

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE - FURG  
FACULDADE DE DIREITO**



**MAIARA DOS SANTOS NORONHA**

**CRISE DE INEFETIVIDADE DO TEXTO CONSTITUCIONAL: A IDENTIDADE  
CONSTITUCIONAL COMO PARÂMETRO DE CONCRETIZAÇÃO DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**RIO GRANDE – RS**

**2016**

MAIARA DOS SANTOS NORONHA

CRISE DE INEFETIVIDADE DO TEXTO CONSTITUCIONAL: A IDENTIDADE  
CONSTITUCIONAL COMO PARÂMETRO DE CONCRETIZAÇÃO DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel, pelo Curso  
de Direito, da Universidade Federal do Rio  
Grande – FURG.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Fonseca Ferreira.

RIO GRANDE – RS

2016

MAIARA DOS SANTOS NORONHA

CRISE DE INEFETIVIDADE DO TEXTO CONSTITUCIONAL: A IDENTIDADE  
CONSTITUCIONAL COMO PARÂMETRO DE CONCRETIZAÇÃO DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel, pelo Curso  
de Direito, da Universidade Federal do Rio  
Grande – FURG.

Aprovado em 29 de setembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA

---

Orientador: Prof. Dr. Rafael Fonseca Ferreira.

---

Examinador: Rômulo Gubert de Mello Brum

---

Examinador: Agnes Carolina Hüning

*“O que as suas mãos tiverem que fazer, que  
o façam com toda a sua força...”*

*(Eclesiastes 9.10)*

## AGRADECIMENTOS

Anjo... Palavra derivada do latim *angelus*, que significa mensageiro. Anjo a meu ver é tudo aquilo que é terno, verdadeiro, doce e completo. Ser anjo é amar e proteger, é dar carinho e atenção, é fazer alguém sorrir, é refletir constantemente. Ser anjo é olhar para trás e descobrir que o que passou não foi em vão, porque tudo tem sua razão de ser, tudo que nos acontece de bom ou de ruim é do nosso merecimento e para nosso aprendizado. Ser anjo é saber sorrir, confortar, saber entender e saber ensinar. Talvez seja poder encostar a cabeça e dormir tranquilo, mesmo sabendo que temos uma missão a cumprir. Ser anjo é secar as lágrimas que ousam cair, é apresentar as estrelas do céu, é cantar pra dormir, é ver errar e crescer, amar e voar...

Dedico este trabalho a todos os anjos que passaram por minha vida. Agradeço a eles pelas graças recebidas e pela pessoa que me tornei. Agradeço aos meus anjos pela confiança, pela doação e até mesmo pelas feridas da vida. Agradeço aos meus anjos por serem meus anjos. Agradeço à minha família de anjos, que rezam e zelam por mim. E é com muita felicidade que dedico toda a minha vida a eles, que com amor me ensinaram a nunca desistir, a nunca abaixar a cabeça, a aprender sempre, e a ser humilde e crente dos meus valores independente de tudo.

Agradeço em especial a Deus que permitiu que tudo isso acontecesse, ao longo de minha vida, e não somente nestes anos como universitária, mas que em todos os momentos foi e sempre será o meu maior mestre, essencial em minha vida, autor de meu destino.

A esta universidade, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes.

Agradeço a todos os professores por me proporcionar o conhecimento não apenas racional, mas a manifestação do caráter e afetividade da educação no processo de formação profissional, por tanto que se dedicaram a mim, não somente por terem me ensinado, mas por terem me feito aprender. A palavra mestre, nunca fará justiça aos professores dedicados aos quais sem nominar terão os meus eternos agradecimentos.

Em particular quero agradecer ao meu orientador Dr. Rafael Ferreira, por todo apoio e confiança, pois no pouco tempo que lhe coube realizou as devidas orientações e correções deste trabalho.

Aos meus pais, pelo amor, incentivo e apoio incondicional. A minha mãe Jussara L. S. Noronha, heroína que me deu apoio, incentivo nas horas difíceis, de desânimo e cansaço. Ao meu pai Carlos F. Noronha, que apesar de todas as dificuldades me fortaleceu e que para mim foi muito importante.

Obrigada as minhas irmãs, cunhado e sobrinhos, que nos momentos de minha ausência dedicados ao estudo superior, sempre fizeram entender que o futuro é feito a partir da constante dedicação no presente!

Agradeço ao Dr. Cristiano Estrela da Silva, que muito contribuiu com esse trabalho, sempre se mostrou disposto a ajudar.

Meus agradecimentos em especial a minha amiga e irmã Greicy Klein Berté, companheira de vida, que sempre se mostrou presente até nos momentos mais difíceis.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

## RESUMO

Superado o modelo de Constituição formal e rompendo com o caráter monolítico que lhe foi atribuído durante séculos, a discussão acerca da existência de uma identidade constitucional, principalmente após o advento da modernidade, no qual se verifica um esforço por parte dos doutrinadores em elaborar uma concepção Constitucional desvinculada da idéia de poder, esta diretamente relacionada com a própria crise de inefetividade das normas Constitucionais. Tais normas exigem um redimensionamento do papel dos juristas, de modo que a justiça constitucional passa a ser reflexo da observância e cumprimento da Constituição. Ademais, enquanto marco do constitucionalismo contemporâneo, o debate que envolve a Constituição enquanto preceito e parâmetro normativo a partir da compreensão de sua construção histórico-social, bem como da sua legitimação a partir da formação de um sentimento constitucional, representa na pós-modernidade o ideal de concretização dos direitos fundamentais. Desse modo, a observância e a aplicabilidade do Texto Constitucional estão intrinsecamente relacionadas com a idéia de pertencimento constitucional, a partir da qual todos aqueles que estão abrangidos pelo Texto Maior são também os seus próprios agentes formadores, na medida em que se identificam de certa maneira com as conquistas sociais que resultaram no reconhecimento de todos os preceitos resguardados por tal dispositivo jurídico-social.

**Palavras-chave:** Identidade constitucional; Inefetividade; Direitos Fundamentais.

## ABSTRACT

Surpassed the formal constitution model and breaking with the monolithic character assigned to it for centuries, the discussion about the existence of a constitutional identity, especially after the advent of modernity, in which there is an effort by scholars to draw up a design constitutional detached from the idea of power is directly related to the ineffectiveness own crisis of constitutional standards. Such standard require a downsizing of the role of lawyers, so that the constitutional justice becomes a reflection of and compliance with the Constitution. Moreover, while the framework of contemporary constitutionalism, the discussion involving the Constitution while precept and normative parameter from the understanding of its historical and social construction, as well as its legitimacy from the formation of a constitutional sense, is in postmodernity the ideal realization of fundamental rights. Thus, compliance and applicability of the constitutional text are intrinsically related to the idea of constitutional membership, from which all those who are covered by Major Text are also their own forming agents, in that they identify a certain way with the social achievements that resulted in the recognition of all the precepts safeguarded by such legal and social device.

**Keywords:** Constitutional identity; Ineffectiveness; Fundamental rights.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>1 A INEXISTÊNCIA DE UMA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL: CONSTITUIÇÃO COMO MERO INSTRUMENTO DO PODER.....</b>	<b>11</b>
1.1 A Constituição como particular maneira de ser do Estado e mera regulamentadora do poder na antiguidade e período medieval.....	11
1.2 A modernidade e o constitucionalismo: o esforço doutrinário para “conceituar” Constituição.....	16
1.2.1 Uma breve análise do constitucionalismo na modernidade.....	17
1.3 A inexistência de uma identidade constitucional como decorrência da busca restrita a conceitos.....	22
<b>2 A (DES) INSTRUMENTALIZAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>26</b>
2.1 A primazia constitucional e ordenamento jurídico estatal.....	27
2.2 A constituição dirigente e a responsabilidade política dos juristas.....	30
<b>3 A CRISE DE IDENTIDADE E A INEFETIVIDADE NO TEXTO COSNTITUCIONAL.....</b>	<b>37</b>
3.1 A modificação do texto constitucional e o compromisso social com a Constituição.....	38
3.2 O fenômeno da mutação constitucional e o ideal de concretização dos direitos fundamentais.....	44
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>51</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>53</b>

## INTRODUÇÃO

Durante um longo período da história foi atribuída à Constituição um caráter monolítico. A sua compreensão, principalmente na Antiguidade e no período Medieval, estava intimamente relacionada à preocupação em organizar o estado e o poder. Perspectiva que começou a ser alterada na modernidade, que, por seu turno, representou à busca por uma compreensão própria acerca da Constituição. Entretanto, essa preocupação mostrou-se atrelada tão somente à mera conceituação do que seria uma Lei Fundamental, vinculando apenas questões formais, como a organização do estado.

Tendo em vista a perspectiva que assumiu a Constituição nesse cenário, como a responsável por organizar e regulamentar questões políticas e estatais, grande parte da doutrina constitucional passou a lhe dispensar um caráter de superioridade frente ao ordenamento jurídico. Mesmo sendo inerente a Constituição essa dimensão estrutural, com o passar dos tempos seu Texto passou a regulamentar questões de índole social, as quais lhe aproximavam cada vez mais dos anseios populares e, conseqüentemente, fez com que as suas disposições adquirissem maior relevância frente toda a comunidade.

O poder normativo da Constituição passou a ser fragilizado quando criados instrumentos para modificar o seu Texto, como as emendas a Constituição, as medidas provisórias regulamentando questões Constitucionais e o fenômeno da mutação. Ademais, em algumas situações verificou-se que essas mudanças beneficiavam interesses particulares em detrimentos da coletividade, alterando o próprio sentido das normas constitucionais. Isto posto, a conseqüência vislumbrada foi o distanciamento dos indivíduos frente à Lei Fundamental, fragilizando ainda mais a noção de pertencimento Constitucional, tendo em vista que aqueles mesmos que clamaram por uma Constituição deixaram de se sentir alcançados por suas disposições.

A sociedade brasileira, ao longo da história, idealizou uma Constituição democrática, dirigente e compromissória. Tornada perceptível sua aspiração, ao menos formalmente, pouco se visualizou efetivamente concretizada a supremacia da Lei Fundamental. A Constituição brasileira de 1988 foi a que mais ressaltou o estado democrático, resguardando em seu Texto demandas sociais e econômicas historicamente idealizadas. Entretanto, a simples regulamentação dessas questões

não garante a sua efetividade. Indispensável se faz desconstruir o imaginário político que se mantém atrelado a um estamento burocrático, instruído apenas para ocupar-se de interesses liberais e privados.

A existência efetiva da Constituição na vida dos cidadãos depende, dentre outros aspectos, da sua acessibilidade. O conhecimento acerca das disposições presentes na Lei Fundamental é por demais incipiente pela maioria da população. Ademais, existe uma série de dispositivos constitucionais que carecem de regulamentação. Por outro lado, inúmeras emendas à Constituição foram elaboradas, dentre as quais algumas modificaram o próprio ideário democrático do Texto. Outrossim, uma parcela muito pequena da população brasileira acompanha o procedimento para elaboração de emendas.

Os meios criados para alterar a Constituição, seja implicitamente ou expressamente, acabaram fragilizando ainda mais a idéia de pertencimento constitucional. Assim, para garantir a efetividade da Lei Fundamental, indispensável se faz repensar esses instrumentos que a tornam maleável, de modo que não seja priorizada a modificação do Texto Constitucional, realizada muitas vezes para preservar interesses privados, mas sim se prefira adequar-se as suas disposições.

Dessa maneira, carecemos de uma identidade constitucional capaz de vincular a coletividade às disposições Constitucionais. Ademais, não fora construído durante toda a história Constitucional um sentimento de pertencimento a Constituição. Os problemas enfrentados quanto à inefetividade das normas Constitucionais pode estar relacionado à falta de comprometimento que assola, especialmente, os operadores do direito. Assim, tornou-se indispensável um redimensionamento da sociedade frente à Constituição, de modo que a justiça constitucional passe a ser reflexo da observância e do cumprimento da Constituição. Ademais, compreender os aspectos históricos e sociais que permeiam a Lei Fundamental representa na pós-modernidade a própria concretização dos direitos fundamentais.

## **1 A INEXISTÊNCIA DE UMA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL: CONSTITUIÇÃO COMO MERO INSTRUMENTO DO PODER**

Historicamente, fora dispensado a Constituição um caráter monolítico. Na Antiguidade e no período Medieval principalmente, a sua compreensão estava alicerçada na preocupação em organizar o estado e o poder. A modernidade, por sua vez, representou um esforço por parte dos doutrinadores em elaborar uma concepção Constitucional própria, desvinculada da idéia de poder. Entretanto, o que se verifica até os dias de hoje é que não há uma identidade constitucional, um sentimento de pertencimento capaz de envolver todos aqueles que por tal regramento são resguardados. Os problemas enfrentados quanto à inefetividade das normas Constitucionais podem estar envolvidos com a falta de comprometimento que assola, principalmente, os juristas.

Desse modo, as normais Constitucionais exigem um redimensionamento do papel dos juristas, de modo que a justiça constitucional passa a ser reflexo da observância e cumprimento da Constituição. Ademais, a compreensão da construção histórico-social da Constituição, assim como da sua legitimação através da identificação de um sentimento constitucional, enquanto marco do constitucionalismo contemporâneo, representam na pós-modernidade a busca pelo ideal de concretização dos direitos fundamentais.

### **1.1 A Constituição como particular maneira de ser do Estado e mera regulamentadora do poder na antiguidade e período medieval**

Ao longo dos tempos muitas foram às teorias que buscaram explicar e compreender o que seria uma Constituição. Grande parte delas estava vinculada aos reflexos sociais e políticos de sua época. Visando justificar a necessidade de uma ordem política no plano coletivo, bem como de um regramento social capaz de garantir a convivência social, essas doutrinas acabaram por aproximar as concepções de ciência, política e Estado com as de Constituição. O que, por sua vez, fez com que a Constituição tanto na Antiguidade, quanto no Período Medieval, fosse observada como uma particular maneira de ser do Estado, elaborada em sua essência para regulamentar o governo e o poder.

Em meadas do século IV a. C, em pleno momento de decadência política grega, principalmente em decorrência do surgimento da “*polis*”, da intensificação da mercantilização e dos conflitos entre grupos rivais em busca da ascensão social, doutrinadores como Platão e Aristóteles, já provocavam reflexões políticas baseadas em premissas constitucionais. Em decorrência da cisão social dessa época, a doutrina constitucional utilizava como parâmetro a idéia de unidade e equilíbrio, ou seja, buscava-se produzir e reproduzir um ideal coletivo capaz de superar as divisões existentes entre os grupos rivais.

A política na Antiguidade representava as relações entre os poderes públicos, de modo que a própria forma de governo era compreendida como a busca de um sistema de organização e de controle dos mais variados componentes da sociedade, capaz de abarcar o todo social e disseminar o ideal de reconhecimento comum e pertencimento político na coletividade. A cidade Grega de Atenas, com Clístenes e, posteriormente, com Péricles, adquiriram um ideário democrático embasado primordialmente na primazia da Assembléia. A democracia, enquanto reflexo da isonomia, repercutia na organização política embasada no princípio originário da igualdade (com a acepção que na época lhe era dispensada). É nesse cenário que toma corpo o conceito de *politeía*.

Na antiguidade, *politeía* repercutia uma séria de designações, como exemplo, era tida subjetivamente como reflexo do conjunto dos cidadãos, ou ainda, como organização política objetivamente compreendida. Segundo Maurizio Fioravanti, em sua obra “*Constitución de La antigüedad a nuestros días*”, representava um esforço social da época na busca de uma forma de governo em consonância com a realidade vivenciada<sup>1</sup>. Devido a tal compreensão, pensadores como Aristóteles interpretavam *politéia* com um “sentido Constitucional”.

Defensor da democracia ateniense, Aristóteles afirmava que *politeía* representava uma forma de união, compreendida como uma Constituição capaz de promover e realizar o justo equilíbrio entre extremos. Assim, demonstrava ser indispensável um regime constitucional estável, e que para isso fazia-se necessário conciliar todo um projeto de aperfeiçoamento moral com um significado político e

---

<sup>1</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madri: Editora Trotta, 2001. p.19.

ético de convivência civil, bem como uma forma de governo suficientemente organizado para responder de forma estável e duradora todas essas questões. Ao objetivar uma igualdade absoluta, a democracia ateniense, nesse aspecto, acabou por conviver com uma Constituição parcial e instável, resultado de um governo que se corrompeu em tirano.

A teoria política do século IV, após influências de Políbio e com a teoria da Constituição mista, embasa a origem de uma teoria da disciplina de poder, de modo que o atraso político seria fruto da corrupção moral dos governantes. Volta-se desse modo à preocupação com a moderação e o equilíbrio com o intuito de limitar os poderes, e não mais as questões envolvendo os cidadãos. Nesse período, Cícero, a respeito das virtudes cívicas de inspirações gregas, enquanto pai da expressão “*res publica*”, compreendia o povo como aqueles que estão reunidos sobre as bases de um consenso sobre o direito e sob o respeito de uma comunidade de interesses, ou seja, que tem como base uma forma de união, que ele designada como “*constitutio*” ou “*status civitatis*”. Na reflexão de Cícero há uma projeção no plano político das virtudes da moderação e da equidade, ou seja, projeto de conciliação social e política voltada à administração da coisa pública desinteressada de outros objetivos que não sejam os vinculados a essa união.

Assim, sob o ponto de vista do critério de ordem política e social, a constituição designada como “*politeia*” e “*res publica*”, na política grega do século IV e na romana Ciceroniana, demonstram que sobre esse aspecto existiu uma Constituição da Antiguidade. Essa Constituição não era tida como norma, e sim como uma exigência a satisfazer um ideal a ser perseguido – ético e político, reflexo da realidade social da época. Tanto a “*polis*” grega quanto a “*res publica*” romana, demonstraram a necessidade de uma experiência política e constitucional de algum modo envolvendo a participação social, ou seja, existia certo protagonismo dos cidadãos, numa idéia crescente e não decrescente do poder.

A Constituição Medieval, enquanto reflexo do Medievo teocrático, do Império e da Igreja, estava relacionada com uma idéia de poder hierárquico. Desse modo, a política medieval caracteriza-se pela sua complexidade, marcada por realidades de poder muito distintas. Nesse período, tanto a mais nobre fonte do direito, quanto o mais simples estatuto da cidade, estavam regulados por uma força normativa autônoma e primária denominada de costume. A constituição medieval representou uma forma especial de limitação dos poderes públicos. Uma limitação de direito, que

se intensificou a partir do século. V, logo após a queda do império político romano. Assim, a Idade Média, vivenciou o extraordinário fenômeno da Constituição dos ordenamentos das cidades, caracterizada por um governo em grande parte participativo.

Representada pela formação de uma consciência geral acerca da importância de uma lei fundamental capaz de ordenar o conjunto social, e, principalmente, em decorrência dos fenômenos que fragilizaram a estrutura comunitária, a ilimitada variedade da Constituição Medieval, julgada por muitos pensadores como reflexo da desordem, foi possível por que os seus protagonistas tinham consciência da impossibilidade da sua desvinculação à sua função.

Segundo Maurizio Fioravanti, diferentemente da Constituição Antiga, que poderia ser concebida como uma ordem política ideal, a Constituição Medieval pode ser compreendida como uma ordem jurídica dada, capaz de reprimir aqueles que representavam uma ameaça ao equilíbrio existente. Assim, o discurso da época tinha como base o diálogo sobre o limite além do qual o príncipe se converte em tirado, sobre o exercício do direito de resistência, bem como o respeito das leis fundamentais, tendente a preservar a ordem jurídica existente<sup>2</sup>. Desse modo, a Idade Média é marcada por um discurso jurídico acerca da Constituição que surge na prática social. Adentra-se a um mundo de direito e não mais ao campo moral e político, no qual falar de Constituição representa analisar regras, limites, equilíbrio, contratos e pactos sociais.

A partir do século XI inicia-se verdadeiramente a discussão acerca da ordem jurídica e política medieval. Nesse período, autores como o inglês Juan de Salisbury (1115-1180), com sua obra "*Policraticus*"<sup>3</sup>, bem como São Tomás de Aquino, passam a analisar a realidade medieval. Surge nesse período a figura da "*potestas temperada*", ou seja, um poder que é rodeado cada vez mais por limites e regras. Principalmente na prática política e social, vivenciava-se um direito público de base contratual, abarcado por uma realidade estruturalmente plural. Dessa maneira, à análise acerca da comunidade política é realizada com base em seu conjunto, sendo a sua estrutura o Texto Constitucional.

---

<sup>2</sup>MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. 5. ed. melhorada. São Paulo. Editora Saraiva, 1998.

<sup>3</sup>SALISBURY, Juan de. *Policraticus*. London: [s.n], 1909.

Na realidade medieval, em especial no caso inglês, essa tendência de supremacia e integridade da comunidade política se mostra mais aparente, principalmente em 1215 com a *Magna Carta*, do rei Juan. A partir desse momento histórico, com o mecanismo do consentimento, surge uma consciência da ordem comum, da ordem Constitucional, representada pelo rei e por todos os homens mais importantes do reino<sup>4</sup>. Henry Bracton (1216 - 1268) defendia que a elaboração de uma lei deveria levar em consideração o consentimento da comunidade política<sup>5</sup>. Nota-se que há a conjugação do elemento monárquico, aristocrático e democrático, marcos da Constituição mista. Para Bracton, a lei fundamental de um país:

[...] es el conjunto de las costumbres solemnemente aprobadas, dotadas de la autoridad del rey y provistas del consenso de los magnates del reino, que atañem a da comunidad política, a da res publica, en su totalidad.<sup>6</sup>

Resta evidente que a experiência Constitucional Medieval é composta pela supremacia da lei conjugada com a totalidade da comunidade política. Ademais, destacam-se ainda a supremacia do parlamento na Inglaterra, assim como a supremacia do legislador e da *universitas civium* (comunidade política e seu conjunto) de Marsilio de Padua, que retoma os temas presentes na reflexão política medieval.

Conforme exposto, os antigos já visualizavam a Constituição mista como um ideal político fundamental, que representava uma ferramenta eficaz contra a dissolução da comunidade política. Uma das suas principais características era o ponto médio, ou seja, o reforço ao princípio do pertencimento social e da cidadania de modo a abarcar toda a estrutura comunitária. Marcada pela estabilidade e, conseqüentemente, pela propagação no tempo, a constituição mista antiga correspondia aos anseios daquele tempo histórico. Diferentemente da Constituição medieval, que surge para defender o caráter do direito plural que formava a sociedade, aliado ao receio de ruptura com esse equilíbrio. Segundo Maurizio Fioravanti, aquela se dirigia a legitimar os poderes públicos mais fortes, e esta a limitar esses mesmos poderes<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Cabe ressaltar que o que aconteceu na Inglaterra, no que tange ao consentimento geral, apenas se manifestou na tradição da magna cúria, em algumas situações (como o parlamento de Westminster de 1254 e o parlamento de Oxford de 1258), mediante convocação do rei.

<sup>5</sup> BRACTON, Henrici de. *De Legibus et consuetudinibus Angliae*. London: Cambridge, 2012.

<sup>6</sup>*Ibidem*, p. 50.

<sup>7</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madri: Editora Trotta, 2001.

A realidade político-social medieval, na sua essência histórica, caracteriza a constituição mista. Esta enquanto reflexo da pluralidade de acordos e pactos das diferentes realidades territoriais existentes na época e abarcados por ela. A esse respeito, cabe mencionar o autor Edward Coke, analisando a realidade Inglesa, no que diz respeito ao conjunto de leis, pactos, acordos e costumes, que profundamente estão inseridos na história da comunidade política, em seu conjunto resultam na lei fundamental, que para ele era reflexo da *Common Law* – obra dos juízes que tem a obrigação de reconhecer o direito de cada um, não penalizando ou privilegiando ninguém de forma arbitrária.

A Constituição mista, no período Medieval esgota a sua função meramente de representar a ordem social, institucional e política. Com o advento da Modernidade a realidade política passa a ser alterada por diversos acontecimentos históricos. Surge um esforço por parte dos doutrinadores em buscar uma concepção própria acerca da Constituição, desvinculada daquela dispensada na Antiguidade e na Idade Média que estava alicerçada na preocupação em organizar o estado e o poder. O caráter monolítico atribuído durante décadas à Constituição restou superado, surge à necessidade de uma concepção Constitucional capaz de ultrapassar os limites formais de um Estado, bem como de promover um sentido social de pertencimento Constitucional.

## **1.2 A modernidade e o Constitucionalismo: o esforço doutrinário para “conceituar” Constituição**

A Constituição passou a ser alvo de análises por parte dos doutrinadores, principalmente, após a Modernidade. Entretanto, essas discussões estavam restritas a conceituar o que seria Constituição. Algumas concepções prévias foram elaboradas, preocupadas tão somente em representá-la como mero instrumento jurídico para a organização do Estado. Não fora construído, até os dias de hoje, uma concepção acerca do Texto Maior, capaz de permitir a compreensão do envolvimento de toda coletividade frente às duas disposições. Surge a necessidade de uma identidade constitucional inerente a existência da Constituição e reflexo da vida social desde as suas origens.

### 1.2.1 Uma breve análise do Constitucionalismo na modernidade

Surgindo paralelamente ao Estado Democrático e, em parte, influenciado pelos mesmos princípios, o Estado Constitucional representa uma criação Moderna. No século XVIII, vários foram os fatores determinantes para o surgimento das Constituições, dentre eles, cabe mencionar a luta contra o absolutismo dos monarcas, a limitação dos poderes dos governantes e as influencias do iluminismo. O Constitucionalismo, que tem suas origens no desmoronamento do sistema político medieval, representa o surgimento de um período no qual as discussões acerca da Constituição tornaram-se mais autônomas. A busca por parte da doutrina tendente a construir um conceito de Constituição mostrou-se evidente, entretanto, todos esses esforços se perderam com o tempo, tendo em vista que juntamente com esse processo não foi construída uma identidade constitucional capaz de disseminar na coletividade o ideal de pertencimento Constitucional.

A origem da Constituição Moderna é, em grande parte, sustentada por um serie de doutrinas acerca da soberania, que reinterpretam a história medieval, principalmente no que diz respeito à Constituição mista. Grande parte delas se utilizou dos escritos de Thomas Hobbes (1588-1679), e, posteriormente de Jean Bodin (1529-1596). A origem da Constituição Moderna ocorreu com o surgimento da necessidade de particularizar um núcleo ríspido e inalterado do poder político, em vez de uma pluralidade de leis fundamentais, buscou-se uma única lei, que preservasse a integridade dos poderes soberanos. Em contrapartida à constituição mista, que acabou por representar simplesmente o modo de organização do governo.

Autores como Thomas Hobbes, com sua obra "*Leviatán*", publicada em 1651, defendiam o caráter de essencialidade dessa integridade, defendendo o posicionamento de que seria ela a responsável por manter a ordem política. Nesse contexto, a Constituição que já no período Medieval era tida como um projeto de convivência civil passa a representar e manter a integridade dos poderes soberanos.

[...] Pois se fosse licito supor uma grande multidão capaz de consentir na observância da justiça e das outras leis de natureza, sem um poder comum que mantivesse a todos em respeito, igualmente o seria supor a humanidade inteira capaz do mesmo. Nesse caso não haveria, nem seria

necessário, qualquer governo civil, ou qualquer Estado, pois haveria paz sem sujeição<sup>8</sup>.

Hobbes, com sua teoria contratualista, rompe com o pensamento existente na sua época, que tinha como influência principal Aristóteles. Surge assim, a necessidade de um poder comum capaz de defender e garantir-lhes segurança, mesmo que para isso fosse necessário abdicar de parte dos interesses particulares, pois assim como sem soberania não há ordem política, sem ela também nenhuma Constituição seria possível. Nota-se que há uma correlata relação entre Constituição e soberania, sendo esta responsável pela própria existência e manutenção do Texto Constitucional.

A semelhança de Hobbes, Jean-Jacques Rousseau também considerava necessário esse poder soberano, devendo ele ser atribuído diretamente ao povo. No entanto, o poder soberano resultante das crises da Constituição mista Medieval não estava disposto a ser controlado e limitado por outros poderes. Rousseau justificava a presença contínua do povo soberano na vida política, sendo que o único pacto possível seria aquele realizado entre os indivíduos, e que lhes possibilitaria a liberdade civil, representada pelo direito de estar governado por uma lei geral. O problema que surge então seria a garantia da integridade dessa lei, de modo que a função do soberano seria impedir que essa lei escapasse das mãos do povo.

A esse respeito:

[...] aquele que governa os homens não deve governar as leis, o que governa as leis também não deve governar os homens; de outra sorte as leis, instrumentos de suas paixões, só perpetuam muitas vezes as suas injustiças nunca ele poderia evitar que a integridade de sua obra fosse alterada por motivos particulares<sup>9</sup>.

A Constituição, para o renomado autor do “*Contrato Social*”, estaria integralmente absorvida pela soberania - como limite e garantia. De modo que seu papel estaria limitado à preservação da integridade do poder soberano. Assim, a Constituição seria utilizada apenas no plano dos poderes instituídos e subordinados

---

<sup>8</sup>MALMESBURY, Thomas Hobbes de. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. p. 60. Disponível em:

<[http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_thomas\\_hobbes\\_leviatan.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf)>. Acesso em: 08 de jun. 2016.

<sup>9</sup>ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social ou Princípios do Direito Político*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002. p. 50.

do governo, ressaltada a possibilidade de sua revogação a qualquer instante pelo povo soberano, que é anterior e superior a ela.

A Constituição moderna nos ideais de Hobbes e Rousseau tornou-se inviável. Para aquele ela consistia na divisão do poder soberano. No entanto, uma das características desse poder é a indivisibilidade. Este, por sua vez, representava a Constituição como um limite ao poder soberano, como forma de tutelar os direitos do povo. Nota-se que nesse aspecto há um retorno a Constituição mista Medieval já superada. Hobbes e Rousseau não imaginaram que seria possível a existência de um poder como expressão da soberania por sua própria natureza e também que seus ideais supramencionados seriam compatíveis com a Constituição Moderna.

Maurizio Fioravanti, em sua obra "*Constitución de La antigüedad a nuestros días*", provoca a discussão acerca do constitucionalismo, como o conjunto de doutrinas que a partir da metade do século XVII, objetivavam recuperar o horizonte da Constituição Moderna, mediante análise dos aspectos de limite e garantia<sup>10</sup>. Essas doutrinas tiveram como cenário decisivo o inglês de 1649, que possibilitou, do ponto de vista constitucional, uma abertura para uma realidade republicana, tida por alguns, como forma de edificar a relação entre os poderes públicos e os cidadãos, representando-os em seu conjunto. Para isso indispensável à reconstrução dessa ordem constitucional baseada no equilíbrio e no contrapeso.

Como expoente republicano inglês, James Harrington (1611-1677), que adotou o conceito tradicional de equilíbrio para delimitar o cenário moderno da ordem Constitucional. Almejando um poder soberano, foi o autor que diferentemente de Hobbes, distinguiu Constituição Mista de governo misto, considerando o segundo capaz de possibilitar a República a estabilidade e concretude que precisava. A superioridade da República como forma de governo, capaz de solucionar o conflito entre aristocracia e povo, estava presente também nos discursos de Nicolau Maquiavel. Este, consagrado como fundador da ciência política moderna, mencionava que a República, sobre a base social, possibilitaria harmonizar as diferenças, não abrindo margem para a formação de aristocracias detentoras da maior parte das riquezas.

---

<sup>10</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de La antigüedad a nuestros días*. Madri: Editora Trotta, 2001. p. 85

Os homens resolvem sair do estado de natureza e instituir uma sociedade política pela falta de uma regra consolidada e rígida, designado por John Locke como “*standing rule*”. Seria assim, um instrumento de aperfeiçoamento, composto por instituições políticas (legislativo e executivo), cada qual com atribuições específicas e limites próprios. A principal contribuição desse autor para a história do constitucionalismo está no fato de distinguir o poder absoluto do poder moderado. O primeiro conjugava o poder legislativo e executivo em uma única pessoa, este separava e atribuía esses poderes a sujeitos distintos. Tanto, Locke, como Maquiavel e Harrington, não construíram uma teoria acerca da Constituição, a imaginavam como instrumento necessário para limitar o poder e o governo.

A esse respeito, menciona Locke:

[...] e como pode ser muito grande para a fragilidade humana a tentação de ascender ao poder, não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei a sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo [...]¹¹.

A partir da argumentação acima exposta surge à primeira diretriz do Constitucionalismo: quem elabora as leis não pode governar. Para Locke, a Constituição seria o espaço no qual se equilibram os poderes e se garantem os direitos¹². Nessa linha de pensamento, Montesquieu, defensor de um regime político moderado e de uma constituição capaz de manter em uma posição de equilíbrio e ao mesmo tempo diferenciando os poderes, ressalta que os direitos dos indivíduos apenas existem em um regime político moderado, resguardado por uma Constituição semelhante à inglesa.

O século XVIII foi marcado pela preponderância de dois pensamentos distintos, um embasado na tradição Constitucionalista de poder limitado (campo Constitucional), e outro representado pela discussão acerca da forma política e questionamento daquela tradição presente até então (campo da soberania). As revoluções desse século – Americana e Francesa, representaram um momento crucial na história Constitucionalista, pois foi a partir delas que surge a discussão

---

¹¹LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. [S. l.]: Editora Vozes, [20--]. p. 75. Disponível em: <[http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo\\_Tratado\\_Sobre\\_O\\_Governo.pdf](http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_Tratado_Sobre_O_Governo.pdf)>. Acesso em: 08 jun. 2016.

¹² FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de La antigüedad a nuestros días*. Madri: Editora Trotta, 2001. p. 95.

sobre o poder constituinte como forma de manifestação da soberania que passou a associar-se à Constituição.

Dessa maneira, a análise do poder constituinte surgido com as revoluções acabou por unir as tradições que marcaram o século XVIII. A partir das reflexões de Diderot, sobre a autoridade política, bem como de Edmund Burke e Jeremy Bentham, este atacando diretamente a constituição do governo, assim como James Otis, se inaugurou a reflexão que irá sustentar a superioridade da Constituição, embasada também no poder constituinte e nos direitos naturais dos indivíduos.

A experiência constitucional americana está dirigida a conciliar a tradição do constitucionalismo com a soberania popular. Instrumentos como o controle de constitucionalidade, que segundo Hamilton serve para reafirmar a superioridade da lei fundamental e preservar os indivíduos de possíveis atos arbitrários, são indispensáveis para manter cada poder em seu âmbito de atuação. A fase mais recente da história constitucional inglesa demonstra ser indispensável uma constituição escrita solidamente fundada sobre o poder constituinte do povo soberano. O constitucionalismo sem democracia produz um absolutismo parlamentar. Segundo Maurizio Fioravanti, toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos, nem estabelece a separação dos poderes, não tem Constituição<sup>13</sup>.

O constitucionalismo posterior a Revolução acaba por encontrar o mesmo adversário, que se expressa de formas diferentes. Para Burke, o poder constituinte da Revolução, para Kant e Constant, a soberania popular e a supremacia da lei como instrumento máximo de igualdade e garantia de direitos, para Tocqueville o processo histórico de nivelção social e de concentração de poderes, aliada a extensão do princípio democrático. Nota-se que esses autores acabam por se contrapor ao resultado revolucionário da soberania, que almeja expandir a razão política democrática a todas as relações sociais e civis. O valor da Constituição passa a ser o de um ideal político, que contém a expressão da pluralidade.

Segundo Maurizio Fioravanti, a Constituição é crucial para a vida do Estado, bem como o Estado para a Constituição, pois sem ela os indivíduos não saberiam quais os órgãos reguladores do conjunto social. Desse modo, se afastando de Kant,

---

<sup>13</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de La antigüedad a nuestros días*. Madri: Editora Trotta, 2001.

Rousseau e Constant, a Constituição pós-Revolução (século XIX), passa a existir tão somente para dar suporte ao Estado soberano, para organizá-lo e limitá-lo.

### **1.3 A inexistência de uma identidade constitucional como decorrência da busca restrita a conceitos**

A Constituição democrática do século XX, por sua vez, já não pretendia representar a organização dos poderes e a lei que garante os direitos, e sim resguardar a existência de alguns princípios fundamentais coletivamente compartilhados, decorrentes do exercício do poder constituinte soberano do povo. A partir desse período, a preocupação passa a se direcionar aos instrumentos institucionais capazes de satisfazer e tutelar esses princípios, dentre eles destacam-se o princípio da inviolabilidade dos direitos fundamentais e o princípio da igualdade.

No entanto, toda essa realidade constitucional moderna passa a ir de encontro com um grande problema, a busca por uma forma Constitucional concreta e adequada ao princípio democrático, que possibilitasse realizar no plano Constitucional a conciliação entre democracia e Constitucionalismo. Ao longo do século XX algumas teorias, como a de Hans Kelsen, buscaram individualizar as características da Constituição democrática no plano teórico. Esse autor acaba resgatando o ideal de equilíbrio, na medida em que afirma que quando se promove a justiça constitucional – declarando uma lei inválida perante a Constituição, se esta a realizar o ideal democrático.

Atribuindo um sentido jurídico à Constituição, Hans Kelsen a compreende como uma:

[...] lei fundamental, se traduz num conjunto de regras, que encontra-se no topo do ordenamento jurídico e dá fundamento de validade a todas as demais normas jurídicas, estabelecendo o conteúdo destas e a forma como elas deverão ser criadas<sup>14</sup>.

Para Canotilho, juridicamente, Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e

---

<sup>14</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas<sup>15</sup>.

Desse modo, a forma mais recente de democracia constitucional parece estar inspirada por um justo equilíbrio entre os limites da política, através do controle de constitucionalidade e a força normativa da Constituição e o princípio democrático. As Constituições já existentes pressupunham esse equilíbrio. No entanto, ele apenas foi alcançado em tempos recentes, carecendo de uma histórica tradição, e caracterizado pela instabilidade decorrente das tensões sociais.

O constitucionalismo para Dalmo de Abreu Dalari, em alguns Estados foi o instrumento de afirmação política de novas classes econômicas, em outros, mera expressão de anseios intelectuais. Segundo Dalari, mesmo com a Constituição, a preservação de sistemas substancialmente absolutistas, deve-se ao desdobramento do próprio conceito de Constituição. Em sentido material, levando-se em consideração a sua própria substancia, seria ela reflexo dos valores de convivência social e dos fatos prováveis do povo a que ela se liga. Já em sentido formal, tem-se com a lei fundamental de um povo, tendente à organização e funcionamento do Estado<sup>16</sup>.

Acerca do sentido sociológico atribuído à Constituição, Ferdinand Lassale, em sua obra "*O que é uma Constituição*", menciona que: "A constituição, portanto, é o resultado dos fatores reais do poder dentro de uma sociedade, se assim não for, a constituição torna-se ilegítima, caracterizando-se como uma simples folha de papel destituída de realidade"<sup>17</sup>. Já no sentido político, atribuído ao alemão Carl Schmitt, "a constituição é um conjunto de vontades políticas, um certo lugar e momento, ou seja, a constituição é uma divisão política concreta sobre o modo e forma de ser de um Estado"<sup>18</sup>. Nota-se que todos esses conceitos, apesar de correlacionarem fatores sociais de grande importância no cenário comunitário, não abarcam um verdadeiro sentido à Constituição, capaz de promover naqueles que são seus grandes idealizadores um sentimento de participação, que os possibilite exigir o respeito por

---

<sup>15</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vidal. Fundamentos da constituição. Coimbra Editora. 1991, p. 41

<sup>16</sup> DALARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 2º. ed. Editora Saraiva: 1998. p. 105.

<sup>17</sup> LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

<sup>18</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de La Constitución*. Madrid: Alianza Universidad España. 2003. p. 30.

suas diretrizes, bem como promover o seu cumprimento, por se tratar de um Texto que verdadeiramente é produto de suas vontades, de suas lutas e conquistas.

Para Meirelles Teixeira,

Constituição é o conjunto de normas fundamentais, condicionadas pela cultura total e ao mesmo tempo condicionantes desta, emanadas da vontade existencial da unidade política e reguladoras da existência, estrutura e fim do Estado e do modo de exercício e limites do poder político<sup>19</sup>.

José Afonso da Silva, por sua vez, menciona que a Constituição, considerada a lei fundamental do Estado, “seria, então, a organização de seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas escritas ou costumeiras que regula a forma e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação”<sup>20</sup>. Já Alexandre de Moraes a conceitua como sendo:

A lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos<sup>21</sup>.

Assim, a partir do que fora exposto, resta evidente que a dificuldade de se estabelecer um conceito para a Constituição decorre meramente da existência de concepções prévias sobre o que é ou deveria ser uma Constituição e qual o conteúdo que ela deveria veicular. Ou seja, se ela é um mero instrumento jurídico para a organização do Estado, ou deve possuir um sentido político de eleger programas e tarefas a serem alcançadas ou, ainda, se deve refletir os valores da realidade social do Estado no qual se insere.

Não há uma preocupação por parte da doutrina e, também, da própria coletividade, durante séculos de estudos, em elaborar uma concepção acerca da Constituição. Não apenas uma concepção meramente formal, para conceituá-la, mas sim trazer em evidencia a existência de um comprometimento Constitucional, resultante da própria existência de um Texto Maior que regulamenta a vida social, que é fruto de movimentos sociais históricos, de lutas e conquistas, e que conseqüentemente possui legitimidade e deve sim ser exigido, respeitado, e

---

<sup>19</sup>TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Conceito, 2011. p. 77-78.

<sup>20</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 37-38.

<sup>21</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 36.

cumprindo por todos com primazia. Talvez essa seja a resposta para grande parte das discussões que ao longo dos anos foram surgindo acerca da eficácia da Constituição, as quais lhe dispensam muitas vezes um caráter suplementar, desrespeitando-a ou a interpretando-a de maneira diversa do sentido ao qual lhe foi atribuído quando da sua elaboração. Assim, surge um problema social de efetivação dos direitos fundamentais e todos os demais direitos previsto no Texto Constitucional, ao qual lhe pode ser atribuído como origem à carência de uma identidade Constitucional.

## 2 A (DES) INSTRUMENTALIZAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL

A Constituição, Lei Fundamental de uma comunidade, não pode ser tida como uma norma superior tão somente por ser assim caracterizada formalmente por alguns doutrinadores, indispensável se faz uma análise aprofundada visando compreender a sua essência normativa. Grande parte desses autores, lhe qualificam desse modo simplesmente por ter sido um dos primeiros e principais textos normativos elaborados para regulamentar questões políticas e estatais. Servindo assim, de alicerce para a criação de outras normas jurídicas, questão latente até os dias de hoje<sup>22</sup>.

Com o transcorrer dos anos, tornou-se indispensável normatizar questões sociais, sejam elas referentes à convivência entre os indivíduos, ao poder, política, assuntos referentes à própria organização do estado. Apesar de possuir também uma dimensão um tanto estrutural, reflexo da sua própria origem, a Constituição com o passar do tempo passou a ser instrumento de clamor social, positivando questões fundamentais que clamavam concretização, como o direito a saúde, igualdade, direito ao voto e a liberdade de expressão. Desse modo, ao corresponder a evolução social a Lei Fundamental passou a ser instrumento através do qual a sociedade proclama seus direitos.

Entretanto, o poder normativo da Constituição, poder de exigir os direitos por ela resguardados, os quais em certa medida foram oriundos de um sentimento comunitário, acaba sendo vulnerabilizado por instrumentos elaborados para tornar maleável o Texto Constitucional e, conseqüentemente, adaptáveis a interesses particulares. Um processo no qual o sentido das normas constitucionais é prejudicado em detrimento de anseios privados. Não se trata de simples modificações de textos (ou interpretações), pelo contrário, são ações que desprezam todo um processo histórico de criação de tais normas. Aqueles que provocaram o seu surgimento já não mais se sentem atingidos pelas suas disposições, até por que elas não mais representam os seus anseios.

Assim, devido a essa perspectiva, se tornou indispensável nos dias de hoje enfatizar que carecemos de uma identidade constitucional capaz de disseminar na coletividade a idéia de pertencimento constitucional. Essa coletividade é composta

---

<sup>22</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1996.

por juristas, legisladores, membros do Judiciário, do Executivo e, principalmente, os cidadãos, os mesmo que fazem ter sentido a existência de uma Constituição.

## 2.1 A primazia constitucional e ordenamento jurídico estatal

Contemporaneamente, as normas passaram a ser consideradas constitucionais não devido ao seu conteúdo, ou seja, a matéria por elas disciplinada, mas sim como decorrência da sua incorporação em um dispositivo normativo distinto – e hierarquicamente superior, caracterizado pela sua coerção no que tange a imposição de limites materiais para elaboração de normas inferiores, quanto em razão da dificuldade de promover-lhe a modificação. Como consequência das mudanças sociais, teve início um período de perda da capacidade normativa das Constituições nos Estados de Direito.

A partir da premissa positivista kelseniana, a Constituição seria a fundadora de toda a ordem jurídica estatal. Responsável por dar suporte de validade para as demais regras jurídicas, vinculando-as de modo que estejam sempre em consonância com suas disposições. Assim, a unidade do sistema normativo seria consequência inerente à Constituição.

Hans Kelsen, com sua obra “*Teoria Pura do Direito*”<sup>23</sup>, menciona que o direito possui uma relação hierarquizada, de modo que a norma que confere fundamento de validade a outra é na sua essência superior. Diante de tal perspectiva, as normas constitucionais possuiriam maior hierarquia no plano jurídico, pois estariam vinculados tão somente à Norma Fundamental. Dessa maneira, a Constituição seria o parâmetro a partir do qual se determinaria o método de produção das demais normas jurídicas, sendo assim, em seu imo, a origem do ordenamento jurídico estatal.

No que diz respeito à noção de hierarquia para Kelsen, pode-se vislumbrar a sua famosa pirâmide, onde, no topo, estaria a Constituição, enquanto norma superior, logo em seguida as leis, e após, os decretos e sentenças. Tendo em vista a importância do Texto Maior, seria a ele dispensado o encargo de iniciar o ordenamento jurídico, a partir do qual se verificaria a coerência e a unidade do sistema normativo. Ademais, enquanto referência obrigatória, a Constituição teria

---

<sup>23</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

influência não apenas no processo de criação das normas, mas também e em certa medida, no seu próprio conteúdo.

Em sentido material, a Constituição enquanto referência na elaboração das normas jurídicas proporciona uma irrefutável unidade ao sistema normativo, tanto sob o prisma sintático, ou seja, forma e criação do Direito, sendo as normas correlacionadas entre si, quanto semântico, de uniformidade do ordenamento e, conseqüentemente, inexistência de contradições. Assim, na visão Kelseniana, partindo-se do ponto central de sua teoria, seria a Constituição responsável por determinar o método de produção das demais normas jurídicas e, conseqüentemente, pela coerência e harmonia de todo esse sistema<sup>24</sup>. Outrossim, tal autor menciona que somente a partir do respeito às regras de criação normativa pré-estabelecidas na Norma Fundamental é que se poderia diferenciar o Direito dos demais meios de regulamentação de conduta (como o moral e político)<sup>25</sup>.

Niklas Luhmann, por sua vez, com sua teoria sistêmica, adentra ao entendimento segundo o qual a Constituição é responsável pela vinculação estrutural entre os sistemas político e jurídico. De modo que aquele estabeleceria os limites para a tomada de decisões, filtrando para o Direito, as que irão acoplar a coletividade. Diante disso, a Constituição seria a responsável por proporcionar a convivência desses dois sistemas (direito/política), cada qual exercendo a sua função, fornecendo substratos imprescindíveis para identificar a especificidade jurídica na comunicação do sistema político<sup>26</sup>.

Ao contrário de Kelsen, Luhmann dirige-se à adequabilidade social do Direito e, conseqüentemente, reforça o próprio sistema do Direito, provocando sua abertura. Nesse cenário, segundo a sua teoria sistêmica, as normas constitucionais seriam as responsáveis por controlar a vinculação estrutural entre Direito e Política. Tal compreensão vai de encontro com a Teoria Pura do Direito, a partir da qual há um fechamento sintático-semântico do sistema pela Constituição.

A Constituição, para Luhmann, representaria um mecanismo de autonomia funcional do Direito, que estaria no grau último de encerramento desse sistema.

---

<sup>24</sup> Hans Kelsen elabora o seu conceito de Constituição em sentido material a partir da premissa de que seria a Norma Hipotética Fundamental a responsável por delimitar o processo de criação das normas jurídicas.

<sup>25</sup> Diferenciando o Direito dos demais ramos que regulamentam a vida social (moral e político), Kelsen afirma que se atingiria a sua finalidade – disciplinar condutas e solucionar litígios entre os homens. Cabe destacar que apesar das posições doutrinárias um tanto confrontantes, Luhmann e Kelsen chegam por caminhos distintos a conclusões muito semelhantes acerca do fim do Direito.

<sup>26</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. 2 v.

Assim, nota-se que esse autor constrói uma hierarquização interna do Direito, a qual é representada pelo código constitucional/inconstitucional, utilizado como parâmetro legislativo, limitando, ainda que implicitamente, o sistema jurídico. Ao mesmo tempo esse sistema torna-se mais flexível, à medida que lhe é apresentado uma série de procedimentos Constitucionais. Assim, a partir de suas premissas, a Constituição seria o fundamento último do Direito, papel que fora ocupado por muito tempo pelo direito natural<sup>27</sup>.

Para a teoria luhmanniana, para que o Direito se torne verdadeiramente um sistema independente, indispensável seria um meio por meio do qual se determinaria o que seria lícito/ilícito, ou seja, indiscutivelmente seria preciso se reportar ao procedimento pelo qual se origina o Direito. Nesse ponto verifica-se a contribuição da teoria Kelseniana à teoria de Luhmann, pois aquele primordialmente analisa as normas que regulam a processo de criação das outras normas, ao passo que é partir de tal meio de elaboração de normas que o Direito irá distinguir-se dos demais sistemas (ponto de partida das idéias de Luhmann). Portanto, a partir de uma Norma Jurídica – Constituição, iria se verificar-se o que poderia ser ou não lícito.

Frise-se ainda, que para Luhmann, a Constituição impõe limites as tomadas de decisões, preservando, os direitos das minorias ao mesmo tempo que introduz as decisões políticas no sistema jurídico. Dessa maneira, o Texto Maior seria reflexo da sociedade complexa e dinâmica que lhe deu origem, sendo que através da Constituição seria possível consagrar o respeito e a lealdade ao Direito<sup>28</sup>.

Assim, Luhmann e Kelsen adentram ao estudo do papel da Constituição frente ao Direito. Aquele esclarece que seria o seu fundamento último, elabora uma hierarquização interna do Direito, representada pelos termos inconstitucional/constitucional, utilizados como limitadores do próprio sistema jurídico. Kelsen, por sua vez, parte da premissa que a Constituição seria o fundamento de toda ordem jurídica do Estado, validando/invalidando as demais normas jurídicas e, portanto, seria superior no plano hierárquico do Direito<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002. (Colección Teoría Social).

<sup>28</sup> PEDRON, Flávio Quinaud. *Direito, Política e Constituição para a Teoria dos Sistema de Niklas Luhmann*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

<sup>29</sup> Nas palavras de Nascimento “a palavra hierarquia significa ordem, graduação, organização segunda uma preferência. Hierarquizar quer dizer pôr em ordem de acordo com um critério”

Portanto, tais doutrinadores, cada qual a sua maneira, reconhecem que a Lei Fundamental se distingue das demais normas jurídicas. Entretanto, suas argumentações vão ao encontro de questões um tanto excessivamente formais, como a Constituição superior apenas por delimitar parâmetros para criação de outras normas, ou ainda, por estar no “topo do ordenamento jurídico”. Resta em aberta a definição do que seria estar no “topo do ordenamento jurídico”. Nota-se que há certa fragilidade do que diz respeito à busca por uma essência Constitucional, a qual repercute no próprio processo histórico que resultou na sua criação. Seria essa essência, observada em um plano histórico-hermenêutico, a lhe legitimar e conferir as suas disposições força normativa.

Ademais, no meio social a Constituição possui um significado distinto dos demais instrumentos normativos, até por parte daqueles que não possuem afinidade com o Direito. Esses mesmos indivíduos não se sentem verdadeiramente alcançados pela Lei Fundamental. Desse modo, resta evidente a inexistência de uma identidade Constitucional, de uma efetiva concepção acerca de tal Norma, capaz de fazer com que a sociedade se sinta participante e, conseqüentemente, comprometida com as disposições Constitucionais, exigindo por parte de todos, principalmente dos juristas, o seu respeito e observância.

## **2.2A Constituição dirigente e a responsabilidade política dos juristas**

A existência de uma Lei Fundamental por si só não basta para garantir sua preponderância, principalmente no que diz respeito à observância das suas disposições por aqueles que lhe conferem aplicabilidade. A Constituição não possui como aspecto primordial à normatividade, mas sim sua realidade permanente, constante e integradora, reflexo de todo o processo histórico que a legitima. Os meios jurídicos existentes para a concretização das suas disposições são diversos, entretanto, ineficazes quando diante da ausência de uma maior consciência do papel que tal regramento assume no cenário jurídico-normativo.

Nos seus primórdios, o constitucionalismo fora pensado para limitar o poder, na sua primeira vertente era direcionado à limitação do poder dos monarcas (através do Parlamento) e, posteriormente, para restringir a ampla liberdade dos legisladores.

Foi nesse cenário que as leis ficaram à margem do ordenamento jurídico e a Constituição passou a ser empregada como meio através do qual tais restrições se materializavam. Conseqüentemente começou a ser delineada como norma fundamental, contexto no qual o modelo de Constituição dirigente teve origem.

A própria finalidade das Constituições é repensada pelo dirigismo constitucional. A partir desse panorama, a Constituição deixou de ser mero instrumento de governo e passou a determinar metas e diretrizes para a sociedade e para o Estado. A Lei Fundamental fora assim concebida não apenas formalmente e abstratamente, mas sim tendo em vista o seu conteúdo material. Toda essa mudança de perspectiva encontra-se intimamente interligada com o próprio desenvolvimento do Estado.

No Estado Liberal destaca-se o predomínio da proteção à liberdade e a propriedade privada. Nesse período o Direito se restringia meramente às leis, motivo pelo qual ao legislador era dispensado grande destaque. Devido a sua perspectiva puramente formal, esse modelo foi superado pelo Estado Social de Direito que, em contrapartida, atribuiu ao Estado condutas positivas, encargos de índole social, de modo a se alcançar e manter a paz social. Assim, não se restringiria ao Estado garantir uma liberdade formal, lhe era dada a missão de assegurar o desenvolvimento dos indivíduos através de intervenções efetivas (por meio do Poder Executivo) que promovessem a igualdade material.

Após a segunda grande guerra mundial surge o Estado Democrático de Direito, materializando-se no Brasil, ao menos de forma abstrata, na Constituição de 1988. Suas premissas essenciais eram à observância dos direitos fundamentais, sociais e a democracia. O Direito passou a ocupar um papel de destaque no cenário comunitário, pois se tornou o instrumento por meio do qual se idealizou a concretização dos objetivos de modernidade, os quais não tinham sido efetivados pelo Estado Social. Tendo em vista essa perspectiva, o Poder Judiciário passou a ocupar o centro das discussões.

Assim, em conjunto com o Estado Democrático de Direito, a Constituição dirigente passou a ser instrumento para implantação de uma igualdade material. Na perspectiva inicial de Joaquim José Gomes de Canotilho, seria a Constituição dirigente um mecanismo de transformação social e política. Frise-se que esse autor acabou alargando seu posicionamento na medida em que começou a compreender que o Direito por si só não seria capaz de regulamentar certas diretrizes sociais,

principalmente diante da complexidade do mundo moderno e das conseqüentes integrações entre as nações.

Assim, o doutrinador português chegou a admitir um “constitucionalismo moralmente reflexivo”, ou seja, aberto a influências, chegando a destacar que “a Constituição dirigente estaria morta se o dirigismo constitucional fosse entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias”. Prossegue esclarecendo “que alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional, (...), acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas matérias fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretende continuar a chamar de Direito, democráticos e sociais”<sup>30</sup>.

Indispensável se faz contextualizar as afirmações desse jurista, principalmente no que diz respeito à possível morte da Constituição dirigente<sup>31</sup>. Sua teoria foi elaboração na perspectiva constitucional portuguesa de 1976. Tal Texto português caracterizava-se pelo caráter revolucionário (visava à transformação ao socialismo), abrangendo em suas disposições conteúdo eminentemente programático, motivo pelo qual foi alvo de críticas dos constitucionalistas conservadores tradicionais<sup>32</sup>.

Canotilho almejava, portanto, a unidade substancial da Constituição, destacando o caráter vinculante de todas as suas disposições normativas e repugnando a tese de não normatividade das normas programáticas. Asseverava que estas não são simples programas ou incitações morais, mas sim abrangem conteúdo jurídico na mesma proporção que as demais disposições constitucionais. Essa realidade foi completamente distinta da brasileira de 1988, que singelamente adentrou à um Estado Democrático de Direito. No Brasil a Constituição não possuiu

---

<sup>30</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra. 2001 *apud* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 5.

<sup>31</sup> Canotilho fez tal afirmação no prefácio da 2ª edição de sua obra “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador” - CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra. 2001 *apud* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 5.

<sup>32</sup> Os constitucionalistas tradicionais, objetivando manter o *status quo*, defendiam um viés teórico-ideológico, afirmando que o texto constitucional português de 1976 era dúplice, ou seja, possuía conteúdo de uma Constituição liberal/democrática e também dirigente/autoritária. Mencionavam que seria impossível a aplicação das normas dirigentes, pois incapazes de conformar a liberdade do legislador infraconstitucional, além do mais, eram apenas diretrizes governamentais, motivo pelo qual apenas seria possível aplicação de normas de conteúdo liberal/democrático.

uma função normativa-revolucionária, tal qual fora estabelecido para a Constituição portuguesa.

Cabe destacar que no Brasil o Estado Social tornou-se uma mera abstração, utilizado para concretizar ainda mais diferenças sociais<sup>33</sup>, um país de modernidade tardia e de promessas constitucionais não executadas, diferentemente de Portugal, país no qual houve realmente a implantação de um Estado Social.

Assim, não houve uma ruptura do pensamento de Canotilho, pelo contrário, tal doutrinador se contrapõe aos modelos de Estado e Constituição contemporâneos, principalmente no que diz respeito à teoria de um Direito reflexivo, um Direito que não admite a interferência de um sistema em outro. Realiza a sua crítica ao que atualmente denomina-se de politização do jurídico e judicialização da política. O direito, dessa maneira, não transformaria a sociedade, tão somente diminuiria sua complexidade<sup>34</sup>.

Acerca do assunto, para Lenio Streck a Constituição dirigente por si só não seria capaz de operar transformações emancipatórias, pois não se está tratando apenas de um normativismo revolucionário, a Constituição Dirigente representa a vinculação do legislador às suas imposições da materialidade, de modo que o Direito mantém a sua posição de efetivar políticas públicas esquecidas.

No Estado Constitucional democrático, considera-se o sentido, os fins, princípios políticos e filosofias que compõe a própria existência das normas Constitucionais. Dessa maneira, a realidade social, bem como a dimensão histórica que lhe é intrínseca, são instrumentos indispensáveis para compreensão da totalidade da Constituição. Tal pensamento vai de encontro com aqueles que consideram a Constituição como um simples instrumento de governo (regulador de procedimentos e definidor de competências), seria ela tão somente uma norma jurídica superior, desvinculada de qualquer conteúdo social ou econômico, objeto de garantia do *status quo*.

Em contraposição a esta concepção formalista, a proposta de Constituição dirigente apresentada por Canotilho, o qual buscava evidenciar a força de direção do

---

<sup>33</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Constituição ou barbárie? – a lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/constituic3a7c3a3o-ou-barbc3a1rie-e28093-a-lei-como-possibilidade-lenio.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

<sup>34</sup> Nesse ponto de sua teoria, Canotilho parece se aproximar, de uma forma um tanto contraditória, da teoria sistêmica elaborada por Niklas Luhmann, a qual já fora apresentada no decorrer do presente trabalho (vide item 2.1).

direito constitucional a partir da legitimação material de suas disposições tendo em vista os fins que estão intrínsecos à sua própria existência. Desse modo, a Constituição idealizaria a transformação social, na medida em que determina tarefas e programas para o Estado e para a comunidade.

Assim, o problema da Constituição dirigente seria sua legitimação, na medida em que os seus fins estariam sendo menosprezados pelo próprio legislativo. Suas imposições não estão vulneráveis a meras discussões acerca da oportunidade de serem ou não executadas, nota-se que há um problema de cumprimento da Constituição. Entretanto, assevera-se que buscando o cumprimento dos preceitos constitucionais, essa teoria acabaria dispensando ao judiciário a função de efetivar e esclarecer essas questões, o que se mostra problemático.

A Constituição dirigente destaca a interdependência entre o Estado e a sociedade, na medida em que além de garantir questões existentes, fornece programas e parâmetros para o futuro, os quais delimitam a atuação da própria política. A partir de tal compreensão, vislumbrou-se por alguns doutrinadores<sup>35</sup> que a Constituição dirigente forneceria os parâmetros para a própria mudança social. Todavia, sem adentrar a essa discussão, nota-se que Canotilho objetivava ressaltar o caráter normativo das disposições constitucionais, asseverando que até mesmo as normas programáticas eram vinculantes, pois delimitam os parâmetros pelos quais se devem guiar os juristas.

No Brasil não há uma crise da Constituição, pois a Constituição de 1988 disciplina uma série de instrumentos para concretização dos direitos que resguarda, sem falar que abrange em seu Texto questões sociais historicamente conquistados e que careciam de disciplina. O que assola a realidade brasileira é uma crise de identidade constitucional, na medida em que os juristas não se vinculam às disposições constitucionais e os cidadãos não se sentem pertencentes à Constituição. Assim, resta fragilizado o compromisso constitucional da coletividade como um todo, motivo pelo qual a concretização da Lei Fundamental mostra-se tão problemática, sem falar que o respeito as seus preceitos fora de longe abalado por instrumentos criados para tornar seu Texto maleável em desfavor da própria essência que motiva a existência de uma Constituição.

---

Desse modo, não carece a Constituição brasileira de meios jurídicos para sua concretização, mas sim de uma consciência coletiva do papel que ela assume no ordenamento jurídico. Assim como se compreende das argumentações de Canotilho, indispensável se faz um legislador atento às disposições Constitucionais, um judiciário cumpridor de seus preceitos e juristas que compreendam e pautem sua atuação de acordo com a Lei Fundamental. Por fim, para contribuir com a reflexão, cabe destacar lição de Sérgio Buarque e Holanda: “As constituições feitas para não serem cumpridas, as leis existentes para serem violadas, tudo em proveito de indivíduos e oligarquias, são fenômenos corrente em toda a história da América do Sul”<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup>HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 2ª ed, Rio de Janeiro: José Olympio, 1948, p. 273.

### **3 A CRISE DE IDENTIDADE E A INEFETIVIDADE DO TEXTO CONSTITUCIONAL**

Ao longo da história constitucional brasileira, fora idealizado pela sociedade uma Constituição dirigente, democrática e compromissória. Com o surgimento do Estado Democrático fundou-se a supremacia da Lei Fundamental, entretanto pouco se conseguiu torná-la efetiva. Alguns instrumentos criados para alterar o Texto Constitucional, como a mutação constitucional, o excesso de Emendas Constitucionais e Medidas Provisórias disciplinando questões constitucionais, bem como a falta de regulamentação de vários dispositivos, demonstram a instabilidade jurídica intrínseca a esse cenário.

A Constituição brasileira de 1988 é a Lei Fundamental que mais ressaltou a democracia, pois constitucionalizou demandas sociais e econômicas historicamente idealizadas. Todavia, a mera regulamentação dessas questões não garante a sua efetividade. Ademais, muitas dessas conquistas esbarram em um imaginário político que se mantém conectado a um estamento burocrático, instruído tão somente para tratar de interesses liberais e particulares.

Para ter existência efetiva na vida dos cidadãos, indispensável se faz que a Constituição seja acessível e conhecida. Esse conhecimento acerca da Lei Fundamental é por demasia incipiente por grande parte da população. A efetividade da Constituição resulta, indispensavelmente, dos instrumentos jurídicos para tal, os quais, em tese, estão à disposição dos indivíduos. Outrossim, os mecanismos de controle de constitucionalidade, preventivo e repressivo, afetos ao Poder Judiciário deveriam que contribuir para aproximar o Texto da população e principalmente, para resguardar a sua observância.

Existe uma série de dispositivos constitucionais a mercê de regulamentação mesmo após duas décadas de existência da Lei Fundamental. Em contrapartida, foram editadas várias Emendas Constitucionais que modificaram o texto original, motivo pelo qual para se fazer alusão à Constituição Federal brasileira, muitos utilizam a expressão “Colcha de Retalhos”.

Adentrando a realidade brasileira, resta notório que apenas uma parcela muito irrisória da população acompanha o processo de emendas à Constituição. Nesse sentido, cabe destacar comentário do Ministro do Supremo Tribunal Federal,

Dr. Carlos Ayres Brito, acerca da Constituição de 1988 quando em reportagem do Correio Brasil (16/072003), mencionou:

Que se perseverere, então, nas conquistas obtidas e para isso é preciso impedir que as emendas à Constituição venham a significar um contradiscurso constitucional, um retrocesso a fórmulas de organização político-social que não passam da reprise de um filme cujo o trágico fim de iniquidades sociais e apatia cívica já se conhece.

De fato, grande parte das Emendas Constitucionais já editadas no Brasil alteraram o texto original modificando o seu ideário democrático, pois na sua essência visavam resguardar interesses políticos da classe política dirigente. Os instrumentos criados para transformar a Constituição, seja expressamente ou tacitamente, em sua maioria acabaram por tornar suas disposições ainda mais distante dos interesses nacionais, dos objetivos maiores da sociedade brasileira, os quais constituem a essência de sua própria existência.

Para garantir a efetividade da Lei Fundamental é preciso repensar esses meios criados para torná-la maleável. O Texto brasileiro de 1988, como já foi abordado, regulamentou uma série de questões sociais que ao longo dos tempos foram reivindicadas pela comunidade, bem como se mostra como um dos mais democráticos dos já existentes. Desse modo, imprescindível adequar-se à Constituição Federal em vez de tentar-se adaptá-la a anseios e interesses privados.

### **3.1 A modificação do Texto constitucional e o compromisso social com a Constituição**

A Constituição Federal de 1988 possui grande destaque no cenário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao seu viés democrático. Entretanto, ainda não fora devidamente implementada e aplicada, o que, por sua vez, conduz a uma série de questionamento acerca da sua efetividade. Ademais, várias alternativas foram elaboradas para modificar o Texto original, dentre elas, as emendas à Constituição e as medidas provisórias que disciplinam questões constitucionais. A Lei Fundamental brasileira de 1988 é uma das mais completas e inovadoras, o que nos faz repensar a necessidade desses instrumentos criados para alterá-la e, sobretudo, nos questionar se uma possível ausência de um sentimento Constitucional não é realmente o

problema a ser encarado no cenário contemporâneo e, conseqüentemente, seria o responsável por fragilizar o vínculo que deveria atrelar toda a coletividade às disposições Constitucionais.

O poder de alterar a Constituição é, inquestionavelmente, um poder limitado, tendo em vista que é disciplinado por normas presentes no próprio Texto Maior, o qual lhe impõe o procedimento a ser observado, bem como o modo de agir, sob pena de vício<sup>37</sup>. O poder reformador resulta do poder constituinte originário o que lhe enseja uma série de limitações explícitas e implícitas, as quais atribuem estabilidade à Constituição e visam evitar o desrespeito aos princípios básicos, tendo em vista que não os deixam a mercê do poder constituinte derivado<sup>38</sup>. Cabe destacar que as limitações expressas ou explícitas são aquelas formalmente estabelecidas na Lei Fundamental, já as implícitas ou tácitas derivam dos princípios e do espírito exarada pelo texto Constitucional<sup>39</sup>.

As limitações à modificação da Constituição podem ser de natureza formal, diferenciadas em procedimentais, temporais ou circunstanciais, ou de natureza material, chamadas de cláusulas pétreas expressas ou implícitas. Segundo José Afonso da Silva, as restrições formais podem ser assim sinteticamente encaradas conforme o órgão responsável pela reforma, ou seja, o Congresso Nacional, que deverá pautar sua atuação nos estritos termos estabelecidos na Constituição<sup>40</sup>. Já as limitações materiais, as chamadas cláusulas pétreas, representam algumas questões que não podem ser alvo de alterações por parte do órgão competente para tal, motivo pelo qual o constituinte originário excluiu alguns conteúdos da incidência do poder de emendas. Nesse sentido:

A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de 'originário') não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validade e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 65.

<sup>38</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 198

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 198-202.

<sup>40</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 65.

<sup>41</sup> ADI 2.356-MC e ADI 2.362-MC, rel. p/ o ac. min. Ayres Britto, julgamento em 25-11-2010, Plenário, DJE de 19-5-2011.

Objetivando evitar a ruptura do contexto normativo no qual foram elaboradas, essas matérias não podem ser retiradas do sistema ou alteradas em sua forma de tratamento, pois estão resguardadas pelos princípios fundamentais presentes no Texto Maior. Assevera-se que esses princípios constituem a essência material da Constituição, a sua inobservância deixa o Texto vulnerável ao poder constituído. As modificações na Constituição devem fortalecê-la como um todo, sem alterar sua essência basilar que deve acima de tudo ser preservada.

Dessa maneira, as restrições materiais são absolutamente vinculantes, de modo que o poder de alterar a Constituição deve limitar-se aos parâmetros estabelecidos pelo constituinte originário. Isso por que, o objetivo do poder reformador é simplesmente ajustar o Texto às novas conjunturas sociais, motivo pelo qual deve estar pautado pelas disposições expressas existentes na Constituição.

Frise-se que o entendimento preeminente no Brasil, é o de que a proteção concedida às cláusulas pétreas não obsta que o poder reformador discorra acerca das matérias correlacionadas pelo dispositivo limitador, pois elas objetivam preservar os princípios e a estruturas fundamentais da Constituição. Por isso, a mera modificação redacional de uma norma que compõe o rol das cláusulas pétreas não importa, tão somente, inconstitucionalidade, mas desde que não desrespeite a essência do princípio protegido e o sentido da norma<sup>42</sup>. O objetivo, dessa maneira, é preservar o núcleo essencial dos bens resguardados constitucionalmente. Segundo o Supremo Tribunal Federal:

É muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. (...) não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da Constituição (...). É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a ideia de unidade da Constituição (...) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. Tal tendência não exclui a possibilidade de um 'engessamento' da ordem constitucional, obstando à introdução de qualquer mudança de maior significado (...). Daí afirmar-se, correntemente, que tais cláusulas não de ser interpretadas de forma restritiva. Essa afirmação simplista, ao invés de solver o problema, pode agravá-lo, pois a tendência detectada atua no sentido não de uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, mas de uma interpretação restritiva dos próprios princípios por elas protegidos. Essa via, em lugar de permitir fortalecimento dos princípios constitucionais contemplados nas 'garantias de eternidade', como pretendido pelo constituinte, acarreta, efetivamente, seu enfraquecimento.

---

<sup>42</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 207.

Assim, parece recomendável que eventual interpretação restritiva se refira à própria garantia de eternidade sem afetar os princípios por ela protegidos (...). (...) Essas assertivas têm a virtude de demonstrar que o efetivo conteúdo das 'garantias de eternidade' somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana. (...) Ao se deparar com alegação de afronta ao princípio da divisão de poderes de Constituição estadual em face dos chamados 'princípios sensíveis' (representação interventiva), assentou o notável Castro Nunes lição que, certamente, se aplica à interpretação das cláusulas pétreas: '(...). Os casos de intervenção prefigurados nessa enumeração se enunciam por declarações de princípios, comportando o que possa comportar cada um desses princípios como dados doutrinários, que são conhecidos na exposição do direito público. E por isso mesmo ficou reservado o seu exame, do ponto de vista do conteúdo e da extensão e da sua correlação com outras disposições constitucionais, ao controle judicial a cargo do STF. Quero dizer com estas palavras que a enumeração é limitativa como enumeração. (...) A enumeração é taxativa, é limitativa, é restritiva, e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal. Mas cada um desses princípios é dado doutrinário que tem de ser examinado no seu conteúdo e delimitado na sua extensão. Daí decorre que a interpretação é restritiva apenas no sentido de limitada aos princípios enumerados; não o exame de cada um, que não está nem poderá estar limitado, comportando necessariamente a exploração do conteúdo e fixação das características pelas quais se defina cada qual deles, nisso consistindo a delimitação do que possa ser consentido ou proibido aos Estados' (Repr. 94, rel. min. Castro Nunes, *Arquivo Judiciário* 85/31, 34-35, 1947).<sup>43</sup>

No que diz respeito às limitações implícitas ao poder de reforma constitucional, cabe mencionar que são elas resultado dos princípios que constituem o sistema constitucional e, conseqüentemente, da própria idéia de Constituição rígida. Outrossim, devem ser observadas como restrições ao poder de emendar a Constituição todas as normas que representam sua identidade basilar e que, porventura, foram assim idealizadas pelo constituinte originário.

Acerca dos aspectos pertinentes ao uso das medidas provisórias por parte do Poder Executivo, é notório o uso imoderado e as constantes reedições que sofre tal instituto, o que, por sua vez, fragiliza o real sentido que lhe fora concedido, ou seja, sua relevância e urgência e, por conseguinte, seu caráter excepcional. Logo, como conseqüência dessas reedições, são frequentemente violados direitos fundamentais e individuais da sociedade brasileira. Assim sendo, quem passa a legislar no Brasil é o Poder Executivo, e não mais o Legislativo, que deixa de representar as aspirações

---

<sup>43</sup>ADPF 33-MC, voto do rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-10-2003, Plenário, *DJ* de 6-8-2004.

sociais e passa a ser um mero homologador das decisões Presidenciais. Acerca do assunto, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal:

A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo, quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de *checks and balances*, a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. Cabe ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes.<sup>44</sup>

Substituindo o antigo decreto-lei, a medida provisória foi inserida no Texto Constitucional de 1988 e teve como influência o modelo italiano de 1948. É um instrumento que pode se valer o governo para disciplinar determinadas matérias em hipóteses excepcionais e sob o seu encargo. A esse respeito, grande inovação fora a introduzida pela Emenda Constitucional de nº 32/01 que alterou o artigo 62 da CF/88, a qual estabeleceu vedações de ordem material para a edição de medidas provisórias, dentre elas, as atinentes à defesa dos direitos fundamentais, objetivando preservar à Democracia e a Separação de Poderes, nesse sentido assevera julgado do Supremo Tribunal Federal:

[...] direitos e garantias fundamentais devem ter eficácia imediata (cf. art. 5º, § 1º); a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos deve obrigar o Estado a guardar-lhes estrita observância. Direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição (art. 60, § 4º)." (Ext 986, rel. min. Eros Grau, julgamento em 15-8-2007, Plenário, DJ de 5-10-2007.)

As limitações a edição de medidas provisórias representam uma barreira ao uso indiscriminado desse instrumento pelo Poder Executivo e objetivam o respeito ao seu caráter excepcional. Elas sujeitam-se ainda ao controle de

---

<sup>44</sup>ADI 2.213-MC, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 4-4-2002, Plenário, DJ de 23-4-2004.

constitucionalidade, mesmo sendo uma espécie normativa de natureza temporal. Ademais, excepcionalmente, nas situações em que houver desvio de finalidade ou abuso de poder de legislar, como no caso de inexistência de urgência e relevância, pode o Poder Judiciário adentrar na esfera discricionária do Chefe do Executivo. Nesse sentido:

Conforme entendimento consolidado da Corte, os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de 'relevância' e 'urgência' (art. 62 da CF), apenas em caráter excepcional se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força da regra da separação de poderes (art. 2º da CF) (...).<sup>45</sup> A edição de medidas provisórias, pelo presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, *caput*). Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela CR. (...) A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apoia-se na necessidade de impedir que o presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais.<sup>46</sup>

Assim, nota-se a preocupação para com a preservação dos direitos fundamentais e individuais da comunidade brasileira, tendo em vista que as medidas provisórias devem possuir como limite e parâmetro o texto Constitucional. Ademais, deve-se preservar o real sentido para o qual fora criado tal instituto, ou seja, situações de relevância e urgência, de modo que seja preservada a separação dos poderes, a qual representa cláusula pétrea no cenário constitucional brasileiro.

Tendo em vista os instrumentos utilizados para modificar a Constituição e, supostamente para dar efetividade às suas disposições, denota-se que tanto as emendas constitucionais, quanto as medidas provisórias representam perigo a ordem democrática, a separação dos poderes e, conseqüentemente, aos preceitos

---

<sup>45</sup>ADC 11-MC, voto do rel. min. Cezar Peluso, julgamento em 28-3-2007, Plenário, *DJ* de 29-6-2007. No mesmo sentido: ADI 4.029, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 8-3-2012, Plenário, *DJE* de 27-6-2012.

<sup>46</sup>ADI 2.213-MC, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 4-4-2002, Plenário, *DJ* de 23-4-2004.

fundamentais, quando utilizados em prol de interesses particulares. Outrossim, como fora demonstrado, tal preocupação demonstra-se pertinente no cenário contemporâneo, tendo em vista que se busca primeiramente alterar a Constituição, mesmo sendo ela uma das mais inovadoras e possuindo instrumentos para solucionar várias divergências sociais, em vez de se ressaltar as suas disposições e buscar concretizar sua base essencial, a qual lhe confere supremacia na ordem nacional. Dessa feita, essa atitude por parte do Legislativo e do Executivo, demonstra a inexistência de um comprometimento para com a Constituição, e no que diz respeito ao cenário comunitário, a carência de uma identidade Constitucional capaz de fazer com que a sociedade sinta-se participante do Texto, bem como preponderante em exigir o seu respeito e cumprimento.

### **3.2 O fenômeno da mutação Constitucional e o ideal de concretização dos direitos fundamentais.**

A *latere* do processo formal de modificação da Constituição, existe outro instrumento que não foi previsto pelo Constituinte Originário e que resulta das mudanças de concepções daqueles que aplicam as leis, o que, por sua vez, ocasiona uma alteração silenciosa do texto Constitucional. Não há modificação da letra da norma, mas sim uma interpretação que lhe confere novo sentido. A mutação constitucional, enquanto fenômeno interpretativo, não pode representar afronta à nítida vontade normativa das proposições constitucionais, bem como à sua finalidade. A limitação a esse instrumento é medida que se impõe, tendo em vista que deve ser utilizado para concretizar as disposições constitucionais dentro das condições reais preponderantes em uma situação determinada, e não para alterar a essência do Texto constitucional em prol de interesses casuais e específicos, o que representa uma afronta ao cenário democrático e a concretização dos direitos fundamentais.

A mutação constitucional surgiu a partir do Poder Judiciário ao interpretar a Constituição em uma dada situação. Entretanto, como o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Lei Maior, a ele incube verificar a ocorrência ou não de mutação Constitucional por meio da interpretação. Assim, é um fenômeno oriundo, principalmente, do entendimento apresentado pelo Supremo Tribunal Federal à

norma Constitucional em certa circunstância, que, em contrapartida, fica a mercê de cada entendimento presente na Suprema Corte. Segundo José Afonso da Silva, mutação Constitucional:

[...] consiste num processo não formal de mudanças das constituições rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do estado<sup>47</sup>.

Desse modo, através de um processo não formal, carente de regulamentação normativa, altera-se a Constituição tacitamente. Cabe destacar que tal instituto foi idealizado tendo em vista as mudanças sociais, de modo que se estaria proporcionando ao Texto Maior adequar-se as novas realidades e aos novos tempos. Como a incumbência de verificar a aplicação e interpretação da Lei Fundamental é do Supremo Tribunal Federal, lhe é dada a responsabilidade de ser o grande condutor no processo de modificação informal de seu Texto. Cabe aos seus julgadores possibilitar tal fenômeno, quando diante de interpretações diferentes acerca da Constituição.

Por oportuno, cabe destacar decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes diante de uma ação direta de inconstitucionalidade que foi proposta pelo Governador do Estado de Mato Grosso diante da Resolução nº 5, de 20/03/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público, que “disciplina o exercício de atividade político-partidária e de cargos públicos por membros do Ministério Público Nacional”, ocasião na qual o Ministro assevera que não se pode confundir mutação constitucional com as modificações de interpretação que acobertam interesses tendenciosos:

(...) Não se podem confundir os fatores que levam à deflagração do fenômeno da mutação normativa com iniciativas que buscam alterar o próprio sentido do texto constitucional em prol de interesses específicos e casuais. É magistral, a propósito, advertência que faz Hesse, nos seguintes termos: “Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode - ou deve - provocar

---

<sup>47</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2012. pág. 61.

mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. (...) Aquela posição por mim designada vontade da Constituição (Wille zur Verfassung) afigura-se decisiva para a práxis constitucional. Ela é fundamental, considerada global ou singularmente. O observador crítico não poderá negar a impressão de que nem sempre predomina, nos dias atuais, a tendência de sacrificar interesses particulares com vistas à preservação de um postulado constitucional; a tendência parece encaminhar-se para o malbaratamento no varejo do capital que existe no fortalecimento do respeito à Constituição. Evidentemente, essa tendência afigura-se tanto mais perigosa se se considera que a Lei Fundamental não está plenamente consolidada na consciência geral, contando apenas com um apoio condicional.” Além de todas essas circunstâncias que demonstram a inexistência de plausibilidade jurídica do pedido cautelar, vislumbro periculum in mora inverso na concessão da liminar pleiteada consubstanciada na alta probabilidade de que as nomeações de membros do Ministério Público para o exercício de relevantes cargos da estrutura dos Poderes Executivos estaduais venham a ser judicialmente contestadas no controle difuso, causando instabilidade e descrédito aos atos de administração que viessem a ser praticados pelos titulares das pastas de governo. Por todo o exposto, ausentes os requisitos para a concessão do provimento cautelar, indefiro o pedido de liminar. Aplico, desde logo, o procedimento previsto do art. 12 da Lei 9.868/99. Assim, solicitem-se informações ao Conselho Nacional do Ministério Público, que deverá prestá-las no prazo de dez dias. Após, abra-se vista sucessiva, no prazo de cinco dias, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República. Publique-se. Brasília, 29 de dezembro de 2006. Ministro Gilmar Mendes Vice-Presidente (RISTF, art. 37, I, c/c art. 13, VIII).

Devido a sua abertura e elasticidade, a Constituição brasileira de 1988 adequou-se à teoria da mutação constitucional. Esse fenômeno ocorreu principalmente como decorrência de seu Texto assumir um caráter altamente principiológico e estrutural, bem como a presença de várias normas sujeitas à complementação e a ocorrência de dispositivos divergentes, que exigem uma hermenêutica harmonizadora diante de conceitos indeterminados e lacunas normativas. “Assim, os dispositivos constitucionais dotados de suficiente abertura e elasticidade [...] podem perfeitamente ser (e têm efetivamente sido) modificados por meio da atuação dos mecanismos informais de alteração da Constituição”<sup>48</sup>, mas desde que observados os superprincípios constitucionais: princípio da constitucionalidade; princípio do Estado Democrático de Direito; e princípio da proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Destacam-se algumas situações nas quais o Supremo Tribunal Federal introduziu mutações constitucionais nas normas da Constituição de 1988, conforme

---

<sup>48</sup> KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e Mutações Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2009. p.164-165.

Wellington Márcio Kubliskas<sup>49</sup>: HC nº 74.051-3/SC e a proteção do estrangeiro não residente no Brasil (art. 5º, caput); HC nº 82.424/RS e a definição do alcance do termo “racismo” (art. 5º, XLII); RE nº 251.445/GO e a abrangência do termo “casa” (art. 5º, XI); HC nº 82.959-7/SP e a progressão de pena nos crimes hediondos (art. 5º, XLVI); ADIN nº 276/AL e a adoção das regras do processo legislativo da União pelos Estados-membros (art. 11 do ADCT).

A prática da mutação constitucional pode se revelar um tanto perigosa. Isso por que pode distanciar da Constituição o que lhe é de mais relevância – sua função de regulamentadora da sociedade. Resta cristalino que a Lei Fundamental precisa adequar-se à realidade social, entretanto, nenhuma Constituição consegue manter-se rígida com constantes degradações de seu texto. O temor reside no fato de que se esta diante de um instrumento que substitui um procedimento formal e dificultoso de alteração do Texto, o qual foi idealizado pelo constituinte originário, por interpretações de alguns indivíduos. Como exemplo, cabe destacar a Reclamação nº 4.335-5/AC, art. 52, X, da Constituição de 1988, situação na qual o STF desde o ano de 2007 até 2014 (data do julgamento), tratou de maneira mais direta do fenômeno da mutação constitucional.

Em que pese à exigência social de adequação da Constituição a realidade, o fenômeno da mutação constitucional pode ser instrumento de violação aos preceitos fundamentais quando utilizado para interpretações totalmente dissonantes do sentido literal do enunciado normativo, pois o interprete não pode criar normas. Acerca do assunto, frise-se lição de Gilmar Ferreira Mendes:

[...] levadas a tais extremos, ou aceitas sem maior cuidado pela lei do menor esforço – afinal, todos sabem que novas interpretações, assim como as chamadas recepções, são formas abreviadas de criação do direito – essas mutações constitucionais acabam afetando o núcleo duro das constituições, aquele conteúdo essencial que as próprias cartas políticas, para não perder a identidade, cautelosamente protegem contra tudo e contra todos, mas, em especial, contra as tentações dos seus reformadores de plantão.<sup>50</sup>

Diante do fenômeno da mutação constitucional, Lenio Luiz Streck, Marcelo Cattoni de Oliveira e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima, destacam que ele “não pode ser entendido como espaço de livre atribuição de sentido”, principalmente quando diante do texto Constitucional:

---

<sup>49</sup> *Ibidem*. p. 251-261.

<sup>50</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 132.

Ou seja, em determinadas situações, mutação constitucional pode significar, equivocadamente, a substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário. E, com isso, soçobra a democracia. E este nos parece ser o ponto principal da discussão acerca dos votos proferidos na aludida Reclamação 4335-5. Numa palavra, o processo histórico não pode, desse modo, delegar para o Judiciário a tarefa de alterar, por mutação ou ultrapassagem, a Constituição do País (veja-se, nesse sentido, só para exemplificar e esse é o ponto da presente discussão -, o “destino” dado, em ambos os votos, ao art. 52, X, da Constituição do Brasil)<sup>51</sup>.

Assim, esses autores adeptos à exigência de integridade do caráter principiológico do direito democrático, não vêem com perspicácia a tese da mutação constitucional quando ela é compreendida como saída para uma possível divergência entre o texto Constitucional e a realidade social. Situação na qual se aplicaria uma “jurisprudência corretiva”, assim como já mencionava Bulow no século XIX, da seguinte maneira: “uma jurisprudência corretiva desenvolvida por juízes éticos, criadores do Direito”<sup>52</sup> e renovadores da constituição e de seus hipotéticos envelhecimentos, ou seja, mutações constitucionais são reformas informais e mudanças constitucionais empreendidas por uma suposta interpretação evolutiva<sup>53</sup>:

[...] Em síntese, a tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia. A atividade jurisdicional, mesmo a das cortes constitucionais, não é legislativa, muito menos constituinte (e assim não há o menor cabimento, diga-se de passagem, na afirmação do Min. Francisco Rezek, quando do julgamento da ADC n.º 1, quando este dizia que a função do STF é a de um oráculo que “diz o que é a Constituição”)<sup>54</sup>.

Dessa maneira, a função do direito e da jurisdição constitucional é “construir interpretativamente, com a participação da sociedade, o sentido normativo da constituição e do projeto de sociedade democrática a ele subjacente”<sup>55</sup>. Esse instrumento de modificação do texto Constitucional não pode ser utilizado para que o

<sup>51</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 11, n. 1498, 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

<sup>52</sup> Gesetz und Richteramt, Leipzig, 1885.

<sup>53</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. A eficácia das decisões de inconstitucionalidade – 15 anos de experiência. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *15 anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 207. [nota dos autores].

<sup>54</sup> STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, (grifo dos autores).

<sup>55</sup> Ibidem.

Supremo Tribunal Federal ‘crie’ disposições constitucionais por meio da interpretação, ou seja, ultrapasse o limite semântico do Texto e, conseqüentemente, adéqüe-o a situações particulares violando preceitos fundamentais da ordem democrática nacional.

Destarte, busca-se ressaltar o perfil compromissário da Constituição de 1988, bem como defender a continuidade da sua feição dirigente. De modo que cumprir com as disposições constitucionais é uma obrigação ética imposta a toda a coletividade. Ademais, o constituinte ao elaborar o Texto, estabeleceu como metas passíveis de serem alcançadas uma série de direitos fundamentais, sociais e coletivos, os quais reafirmam a Constituição quando devidamente respeitados e implementados.

Em contrapartida, o que se verifica até os dias de hoje, principalmente quando diante de instrumentos que tornam maleável a Lei Fundamental, é que a Constituição brasileira não fora ainda efetivamente concretizada para satisfazer tais preceitos, fenômeno pelo qual Lenio nomeia de “baixa constitucionalidade”, tendo em vista que mesmo rompendo com um velho regime positivista, a Constituição de 1988 ainda encontra-se em segundo plano quando diante de uma aplicação imediata e efetiva dos direitos substanciais<sup>56</sup>.

Lenio reitera destacando que a “a Constituição ainda deve ‘constituir-a-ação’, mormente porque o Brasil nunca constituiu”<sup>57</sup>. Assim, indispensável se faz concretizar as disposições constitucionais, evidenciando a sua supremacia, bem como resguardando a sua essência inerente, de modo que o Texto não fique a mercê de decisionismos, o que em diversas circunstâncias fora verificado com a própria mutação constitucional, que, por sua vez acabou representando um risco aos direitos e garantias fundamentais.

Cabe destacar lição de Rafael Fonseca Ferreira e Celine Barreto Anadon, acerca da Constituição:

As Constituições democráticas do segundo pós-guerra se destinam a cumprir esse papel de condicionar a relação entre Estado e cidadão via direitos humanos e fundamentais, enquanto aspirações coletivas, as quais devem ser preservadas e ampliadas e onde o (re)estabelecimento do diálogo entre ordens-fontes-atores, numa dimensão transnacional, suplantam o formalismo legitimatório em benefício da materialidade

---

<sup>56</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

constitucional. Com efeito, se quer dizer que a Constituição não pode ser vista apenas sob o aspecto formal de limitação e de organização do Estado, mas também sob o compromisso de transformar de forma concreta a realidade social, a partir da intangibilidade dos direitos humanos e fundamentais<sup>58</sup>.

A Constituição não pode ser aquilo que o interprete quer que ela seja, ao contrário, este deve pautar sua atuação no cumprimento efetivo das disposições constitucionais, adequando-as à realidade social, mas sem jamais prejudicar o sentido normativo inerente aos seus preceitos. Contemporaneamente, uma das grandes preocupações do neoconstitucionalismo é a necessidade de controlar os atos de jurisdição, tendo em vista os grandes problemas enfrentados nessa ceara. Ao encontro de tal perspectiva, mas adentrando ao âmago da questão, tornou-se indispensável dialogar acerca do compromisso constitucional que possui a 'comunidade' jurídica como um todo. De modo que resta latente a fragilidade e vulnerabilidade dessa relação. Assim, fortificar o comprometimento constitucional é medida que se impõe para salvaguardar a existência e supremacia da Constituição, em especial para preservar os direitos e garantias fundamentais.

---

<sup>58</sup> FERREIRA, Rafael Fonseca; ANADON, Celine Barreto. Perspectiva de uma (trans)constitucionalidade em Direitos Humanos: ensaio de uma proposta para além da centralidade estatal. In: VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha; MARQUES, Carlos Alexandre Michaello; STOLZ, Sheila (Orgs.). *Hermenêutica, sociedade e natureza: análise crítica dos paradigmas (pós) modernos*. Rio Grande: Editora da FURG, 2014. p. 206.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A modernidade trouxe consigo uma série de acontecimentos históricos que alteraram a realidade política e romperam com a função que tinha a Constituição, de meramente representar a ordem social, institucional e política, a qual era característica na Antiguidade e na Idade Média. Foi nesse cenário que surgiram alguns conceitos acerca da Constituição, os quais almejavam desvincular a preocupação em organizar o estado e o poder. Entretanto, a dificuldade em se formular verdadeiramente uma concepção de Constituição, não atrelada tão somente a questões formais era latente, na verdade tal problemática se perfaz até os dias de hoje.

Há certa fragilidade em se evidenciar a essência que permeia o Texto Constitucional, a qual sendo observada em um plano hermenêutico e histórico-social legitima e confere as disposições constitucionais força normativa. Ademais, a coletividade não se sente verdadeiramente alcançada pela Lei Fundamental, pois carece tal Texto de uma identidade própria, capaz de vincular todos, principalmente os operadores do direito, para que se sintam comprometidos em observar e respeitar com primazia suas disposições. Assim, carece a Constituição brasileira de uma consciência coletiva de seu papel frente a todo o sistema jurídico.

Desse modo, uma das grandes barreiras a serem enfrentados pela 'comunidade constitucional' é a inexistência de um comprometimento Constitucional, o qual, imprescindivelmente, deveria que vincular a coletividade aos seus preceitos, de modo a torná-los concretos substancialmente na vida de cada um. Esse liame, que deveria ser inerente a um Texto que regulamenta uma série de questões fundamentais e, conseqüentemente, atingem direta ou indiretamente a todos frequentemente, serve de sustentáculo para sua efetivação, bem como para preservar sua primazia.

Diversas foram às situações nas quais as normas constitucionais assumiram um caráter suplementar, principalmente quando diante de interpretações ou modificações que lhe dispensaram sentido diverso daquele atribuído pelo constituinte originário. Alguns instrumentos adotados para alterar a Lei Fundamental, criados para dar efetividade as suas disposições, como é o caso das emendas constitucionais ou as medidas provisórias disciplinando questões de índole constitucional, representam perigo a ordem democrática e a separação dos poderes,

principalmente quando utilizados para acobertar interesses particulares. Normas constitucionais, oriundas de um longo processo histórico, envolvendo conquistas sociais, são alteradas por aqueles que hoje se questiona se possuem verdadeiramente comprometimento constitucional.

A tendência contemporânea é a modificação da Constituição e não a efetivação das suas disposições. Não se está mitigando a necessidade de adequação da Lei Fundamental à realidade social, mas se está ressaltando os limites para tal, ou seja, a essência que perfaz todas as normas constitucionais, a qual deve ser observada com primazia por toda a ordem nacional e que se devidamente considerada responde por si só a uma série de questões sociais.

A tese da mutação constitucional, por seu turno, criada para resolver a uma possível divergência entre o Texto e as exigências fáticas através da interpretação, um processo não formal que altera as normas constitucionais, também enfrenta uma série de questionamentos. Essa suposta interpretação evolutiva não pode ultrapassar o limite semântico do Texto e, conseqüentemente, violar os preceitos que permeiam a norma constitucional. Também não se pode utilizar essa técnica para 'criar' disposições novas, pois se estaria violando a Constituição e, por ventura, a ordem democrática nacional.

Assim, mesmo assumindo um caráter inovador e sendo uma das mais democráticas das Constituições já existentes no Brasil, a Lei Fundamental de 1988 esta fortemente ameaçada a partir do momento em que seu texto se torna vulnerável a processos informais e formais de modificação, que violam muitas vezes a estrutura que permeia todas as suas disposições, ou seja, sua base essencial. Indispensável se faz repensar os instrumentos criados para modificar a Constituição, que disfarçados da missão de dar efetividade as suas normas, acabam muitas vezes privilegiando interesses liberais e privados e, conseqüentemente, colocando em risco à ordem democrática e a separação de poderes.

Adentrando ao âmago dessas questões, o que se pode observar é que a problemática encontra respaldo na atuação dos juristas e da coletividade, na postura que todos possuem frente à Constituição, a qual se mostra vulnerável e debilitada. Por conseguinte, inexistente uma identidade constitucional, que, por sua vez, acaba fragilizando a própria concretização do texto Constitucional a partir do momento em que aqueles que deveriam promover a sua efetivação não se vinculam as suas disposições e aqueles que deveriam exigir o seu cumprimento não se sentem

pertencentes. Assim, a inexistência de uma identidade constitucional acaba por menosprezar todo o processo histórico que culminou na Constituição democrática que hoje o Brasil possui, bem como torna vulnerável todos os direitos e garantias fundamentais que tanto a sociedade brasileira lutou para conquistar.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRACKTON, Henry de. *De legibus et consuetudinibus angliae*. London: Cambridge, 2012.

BÜLOW, Oskar. *Gesetz und richteramt*. Berlin: Duncker & Humblot, 1885.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vidal. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora. 1991.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DALARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 2°. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

FERREIRA, Rafael Fonseca; ANADON, Celine Barreto. Perspectiva de uma (trans)constitucionalidade em Direitos Humanos: ensaio de uma proposta para além da centralidade estatal. In: VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha; MARQUES, Carlos Alexandre Michaello; STOLZ, Sheila (Orgs.). *Hermenêutica, sociedade e natureza: análise crítica dos paradigmas (pós) modernos*. Rio Grande: Editora da FURG, 2014.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editora Trotta, 2001.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 2ª ed, Rio de Janeiro: José Olympio, 1948.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e mutações constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma constituição*. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. [S. l.]: Editora Vozes, [20--]. Disponível em: <[http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo\\_Tratado\\_Sobre\\_O\\_Governo.pdf](http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_Tratado_Sobre_O_Governo.pdf)>. Acesso em: 08 jun. 2016.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002. (Colección Teoría Social).

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_thomas\\_hobbes\\_leviatan.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf)>. Acesso em: 08 de jun. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. A eficácia das decisões de inconstitucionalidade – 15 anos de experiência. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *15 anos de constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. 5. ed. melhorada. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1996.

PEDRON, Flávio Quinaud. *Direito, política e constituição para a teoria dos sistema de Niklas Luhmann*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 21 jun. 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

SALISBURY, Juan de. *Policraticus*. London: [s.n], 1909.

SCHMITT, Carl. *Teoría de La Constitución*. Madrid: Alianza Universidad España. 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Constituição ou barbárie? – a lei como possibilidade emancipatória a partir do estado democrático de direito*. Disponível em: <<https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/constituic3a7c3a3o-ou-barbc3a1rie-e28093-a-lei-como-possibilidade-lenio.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 11, n. 1498, 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo. Malheiros, 2005.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Conceito, 2011.