decretos** expedidos pelo Chefe do Governo e subscritos pelo Ministro respectivo (art. 17).

Como ponto positivo, em 1932 Getúlio Vargas decretou o importante **Código Eleitoral** (Dec. n. 21.076, de 24.02.1932), que instituiu a Justiça Eleitoral, trazendo, assim, garantias contra a política anterior, que “sepultou” a Primeira República, retirando a atribuição de proclamar os eleitos das assembleias políticas, e, ainda, adotou o **voto feminino**<sup>102</sup> e o **sufrágio universal, direto e secreto**.

Conforme visto, esse segundo Governo Provisório da República durou até o advento da Constituição de 1934, promulgada em 16.07.1934.

#### ■ 2.6.5. Constituição de 1934

A crise econômica de 1929, consoante referido, bem como os diversos movimentos sociais por melhores condições de trabalho, sem dúvida, influenciaram a promulgação do texto de 1934, abalando, assim, os ideais do liberalismo econômico e da democracia liberal da Constituição de 1891.

Por isso é que a doutrina afirma, com tranquilidade, que o texto de 1934 sofreu forte influência da **Constituição de Weimar** da Alemanha de 1919, evidenciando, portanto, os **direitos humanos de 2.ª geração ou dimensão** e a perspectiva de um **Estado social de direito** (democracia social).

Há influência, também, do **fascismo**, já que o texto estabeleceu, o que se verá abaixo, além do voto direto para a escolha dos Deputados, a modalidade indireta, por intermédio da chamada “**representação classista**” do Parlamento.

Dentro do constitucionalismo pátrio, o texto de 1934 teve curtíssima duração, sendo abolido pelo golpe de 1937.

Foram mantidos alguns princípios fundamentais, como a República, a Federação, a tripartição de Poderes, o presidencialismo e o regime representativo, destacando-se as seguintes características:

■ **Forma de Governo e regime representativo:** nos termos do art. 1.º, a Nação brasileira, constituída pela união perpétua e indissolúvel dos Estados, do Distrito

<sup>102</sup> Apenas por curiosidade, destacamos que a potiguar *Celina Guimarães Vianna*, da cidade de Mossoró, foi a primeira eleitora do Brasil (e na América Latina). No caso, tratava-se de garantia inicialmente introduzida no Código Eleitoral do Estado do Rio Grande do Norte (Lei estadual n. 660/27), lembrando que a previsão nacional veio somente com o Código Eleitoral (Dec. n. 21.076, de 24.02.1932). Em razão dessa conquista ter sido assegurada pelo referido Código, a sua data, qual seja, **24 de fevereiro**, foi instituída, no Calendário Oficial do Governo Federal, como o **Dia da Conquista do Voto Feminino no Brasil**, a ser comemorado, anualmente (Lei n. 13.086, de 08.01.2015).

Federal e dos Territórios em Estados Unidos do Brasil, mantém como forma de Governo, sob o regime **representativo**, a **República federativa** proclamada em 15 de novembro de 1889.

Os poderes da União foram consideravelmente aumentados, discriminando-se as rendas tributárias entre União, Estados e Municípios.

■ **Capital da República — Distrito Federal — tendo por sede a cidade do Rio de Janeiro:** o Distrito Federal, administrado por um Prefeito, foi mantido, com sede na cidade do Rio de Janeiro, como Capital da República. Nos termos do art. 4.º das disposições transitórias, havia a previsão de transferência da Capital da União para um ponto central do Brasil. O Presidente da República, logo que a Constituição entrasse em vigor, nomearia uma Comissão que, sob instruções do Governo, procederia a estudos de várias localidades adequadas à instalação da Capital. Concluídos tais estudos, os resultados seriam apresentados à Câmara dos Deputados, que escolheria o local e tomaria, sem perda de tempo, as providências necessárias à mudança. Efetuada esta, o **Distrito Federal** passaria a constituir um **Estado**.

Nos termos do art. 5.º, XVI, a União editou a Lei n. 196, de 18.01.1936, a segunda Lei Orgânica do Distrito Federal, fixando amplo regime de autonomia para o DF, elevando-o à condição de “**supermunicípio**”, conforme o art. 1.º da referida lei, que o aproximava dos Estados, nos seguintes termos: “o atual Distrito Federal tem **autonomia equivalente à dos Estados**, ressalvadas as limitações decorrentes aos preceitos da Constituição Federal”.

■ **Mantida a inexistência de religião oficial:** o País continua leigo, laico ou não confessional, sendo inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costumes.

Amenizando o “sentimento” antirreligião do texto de 1891, na dicção do art. 146, passou-se a admitir o **casamento religioso com efeitos civis**, nos seguintes termos: “o casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil”. Ainda, segundo o art. 153, **facultou-se o ensino religioso nas escolas públicas**.

Finalmente, destaca-se a previsão de “**Deus**” no preâmbulo.

■ **Organização dos “Poderes”:** a teoria clássica de Montesquieu da tripartição de “Poderes” foi mantida. De acordo com o art. 3.º, são órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.

■ **Poder Legislativo:** era exercido pela Câmara dos Deputados com a **colaboração** do Senado Federal. Rompia-se, assim, com o princípio do **bicameralismo rígido** ou **paritário**, no qual as duas Casas exercem funções básicas idênticas. Estabelecia-se, por consequência, um **bicameralismo desigual**, também chamado

pela doutrina de **unicameralismo imperfeito**, já que, como visto, o SF era mero colaborador da CD.<sup>103</sup>

O mandato dos Deputados era de 4 anos. A Câmara dos Deputados compunha-se de representantes do povo, eleitos mediante **sistema proporcional e sufrágio universal**, igual e direto, e de representantes eleitos pelas organizações profissionais na forma que a lei indicasse (**representação corporativa de influência fascista**).<sup>104</sup>

Já em relação ao **Senado Federal**, nos termos do art. 41, § 3.º, a competência legislativa se reduzia às matérias relacionadas à Federação, como a iniciativa das leis sobre a intervenção federal e, em geral, das que interessassem determinadamente a um ou mais Estados.

Conforme o art. 89, o Senado Federal era composto de dois representantes de cada Estado e o do Distrito Federal, eleitos mediante sufrágio universal, igual e direto, por **8 anos**, dentre brasileiros natos, alistados eleitores e maiores de 35 anos, sendo que a representação de cada Estado e do Distrito Federal, no Senado, renovava-se pela metade, conjuntamente com a eleição da Câmara dos Deputados.

Por fim, dispunha o art. 88 que cabia ao Senado Federal, conforme os arts. 90, 91 e 92, a incumbência de promover a coordenação dos Poderes federais entre si,<sup>105</sup> manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos de sua competência.

■ **Poder Executivo:** exercido pelo Presidente da República, eleito junto com o vice por sufrágio universal, direto, secreto e maioria de votos para mandato de 4 anos, vedada a reeleição. O Presidente da República seria auxiliado pelos Ministros de Estado, que passaram a ter responsabilidade pessoal e solidária com o Presidente.

■ **Poder Judiciário:** foram estabelecidos como órgãos do Poder Judiciário: a) a Corte Suprema; b) os Juízes e Tribunais federais; c) os Juízes e Tribunais militares; d) os Juízes e Tribunais eleitorais, estabelecendo-se aos juízes as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de “vencimentos”. A Corte Suprema, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compunha-se de 11 Ministros.

■ **Constituição rígida:** nos termos do art. 178, *caput*, “a Constituição poderá ser emendada, quando as alterações propostas não modificarem a estrutura política do Estado (arts. 1.º a 14, 17 a 21); a organização ou a competência dos poderes da soberania (Capítulos II, III e IV do Título I; o Capítulo V do Título I; o Título II; o Título III; e os arts. 175, 177, 181, este mesmo art. 178); e revista, no caso contrário”. O art. 178, § 5.º, fixou, como cláusula pétrea, a forma republicana federativa.

<sup>103</sup> José Afonso da Silva, *Processo constitucional de formação das leis*, 2. ed., p. 74.

<sup>104</sup> Nesse sentido, nos termos do art. 23, § 3.º, os Deputados das profissões serão eleitos na forma da lei ordinária por sufrágio indireto das associações profissionais compreendidas para esse efeito, e com os grupos afins respectivos, nas quatro divisões seguintes: lavoura e pecuária; indústria; comércio e transportes; profissões liberais e funcionários públicos.

<sup>105</sup> Conforme Celso Bastos explica, “era como que a reconstituição do Poder Moderador do Império, transformado em órgão supremo do Estado. Marcelo Caetano vê nele semelhanças com o Senado Conservador das Constituições francesas do ano VIII e do ano X” (*Curso de direito constitucional*, p. 114).

■ **Declaração de direitos:** nos termos do art. 108, constitucionaliza-se o **voto feminino**, com valor igual ao masculino, conforme já havia sido previsto no art. 2.º do Código Eleitoral de 1932 (Dec. n. 21.076, de 24.02.1932). Outra garantia foi a constitucionalização do **voto secreto** (também chamado de “**voto australiano**” por ter surgido, pela primeira vez, na Austrália, em 1856), que já havia sido assegurada pelo Código Eleitoral de 1932.

Vários direitos clássicos são mantidos. Inovando, em razão do caráter social da Constituição, são destacados novos títulos, como o da ordem econômica e social (Título IV), da família, educação e cultura (Título V) e da segurança nacional (Título VI).

Prestigiam-se, assim, a legislação trabalhista e a representação classista.

Dentre as novidades dos remédios constitucionais, destacamos a previsão, pela primeira vez, do **mandado de segurança** (art. 113, n. 33) e da **ação popular** (art. 113, n. 38).<sup>106</sup>

### ■ 2.6.6. Constituição de 1937

*Getúlio Vargas* foi eleito e empossado para governar de 1934 até 1938. Contudo, durante esse período, um forte antagonismo foi percebido entre a **direita fascista** de um lado (em especial a *Ação Integralista Brasileira — AIB*), defendendo um Estado **autoritário**, e o **movimento de esquerda** de outro, destacando ideais socialistas, comunistas e sindicais (em especial a formação, em 1935, da *Aliança Nacional Libertadora — ANL*).

■ direita fascista		■ movimento de esquerda
■ Estado autoritário	X	■ ideais socialistas, comunistas e sindicais
■ <i>Ação Integralista Brasileira — AIB</i>		■ <i>Aliança Nacional Libertadora — ANL</i>

Em 11 de julho de 1935, o Governo fechou a *Aliança Nacional Libertadora — ANL*, considerando-a ilegal com base na “*Lei de Segurança Nacional*”, cujo estopim da crise foi o manifesto lançado por Luís Carlos Prestes.

Em razão da **Intentona Comunista** (novembro de 1935 — Natal, Recife e Rio de Janeiro — insurreição político-militar que contava com o apoio do Partido Comunista Brasileiro e de ex-tenentes — agora militares comunistas —, e que tinha o objetivo de derrubar *Getúlio Vargas* e instalar o socialismo no Brasil), o **estado de sítio** foi decretado pelo Governo e se deflagrou um forte movimento de repressão ao comunismo, inclusive com o apoio da famigerada “*Polícia Especial*”.

<sup>106</sup> Muito embora o texto de 1824 falasse em ação popular nos termos do art. 157 (“por suborno, peita, peculato, e concussão, haverá contra eles ação popular, que poderá ser intentada dentro de ano e dia pelo próprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei”), parece que esta se referia a certo caráter disciplinar ou mesmo penal. Assim, concordamos com Mancuso que o texto de 1934 foi “o primeiro texto constitucional que lhe deu guarida” (Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação popular*, 4. ed., p. 52). Cf. interessante evolução histórica do instituto trazida por José Afonso da Silva, *Ação popular constitucional*, p. 28-39.

Getúlio Vargas e o Governo tiveram o apoio do Congresso Nacional, que decretou o “estado de guerra”.

Em 30 de setembro de 1937, os jornais noticiaram que o Estado-Maior do Exército havia descoberto um plano comunista para a tomada do Poder (“Plano Cohen”). Este foi o “estopim” para que o Governo decretasse o golpe como suposta “salvação” contra o comunismo que parecia “assolar” o País.

Tendo o apoio dos Generais Góis Monteiro (Chefe do Estado-Maior do Exército) e Eurico Gaspar Dutra (Ministro da Guerra), bem como diante de uma nova decretação de “estado de guerra” pelo Congresso Nacional, em 10 de novembro de 1937 Getúlio Vargas dá o golpe ditatorial, centralizando o poder e fechando o Congresso Nacional.

Era o início do que Vargas intitulou de “nascença da nova era”, outorgando-se a Constituição de 1937, influenciada por ideais autoritários e fascistas, instalando a ditadura (“Estado Novo”), que só teria fim com a redemocratização pelo texto de 1945, e se declarando, em todo o País, o estado de emergência.

A Carta de 1937, elaborada por Francisco Campos, foi apelidada de “Polaca” em razão da influência sofrida pela Constituição polonesa fascista de 1935, imposta pelo Marechal Josef Pilsudski. Deveria ter sido submetida a plebiscito nacional, nos termos de seu art. 187, o que nunca aconteceu.

Além de fechar o Parlamento, o Governo manteve amplo domínio do Judiciário. A Federação foi abalada pela nomeação dos interventores. Os direitos fundamentais foram enfraquecidos, sobretudo em razão da atividade desenvolvida pela “Polícia Especial” e pelo “DIP — Departamento de Imprensa e Propaganda”. Para piorar, pelo Decreto-lei n. 37, de 02.12.1937, os partidos políticos foram dissolvidos.

Apesar do regime extremamente autoritário, na medida em que o Estado, centralizador, atuava diretamente na economia, não se pode negar o seu importante crescimento nesse setor.

Buscando atrair o apoio popular, a política desenvolvida foi denominada “populista”, consolidando-se as Leis do Trabalho (CLT) e importantes direitos sociais, como o salário mínimo.

Algumas características, então, podem ser esquematizadas:

■ **Forma de Governo:** nos termos do art. 1.º, o Brasil é uma República. O poder político emana do povo e é exercido em nome dele e no interesse do seu bem-estar, de sua honra, de sua independência e de sua prosperidade.

■ **Forma de Estado:** o Brasil é um Estado federal, constituído pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. É mantida a sua atual divisão política e territorial.

Na prática, contudo, as autonomias estaduais foram reduzidas, e podemos dizer que o regime federativo foi simplesmente “nominal”, havendo constante, senão até permanente, assunção dos governos estaduais por interventores federais. Por sua vez, os vereadores e prefeitos eram nomeados pelos interventores de cada Estado.

■ **Distrito Federal — Capital do Brasil, tendo por sede a cidade do Rio de Janeiro:** nos termos do art. 7.º, o Distrito Federal, que continuou como capital fede-

ral, como sede do Governo da República, era administrado pela União. Explicitando, de acordo com o art. 30, o Distrito Federal era administrado por Prefeito nomeado pelo Presidente da República, com a aprovação do Conselho Federal, e demissível *ad nutum*, cabendo as funções deliberativas ao Conselho Federal.

■ **Não há mais religião oficial:** continuava o Brasil como país leigo, laico ou não confessional, não havendo, contudo, a invocação da “proteção de Deus” no preâmbulo da Constituição.

■ **Organização dos “Poderes”:** a teoria clássica da tripartição de “Poderes” de Montesquieu foi *formalmente* mantida. Entretanto, na prática, tendo em vista o forte traço autoritário do regime, o Legislativo e o Judiciário foram “esvaziados”.

■ **Poder Legislativo:** de acordo com o art. 38, o Poder Legislativo seria exercido pelo **Parlamento Nacional** com a colaboração do **Conselho da Economia Nacional** e do **Presidente da República**.

Havia a previsão de composição do Parlamento Nacional por duas Câmaras: a **Câmara dos Deputados** e o **Conselho Federal**. Como se percebe, o **Senado Federal deixou de existir durante o Estado Novo**.

A Câmara dos Deputados seria composta de representantes do povo, eleitos mediante **sufrágio indireto** para mandato de 4 anos. Já o Conselho Federal seria composto de representantes dos Estados e 10 membros nomeados pelo Presidente da República. A duração do mandato era de 6 anos.

Cabe alertar, no entanto, que, segundo o art. 178, foram **dissolvidos** a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembleias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais, marcando-se eleições futuras para o novo Parlamento. Enquanto não se reunisse o Parlamento nacional, o Presidente da República tinha o poder de expedir **decretos-leis** sobre todas as matérias da competência legislativa da União. Na prática, o Legislativo nunca chegou a se instalar.

■ **Poder Executivo:** na dicção do art. 73, o Presidente da República, **autoridade suprema do Estado**, coordenava a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirigia a política interna e externa, promovia ou orientava a política legislativa de interesse nacional, e superintendia a administração do País.

A **eleição indireta** foi estabelecida para a escolha do Presidente da República, que cumpriria mandato de 6 anos.

■ **Poder Judiciário:** eram órgãos do Poder Judiciário (art. 90): *a*) o Supremo Tribunal Federal; *b*) os Juízes e Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; *c*) os Juízes e Tribunais militares. A Justiça Eleitoral foi extinta e, conforme já visto, também os partidos políticos.

O Judiciário, contudo, foi “**esvaziado**”. Como exemplo, nos termos do art. 96, parágrafo único, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, fosse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia ele submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmasse por 2/3 dos votos em cada uma das Câmaras, **ficaria sem efeito a decisão do Tribunal**.

Outra demonstração de “força” do poder central está no art. 170, ao estabelecer que, durante o estado de emergência ou o estado de guerra, os atos praticados em virtude deles não poderiam ser conhecidos por qualquer Juiz ou Tribunal.

■ **Declaração de direitos:** não houve previsão do mandado de segurança nem da ação popular. Não se tratou dos princípios da irretroatividade das leis e da reserva legal. O direito de manifestação do pensamento foi restringido, pois previa o art. 122, n. 15, “a”, que, com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a **censura prévia** da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão podia ser exercida, facultando-se à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação.

Nenhum jornal poderia recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei (art. 122, n. 15, “b”).

Segundo o art. 122, n. 13 (e em sua redação determinada pela Lei Constitucional n. 1, de 16.05.1938), além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a **pena de morte** poderia ser aplicada para **crimes políticos** e nas hipóteses de **homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade**.

Nos termos do art. 177, que vigorou durante todo o Estado Novo, embora o seu prazo inicial tenha sido limitado a 60 dias (tendo em vista a faculdade trazida pela Lei Constitucional n. 2, de 16.05.1938), o Governo poderia **aposentar** ou **reformular**, de acordo com a legislação em vigor, os funcionários civis e militares cujo afastamento se impusesse a juízo exclusivo do “Governo”, no interesse do serviço público ou por conveniência do regime.

Foi declarado o **estado de emergência** (art. 186), que, suspendendo direitos e garantias individuais, só veio a ser revogado pela Lei n. 16, de 30.11.1945.

A **greve** e o **lock-out** foram **proibidos**, tendo sido declarados recursos antissociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional (art. 139).

O art. 173, na sua redação determinada pela Lei Constitucional n. 7, de 30.09.1942, estabeleceu a possibilidade de declarar o “**estado de guerra**”, com restrição a direitos fundamentais e, ainda, o julgamento de crimes cometidos contra a **estrutura das instituições**, a **segurança do Estado** e dos **cidadãos pela Justiça Militar** ou pelo **Tribunal de Segurança Nacional**. Este último só veio a ser extinto pela Lei Constitucional n. 14, de 17.09.1945.

A **tortura** foi utilizada como instrumento de repressão, situação essa simbolizada pela entrega de Olga Benário, mulher de Luís Carlos Prestes, líder comunista no Brasil, que viria a ser assassinada em campo de concentração nazista na Alemanha.

■ **Nacionalização formal da economia e conquista de direitos e vantagens trabalhistas:** muito embora essa “triste” realidade ditatorial, durante o período houve inegável “nacionalização formal da economia”, bem como “controle sobre certas áreas estratégicas de produção, como mineração, aço e petróleo”, configurando, assim, importante “expansão capitalista”.<sup>107</sup>

<sup>107</sup> Nesse sentido, Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 23.

Podemos citar as seguintes estatais criadas durante o período: Companhia Vale do Rio Doce (1942), Companhia Nacional de Álcalis (1943), Fábrica Nacional de Motores (1943) e Companhia Hidroelétrica do São Francisco (1945).

Também tivemos avanços no campo trabalhista. Contudo, como anota Barroso, nesse contexto, "... a Constituição não desempenhou papel algum, substituída pelo mando personalista, intuitivo, autoritário. Governo de fato, de suporte policial e militar, sem submissão sequer formal à Lei maior, que não teve vigência efetiva, salvo quanto aos dispositivos que outorgavam ao chefe do Executivo poderes excepcionais".<sup>108</sup>

### ■ 2.6.7. Constituição de 1946

Durante a Segunda Guerra Mundial, o Governo brasileiro declarou ofensiva contra os países do "Eixo" (destacando-se como principais potências a Alemanha, a Itália e o Japão), entrando no confronto ao lado dos "Aliados" (destacando-se como principais potências a China, a França, a Grã-Bretanha, a União Soviética e os Estados Unidos). Como marco histórico, em 1943, ressaltamos a criação da FEB — **Força Expedicionária Brasileira**.

A entrada na Guerra fez com que Vargas perdesse importante apoio, situação essa materializada na publicação, em 24 de outubro de 1943, do **Manifesto dos Mineiros**, carta assinada por intelectuais que apontava a contradição entre a política interna e a externa.

Isso porque, ao aderir à Guerra ao lado dos "Aliados", buscando enfrentar as ditaduras nazifascistas de Mussolini e Hitler (países do "Eixo"), parecia natural que o fascismo fosse "varrido" da realidade brasileira, não se sustentando, internamente, a contradição de manter um Estado arbitrário com base em uma Constituição inspirada no modelo fascista e externamente lutar contra esse regime.

Outros documentos, na mesma linha do *Manifesto dos Mineiros*, foram assinados. Essa crise política forçou Vargas a assinar o **Ato Adicional** em 1945 (Lei Constitucional n. 9, de 28.02.1945), convocando eleições presidenciais e marcando a derrocada final do "Estado Novo".

Durante a campanha eleitoral, surge o movimento chamado "**queremismo**", que significava "Queremos Getúlio", e tudo levava a crer, especialmente com o apoio do partido comunista, agora legalizado, que Getúlio iria continuar e, eventualmente, até dar um novo golpe.

Em 29 de outubro de 1945, Vargas tentou substituir o chefe de Polícia do Distrito Federal por seu irmão, Benjamin Vargas. Além disso, nomeou João Alberto para Prefeito do Rio de Janeiro, fatos que precipitariam o fim do Estado Novo, já que davam a entender a vontade de Vargas continuar no Poder.

Esses fatos culminaram com a "expulsão" de Vargas do poder pelos Generais Gaspar Dutra e Góis Monteiro, sendo, assim, **deposto pelas Forças Armadas**.

<sup>108</sup> Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 24. Também nesse sentido, Pinto Ferreira, *Curso de direito constitucional*, 10. ed., p. 57.

Convocado pelas Forças Armadas, o Executivo passou a ser exercido pelo então **Presidente do STF, Ministro José Linhares**, que governou de 29.10.1945 a 31.01.1946, até assumir, eleito pelo **voto direto** e com mais de 55% de aprovação dos eleitores, o **General Gaspar Dutra** como o novo Presidente da República.

José Linhares praticou importantes atos, como: **a)** a revogação do art. 177 (que permitia a aposentadoria ou reforma compulsórias, a exclusivo juízo do Governo, de funcionários civis e militares); **b)** a extinção do *Tribunal de Segurança Nacional*; **c)** a revogação do *estado de emergência*; **d)** a extinção do *Conselho de Economia Nacional*; **e)** a abolição da regra que permitia o esvaziamento da efetividade das decisões do STF em controle de constitucionalidade (art. 96, parágrafo único).

A Lei Constitucional n. 13, de 12.11.1945, atribuiu **poderes constituintes** ao Parlamento que seria eleito em 02.12.1945 para a elaboração da nova Constituição do Brasil.

A Assembleia Constituinte foi instalada em 1.º.02.1946, vindo o texto a ser **promulgado** em 18.09.1946. Tratava-se da **redemocratização do País**, repudiando-se o Estado totalitário que vigia desde 1930.

O texto inspirou-se nas ideias liberais da Constituição de 1891 e nas ideias sociais da de 1934. Na ordem econômica, procurou harmonizar o princípio da livre-iniciativa com o da justiça social.

■ **Forma de Governo Republicana e Forma de Estado Federativa:** nos termos do art. 1.º, os Estados Unidos do Brasil mantêm, sob o regime representativo, a Federação e a República. Prestigiam o municipalismo.

■ **Capital da União:** o Distrito Federal continuou como a Capital da União e na área geográfica do antigo Município Neutro (a cidade do Rio de Janeiro).

Cabe lembrar, contudo, a previsão do art. 4.º do ADCT: a Capital da União será **transferida** para o planalto central do País. Promulgado este Ato, o Presidente da República, dentro em 60 dias, nomeará uma Comissão de técnicos de reconhecido valor para proceder ao estudo da localização da nova Capital. O estudo previsto no parágrafo antecedente será encaminhado ao Congresso Nacional, que deliberará a respeito, em lei especial, e estabelecerá o prazo para o início da delimitação da área a ser incorporada ao domínio da União. Findos os trabalhos demarcatórios, o Congresso Nacional resolverá sobre a data da mudança da Capital. Efetuada a transferência, o atual Distrito Federal passará a constituir o **Estado da Guanabara**.

Como se sabe, cumprindo o "Plano de Metas" ("50 anos em 5"), **Juscelino Kubitschek**, além de suas importantes realizações econômicas, implementa a construção de **Brasília**, inaugurada em **21 de abril de 1960**. Nessa data, conforme mandamento estabelecido na Constituição, o então Distrito Federal é transformado no **Estado da Guanabara**, com os mesmos limites geográficos, tendo por capital e sede do Governo a cidade do Rio de Janeiro (cf. **Lei n. 3.752/60**, conhecida como *Lei San Tiago Dantas*, deputado federal encarregado de elaborar o projeto de criação do novo Estado, que ditou normas para a convocação da Assembleia Constituinte).

A título de curiosidade, o Estado da Guanabara não foi dividido em municípios, decisão essa que encontrou apoio popular no **plebiscito** realizado em 21 de abril de

1963, além de ter curta duração (1960-1975). Por força do art. 8.º, da LC n. 20/74, a partir de 15.03.1975, os Estados do Rio de Janeiro e da Guanabara passaram a constituir um único Estado (fusão), sob a denominação de **Estado do Rio de Janeiro**, sendo a cidade do Rio de Janeiro a Capital.

■ **Inexistência de religião oficial:** continuou o País leigo, muito embora a expressão menção a “Deus” no preâmbulo.

■ **Organização dos “Poderes”:** a teoria clássica da tripartição de “Poderes” de Montesquieu foi restabelecida.

■ **Poder Legislativo:** consoante previa o art. 37, o Poder Legislativo era exercido pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, reaparecendo o bicameralismo igual.

A Câmara dos Deputados compunha-se de representantes do povo, eleitos, segundo o sistema de representação proporcional, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Territórios, para mandato de 4 anos.

O Senado Federal, por sua vez, compunha-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário e para mandato de 8 anos. Cada Estado, e bem assim o Distrito Federal, elegia 3 Senadores, renovando-se a representação de cada Estado e a do Distrito Federal de 4 em 4 anos, alternadamente, por 1 e por 2/3.

Nos termos do art. 61, as funções de Presidente do Senado Federal eram exercidas pelo **Vice-Presidente da República**.

Nos termos do art. 141, § 13, constitucionalizaram-se os Partidos Políticos, sendo vedada a organização, o registro ou o seu funcionamento nas hipóteses em que o programa ou a ação contrariassem o regime democrático, baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem.

■ **Poder Executivo:** retomando a normalidade democrática, o Presidente da República deveria ser eleito de **forma direta** para mandato de **5 anos**, junto com o vice, que, como visto, acumulava a função de Presidente do Senado Federal.

■ **Poder Judiciário:** foi retomada a situação de normalidade.

O Poder Judiciário era exercido pelos seguintes órgãos: a) Supremo Tribunal Federal; b) Tribunal Federal de Recursos; c) Juízes e Tribunais militares; d) Juízes e Tribunais eleitorais; e) Juízes e Tribunais do trabalho.

■ **Declaração de direitos:** o mandado de segurança e a ação popular foram restabelecidos no texto constitucional.

O art. 141, § 4.º, consagrou o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ao estabelecer que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito *individual*”.

Conforme referido, passa-se, pela primeira vez, a prever regras para os partidos políticos (art. 141, § 13).

Peló art. 141, § 31, **vedou-se**, caracterizando o cunho humanitário, a **pena de morte** (salvo as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro), a de **banimento**, a de **confisco** e a de **caráter perpétuo**.

Nos termos do art. 158, foi **reconhecido o direito de greve**. As várias garantias dos trabalhadores já conquistadas durante o “Estado Novo” foram mantidas, marcando importante “degrau” na evolução social do País.

■ **Instituição do parlamentarismo:** perdendo o apoio político, tanto do centro como da direita, o Presidente Jânio Quadros renunciou em 25 de agosto de 1961, encaminhando carta ao Congresso Nacional pela qual afirmava que teria sido pressionado por “forças ocultas terríveis”.

O Vice-Presidente João Goulart (Jango) estava na China e, assim, as Forças Armadas tentaram impedir o seu retorno, tendo em vista o receio com suas ligações comunistas.

Não aceitando o inconstitucional afastamento de Jango, o Congresso Nacional, tentando ser conservador, aprovou, em 02.09.1961, o regime parlamentarista (que também já havia sido experimentado durante o Império).

A grande novidade era a dualidade do Executivo, exercido pelo Presidente da República e pelo Conselho de Ministros, cabendo a estes a responsabilidade política do Governo. Conforme o art. 3.º, I, da EC n. 4/61, o Presidente da República nomeava o Primeiro-Ministro, que, por sua vez, escolhia os demais Ministros a serem nomeados pelo Presidente da República.

Feito o referendo, em 06.01.1963, o povo determinou o retorno imediato ao presidencialismo, conforme já estudado no *item 17.1.2.1*, que remaneceria até a Revolução Militar de 1964.

#### ■ 2.6.8. Golpe Militar de 1964

Jango foi derrubado por um movimento militar que eclodiu em 31.03.1964, tendo sido acusado de estar a serviço do “comunismo internacional”. Instalava-se, assim, uma nova “ordem revolucionária” no País.

O General *Costa e Silva*, o Brigadeiro *Francisco Correia de Melo* e o Almirante *Augusto Rademaker*, militares vitoriosos, constituíram o chamado *Supremo Comando da Revolução* e, em 09.04.1964, baixaram o Ato Institucional n. 1, de autoria de Francisco Campos (o mesmo que elaborou a Carta de 1937), com muitas restrições à democracia: **a)** o Comando da Revolução poderia decretar o estado de sítio (art. 6.º); **b)** conferia-se o poder de aposentar civis ou militares (art. 7.º); **c)** sem as limitações previstas na Constituição estabelecia-se a possibilidade de suspender direitos políticos pelo prazo de 10 anos, cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos etc. (art. 10).

O AI 2/65, após ter estabelecido **eleições indiretas** para Presidente e Vice-Presidente da República, foi seguido pelo de n. 3, que também as estabeleceu em âmbito estadual.

O Congresso Nacional foi fechado em 1966, sendo reaberto, posteriormente, nos termos do AI 4/66 para aprovar a Constituição de 1967.

Alguns autores entendem que o texto de 1967 teria sido “promulgado”, já que votado nos termos do art. 1.º, § 1.º, do AI 4/66. Contudo, em razão do “autoritarismo”

implantado pelo *Comando Militar da Revolução*, não possuindo o Congresso Nacional liberdade para alterar substancialmente o novo Estado que se instaurava, preferimos dizer que o texto de 1967 foi **outorgado** unilateralmente (apesar de formalmente votado, aprovado e “promulgado”) pelo regime ditatorial militar implantado.

Em conclusão, pode-se afirmar que a Constituição de 1946 foi suplantada pelo Golpe Militar de 1964. Embora continuasse existindo formalmente, o País passou a ser governado pelos Atos Institucionais e Complementares,<sup>109</sup> com o objetivo de consolidar a “Revolução Vitoriosa”, que buscava combater e “drenar o bolsão comunista” que assolava o Brasil.

#### ■ 2.6.9. Constituição de 1967

Na mesma linha da Carta de 1937, a de 1967 concentrou, bruscamente, o poder no âmbito federal, esvaziando os Estados e Municípios e conferindo amplos poderes ao Presidente da República. Houve forte preocupação com a **segurança nacional**. Algumas características podem ser destacadas:

■ **Forma de Governo:** República.

■ **Forma de Estado:** muito embora o art. 1.º estabelecesse ser o Brasil uma República Federativa, constituída, sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, na prática, o que se percebeu foi um **duro “golpe” no federalismo**, mais se aproximando de um Estado unitário centralizado do que federativo.

■ **Capital da União:** nos termos do art. 2.º, o **Distrito Federal** permaneceu como a Capital da União, lembrando que os Poderes da República já haviam sido transferidos para Brasília, no **Planalto Central do País**, inaugurada em 21 de abril de 1960.

■ **Inexistência de religião oficial:** continuou o Brasil a ser um país leigo, embora houvesse a expressa menção a “Deus” no preâmbulo.

■ **Organização dos “Poderes”:** a teoria clássica da tripartição de “Poderes” de Montesquieu foi formalmente mantida. Anota Celso Bastos, acertadamente, que, apesar da previsão da tripartição de Poderes, “... no fundo existia um só, que era o Executivo, visto que a situação reinante tornava por demais mesquinhas as competências tanto do Legislativo quanto do Judiciário...”<sup>110</sup>

■ **Poder Legislativo:** a teor do art. 29, o Poder Legislativo era exercido pelo Congresso Nacional, que se compunha da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. A Câmara dos Deputados era formada por representantes do povo, eleitos por voto direto e secreto, em cada Estado e Território e para mandato de 4 anos. O Senado Federal compunha-se de representantes dos Estados, eleitos pelo voto direto e secreto, segundo o princípio majoritário. Cada Estado elegia 3 Senadores, com mandato de 8 anos, renovando-se a representação de 4 em 4 anos, alternadamente, por 1 e por 2/3.

<sup>109</sup> O Texto de 1946 sofreu 21 emendas constitucionais, 4 Atos Institucionais e 37 Atos Complementares.

<sup>110</sup> Celso Bastos, *Curso de direito constitucional*, 21. ed., p. 134.

Na prática, contudo, como visto, o Legislativo teve a sua competência diminuída. Além disso fortaleceu-se a representação dos Deputados nos Estados menores: “o número de Deputados será fixado em lei, em proporção que não exceda de um para cada trezentos mil habitantes, até vinte e cinco Deputados, e, além desse limite, um para cada milhão de habitantes” (art. 41, § 2.º).

■ **Poder Executivo:** fortalecido, era eleito para mandato de 4 anos, de maneira **indireta** por sufrágio do Colégio Eleitoral, composto pelos membros do Congresso Nacional e de Delegados indicados pelas Assembleias Legislativas dos Estados, em sessão pública e mediante votação nominal.

O Presidente da República legislava por **decretos-leis**, que poderiam ser editados em casos de *urgência* ou de *interesse público relevante*, e desde que não resultassem em aumento de despesa sobre as seguintes matérias: a) segurança nacional; b) finanças públicas.

O art. 58, parágrafo único, previa a criticada **aprovação por decurso de prazo** do decreto-lei, já que, publicado o texto, que tinha vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovava ou o rejeitava, dentro de 60 dias, não podendo emendá-lo. Se, porém, nesse prazo não houvesse deliberação, o texto seria tido como aprovado.

Nos termos do art. 60, estrategicamente, estabeleceu-se a **iniciativa exclusiva** do Presidente da República para certas matérias, ou seja, só ele poderia deflagrar (dar início) o processo legislativo.

■ **Poder Judiciário:** o Poder Judiciário da União era exercido pelos seguintes órgãos: Supremo Tribunal Federal; Tribunal Federal de Recursos e Juízes Federais; Tribunais e Juízes Militares; Tribunais e Juízes Eleitorais; Tribunais e Juízes do Trabalho. Havia previsão da Justiça Estadual. Em razão do centralismo, o Judiciário também teve a sua competência diminuída.

■ **Declaração de direitos:** havia exagerada possibilidade de suspensão de direitos políticos por 10 anos (art. 151).

Houve a previsão de se tornar perdida a propriedade para fins de reforma agrária, mediante o pagamento de indenização com títulos da dívida pública.

Os direitos dos trabalhadores foram definidos com maior eficácia.

■ **Sistema tributário:** conforme anota Celso Bastos, “... o Sistema Tributário Nacional, que há pouco sofrera uma modificação, por meio da Emenda Constitucional n. 18 à Constituição de 1946, foi em princípio mantido. Contudo, a discriminação de rendas, ampliando a técnica do **federalismo cooperativo**, acabou por permitir uma série de participações de uma entidade na receita da outra, com acentuada centralização. Quanto à matéria orçamentária aparecem o orçamento-programa, os programas plurianuais de investimento, além da própria atualização do sistema orçamentário”.<sup>111</sup>

<sup>111</sup> Celso Bastos, *Curso de direito constitucional*, 21. ed., p. 134 (grifamos).

■ **AI-5, de 13.12.1968:** o AI-5, o famigerado e mais violento ato baixado pela ditadura, perduraria até a sua revogação pela EC n. 11, de 17.10.1978, fixando as seguintes “atrocidades”,<sup>112</sup> nos termos de sua ementa:

- a) formalmente, foram mantidas a Constituição de 24.01.1967 e as Constituições Estaduais, com as modificações constantes do AI-5;
- b) o Presidente da República poderia decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por ato complementar em estado de sítio ou fora dele, só voltando a funcionar quando convocados seus membros pelo Presidente da República;
- c) o Presidente da República, no interesse nacional, poderia decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição;
- d) os direitos políticos de quaisquer cidadãos poderiam ser suspensos pelo prazo de 10 anos e cassados os mandatos eletivos federais, estaduais e municipais;
- e) ficaram suspensas as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo;
- f) o Presidente da República, em quaisquer dos casos previstos na Constituição, poderia decretar o estado de sítio e prorrogá-lo, fixando o respectivo prazo;
- g) o Presidente da República poderia, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tivessem enriquecido ilicitamente, no exercício do cargo ou função;
- h) suspendeu-se a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular (art. 10 do AI-5);
- i) finalmente, a triste previsão do art. 11 do AI-5: “excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”.

No mesmo dia em que o AI-5 foi baixado por *Costa e Silva*, o **Congresso Nacional** foi **fechado**, nos termos do Ato Complementar n. 38, de 13.12.1968, situação essa que perdurou por mais de 10 meses.

#### ■ 2.6.10. “Constituição” de 1969 — EC n. 1, de 17.10.1969

A EC n. 1/69 não foi subscrita pelo Presidente da República *Costa e Silva* (15.03.1967 a 31.08.1969), impossibilitado de governar por sérios problemas de saúde, nem, “estranhamente”, pelo Vice-Presidente *Pedro Aleixo*, um civil.

Com base no AI 12, de 31.08.1969, consagrou-se no Brasil um governo de “**Juntas Militares**”, uma vez que referido ato permitia que, enquanto *Costa e Silva* esti-

<sup>112</sup> Como anota Bastos, “o AI-5 marca-se por um autoritarismo ímpar do ponto de vista jurídico, conferindo ao Presidente da República uma quantidade de poderes de que muito provavelmente poucos déspotas na história desfrutaram, tornando-se marco de um novo surto revolucionário, dando a tônica do período vivido na década subsequente” (*Curso de direito constitucional*, p. 136).

vesse afastado por motivos de saúde, governassem os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar. Nesse sentido, e com “suposto” fundamento, é que a EC n. 1/69 foi baixada pelos Militares, já que o Congresso Nacional estava fechado.<sup>113</sup>

Sem dúvida, dado o seu caráter revolucionário, podemos considerar a EC n. 1/69 como a manifestação de um novo **poder constituinte originário**, outorgando uma nova Carta, que “constitucionalizava” a utilização dos Atos Institucionais. Nos termos de seu art. 182, manteve em vigor o AI-5 e todos os demais atos baixados. O mandato do Presidente foi aumentado para **5 anos**, continuando a eleição a ser **indireta**.

Durante o governo do General Emílio Médici (30.10.1969 a 15.03.1974), o País experimentou o denominado “**milagre econômico**”,<sup>114</sup> que trouxe uma pequena ilusão de pontos positivos ao novo regime (extremamente duro e autoritário, deixe-se bem claro).

Logo em seguida, do ponto de vista econômico, o governo de Ernesto Geisel (15.03.1974 a 15.03.1979) foi marcado por **forte inflação e grave crise econômica** (sobretudo em razão do petróleo). O governo perdia força e temia a oposição, especialmente após a derrota nas eleições legislativas de novembro de 1974.

Nesse contexto, o governo baixou a **Lei Falcão** (Lei n. 6.339, de 1.º.07.1976, assim apelidada já que *Armando Ribeiro Falcão* era o Ministro da Justiça que referendava o ato), reduzindo a propaganda política e, portanto, prejudicando a oposição.

O Presidente Geisel baixou, também, o **Pacote de Abril de 1977**, dissolvendo o Congresso Nacional e editando 14 emendas e 6 decretos, destacando-se as seguintes medidas:

- a) redução do *quorum* para aprovação de EC de 2/3 para maioria absoluta, **flexibilizando**, assim, a teórica rigidez constitucional;
- b) estabelecimento da **avocatória**, conforme o previsto no art. 119, I, “o”, da EC n. 1/69, introduzido pela EC n. 7/77: “as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à

<sup>113</sup> Pedimos vênica para reproduzir os “considerandos” da EC n. 1/69, que, *sinistramente*, buscava justificar o ato **autoritário** baixado pela Junta Militar: “Os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, usando das atribuições que lhes confere o artigo 3.º do AI-16, de 14.10.1969, combinado com o § 1.º do artigo 2.º do AI-5, de 13.12.1968, e *considerando* que, nos termos do Ato Complementar n. 38, de 13.12.1968, foi decretado, a partir dessa data, o recesso do Congresso Nacional; *considerando* que, decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo Federal fica autorizado a legislar sobre todas as matérias, conforme o disposto no § 1.º do art. 2.º do AI-5, de 13.12.1968; *considerando* que a elaboração de emendas à Constituição, compreendida no processo legislativo (artigo 49, I), está na atribuição do Poder Executivo Federal; (...), *promulgam* a seguinte Emenda à Constituição de 24 de janeiro de 1967: Art. 1.º A Constituição de 24 de janeiro de 1967 passa a vigorar com a seguinte redação...”.

<sup>114</sup> Esse momento faz surgir no País o ufanismo (orgulho exacerbado pelo Brasil; patriotismo excessivo), percebido em frases como: “Brasil, ame-o ou deixe-o”.

segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido”,<sup>115</sup>

c) um terço dos Senadores passou a ser “eleito” pelas Assembleias Legislativas, ou melhor, pelo Colégio Eleitoral estadual, nos termos do art. 41, § 2.º, na redação conferida pela EC n. 8/77. Como a ARENA (partido governamental) detinha a maioria (com a exceção do Estado da Guanabara, no qual saiu vitorioso o MDB), na prática se presenciou uma esquisita “nomeação” dos Senadores (já que a ARENA detinha a maioria nos Estados), que, ironicamente, foram apelidados pela população de **Senadores biônicos**;

d) aumento do mandato do Presidente da República de 5 (EC n. 1/69) para **6 anos** (EC n. 8/77);

e) manutenção da regra da **proporcionalidade** para a eleição de Deputados o que beneficiava os Estados menores, nos quais, supostamente, o governo teria maior controle.

Em seguida, tivemos o **pacote de junho de 1978**, destacando-se:

a) a revogação total ao AI-5;

b) a suspensão das medidas que, com base no AI-5, cassaram direitos políticos;

c) a previsão de impossibilidade de suspensão do Congresso Nacional pelo Presidente da República, eliminando, assim, alguns poderes presidenciais.

Era o início de um processo de redemocratização<sup>116</sup> que viria a ganhar força durante a presidência de João Figueiredo (15.03.1979 a 15.03.1985 — mandato de **6 anos**, conforme a EC n. 8/77), que por sua vez teve a missão de pôr fim ao governo militar.

<sup>115</sup> Sobre o assunto, cf. Rodolfo de Camargo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 313-324. A advocatária não foi mantida no texto de 1988, devendo eventual pedido feito antes do advento da CF/88 ser julgado prejudicado. Nesse sentido, cf. PAV-QO 16/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 12.10.1988, Pleno, DJ de 25.11.1988, p. 31055. “Avocação de causas a requerimento da Procuradoria-Geral da República. Pedido fundado no art. 119, I, ‘o’ da CF de 1967, c/ a redação das Emendas 1/69 e 7/77. Liminar deferida pelo presidente do STF e prorrogada pelo relator. Superveniência da CF de 5.10.1988, que não previu o instituto da advocatária para o STF ou para qualquer outro tribunal. Extinção do instituto político-processual. Pedido que se julga prejudicado, em questão de ordem, com revogação da medida liminar”. Também, como anota Gilmar Ferreira Mendes, a ação declaratória de constitucionalidade, introduzida pela EC n. 3/93 à CF/88, não deve ser confundida com a advocatária do regime totalitário. Isso porque “... a) a competência do STF será originária e não decorrencial; b) os motivos para sua proposição serão ‘jurídicos’ e não meramente ‘políticos’; c) não haverá interferência direta nas decisões de 1.ª instância suspendendo sua eficácia sem fundamentos jurídicos, mas decisão definitiva sobre a questão suscitada” (Ação declaratória, in I. G. da S. Martins e G. F. Mendes, *Ação declaratória de constitucionalidade*, p. 82).

<sup>116</sup> Como anota Celso Bastos, “mantêm-se, todavia, a lei de segurança nacional (Lei n. 6.620, de 17.12.1978, acrescente-se), os ‘biônicos’ e a Lei Falcão. Sem embargo, não se concede a reclamada anistia geral. De outra parte, fica autorizada a decretação de estado de emergência e das medidas de emergência” (*Curso de direito constitucional*, p. 143).

■ **Lei da Anistia (Lei n. 6.683, de 28.08.1979):** foi concedida a anistia para todos que, no período compreendido entre 02.09.1961 e 15.08.1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. Nesse particular, cabe destacar que o STF, em 29.04.2010, no julgamento da **ADPF 153**, rejeitou o pedido de revisão da referida “Lei da Anistia” (cf. discussão sobre este assunto e a punição do Brasil pela *Corte Interamericana dos Direitos Humanos* no item 21.4.2).

■ **Reforma Partidária — Lei n. 6.767, de 20.12.1979:** ao modificar dispositivos da Lei n. 5.682, de 21 de julho de 1971 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), a teor do art. 152 da Constituição, alterado pela Emenda Constitucional n. 11/78, trouxe a importante novidade de pôr fim ao bipartidarismo (ARENA v. MDB), regulamentando o **pluripartidarismo partidário**. A ARENA passou a chamar-se PDS (Partido Democrático Social), e do MDB estabeleceram-se cinco partidos novos: PMDB, PP, PT, PDT e PTB.

■ **EC n. 15, de 21.11.1980 — eleições diretas em âmbito estadual:** em 1982, tivemos importante marco histórico, qual seja, a **eleição direta** para Governadores de Estado em razão da alteração trazida pela EC n. 15/80. O PDS ganhou em 12 Estados, o PMDB, em 10, e o PDT, em 1.

■ **“Diretas Já”:** em 18.04.1983, o então Deputado Federal Dante de Oliveira apresentou a PEC n. 5/83, propondo **eleição direta** para Presidente e Vice-Presidente da República. A PEC ganhou o apoio popular e se transformou no importante movimento que ficou conhecido como “Diretas Já”. Apesar da pressão da sociedade civil, em 25.04.1984, a denominada **“PEC Dante de Oliveira”** foi rejeitada. Diante dessa situação, o Colégio Eleitoral acabou elegendo, em 15.01.1985, embora pelo **voto indireto**, pela primeira vez, após mais de 20 anos de ditadura militar, um civil — o que caracterizou o fim do regime militar —, **Tancredo Neves**, mineiro de São João Del Rei, que prometeu estabelecer a “Nova República”, democrática e social.

Sua posse estava marcada para o dia 15.02.1985, mas Tancredo Neves adoeceu gravemente na véspera, não tomou posse e veio a falecer, para tristeza e comoção do País, no dia 21.04.1985. José Ribamar Ferreira de Araújo Costa — José Sarney (15.03.1985 a 15.03.1990), o Vice-Presidente, assumiu a presidência com importante particularidade: era o primeiro governo civil após o movimento militar de 1964.

Embora não tenha tomado posse em razão de sua enfermidade, a **Lei n. 7.465/86** incluiu o nome de **Tancredo Neves** na **“galeria dos que foram ungidos pela Nação brasileira para a Suprema Magistratura”**, ou seja, na galeria dos **ex-Presidentes da República**.<sup>117</sup>

<sup>117</sup> Nesse sentido, destacamos a **Lei n. 12.486/2011**, que também inclui o nome do cidadão **Pedro Aleixo** na **“galeria dos que foram ungidos pela Nação Brasileira para a Suprema Magistratura”**. Lembrando a história, estando o Presidente da República, *Marechal Arthur da Costa e Silva*, tem-

Na medida em que Tancredo Neves sempre cogitou da elaboração de uma “Comissão de Notáveis” para elaborar um anteprojeto de Constituição, José Sarney, o novo Presidente, considerando o compromisso assumido pela Aliança Democrática perante a Nação, instituiu, pelo Decreto n. 91.450/1985, junto à Presidência da República, uma **Comissão Provisória de Estudos Constitucionais**, composta de 50 membros de livre escolha do Chefe do Executivo e com o objetivo de desenvolver pesquisas e estudos fundamentais, no interesse da Nação brasileira, para futura colaboração com os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte.

Essa Comissão, conhecida por **Comissão Afonso Arinos**, nome de seu presidente, entregou um anteprojeto de Constituição em 18.09.1986, que foi publicado no *DOU* de 26.09.1986, com 436 artigos no corpo e 32 nas Disposições Gerais e Transitórias.

O texto final elaborado pela *Comissão Afonso Arinos*, todavia, foi rejeitado por José Sarney, tendo em vista, entre outras razões, ter optado pelo sistema **parlamentarista**, o que diminuiria os poderes do Presidente.

Em seguida, buscando cumprir o mandamento da EC n. 26, de 27.11.1985,<sup>118</sup> que determinou a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, finalmente ela foi instalada, mesmo sem partir de um projeto previamente elaborado, em 1.º.02.1987, sob a presidência do Ministro do STF José Carlos Moreira Alves.

Como anota Barroso, “além das dificuldades naturais, advindas da heterogeneidade das visões políticas, também a metodologia de trabalho utilizada contribuiu para as deficiências do texto final. Dividida, inicialmente, em 24 subcomissões e, posteriormente, em 8 comissões, cada uma delas elaborou um anteprojeto parcial, encaminhado à Comissão de Sistematização. Em 25 de junho do mesmo ano, o relator desta Comissão, Deputado Bernardo Cabral, apresentou um trabalho em que reuniu todos estes anteprojetos em uma peça de 551 artigos! A falta de coordenação entre as diversas comissões, e a abrangência desmesurada com que cada uma cuidou de seu tema, foram responsáveis por uma das maiores vicissitudes da Constituição de 1988: as superposições e o detalhismo minucioso, prolixo, casuístico, inteiramente impróprio para um documento dessa natureza. De outra parte, o assédio dos *lobbies*,

---

porariamente impossibilitado do exercício de suas funções por motivo de saúde, a *Junta Militar trina* editou o famigerado **AI 12**, de 1.º.09.1969, estabelecendo que enquanto durasse o afastamento temporário do Presidente da República, pelo referido motivo de saúde, as suas funções seriam exercidas pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, **impedindo**, assim, e contrariando a Constituição, que o Vice-Presidente da República, Pedro Aleixo, assumisse o cargo. Em seguida, o **AI 16**, de 16.10.1969, declarou a **vacância em definitivo** dos cargos e fixou data para eleições e posse de Presidente e Vice-Presidente da República, permanecendo, nesse período, o exercício da Presidência da República com os Ministros militares.

<sup>118</sup> Segundo José Afonso da Silva, “em verdade, a EC n. 26, de 27.11.85, ao convocar a Assembleia Nacional Constituinte, constitui, nesse aspecto, um ato político. Se convoca a Constituinte para elaborar Constituição nova que substituirá a que estava em vigor, por certo não tem a natureza de emenda constitucional, pois esta tem precisamente sentido de manter a Constituição emendada. Se visava destruir esta, não pode ser tida como emenda, mas como ato político” (*Curso de direito constitucional positivo*, 27. ed., p. 87).

dos grupos de pressão de toda ordem, gerou um texto com inúmeras esquizofrenias ideológicas e densamente corporativo”.<sup>119</sup>

Depois de tanto trabalho e dificuldades, como se sabe, a Constituição de 1988 foi promulgada em 5 de outubro, redemocratizando o País, com importantes avanços.

Trata-se da denominada por **Ulysses Guimarães**, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, **Constituição Cidadã**, tendo em vista a ampla **participação popular** durante a sua elaboração e a constante busca de efetivação da **cidadania**.

### ■ 2.6.11. Constituição de 1988

Durante o governo *Sarney*, o **pluripartidarismo foi ampliado**, legalizando-se partidos como o PCB e o PC do B, surgindo novos como o PSDB (dissidência de membros do PMDB) e o PL (Partido Liberal), formado por ideais neoliberais do empresariado. Outro avanço foi a erradicação da “famigerada” censura à imprensa, que assolou o País durante o governo militar. O sindicalismo e grandes centrais (CUT e CGT) consolidaram-se.

Era a solidificação da transição entre o antigo regime e a “Nova República”. Em 1989, depois de 25 anos de regime de exceção, o povo elegeu, pelo voto direto, em dois turnos, *Fernando Collor de Mello* (15.03.1990 a 29.12.1992). Tendo em vista os vários escândalos de corrupção, em 02.10.1992, a Câmara dos Deputados autoriza a abertura do processo de *impeachment*. Em 29.12.1992, Collor renuncia ao mandato e os Senadores aprovam sua inabilitação política por 8 anos.

O Vice-Presidente de Collor, *Itamar Franco* (29.12.1992 a 1.º.01.1995) assume interinamente a Presidência da República.

Em seguida, tivemos a eleição direta do sociólogo *Fernando Henrique Cardoso* (1.º.01.1995 a 1.º.01.1999) para mandato de 4 anos (mandato reduzido de 5 anos — redação original do texto de 1988 — para 4 anos, por força da EC de Revisão n. 5, de 07.06.1994). Durante o seu mandato, foi aprovada a EC n. 16, de 04.06.1997, que, mantendo o mandato de 4 anos, permitiu uma única reeleição subsequente.

Com fundamento na nova redação conferida aos arts. 82 e 14, § 5.º, Fernando Henrique se torna o primeiro presidente da história da República reeleito para um período subsequente (1.º.01.1999 a 1.º.01.2003).

Posteriormente, e também de forma democrática pelo voto direto, o povo elege o metalúrgico de Garanhuns-PE, *Luiz Inácio Lula da Silva*, que exerceu seu primeiro mandato de 1.º.01.2003 a 1.º.01.2007. Lula foi reeleito em outubro de 2006 (em 2.º turno, com 60,83% dos votos válidos, em disputa com Geraldo Alckmin), assumindo o novo mandato em 1.º.01.2007 e permanecendo até 1.º.01.2011, quando o Executivo Federal passou a ter por Chefe *Dilma Vana Rousseff*, a **primeira mulher** em toda a história da nossa República, reeleita (em segundo turno, com 51,64% dos votos válidos) junto com o Vice-Presidente da República, *Michel Temer*, para o seu segundo mandato, que se iniciou em 1.º.01.2015. Suspensa de suas funções em 12.05.2016, em

<sup>119</sup> Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 41-42.

razão da instauração do processo de *impeachment*, o Senado Federal, em 31.08.2016, por 61 x 20 (total de 81 Senadores da República), julgou procedente a Denúncia n. 1/2016 por crimes de responsabilidade, impondo a Dilma Rousseff a **sanção de perda do cargo**. Em razão da vaga definitiva decorrente da condenação, na referida data, **Michel Temer** tomou posse no cargo de Presidente da República.

■ **Plebiscito:** conforme já indicamos, tivemos o primeiro **plebiscito** no Brasil, com data inicial prevista para 7 de setembro de 1993 (art. 2.º do ADCT), antecipada para 21 de abril de 1993 pela EC n. 2/92. O **resultado** todos já conhecem, qual seja, a manutenção da **república constitucional** e do **sistema presidencialista de governo**.

Ainda, nos termos do art. 3.º do ADCT, que fixava a manifestação do **poder constituinte derivado revisor** após 5 anos contados da promulgação do texto, em 07.10.1993 foi instalada a sessão inaugural dos trabalhos de “revisão constitucional”.

Após 237 dias de trabalho, tendo recebido cerca de 30.000 propostas, foram elaborados 74 projetos de Emenda de Revisão, dos quais apenas 6 foram aprovados como EC de Revisão.

Além das citadas Emendas de Revisão (**poder constituinte derivado revisor**), o texto original já foi alterado 95 vezes<sup>120</sup> (**poder constituinte derivado reformador**), sofrendo profundas modificações, tendo sido constantemente interpretadas as suas normas e preceitos pelo STF.

No **preâmbulo** da CF/88 foi instituído um Estado Democrático, destinado a assegurar os seguintes **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:

- o exercício dos direitos sociais e individuais;
- a liberdade;
- a segurança;
- o bem-estar;
- o desenvolvimento;
- a igualdade;
- a justiça.

Sendo **democrática e liberal**, a Constituição de 1988, que sofreu forte influência da Constituição portuguesa de 1976, foi a que apresentou maior **legitimidade popular**, podendo ser destacadas as seguintes características:

■ **Forma de Governo:** República, confirmada pelo plebiscito do art. 2.º do ADCT.

■ **Sistema de Governo:** presidencialista, confirmado pelo plebiscito do art. 2.º do ADCT.

■ **Forma de Estado:** Federação. Percebe-se sensível ampliação da autonomia administrativa e financeira dos Estados da Federação, bem como do Distrito Federal

<sup>120</sup> Prezado leitor, conferir se há alguma emenda nova! Lembramos que a EC n. 91/2016 não alterou nenhum dispositivo do texto constitucional, apesar de trazer novas regras.

e Municípios. Inegavelmente, contudo, a União continua fortalecida, caracterizando-se o texto como centralizador.

Foi criado o Estado de Tocantins (art. 13 do ADCT), e os Territórios Federais de Roraima e do Amapá foram transformados em Estados Federados (art. 14 do ADCT). O Território Federal de Fernando de Noronha foi extinto, e sua área reincorporada ao Estado de Pernambuco (art. 15 do ADCT).

■ **Capital Federal:** nos termos do art. 18, § 1.º, **Brasília** é a Capital Federal. Assim, o Distrito Federal, ainda localizado no Planalto Central do Brasil, deixa de ser simples autarquia territorial e passa a ser considerado **ente federativo**, com autonomia político-constitucional, apesar de parcialmente tutelada pela União, como será estudado no *item 7.7.3*.

■ **Inexistência de religião oficial:** o Brasil é um país leigo, laico ou não confessional, muito embora haja a previsão de “Deus” no preâmbulo.

■ **Organização dos “Poderes”:** foi retomada a teoria clássica da tripartição de “Poderes” de Montesquieu. Diferentemente do regime anterior, buscou-se um maior equilíbrio, especialmente pela técnica dos “freios e contrapesos”, abrandando a supremacia do Executivo, que imperava.

■ **Poder Legislativo:** bicameral, exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a primeira composta de representantes do povo, eleitos pelo voto direto, secreto e universal e pelo sistema proporcional para mandato de 4 anos, e a segunda composta de representantes dos Estados-Membros e do Distrito Federal, para mandato de 8 anos (duas legislaturas), eleitos pelo sistema majoritário, sendo que a representação de cada Estado e do Distrito Federal será renovada de 4 em 4 anos, alternadamente, por 1 e 2/3.

■ **Poder Executivo:** exercido pelo Presidente da República, eleito junto com o Vice e auxiliado pelos Ministros de Estado. Atualmente, após a EC n. 16/97, como visto, o mandato é de 4 anos, permitindo-se uma única reeleição subsequente. O decreto-lei foi substituído pela medida provisória.

■ **Poder Judiciário:** nos termos do art. 92, são órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal; o Conselho Nacional de Justiça (EC n. 45/2004); o Superior Tribunal de Justiça; o Tribunal Superior do Trabalho (EC n. 92/2016); os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; os Tribunais e Juízes do Trabalho; os Tribunais e Juízes Eleitorais; os Tribunais e Juízes Militares; os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Em relação ao controle de constitucionalidade das leis, tema que será estudado, houve ampliação dos legitimados para a propositura da ADI.

A CF/88 criou o Superior Tribunal de Justiça (STJ), Corte responsável pela uniformização da interpretação da lei federal em todo o Brasil, sendo órgão de convergência da Justiça comum. Nesse sentido, o STF passou a cuidar de temas predominantemente constitucionais.

A EC n. 45/2004, *Reforma do Poder Judiciário*, trouxe importantes modificações.

■ **Constituição rígida:** existe um processo de alteração mais árduo, mais solene e mais dificultoso que o processo de alteração das demais espécies normativas, daí a rigidez constitucional.

■ **Declaração de direitos:**

- a) os princípios democráticos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos estão consolidados no texto, consagrando direitos fundamentais de maneira inédita, por exemplo, ter tornado o racismo e a tortura (que já havia sido abolida — art. 179, XIX, da Constituição de 1824) crimes **inafiáveis**;
- b) os direitos dos trabalhadores foram ampliados;
- c) pela primeira vez se estabeleceu o controle das omissões legislativas, seja pelo mandado de injunção (controle difuso), seja pela ADI por omissão (controle concentrado), temas a serem estudados;
- d) introduziu-se a ADPF — arguição de descumprimento de preceito fundamental, tema a ser desenvolvido no capítulo sobre o controle de constitucionalidade;
- e) outros remédios também foram previstos pela primeira vez no texto, quais sejam, o mandado de segurança coletivo e o *habeas data*;
- f) há previsão específica, pela primeira vez, de um capítulo sobre o “meio ambiente” (art. 225);
- g) nesse sentido, destacam-se, dentre as funções institucionais do Ministério Público, a de promover o inquérito civil e a **ação civil pública**, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (arts. 127, *caput*, e 129, III). Lembramos que, de acordo com o art. 129, § 1.º, a legitimação do Ministério Público para as ações civis não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto na Constituição e na lei;<sup>121</sup>
- h) outra relevante função institucional do MP é a de defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V);
- i) importante previsão da Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5.º, LXXIV. Por força das alterações promovidas pela Lei n. 11.448/2007 e pela LC n. 132/2009 (consagradas na EC n. 80/2014), a Defensoria tornou-se parte legítima para a propositura de ação civil pública, atribuição esta reconhecida como constitucional pelo Pleno do STF no julgamento da **ADI 3.943** (j. 07.05.2015, cf. *item 12.5.10.10*).

■ **Separação da Ordem Econômica e da Ordem Social:** a primeira Constituição brasileira a separar a *ordem econômica* da *ordem social* foi a de 1988.

A ordem econômica recebeu tratamento sistemático, pioneiramente, na Constituição do México de 1917. No Brasil, sob a influência da *Constituição de Weimar*, de

<sup>121</sup> Cf. o nosso *Teoria geral da ação civil pública*, 3. ed., *passim*.

1919, a primeira a tratar da ordem econômica e da ordem social em título único (Título IV) foi a de 1934.

A Constituição de 1937, embora mantendo as matérias sobre a ordem econômica e social, aboliu a utilização de títulos e passou a destacar, de modo simplificado, a ordem econômica.

As Constituições de 1946, 1967 e a EC n. 1/69 seguiram a mesma estrutura da de 1934, agregando a ordem econômica e a ordem social em um único título.

A Constituição de 1988, conforme visto, inova e passa a tratar da ordem social em título próprio, **desvinculando-a** da ordem econômica que, por sua vez, recebe matérias sobre o sistema financeiro nacional (Título VII). Alguns temas da ordem social que eram assegurados nas Constituições anteriores, como os *direitos dos trabalhadores*, foram deslocados para o Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais (direitos sociais).

## 2.7. QUESTÕES

A partir desta **21.ª edição**, em razão da necessidade de atualização e aprimoramento da obra e diante da impossibilidade de aumentar o seu número de páginas, decidimos transportar as questões do *modelo tradicional* para a plataforma on-line. O material poderá, inclusive, ser baixado em PDF para o “**treino**” e segue exatamente o mesmo formato das edições anteriores.

Potencializando a pioneira, vitoriosa, consagrada, testada e já aprovada **metodologia**, aplicada com sucesso desde a 1.ª edição do **NOSSO Esquematizado®**, introduzimos duas **poderosas novidades** que passam a constituir **material digital exclusivo**: **a) vídeos** ao longo dos capítulos; **b) acesso à plataforma** on-line. Os **vídeos** servirão de ferramenta para a sedimentação da matéria, destaque dos pontos mais importantes, revisão e, em alguns momentos, introdução de conteúdo complementar novo; o acesso à **plataforma** permitirá a **ampliação do “treino”**.

Esperamos que gostem das novidades e estamos sempre abertos a críticas e sugestões!

2

CONSTITUIÇÃO: CONCEITO, CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA,  
CLASSIFICAÇÕES, ELEMENTOS E HISTÓRICO

