A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI E O PODER CONSTITUINTE

JOSÉ FRANKLIN DE SOUSA
Pós-graduado pela PUC-SP em Direito Processual Civil
e Direito do Consumidor

O autor é advogado em São Paulo e Fortaleza. Graduado e pós-graduado pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil e Direito do Consumidor. Publicou as seguintes obras, todas pela Editora J. H. Mizuno: Elementos da Ação Cautelar, Responsabilidade Civil e Intervenção de Terceiros e Coisa Julgada.

A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI E O PODER CONSTITUINTE

ÍNDICE

Introdução.....,,,,,,,,,,,.....5

CAPÍTULO I

DIREITO CONSTITUCIONAL

1.Noções. Conceito.....28
2.Conteúdo do Direito Constitucional.....38
3.Conceito de Constituição.....42
4.Classificação das Constituições.....48
5.Objeto e elementos da Constituição.....51

CAPÍTULO II

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.Noções.....61
2.Ação direta de inconstitucionalidade.....78
3.Ação declaratória de constitucionalidade.....145
4.Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.....175
5.Arguição de descumprimento de preceito fundamental.....251

CAPÍTULO III

PODER CONSTITUINTE

1.Noções.....430
2.Poder Constituinte originário.....441
3.Poder Constituinte Reformador.....462
4.Poder Constituinte Difuso.....480
5.Poder Constituinte Supranacional.....520

6.Poder Constituinte Decorrente.....289

Bibliografia.....533

A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI E O PODER CONSTITUINTE

Introdução.

> A Justiça não se enfraquece quando o Poder lhe desatende. O Poder é que se suicida, quando não se curva à Justiça. (Rui Barbosa).

O direito é uma disciplina axiológica, na medida em que trabalha com a emissão de juízos de valor, ou seja, como devem ser as coisas. Por isso vincula verdades por meio de valores estabelecidos pela lei ou pelo comportamento humano.

Em razão desse aspecto axiológico, a verdade para o direito não se funda em medidas absolutamente seguras.

A verdade, por ser algo meramente utópico, jamais deve ser considerada como um produto absoluto, podendo ser conseguida a partir da formação de elementos capazes de reconstruir uma realidade. O teórico para se aproximar conceitualmente de um problema deve mobilizar não apenas o arcabouço de ideias do seu campo, mas também horizontes de pensamento que a filosofia configurou. [1]

O campo de liberdade se faz de atitudes e comportamentos, e decorre da maneira pela qual os indivíduos, em suas lutas, em seus projetos, recusam as práticas que lhes são propostas, ou, muito, além disso, constituem-se como sujeitos autônomos de suas práticas. [2]

_____

[1] MIRANDA, Ney Branco de. Revista Mente, Cérebro e Filosofia. Editorial, nº 6, p. 3.

[2] BRANCO, Guilherme Castelo. Foucault em três tempos. Revista Mente, Cérebro e Filosofia, nº 6, p. 12.

O sistema repressivo do Estado não afasta os danos psíquicos, físicos, sociais e econômicos da vítima, em razão da reação derivada do fato delituoso.

A aplicação das normas jurídicas deve sempre pautar-se pela dignidade da pessoa humana, conforme previsto na Constituição Federal (art. 1º, III).

> **CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**
> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> III - a dignidade da pessoa humana;

A crise do Judiciário é um aspecto preocupante na atualidade, não somente aos operadores do direito, mas também, a todos os membros da sociedade, como destinatários dos serviços judiciais. Esse é um problema que deve ser enfrentado com a ampliação dos recursos humanos e materiais, acrescentando-se, ainda, a independência econômica do Poder Judiciário, em face do Estado Democrático de Direito e da independência dos Poderes, positivados na Constituição Federal.

O que se tem visto é a reforma tópicas da legislação processual civil, como se isso pudesse resolver os problemas e as mazelas do Poder Judiciário, especialmente a morosidade processual e a própria crise no exercício da jurisdição.

Todos aqueles que de alguma forma exercem a sua atividade voltada aos serviços judiciais devem dedicar-se à causa da prestação jurisdicional tempestiva e sem delongas indevidas.

Alguns despachos ou decisões interlocutórias devem ater-se aos casos de extrema necessidade, não se podendo relevar diante de atitudes incompatíveis com a celeridade processual, que somente trazem uma imagem pejorativa, não só do Poder Judiciário, mas de todos os operadores do direito, como os Membros do Ministério Público e os advogados.

Tudo isso resulta no descrédito da Justiça pelos particulares, como utentes dos serviços jurisdicionais, tão importante para a promoção da convivência harmônica na sociedade pluralista e globalizada no mundo atual.

Na sociedade primitiva os conflitos eram resolvidos pela força dos envolvidos, porque imperava a autotutela. Com o advento do direito, surge a figura do juiz, sendo proibido fazer justiça com as próprias mãos.

O estudo de qualquer instituto jurídico não de uma análise do seu conteúdo axiológico, bem como do seu aspecto teleológico, em consonância com as normas constitucionais relativas ao tema abordado.

A interpretação das normas legais deve ter em foco, ainda, e principalmente, a garantia da dignidade humana, que constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1°, III, CF), e os objetivos almejados pelo Estado Democrático de Direito, tendo em vista a construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3°, I, CF).

> **CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**
> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

> III - a dignidade da pessoa humana;
> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

A valorização da pessoa humana exige um instrumental capaz de tornar efetiva a resposta dos Poder Judiciário na proteção dos direitos subjetivos protegidos pelo ordenamento jurídico.

Como afirmou Goffredo da Silva Telles Júnior, 'a experiência jurídica há de ser apreendida como uma experiência integral, em que não só os fatos objetivos, mas, também, as categorias subjetivas, que os qualificam, são igualmente partes da experiência, e igualmente se acham incluídos na história do homem'.

Não é demais lembrar que o caráter precipuamente principiológico da Constituição de 1988 permite considerar todo o ordenamento jurídico brasileiro, por força dos eflúvios irradiados pela lei fundamental, como um sistema aberto.

E, dentro desse contexto de abertura, impõe-se ao jurista o dever de desconfiar de leituras herdadas, e mesmo se inquietar com elas, se já não se afinam com o sentimento de justiça, ou ao mais traduzem as expectativas contemporâneas da sociedade.

A Constituição, como norma posta, escrita, e rígida, dispõe sobre a organização e estrutura do Estado, a forma de exercício das competências políticas, a determinação dos limites estatais em forma de direitos fundamentais, os meios e instrumentos de tutela de direitos e da própria defesa do Estado ante ações subversivas da vontade da maioria do povo.

A Constituição brasileira tem a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Com isso, todo o ordenamento deve estar adjetivado por esse fundamento, bem como a aplicação e a execução das leis devem também estar regidos por esse princípio pragmático.

A concepção de Constituição Formal é de uma Lei Maior que tem forma, ou seja, possui um invólucro, este mais resistente e rígido. Nesse sentido, deve ela obrigatoriamente ser escrita. A sua forma deriva de um processo constitutivo mais rígido que os processos legislativos comuns. Por isso que para perfurar o invólucro é indispensável, também, um processo mais rígido e dificultoso de mudança ou reforma, o que é feito pelas denominadas emendas constitucionais.

A Constituição da República de 1988 surgiu imbuída do elevado propósito de, finalmente, corrigir as sérias distorções que, desde a emergência do Estado brasileiro, macularam o ingresso de servidores na Administração Pública.

O ordenamento jurídico exige uma sintonia em face da realidade, na medida em que a Lei Maior deve estar vinculada a uma situação por ela regulada a ser concretizada na realidade.

A Constituição deve ter o seu texto adequado à realidade social no momento de sua promulgação. A sociedade vem mudando muito rapidamente neste século, obrigando a uma interpretação dos princípios constitucionais, adaptando-os à conjuntura do país.

_____

[3] CHAUÍ, 2002, p. 167.

E para adequar o texto constitucional e legal à realidade social, o intérprete deve utilizar-se da deontologia, para, com isso, aplicar de forma mais eficiente os princípios fundamentais, porque, estes servem para direcionar a aplicação das normas jurídicas. A definição dos direitos fundamentais, afinal, é materialmente aberta, consoante se infere do art. 5º, § 2º, da Lei Maior, como também entendem a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive.

> **CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**
> Art. 5°. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A respeito da teoria dos direitos fundamentais, em doutrina, pode-se dizer que '*este estado de cosas hace preciso que se haga consciente de modo general y expreso el nexo necesario, existente entre la teoria y la interpretación de los derechos fundamentales, y que se plante ela cuestión acerca de que diferenets teorias de los derechos fundamentales influyen actualmente en la interpretación de los derechos fundamentales influyen actualmente en la interpretación de los derechos fundamentales, y com que consecuencias para el contenido de los concretos preceptos de derechos fundamentales lo hacen. Esta cuestión sob se puede trar aqui, ciertamente, em la forma deuna vision de conjunto, co la limitacion a problemas ejemplificativos y com la limitación a problemas ejemplificativos y com la evidente simplificación que trae consigo um procedimiento tipificador'.* [4]

_____

[4] ALDEODATO, 2002, p. 262.

Os princípios são normas que possuem um alto grau de generalidade, enquanto as regras contam com uma pequena dose de generalidade. Dentre os princípios, interessa neste trabalho, uma análise daquele denominado da proporcionalidade.

Segundo os léxicos, o vocábulo proporcional é um adjetivo que deriva do latim *proportionale*, que significa aquilo que é simétrico, matemático.

A globalização leva o sistema financeiro internacional a servir a grupos empresariais multinacionais, acumulando capital e dominando os mercados internos com regras impostas à economia, especialmente nos países subdesenvolvidos e dependentes do capital estrangeiro.

Essa dependência leva a uma reflexão a respeito dos efeitos causados na sociedade pelos juros bancários. A utilização da moeda tem seus aspectos políticos e econômicos, refletindo nos problemas sociais.

Uma análise econômica, por mais simplista, leva a crer que a sociedade não deve conformar-se ao capital e à economia, porque a demanda encontra-se nesta mesma sociedade, motivo pelo qual, *a priori*, surge a crítica à doutrina liberal, que reduz a realidade social ao âmbito burocrático.

A mais valia e a economia são manifestações da sociedade organizada, ligadas ao progresso social e à geração de riqueza. O lucro, pois, deve resultar da força do trabalho e não da especulação financeira, alheia às demandas sociais.

Isso não quer dizer que o dinheiro deixa de ser o meio de troca no processo de geração de riqueza, na medida em que

ele representa uma criação jurídica expressa no ordenamento jurídico estatal, sendo vinculado ao compromisso com os princípios democráticos, visando o bem comum. Na aplicação da lei não se pode prescindir do princípio da dignidade humana, erigido a dogma constitucional no Estado Democrático de Direito.

O poder do dinheiro nas mãos das instituições financeiras avilta a dignidade da pessoa humana, pois que utilizado como meio de dominação, em nome da convivência harmônica em sociedade. O princípio da dignidade humana denota que toda experiência jurídica somente será praticável no âmbito da pessoa humana.

Nessa perspectiva, a Constituição Federal assegura que a soberania pertence ao povo, ao dispor que ‘todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição’.

Por isso, é possível delimitar um núcleo material mínimo de dignidade pessoal, indissociavelmente ligado á autonomia individual e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que deva constituir uma garantia irredutível num Estado de Direito.

Nos sistemas econômicos capitalistas, a classe dominante, detentora do capital, e, portanto, dos meios de produção, consegue, por meio do Estado, privilégios em prejuízo do desenvolvimento de toda a sociedade.

A classe dominante, para manter esses privilégios, muitas vezes edita textos constitucionais tendentes à permanência dos institutos jurídicos que dão suporte à estratificação social e econômica.

A existência de classes sociais muito diferentes fez surgir uma forma de Estado ideal, que apresenta objetivos, tais como o interesse público, social etc., embora sejam inatingíveis, escondendo as mazelas do sistema econômico capitalista.

Em razão da necessidade do convencimento das pessoas surgiu a teoria da argumentação, com o intuito de tornar possível a convivência entre classes sociais e econômicas díspares.

A teoria da argumentação remonta a tempos antigos, sendo os sofistas quem primeiro fizeram referência à retórica ‘como uma técnica de persuasão, através dos ‘logói’, isto é, razões ou argumentos opinativos a respeito de uma coisa, baseando-se não no que esta coisa é em si mesma, porém naquilo que aparenta ser’.

O silogismo retórico consiste em ‘um procedimento altamente funcional, eficaz e legitimador; mas, em geral, não é uma estratégia consciente por parte dos chamados operadores jurídicos oficiais (juízes, ministério público, advogados, partes), os quais parecem crer que a decisão do caso concreto de fato é produzida pela normal geral prévia enunciada pelo sistema’.

A tópica diz respeito às questões que aparentemente permitem mais de uma resposta e que sempre exigem um entendimento preliminar, pelo qual assumem o aspecto de questões que precisam ser consideradas com seriedade e para o qual é preciso se buscar uma única resposta como solução.

A lógica formal já não é considerada uma metodologia adequada para o atingimento dos princípios jurídicos, obrigando os pensadores à utilização da lógica dialética.

No sistema capitalista como o Brasil, para que uma vida social ainda ‘seja possível, é necessário que exista uma estrutura política, cuja função primeira será ordenar a desordem, reconciliar aparentemente indivíduos que tudo separa, velar pela salvação pública. Esta instituição, sabemo-lo, é o Estado. Ora, e é o que muitos esquecem às vezes, esta existência da ideia de Estado é importante para o próprio funcionamento das estruturas estatais. Se cada um de nós não estiver intimamente convencido da necessidade de um Estado, quer dizer, do valor desta (aparente) função de apaziguamento e de regulamentação pacífica dos conflitos, se cada um de nós não acredita que existe um bem comum, distinto e superior aos nossos interesses particulares, torna-se difícil fazer funcionar o Estado, isto é, concretamente a administração, os tribunais, o exército e, de uma maneira geral, todas as instâncias a ela ligadas. Assim se impõem, na prática e nas consciências noções tais como: interesse geral, direitos e deveres do cidadão, soberania, razão do Estado, vontade da administração e outras tantas ‘expressões’ sem as quais, afinal, o funcionamento da instituição estatal estaria comprometida’. [6]

O capitalismo burguês, representando um novo sistema sócioeconômico, ao ‘declarar que todos os homens são sujeitos de direito livres e iguais não constitui um progresso em si, significa tão-somente que o modo de produção da vida social mudou. A ‘atomização’ da sociedade pelo desfazer dos grupos que a estruturavam não é, pois, um efeito evidente do viver melhor ou de uma melhor consciência, exprime apenas outro estádio das transformações sociais.

_____

[6] MIAILLE, 1994, p. 50.

Constatá-lo-íamos facilmente nos casos que nos apresentam atualmente os países do terceiro mundo: a introdução da dominação capitalista sob a forma colonial e neocolonial produziu aí este efeito do desfazer do grupo social numa multiplicidade de indivíduos isolados a partir daí alguns estudos interessantes desse ponto de vista mostram como a pouco e pouco os indivíduos se tornam mais 'autônomos' nas suas práticas e nas suas representações ideológicas. [7]

Diante desses fatos, conclui-se que 'a categoria jurídica de sujeito de direito não é uma categoria racional em si: ela surge num momento relativamente preciso da história e desenvolve-se como uma das condições da hegemonia de um novo modo de produção. Pela categoria de sujeito de direito, ele se mostra como parte do sistema social global que triunfa nesse momento: o capitalismo. É preciso, pois, recusar todo o ponto de vista idealista que tenderia a confundir esta categoria com aquilo que ela é supostamente representada (a liberdade real dos indivíduos). É preciso tomá-la por aquilo que ela é: uma noção histórica. [8]

O individualismo sentiu sua crise desde a época da Revolução Francesa, quando o interesse particular começa a ter uma limitação em razão da intervenção do Estado.

No início do século XX a ideia de liberdade quase absoluta sofre um embate em virtude da inclusão nos objetivos do Estado da proteção aos vulneráveis, iniciando-se uma maior preocupação no sentido de sobrepor o interesse público sobre o privado ou individual.

_____

[7] MIAILLE, 1994, p. 117.
[8] MIAILLE, 1994, p. 119.

Do princípio liberal e da ausência do Estado na economia segue-se a intervenção estatal no campo econômico. Surgem também os movimentos sociais mesmo contrariando o direito positivo imposto pelo Estado.

No atual estágio de nossa sociedade ao aplicador do direito impõe-se uma visão do sistema jurídico, em observância aos postulados dos direitos fundamentais positivados ou implícitos no texto Maior, em especial o primado da dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade e razoabilidade dos comandos emergentes das decisões judiciais.

O direito é uma disciplina axiológica, na medida em que trabalha com a emissão de juízos de valor, ou seja, como devem ser as coisas. Por isso vincula verdades por meio de valores estabelecidos pela lei ou pelo comportamento humano.

Em razão desse aspecto axiológico, a verdade para o direito não se funda em medidas absolutamente seguras. A verdade, por ser algo meramente utópico, jamais deve ser considerada como um produto absoluto, podendo ser conseguida a partir da formação de elementos capazes de reconstruir uma realidade.

O teórico para se aproximar conceitualmente de um problema deve mobilizar não apenas o arcabouço de ideias do seu campo, mas também horizontes de pensamento que a filosofia configurou. [9]

_____

[9] MIRANDA, Ney Branco de. Revista Mente, Cérebro e Filosofia. Editorial, nº 6, p. 3.

O campo de liberdade se faz de atitudes e comportamentos, e decorre da maneira pela qual os indivíduos, em suas lutas, em seus projetos, recusam as práticas que lhes são propostas, ou, muito, além disso, constituem-se como sujeitos autônomos de suas práticas. [10]

O sistema repressivo do Estado não afasta os danos psíquicos, físicos, sociais e econômicos da vítima, em razão da reação derivada do fato delituoso.

A aplicação das normas jurídicas deve sempre pautar-se pela dignidade da pessoa humana, conforme previsto na Constituição Federal (art. 1º, III).

> **CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**
> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> III - a dignidade da pessoa humana;

A crise do Judiciário é um aspecto preocupante na atualidade, não somente aos operadores do direito, mas também, a todos os membros da sociedade, como destinatários dos serviços judiciais.

Este é um problema que deve ser enfrentado com a ampliação dos recursos humanos e materiais, acrescentando-se, ainda, a independência econômica do Poder Judiciário, em face do Estado Democrático de Direito e da independência dos Poderes, positivados na Constituição Federal.

---

[10] BRANCO, Guilherme Castelo. Foucault em três tempos. Revista Mente, Cérebro e Filosofia, nº 6, p. 12.

O que se tem visto é a reforma tópicas da legislação processual civil, como se isso pudesse resolver os problemas e as mazelas do Poder Judiciário, especialmente a morosidade processual e a própria crise no exercício da jurisdição.

Todos aqueles que de alguma forma exercem a sua atividade voltada aos serviços judiciais devem dedicar-se à causa da prestação jurisdicional tempestiva e sem delongas indevidas.

Alguns despachos ou decisões interlocutórias devem ater-se aos casos de extrema necessidade, não se podendo relevar diante de atitudes incompatíveis com a celeridade processual, que somente trazem uma imagem pejorativa, não só do Poder Judiciário, mas de todos os operadores do direito, como os Membros do Ministério Público e os advogados. Tudo isso resulta no descrédito da Justiça pelos particulares, como utentes dos serviços jurisdicionais, tão importante para a promoção da convivência harmônica na sociedade pluralista e globalizada no mundo atual.

A ‘pós-verdade’ foi a palavra do ano de 2016 em pesquisa da Universidade de Oxford e, resumidamente, é entendida como substantivo que ‘diz respeito a circunstâncias nas quais fatos objetivos têm menos importância do que crenças pessoais’.

O que importa é a narrativa, ainda que sem muita consistência lógica, desde que seja possível conectar elementos materiais minimamente coerentes para formar a convicção. A pós-verdade, assim, é marcada por grandes narrativas e desprezo pela realidade.

A verdade se manifesta na adequação entre o pensamento e/ou enunciado e as coisas como elas são, o mundo como ele é. [11] A exatidão nessa correspondência é a fiadora do verdadeiro.

Na explicação de Heidegger, o ‘mundo real’ e a ‘consciência’ formam o fundamento metafísico (lugar da verdade) dos paradigmas do ‘ser’ e do ‘sujeito’, respectivamente, e é justamente contra a crença nesse tipo de fundamento que Nietzsche se insurge. [12]

Esse ‘critério de verdade’ ao propor que ele é apenas um lugar absoluto e ideal inventado pelos filósofos com o objetivo de servir de parâmetro para regular a realidade e as condutas humanas. A ingenuidade e mesmo a idiossincrasia antropocêntrica era entender como absoluto um ‘lugar da verdade’ que, em realidade, era inseparável e condicionado/contaminado pelas imperfeições do mundo vivido. [13]

A fé na possibilidade de eleger um critério absoluto de verdade e, a partir dele, criar um mundo de sentido fictício demonstra a ‘vontade de potência’ humana, sendo que o niilismo é a alternativa para superá-la. [14]

O niilismo se apresenta como a constatação filosófica de que não há conhecimento verdadeiro a partir de um fundamento idealizado, até porque na base desse processo não há mais o critério absoluto de verdade. [15]

_____

[11] HEIDEGGER, 2002, p. 282.
[12] HEIDEGGER, 2006, p. 33.
[13] NIETZSCHE, 2006, p. 251.
[14] NIETZSCHE, 2006, p. 96.
[15] VATTIMO, 2002, p. 04.

O Niilismo é uma escola que exalta radicalmente a concepção materialista e positivista. Ela retira do âmbito do Estado, da Religião e da Família todo poder, a capacidade de reger os passos do Homem. Esta linha filosófica influi nas mais distintas áreas do conhecimento humano, da literatura e da arte às ciências humanas e sociais, passando pelas esferas da ética e da moral.

A crença nietzschiana de que não existem fatos, apenas interpretações, é uma interpretação, e não um fato. [16] E levar a sério a filosofia de Nietzsche requer enfrentar esse aparente paradoxo, pois o discurso filosófico não pode recair no relativismo irracionalista e se confundir com o discurso poético-literário. [17]

A pós-verdade consiste na relativização da verdade, na banalização da objetividade dos dados e na supremacia do discurso emotivo. A liberdade dentro do espaço da internet, no interior das redes sociais e mais especificamente dentro de um contexto de pós modernidade, [18] dá origem a um conceito conhecido como pós verdade, que vem ganhando destaque nos dias atuais, já que no início do século XXI o que se via era apenas a tradicional divisão entre verdade ou mentira, verdadeiro ou falso, porém hoje em dia essa dicotomia acabou se estendendo para verdade, meia verdade, mentira ou meia mentira, [19] sendo que essa elasticidade entre o que é verdade ou mentira que é o cerne da pós-verdade enquanto conceito e, principalmente, como um espécie de gênero do qual as *fake news*, por exemplo, são espécie.

_____

[16] VATTIMO, 2002, p. 04.
[17] VATTIMO, 1994, p. 142.
[18] HALL, 2006, p. 32.
[19] KEYES, 2004, p.120.

As relações estabelecidas dentro das redes sociais e dentro da internet, permeada por um conceito de pós-modernidade, são marcadas por certa fluidez, por uma liquidez [20] que evidencia a efemeridade dessas relações, onde nada é feito para durar para sempre, criando uma falsa consciência nos indivíduos interligados nessas redes para que se sintam motivados a manifestarem suas opiniões sobre qualquer tema, transformando a liberdade de expressão em garantia efetiva dessas opiniões, mostrando a manifestação do pensamento como uma materialização dessa liberdade, que pode ser através de uma criação artística, cultural ou uma simples opinião. [21]

Existe o direito à informação (direito de informar e ser informado), outro direito fundamental insculpido na Constituição Federal do Brasil, que se aproxima mais do conceito de pós-verdade, embora esse último não represente compromisso algum com sentido de verdade ou credibilidade da informação que se tem como referência nos dias atuais, trazendo consigo um apelo mais emocional e menos racional, onde a sensação ou a opinião pessoal na construção da informação é mais válida do que os fatos reais, do que os dados efetivos ou do que o próprio evento ocorrido em si, servindo de base para a formação do que hoje se entende como opinião pública. [22] A própria crise na identidade na pós-modernidade [23] contribui para essa maior sensação de liberdade de expressão do indivíduo, nesse sujeito individualizado e que possui uma falsa capacidade de maior abstração do mundo ao seu redor, fruto dessa velocidade e liquefação das relações dentro das redes sociais.

_____

[20] CARVALHO, 1999, p. 45.
[21] BAUMAN, 2001. p. 23.
[22] AUGRAS, 1970, p. 20.
[23] BARBOSA, 2010, p. 74

Em um primeiro momento pode surgir um conflito entre direitos fundamentais, de um lado figurando a liberdade de expressão e do outro o direito a informação, sendo necessária a ponderação de interesses para a solução desse possível conflito de direitos. [24]

A liberdade de pensamento se manifesta de distintas maneiras, segundo o âmbito de atividade intelectual que se veja afetado pela opção coativa de determinadas opções.

Desse modo, por uma parte temos a liberdade de opinião e de consciência, concebida como o direito de não ser molestado nem discriminado por adotar determinadas ideias ou crenças.

E por outra, temos a liberdade de manifestação e de comunicação de tais ideias e crenças: no plano religioso, a liberdade de culto; no plano educativo e científico, a liberdade de ensino e no plano da comunicação pública, a liberdade de expressão. [25]

A liberdade é fundamental para o exercício de direitos dentro do contexto de um Estado Democrático de Direito e a forma de exteriorizar essa dignidade, em muitas vezes, é através da liberdade de expressão ou da manifestação do pensamento, pois o desenvolvimento humano situa-se dentro de um processo que se constitui pela livre expressão conjugada com o intercâmbio da comunicação humana. [26]

_____
[24] ALEXY, 2008.
[25] SILVA, 2000, p. 111.
[26] DWORKIN, 2009, p. 519.

Questão que persiste é a indefinição quanto à internet, se é um meio de comunicação impresso, como, por exemplo, jornais, revistas e livros, e, assim estaria livre de qualquer censura prévia e de qualquer controle governamental; ou se a internet é um veículo como a televisão, por exemplo, e, nesse caso, sujeita ao controle estatal e a critérios de auto-regulamentação. Outro ponto a considerar é que a internet não tem dono, pertence tão somente ao patrimônio do público que utiliza, através de seus computadores interligados. [27]

A desonestidade evoca eufemismos extras do que copulação ou defecação. Isso está ajudando a desensibilizar nossas implicações. Dentro do período pós-verdade, não temos apenas um fato e mentiras, mas um terceiro tipo de afirmações ambíguas que não são precisamente o fato, mas simplesmente precisam de uma mentira. A verdade melhorada seria conhecida como. Neo-verdade. Fato suave, fato falso, fato *light*. [28]

> Como é natural, com esse sucesso crítico veio a controvérsia. Notável nessas controvérsias é a forma limitada e previsível que tomaram. Elas se concentraram sobretudo na questão de se saber se o termo ‘pós-modernismo’ oferece ou não uma representação adequada dos objetos e práticas da cultura contemporânea. As perguntas feitas foram: o pós-modernismo existe mesmo, afinal? Há uma ‘sensibilidade unificada’ presente em todas as diferentes áreas da vida cultural e entre elas? O pós-modernismo limita injustamente ou restringe de modo prematuro o “projeto inacabado” do modernismo? Há algo valioso na alegada ‘ruptura pós-moderna’? Em outras palavras, a cultura pós-moderna existe, e, se existe (e

> algumas vezes se não existe), e uma ‘coisa boa’ ou uma ‘coisa ruim’? [29]

As redes sociais na Internet possuem elementos característicos, que servem de base para que a rede seja percebida e as informações a respeito dela sejam apreendidas. Esses elementos, no entanto, não são imediatamente discerníveis. Por exemplo, o que é um ator social na Internet? Como considerar as conexões entre os atores on-line? Que tipos de dinâmicas podem influenciar essas redes? São esses questionamentos que nos interessam nesse primeiro capítulo: como podem ser percebidas essas unidades de análise no âmbito da comunicação mediada pelo computador e do ciberespaço. [30]

Há muito tempo a informação ultrapassou a barreira da verdade para evoluir no ciberespaço do nem verdadeiro nem falso, pois que aí tudo repousa sobre a credibilidade instantânea. Ou, antes, a informação é mais verdadeira que o verdadeiro por ser verdadeira em tempo real – por isso é fundamentalmente incerta. Ou, ainda, para retomar a teoria recente de Mandelbrot, podemos dizer, que tanto no espaço da informação ou no espaço histórico quanto no espaço fractal, as coisas não têm mais uma, duas ou três dimensões: flutuam numa dimensão intermediária. Logo, nada mais de critérios de verdade ou objetividade, mas uma escala de verossimilhança. [31]

_____

[27] FERRIGOLO, 2005, p. 127.
[28] KEYES, 2004, p. 58.
[29] CONNOR, 1989, p. 15.
[30] RECUERO, 2009, p. 25.
[31] BAUDRILLARD, 2005, p. 45.

A tarefa de construir uma ordem nova e melhor para substituir a velha ordem defeituosa não está hoje na agenda, pelo menos não na agenda daquele domínio em que se supõe que a ação política resida. O 'derretimento dos sólidos', traço permanente da modernidade, adquiriu, portanto, um novo sentido, e, mais que tudo, foi redirecionado a um novo alvo.

Os sólidos que estão para ser lançados no cadinho e os que estão derretendo neste momento, o momento da modernidade fluida, são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas, os padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividades humanas, de outro. [32]

As 'notícias falsas' são artigos de notícias que são intencional e verificável falso, e poderia enganar os leitores. Encontram-se concentradas em artigos de notícias falsas que têm políticas implicações, com especial atenção para as eleições presidenciais de 2016 nos EUA. Nossa definição inclui artigos de notícias intencionalmente fabricados, como um artigo amplamente compartilhado do site agora denunciado denverguardian.com com a manchete, 'agente do FBI suspeita de falhas de e-mail da Hillary encontradas mortas em aparente assassinato-suicídio' Inclui muitos artigos que se originam em sites satíricos, mas podem ser mal interpretados como factual, especialmente quando visto isoladamente no *Twitter* ou nos *feeds* do *Facebook*. [33]

---

[32] BAUMAN, 2001, p. 12.
[33] ALLCOTT; GENTZKOW, 2016, p. 217.

Seja qual for a relação entre realidade divulgada e a realidade ‘verdadeira’, os receptores consideram as notícias como o testemunho autêntico dos acontecimentos ‘reais’. Isto significa que no tocante ao seu efeito ele deve colocar-se em equação com a realidade. [34]

A expansão da Internet e as novas relações que acarreta enseja riscos graves, salientados por Virilio (1999, p. 43), que defende maior reação à tendência da virtualização das relações sociais, *in verbis*: O mal das transmissões instantâneas, seguido de perto pelos drogados das redes multimídias, os net-junkies, os webaholics e outros ciberpunks acometidos pela doença IAD (*Internet Addiction Disorder*), cuja memória se torna um bricabraque, um monturo em que se acumulam imagens de todas as procedências, símbolos gastos, empilhados de qualquer jeito e já em mau estado. Os mais jovens, por sua vez, colados à tela desde a escola maternal, já contraíram perturbações hipercinéticas devidas a uma disfunção do cérebro que gera uma atividade desconexa, graves problemas de atenção, bruscas descargas motoras incontroláveis. Sem nem ao menos nos dar conta, tornamo-nos herdeiros e descendentes de uma temível parentela, prisioneiros de taras hereditárias transmitidas não mais pelos genes, o esperma, o sangue, mas por uma contaminação técnica indizível. [35]

Conforme observa Gadamer, [36] ao ressaltar que, ‘portanto, a compreensão é um jogo, não no sentido de que aquele que compreende se reserve a si mesmo como num jogo e se abstenha de tomar uma posição vinculante frente às pretensões que lhe são colocadas.

_____
[34] KUNCZIK, 2001, p. 250.
[35] VIRILIO, 1999.
[36] GADAMER, 1999, p. 708-709.

Pois, aqui não se dá, de modo algum, a liberdade de auto possessão, que é inerente ao poder abster-se assim e é isso o que pretende expressar, a aplicação do conceito de jogo à compreensão. [37]

O fato de que, em seu conhecimento, opere também o ser próprio daquele que conhece, designa certamente o limite do 'método', mas não o da ciência. O que a ferramenta do 'método' não alcança tem de ser conseguido e pode realmente sê-lo através de uma disciplina do perguntar e do investigar, que garante a verdade. [38]

_____

[37] GADAMER, 1999.
[38] GADAMER, 1999, p. 709.

CAPÍTULO I

DIREITO CONSTITUCIONAL

1.Noções. Conceito.

A expressão Direito Constitucional, explicita que a organização estatal é, sobretudo, uma ordem jurídica, nasce com o constitucionalismo. Em sua origem, o Direito Constitucional refere-se, tão somente, à ordem jurídica fundamental do Estado liberal. Portanto, o Direito Constitucional nasceu impregnado dos valores do pensamento liberal.

A República de Roma vivia em intensos conflitos entre a plebe e os patrícios, nos séculos V e III a. C. Uma das principais causas disso, eram a reclamação dos direitos políticos pelos plebeus. Um fato que aconteceu foi a organização de um exército para ir ao Monte Sagrado e realizar essa reinvindicação. Os patrícios precisavam dos plebeus para atividades diversas e, por isso, concordaram que eles tivessem representação na vida política. Foram criados os tribunos da plebe, que tinha o poder de vetar leis que fossem contra os interesses dos plebeus.

Aproximadamente em 450 a. C. surgiram as Leis das XII Tábuas, uma lei válida para todos, mas ainda sim, havia escravidão por contrair dívidas e matrimônio ilegal entre patrícios e plebeus. Em 445 a. C. foi aprovada a Lei da Canuléia que permitia o casamento entre camadas sociais diferentes, e em 336 a. C., surgiu a Lei da Licínia que aboliu a escravidão em caso de dívidas. Os plebeus ainda insatisfeitos lutaram para participar do consulado, direito que foi concedido.

No Império Bizantino, que teve início em 395, quando o Imperador Teodósio dividiu o Império Romano em ocidental e oriental, a parte oriental sobreviveu dos ataques bárbaros até a sua independência em 1453, quando foi dominada pelos turcos

otomanos. Um dos governos mais expressivos para a área do Direito foi o de Justiniano (527-565), pois ele foi responsável por revisar e codificar o Direito Romano.

Com isso, foram convocados os mais importantes juristas bizantinos, que tiveram a orientação de Triboniano, um destacado jurista do período, cuja finalização resultou na produção do Código de Direito Civil.

Já na Idade Média houve uma reformulação na vida política e o poder passou para as mãos daqueles que tinham grandes riquezas e terras. O sistema que prevaleceu entre os séculos IX a XI, na Europa Ocidental foi o feudalismo.

Com o fim do Império Romano, quem dominou foi a Igreja e os senhores feudais. O poder deste último enfraqueceu o Estado, mas em contrapartida fortaleceu a Igreja.

Assim, o Direito se baseava naquilo em que a igreja orientava e não na vontade do governante, havia um acordo entre ambos, que deu origem ao contrato social, ideia desenvolvida no século XVII e fixada no século XVIII. Mas, com o advento da Idade Moderna, o rei passou a ser o representante do povo e se estabeleceu o Estado Absolutista.

Um dos principais modelos de constitucionalismo medieval aconteceu com a Magna Carta inglesa de 1215, em que houve limitação do poder do rei, a partir deste texto. Ela foi um pacto realizado com o Rei João Sem Terra, a nobreza, representada pelos barões ingleses e a Igreja. Foi um dos passos importantes para o surgimento da democracia moderna. Essa Carta, portanto, surgiu para auxiliar a população a se proteger dos abusos cometidos pelo rei. O movimento

constitucionalista moderno surgiu principalmente para limitar esse poder monarquista.

Depois desse período da história, o Estado se apresentou mais liberal e sobretudo sob o comando das leis. Mas, o Direito Constitucional à princípio teve início nos Estados Unidos. No século XVIII, o constitucionalismo foi influenciado pelas ideias dos pensadores iluministas tais como Montesquieu, John Locke, Rosseau e Kant, que faziam oposição ao governo absolutista. A partir desses ideais surgiu a constituição moderna detentora dos direitos fundamentais, garantias do cidadão, bem como normas que regulariam o poder político.

O constitucionalismo moderno começou com a Carta Política (*Covenan*t ou Pacto de *Mayflower*) que foi assinada em 1620. Essa carta foi resultado dos primeiros colonizadores ingleses da Virgínia que desejavam a independência dos Estados Unidos. Posteriormente, essas ideias, seriam um ponto de partida para o estudo do Direito Constitucional.

No início, os ingleses foram resistentes durante a Revolução Norte-Americana, mas com a derrota da Inglaterra, em 1783, estes tiveram que assinar o Tratado de Paris, onde concedia aos americanos o reconhecimento oficial de independência. A partir daí, as Treze Colônias foram emancipadas e surgiu a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787.

Outro fato que marcou o Direito Constitucional foi a Revolução Francesa, no século XVIII, que desejava trazer liberdade, igualdade e fraternidade para todos. Na época, a França ainda possuía um modelo ultrapassado de governo, se comparada com outros países da Europa. À exemplo, a Inglaterra, já havia deixado o absolutismo e aberto suas portas

para o liberalismo econômico através do parlamento, ao contrário da França que ainda era governada por um rei.

As classes sociais da época, estavam insatisfeitas com o governo e, em maio de 1789, foi reunida a Assembleia dos Estados Gerais, no Palácio de Versalhes. O objetivo era resolver os problemas sociais, políticos e econômicos que passava o país. Uma parte, que era a privilegiada, defendia que os assuntos fossem votados por estamento, já o terceiro estado defendia o voto por pessoa. Este último, se separou dos demais, recebendo o apoio dos deputados do baixo clero contra a vontade de Luís XVI, foi criada a Assembleia Nacional Constituinte em 09 de julho de 1789, para a criação da Carta Magna.

A partir daí, havia se iniciado a Revolução Francesa. O rei foi pressionado, o povo organizou milícias populares e tomou conta das ruas da capital. No dia 14, invadiram a Bastilha, principal símbolo da monarquia da França. Esse momento da história é considerado um marco da liberdade nacional.

Com a Assembleia Nacional Constituinte da França de 26 de setembro de 1971, a constituição passou a fazer parte das matérias obrigatórias de estudo dos franceses. Já o termo, Direito Constitucional foi introduzido em 1797, em Milão, na Itália.

A hermenêutica é o estudo das técnicas de interpretação do Direito, bem como de sua metodologia, princípios e pressupostos. Através da interpretação constitucional, os intérpretes procuram transmitir o real significado das normas jurídicas, a fim de expressá-las à sociedade.

A partir da CF de 1988 houve uma valorização maior do texto constitucional e que a interpretação de qualquer dispositivo legal deveria partir dela. Assim, todos os ramos do Direito, estariam subordinados a Constituição. Esses princípios podem variar de acordo com cada autor que trata sobre Direito Constitucional.

Nesse sentido, nenhum ato jurídico pode permanecer valendo em ação contrária à Constituição Federal. As normas que outrora se chocam com a lei suprema são revogadas. No entanto, as regras posteriores que vierem a ser implementadas, passarão por um controle de constitucionalidade. Caso estejam indo de encontro às normas-chave, serão tidas como nulas. Para o legislador ordinário, é proibido burlar a lei, acrescentar, deturpar ou mudar algo que a prejudique. O juiz como intérprete da lei, deve aplicar os princípios da constituição através de uma hermenêutica construtiva.

Para que seja feito um correto estudo da Constituição foram criados os princípios de interpretação constitucional que funcionam como ferramentas de auxílio na interpretação da lei.

Pelo princípio da máxima efetividade ou efetividade constitucional, a uma norma constitucional deve ser atribuída um sentido, que lhe permita maior eficácia, permitindo duas formas de interpretação, deixando ao intérprete da lei, escolher a que seja mais eficiente para o comando constitucional. Isso quando se tratar de direito ou garantia fundamental. O intérprete deve favorecer o elemento teleológico que, de acordo com o dicionário, essa palavra significa: teoria que estuda os seres pelo fim que aparentemente serão destinados.

No princípio da Unidade da Constituição, a lei é tratada de forma sistemática e não isolada. A Constituição é quem faz a

ligação e dá a permissão da sistemicidade do ordenamento jurídico, servindo de parâmetro para qualquer processo interpretativo.

A proporcionalidade carrega consigo três subprincípios: adequação, exigibilidade e proporcionalidade. A proporcionalidade serve como parâmetro de controle da constitucionalidade das regras restritivas de direitos fundamentais. Também atua na solução dos conflitos entre os princípios da constituição. A adequação exige medidas interventivas, em que o meio escolhido pela norma é ideal para alcançar o fim estabelecido, assim, mostrando-se adequado. O subprincípio da exigibilidade propõe que o meio indicado seja exigível, não tendo outro com eficiência equipara e que seja menos danoso a direitos fundamentais.

A primeira Constituição conhecida, nos termos hoje considerados, é a Constituição dos Estados Unidos, de 1787. Logo em seguida, surgiram outras Constituições, como a da França do pós-Revolução Francesa, em 1791. No Brasil, a primeira Constituição data de 1824.

Direito Constitucional é o ramo do Direito Público que expõe, interpreta e sistematiza os princípios e normas fundamentais do Estado; é a ciência positiva das constituições; tem por objeto a constituição política do Estado, cabendo a ele o estudo sistemático das normas que integram a constituição. É o ramo do direito que se dedica à análise e interpretação das normas constitucionais, consideradas leis supremas de um Estado soberano e compreendidas como o ápice da pirâmide normativa de uma ordem jurídica e tem como função regulamentar o poder estatal, delimitando-o e garantindo os direitos.

Lembra Luís Roberto Barroso que [39] 'no princípio era a força. Cada um por si. Depois vieram a família, as tribos, a sociedade primitiva. Os mitos e os deuses, múltiplos, ameaçadores, vingativos. Os líderes religiosos tornam-se chefes absolutos. Antiguidade profunda, pré-bíblica, época de sacrifícios humanos, guerras, perseguições, escravidão. Na noite dos tempos, acendem-se as primeiras luzes: surgem as leis, inicialmente morais, depois jurídicas. Regras de conduta que reprimem os instintos, a barbárie, disciplinam as relações interpessoais e, claro, protegem a propriedade. Tem início o processo civilizatório. Uma aventura errante, longa, inacabada. Uma história sem fim'.

O constitucionalismo, mesmo entre correntes divergentes é subdividido em duas vertentes principais: a) constitucionalismo garantista ou 'neoconstitucionalismo', um progresso de teorias juspositivistas; b) constitucionalismo principialista, um progresso de teorias jusnaturalistas.

Não há definição prévia das condições de validade da norma ou do grau de justiça exprimido por elas segundo a teoria do direito; há somente há definição do que seria válido ou inválido. Segundo Ferrajoli [40] 'é válida toda e qualquer norma produzida em determinado ordenamento em conformidade e em coerência com as normas formais e substanciais, quaisquer que sejam, sobre sua produção normativa'.

_____

[39] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
[40] FERRAJOLI, 2015, p. 47.

O preâmbulo da Constituição Federal de 1988 dispõe: ‘Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL’.

A Constituinte de 1988 decidiu dividir a Carta Maior brasileira em 9 títulos: Dos princípios fundamentais; Dos direitos e garantias fundamentais; Da organização do Estado; Da organização dos poderes; Da defesa do Estado e das instituições democráticas; Da tributação e do orçamento; Da ordem econômica e financeira; Da ordem social; Das disposições constitucionais gerais.

O art. 1º da CF, apresenta, desse modo, os fundamentos sob os quais opera esse poder, quais sejam: a soberania do Estado; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo jurídico.

> **CONSTITUIIÇÃO FEDERAL.**
> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> I - a soberania;
> II - a cidadania;
> III - a dignidade da pessoa humana;

> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
> V - o pluralismo político.
> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Os direitos e garantias fundamentais apresentam algumas características, como, por exemplo: inalienabilidade; imprescritibilidade; irrenunciabilidade; universalidade; limitabilidade; historicidade; inviolabilidade; concorrência; complementaridade;

E podem ser encontrados nos seguintes artigos: Direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º, CF); Direitos sociais (art. 6º ao art. 11, CF); Direitos da nacionalidade (art. 12 e art. 13, CF); Direitos políticos (art. 14 ao art. 16, CF).

As normas constitucionais são o conjunto de regras e princípios que constam de forma implícita ou explícita na Constituição de um país. Nesse sentido, a Constituição é o documento mais importante de um Estado pois delimita as funções, os poderes e a organização da entidade política.

A Constituição é a 'lei fundamental' do Estado. Todas as normas do ordenamento jurídico devem ser compatíveis com a Constituição, sob pena de serem consideradas inválidas, inconstitucionais.

Na visão de Carl Schmitt, a Constituição reflete a decisão política fundamental de um Estado, ou seja, é ela que define os seus elementos constitutivos essenciais. É a Constituição, afinal, responsável por organizar o Estado e os Poderes e estabelecer os direitos fundamentais.

Nessa linha, o Direito Constitucional é o ramo do Direito Público que estuda a Constituição política de um Estado, sistematizando e interpretando as normas gerais de organização dos poderes, de organização do Estado e os direitos fundamentais.

São marcos históricos importantes do constitucionalismo moderno a Constituição dos EUA (1787) e a Constituição da França (1791). Esses primeiros textos constitucionais surgiram com o objetivo de limitar o poder estatal, ou seja, tiveram forte viés liberal. Nessa perspectiva, citamos o Prof. Canotilho, para quem 'o constitucionalismo moderno representa uma técnica específica de limitação do poder, com fins garantísticos'. Também vale destacar o que disse Thomas Paine: 'uma constituição não é um ato de governo, mas de um povo constituindo um governo. Governo sem constituição é poder sem direito'.

No sentido sociológico, defendido por Ferdinand Lassale, a Constituição é a soma dos fatores reais de poder que vigoram na sociedade. Em outras palavras, ela é um reflexo das relações de poder que existem no âmbito do Estado. Não se confunde com a Constituição escrita, que é considerada uma 'mera folha de papel.

No sentido político, preconizado por Carl Schmitt, a Constituição é a decisão política fundamental. Assim, pode ser definida como o conjunto de normas que visa estruturar e organizar os elementos essenciais do Estado.

Schmitt distingue Constituição de leis constitucionais. A primeira, segundo ele, dispõe apenas sobre matérias de grande relevância, como organização do Estado, por exemplo. As segundas, por sua vez, são normas que fazem parte

formalmente do texto constitucional, mas que tratam de assuntos de menor importância.

No sentido jurídico, defendido por Kelsen, a Constituição é norma jurídica pura, sem qualquer consideração de cunho sociológico, político ou filosófico. Para Kelsen, a Constituição não retira o seu fundamento de validade dos fatores reais de poder. Sua validade não se apoia na realidade social do Estado.

Por fim, no sentido cultural, o Direito é produto da atividade humana e, portanto, deve ser visto como um objeto cultural. Nessa linha, a Constituição abrange todos os aspectos da vida da sociedade e do Estado, sendo uma combinação de todas as concepções anteriores (sociológica, política e jurídica). Chega-se, então, ao conceito de 'Constituição total'.

2.Conteúdo do Direito Constitucional.

A Constituição é o objeto principal de estudo do Direito Constitucional. a palavra vem do latim *constituere* e quer dizer estabelecer definitivamente. É a principal lei do Estado que mostra como este está organizado juridicamente, além de apresentar quais as regras e princípios devem ser cumpridos por todos aqueles que se pautam por ela. Possui um grau máximo de superioridade e eficácia, ficando acima das outras leis. Essas normas menores devem estar de acordo com a Lei Fundamental (Constituição).

O conteúdo científico do Direito Constitucional abrange à seguintes disciplinas:

a) Direito Constitucional Positivo ou Particular*:* é o que tem por objeto o estudo dos princípios normas de uma constituição concreta, de um Estado deter minado; compreende

a interpretação, sistematização e crítica das normas jurídicos constitucionais desse Estado configuradas na constituição vigente, nos seus legados históricos e sua conexão com a realidade sociocultural;

b) Direito Constitucional Comparado*:* é o estudo teórico das normas jurídico-constitucionais positivas (não necessariamente vigentes) de vários Estados, preocupando-se em destacar as singularidades e os contrastes entre eles ou entre grupo deles;

c) Direito Constitucional Geral*:* delineia uma série de princípios, de conceitos e de instituições que se acham em vários direitos positivos ou em grupos deles para classifica-los e sistematizá-los numa visão unitária; é uma ciência, que visa generalizar os princípios teóricos do Direito Constitucional particular e, ao mesmo tempo, constatar pontos de contato e independência do Direito Constitucional Positivo dos vários Estados que adotam formas semelhantes do Governo.

A Constituição é considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias; em síntese, é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.

A constituição é algo que tem, como forma, um complexo de normas; como conteúdo, a conduta humana motivada das relações sociais; *como fim*, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, *como causa criadora e recriadora*, o poder que

emana do povo; não podendo ser compreendida e interpretada, se não tiver em mente essa estrutura, considerada como *conexão de sentido*, como é tudo aquilo que integra um conjunto de valores.

Estado, de forma genérica simplificada, como a organização de um povo sobre um território determinado, dotada de soberania. Nessa definição estão os elementos tradicionalmente descritos como necessários à existência de um Estado: a soberania, o povo e o território. Além disso, a doutrina tem acrescentado a finalidade como elemento integrante da noção de Estado, ou seja, a organização soberana de um povo em um território deve ser orientada ao atingimento de um conjunto de finalidades.

O constitucionalismo o movimento político, jurídico e ideológico que concebeu ou aperfeiçoou a ideia de estruturação racional do Estado e de limitação do exercício de seu poder, concretizada pela elaboração de um documento escrito destinado a representar sua lei fundamental e suprema.

O conteúdo dessas primeiras Constituições escritas e rígidas, de orientação liberal, resumia-se ao estabelecimento de regras acerca da organização do Estado, do exercício e transmissão do poder e á limitação do poder do Estado, assegurada pela enumeração de direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

O Direito Constitucional, aos poucos, foi se desvinculando dos ideais puramente liberais. A Constituição assume uma nova feição, de norma jurídica formal, protetora dos direitos humanos.

A Constituição deixou de retratar exclusivamente uma certa forma de organização política, a do Estado liberal, com sua ideologia, e passou a representar o espelho de toda e qualquer forma de organização política. O conteúdo do Direito Constitucional desatou-se de considerações doutrinárias ou ideológicas, passando a tratar das 'regras fundamentais de estruturação, funcionamento e organização do poder, não importa o regime político, nem a forma de distribuição da competência aos poderes estabelecidos' (Paulo Bonavides).

As exigências e os conflitos sociais têm forçado o constitucionalismo puramente jurídico a ceder lugar ao constitucionalismo político, democrático e social. Assim, o Direito Constitucional atual, a par de assegurar as conquistas liberais, apresenta marcada feição política e forte conteúdo democrático e social.

Em todas as fases de sua evolução, o constitucionalismo não perdeu o seu traço marcante, que é a limitação, pelo Direito, da ingerência do Estado (Governo) na esfera privada. Essa sempre foi, em todas as suas fases, a característica essencial do movimento constitucionalista.

O Direito Constitucional é muito mais do que apenas um ramo o direito público. Ele consubstancia a matriz de toda a ordem jurídica de um específico Estado. Figurativamente, o Direito Constitucional é representado como o tronco do qual derivam todos os demais ramos da grande árvore que é a ordem jurídica de determinado Estado. Essa imagem tem o mérito de representar a unidade do Direito, por definição, indivisível, consubstanciada na árvore, e esclarecer que a alusão a 'ramos' tem função puramente didática.

3.Conceito de Constituição.

A constituição a Lei Maior, fundamental e suprema, atinge na formação de poderes públicos, aquisição de poder, forma de governo, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos.

Quanto ao conteúdo formal, é o que diz respeito ao texto escrito resultante da manifestação do Poder Constituinte Originário, ou seja, que somente possa ser modificado nos limites estabelecidos pelo mesmo Poder Constituinte.

A Constituição Federal por ser uma norma superior que determina como devem ser produzidas as demais normas e que limita o conteúdo das mesmas, sujeitando-o ao seu texto, as suas determinações.

Em relação à forma, a constituição pode ser escrita, ou não. Sendo escrita, é sistematizada em um único texto. Não escrita, é contida em textos esparsos ou em convenções.

A constituição pode ainda se definir como promulgada ou outorgada. A primeira é quando conta com a participação popular em sua elaboração, mediante a eleição de seus representantes. A segunda é quando há ausência da legítima manifestação popular na sua construção e da imposição de detentores do poder público de fato.

No sentido jurídico, a constituição deve ser entendida como conjunto de normas fundamentais que exterioriza os elementos essenciais do Estado. Com base no sentido lógico-jurídico, a constituição é norma hipotética fundamental (Hans Kelsen).

Segundo Carl Schmitt a Constituição é a decisão política fundamental, não se confundindo com leis constitucionais. Porém, a constituição deveria cuidar apenas da estrutura do Estado e seus direitos fundamentais.

No sentido sociológico, a Constituição, segundo Ferdinand Lassale a constituição é a soma dos fatores reais de poder presente em um determinado Estado.

Nos tempos atuais, os Estados democráticos possuem constituições democráticas, assim consideradas as promulgadas pelo poder constituinte, que se origina por meio do povo.

Ferdinand Lassale dizia que uma constituição apenas seria legítima se representasse o efetivo poder social. Apenas se refletisse as forças sociais que constituem o poder. Para Lassale era a sociedade, o interesse coletivo, quem definia o que era ou não uma Constituição, pois esta deveria versar sobre estes ditos interesses. Se uma Constituição não refletisse o interesse popular, ela não passaria de uma mera 'folha de papel'.

Se para Marx 'as ideias que dominam uma época são as ideias da classe que domina a época', para Lassale uma Constituição era a soma de tudo o que estava sob o poder da infraestrutura (conceito de Marx), a saber: as questões econômicas, políticas, religiosas etc.

Ferdinand Lassale dizia que, 'se a constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia ou menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá

necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país'.

Carl Schmitt apontava que 'uma Constituição diz respeito à decisão política fundamental, que verse sobre a organização do Estado, Direitos Individuais, vida democrática etc., enquanto que as Leis Constitucionais seriam os demais dispositivos inseridos no texto do documento constitucional, mas que não tratem dos assuntos políticos fundamentais'. A constituição, dessa forma, era o que organiza o Estado e a vida democrática, e quem ditava isto não eram os interesses da sociedade, mas o titular do poder constituinte.

Na concepção jurídica, formulada por Hans Kelsen, a Constituição, p*or ser norma não descreve a real maneira de ser das coisas, mas sim institui a maneira pela qual as coisas devem ser. Assim,* a Constituição como um conjunto de normas de maior força hierárquica e que, por ser força maior, organiza e estrutura o poder político e define os limites dos cidadãos.

Constituição material, segundo Dirley da Cunha é *o conjunto de normas, escritas ou não escritas (costumeiras), que regulam a estrutura do Estado, a organização do poder e os direitos e garantias fundamentais, inseridas ou não no texto escrito.*

Carl Schmitt chama de Constituição o texto que organiza o Estado. Então é simples: se versa sobre a Organização do Estado, é um conteúdo material.

Para Dirley da Cunha, a Constituição 'é o conjunto de normas escritas reunidas num documento solenemente elaborado pelo poder constituinte, tenham ou não valor

constitucional material, ou seja, digam ou não respeito às matérias tipicamente constitucionais (estrutura do Estado, a organização do poder e os direitos e garantias fundamentais).

Mas é sempre bom lembrar que a Constituição é a Lei Maior de uma sociedade politicamente organizada. É o modo pelo qual se forma, estabelece e organiza uma sociedade.

A Constituição é a lei maior, a lei fundamental e suprema de um Estado. Seu conteúdo atinge a estruturação do Estado, a formação dos poderes públicos, forma de governo, aquisição do poder, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos.

Formalmente, Constituição é o texto escrito resultante da manifestação do Poder Constituinte Originário que somente poderá ser modificada nos limites estabelecidos pelo mesmo Poder Constituinte.

A Constituição Federal é a norma superior de todo o ordenamento normativo brasileiro que determina como devem ser produzidas as demais normas e que limita o conteúdo das mesmas, condicionando-o ao seu texto, às suas determinações.

Paulo Bonavides anota que, ‘as Constituições não raro inserem matéria de aparência *constitucional*. São pontos introduzidos no texto constitucional mas que não se referem a elementos básicos ou institucionais da organização política’.

Constituição é a lei maior ou a norma de ordem superior que, normalmente, dispõe sobre a organização do Estado e as garantias e direitos individuais do cidadão, dentre outros temas considerados de maior relevância pelo contexto da sociedade em que é elaborada.

No decorrer da história do direito Constitucional, vários debates teóricos foram travados para conceituar uma constituição: a) conceito sociológico (Ferdinand Lassale); b) conceito Político (Nazista Carl Schimit); c) conceito jurídico (Hans Kelsen); d) conceito culturalista (Peter Reberle); e) conceito de Constituição dirigente (Joaquim José Gomes Canotilho); f) conceito da força normativa (Konrad Hasse).

No aspecto sociológico, a Constituição deve refletir os fatores reais do poder, que pertencem ao povo, a vontade do povo, se não refletir, não é uma Constituição, é uma folha de papel em branco.

No aspecto Político, a Constituição é uma decisão política fundamental, ou seja, ela se limita à atuação Estatal, refletir suas decisões.

No aspecto jurídico, as normas Constitucionais são fundamento de validade de todas as demais normas. constituição é a única norma dotada de supremacia. AS normas infraconstitucionais: Lei *latu sensu* e regulamentos, não detêm supremacia. Buscam seu fundamento de validade na CF; se não de acordo com a CF não são válidas.

A constituição é a norma pura do direito. Abrange dois sentidos:

a) sentido jurídico positivo: as normas Infraconstitucionais devem buscar seu fundamento de validade na Constituição;

b) sentido lógico jurídico: as normas infraconstitucionais devem buscar seu fundamento de validade

na Constituição; e a Constituição deve buscar seu fundamento de validade na norma hipotética fundamental.

A Constituição é a norma hipotética fundamental. É o senso natural de justiça, a noção básica, que cada um tem, de o que é certo ou errado.

O Brasil adota o conceito jurídico de Kelsen. Que atualmente, após a emenda 45/2004, ganhou maior expressividade diante do surgimento do controle de supra legalidade. As normas infraconstitucionais buscam seu fundamento de validade nas normas supralegais, e as normas supralegais buscam seu fundamento de validade na Constituição.

No conceito culturalista, 'toda norma constitucional que fizer menção à cultura e à educação, é uma norma constitucional cultural'.

No conceito de Constituição Dirigente é uma Constituição que dirige, que conduz o estado a propiciar direitos sociais e objetivos fundamentais ao povo.

Sob o aspecto da força normativa, 'toda constituição tem obrigatoriedade, mas a sua força normativa depende do cumprimento'. Assim, independente de ser ela política, dirigente, culturalista etc.'. A constituição é a norma suprema e deve ser cumprida, tanto pelo estado quanto pelo povo, se não o for, perde sua força normativa, sua eficácia jurídica e torna-se a mesma coisa que nada.

4.Classificação das Constituições.

A classificação das Constituições pode ser: a) quanto ao conteúdo*:* materiais e formais; b) quanto à forma*:* escritas e não escritas; c) quanto ao modo de elaboração: dogmáticas e históricas; d) quanto à origem: populares (democráticas) ou outorgadas; e) quanto à estabilidade: rígidas, flexíveis e semirrígidas.

A constituição material em sentido amplo, identifica-se com a organização total do Estado, com regime político; em sentido estrito, designa as normas escritas ou costumeiras, inseridas ou não num documento escrito, que regulam a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais.

A constituição formal é o peculiar modo de existir do Estado, reduzido, sob forma escrita, a um documento solenemente estabelecido pelo poder constituinte e somente modificável por processos e formalidades especiais nela própria

A constituição escrita é considerada, quando codificada e sistematizada num texto único, elaborado por um órgão constituinte, encerrando todas as normas tidas como fundamentais sobre a estrutura do Estado, a organização dos poderes constituídos, seu modo de exercício e limites de atuação e os direitos fundamentais.

Não escrita, é a que cujas normas não constam de um documento único e solene, baseando-se nos costumes, na jurisprudência e em convenções e em textos constitucionais esparsos. Ex. constituição inglesa.

Constituição dogmática é a elaborada por um órgão constituinte, e sistematiza os dogmas ou ideias fundamentais da teoria política e do Direito dominantes no momento.

Histórica ou costumeira: é a resultante de lenta formação histórica, do lento evoluir das tradições, dos fatos sócio-políticos, que se cristalizam como normas fundamentais da organização de determinado Estado.

São populares as que se originam de um órgão constituinte composto de representantes do povo, eleitos para o fim de elaborar e estabelecer a mesma. (CFs de 1891, 1934, 1946 e 1988).

As Constituições outorgadas são as elaboradas e estabelecidas sem a participação do povo, aquelas que o governante por si ou por interposta pessoa ou instituição, outorga, impõe, concede ao povo. (CFs 1824,1937, 1967 e 1969).

A Constituição rígida é a somente alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares.

A Constituição flexível é a que pode ser livremente modificada pelo legislador segundo o mesmo processo de elaboração das leis ordinárias. Semirrígida é a que contém uma parte rígida e uma flexível.

Na realidade, existem vários modos, de acordo com a doutrina, de classificar as constituições.

Quanto ao seu conteúdo: material ou substancial: é um tipo de constituição escrita ou não que se refere aos elementos que constituem o Estado, bem como sua estrutura, divisão do poder político, de competências e direitos fundamentais; formal: são normas escritas superiores às leis comuns, sendo estas inseridas no texto da constituição escrita, podendo ter relação com as matérias constitucionais ou não.

Quanto à forma: escritas: um documento escrito com leis que foram criadas em um período de reflexão; não escritas: constituição formada pelos costumes de uma sociedade. Também é conhecida como constituição costumeira.

Quando ao modo de elaboração: dogmática: são ideais que surgiram desde o momento de sua criação e portanto, funcionam como verdades da ciência política, feita de forma escrita por um órgão constituinte; histórica: é uma constituição não escrita que depende de um processo demorado para sua formação, de acordo com a história, costumes e tradições de um povo.

Quanto à ideologia: eclética: apoiada em um conjunto de ideologias, pode ser chamada também de pluralista, compromissória ou complexa e sua linha política não possui uma definição; ortodoxa: aquela onde está definida a sua linha política, apoiando-se em uma ideologia apenas.

Quanto à origem ou processo de positivação: promulgada: é o tipo conhecido também como democrático e popular feita por uma Assembleia Nacional Constituinte (representantes que foram escolhido pelo povo para fazer parte do poder constituinte e criar uma constituição); outorgada: quando o processo de criação passa por uma pessoa ou um grupo responsável pela produção da Carta, sendo esta uma