

# **TEORIA DA CONSTITUIÇÃO**

Caroline Stéphanie Francis dos Santos Maciel  
2º Período, turma A, 2011.

## Aula 01: Anotações

segunda-feira, 8 de agosto de 2011

10:00

### Avaliações:

Divisão dos 100 pontos do semestre:

- a. Caso fictício: (20 pontos). Grupos de 6 pessoas (3 de uma sala e 3 de outra). Nov/Dez.
- b. Livros: (20 pontos). Final de nov.
- c. Avaliação 1: (25 pontos). Final de set.
- d. Avaliação 2: (25 pontos). Novembro
- e. Leituras: (10 pontos)
  - o Romances: A revolução dos bichos e 1984 (George Orwell).
  - o WOLKMER, Antonio Carlos (organizador) - " Introdução à história do pensamento político". Renovar, 2003.

Manuais de Direito Constitucional: introdução aborda a Teoria da Constituição.

Monitor: Júlio

julio primo@gmail.com

8868-3525

## Aula 02: Objeto de Teoria da Constituição:

quinta-feira, 11 de agosto de 2011

07:57

### Introdução:

A disciplina, enquanto Teoria da Constituição, surgiu a partir dos anos 20.

Anteriormente, cada país estudava a sua constituição.

Acabada a Segunda Guerra, nota-se a necessidade de estudar a constituição enquanto fenômeno.

O estudo começa com o debate entre juspositivistas e jusnaturalistas.

Objeto central: a **Constituição**.

Diferenças nos enfoques na Constituição das áreas do Direito:

Todas as áreas estudam a Constituição, certas partes.

- **Direito Constitucional Positivo** (estuda o sistema constitucional vigente). No Br., da Constituição de 88 adiante.
- **Direito Constitucional Comparado** (foca determinados institutos da constituição, envolvendo mais de um sistema jurídico - isso permite fazer crítica ao direito nacional). Crítica, comparação, análise de temas constitucionais específicos dentro de sistemas constitucionais vigentes. Há, também, o método histórico: analisa a evolução histórica; compara constituições de épocas diferentes de um país. Sempre envolve mais de uma Constituição, seja de países ou épocas diferentes. *Pós-graduação*.
- **Teoria da Constituição**: (foca a constituição como um fenômeno genérico, conceituável, enquanto categoria científica).

Estudo da constituição pelo prisma da **Ciência Jurídica**:

Definição de constituição;

Positivização da constituição;

Processo de criação e de modificação da constituição;

Natureza das normas constitucionais, efetividade (eficácia, aplicabilidade) do sistema constitucional;

Interpretação (hermenêutica constitucional);

Mecanismos de preservação do sistema jurídico (teoria do controle de constitucionalidade);

Constitucionalismo (processo histórico de formação da constituição no Ocidente - a cultura ocidental criou uma noção específica de constituição); Dividido em C. moderno (até a segunda guerra) e C. contemporâneo (pós segunda guerra). Estudaremos o constitucionalismo que recebeu forte influência europeia e estadunidense.

Qual o significado, o que representa uma constituição? O que é uma constituição? Qual o processo de criação de uma constituição? Quais os mecanismos de modificação de uma constituição?

- **Filosofia do Direito**: (busca o fundamento último do direito ou a legitimidade do direito, por isso, toca no assunto da constituição). Savigny, Kelsen, Ihering: maiores cientificistas jurídicos.

## Aula 03: Constitucionalismo ocidental:

quinta-feira, 18 de agosto de 2011

08:35

### Processo histórico:

#### **Pré - Constitucionalismo ocidental:**

Antes da modernidade ocidental, Constituição era sinônimo de **ordem pública, identidade social** (costumes, moralidade).

Era uma noção ligada a critérios políticos, sociais; não tinha o sentido jurídico que o mundo ocidental criou a partir da modernidade (era mais uma questão antropológica, sociológica). Nesse sentido, todos os povos em todos os tempos tiveram Constituição (Ferdinand Lassale). Até as tribos mais primitivas têm a constituição enquanto identidade (mas não no sentido construído pelo Ocidente, a partir da modernidade).

Havia luta pela liberdade de conduzir sua vida sem ser dominado por forças externas a si mesmo.

Os autores da modernidade se basearam em autores anteriores a eles que também discutiram as relações de poder e, portanto, não são desconsiderados na construção do pensamento jurídico e político da modernidade. Contudo, os autores modernos escreveram num sentido revolucionário.

Já na **Idade Média**, existiam leis fundamentais do reino, porém elas se perdiam no tempo e não existia nenhuma cientificidade; mas elas também não significavam Constituição, até porque havia uma base teológica.

A noção de Constituição em sentido jurídico vai sendo construída a partir da modernidade ocidental.

Na Alta Id. Média, o poder político era difuso (inexistência de um poder central; reinos bárbaros), pulverizado.

Começa a haver uma centralização de poder:

- No ano 800 (séc. IX), *Carlos Magno* buscava resgatar o antigo Império Romano (no caso, dos Francos e Germanos): começa processo de construção da unidade política europeia (*Sacro Império Românico-germânico*).

O imperador e o papado disputavam poder na Europa, a partir disso (já que houve apoio da Igreja a essa unificação, por isso, sacro). É o início de uma era que só se finaliza em 1800, com a coroação de Napoleão (ao se auto coroar, há um simbólico rompimento com a Igreja).

O direito e a política são extremamente cerimoniais e simbólicos (cerimônia de coroação; cerimônia de bacharelado; matrimônio).

Aos poucos, o poder passa a ser centralizado na Realeza. **Formação dos Estados Absolutos.**

Portugal é o primeiro Estado Absoluto a se formar.

O **constitucionalismo moderno** começa na Inglaterra, no final do século XVII.

Na Inglaterra, surge uma **burguesia mercantil** muito fortalecida e enriquecida (quando comparada com o resto da Europa).

Ilha: começaram a comercializar rapidamente. A produção manufatureira em grande escala: vendia para Europa; comércio marítimo acentuado; elevado êxodo rural (muita mão-de-obra disponível na cidade).

Primeiro país no mundo ocidental a romper com o poder temporal da Igreja foi a Inglaterra; com Henrique VIII, há **rompimento definitivo com o Igreja** (fundação da Igreja Anglicana - centralizando Igreja e Estado num só órgão). Caminha-se para uma noção de Estado laico.

Existia o Conselho real: órgão composto por nobres e clérigos que aconselhavam o rei em suas deliberações. Aos poucos, os burgueses vão conquistando representatividade nisso. Passou a ter uma Casa dos Lordes e uma Casa dos comuns: **o Parlamento inglês**, regularmente convocado - pelo *menos uma vez do ano* (não era comum na Europa, na França não acontecia há 175 anos quando da Convocação dos Estados Gerais).

São os aspectos: econômico (burguesia forte), político (parlamento regular), religioso (rompimento com Igreja), a Magna Carta e jurídico (tribunal real) que explicam o pioneirismo inglês no constitucionalismo.

#### **1215: assinatura da Magna Carta:**

Ricardo, o coração de leão: sai para chefiar uma cruzada; deixa seu irmão como regente: João (deslumbrado com poder, começa a tributar acentuadamente). Quando Ricardo é volta, destituiu João de suas terras por suas arbitrariedades (por isso, João, sem terra). Com a morte de Ricardo, João, sem terra, sobe ao poder, agora como Rei.

Os nobres, então, obrigam-no a assinar a Magna Carta (*compromisso do Rei com o clero e a nobreza*).

O rei só podia tributar a nobreza e o clero com prévio consentimento da nobreza e clero: primeiros indícios de **anterioridade tributária**;

O rei não podia prender nobre ou clérigo sem ordem fundamentada e sem direito a defesa: primeiros indícios do **princípio do devido processo legal**;

Ninguém poderia ficar preso sem julgamento, sob pena de habeas corpus: **surgimento do habeas corpus**;

O rei não podia confiscar as propriedades do clero e da nobreza sem o devido processo: **garantia da propriedade privada**.

**Tribunal Real:**

Existiam as Cortes feudais e as Cortes eclesiásticas (questões de família, heresia).

Três jurisdições concorrentes, com a criação do Tribunal Real.

Na Inglaterra, criou-se o Tribunal Real itinerante (1120): juízes enviados ao interior para julgar, juntamente com grupos da sociedade: montados tribunais de júri.

Em Londres, esses juízes se reúnem para escrever livros sobre os seus julgados: formação da **jurisprudência (precedente judicial)**. Começaram a julgar de acordo com o precedente; formou-se o direito comum (*direito uniformemente aplicado pelos tribunais reais*): **commom law**.

Fornece muito mais *segurança jurídica, uniformidade na aplicação da lei*.

**No século XVII, na Inglaterra: havia praticamente os três poderes funcionando separadamente.**

Parlamento funcionando anualmente (poder legislativo); Justiça funcionando perfeitamente há 500 anos (poder judiciário independente); e o mito da Magna Carta.

*Texto-base: OLIVEIRA, Marcio Luis de. A condição humana, a sociedade plural e a Constituição juridicamente adequada, cap. II: O Constitucionalismo Ocidental – origem, formação e afirmação da Constituição juridicamente adequada. (em anexo)*

## **Aula 04: Contribuição da Inglaterra para o Constitucionalismo Ocidental:**

quinta-feira, 25 de agosto de 2011

08:39

### **Contribuição da Inglaterra para o Constitucionalismo Ocidental:**

Unificação política da Inglaterra - séc. X.

Fortalecimento da Monarquia e Conselho Real (reunia-se regularmente desde já).

Difusão dos Tribunais Reais (julgado por seus pares), a partir do séc. XII (embrião do tribunal do júri).

Ajudam a criar, com o tempo, o commom law (direito comum, unificado na Inglaterra; antes o direito era local).

Assinatura da Magna Carta - séc. XIII - 1215:

- Ideia da legalidade e anterioridade tributária;
- Primeiras características do devido processo legal (due process of law);
- Habeas corpus (petição de liberdade);
- Primeiras garantias de proteção da propriedade privada.

Essas prerrogativas da Magna Carta eram para o alto clero e nobreza e não para o povo.

Na medida em que a burguesia vai crescendo, ela vai se afirmando localmente (começa a ter poder nas decisões políticas locais). Esses burgueses que tinham a gestão dos pequenos condados, começaram a pleitear uma participação no Conselho Real. Surge a Casa dos comuns e a Casa dos lordes, substituindo-se o Conselho Real pelo Parlamento (bicameral) - ao longo do séc. XIV.

Mito da Id. Média: Constituição Mista (governo equilibrado entre os estamentos)

Estamentos sociais: Realeza/Nobreza/Clero/Comuns. A sociedade se constitui de estamentos sociais (formação); os diversos estamentos se fariam representar em um órgão, no qual haveria um governo equilibrado (constituição mista). Ex.: órgão símbolo da Constituição Mista na França: Estados gerais e na Inglaterra: Parlamento.

Dinastia Tudors: auge do absolutismo, porém, por mais absoluto que fosse, compartilhava o poder com o Parlamento. Com a morte de Elizabeth, inicia-se a Stuart.

Dinastia Stuart: James I - convoca menos o Parlamento (tradição da Escócia era de governar sem Parlamento).

Carlos I - desejava governar com plenos poderes, como na Escócia: disputa de poder com o Parlamento; dissolve o Parlamento quando não acatam seus desejos.

Guerra Civil: Oliver Cromwell lidera as tropas do Parlamento.

Fundamentação bíblica (bom pastor) para julgar o rei.

República de Cromwell: governo mais arbitrário que do próprio Carlos I. Com sua morte, seu filho não soube governar, o que levou à restauração da monarquia.

Restauração da monarquia:

Carlos II: choques entre a autoridade real e a autoridade parlamentar: deposição de Carlos II: Revolução Gloriosa (conclusão da rev. inglesa). Guilherme de Orange: fundação da monarquia parlamentar inglesa!

A Revolução Inglesa criou a supremacia do PARLAMENTO (direito era o que resultava do consenso do parlamento, já que ele era a congregação dos grupos sociais da Inglaterra).

### Herança inglesa:

1. **Supremacia do parlamento** (pela presunção de que seus membros seriam os representantes da sociedade).
2. **Constituição em sentido material** (regulamentação jurídica dos poderes e funções do Estado, acompanhada de um rol de direitos e garantias fundamentais ).  
A noção material (conteúdo) de Constituição implica em:
  - **Separação dos poderes;**
  - **Direitos e garantias fundamentais** (bill of rights).
3. **Transição do Estado de política para o Estado de direito.**
4. **O direito se sobrepondo à política (submissão dos interesses políticos às regras jurídicas predeterminadas).**

## Aula 05: Contribuição Estadunidense:

quinta-feira, 01 de setembro de 2011

08:40

Contribuição estadunidense para o Constitucionalismo Ocidental:

Séc. XVII: conflitos entre católicos e protestantes intensos na Inglaterra.

Fuga de comuns dessas perseguições: refugiados religiosos rumam ao Novo Mundo.

1620: Primeiros assentamentos: início da efetiva colonização.

Contato com os índios: aprenderam com eles técnicas.

Dia de ação de graças: agradecimento por terem o que se alimentar no inverno.

Estabelecimento dos primeiros governos comunais: nas vilas, as comunas elegiam dirigentes.

Aplicaram, entre eles, as premissas da Magna Carta (os direitos previstos foram progressivamente aplicados entre comuns). Assim, os colonos estenderam os direitos da M.G a todos.

As colônias do norte foram espontaneamente formadas, ao passo que as colônias do sul foram incentivadas pela Coroa inglesa, baseada em premissas de grandes propriedades, larga produção e escravidão.

1774: As colônias estadunidenses já estavam bem fortalecidas;

Buscavam representação no Parlamento inglês e não conseguiam isso (o Parlamento ficou arbitrário em relação aos colonos, altas taxas alfandegárias, limitação de direitos).

Principal produto de exportação dos colonos era o chá e a Inglaterra coloca alta taxa nele para controlar suas exportações.

Colonos realizam um Congresso; Inglaterra não aceita negociar.

1776: Segundo Congresso: Declaração de independência dos Estados Unidos.

1783: Tratado de Paris: fim da Guerra de Independência e reconhecimento inglês.

Governo de Confederação, representando as 13 colônias (espécie de conselho, no qual estão representados países soberanos). Não funciona bem.

1787: Convenção da Filadélfia: grandes líderes e nomes das colônias: criaram a Constituição dos Estados Unidos da América. Primeira constituição codificada ("escrita" - código de governo). Foi expressão do Contrato social de Rousseau (contrato entre diversos Estados independentes = constituição americana). Agregação dos direitos fundamentais (bill of rights). Só foi aprovada após as onze primeiras emendas colocadas.

Primeiro presidente, eleito pelo Congresso: George Washington .

O Constitucionalismo surge do conflito entre Parlamento e soberano.

1800: eleição presidencial:

John Adams (federalistas - queriam mais poder para a União) x Thomas Jefferson (anti-federalistas - queriam mais poder para os Estados).

Adams entrega o governo composto por diversos juízes federalistas, inclusive o próprio presidente da Suprema Corte (John Marshall)

1803 (Marbury x Madison) Suprema Corte (era, anteriormente, apenas um tribunal, não era um poder efetivo, apenas um órgão do Estado);

Marbury (juiz distrital de Columbia) x Madison ("ministro da justiça").

Marbury queria tomar posse e entrou na justiça, contra o Madison. O caso foi julgado na Suprema Corte; isso porque em 1794 "The Judiciary Act", foi uma lei que ampliou as competências da Suprema Corte em relação ao que estava originalmente na Constituição; criou, então, a competência de julgar os litígios entre autoridades federais.

Em seu voto, Marshall declarou a inconstitucionalidade da lei que ampliou a competência da Suprema Corte (e que só por isso aquele caso estava lá sendo julgado); essa ampliação só poderia ser feita por uma emenda constitucional e não por uma lei, pois esta é uma norma inferior à Constituição; Uma lei comum não pode alterar a lei máxima, que é a Constituição; apenas uma reforma constitucional.

"Judicial Review": cabe ao juiz aplicar a lei, apenas se ela estiver de acordo com a Constituição (a Corte só pode aplicar leis constitucionalmente válidas = todos estão submetidos ao direito; a Suprema Corte, então, teria a incumbência de controle de constitucionalidade.

- Ao se declarar incompetente, foi estabelecido um princípio básico do constitucionalismo: princípio da Supremacia da Constituição.

O poder político esteve sempre acima do direito; foi a primeira vez que isso foi invertido.

O poder, antes encarnado no soberano, no parlamento, etc., ficou vago. A titularidade do poder ficou pela primeira vez na Constituição (conjunto de regras ou princípios que estabelecem competências..etc.)

É por isso que os EUA foi o primeiro Estado de direito.

1804 (Little x Barremen, "the flying fish case").

No governo de Adams, houve um boicote marítimo dos EUA à França (nenhuma embarcação poderia comercializar com a França = decreto presidencial).

O barco (flying fish) foi confiscado. Ao chegar na Suprema Corte, Marshal declarou o decreto inconstitucional; o presidente da república não tem competência, por meio de decretos, restringir direitos fundamentais; somente a lei poderia.

Ficou nítido que todos os três poderes estavam submetidos à Constituição.

"We the people of united states.." = a constituição é, portanto, a expressão do contrato social de Rousseau.

Houve, então, a Revolução Americana (no sentido jurídico), que culminou na supremacia da constituição!

Coube aos ingleses construir a ideia de Constituição em sentido material, coube aos americanos criar Constituição em sentido formal (máxima expressão da forma jurídica). A soberania do povo está formalizada na Constituição.

### **Herança estadunidense:**

1. **Supremacia formal da Constituição: *locus* do poder político-jurídico** (governo de leis e não de homens);  
Fonte última de validade e legitimidade de todo sistema jurídico e efetiva sobreposição aos poderes constituídos do Estado.
2. **Constituição escrita** (código/contrato);
3. **Estado Federal (federalismo);**
4. **Primeira República moderna** (contraposição à milenar monarquia; ideia de alternância de poder);
5. **Separação de poderes mais nítida**
6. **Rol de direitos** ("bill of rights")
7. **Presidencialismo**
8. **Democracia liberal**

## **Aula 06: Contribuição da França:**

segunda-feira, 5 de setembro de 2011

09:52

### **Revolução Francesa:**

Contemporânea à Revolução Americana; se influenciam reciprocamente.

Séc. XVIII: França economicamente empobrecida; miséria social elevada.

Monarquia absoluta; sociedade estamental, desigualdade do nascimento.

Luis XVI

Ideais iluministas se difundiram em um decadente cenário político, econômico e social .

- liberalismo;
- os homens nascem *livres e iguais* (revolucionário);
- ideias difundidas por folhetins (importância da imprensa) e teatros.

Necessidade de convocação dos Estados gerais (simbolizam a Constituição mista = governo equilibrado entre os estamentos - clero, nobreza e comuns).

#### *Convocação dos Estados-Gerais:*

- Os votos eram por estamentos;
- Tentativa de reforma tributária; extensão de direitos de propriedade; votos por pessoa; etc. fracassam.



Comuns se declaram legítimos representantes da Nação; em Assembleia Nacional Constituinte (criar uma Constituição para a França).

*Queda da Bastilha:*

símbolo da opressão absolutista;

Povo invade o Palácio de Versalhes.

*Assembleia Nacional Constituinte:*

- Extinção dos privilégios da nobreza e clero;
- Confisco das terras da Igreja;

1791: Constituição francesa

Buscava a instituição de uma *monarquia constitucional parlamentar* (modelo inglês).

Havia rumores de que a França seria invadida pela Áustria (a Europa estava em conspiração para que fosse restituída a monarquia absoluta, pois não queriam que isso se alastresse)..

Tentativa de fuga da família real; prisão da família real, acusados de traição.

*República Jacobina:*

1793/4: Constituição

Estado republicano.

Luis XVI é condenado e decapitado.

Conspiração de Danton por uma república moderada.

Queda de Robespierre.

*Diretório:*

composto por três membros.

Burguesia.

Napoleão Bonaparte começa a ganhar expressão.

1800: coroação de Bonaparte como imperador.

Na França, o poder estava na Nação (porém, não conseguiram institucionalizá-lo , por vários anos); ao passo que os ingleses no parlamento e os americanos na Constituição (que eram institucionalizados).

Houve, então, retorno da França à monarquia com Napoleão, por esse tumulto institucional francês.

**Herança francesa:**

1. **Nação como titular do poder** (construção da ideia de nação);
2. **Poder constituinte originário** (estudo de Sièyès);
3. **Ideal de universalização dos "Direitos do Homem"** (ideia de humanidade; semente para o direito internacional; dos direitos humanos);
4. **Universalização do liberalismo** (liberdade, igualdade, fraternidade = corresponsabilidade).

Após a Era Napoleônica, a Europa nunca mais foi a mesma: foi reconstruída sob outras premissas, como monarquia parlamentar, despotismo esclarecido. E, além disso, antecipação da Independência das Américas;

5. **Codificação do direito:** entendimento do direito de forma sistematizada; lei como expressão racional da vontade geral; berço do positivismo. Savigny, primeiro cientista do direito.

**Aula 07: Continuação:**

quinta-feira, 8 de setembro de 2011

07:56

**Liberalismo:** premissas básicas: liberdade do indivíduo; autonomia da vontade.

- **econômico:** afastamento do Estado das atividades privadas (econômicas).
- **laicização da política, ciência e do Direito:** afastamento de fundamentações teológicas.  
Relações políticas sem justificativas religiosas; Ciência como reconhecimento racional; Direito apenas como ordem social.
- **indivíduo:** pessoa é vista como *sujeito* da história (não mais o grupo).

O século XIX: era do progresso.

D na sociologia; Darwin e Mendel na biologia; Freud na psicologia;

Positivismo: afastou especulações metafísicas do conhecimento.

Revolução da Produção (industrial).

Progresso? Houve intensificação das desigualdades sociais.

A acumulação primitiva de capital europeia foi às custas da exploração colonial anterior.

Empobrecimento generalizado.

Questionamentos a este capitalismo selvagem:

- Babeuf: na Rev. Francesa apresentou ideias sociais.
- Marx: primeiro a escrever argumentos socialistas sólidos; suas ideias se alastraram pela Europa; o antigo regime havia acabado na política, mas na economia ele foi intensificado.

Autonomia da vontade não existe em negociações econômicas (prevalece a parte mais forte).

**Ideias coletivistas: de cunho socialista** (questionavam os direitos de primeira dimensão, aliando-os ao direitos sociais).

- a. versão democrática: intervenção do Estado na economia para garantir o mínimo de direitos sociais, combinada com a liberdade do indivíduo.
- b. versão totalitarista: Estado teria de ter controle total da economia por um tempo para, posteriormente, o Estado ser desnecessário.

Direitos de segunda dimensão: proteção da coletividade (proteção ao trabalhador, assistência social, infraestrutura sanitária, viária, saúde pública, educação pública).

Igreja que assumia essas funções; Bula *Rerum Novarum*: Leão XIII defendeu garantias estatais.

**Nacionalismo:** identidade nacional; começou a se tornar extremado no centro da Europa (Alemanha, Itália).

Nacionalismo totalitário: nação acima da própria pessoa; sacrifícios individuais em prol da nação.

Primeira Guerra Mundial.

Socialismo totalitário ganha mais força.

- Lênin; Estado totalitário russo;
- Hitler; Estado totalitário alemão.

Hitler:

Direito é expressão da vontade geral da Nação.

Fator identificador da Nação: biológico (raça ariana).

**Constitucionalismo social:**

- **socialismo democrático:** vertente da social-democracia. Produziu o Estado do Bem-Estar social (Europa ocidental do Norte), garantindo os direitos de Primeira dimensão aliado aos direitos de Segunda dimensão;
- **socialismo totalitário:** eliminou os direitos de liberdade (política, religiosa, econômica) e propriedade privada. Produziu o sistema soviético.
- **socialismo coletivista:** governos totalitários de cunho nacionalista. Itália e Alemanha. Capitalismo de Estado (permite que os particulares produzam, porém vinculados aos interesses do Estado).

Os dois últimos foram desvirtuamentos do Constitucionalismo social.

## Aula 08: Continuação

quinta-feira, 15 de setembro de 2011

10:21

### Neoconstitucionalismo:

Qual o contexto histórico de afirmação do neoconstitucionalismo?

O neoconstitucionalismo ocidental se inicia com o processo de redemocratização, após a Segunda guerra mundial, com o advento do Estado democrático de direito nos países de Ocidental. Esse novo paradigma de Estado vem substituir o Estado social e assim se contrapor ao retrocesso civilizacional relativo ao advento do fascismo. Entretanto, o processo histórico da Guerra Fria permitiu ao neoconstitucionalismo se expandir em direção ao leste europeu, África, Ásia, de modo que não se encontre hoje restrito ao ocidente.

Como se caracteriza as bases da democracia em uma visão contemporânea?

Concebe-se a democracia a partir de suas bases constitutivas, qual sejam, antropológica, sociológica, política, econômica e jurídica.

As diferentes doutrinas democráticas oferecem uma pluralidade de definições de democracia com base em aspectos antropológicos, sociológicos, políticos, econômicas, jurídicas.

Antropologicamente, a democracia impõe a pessoa como núcleo referencial do sistema e dignificação da condição humana pela extensão da titularidade do exercício de poder a todos os indivíduos e grupos sociais.

Sociologicamente falando, a democracia é um regime que permite ao cidadão se incluir num grupo social e obter respeito a suas posições particulares, tal característica confere a democracia a possibilidade de inclusão das diferenças no processo decisório coletivo.

Sob a ótica econômica, a democracia é um sistema que permite a inclusão social pelo acesso a bens privados e públicos que são garantidores do mínimo existencial fundamental.

Sob o viés político, a democracia é aquele regime que permite a coexistência e a alternância majoritariamente legitimadas de diversas vertentes filosóficas e ideológicas.

Por fim, o direito confere à democracia a institucionalização dos direitos, garantias e deveres fundamentais de forma a garantir a plenipotencialização da condição humana.

Como se dá a relação entre a constituição, o Estado e a sociedade?

Na história ocidental, apenas o EUA havia reconhecido a constituição enquanto núcleo do direito e do poder público, em contraposição a ideia tradicional de soberania do Estado ou

nação sobre as leis. O neoconstitucionalismo torna essa noção um elemento constitutivo, o que promove a expansão desse valor por vários países.

Estado deixa de ser elemento central de organização da sociedade e se reconhece a pluralidade de forças existentes (direito passa a regular a relação entre essas forças sociais e não apenas entre sociedade e Estado)

## Poder Constituinte originário:

segunda-feira, 19 de setembro de 2011 até segunda-feira, 28 de novembro de 2011.

09:55

*Texto base: OLIVEIRA, Márcio Luis de. Os limites ideológicos e jusfilosóficos do poder constituinte originário. (em anexo)*

Processo de criação da Constituição.

A Constituição já prevê as normas para alterações constitucionais.

A Constituição é o sistema de normas nuclear do direito.

No séc. XVIII, em 1787 a Constituição americana foi elaborada;

A Constituição brasileira é de 1988

Quais são os padrões para se criar uma nova constituição? O que é preciso fazer?

O poder constituinte originário não se manifesta em momentos normais da sociedade;

A Constituição vigente, que tem legitimidade e autoridade (validade), passa a ser questionado;

o poder constituinte originário significa ruptura, crise, rompimento com o direito vigente.

É retirar do direito o seu núcleo, para fazer um novo núcleo, isto é, fazer um novo direito.

1934: segunda constituição mais democrática do Brasil.

Saiamos do período de governo provisório de Vargas.

Em julho de 1934, a Constituição deu mandato a Vargas de 4 anos para evitar lacuna do Executivo.

1937: efervescência política: a grande questão eram quem substituiria Vargas na eleição de 38.

Novembro de 1937: Em todas as capitais do país, tanques de guerra; direitos fundamentais suspensos; etc. Publicação de uma nova Constituição.

O normal é a continuidade do sistema, ele ir se adaptando através de reformas; mudar de Constituição é rompimento!

O momento constituinte (ruptura com instituição de nova Constituição) é um processo histórico, pode ser em um mês ou em um dia.

### Poder Constituinte originário:

#### 1. Definição:

**É um processo histórico de rompimento que envolve a despositivação do sistema jurídico constitucional vigente e a positivação de um novo sistema jurídico constitucional.<sup>1</sup>**

<sup>1</sup>: A primeira Constituição brasileira (1824) foi também um rompimento com uma ordem anterior (a português);

É raro haver uma ordem nascida que não seja nascida do rompimento de uma ordem pré-existente.

#### 2. Natureza: (entender a essência, definir e classificá-lo)

Para ser um poder jurídico, o poder constituinte tem que encontrar explicação dentro da Ciência do Direito.

Pode-se entender que ele não seja um poder de direito, mas Poder de fato (político, sociológico, antropológico).

Estudar o Poder constituinte é estudar o limiar do Direito, assim como é para a Física estudar o big bang.

Correntes:

- **Juspositivismo clássico:** poder constituinte é um poder de fato (extrajurídico); por isso, é estudado por outras áreas do conhecimento (Ciência Política, Sociologia, etc.); como o Juspositivismo se interessa pelo Direito posto, ele coloca o poder constituinte em outras áreas, isso não significa que ele não seja importante, mas é um conhecimento que vem por acréscimo, vem de outra área, não é objeto da Ciência jurídica o poder constituinte, mas sim o que ele cria: a Constituição (salvo o Kelsen).

É uma vontade e decisão política que se sobrepõe ao direito.

Ex.:

Carl Schmitt

Carre de Malberg

Luis Recaséns Siches

Celso Ribeiro Bastos

Raul Machado Horta

Celso Antônio Bandeira de Mello

- **Jusnaturalismo:** poder constituinte é um poder de Direito, portanto, tem uma explicação dentro do direito.

Poder é uma capacidade de indução e conformação do comportamento alheio a sua própria vontade.

Poder de direito: poder cuja autoridade e exercício são limitados pelo direito.

No Estado democrático do Direito, ninguém tem poder (potestade), apenas autoridade.

O Jusnaturalismo vê dois sistemas: o sistema posto e o sistema natural.

Jusnaturalismo grego era cósmico: ordem posta deveria seguir a ordem cósmica; o medieval, teológico: ordem posta deveria ser reflexo da justiça divina; o moderno, racional: a ideia do racional justifica a busca pela justiça (como valor).

Premissas do jusnaturalismo racional: liberdade, igualdade e fraternidade.

O Direito é expressão desses valores; diante de uma agressão a esses valores, a sociedade tem naturalmente o direito de resistir a uma opressão de uma ordem jurídica.

O poder constituinte é o direito natural de resistência a um sistema jurídico opressor para se instituir uma ordem jurídica igualitária, libertária e fraterna.

Assim, quando ele origina uma Constituição injusta (em desacordo com esses valores), ele será um poder ilícito! Ilícito do poder constituinte (é um crime se um direito opressor for instituído).

Ex.:

Emmanuel Joseph Sieyès

George Bourdeau

Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Augusto Zimmermann

- **Corrente híbrida (mista):** o poder constituinte tem uma natureza político-jurídica: só do ponto de vista do Direito não se consegue entender essa ruptura com o direito positivo; só do ponto de vista da Política também não se consegue entendê-lo, porque ir-se-á instituir um novo Direito. Trata-se de o liminar do direito e política: zona cinzenta.

Antônio Negri

J. J. Gomes Canotilho

Paulo Bonavides

Marcio Luis

O poder constituinte é um processo POLITICO-JURIDICO de despositivação...

- **Kelsen: juspositivista científicista normativista:**

Purista: tenta entender o direito alheio a fatores que lhe sejam externos.

**a) Conceção lógico-formal do Direito:** pensamento abstrato que parte de uma premissa para se chegar a uma conclusão; formal porque é uma explicação que independe de seu conteúdo, expresso por uma fórmula.

Aquilo (fenômeno: pode ser percebido pelos sentidos) que é posto o é pela vontade ou pela natureza. Ex.: a chuva é um fenômeno posto pela natureza; homicídio é um fato posto pela vontade.

O Direito se expressa de múltiplas formas na sociedade (ex: a cor, o som e o gesto são formas de expressar a norma, como: o sinal de trânsito).

Aquilo que é posto pela vontade humana (como pelo legislador) não tem cientificidade. Se o Direito for apenas a vontade do legislador, ele carece de cientificidade; os princípios da Ciência tem de estar na razão antes do posto.

Para o Direito ser Ciência, ele tem que ter um pressuposto: a norma fundamental.

Na dinâmica social, há diversos sistemas normativos: religioso, moral, jurídico (para se acreditar numa consequência no descumprimento da norma, eu tenho que acreditar na sanção; é necessário que se aceite o que a religião ou moral diz).

Para permitir a convivência humana, independentemente das vontades, há um dever de adequação do comportamento ao direito posto, seja esse direito qual for, sob pena de sanção: NORMA FUNDAMENTAL (a sanção jurídica não depende da vontade da pessoa, depende do funcionamento de um aparato estatal).

**b) Conceção jurídico-positiva:** havendo uma Constituição posta, a sociedade tem de adequar seu comportamento à Constituição posta. A Constituição é a norma de maior hierarquia dentro do sistema.

Poder constituinte é de direito: é um exercício do direito de soberania, que é uma prerrogativa jurídica de reconhecimento mútuo de soberania entre os povos. Não é, portanto, um direito natural, mas sim um direito posto por relações internacionais.

Estado brasileiro é soberano; nas relações internacionais, ele é reconhecido como soberano e, assim, ele pode criar seu direito. Espécie de contrato social entre os povos.

### 3. Titularidade do Poder Constituinte:

Povo como titular do poder.

Povo enquanto pluralidade de segmentos sociais.

Legislação penal: União é titular de legislar esse direito, através dos órgãos: Congresso e presidência.

Toda vez que falamos de um processo, existe alguém que detém uma competência para realizá-lo.

Gregos - fundamento do poder metafísico: ideia da transcendência:

A pólis é um microuniverso do cosmos.

Ancestralidade transfere seus conhecimentos para o primogênito.

A primogenitura foi a primeira forma da sociedade para se impor uma ordem.

O primogênito recebia dos ancestrais um poder para governar a família ou a pólis.

Passado transmitindo ao presente a sua estrutura de ordem (tradição).

Deificação do poder de governar no Egito. Essa prerrogativa é transferida para Roma.

Sacro-império romano: fundamento do poder do monarca: delegação divina (ungida pela Igreja).

Mundo medieval para o mundo moderno: sociedade se torna antropocêntrica (não cabe mais explicação fora do humano).

Abade de Sieyès: a vontade da nação que coloca a sua própria ordem (coletividade humana com mesma tradição, cultura, língua, identidade, etnia..). A nação passa a ser fundamento do poder; pela primeira vez na história o poder possui uma justificativa sociológica, antropológica; retirada do divino da explicação do poder social.

Por isso, do Estado absolutista para o Estado moderno se constrói a ideia de Estado-nação.

Inicia-se um lento processo de laicização do Estado.

No mundo islâmico, o fundamento do poder ainda é transcendental.

Problema da nação: critério para saber quem pertence; é um conceito que inclui os nacionais, mas exclui os demais.

Com o fim da Segunda Guerra, era preciso de outro fundamento para o poder.

Fundamento do poder se tornará o povo (art. 1º CF).

Constitucionalismo liberal e social conviveram com o fundamento nação do poder.

Quem é o povo?

Nação busca uma identidade coletiva homogênea; povo reúne pluralidade, heterogeneidade, diversidade (inclusão dos diferentes).

Povo: grande sociológica plural que admite a diversidade de interesses; ela é uma expressão democrática, incompatível com visões autoritárias.

Colocar o poder no povo significa que não há ninguém que seja dono do poder;

A constituição garante uma construção e aplicação plural do direito.

#### 4. Fatores desencadeadores do Poder Constituinte:

Poder Constituinte é um poder latente na sociedade, isto é, existe ali potencialmente (a qualquer momento pode irromper-se).

Três principais fatores que desencadeiam:

- **Revolução:** inicia-se pela disseminação de ideias fortes e subversivas (que desautorizam a ordem, subvertem-na), espalhadas por diversos segmentos da sociedade.

É um processo lento de disseminação das ideias, até que chega um momento de estopim.

A revolução é movida por ideias fortes que geram uma ruptura violenta da ordem.

- **Golpe de Estado:** pode ser movido por ideias ou apenas por interesses. Segmentos sociais se alternando no poder. Algum grupo quer tomar o poder daquele que está no poder, sem respeitar as regras, mas sem romper com a ordem. Não há participação popular. A revolução é necessariamente ideológica e o golpe pode ser ou não.
- **Consenso:** grupos opositores e grupos convergentes discutem; é uma transição pacífica. Constituição de 1988 foi resultado de um consenso.

Poder centrado em ideias subversivas (subvertem a ordem posta).

## 5. Classificação do Poder constituinte:

i. quanto à dimensão/repercussão/expressão jurídica, política e político jurídica (dependerá da natureza dada ao poder constituinte):

1. Poder constituinte real/material: relacionado com o processo histórico que o desencadeia (despositivação da Constituição vigente);
2. Poder constituinte formal/oficial: relacionado com a forma de elaboração e positivação da nova constituição.

ii. quanto à dimensão/repercussão histórica:

a- PCO histórico-fundacional: acontece no momento histórico no qual uma sociedade conquista seu status de ordem soberana e, a partir daí, tem sua primeira ordem jurídica.

No Brasil: 1822-1824.

b- PCO histórico pós-fundacional/histórico circunstancial/histórico ocasional

Poder constituinte que acontece em momentos posteriores à conquista da soberania da sociedade; revoluções, golpes, etc.

No Brasil: a proclamação da república fez com que o poder constituinte fosse novamente exercido; o fim da república oligárquica, golpe do Vargas; golpe no Vargas; golpe militar; 1988.

Circunstâncias fazem com que o poder constituinte seja novamente exercido, mas sem que haja a formação de uma sociedade soberana diversa.

6. **Exercício do poder constituinte:** agentes: exercido por pessoas naturais em um governo de transição de um sistema para outro.

Exercido de forma:

- unipessoal: não é que seja exercido por uma única pessoa, mas que tem um personagem central, no qual o poder constituinte é exercido em torno dela; Poder constituinte exercido de forma unipessoal costuma ser outorgada (imposta).

- colegiada: assembleia (congresso, convenção) constituinte. A pergunta principal é quem irá compor essa assembleia?

Pode ser uma mera indicação do governo de transição (assembleia da revolução bolchevique);



Por um processo eleitoral: direta, com maior ou menor abertura (sociedade é chamada a escolher representantes no processo constituinte) e indireta (povo vota em um órgão e ele vota nos representantes da assembleia).

Deve passar por um momento anterior: ato convocatório: convocar agentes do poder constituinte (fase de instauração do poder constituinte).

1964/1967:

1967: instaura-se o regime militar com uma nova constituição

1969: fecha-se ainda mais o regime.

1985: elege-se Tancredo Neves e José Sarney

Nov. 1985: Emenda constitucional nº 26 à Constituição de 67: convocou a Assembleia Constituinte (ela foi o ato instaurador). Oficialização do poder constituinte formal. Normalmente é o governo transicional que convoca a assembleia constituinte (pode ser um ator por plebiscito ou pelo congresso, etc).

O poder constituinte real do momento pode ser a eleição de 85 ou ainda já no movimento das diretas já.

Poder constituinte do Brasil nesse período durou de 85 a 88.

Assembleia constituinte: pode ser montada através de indicação ou eleição (direta ou indireta).

Nov. 1985: ato convocatório

nov. 1986: composição

Reunião da Assembleia Constituinte.

Opções: Brasília, Rio de Janeiro, Salvador e Ouro Preto.

No final, se reuniu em Brasília.

Abertura oficial da constituinte de 88: 01/02/1987 (posse); foi feita pelo presidente do STF (Moreira Alves); o STF é o guardião da constituição, no caso, da anterior (de 1967/69). Isso mostra mais uma vez que a Constituição de 88 foi fruto de um consenso e não de um golpe.

02/02/1987: início do funcionamento da Assembleia (permaneceu até hoje, o funcionamento do Congresso começa todo dia 02/02).

Em nossa primeira constituinte, em 1823, a abertura oficial foi feita por D. Pedro Regimento: estabelecimento dos critérios de funcionamento da Assembleia; uma norma interna de autorregulação. Em 88, dividiu-se em nove grandes grupos temáticos (os títulos da Constituição).

Pré-projeto: comissão de notáveis, convocada pelo Sarney, se reuniu para realizar um pré-projeto (grupos de juristas, cientistas políticos, economistas, etc; da UFMG, alguns professores foram). O pré-projeto foi recusado pela Assembleia, julgaram que foi ingerência elevada do presidente. A assembleia contou com consultoria de especialistas, apenas rejeitaram o esboço do Sarney.

O poder constituinte formal durou um ano e oito meses (de 02/02/87 até 05/10/88).

As constituintes podem ter maior ou menor grau de participação popular.

Encerramento da constituinte:

- votação final (nesse momento que PT votou contra).

- referendo popular (não houve em 88).

- promulgação/publicação da Constituição: torna-se oficial.

Assembleia:

- pura/típica/própria: se reúne apenas para a elaboração da futura Constituição e não se mistura com os atos do governo de transição. Há dois órgãos separados: a assembleia constituinte e o congresso comum. Nesse caso, há duas eleições: uma

para o Congresso que atuará com o governo de Sarney e o dos constituintes (longe do governo até espacialmente, por isso, se sugeriu outra cidade e não Brasília). Nos EUA, aconteceu dessa forma.

- impura/atípica: simultaneamente à elaboração da futura constituição, a assembleia atua como parlamento do governo de transição. Foi o caso de 88. Quando se votava as leis enquanto Congresso, seguia-se a Constituição de 67; ao mesmo tempo, votava-se uma nova Constituição (função bastante dúbia).

Com o encerramento das funções da Assembleia constituinte, podem ocorrer duas coisas:

- autodissolução: a Assembleia convoca eleições para o Congresso, dá posse a eles e se dissolve;

- continuidade: ela se transforma em primeiro Congresso do novo sistema jurídico; foi isso que aconteceu em 88, continuou em um mesmo mandato (de 87 a 91), mas uma vez, se mostra que foi um consenso e não uma revolução ou golpe.

## 7. Características do poder constituinte:

**a) Soberano:** soberana é, na verdade, a sociedade, que exerce a sua soberania através do poder constituinte originário; ele possui autonomia normativa originária oriunda da fora da soberania do povo (não deriva de nenhuma outra norma positiva; para Kelsen, vem da norma fundamental - pressuposta). O fundamento de poder do poder constituinte é a soberania do povo (se for contra o que o povo preza, será ilegítimo).

**b) Extraordinário:** fora do comum (aspecto material); o direito é previsível, estável; nesse caso, trata-se de algo que foge do comum, imprevisível (não se sabe quando o poder constituinte vai atuar, pode acontecer a qualquer momento).

**c) Inicialidade:** poder que tem a potencialidade de por o fim num sistema jurídico vigente e fundar um novo sistema jurídico (a partir dele, há o início de um novo direito).

**d) Incondicionalidade:** não há previsão de como uma futura constituição será feita/irá funcionar (dimensão formal não é pré-estabelecida).

**e) Ilimitação jurídica:** frente ao Direito vigente naquele momento histórico, o poder constituinte originário não sofreria limitações. Na elaboração de uma futura constituição, aparentemente, o poder constituinte pode contrariar o atual sistema constitucional; ele não está preso por ele. Essa é uma corrente clássica. No direito internacional, sobretudo na área dos direitos humanos, há uma corrente que afirma que, muito embora o poder constituinte não seja limitado pelo direito vigente, ele deve preservar as conquistas da sociedade, que já fazem parte do seu acervo jurídico; assim, o poder constituinte teria uma limitação jurídica frente aos direitos humanos já introduzidos no sistema (sob pena de haver um retrocesso que em caso de um grau de violação elevado poderia até justificar uma intervenção da ONU). Uma sociedade cada vez mais inserida num contexto internacional, sobretudo com a globalização, não pode desconsiderar os tratados assinados, etc.

**f) Limitação jusfilosófica/ideológica/axiológica:** o poder constituinte está limitado pelo acervo ideológico no qual ele se baseia; pela pré-compreensão de mundo, por todo um acervo jusfilosófico.

ex: o constituinte bolchevique eliminou a propriedade privada de bens imóveis, o que se justifica pela ideologia marxista da assembleia; o poder constituinte que se reuniu nos anos 80 no Brasil tinha uma ideologia democrática e, por isso, a constituição resultante seria mais aberta, democrática.

**g) Expectativa de legitimidade:**

poder é uma relação de obediência entre o pólo de comando e o pólo comandado; nesse sentido, o poder constituinte é um comando da sociedade; está exercendo um poder que espera se legitimar perante o povo comandado. Poder constituinte se dá o direito de dizer o direito para a sociedade; por que os constituintes podem estabelecer quais as regras jurídicas que a sociedade tem de seguir? A legitimidade é uma resposta a esse porquê. Fatores de legitimação: medo (coerção); apatia (nem questiona; geralmente é o que legitima a ditadura); tradição (elo entre presente e passado); fé (crença num valor); carisma (dom pessoal de atrair as pessoas ao redor dela). No mundo contemporâneo, nenhum desses critérios podem ser usados como fatores de legitimação. Sociedade plural: interesses antagônicos, extremamente complexa, onde a verdade é relativa. A legitimidade que interessa vem pelo reconhecimento (não é algo cego, é algo consensual, esclarecido, racional, consciente; a sociedade reconhece o representante enquanto representante de seus interesses, se vê nele). Se esse reconhecimento é consensual, tem de haver procedimentos e instituições para que permitam a construção desse consenso.

Ex: obediência ao professor: reconhecimento de uma autoridade intelectual.

Povo apático: caminho para a ditadura.

O constitucionalismo vem para assegurar aos diferentes na sociedade um mínimo de igualdade para que a pessoa seja o que quiser.

Plenipotencialização da condição humana: este é o sentido do constitucionalismo; nesse sentido, o poder originário não pode ser qualquer coisa, ele tem que garantir a todos o direito de ser o que quiser ser.

**h) Potencialidade permanente:** o poder originário pode acontecer a qualquer momento, é latente. Basta haver um clima para que ele se rompa; ele é entre o caos e a ordem.

Próximo ponto da matéria: alteração/adaptação/modificação/mudança da Constituição: a nova Constituição tem de ter mecanismos para mudança dela própria. Há dois grandes instrumentos para a mudança:

**Texto base: Capítulo V – Mutação Constitucional (em anexo)**

**1- Reforma constitucional:** alteração do texto constitucional oficial (mudança na forma).

**a) Emenda:** alteração específica/setorial da Constituição

**b) Revisão:** alteração ampla da Constituição

**2- Mutação constitucional:** alteração semântica da norma constitucional; o enunciado normativo permanece o mesmo, mas o sentido, o significado, a eficácia e aplicabilidade da norma passam a ser outros.

**a) Jurisprudência**

**b) Costumes institucionais (práticas/usos institucionais)**

**c) Alteração da legislação infraconstitucional**

**d) Mudanças de hábitos sociais**

27-10:

Em uma mesma emenda pode ter alterações de assuntos diferentes?

Num primeiro momento, se pensaria que para cada tema, uma emenda. Se os temas tiverem um vínculo jurídico, uma correlação, uma emenda pode fazer alterações que abarquem temas diversos.

Ex: emenda no direito administrativo público, para dar um benefício aos servidores públicos, que envolve também matéria financeira (orçamento público) e matéria tributária.

Em caso de uma conexão imediata entre temas, é possível se falar em emenda que envolve temas diferentes.

### **Distinção entre emenda e reforma:**

#### **- quanto ao conteúdo:**

A emenda é uma alteração específica e a revisão uma alteração ampla.

#### **- quanto à autorização:**

A revisão só pode ser realizada por expressa autorização do poder constituinte originário, seu momento tem de estar expresso (art. 3º do ADCT); a emenda, atendendo aos limites que a constituição estabelecer, pode ser feita a qualquer momento, em caso de interesse, necessidade.

A Constituição entrou em vigor em 5/10/88 e se previu uma revisão para daí 5 anos, isto é, 5/10/93; a revisão durou 8 meses e a revisão foi publicada em 7/06/94; porque daí 5 anos? O contexto brasileiro de 88: político: inúmeros partidos, não havia, por exemplo, estabilidade institucional para colocar um parlamentarismo; econômico: miséria, inflação. Aquele momento histórico pedia que algumas decisões fossem adiadas e, por isso, estabeleceu-se que daí 5 anos, com maior amadurecimento político no país.

A Constituição versa sobre emendas no art. 60.

Sessão legislativa é o período de um ano de funcionamento do Congresso, de 2/2 a 22/12, com um recesso no meio do período (art. 57).

Assim, se uma emenda for proposta em uma sessão legislativa e for rejeitada, ela não pode ser proposta mais naquele ano, apenas no próximo, isso ocorre para proteger o povo (não se trata de um limite de autorização, mas apenas para se evitar pressão política de se aceitar uma emenda por insistência).

Diante dessa previsão do art. 3 do ABCT, é possível haver outra revisão constitucional?

A mudança na Constituição é necessária sob pena de ela ficar anacrônica (sem sincronia com a realidade social); porém, mudanças na Constituição são de muito peso, tem consequência no sistema jurídico inteiro, por isso, devem ser cautelosas; assim, deve haver a proteção da Constituição.

A inspiração brasileira de proteção da Constituição foi a da Alemanha de 49 (art. 136, 137..)

A ausência de proteção da Constituição na época de Hitler possibilitou que ele mudasse facilmente suas disposições, e, por isso, após esse período, viu-se a necessidade de se versar sobre isso nas constituições.

A revisão é um poder grande (muitas disposições podem ser mudadas de uma só vez), a emenda dilui um pouco o poder ao setorizar.

Portugal e Espanha preveem revisões constitucionais por períodos esporádicos determinados (de 5 em 5 anos, de 10 em 10 anos, etc), fizeram isso porque ficaram muito tempo sob jugo de governos ditatoriais (Salazar e Franco) e, assim,

estavam muito aquém do resto da Europa, estavam atrasados, para entrar na UE, eles previram revisões constantes.

Há três teorias:

- a primeira defende que se não está prevista revisão, não pode haver!; é muito poder, apenas se for expresso;
- a segunda defende que pode haver revisão; o legislativo pode colocar uma emenda e, através dessa emenda, prever uma nova revisão;
- a terceira corrente defende que pode haver nova revisão, desde que o titular do poder constituinte autorize. Assim, faz-se um plebiscito para ver se o povo quer uma revisão, faz-se a revisão e novo plebiscito para haver aprovação popular.

*Procurar no site do Congresso nacional a PEC (Proposta de emenda à Constituição) nº 157.*

Processo legislativo de revisão e de emenda à Constituição é mais dificultoso, especial, mais formal (art. 60). Emenda ao Código penal pode ser proposta por um deputado, porém para emendar a Constituição, 171 deputados devem assinar a proposta (1/3 da Câmara).

OBS: maioria relativa é a maioria presente; maioria absoluta é 50% mais um de todos.

A Constituição tem de ter um mínimo de estabilidade, pois é a norma nuclear do sistema inteiro.

O processo de reforma da Constituição do Brasil pela revisão é mais fácil do que a emenda (art. 3º: apenas 298 em uma única votação). A revisão em 94 foi mais fácil que as emendas.

Tanto o processo de revisão quanto o de emenda podem, ou não, sofrer limites circunstanciais e materiais.

Em determinadas conjunturas, a Constituição não pode sofrer mudanças (limitações circunstanciais: art. 60, § 1º).

Guerra, epidemia grave, tentativas de golpe de Estado, intervenção federal (União intervém no estado para garantir a paz pública).

Há conteúdos constitucionais que não podem sofrer mudanças de cunho restritivo ou supressivo (art. 60 § 4º).

As cláusulas pétrias da Constituição preservam: as identidades regionais; a democracia; a desconcentração de poder; os direitos individuais. Isto é, elas preservam o Estado democrático de Direito, a sociedade plural, a essência do constitucionalismo.

1993: debate se havia ou não limites materiais para revisão da Constituição (havia os que defendiam que não existiam limites e os que defendiam que eles estavam implícitos; se não pode na emenda que é menor, não pode na revisão que é maior).

Não há prazo máximo de revisão previsto no art. 3º, o que é uma falha técnica, já que poderia persistir até hoje a revisão. Naquele período, houve pressão para se fechar o período revisional na medida em que se aproximava a eleição presidencial.

Alteração do art. 60 seria possível? Há uma corrente que diz que não pode haver nenhuma alteração nos limites

estabelecidos pela Constituição e outra (minoritária) que os limites podem ser aumentados.

**Mutação constitucional:**

produção de uma nova norma, sem mudança do enunciado normativo. Retira-se da Constituição uma nova norma; não é a interpretação que é diferente, mas sim porque dessa nova interpretação se retira uma nova norma; nova norma oriunda de uma interpretação que nunca havia sido dada.

Art. 226: matéria da norma: família (núcleo normativo).

Mutação é uma alteração da Constituição, em seu alcance, eficácia. Cria-se um precedente que passa a ser usado por todos os tribunais. Uma interpretação de um juiz isolado em um caso concreto não é mutação. Só vira norma quando fica posta no direito de forma objetiva, apenas quando todos sujeitos àquele direito têm tratamento isonômico.

Hermenêutica:

- interpretação
- aplicação
- construção (só a partir desse momento é que há a mutação).

A mutação constitucional pode ser reafirmada numa alteração formal, através de reforma.

Jurisprudência

Costumes institucionais (práticas/usos institucionais)

Alteração da legislação infraconstitucional

Mudanças de hábitos sociais

O direito brasileiro irá proteger o brasileiro aonde quer que ele esteja, na medida do possível. O estrangeiro, apenas se residente no país, o que será comprovado pelo visto.

STF entendeu que as garantias do art. 5º seriam ampliadas aos estrangeiros em qualquer grau de conexão com o direito brasileiro. Não é necessário estar fisicamente no Brasil, não é o residente no sentido do direito civil.

**Bloco de constitucionalidade:**

Judiciário tem é o órgão que mais aplica a lei, por isso, mutações constitucionais são mais comuns nesse caso.

Mudanças de hábitos sociais: sistema constitucional

Ex.: Questão da escravidão nos EUA: a sociedade americana passou a não tolerar mais a escravidão, sobretudo no Norte. A emenda constitucional veio como resposta a essa mudança social.

Questão das relações homoafetivas.

Na sociedade brasileira havia tolerância ao nepotismo; num processo lento, nos últimos 15 anos, as pessoas passaram a ver o nepotismo como abuso das autoridades; essas mudanças de hábitos políticos da sociedade passaram a gerar gradativamente normas proibindo o nepotismo.

A jurisprudência é meio de expressão da hermenêutica.

Essas mutações provocadas pela jurisprudência constitucional, costumes constitucionais (práticas institucionais), legislação infraconstitucional com

repercussão na Constituição, alterações de hábitos da sociedade com repercussão na Constituição.

A mutação constitucional faz produzir no sistema o chamado bloco de constitucionalidade, que coexiste com a Constituição formal. As modificações da Constituição formal são através de reforma (emenda/revisão).

Bloco de constitucionalidade se compõe de um conjunto de normas jurídicas que não são formalmente constitucionais, mas sim materialmente, pois versam sobre conteúdo constitucional (direitos e garantias que decorrem da condição humana e institucionalização do poder, seu controle). Alterações do bloco de constitucionalidade (como uma súmula do STF) irão repercutir na Constituição formal, na interpretação que se tem dela.

### **Classificação/tipologia das Constituições:**

Em torno do texto legal vão sendo criadas conceitos, compreensões doutrinárias paralelas que auxiliam em seu entendimento.

Classificação do início do sec. XIX: poucos países tinham Constituição no molde ocidental, por isso, muitas dessas classificações estão muito presas a uma realidade diferente, na qual só se falava em Constituição formal.

A Constituição global ou total: sistema constitucional em sua totalidade, isto é, Constituição formal e bloco de constitucionalidade. Essa noção, hoje admitida, não era considerada na época da criação dessas classificações.

### **Constituição brasileira de 88:**

- 1- Formal;
- 2- Escrita;
- 3- Democrática;
- 4- Dogmática;
- 5- Alguns autores classificam como rígida e outros como super-rígida. A maioria da doutrina brasileira classifica como rígida
- 6- analítica
- 7- orgânica, codificada, sistêmica
- 8- eclética
- 9- dirigente
- 10- principiológica
- 11- Nominal/nominativa

**1- Quanto ao conteúdo:** a noção de conteúdo comum a todas constituições é : organização do poder de forma desconcentrada e assegura direitos e garantias fundamentais.

Nessa classificação, considera-se o status jurídico da Constituição.

**a) Formal:** aquela Constituição que goza de supremacia, supra legalidade, de tal forma que nenhuma lei pode contrariá-la.

Foi nos EUA que se reconheceu pela primeira vez a supremacia da Constituição.

Caso da Constituição dos EUA: classificada como Constituição formal.

**b) Material:** Constituição que trata de matéria constitucional, mas não é formalmente Constituição, não tem a supra legalidade, não goza de status de supremacia. Seria o que hoje denominamos bloco de constitucionalidade.

Caso da Constituição da Inglaterra: classificada como Constituição material.

As normas constitucionais podem ser:

- 1- Norma material e formalmente constitucional; ex.: art. 2º; art. 5º.
- 2- Norma material, mas não formalmente constitucional; ex.: todas do bloco de constitucionalidade, como a norma extraída do precedente judicial acerca da união homoafetiva reconhecida como família para fins protetivos do Estado.
- 3- Norma formal, mas não materialmente constitucional; ex.: art. 242.

#### 24-11:

2- **Quanto à forma:** (preponderância da forma adotada):

- a) **Escrita:** legislada/decretada. Brasil, Portugal.
- b) **Não-escrita:** jurisprudencial/consuetudinária. Típico do Bloco Constitucional. Inglaterra, países islâmicos, Israel.

3- **Quanto à origem** (legitimidade): São diferentes níveis de participação da sociedade.

- a) **Democrática:** quando a sociedade participa do processo; pode ser por palpites ou eleger os constituintes; promulgada\*.
- b) **Autocrática:** aquela que foi imposta à sociedade em sua origem; doutrina usa o termo outorgada para essa classificação. Promulgação não tem nada a ver com democracia; é um ato do processo legislativo, aquilo que resulta de um processo colegiado de deliberação do Congresso, na qual ele aprova a Constituição. Promulgada não é sinônimo de democrática, pois se trata apenas de um ato formal; a Constituição de 67 foi promulgada e não era democrática. Outorga é ato unilateral de vontade. Uma Constituição outorgada pode ser democrática? A Constituição de 1824 foi outorgada por D. Pedro I. Coube a D. Pedro II realizar algumas alterações nela, de tal maneira que ela foi uma das constituições mais democráticas do país. Claro que era uma democracia representativa e elitista, mas bastante democrática para a época. Essa é a exceção.
- c) **Cesarista\*:** essa terminologia não era mais adotada, mas voltou a ser usada. A sociedade aprova a Constituição, mas através de manipulação de algum grupo. Constituição de Napoleão III: manipulou o povo, que aprovou a Constituição por referendo popular. República romana antiga: As deliberações políticas romanas eram feitas pelo Senado, porém havia um líder militar (Roma era uma cidade litigante). Júlio César pediu poderes extraordinários alegando ameaças bárbaras; o Senado lhe concede poderes de ditador. O termo cesarista veio daí: Senado foi manipulado por Júlio César. Hoje, a Constituição venezuelana pode ser chamada de cesarista; Hugo Chávez manipulou o processo e conseguiu aprovação popular por referendo.
- d) **Pactuada:** aquela que resulta de acordos estamentais, isto é, as castas da sociedade celebram acordos para estabelecer uma Constituição.



É difícil falar de uma Constituição pactuada ou de estamentos sociais. A Índia pode ser um exemplo.

**4- Quanto ao momento de posituação da Constituição:** (quanto ao modo de elaboração):

**a) Dogmática:** aquela que foi legislada, posta num momento específico da história; o poder constituinte originário cria a Constituição num momento histórico dentro da ideia de integralidade (buscando reger o sistema em sua integralidade). Toda Constituição dogmática, com o passar do tempo, vai se tornando histórica. Ex.: Constituição americana.

**b) Histórica:** aquela que resulta de um poder constituinte parcialmente manifestado ao longo da história; não houve um momento que o constituinte se reuniu para colocar a Constituição, mas sim normas vão sendo postas ao longo da história

**5- Quanto à alterabilidade e estabilidade:**

Se o texto é facilmente (elevado grau de alterabilidade) ou dificilmente alterado (elevado grau de estabilidade).

**a) Rígida:** aquela que só pode ser alterada por um processo legislativo especialmente previsto para essa finalidade, processo dificultoso, formal. Os instrumentos são a revisão e a emenda. Ex.: Constituição da Argentina, dos EUA.

**b) Flexível:** não tem critério especial para ser alterada; pode ser alterada por processos legislativos simples, ordinários, comuns. Ex.: Constituição da Inglaterra, da Nova Zelândia.

**c) Semirígida/semiflexível:** possui uma parte que só pode ser alterada por processos difíceis e outra que pode ser por processos ordinários. Ex.: Constituições do antigo leste europeu; Constituição brasileira de 1824.

**d) Super-rígida:** aquela que só pode ser alterada por processo rígido, difícil, porém ela tem um conjunto de normas que não admitem alterações supressivas, suspensivas ou restritivas (cláusulas pétreas). Ex.: Constituição da Alemanha.

**e) Absoluta (?):** aquela que não aceita nenhum tipo de alteração. Não existe.

**6- Quanto à extensão (texto legislado)**

**a) sintética:** dos EUA

**b) analítica:** Brasil

**7- Quanto à unidade documental:** relaciona-se à ideia de ordenação

**a) orgânica, codificada, sistêmica:** há unidade temática nos documentos constitucionais.

**b) inorgânica, não-codificada, assistêmica:** não há organização por temas, assuntos previstos de maneira aleatória; no mesmo dispositivo há assuntos

diferentes que não guardam entre si uma relação; ex: Constituição da Inglaterra; Nova Zelândia.

**8- Quanto à ideologia:** (Poder constituinte originário está envolvido por uma ideologia filosófica, política, econômica e a Constituição é o reflexo dessa ideologia)

**a) ortodoxa:** há predominância de uma determinada ideologia filosófica, política, religiosa, econômica. Ex: Irã, Cuba, China. As constituições autocráticas são ortodoxas.

**b) eclética:** permite a pluralidade ideológica; não está atrelada a uma ideologia que se pretenda dominante; possibilita a coexistência de pensamentos filosóficos, políticos, ideológicos, econômicos, etc. As constituições democráticas são necessariamente ecléticas. Na verdade, também predomina uma ideologia, porém é uma ideologia tolerante à multiplicidade. O limite da tolerância é a intolerância, a exclusão não é permitida.

Para economias de mercado, medidas socializantes são medidas heterodoxas; ao passo que em uma economia fechada, medidas de mercado são heterodoxas. Nesse sentido, heterodoxo é o diferente naquela conjuntura. Ex: No Brasil, a medida ortodoxa é a manutenção do câmbio flutuante; a heterodoxa seria a fixação do câmbio. Nesse sentido, heterodoxo e ortodoxo podem estar em quaisquer tipos de constituição.

**9- Quanto à função ou finalidade:** função que a constituição exerce no contexto socioeconômico

**a) garantista (meramente):** na essência, todas as constituições são garantidoras de direitos; a diferença é que as constituições da primeira geração eram meramente garantistas, de tal forma que protegiam as pessoas das ingerências do Estado. Contexto do liberalismo. Ex.: Constituição americana quando criada.

**b) balanço:** próprias do período do marxismo histórico (anos 20 aos anos 90). Constituições de economias planificadas pelo Estado. O constituinte estabelece metas sociais e econômicas a serem atingidas em um prazo determinado e de tempo em tempo se reúne para fazer um balanço e analisar se as metas foram cumpridas. Ex.: União soviética; China. São garantistas também, mas o que interessa são direitos sociais e não interesses individuais.

**c) dirigente:** muito comuns nos países de social-democracia; garante direitos individuais, mas também princípios de natureza socioeconômica a serem implementados pelos agentes que atuam na economia; não há planificação, tanto o Estado quanto a iniciativa privada são dirigidos por esses princípios. A ideia de constituição dirigente está sendo questionada hoje em dia após a crise do Estado social (muito inchado e sem responsabilização fiscal). Os países sociais-democráticos acabaram desvirtuando o processo de tal

forma que permitiram avanços sociais mas sem um aparato financeiro sustentável (às custas de endividamento, orçamentariamente impossível).

**10- Quanto ao sistema:** predominância das normas: regras ou princípios.

**a) preceitual:** prevalência das regras e os princípios só se aplicam de forma supletiva (na ausência de regras). As primeiras constituições do mundo moderno ocidental, salvo a dos EUA, eram preceituais.

**b) principiológica:** constituições ocidentais, sobretudo pós-segunda guerra mundial, em que os princípios ganharam preponderância; mesmo as regras constitucionais têm de ser interpretadas segundo os princípios expressos ou implícitos. A regra tem de ser interpretada e aplicada segundo os princípios.

**11- Quanto à ontologia** (essência da constituição):  
Classificação de Karl Loewenstein:

	<b>Normatividade, “positividade”</b>	<b>Legitimidade</b>
<b>A – Normativa</b>	+, goza de império, de força vinculante; se impõe à sociedade; elevado grau de imperatividade.	+, a sociedade espontaneamente a reconhece como uma boa constituição.
<b>B – Nominal/nominativa</b>	-, desrespeitada pelo Estado e sociedade.	+, goza de legitimidade.
<b>C – Semântica</b>	+, goza de imperatividade.	-, ilegítima.

**A** – verdadeira constituição; em países verdadeiramente democráticos. Ex: Canadá, Inglaterra, etc.

**B** – países em processo de consolidação da democracia; sociedade gosta da constituição, mas a desrespeita. Constituições são boas, mas são desrespeitadas; aos poucos vai se criando uma identidade cidadã. Ex: Constituição brasileira de 1946.

**C** – países de ditadura, autocracias. Ela se impõe à sociedade, mas não tem seu reconhecimento. Tem o nome de constituição, mas não é, na essência, uma constituição. Ex: Constituição brasileira de 1967.

Sobre o júri-simulado e a prova final:

Juiz terá de decidir na outra sessão. Voto dos juízes será entregue na segunda sessão. Voto verdadeiro, colocado no processo, grande (5, 10 páginas). Na sessão, juiz lerá resumo de uma página do voto. Prova final: 40 pts: 80 afirmativas V ou F.

## **ANEXOS: TEXTOS-BASE DO SEMESTRE**