DIREITO CONSTITUCIONAL
VOLUME I

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.

DIREITO CONSTITUCIONAL
VOLUME I
ÍNDICE

Introdução.....5

CAPÍTULO I

DIREITO CONSTITUCIONAL

1.Noções. Conceito.....25
2.Conteúdo do Direito Constitucional.....41
3.Conceito de Constituição.....46
4.Classificação das Constituições.....55
5.Objeto e elementos da Constituição.....60

CAPÍTULO II

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.Noções.....73
2.Ação direta de inconstitucionalidade.....110
3.Ação declaratória de constitucionalidade.....196
4.Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.....235
5.Arguição de descumprimento de preceito fundamental.....344

CAPÍTULO III

PODER CONSTITUINTE

1.Noções.....595
2.Poder Constituinte originário.....604
3.Poder Constituinte Reformador.....623
4.Poder Constituinte Difuso.....641
5.Poder Constituinte Supranacional.....675
6.Poder Constituinte Decorrente.....680

DIREITO CONSTITUCIONAL
VOLUME I

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]

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;

_____

[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.

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]

[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]

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.

[4] ALDEODATO, p. 262.

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 ‘logoi’, 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'. [5]

[5] MIAILLE, 1994, p. 50.

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.

Constatá-lo-íamos facilmente nos caos 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. [6]

_____

[6] MIAILLE, 1994, p. 117.

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. [7]

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. 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. [8]

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. [9]

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).

---

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

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

> **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.

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.

‘Direito Constitucional 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 considerados fundamentais’.

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, Rousseau 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 (*Covenant 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. 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 [10] que '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.

[10] BARROSO, 2010.

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 [11] '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'. [11]

O preâmbulo da Constituição Federal de 1988 dispõe: 'Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia 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'.

[11] FERRAJOLI, 2915, p. 47.

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.

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’.

‘As fontes do direito são as formas pelas quais uma norma é gerada e introduzida no ordenamento jurídico. As fontes do direito constitucional são: o Direito Natural, a Constituição, os costumes, a jurisprudência e a doutrina’.

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.

‘No Brasil, o direito constitucional estuda o conteúdo da Constituição Federal de 1988, que é dividida em nove 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'.

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.

Karl 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).

‘Além do texto literal da constituição, o direito constitucional analisa o histórico das constituições de um país, a doutrina, súmulas dos tribunais superiores e qualquer produção legal que tenha impactos constitucionais’.

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 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. 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