



DIREITO CONSTITUCIONAL

VERBO.APOSTILA

SUMÁRIO

1. Conceito e Noções Gerais	3
2. A Estrutura das Constituições	10
3. Princípios Fundamentais da República	11
4. Direitos Fundamentais	21
5. Garantias Fundamentais	47
6. Remédios Constitucionais	76
7. Regime Jurídico-Administrativo	89
8. Da Segurança Pública	103



CONCEITOS E NOÇÕES GERAIS

CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

O conceito de Constituição não é unificado, existem várias concepções para definir o termo. Entre as diversas concepções existentes, três se destacam, a sociológica, a política, e a jurídica.

A **concepção sociológica** foi desenvolvida por **Ferdinand Lassale**. Para o autor, a Constituição somente será legítima se refletir as forças sociais que constituem o poder, ou seja, seria a somatória dos **fatores reais do poder** dentro de uma sociedade.

Já a **concepção política**, desenvolvida por **Carl Schmitt**, enxerga a Constituição como **decisão política fundamental**, decorrente do Poder Constituinte, consubstanciada em normas que refletem a unidade política de um povo.

Por fim, a **concepção jurídica**, que tem como maior expoente **Hans Kelsen**, caracteriza a Constituição como um fruto da **vontade racional do homem**, uma norma pura que reconhece um **dever-ser**, sem qualquer pretensão de apresentar fundamentação sociológica, política ou filosófica.

Para o jurista, a Constituição poder ser tomada em dois sentidos: **lógico-jurídico** e **jurídico-positivo**. No sentido lógico-jurídico, a Constituição é uma **norma fundamental hipotética**, cuja função é servir de fundamento lógico da validade. Sob a perspectiva jurídico-positiva, constitui a **norma positiva suprema**, que regula a criação de outras normas.

PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS

Analisando-se a evolução dos princípios gerais de Direito aos princípios constitucionais, Paulo Bonavides¹ utiliza a doutrina alemã de Robert Alexy para enfrentar a diferença entre regras e princípios.² Ambos são considerados normas jurídicas, porém princípios possuem alto grau de generalidade, enquanto regras são mais específicas.

Os princípios, na atualidade, rompem com o velho paradigma jusprivatista de que seriam meras fontes de teor supletório passando a constituir fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais.³ Desse contexto é que surge a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de que *“violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer”*.⁴

¹ BONAVIDES, op. cit., p. 255 e segs.

² “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. [...] Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado das coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à promoção.” (ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70).

³ BONAVIDES, op. cit., p. 289.

⁴ “Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido

Um dado importante a ser destacado é que inexiste princípio com incidência absoluta ou peso maior sobre todos os demais. Por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, em que pese sua posição privilegiada no núcleo normativo constitucional, não necessariamente irá prevalecer sobre todos os demais princípios constitucionais existentes. Como já referido, a análise de uma série de circunstâncias, em especial a análise do caso concreto (com a ponderação dos bens e interesses contrapostos), é que irá permitir a tomada de decisão de modo a não se anular um princípio em detrimento do outro, mas sim compatibilizá-los frente ao antagonismo da situação.

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal, como norma fundamental, é o fundamento de validade de todas as demais normas existentes no ordenamento jurídico. A Constituição deve ser interpretada através dos métodos clássicos (gramatical, histórico, teleológico e sistemático), mas obedece a princípios especiais de interpretação, decorrentes principalmente de sua supremacia. São eles:

- Unidade da constituição: a Constituição deve ser interpretada como um conjunto de normas, uma unidade normativa. Suas normas encontram-se harmonicamente estabelecidas, devendo ser afastadas aparentes contradições. Não se interpreta uma norma constitucional de forma isolada, ela deve ser vista em um contexto normativo.
- Efeito integrador: a Constituição não pode ser vista como instrumento de desagregação social. Ao contrário, ela deve buscar a integração política e social, reforçando a unidade do ordenamento jurídico.
- Máxima efetividade (ou interpretação efetiva, ou princípio da eficiência): as normas constitucionais devem ser interpretadas extraindo-se delas o sentido que lhe atribua maior efetividade.
- Concordância prática (ou harmonização): decorre da inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais e exige do intérprete a harmonização entre as diversas normas, e em consequência entre os valores constitucionalmente protegidos. Com isso, evita-se o sacrifício de um direito em detrimento de outro.
- Força normativa: a Constituição é norma fundamental e como tal produz eficácia jurídica. Dessa maneira, dentre as interpretações possíveis, deve o intérprete adotar aquela que atribua maior eficácia às normas constitucionais.

CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUANTO À APLICABILIDADE

Segundo a consagrada classificação proposta por José Afonso da Silva, em sua obra Aplicabilidade das Normas Constitucionais, levando em conta sua aplicabilidade, as normas constitucionais apresentam-se como:

harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. [...] Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 902-903.

Normas Constitucionais de Aplicabilidade Plena: são aquelas normas constitucionais que produzem eficácia de forma direta, imediata e plena. Ou seja, independentemente de qualquer norma complementar, possuem aptidão para produzir eficácia integral. Ex. Art. 14, § 2º.

Normas Constitucionais de Aplicabilidade Contida (ou restringíveis): são normas que possuem aplicabilidade direta e imediata, mas que podem ser restringidas quanto a sua abrangência. A restrição será possível através da lei. Mas, se não houver lei restritiva, a eficácia será plena. Ex. Art. 5º, § XIII.

Normas Constitucionais de Aplicabilidade Limitada: não produzem os seus efeitos de forma plena, pelo menos imediatamente, necessitando de normas complementares. No entanto, produzem uma eficácia imediata, embora reduzida (eficácia negativa, interpretativa e revogadora). Ainda com base na classificação de José Afonso da Silva, estas normas subdividem-se em:

Normas de princípio institutivo (ex. art. 102, § 1º);

Normas de princípio programático (ex. art. 7º, XX); as normas programáticas são aquelas que buscam atingir metas públicas, programas de governo, estabelecidos na CF.

APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

O objeto da interpretação/aplicação constitucional pode ser dividido em duas linhas: a) **aplicação direta da norma constitucional** como, por exemplo, a realização do plebiscito veiculado pelo artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;⁵ b) **verificação de compatibilidade vertical** de uma norma inferior com as disposições constitucionais (aqui a norma da Constituição funciona como paradigma).

As normas constitucionais têm peculiaridades a serem observadas pelo intérprete/aplicador. Dentre tais peculiaridades podem ser mencionadas as seguintes: a) superioridade hierárquica; b) natureza da linguagem; e c) caráter político.⁶

A questão relativa à **natureza da linguagem** merece destaque. As regras constitucionais, por sua própria natureza, podem apresentar um altíssimo grau de abstração. Basta mencionarmos os princípios da igualdade⁷, da moralidade⁸, da justiça social⁹, a função social da propriedade¹⁰, a dignidade da pessoa humana¹¹.

Quanto maior a abstração de uma norma, mais espaço de atuação, de discricionariedade, dispõe aquele que a pretende interpretar/aplicar. A esse espaço de atuação J.J. Gomes Canotilho diz que:

“Situadas no ‘vértice’ da ‘pirâmide normativa’, as normas constitucionais apresentam, em geral, uma maior abertura (e, conseqüentemente, uma menor densidade) que torna indispensável uma operação de concretização na qual se reconhece às entidades aplicadoras

⁵ “Art. 2º. No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País.”

⁶ Estas características são apontadas por Luís Roberto Barroso (Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Sairava, 2003, p. 107). Entretanto, o autor ressalta que há diversos outros modos de apontar as peculiaridades das normas constitucionais e cita como exemplo as obras de J.J. Gomes Canotilho, Jorge Miranda, Celso Ribeiro Bastos e Raúl Casosa Usera.

⁷ CF, artigo 5º, caput.

⁸ CF, artigo 37, caput.

⁹ CF, artigo 170, caput.

¹⁰ CF, artigo 5º, inciso XXIII, artigo 170, inciso III, artigo 182, § 2º e artigo 186.

¹¹ CF, artigo 1º, inciso III.

um 'espaço de conformação' ('liberdade de conformação', 'discricionariedade') mais ou menos amplo".¹²

É verdade que grande parte das normas contidas na Constituição de 1988 não detêm tanto grau de abstração como as há pouco mencionadas. Isto se deve ao fato de que se está diante de uma Constituição analítica na qual há diversas normas só formalmente constitucionais.

As normas com alto grau de abstração são chamadas de princípios. Não existe exata definição do que seriam esses conceitos jurídicos indeterminados.

Como não há possibilidade de chegar-se a um consenso a respeito de qual seria um conceito ideal de moralidade, justiça social ou dignidade da pessoa humana, a única maneira de serem aplicados esses conceitos jurídicos indeterminados seria mediante a análise isolada de cada caso concreto, de cada situação submetida ao crivo interpretativo.

Desta forma, resta fácil perceber que o intérprete desse tipo de norma tem maior espaço interpretativo do que quando ele se depara com aquelas previstas de forma casuística.

Quando nos referimos às normas casuísticas, em franca oposição às normas abertas, queremos nos reportar àquela espécie na qual o legislador busca fixar, do modo mais completo possível, as situações concretas a serem por elas abrangidas.

A utilização de normas o mais específicas possível (**tipos**) é imprescindível no tocante à previsão das condutas penalmente relevantes, bem como naquelas capazes de viabilizar o surgimento de um fato gerador tributário. Afinal, o que se espera, tanto do intérprete das normas penais incriminadoras, quanto daquele responsável pela análise de eventual subsunção de condutas humanas à hipótese de incidência tributária (para usarmos a expressão de Ataliba¹³) é somente que ele aplique a norma abstratamente prevista acaso o fato ocorrido no mundo fenomênico, empiricamente observável, esteja em perfeita consonância com o **tipo**. Não há muito espaço interpretativo.

De forma diametralmente oposta, quando o legislador, seja ele o Constituinte ou o ordinário, utiliza-se de conceitos jurídicos indeterminados como a dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade (para ficarmos somente no nível constitucional), é imprescindível que o intérprete *construa* a norma aplicável a cada caso concreto. É por intermédio desse tipo de norma que se busca a verdadeira concretização do direito. Os conceitos jurídicos indeterminados são os alicerces de uma aplicação otimizada, realista e justa do direito, da norma ao caso concreto.

As cláusulas abertas conferem ao intérprete a possibilidade de atribuição da justiça a cada caso concreto, além de conferir eficácia ao próprio texto legal, senão perene, mais duradoura do que se estivesse ela circunscrita à casuística abstratamente prevista pelo legislador.

A força normativa¹⁴ é intensamente maior e assim permanece por muito mais tempo, pois as pressões axiológicas, ainda que se alterem, poderão, no máximo, acarretar alguma diferença quando da construção da norma no decorrer dos tempos. Jamais, entretanto, do próprio texto constitucional.

Não se pode olvidar que, diante da clara abertura dos princípios, o Legislativo atribui ao Judiciário o poder-dever de **construir a norma em cada caso concreto**. Assim, no caso dos princípios, a jurisprudência detém forte influência, quase nos moldes do sistema de precedentes norteamericano.

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1986, p. 216.

¹³ ATALIBA, Geraldo, Hipótese de Incidência Tributária. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹⁴ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

Por outro lado, é inegável que as regras constitucionais detenham forte caráter político. Segundo Luís Roberto Barroso:

“Uma Corte Constitucional não deve ser cega ou indiferente às conseqüências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum. Mas somente pode agir dentro dos limites e possibilidades abertas pelo ordenamento. Contra o direito o juiz não deve decidir jamais. Em caso de conflito entre o direito e a política, o juiz está vinculado ao direito”¹⁵.

As decisões do Supremo Tribunal Federal podem ser pintadas com cores políticas. Basta, para tanto, lembrarmos da possibilidade de aquela corte limitar os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade, ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (Lei 9.868/99, artigo 27 e Lei 9.882/99, artigo 11).¹⁶

A declaração de inconstitucionalidade, por atingir o plano de validade da norma, gera efeitos retroativos (*ex tunc*). Entretanto, o Supremo Tribunal Federal não pode estar alheio ao impacto que as decisões lá proferidas possam causar em termos socioeconômicos.

PARTICULARIDADES

Deve-se dar grande importância à **interpretação sistemática da Constituição**, pois é somente mediante uma visão geral da Carta que se consegue respeitar o princípio da unidade da Constituição.

Este postulado preconiza que as normas constitucionais não podem ser analisadas de forma isolada, como se fossem elementos autônomos, independentes, bastantes em si mesmos.

Os princípios constitucionais são a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. Eles devem funcionar como horizontes interpretativos em qualquer processo de aplicação das regras constitucionais. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem seguidos. Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma regra.¹⁷

PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE

Em síntese aponta-se que: a) em caso de dúvida, a inconstitucionalidade da norma não deve ser declarada; b) havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que levavam à inconstitucionalidade, deve o intérprete optar pela compatibilidade, mantendo o preceito em vigor (esta é a chamada interpretação conforme a Constituição).

INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que levavam à inconstitucionalidade, deve o intérprete optar pela compatibilidade, mantendo o preceito em vigor.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 112

¹⁶ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

¹⁷ ÁVILA, Humberto, Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo, Malheiros, 2004; DWORKIN, Ronald, Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Trata-se de processo que se realiza mediante a observância dos seguintes passos: a) escolha de uma interpretação da norma que a mantenha em harmonia com a Constituição; b) a percepção de que se está a buscar um sentido para a norma que não seja o mais evidente (interpretação literal); c) escolha da interpretação mais coerente com a manutenção do texto legal e a consequente exclusão de outras interpretações que pudessem acarretar incompatibilidade com a Constituição.

Como se percebe, a interpretação conforme a constituição não é um simples procedimento de hermenêutica, mas um **mecanismo de controle de constitucionalidade** pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal. Importante destacar que, diferentemente de outras técnicas de controle da constitucionalidade, no caso da interpretação conforme o texto legal permanece íntegro, mas sua *aplicação* fica restrita.¹⁸

UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Importante postulado do processo de interpretação das normas constitucionais. Com base neste postulado podemos resolver aparentes antinomias entre, por exemplos, a liberdade de manifestação do pensamento¹⁹ e o direito à honra e à intimidade²⁰; entre o direito de propriedade²¹ e a função social da propriedade²².

Para Paulo Bonavides, “A unidade da Constituição na melhor doutrina do constitucionalismo contemporâneo só se traduz, compreensivelmente, quando tomada em sua imprescritível bidimensionalidade, que abrange o formal e o axiológico, a saber, a forma e a matéria, razão e valor”.²³

Isto porque, na aplicação do postulado da unidade constitucional, deve-se atentar à grande importância dos princípios constitucionais, especialmente quando estão eles arrolados dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil.²⁴ Afinal, “O princípio, sobretudo, é o substantivo da ciência constitucional, a bússola de todas as Cartas Magnas na idade dos direitos fundamentais”.²⁵

Nada obstante, lembre-se que **não há hierarquia entre normas constitucionais originárias**.

FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

De acordo com Ferdinand Lassale, questões em nível constitucional não deveriam ser tratadas como questões jurídicas, mas, sim, políticas. Para ele, a Constituição de um país expressaria somente as relações de poder nele dominantes num dado momento histórico-cultural: o poder militar, o poder social, o poder econômico, além do poder intelectual (este ainda que em menor

¹⁸ O STF, ao analisar a constitucionalidade de disposições legais que autorizariam a requisição e a utilização de informações bancárias, pela Receita Federal, diretamente às instituições financeiras, para instauração e instrução de processo administrativo fiscal (LC 105/2001, regulamentada pelo Decreto 3.724/2001), conferiu-lhes interpretação conforme à Constituição, tendo como conflitante com esta qualquer outra que possa implicar afastamento do sigilo bancário do cidadão, pessoa natural ou jurídica, sem ordem emanada do Judiciário (RE 389808/PR, rel. Min. Marco Aurélio).

¹⁹ CF, artigo 5º, inciso IV.

²⁰ CF, artigo 5º, inciso X.

²¹ CF, artigo 5º, inciso XXII.

²² CF, artigo 5º, inciso XXIII.

²³ BONAVIDES, Paulo, Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma Nova Hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 233.

²⁴ CF, artigo 1º.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma Nova Hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 92.

proporção). Seriam somente tais *fatores reais de poder* os capazes de conformar a *Constituição real* de um determinado país. Dessa forma, a chamada *Constituição Jurídica* não passaria de um mero documento escrito, um pedaço de papel incapaz de, em confronto com a *Constituição real*, exercer força normativa. Profetizou que no caso de conflito entre a por ele denominada *folha de papel* e fatores reais de poder dominantes no país, seria inevitável a constatação de que a *Constituição escrita* acabaria, sempre, sucumbindo.²⁶

Konrad Hesse chamou a atenção para a necessidade de se analisar tanto o mundo real quanto o jurídico de forma harmônica, em seu inseparável contexto e no seu *condicionamento recíproco*.

Para ele, “uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão”. Para aqueles que, como Kelsen e seus seguidores, contemplam apenas a ordenação jurídica, a norma estaria em vigor ou revogada, não havendo possibilidade de se chegar a outras conclusões. Em antítese, quem, como Lassale, considera tão somente a realidade política e social (as reais fontes de poder) não tem condições de compreender a problemática da **força normativa das normas constitucionais**, acarretando a pura e simples negação do significado da ordenação jurídica.

Hesse, depois de dizer que “a radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser (Sein) e dever ser (Sollen) não leva a qualquer avanço”, salientou que toda *Constituição escrita*, desde que escorada na realidade histórica, política, cultural e econômica de um país, com vistas a regular situações futuras de forma eficaz, passível de ulteriores e alterações interpretativas, é dotada de *pretensão de eficácia*.

Entretanto, essa *pretensão de eficácia* somente faria sentido se a *práxis* dos tribunais e de todos aqueles que à *Constituição* estariam submetidos sinalizasse de forma a atribuir força normativa à norma escrita.

Assim, a *Constituição real*, a *folha de papel* de Lassale, deixaria de ter apenas uma *pretensão de eficácia* limitada ao mundo jurídico, passando efetivamente a regular as situações objetivadas quando da respectiva elaboração ou até mesmo, num futuro distante, as novas situações a ela submetidas.

Tudo dependendo do que Hesse denominou *vontade de constituição*, necessariamente inerente não só aos tribunais, mas, também, a todos aqueles que se encontram em situação de submissão ao texto constitucional.²⁷

Os argumentos que melhor se adaptam à busca de efetividade ao texto constitucional brasileiro parece ser o de Hesse. Primeiro porque não acarreta a negação da própria *Constituição*, e, como consequência, do Direito Constitucional.

Segundo porque, partindo do pressuposto de que o texto constitucional é um retrato do presente com vistas a regular situações futuras, atribui-se maior âmbito de atuação do intérprete de suas normas.

Terceiro porque, nessa perspectiva, afasta-se o risco de o texto necessitar de profundas reformas (ou até mesmo de substituição), por não mais retratar a fonte de poder dominante em determinado momento histórico do país.

²⁶ LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1985.

²⁷ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

Quarto porque o texto constitucional brasileiro é dirigente²⁸ em sua maior parte, necessitando de conformação à realidade de um país continental, incapaz de atender às inúmeras situações juridicamente abrangidas mediante simples critérios de subsunção.

Assim, pode-se afirmar que seria mesmo a *práxis* dos tribunais, aliada à *vontade de constituição* de todos aqueles submetidos à norma constitucional, a forma de se buscar adequação de uma Constituição programática à dinâmica realidade brasileira.

Nesse contexto da força normativa da Constituição, pode-se invocar um *método de interpretação (interpretação evolutiva)*, uma *consequência* dele decorrente (a **mutação constitucional**)²⁹ e um *postulado (proibição de retrocesso)*³⁰ de inegável importância constitucional.



A ESTRUTURA DAS CONSTITUIÇÕES

O que se entende por estrutura das Constituições diz respeito à sua formatação e estruturação orgânica. Nesse sentido o que o constituinte originário busca construir é a melhor distribuição organizacional do texto constitucional, numa ideia de que a organização permite uma maior capacidade efetiva da força e do papel da Constituição no sistema como um todo. No que diz respeito à CF/88, ela se apresenta estruturada da seguinte forma:

PREÂMBULO CONSTITUCIONAL

Deve ser compreendido como uma parte de natureza introdutória, um texto preliminar, destacando-se enquanto uma declaração de intenções legais e legítimas dos constituintes.

Em relação ao significado do seu papel na Constituição três são as posições predominantes:

²⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). Canotilho e a Constituição dirigente. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

²⁹ “A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO. - A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea” (HC - 98893, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJE 25/09/2009).

³⁰ “Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses — de todo inócua na espécie — em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais. Lapidar, sob todos os aspectos, o magistério de J. J. GOMES CANOTILHO, cuja lição, a propósito do tema, estimula as seguintes reflexões (“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 1998, Almedina, p. 320/321, item n. 3): “O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana” (Voto do Min. Celso de Mello em processo de suspensão de tutela antecipada - STA - 175 - no qual se discutia a questão do direito à saúde em face do princípio da reserva do possível).

- a) como elemento de irrelevância jurídica – uma vez que ele se constitui em um instituto mais político do que propriamente jurídico, sua relevância normativa é inexistente. É a posição adotada pelo STF
- b) como um elemento de eficácia plena – ainda que não tenha uma natureza normativa constitucional, por se constituir na Constituição teria, assim, como outras normas da lei fundamental, uma mesma eficácia constitucional
- c) como elemento de relevância jurídica não direta, indireta – apesar de constituir-se como instituto jurídico pertencente à Constituição, não tem a mesma significação das normas jurídicas presentes nela.

NORMAS CENTRAIS

São aquelas que se situam no seu eixo principal, quer dizer, normas que estão entre os princípios fundamentais e aqueles da ordem social (artigos 1º a 232).

DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS GERAIS

São as que permitem uma complementação da obra do constituinte originário na medida em que esse não conseguiu esgotar determinados assuntos trazidos ao texto constitucional.

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS (ADCT)

Tem uma natureza transitória, temporária, auxiliando na passagem da antiga ordem constitucional para a nova ordem. Elas representam um conjunto de procedimentos que definem as condições pelas quais a nova ordem busca se harmonizar, superando possíveis conflitos de regras e situações que venham a ameaçar a ordem jurídica.

Em sendo assim, tais ADCT auxiliam no processo que leva uma determinada ordem constitucional a ser superada por uma nova, na medida em que duas Constituições não poderão compartilhar do mesmo espaço sócio-temporal-jurídico.

Segundo o STF o ADCT tem uma índole constitucional, pois suas normas possuem grau de positividade como qualquer outra norma constitucional.



PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA

Os princípios constitucionais, longe de ter feição meramente programática, detêm intensa força normativa e apresentam-se como bases de aplicação/conformação de todo o ordenamento jurídico e, de acordo com Humberto Ávila, “os princípios não apenas explicitam valores, mas, indiretamente, estabelecem espécies de premissas de comportamentos”.³¹

³¹ ÁVILA, Humberto, Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 17.

FORMAÇÃO DA REPÚBLICA

A República Federativa do Brasil é formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal e constitui-se em Estado Democrático de Direito (CF, artigo 1º, caput). Dentre os fundamentos da República brasileira encontra-se a soberania (CF, artigo 1º, inciso I).

Nossa forma de governo é a republicana. A República é a forma de governo que tem como principal característica eleição periódica do Chefe de Estado. A forma republicana de governo é um dos princípios constitucionais sensíveis (CF, artigo 34, inciso VII, “a”).

O Estado Brasileiro é organizado mediante uma aliança de estados chamada Federação. Numa federação os estados ditos federados compõem um todo soberano. Entretanto, os mesmos estados federados não detêm soberania: a eles resta atribuída tão somente parte da autonomia política, como capacidade de auto-organização. Soberano é somente o todo resultante da junção de todos os estados federados: a República Federativa do Brasil.

Neste ponto é imprescindível reforçar a constatação de que é a República Federativa do Brasil o ente detentor de soberania. Não a União, pessoa jurídica de direito público interno. No plano do Direito Internacional é a República Federativa do Brasil quem celebra acordos e assina os tratados; não a União Federal.

No Direito Internacional a soberania é o fundamento pelo qual os países devem ser tratados em mesmo nível sejam eles desenvolvidos, em desenvolvimento ou subdesenvolvidos.

SOBERANIA

O Estado Brasileiro é organizado mediante uma aliança de Estados chamada Federação. Numa federação os estados ditos federados compõem um todo soberano. Entretanto, os mesmos Estados federados não detêm soberania: a eles resta atribuída tão somente parte da autonomia política, como capacidade de auto-organização. Soberano é somente o todo resultante da junção de todos os estados federados: a República Federativa do Brasil.

Neste ponto é imprescindível reforçar a constatação de que é a República Federativa do Brasil o ente detentor de soberania na esfera planetária. Não a União, pessoa jurídica de direito público interno. No plano do Direito Internacional é a República Federativa do Brasil quem celebra acordos e assina tratados; não a União Federal.

No Direito Internacional a soberania é o fundamento pelo qual os países devem ser tratados em mesmo nível sejam eles desenvolvidos, em desenvolvimento ou subdesenvolvidos. Todos devem ter igual tratamento. Um dos principais compromissos assumidos quando da celebração da Carta da ONU, constante no Preâmbulo, consiste em assegurar a igualdade de direitos das nações, sejam elas “grandes ou pequenas”.

Luigi Ferrajoli explica que a soberania pode ser concebida sob os aspectos interno e externo. Sob o aspecto interno, durante muito tempo, ao menos até o advento do Estado de Direito, já no Século das Luzes, a soberania significava o poder absoluto de regulamentar as questões intraterritoriais. Do ponto de vista externo, a soberania seria decorrente da paridade com outros Estados também soberanos, o que “equivale a uma liberdade selvagem e reproduz, na

comunidade internacional, o estado de natural desgredamento, que internamente a sua própria instituição havia negado e superado”.³²

Isto porque a soberania interna, desde os momentos nos quais, em bases racionais e secularizadas, idealizava-se o Estado Absolutista enquanto entidade, supostamente, necessária à paz e à defesa do bem comum, estava ancorada no poder que então se atribuía ao Estado para cumprir com essas e outras missões.

A grande conquista na transição do medievo para o Estado Moderno foi a soberania estatal. O Estado passou a ter existência tanto no plano interno quanto no externo, internacional.³³

A relação entre Estados soberanos, justamente por pressupor a não subordinação entre nações ou a não subordinação a uma instituição supranacional com poderes coercitivos, pode ser comparada ao “estado de natureza” entre os homens na hipótese hobbesiana da ausência do Estado (no tocante ao plano intraterritorial).

A hipervalorização da soberania externa explica, por exemplo, o porquê de a universalidade dos direitos humanos, tão veementemente difundida nos tempos atuais, consubstanciar-se, na realidade, “numa universalidade parcial e de parte: corrompida pelo hábito de reconhecer o Estado como única fonte de direito e, portanto, pelos mecanismos de exclusão por este desencadeados para com os não-cidadãos; e, ao mesmo tempo, pela ausência, também para os próprios cidadãos, de garantias supra-estatais de direito internacional contra as violações impunes de tais direitos, cometidas pelos próprios Estados”.³⁴

PRESIDENCIALISMO

O Presidencialismo tem sido colocado na posição de um Sistema de Governo que não atende aos anseios do povo no que diz respeito ao atendimento da eficiência da máquina administrativa, ante o alto grau de burocratização que traz em seu bojo e o declínio da função parlamentar.

Além disso, um dos problemas deste regime é a hipervalorização da figura do Presidente que adquire uma importância exagerada.

No caso brasileiro as críticas se acirram em face, por exemplo, da elevada competência legislativa atribuída ao Poder Executivo por meio de Medidas Provisórias (CF, artigo 62) e da possibilidade do exercício de certas prerrogativas soberanas sem prévia audiência do Legislativo (CF, artigo 84, VIII).

Em duas oportunidades foram convocados plebiscitos para auscultar a vontade do povo sobre a opção entre Presidencialismo e Parlamentarismo (1963 e 1993). Em ambas as oportunidades, escolheu-se o Sistema presidencialista.³⁵

³² FERRAJOLI, Luigi. A soberania no mundo moderno. Trad. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 5-20.

³³ “O século XVII servira de apogeu à justificação, propagação e consolidação da doutrina da soberania. Esta doutrina extrai-se de uma imposição causística do poder – o poder do monarca, gradativamente edificado e ampliado e afirmado no curso das dissensões e antinomias medievais, como absoluto e supremo, quer do ponto de vista interno, quer do ponto de vista externo. Externamente, fundava-se a independência do Estado Moderno, favorecido pelos antigos combates do Imperador germânico com o pontífice romano e internamente erguia-se um centro de autoridade incontestável na cabeça visível do monarca de direito divino ou de poderes absolutos”. (BO-NAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p 134-135).

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. A soberania no mundo moderno. Trad. Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-36.

³⁵ No tocante à CF/88, por pressões de monarquistas e parlamentaristas, durante as discussões da Assembleia Nacional Constituinte, inseriu-se no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988 o artigo 2º: “No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (República ou Monarquia Constitucional) e o sistema de Governo (parlamentarismo ou

Apesar das duas derrotas parlamentaristas, os anseios pela implantação desse Sistema de Governo continuam por parte dos que o defendem em contraposição ao Presidencialismo.

Porém, o artigo 60 da CF/88, em seu § 4º, inciso III, insere, entre as cláusulas pétreas, o Princípio da Separação dos Poderes. Não se pode olvidar que, no Sistema Parlamentarista, a possibilidade de interferência do Legislativo no Executivo – e vice-versa – acarreta importante alteração nesse princípio. Assim, infere-se que o Sistema de Governo não é passível de alteração por vontade do Poder Constituinte Derivado.

O Poder constituinte responsável pela promulgação da Constituição de 1988 previu a possibilidade de se alterar o Sistema de Governo por meio de plebiscito. Ao atribuir essa competência diretamente ao povo, implicitamente retirou do Poder Constituinte Derivado tal legitimidade. O povo já se desincumbiu dessa missão ao opinar e ao rejeitar o parlamentarismo. Agora, nada mais há a fazer, a não ser que o povo, por intermédio de legítimos representantes novamente reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, opte pela mudança.

FEDERAÇÃO

O Estado Brasileiro é organizado mediante uma aliança de estados chamada Federação. Numa federação os estados ditos federados compõem um todo soberano. Entretanto, os mesmos estados federados não detêm soberania: a eles resta atribuída tão somente parte da autonomia política, como capacidade de auto-organização. Soberano é somente o todo resultante da junção de todos os estados federados: a República Federativa do Brasil.

Neste ponto é imprescindível reforçar a constatação de que é a República Federativa do Brasil o ente detentor de soberania. Não a União, pessoa jurídica de direito público interno. No plano do Direito Internacional é a República Federativa do Brasil quem celebra acordos e assina tratados, não a União Federal.

No Estado Unitário o Poder Legislativo é desempenhado por apenas um órgão. As leis são nacionais e destinam-se, em regra, a todo o território ocupado pelo Estado. Admite-se descentralização administrativa, mas sempre com subordinação hierárquica a uma autoridade central. Costuma-se dizer que o Estado Unitário é a forma mais comum de Estado.³⁶

O Estado Federal é composto por Estados-membros que integram a federação desde que despidos do atributo da soberania. Difere do Estado Unitário essencialmente porque os Estados-membros, na federação, exercem o poder de editar leis e detêm autonomia para se auto-organizar.³⁷

Aos Estados-membros de uma federação, justamente por deterem a capacidade de auto-organização, cabe a prerrogativa de confeccionar as próprias Constituições. Exercem, em tais

presidencialismo) que devem vigorar no País". Assim, embora com sua data transferida para 21 de abril, foi realizada a consulta popular, que rejeitou o retorno da Monarquia e, pela segunda vez, rejeitou o Parlamentarismo, mantendo o regime vigente, Presidencialista.

³⁶ "Do ponto de vista da distribuição geográfica do poder, até final do século XVIII, não se conheceu senão o Estado Unitário. É dizer, aquele em que há um único centro irradiador de decisões políticas expressas em lei" (BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Teoria do Estado e Ciência Política. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 96).

³⁷ "Exsurge a Federação como a associação de Estados (Foedus, foederis) para formação de novo Estado (o federal) com repartição rígida de atributos da soberania entre eles. Informa-se seu relacionamento pela 'autonomia recíproca da União e dos Estados, sob a égide da Constituição Federal' (Sampaio Dória), caracterizadora dessa igualdade jurídica (Ruy Barbosa), dado que ambas extraem suas competências da mesma norma (Kelsen). Daí cada qual ser supremo em sua esfera, tal como disposto no pacto federal (Victor Nunes)" (ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 10).

situações, Poder Constituinte. Entretanto esse poder é decorrente da Constituição da federação e, portanto, juridicamente limitado.

Há, contudo, a chamada regra da participação, que permite aos Estados-membros que tomem parte no processo de elaboração da vontade política da federação, intervindo com voz ativa nas deliberações de conjunto. Este é um marcante traço distintivo entre Estado-membro federado e um simples órgão administrativo descentralizado no Estado Unitário.

Por intermédio da regra da autonomia manifesta-se com toda a clareza o caráter estatal das unidades federadas. Podem elas estatuir uma ordem constitucional própria, estabelecer a competência dos três poderes que habitualmente integram o Estado e desempenhar uma imensa gama de poderes, prerrogativas e atribuições que estejam de acordo com a Constituição Federal.

Paulo Bonavides leciona que “A posição dos Estados-membros no sistema federativo não se cifra apenas no desempenho de sua autonomia constitucional em matéria legislativa, executiva ou judiciária, senão que cumpre ver ao lado dessa autonomia aqueles pontos da organização federal em que os Estados federados aparecem por sua vez tomando parte ativa e indispensável na elaboração e no mecanismo da Constituição Federal”.³⁸

Essa “postura ativa e indispensável” decorre do exercício do poder legislativo em âmbito federal, por parte de um Estado-membro, a partir da participação nas deliberações parlamentares do sistema bicameral.

Vários Estados federados (Brasil, Estados Unidos e Argentina, por exemplos) adotam o bicameralismo, também chamado de legislativo dual: uma câmara composta por representantes do povo, normalmente eleitos pelo sistema proporcional, e uma câmara composta por representantes dos Estados, normalmente eleitos pelo princípio majoritário.

DIVISÃO DE PODERES

A teorização sobre a necessidade da tríade de poderes foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “A Política”, detalhada, posteriormente, por John Locke, no “Segundo tratado do governo civil”, que também reconheceu três funções distintas.³⁹

Todavia, segundo Paulo Bonavides, nem Aristóteles e nem Locke sugeriram independência ou separação dos poderes, o que somente ocorreu com Montesquieu, em O Espírito das Leis, “a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789”.⁴⁰

O princípio da separação dos poderes foi esquematizado, tal qual conhecemos, na Europa Continental do Século XVIII como técnica refratária ao poder absoluto. Com a separação dos poderes retirava-se a possibilidade de os monarcas editarem leis e constituía-se um ramo autônomo de poder, dotado de parcela de soberania porque fundamentado no discurso da participação popular, com a específica prerrogativa de elaborar leis. Esse ramo de poder era o Parlamento, órgão representativo pelo qual governados poderiam exercer alguma colaboração nos atos de governo.⁴¹

³⁸ BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 185.

³⁹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 7 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2000, p. 355.

⁴⁰ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 7 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2000, p. 355.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 265-266.