

# **Direito Constitucional**

1ª edição

2010



WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG

# Direito Constitucional

1ª edição

2010



EDITOR: Antonio Carlos A P Serrano

CONSELHO EDITORIAL: Antonio Carlos Alves Pinto Serrano (presidente), Felipe Nogueira Monteiro, Fernando Reverendo Vidal Akaoui, Hélio Pereira Bicudo, Luiz Alberto David Araujo, Marcelo Sciorilli, Marilena I. Lazzarini, Motauri Ciochetti de Souza, Oswaldo Peregrina Rodrigues, Roberto Ferreira Archanjo da Silva, Vanderlei Siraque e Vidal Serrano Nunes Júnior.

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Rothenburg, Walter Claudius  
Direito constitucional / Walter Claudius  
Rothenburg. -- 1. ed. -- São Paulo : Editora  
Verbatim, 2010.

Bibliografia.  
ISBN 978-85-61996-28-4

1. Brasil - Direito constitucional 2. Direito  
constitucional I. Título.

10-01130

CDU-342

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito constitucional 342

Capa e diagramação: Manuel Rebelato Miramontes

Direitos reservados desta edição por  
EDITORA VERBATIM LTDA.  
Rua Zacarias de Góis, 2006  
CEP 04610-000 – São Paulo – SP  
Tel. (0xx11) 5533.0692  
www.editoraverbatim.com.br  
e-mail: editoraverbatim@editoraverbatim.com.br

Este livro é dedicado a minha mãe DOROTHEA  
e a meu irmão DIETER.



## **A chave**

E de repente  
o resumo de tudo é uma chave.  
A chave de uma porta que não abre  
para o interior desabitado  
no solo que inexistente,  
mas a chave existe.

(...)

A porta principal, esta é que abre  
sem fechadura e gesto.

Abre para o imenso.

Vai-me empurrando e revelando  
o que não sei de mim e está nos Outros.

(...)

(CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE)





# Índice por assunto

1. CONSTITUIÇÃO – CONCEITO, CLASSIFICAÇÃO, CARACTERÍSTICAS E ESTRUTURA .....	17
1.1. Conceito.....	17
1.2. Classificação .....	17
1.2.1 quanto ao conteúdo ( <i>natureza</i> ) das normas: <i>Constituição material</i> ou <i>substancial</i> ; <i>Constituição formal</i> .....	18
1.2.2 quanto à <i>forma de expressão</i> das normas: <i>Constituição não-escrita</i> , <i>histórica</i> , <i>costumeira</i> ou <i>consuetudinária</i> ; <i>Constituição escrita</i> ou <i>dogmática</i> .....	21
1.2.2.1 quanto à <i>unidade textual (documental)</i> : <i>Constituições</i> <i>codificadas</i> ou <i>reduzidas</i> ; <i>Constituições legais</i> ou <i>variadas</i> .....	22
1.2.3 quanto à <i>origem</i> : <i>Constituição outorgada</i> (incluída a <i>Constituição</i> <i>cesarista</i> ); <i>Constituição pactuada</i> ; <i>Constituição promulgada</i> , <i>popular</i> ou <i>democrática (votada)</i> .....	22
1.2.4 quanto à <i>extensão (tamanho)</i> : <i>Constituição sintética</i> ou <i>concisa</i> ; <i>Constituição analítica</i> , <i>extensa</i> ou <i>prolixa</i> .....	23
1.2.5 quanto ao <i>fundamento</i> : <i>Constituição simples</i> ; <i>Constituição complexa</i> , <i>compromissória</i> ou <i>eclética</i> .....	24
1.2.6 quanto à <i>finalidade (ideologia)</i> : <i>Constituição liberal</i> ou <i>garantista</i> ou <i>orgânica</i> ou <i>Constituição-balanço</i> ; <i>Constituição dirigente</i> , <i>programática (Constituição-programa)</i> , <i>social</i> , <i>diretiva</i> ou <i>prospectiva</i> .....	25
1.2.7 quanto à <i>rigidez</i> ou <i>estabilidade</i> ou <i>reforma</i> ou <i>mudança</i> : <i>Constituição flexível</i> ; <i>Constituição rígida</i> (incluída a <i>super-rígida</i> ); <i>Constituição semi-rígida</i> e outras variações.....	25
1.2.8 quanto ao <i>objeto (conteúdo)</i> : <i>Constituição material</i> ; <i>Constituição procedimental</i> .....	28
1.2.9 quanto à <i>estatalidade (soberania)</i> : <i>Constituição estatal (nacional)</i> ; <i>Constituição supraestatal (supranacional)</i> – <i>interconstitucionalismo</i> e <i>transconstitucionalismo</i> .....	29
1.2.10 quanto à <i>efetividade</i> ou <i>conformação à realidade</i> (classificação ontológica): <i>Constituição semântica</i> ; <i>Constituição nominal</i> ; <i>Constituição normativa</i> .....	31
1.3. Constitucionalismo .....	32
1.4. De volta ao conceito: características da Constituição .....	33
1.4.1 conteúdo ( <i>determinadas matérias</i> ).....	33
1.4.2 finalidades (função).....	34

1.4.3 <i>caráter jurídico</i> .....	34
1.4.4 <i>escritura, sistematicidade e rigidez</i> .....	34
1.4.5 <i>legitimidade democrática</i> .....	35
1.4.6 <i>efetividade</i> .....	35
1.5. Constituição e realidade.....	35
1.6. Estrutura .....	37
1.6.1 <i>Preâmbulo</i> .....	37
1.6.2 <i>Disposições permanentes</i> .....	39
1.6.3 <i>Disposições transitórias</i> .....	39
1.6.4 Elementos das Constituições .....	40
Referências bibliográficas.....	41
2. A CONSTITUIÇÃO E SUAS REPRESENTAÇÕES .....	45
2.1. Introdução sonora: música.....	45
2.2. O livro sagrado .....	47
2.3. Razão e sensibilidade compõem a estética constitucional.....	48
2.4. A Constituição como símbolo.....	50
2.5. Preâmbulo: a primeira impressão é a que fica .....	53
2.6. Literatura .....	54
2.7. Datas .....	58
2.8. Lugares .....	60
2.9. Monumentos.....	60
2.10. Desenhos.....	61
2.11. Pinturas .....	61
2.12. Filmes .....	62
2.13. A Constituição ao alcance de todos.....	63
2.14. Constituição distante .....	65
Referências bibliográficas.....	65
3. PODER CONSTITUINTE (quem faz a Constituição) E REFORMA CONSTITUCIONAL: (quem refaz a Constituição) .....	69
3.1. Poder constituinte (originário) – características.....	69
3.2. Natureza jurídica do poder constituinte .....	72
3.3. Limitações jurídicas do poder constituinte.....	73
3.4. Poder constituinte fundacional.....	74
3.5. Revolução e transição constitucional.....	75
3.6. Poder constituinte transnacional.....	76
3.7. Estabilidade e mudança da Constituição .....	77
3.8. Alterações formais e informais (mutação constitucional).....	78
3.9. Poder constituinte derivado, de 2ª grau ou instituído .....	79
3.9.1. Poder de reforma.....	80
3.9.2. Poder “constituinte” decorrente (Estados, DF e Municípios) .....	80
3.10. Limites da reforma constitucional.....	81
3.10.1 <i>limites procedimentais (formais)</i> .....	81
3.10.2 <i>limites materiais</i> .....	81
3.10.3 <i>limites temporais</i> .....	81

3.10.4 limites <i>subjetivos</i> .....	82
3.10.5 limites <i>circunstanciais</i> .....	82
3.11. Duplo grau de reforma (revisão) e fraude à Constituição .....	83
3.12. Reforma da Constituição de 1988.....	84
3.12.1. Emendas à Constituição (CR 60).....	84
3.12.1.1. Tratados aprovados como emenda (CR 5º § 3º) .....	86
3.12.2. Revisão da Constituição (ADCT 3º) .....	87
3.12.3. Plebiscito sobre forma e sistema de governo (ADCT 2º) .....	89
Quadro sinótico do poder constituinte.....	90
Referências bibliográficas.....	91
4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	95
4.1. Conceito.....	95
4.2. Pressupostos.....	96
4.3. Inconstitucionalidade – classificação.....	96
4.3.1. Quanto à <i>natureza</i> (o tipo da doença): a) inconstitucionalidade <i>material</i> ou <i>substancial</i> ; b) inconstitucionalidade <i>formal</i> .....	96
4.3.2. Quanto à <i>extensão</i> (o quanto a doença atingiu do organismo): a) inconstitucionalidade <i>total</i> – todo o ato normativo (ex: uma lei com 30 artigos) é comprometido; b) inconstitucionalidade <i>parcial</i> .....	97
4.3.3. Quanto à <i>causa</i> (a origem ou motivo da doença): a) inconstitucionalidade <i>por ação</i> ; b) inconstitucionalidade <i>por omissão</i> ; c) inconstitucionalidade <i>interventiva</i> .....	98
4.3.4. Quanto ao <i>momento</i> do surgimento (quando aparece a doença): a) inconstitucionalidade <i>originária</i> ; b) inconstitucionalidade <i>superveniente</i> .....	99
4.3.5. Quanto à <i>relação com o objeto da inconstitucionalidade</i> : a) inconstitucionalidade <i>antecedente</i> ou <i>imediata</i> ; b) inconstitucionalidade <i>conseqüente</i> ou <i>derivada</i> .....	100
4.3.6. Quanto ao <i>parâmetro de constitucionalidade</i> : a) inconstitucionalidade <i>direta</i> ou <i>imediata</i> – há desconformidade diretamente em relação à Constituição; b) inconstitucionalidade <i>indireta, mediata</i> ou <i>reflexa</i> .....	100
4.3.7. Quanto à <i>evidência do parâmetro de constitucionalidade</i> : a) inconstitucionalidade <i>direta</i> ou <i>expressa</i> – aquela em que violada norma constitucional expressa; b) inconstitucionalidade <i>indireta, decorrente</i> ou <i>implícita</i> .....	101
4.4. Controle de constitucionalidade – classificação.....	101
4.4.1. Quanto ao <i>órgão</i> (quem realiza o controle de constitucionalidade, quem é o “médico” que vai tratar da “doença”): a) controle <i>político</i> ; b) controle <i>judicial</i> .....	101
4.4.2. Quanto ao <i>momento</i> (quando ocorre o controle de constitucionalidade; quando é hora de realizar o “tratamento”, de dar o “remédio”): a) controle <i>preventivo</i> , “ <i>a priori</i> ”, <i>prévio</i> , <i>antecedente</i> ou <i>anterior</i> ; b) controle <i>repressivo</i> , “ <i>a posteriori</i> ”, <i>posterior</i> , <i>conseqüente</i> ou <i>sucessivo</i> .....	101
4.4.3. Quanto ao <i>número de órgãos judiciais</i> (quantos são os órgãos judiciais que farão o controle de constitucionalidade? quantos são os componentes	

da “equipe médica”): a) controle <i>difuso</i> ou <i>aberto</i> ; b) controle <i>concentrado</i> ou <i>reservado</i> ; c) controle <i>misto</i> .....	102
4.4.4. Quanto ao <i>modo</i> (como é realizado o controle de constitucionalidade; como é o “tratamento”): a) controle <i>incidental</i> , <i>por via de exceção</i> ou <i>defesa</i> ; b) controle <i>principal</i> ou <i>por via de ação direta</i> .....	102
4.4.5. Quanto ao <i>objeto</i> (o que vai ser controlado; quem é o “doente”): a) controle <i>concreto</i> ou <i>subjetivo</i> – realizado em função de um caso concreto, em que se discutem, normalmente, direitos subjetivos; b) controle <i>abstrato</i> , <i>objetivo</i> ou <i>em tese</i> .....	103
4.4.6. No Brasil .....	103
4.5. Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade .....	103
4.5.1 Controle judicial difuso e em concreto de constitucionalidade .....	104
4.5.1.1. Verticalização do controle de consitucionalidade judicial difuso e em concreto.....	106
4.5.1.2. Recurso extraordinário .....	107
4.5.1.3. Suspensão pelo Senado Federal (CR 52 X) .....	108
4.5.1.4. Súmula vinculante .....	109
4.5.2. Controle judicial concentrado e em abstrato de constitucionalidade (ações diretas).....	113
4.5.2.1. Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) .....	113
4.5.2.1.1 Parâmetro.....	113
4.5.2.1.2 Objeto.....	115
4.5.2.1.2.1 normas constitucionais inconstitucionais. 118	
4.5.2.1.3 Legitimação ativa.....	119
4.5.2.1.4 Legitimação passiva.....	121
4.5.2.1.5 Intervenção de terceiros.....	122
4.5.2.1.5.1 <i>amicus curiae</i> .....	122
4.5.2.1.6 Processo .....	122
4.5.2.2. Ação declaratória de constitucionalidade (ADC) .....	124
4.5.2.3. A decisão no processo objetivo de controle de constitucionalidade e seus efeitos.....	131
4.5.2.3.1 Quorum .....	131
4.5.2.3.2 Comunicação e publicação .....	131
4.5.2.3.3 Eficácia “ <i>erga omnes</i> ” e efeito vinculante.....	132
4.5.2.3.4 Efeito transcendente dos motivos determinantes da declaração de (in)constitucionalidade .....	133
4.5.2.3.5 Efeito repristinatório.....	133
4.5.2.3.6 Modulação dos efeitos.....	134
4.5.2.3.7 Recursos .....	135
4.5.2.3.8 Técnicas de decisão.....	135
4.5.2.3.8.1 Interpretação conforme a Constituição.....	135
4.5.2.3.8.2 Declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto .....	137
4.5.2.3.8.3 Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade .....	138

4.5.2.3.8.4 Trânsito para a inconstitucionalidade (normas ainda constitucionais) .....	138
4.5.2.4 Reclamação .....	139
4.5.2.5 Aproximações entre as modalidades de controle (difuso/em concreto e concentrado/em abstrato) .....	140
4.5.2.5.1 Ação civil pública e controle de constitucionalidade..	141
4.5.2.6 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIo).....	141
4.5.2.7. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) .....	148
Referências bibliográficas.....	156
5. INTERVENÇÃO NA FEDERAÇÃO.....	161
5.1 Características.....	161
5.1.1 ingerência.....	161
5.1.2 medida excepcional.....	161
5.1.3 restrita.....	162
5.1.4 limitada.....	162
5.1.5 típica da federação .....	163
5.1.6 com finalidade específica.....	164
5.1.7 por determinação do ente federativo imediatamente mais amplo .....	164
5.1.8 com eventual substituição .....	165
5.2 Conceito .....	167
5.3 Causas (hipóteses) de intervenção.....	168
5.3.1 Manutenção da integridade nacional.....	168
5.3.2 Repulsa à invasão estrangeira ou de uma unidade da federação em outra.....	168
5.3.3 Grave comprometimento da ordem pública .....	169
5.3.4 Garantia do livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da federação.....	169
5.3.5 Reorganização das finanças da unidade da federação que suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior.....	170
5.3.6 Reorganização das finanças da unidade da federação que deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas na Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei .....	170
5.3.7 Execução de lei federal, ordem ou decisão judicial .....	170
5.3.8 Observância da forma republicana, do regime representativo e do regime democrático.....	171
5.3.9 Observância dos direitos da pessoa humana.....	171
5.3.10 Observância da autonomia municipal.....	173
5.3.11 Observância da prestação de contas da Administração Pública direta e indireta.....	174
5.3.12 Observância da aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.....	174
5.4 Intervenção em Município.....	175

5.5 Iniciativa (quem se manifesta pela intervenção) .....	177
5.6 Intervenção normativa e intervenção material.....	183
5.7 Intervenção por requisição do Judiciário .....	185
5.7.1 o Judiciário é o Poder coagido .....	185
5.7.2 desobediência a ordem ou decisão judicial.....	186
5.7.3 inexecução de lei .....	192
5.7.4 inobservância de princípio constitucional sensível.....	194
5.8 Interventor .....	203
5.9 Controle político-parlamentar do decreto de intervenção .....	205
5.10 Controle judicial .....	208
5.11 Perda de importância .....	209
Referências bibliográficas.....	210

# Apresentação

O estudo do Direito Constitucional tem de ser *prático* antes de tudo. É nessa perspectiva que são reunidas informações e reflexões sobre alguns dos mais importantes assuntos do Direito Constitucional, fruto da experiência como professor de graduação, pós-graduação e cursos preparatórios, conferencista, autor de textos, examinador de provas em concursos públicos e Procurador da República.

Há duas maneiras de o leitor localizar os temas deste livro. A primeira é o *índice por assunto*, em que são indicados os diversos pontos abordados. A segunda é o *índice por artigos da Constituição*, em que se pode facilmente procurar pelo número do artigo da Constituição de 1988 (com a menção do tema de que trata), sendo indicados os pontos que referem o respectivo artigo.

A Constituição é melhor compreendida quando são apresentados os diversos modelos que ensejam a classificação das espécies de Constituição e quando são apontadas as características da Constituição, bem como a forma como ela é estruturada. A partir desses dados, a elaboração de um conceito de Constituição torna-se um exercício ao alcance de todos. Mesmo quando esse conceito passa a ser discutido no âmbito internacional, diante da realidade das comunidades de Estados, em que o fenômeno constitucional projeta-se supranacionalmente (o interconstitucionalismo e o transconstitucionalismo). Esta é a proposta do primeiro capítulo.

O autor da Constituição, o Poder Constituinte originário, já não se manifesta abrupta e incondicionalmente, conforme uma visão romântica o figurava. Analisar quem e como se faz e refaz a Constituição; as modalidades de reforma constitucional, que permite a adaptação da Constituição aos novos tempos, mas representa o desafio de não descaracterizar a essência da perspectiva original, eis a proposta do terceiro capítulo.

A tecnologia de proteção da Constituição e de compatibilização dos comportamentos (ou de anulação dos comportamentos incompatíveis) talvez seja o tema mais evidente do Direito Constitucional na atualidade: o controle de constitucionalidade. Apontamentos de teoria geral da inconstitucionalidade e de fiscalização da constitucionalidade no contexto do complexo sistema brasileiro estão no quarto capítulo.

A intervenção na federação é um dos assuntos clássicos do federalismo. Ressentimo-nos, no Brasil, de um tratamento mais frequente e cuidadoso desse tema, e é por isso que ele forma o quinto capítulo.

Faltava dizer do segundo capítulo e não foi um vacilo. Trata-se de uma brincadeira: um ensaio sobre o sucesso da ideia “Constituição”, de como essa instituição arraigou-se na cultura e projeta-se no cotidiano, das ruas às artes. É possível que a Constituição seja até mais projetada do que respeitada, mas as tantas representações podem, sim, contribuir para o cumprimento da Constituição.

Estudar Direito Constitucional de modo prático não impõe superficialidade: pode ser uma viagem interessante e produtiva.

(Piracicaba-SP, janeiro de 2010)



# 1.

## Constituição – conceito, classificação, características e estrutura

### 1.1. Conceito

A Constituição é o conjunto das normas jurídicas fundamentais de uma sociedade e que tratam especialmente dos direitos humanos (fundamentais), da estrutura e do funcionamento do Estado<sup>1</sup> (e, quem sabe, de uma comunidade de Estados). A palavra “constituição” tem o significado corrente de elementos que formam (constituem) algo, porém é preciso completar e ajustar esse conceito num sentido técnico (jurídico-normativo). No mundo contemporâneo, podemos considerar que a Constituição é aquele grupo de normas jurídicas que está expresso num *documento escrito*, que fundamenta (dá sustentação e “ilumina”) todo o Direito da sociedade, sendo dotado de *superioridade*. Está presente uma dimensão dinâmica: a Constituição é ainda o modo como essa regulamentação *acontece*, como ela se projeta e integra a realidade (mesmo quando as normas não são aplicadas, são “descumpridas”). Por isso, numa imagem, a Constituição está mais para cinema do que para fotografia.

O Direito requer um parâmetro superior, uma instância de validação e de referência última, que, tradicionalmente, é oferecido pela Constituição.

### 1.2. Classificação

O duplo interesse em se proceder a uma classificação das Constituições está em oferecer uma apresentação organizada dos tipos históricos (história), a partir das principais características que as Constituições apresenta-

---

<sup>1</sup> ROTHENBURG (2007, p. 78).

ram e apresentam (natureza), segundo determinados critérios propostos pela doutrina. A terminologia é diversa e varia conforme autores e idiomas. Adotamos algumas das expressões mais correntes.

### 1.2.1 *quanto ao conteúdo (natureza) das normas: Constituição material ou substancial; Constituição formal*

Levando em consideração o conteúdo, ou seja, a qualidade que identifica as normas constitucionais, há o conceito de Constituição em sentido *material* (composto de normas *materialmente* constitucionais) e o conceito de Constituição em sentido *formal* (composto de normas *formalmente* constitucionais).

O conceito de Constituição material ou substancial corresponde a uma idéia intuitiva de Constituição enquanto conjunto de normas jurídicas sobre os *assuntos* fundamentais de uma sociedade (critério material), sendo, por isso mesmo, o regramento jurídico que institui (*constitui*) essa sociedade. Nesse sentido elementar, quando uma sociedade está minimamente organizada, ou seja, quando há normas que a definem, sendo reconhecidas as instituições básicas que a compõem e estando atribuídos os principais direitos, já existe Constituição em sentido material, ainda que rudimentar, ainda que não-escrita, ainda que as pessoas não se dêem exata conta disso: todo Estado tem Constituição (em sentido material).<sup>2</sup>

E quais seriam tais assuntos mais importantes do ponto de vista jurídico? O conteúdo é determinado historicamente (não é “revelado” de uma fonte transcendente) e, embora variável na história, diz respeito à estrutura e ao funcionamento do Estado e aos direitos fundamentais<sup>3</sup> (tanto direitos individuais quanto direitos sociais, econômicos, culturais). Os desafios dos tempos propõem temas constitucionais, como é o caso, atualmente, da preocupação com o ambiente ecologicamente equilibrado (CR 225).<sup>4</sup>

Aquilo que hoje se consideram as primeiras Constituições (ou protoconstituições) prende-se a um conceito material: desde Aristóteles (“A constituição do Estado tem por objecto a organização das magistraturas, a distribuição dos poderes, as atribuições de soberania, numa palavra, a determinação do fim especial de cada associação política.”)<sup>5</sup> à Declaração Universal dos

<sup>2</sup> IRVING STEVENS (1996, p. 3-4).

<sup>3</sup> “A fundamentação material é hoje essencialmente fornecida pelo *catálogo de direitos fundamentais* (direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais).” (CANOTILHO, 1993, p. 74.)

<sup>4</sup> ROTHENBURG (2005). Sobre o caráter de direito fundamental das normas constitucionais concernentes: MACHADO (2008, p. 123-125).

<sup>5</sup> CANOTILHO (1993, p. 58).

Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (Art. 16. “Toda sociedade em que não é assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem constituição.”).

O conceito de Constituição material que apresentamos pretende ser *normativo*, ou seja, considera o conteúdo de *normas jurídicas* que compõem a Constituição, e, portanto, não se confunde com uma perspectiva que considera as relações sociais – especialmente os “fatores reais do poder” (Ferdinand Lassalle<sup>6</sup>) – que correspondem a um “conceito sociológico” de Constituição.

A Constituição formal caracteriza-se pela *apresentação e produção* específicas (diferenciadas) de suas normas, antes que pelo conteúdo. Trata-se de normas criadas intencional e solenemente (num momento de importância e às vezes de ruptura histórica), pelo Poder Constituinte, e estabelecidas em documento(s) – portanto escritas (toda Constituição formal é uma Constituição escrita e vice-versa). O conceito formal de Constituição oferece um critério seguro de reconhecimento das normas constitucionais (e, por meio delas, do conteúdo de determinada Constituição), conquanto eventualmente artificial: sabe-se o que é constitucional (o que está na Constituição), qualquer que seja o assunto tratado (embora os assuntos mais importantes tendam a ser tratados por essa forma), pois o critério de reconhecimento é a forma como as normas foram criadas e são apresentadas. Temas considerados merecedores de figurar na Constituição, e assim obter evidência e estabilidade<sup>7</sup>, ainda quando não façam parte dos temas tradicionalmente constitucionais, integram a Constituição em sentido formal. É o caso, no Brasil, por exemplo, do tombamento dos documentos e sítios “detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos” (CR 216 § 5º), do prazo para conversão da separação judicial em divórcio (CR 226 § 6º), da manutenção do Colégio Pedro II, do Rio de Janeiro, “na órbita federal” (CR 242 § 2º)<sup>8</sup> e – no limite do absurdo – do art. 42 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição do Estado da Bahia (hoje revogado<sup>9</sup>): “O Estado promoverá e estimulará a inclusão do chocolate na merenda escolar, nas creches, na alimentação da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar, dos presídios e reformatórios, em todas as repartições públicas e autárquicas e em todos os programas sociais do Estado.”; bem como do art. 36 do ADCT da Constituição do Estado do Paraná, de 1989: “O Estado promoverá concorrência pública entre firmas nacionais, internacionais ou grupos

<sup>6</sup> 1985, p. 11-12.

<sup>7</sup> LOUS FAVOREU et al. (2001, p. 78).

<sup>8</sup> PEDRO LENZA (2005, p. 42) também usa esse exemplo.

<sup>9</sup> Revogado pela Emenda Constitucional 7, de 18/01/1999.

de empresas, para a construção de uma ponte sobre a baía de Guaratuba, cujo pagamento será feito com a cobrança de pedágio pelo prazo máximo de quinze anos.”. Nos Estados Unidos, a despeito do sintetismo de sua Constituição, é ilustrativa a proibição de fabricação, venda ou transporte de bebidas alcoólicas, instituída pela 18ª emenda e posteriormente revogada pela 21ª.<sup>10</sup>

Pode-se definir a Constituição formal a partir de três diferentes critérios: a forma (por exemplo, normas escritas), a fonte de produção (um órgão específico que edita ou tem o poder de revisar as normas constitucionais) ou um procedimento específico de edição ou revisão (Pierre Pactet).<sup>11</sup> Nenhum desses três critérios é suficiente isoladamente: a mera escritura (que é característica das Constituições *escritas*) deve estar acompanhada de intencionalidade e solenidade; um determinado órgão pode, além de ser titular do Poder Constituinte em certo momento, produzir ordinariamente outras normas jurídicas além das constitucionais (com o que não seria um órgão *específico*), e talvez possa produzir normas não-escritas; se é certo que as normas formalmente constitucionais têm uma forma específica de edição (mas não tanto um procedimento específico), não precisam, porém, ter um procedimento específico de revisão, que é característico apenas das Constituições *rígidas*).

Normalmente, a Constituição formal é rígida, ou seja, suas normas somente poderão ser alteradas por um procedimento diferenciado. Essa, no entanto, não é uma correlação necessária<sup>12</sup>: é possível que as normas de uma Constituição formal – que foram produzidas de um modo diferenciado (intencional e solene) – sejam alteradas como outras normas jurídicas, isto é, que essa seja uma Constituição flexível.

A apresentação sob forma escrita e organizada (expressão documental) fornece o conceito de *Constituição instrumental*. Nesse sentido, a compreensão de Constituição formal aqui adotada confunde-se com a de Constituição instrumental, que reúne os efeitos racionalizador, estabilizante, de segurança jurídica e calculabilidade, de publicidade (Canotilho<sup>13</sup>).

Constituição material e Constituição formal, antes de consistirem em dois tipos diferentes de Constituição, são dois aspectos (conceitos) complementares, sob os quais é possível abordar o mesmo fenômeno: as normas constitucionais sobre os assuntos fundamentais (Constituição em sentido

<sup>10</sup> A referência é feita por PIERRE PACTET (1991, p. 67).

<sup>11</sup> 1991, p. 67.

<sup>12</sup> Diz JORGE MIRANDA (1996, p. 30) que as normas formalmente constitucionais “exigem um processo específico de formação (conquanto não necessariamente um processo especial de modificação)”.

<sup>13</sup> 1993, p. 65. Cuidado para não confundir com outro sentido de *Constituição instrumental*, como o conjunto de normas jurídicas de caráter procedimental, que deve ser utilizado para o governo da sociedade (*instrument of government*); essa concepção é aqui combatida: o processo e a forma só têm sentido, num Estado Democrático, quando relacionados com um certo conteúdo” (CANOTILHO, idem, p. 80-82).

material) aparecem sob forma específica (Constituição em sentido formal), assim que a maior importância das normas constitucionais é traduzida pela forma especial. “A maioria das normas da Constituição no sentido material encontra-se na Constituição no sentido formal.” (Dimitri Dimoulis<sup>14</sup>). Pode, entretanto, a Constituição formal conter normas que não tratem dos assuntos fundamentais (normas apenas formalmente constitucionais), bem como pode haver – embora dificilmente – normas que tratem de assuntos fundamentais mas não façam parte da Constituição formal (normas apenas materialmente constitucionais).

### 1.2.2 quanto à forma de expressão das normas: *Constituição não-escrita, histórica, costumeira ou consuetudinária; Constituição escrita ou dogmática*

Essa classificação parte da forma como as normas constitucionais aparecem expressas.

Constituições não-escritas são manifestação do Direito consuetudinário: aquele cujas normas são formadas por costumes (tradição), usos e convenções, adotados (e impostos) com consciência de sua obrigatoriedade e heteronomia<sup>15</sup>, o que pressupõe um sólido e estável consenso social, assentado em uma homogeneidade política<sup>16</sup>. Nos tempos atuais, de franca predominância do Direito escrito, mesmo Estados de tradição costumeira – do qual a Inglaterra é o exemplo mais destacado (sendo também referidos Nova Zelândia e Israel)<sup>17</sup> – adotam diversos textos de valor constitucional (que integram – embora não esgotem – a Constituição jurídica, composta de várias outras normas não-escritas), tais como a *Magna Charta* (1215) e o *Act of Settlement* (1700).<sup>18</sup> A eventual redução a escrito (mera compilação de textos) das normas de uma Constituição consuetudinária não a modifica, se ela mantiver o caráter costumeiro.

Escrita (ou dogmática) é a Constituição cujas normas, além de grafadas (sob forma textual) em um ou mais documentos, estão organizadas (sistemizadas): Constituição escrita = escritura + sistematização. Quase todas as Constituições contemporâneas o são.

<sup>14</sup> 2003, p. 310.

<sup>15</sup> DIMITRI DIMOULIS (2003, p. 204-206).

<sup>16</sup> TEMISTOCLE MARTINES (2005, p. 185).

<sup>17</sup> Adverte, porém, ROBERT DAHL (2001, p. 136; nota 2): “Por meio de uma série de leis sancionadas pelo Parlamento reunido como corpo constitucional, Israel tem transformado seus arranjos constitucionais em uma constituição escrita.”; IRVING STEVENS (1996, p. 4).

<sup>18</sup> IRVING STEVENS (1996, p. 5-6 e 13-14); ANDRÉ RAMOS TAVARES (2006, p. 66).

O paradoxo (aparente) está em que uma Constituição não-escrita pode até ser escrita, enquanto, para uma Constituição ser considerada escrita, não basta que seja escrita (uma Constituição escrita pode não ser escrita). Explica-se: se alguém decidisse escrever (retratar) as normas de uma Constituição costumeira, isso não bastaria para retirar-lhe a característica de compor-se de normas que se formaram e se alteram como Direito consuetudinário; assim também a mera escritura (redução a texto) das normas constitucionais, eventualmente esparsa e desordenada, não é suficiente para caracterizar a Constituição escrita (no sentido de dogmática), que, além disso, precisa estar ordenada racionalmente (sistemizada).

### 1.2.2.1 quanto à unidade textual (documental): Constituições codificadas ou reduzidas; Constituições legais<sup>19</sup> ou variadas

Trata-se de uma classificação das Constituições escritas, que podem (o que é comum) compor-se de um único corpo de normas (um só documento) – ditas *Constituições codificadas* ou *reduzidas* a “um código único, sistematizado” (LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO E VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR<sup>20</sup>) – ou de alguns textos (diplomas legais) distintos, provavelmente editados em momentos diversos – ditas *Constituições legais* (expressão equívoca, pois ignora a provável superioridade das normas constitucionais, a despeito da diversidade documental, e que por isso não são normas meramente legais) ou *variadas*, de que são exemplo célebre as leis constitucionais da 3ª República francesa (1875)<sup>21</sup>.

### 1.2.3 quanto à origem: Constituição outorgada (incluída a Constituição cesarista); Constituição pactuada; Constituição promulgada, popular ou democrática (votada)

Interessa aqui o modo como surgem as Constituições, de quem parte a iniciativa de produzi-las.

*Outorgada* é a Constituição que nasce de um ato unilateral do detentor do poder político no Estado, e pode até ter sido imposta ou ter nascido de uma reivindicação (de grupos ou da maioria da população). Para designar esse tipo de Constituição, é tradicionalmente utilizado o termo “Carta” e, modernamente, “heteroconstituição”. As Constituições brasileiras de 1824 (outor-

<sup>19</sup> PAULO BONAVIDES (1996, p. 70-71).

<sup>20</sup> 2005, p. 6-7.

<sup>21</sup> PIERRE PACTET (1991, p. 283).

gada pelo imperador D. Pedro I), de 1937 (outorgada pelo presidente Getúlio Vargas) e de 1967/1969 (outorgada pelos militares), são exemplos. Não deixa de haver imposição (portanto, outorga) quando Estados colonialistas ou vencedores da guerra estabelecem a Constituição dos Estados vencidos (como, no primeiro caso, a Constituição da África do Sul, de 1909, outorgada pelo Parlamento britânico, e, no segundo, a Constituição do Japão, de 1945, outorgada sob dominação dos Estados Unidos), dita *heteroconstituição*.<sup>22</sup>

Modalidade mais sofisticada de Constituição outorgada, a *Constituição cesarista* é aquela em que o detentor despótico do poder (monarca, ditador, grupo hegemônico) submete a Constituição a referendo popular, manipulando e induzindo a opinião pública.<sup>23</sup> Citem-se a Constituição francesa de 1852, de Luís Napoleão Bonaparte (Napoleão III), e a Constituição chilena sob o general Pinochet.

*Pactuada* é a Constituição que se origina de um acordo (pacto) ou composição de forças entre (normalmente) dois grupos hegemônicos, quando não é viável a imposição de apenas um deles.<sup>24</sup> O exemplo clássico é da *Magna Charta* inglesa (1215), que resultou de um pacto entre a nobreza (os barões) e o enfraquecido rei João Sem Terra.

*Promulgada* é a Constituição que nasce da representação popular, normalmente produzida por representantes eleitos, seja para esse fim específico (convenção constituinte), seja também para a representação política ordinária (assembleia constituinte), podendo ou não ser submetida diretamente à população (via referendo ou até plebiscito).

#### 1.2.4 quanto à extensão (tamanho): *Constituição sintética ou concisa; Constituição analítica, extensa ou prolixa*

Essa classificação é conforme o tamanho da Constituição, a extensão de seu texto (traduzida quase sempre pelo número de dispositivos).

A Constituição *sintética* tem poucos artigos, é curta, resume-se a alguns princípios e regras básicos. A Constituição dos Estados Unidos da América, cuja origem remonta a 1786, é o grande exemplo atual. Constituição *analítica* é a de muitos artigos, que versam sobre diversos temas, de conteúdo não apenas materialmente constitucional (pensamos que uma Constituição analítica seja necessariamente formal, quer dizer, não contém apenas nor-

<sup>22</sup> JORGE MIRANDA (1996, p. 80-81); JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO (2002, p. 346-347).

<sup>23</sup> JOSÉ AFONSO DA SILVA (1999, p. 43-44).

<sup>24</sup> PAULO BONAVIDES (1996, p. 72), acrescentando que o “compromisso (é) instável... (e) o equilíbrio é precário”.

mas materialmente constitucionais). Por exemplo, a Constituição portuguesa de 1976 tinha, inicialmente 312 artigos (o número diminuiu um pouco, após sucessivas revisões, ao contrário da Constituição brasileira de 1988); a Constituição espanhola de 1978 tem 167 artigos, mais algumas disposições adicionais, transitórias e derogatórias. Paulo Bonavides aponta as seguintes causas das Constituições prolixas (analíticas): “a preocupação de dotar certos institutos de proteção eficaz, o sentimento de que a rigidez constitucional é amparo 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>25</sup>

### 1.2.5 quanto ao fundamento: Constituição simples; Constituição complexa, compromissória ou eclética

Podem as Constituições ser classificadas de acordo com a base (fundamento) em que se assentam, que pode ser simples e pouco numerosa, ou mais complexa e diversificada.

*Simples* seriam as Constituições assentadas em poucos fundamentos (princípios); uma Constituição monocrática. Seria o caso, principalmente, de Constituições de regimes absolutistas (por exemplo, centradas na figura superpotente do monarca ou ditador, representante da unidade da nação<sup>26</sup>) ou de sociedades extremamente singelas.

Hoje, em sociedades heterogêneas (pluralismo político e multiculturalismo), as Constituições possuem diversos fundamentos (por isso, são ditas *complexas*), estabelecem acordos de compromisso entre os diversos segmentos sociais (*compromissórias*) e podem contemplar interesses contraditórios e conflitantes (*ecléticas*).

---

<sup>25</sup> 1996, p. 74.

<sup>26</sup> Talvez a concepção de Constituição formulada por CARL SCHMITT (1998[1931], p. 113) possa ser considerada correspondente ao tipo “simples”: “decisão política positiva” estabelecida “mediante um ato unilateral”. Fundamenta-se numa pretensa “unidade homogênea e indivisível de todo o povo alemão” e surge após a Primeira Grande Guerra, à época da ascensão do regime nacional-socialista. “A Constituição vigente no Reich (Império) afirma a idéia democrática da unidade homogênea e indivisível de todo o povo alemão, que, em virtude de seu poder constituinte, deu-se a si mesmo esta Constituição mediante uma decisão política positiva, quer dizer, mediante um ato unilateral.”



### 1.2.6 quanto à finalidade (ideologia): Constituição liberal ou garantista ou orgânica ou Constituição-balanço; Constituição dirigente, programática (Constituição-programa), social, diretiva ou prospectiva

Qualquer Constituição encerra uma perspectiva finalista, um objetivo orientado pela ideologia prevalecente.

As Constituições *liberais*, “que se centram na forma e no sistema de governo, sem (na aparência, pelo menos) curarem do sistema económico e social” (Jorge Miranda)<sup>27</sup>, têm em vista estabelecer um quadro normativo de garantia do liberalismo político-económico, sem maiores disposições de conteúdo sócio-económico no sentido da intervenção do Poder Público para corrigir excessos capitalistas e promover a emancipação das classes menos favorecidas; trata-se de uma perspectiva conservadora (negativa).

Constituições de tendência intervencionista, promocional, até socialista, que estabelecem programas (metas) e orientam (dirigem) o Estado e a sociedade em determinados rumos de transformação, caracterizam as Constituições *programáticas* ou *dirigentes*.<sup>28</sup> É o caso de diversas Constituições contemporâneas e especialmente das analíticas, que, sem deixar de ser garantistas (quer dizer, incorporam conquistas alcançadas, especialmente no domínio das liberdades), apresentam tendência prospectiva (positiva).<sup>29</sup>

### 1.2.7 quanto à rigidez ou estabilidade ou reforma ou mudança: Constituição flexível; Constituição rígida (incluída a super-rígida); Constituição semi-rígida e outras variações

Consideram-se aqui as Constituições segundo sua capacidade de alteração formal. Quanto mais dificilmente modificável uma Constituição, maior o seu grau de rigidez ou, o que é dizer o mesmo, menor a sua capacidade de alteração, e vice-versa. Também em relação às Constituições reflete-se o pro-

<sup>27</sup> 1996, p. 26.

<sup>28</sup> CANOTILHO (2001, p. 12).

<sup>29</sup> As normas jurídicas em geral têm algo de prospectivo, como modelos de condutas que são. Especialmente as Constituições, tentando configurar o Estado segundo um modelo preferido, traçam finalidades almeçadas, pelo que talvez todas as Constituições – desde as primeiras – sejam programáticas. DARCY RIBEIRO (2000, p. 64) localiza já nos primitivos “estados rurais artesanais” – fruto da “Revolução Urbana” – “as expressões mais claras dos objetivos gerais da sociedade, cuja consecução cabe a todos os cidadãos, bem como das metas individuais socialmente prescritas como desejáveis, em termos de consentimentos, prêmios e sanções”.

pósito humano de construir monumentos jurídicos que durem o máximo possível, expectativa não raramente frustrada pela história. Reproduz-se no Direito a oposição filosófica entre a permanência ou estabilidade (Parmênides) e a contínua modificação (Heráclito).

*Flexível* é a Constituição cujas normas podem ser modificadas como as outras normas do ordenamento jurídico, ou seja, o procedimento de reforma da Constituição não se distingue, sendo o mesmo da produção de outras normas jurídicas. Sob essa perspectiva, a Constituição flexível não oferece integralmente a garantia da rigidez (supremacia), pois, se suas normas podem ser alteradas do mesmo modo que as outras normas jurídicas, uma destas outras normas jurídicas que violasse a Constituição, antes de ser incompatível com ela, estaria a modificá-la.<sup>30</sup> Por hipótese, se a Constituição dissesse que apenas brasileiros natos poderiam ser juízes de direito, e uma lei qualquer viesse estabelecer que estrangeiros residentes no país há mais de oito anos também poderiam ser juízes, essa lei alteraria a norma constitucional, pois a maneira de reformar a Constituição não se diferenciaria da produção normativa ordinária.

Advirta-se, porém, que uma norma jurídica qualquer teria de respeitar o procedimento de elaboração previsto na própria Constituição: se está dito que somente o Congresso Nacional pode aprovar leis e pelo quorum de maioria absoluta, uma pretensa lei feita pelo Superior Tribunal de Justiça ou uma lei aprovada pelo Congresso com quorum de maioria simples seriam inconstitucionais (a menos que uma lei qualquer preceituasse que leis poderiam ser feitas pelo STJ ou aprovadas por maioria simples). Em resumo, num ambiente (hipotético) de Constituição flexível, a falta de rigidez impediria o controle de constitucionalidade sob o aspecto material (não haveria inconstitucionalidade material), mas não o controle de constitucionalidade sob o aspecto formal (poderia haver inconstitucionalidade formal).

Não se ignore, todavia, que o simples fato de surgir como uma norma constitucional e estar contida no documento “Constituição” confere à norma alguma distinção. O Estatuto Albertino (1848-1948) – que viria a ser a primeira Constituição da Itália –, a Constituição neozelandesa e a israelita são exemplos de Constituição flexível, segundo Jorge Miranda<sup>31</sup>.

As Constituições consuetudinárias também seriam, para muitos, flexíveis, pois sua transformação dar-se-ia como a das demais normas jurídicas de um ambiente de Direito costumeiro. Ousamos discordar, pois é carac-

<sup>30</sup> HANS KELSEN (1998, p. 375). Aponta NELSON DE SOUSA SAMPAIO (1954, p. 26) a Constituição alemã de Weimar (1919), cujo procedimento de reforma previa alteração “por via legislativa”, pela maioria prevista no art. 76, tendo-se desenvolvido “a prática de um processo ‘subreptício’ de emenda, pois todas as leis que logravam alcançar aprovação daquela maioria, ainda quando não trouxessem o rótulo avisador de leis constitucionais, teriam, se contrárias à Constituição, força de reformá-la, escapando da decretação de inconstitucionalidade”.

<sup>31</sup> 1996, p. 144.

terística do Direito costumeiro justamente a estabilidade.<sup>32</sup> Essa associação entre Constituição não-escrita e Constituição flexível, embora natural, não é necessária. A Constituição flexível caracteriza-se por poder ser modificada pelo mesmo procedimento das demais normas; no contexto da Constituição costumeira, é verdade que os costumes, usos e convenções produzem/modificam o Direito em geral, mas este supõe um ambiente cultural de forte estabilidade, que se reflete com mais intensidade nas normas constitucionais, as quais exigem (por hipótese) uma alteração muito relevante (conquanto não necessariamente demorada) dos costumes, usos e convenções; prova é que as Constituições consideradas costumeiras (o caso da Inglaterra) são muito estáveis, dificilmente modificadas.<sup>33</sup>

*Rígida* é a Constituição cujas normas somente podem ser modificadas por um procedimento diferente do da produção das demais normas jurídicas: um procedimento de reforma mais complexo e previsto pela própria Constituição. Dessa rigidez decorre uma supremacia formal: sabe-se exatamente quais são as normas constitucionais: aquelas que estão na Constituição e só podem ser alteradas pelo procedimento especial previsto; qualquer outra norma jurídica incompatível com aquelas normas (constitucionais) será inconstitucional.

Os graus de rigidez/flexibilidade e os modos (procedimentos) de reforma da Constituição variam muito. A primeira Constituição brasileira (a imperial, de 1824) apresentava um núcleo rígido de matérias (correspondente à Constituição em sentido material) e um restante flexível: “Art. 178. 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.”; por isso, a Constituição de 1824 é tida por *semi-rígida* (ou *semiflexível*).

Fala-se de *Constituição super-rígida* com referência àquela que, além de prever um procedimento qualificado de reforma, estabelece um núcleo temático que não pode ser alterado em sua essência. No Brasil, esse núcleo é tradicionalmente chamado de “cláusulas pétreas” e está previsto no art. 60 § 4º CR.

Nelson de Sousa Sampaio apresenta ainda, num crescendo de rigidez, a Constituição *fixa* e a Constituição *imutável*. Constituição *fixa* seria “aquela que expressa ou implicitamente estabelece que a sua reforma somente se verifica por meio de uma assembléia constituinte de poderes iguais da que

<sup>32</sup> Talvez a flexibilidade atribuída à Constituição inglesa refira-se apenas –e discutivelmente– à parte escrita dessa complexa Constituição (P. BONAVIDES, 1996, p. 66, citando Barthélemy).

<sup>33</sup> PAULO BONAVIDES (1996, p. 66). NELSON DE SOUSA SAMPAIO (1954, p. 23) aponta as aludidas “virtudes da Constituição inglesa, cuja solidez orgânica provém de ser alimentada com a seiva da tradição, formada pela experiência das gerações e não pela especulação abstrata”.

a criou..., podendo, por conseqüência, tanto auto-limitar-se à reforma como revogar ou substituir a constituição”. Supõe-se que assim sejam as Constituições em que não é prevista a reforma constitucional. Exemplos históricos seriam as Constituições francesas de 1799 (Ano VIII), 1814 e 1830.<sup>34</sup> As Constituições *imutáveis*, eternas, não admitiriam qualquer reforma, pois se “assentam sobre a crença de que só existe uma única manifestação da atividade constituinte”. Românticos exemplos são dados pelo Código de Hamurabi, cujos preceitos estavam gravados em pedra, com a determinação de que, “para todo o sempre, o governante que estiver no País observará as palavras de justiça que estão escritas sobre meu obelisco”, e com a invocação, para o caso de descumprimento, das maldições de “rebelião... tumulto e revolta”; e, na Grécia antiga, pelas leis de Esparta, outorgadas por Licurgo sob o juramento dos concidadãos, de manterem-nas inalteradas enquanto o líder fosse consultar a opinião do oráculo de Delfos, tendo Licurgo, após obter do deus Apolo “a resposta de que suas leis eram perfeitas”, posto fim a seus dias, ou seja, cometido suicídio, “não tendo regressado à sua pátria para que não se quebrasse o juramento dos seus concidadãos de manterem inalteradas as suas leis”.<sup>35</sup>

### *1.2.8 quanto ao objeto (conteúdo): Constituição substancial (material); Constituição procedimental*

Trata-se de outra classificação quanto ao conteúdo. Quando uma Constituição está voltada principalmente à tomada de certas posições e à definição de objetivos predeterminados, ela é considerada Constituição *material*. Quando, num sentido mais formalista<sup>36</sup>, ela está voltada principalmente a estabelecer procedimentos (regras do jogo) que garantam a tomada adequada de posições e a definição adequada de objetivos que não estão predeterminados, ela é considerada Constituição procedimental (que tende a equivaler à noção de “instrumento de governo”).<sup>37</sup>

Enquanto a Constituição procedimental aproxima-se de uma ideologia liberal garantista, a Constituição material tem uma perspectiva social e prospectiva.

<sup>34</sup> 1954, p. 54-56.

<sup>35</sup> Idem, p. 45-47.

<sup>36</sup> JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, (2002, p. 11-12).

<sup>37</sup> Sobre o debate entre substancialismo e procedimentalismo, veja-se LENIO L. STRECK (2004, p. 147-196).

### 1.2.9 quanto à estatalidade (soberania): Constituição estatal (nacional); Constituição supraestatal (supranacional) – interconstitucionalismo e transconstitucionalismo

Tradicionalmente, a Constituição foi concebida como projeção da identidade nacional, ou melhor, como manifestação da soberania de determinado Estado, em confronto com outros Estados soberanos; é a Constituição *estatal*. Com o desenvolvimento do Direito Internacional, especialmente do Direito comunitário europeu, projeta-se a possibilidade de estabelecimento de uma Constituição de Estados, *supranacional*, que conviveria com as Constituições particulares desses Estados e se sobreporia às suas soberanias (ex.: projeto de uma Constituição da União Europeia, 2004).<sup>38</sup> A Constituição seria, assim, a configuração jurídica suprema de uma comunidade política, tanto na dimensão do Estado (nacional), quanto numa dimensão supraestatal (supranacional).

Na concepção tradicional de Estados independentes e autônomos, o isolamento jurídico representava uma afirmação da identidade nacional. Os Estados viam uns aos outros como separados e suas Constituições reconheciam-se como distintas. A forte integração do mundo contemporâneo leva os Estados a relacionarem-se mais intimamente, com o que é atingida (relativizada) a perspectiva clássica da soberania.<sup>39</sup> Há uma integração jurídica e as Constituições nacionais passam a atuar “em rede”: o interconstitucionalismo, como o complexo das “relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político” (CANOTILHO)<sup>40</sup>.

A perspectiva supranacional impõe-se à realidade constitucional e convida para uma releitura das Constituições. As normas jurídicas internacionais elucidam e complementam as normas internas, com o que (re)forçam a abertura das Constituições estatais, de acordo com ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS: “as normas constitucionais passam a se constituir ‘cláusulas abertas’ de compatibilização com os mandamentos internacionais.”<sup>41</sup>

Até aqui, as Constituições estatais mantêm seu valor e função (seu “carácter autodescritivo e auto-referente”): descem “do ‘castelo’ para a ‘rede’, mas não perderam as funções identificadoras pelo facto de agora estarem em

<sup>38</sup> OLIVIER DUHAMEL (2005); ALEXANDRE COUTINHO PAGLARINI (2005).

<sup>39</sup> ZULMAR FACHIN (2008, p. 44) adverte: “O Direito Constitucional não está mais centrado apenas no âmbito do Estado nacional...”.

<sup>40</sup> 2006, p. 266.

<sup>41</sup> 2004.

ligação umas com as outras” (CANOTILHO)<sup>42</sup>. Mais além, o espaço das comunidades de Estados integrados vai cunhar parâmetros jurídicos em tratados e outras formas normativas supraestatais, que se aproximam da concepção de Constituição (mas já não se prendem a um Estado) e se sobrepõem às Constituições estatais: o supraconstitucionalismo.<sup>43</sup>

A lógica do constitucionalismo, com a consagração de documentos jurídicos vinculantes, portadores de direitos fundamentais e de instituições e procedimentos estruturais da organização política, garantidos judicialmente por tribunais internacionais, projeta-se numa dimensão supraestatal (“constitucionalismo global”<sup>44</sup>). Ainda que não surja ou não seja adequado um documento do tipo “Constituição” em escala supraestatal, existem problemas que são constitucionais e desafiam soluções que demandam a articulação de diversos âmbitos “constitucionais” (estatais, extraestatais e até intraestatais, com base em normas estabelecidas em Constituições, tratados e outras fontes, sobretudo de Direito Internacional, bem como com base na atuação de órgãos nacionais e internacionais), o que requer antes um método do que uma “autoridade”, segundo MARCELO NEVES, que se refere ao “transconstitucionalismo de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos”.<sup>45</sup>

Embora esse processo seja incipiente na América do Sul, o Brasil deve estar preparado para integrar-se. Nossa Constituição dispõe, por exemplo, que o Brasil “buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações” (art. 4º parágrafo único); que “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.” (CR 5º § 3º); que “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.” (art. 5º § 4º); que “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.” (art. 7º ADCT).

---

<sup>42</sup> 2006, p. 269.

<sup>43</sup> Sobre a importância do papel dos juízes (do Judiciário) na “conversão” do(s) tratado(s) da União Europeia “em um documento com mais características de constituição”, veja-se ACKERMAN (2007, p. 108).

<sup>44</sup> CANOTILHO (2006, p. 259 e s.).

<sup>45</sup> 2009, especialmente p. XXI, 242, 245, 249, 264 e 269.