



DEPARTAMENTO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**SOBERANIA DO PARLAMENTO OU SOBERANIA DOS TRIBUNAIS
CONSTITUCIONAIS: ASPECTOS SUBJETIVOS E OBJETIVOS DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

Dissertação de mestrado para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Orientador: Professor Doutor Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário

Candidato: José Herannd Diógenes Saldanha

SETEMBRO, 2017

LISBOA

Ao meu bom
Deus.
A minha família.
Ao Brasil.
A Portugal.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Deus, por nunca se perder de mim, por me conduzir na via da ciência e me abrigar das meias verdades ou das falsas verdades; a Jesus Cristo, por me governar à estrada da vida; ao Espírito Santo, por me colocar em uma família extraordinária.

Aos meus queridos pais (José Diógenes e Maria Natelça), que com muito sacrifício criaram sete filhos, chegando até a se privarem do conhecimento. Aos meus irmãos (Francisco, Izaina, Otílio e Teogenes), por serem os meus melhores amigos e, em especial, agradeço aos meus irmãos em memórias póstumas: João Deodato (1998), que tenho o grande orgulho de ter participado por dezoito anos da sua trajetória na terra, e a José Osterno (2015), que tenho o prazer de dizer que tu foste a melhor definição da minha infância, tu foste a pessoa que “enrolou o pião”, “empinou a raia”, “cavou o buraco da bila” e segurou no “guidom da bicicleta” quando eu brincava. “Um dia vamos nos ver novamente”. Amo todos vocês!

A minha mulher Ana Maria, pelo carinho, apoio e flexibilidade nos momentos de maiores necessidades e pela grande contribuição para a concretização dessa trajetória. Amo você! A minha filha Maria Sophia, pelo seu grande carinho e entendimento de criança de três anos e meio de idade, quando exigia que eu estivesse sentado ao seu lado, no chão, rodeado de bonecas, enquanto ela fazia o chá para todos nós, e eu lhe dava atenção, lia e estudava. Amo você!

Ao meu grande amigo professor Dr. Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário, que empenhou imensa paciência, demonstrando grande atenção e dedicação durante a construção deste trabalho em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa, em Portugal. Muito obrigado pelo amparo em todos os momentos!

Aos meus docentes, que apontaram pelo colóquio vivo nos anos de minha pós-graduação e que insistentemente prestavam o conhecimento. À professora Stela Barbas, Diogo Ferreira, Pedro Ferreira. Um grande abraço.

Aos coordenadores do Curso de Direito da Faculdade Integrada da Grande Fortaleza - FGF, Carlos Mazza, José Alexandre e Milena Brás pela ajuda e compreensão, e a todas as pessoas que contribuíram para a concretização desta vitória. Muito obrigado!

“Posso. Tudo posso quando Aquele que me engrandece está comigo. Ninguém no planeta vai me fazer abdicar dos dons que Ele me entregou para ser multiplicados”.

José H. D. Saldanha

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo geral analisar a autonomia do Parlamento e do Tribunal Constitucional nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, com ênfase nos aspectos subjetivos e objetivos dos direitos fundamentais de suas atuações. Em destaque terá a clareza das atuais funções típicas de cada Poder e suas competências constitucionais. O problema encontrado foi na conclusão das atividades dos direitos fundamentais dos cidadãos, os quais, muitas vezes, têm os direitos cerceados pelo Estado, por isso, em forma de protestos, saem às ruas para solicitar ativamente a normatização destes direitos: uns são ouvidos pela Assembleia da República, em Portugal, e pelo Congresso Nacional, no Brasil; outros solicitam os direitos regulados e cerceados pelo Estado ao Tribunal Constitucional português e ao Supremo Tribunal Federal brasileiro para serem atendidos na lide. Em suma, este trabalho buscará analisar a atuação de cada Poder da República e explicará os direitos fundamentais atuantes por cada um. Não constitui foco deste trabalho apresentar as diferenças, as formas e os aspectos objetivos e subjetivos dos direitos fundamentais, mas sim destacar os direitos fundamentais objetivos e subjetivos enaltecidos pela soberania do Parlamento e do Tribunal Constitucional nas repúblicas lusófonas em análise, à luz de suas constituições. No primeiro capítulo, será tratada a origem do estado e suas principais teorias, buscando-se amparo no âmbito do surgimento do direito constitucional e focando na força que tem o poder constituinte. Subdivide-se para analisar o Estado português e o brasileiro, e analisam-se os movimentos constitucionais de cada um, a divisão de suas funções, classificando-se tipologicamente cada Texto Maior. Neste capítulo, por derradeiro, será analisada a organização do poder, do sistema e da forma de governo adotados por cada Estado, os métodos de interpretação, integração e aplicação das normas constitucionais utilizadas além de suas aplicações normativas. No segundo capítulo, serão consideradas as características das normas sob a análise dos Poderes legislativo e judiciário. Pondera-se o Poder constituinte e o constituído, verificando suas revisões e emendas constitucionais. Avalia-se a Teoria do Direito Intertemporal e as características das normas jurídicas. No terceiro capítulo, serão esclarecidas as funções típicas e atípicas dos Poderes Legislativo e Judiciário perante os ordenamentos jurídicos brasileiro e português, com foco nas suas competências e no controle de constitucionalidade. No quarto capítulo, estudam-se os direitos fundamentais, com sua evolução histórica, desempenho das atividades-fim, interpretação de seu

conteúdo, com critérios de utilização e limites. Da análise de colisão entre princípios, realizar-se-á ponderação do método utilizado para decidir-se em relação ao um ou outro ponto, que será calcado no princípio da proporcionalidade da norma constitucional. Por fim, conclui-se com observações realizadas a respeito das análises críticas visualizadas em cada ordenamento jurídico e relacionadas ao sistema político adotado por cada Estado, com comparações com as grandes doutrinas mundiais.

Palavras-chave: Parlamento; Tribunal Constitucional; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This dissertation aims to analyze the autonomy of the Parliament and the Constitutional Court in Portuguese and Brazilian legal systems, with emphasis on the subjective and objective aspects of the fundamental rights of their actions. In focus will be the clarity of the current functions typical of each Power and its constitutional competencies. The problem encountered was in the conclusion of the activities of fundamental rights to the citizens in which, many times, they have been curtailed by the State, and that, in the form of protests, they take to the streets to actively solicit the normalization of these rights, in which some are heard By the Assembly of the Republic in Portugal and by the National Congress in Brazil, others request the rights regulated and restricted by the State to the Portuguese Constitutional Court and the Brazilian Federal Supreme Court to be served in the process. In short, this work will seek to analyze the performance of each Power of the Republic and explain the fundamental rights of each. It is not the focus of this work to present the differences, the forms and the objective and subjective aspects of fundamental rights, but rather to highlight the objective and subjective fundamental rights extolled by the sovereignty of Parliament and the Constitutional Court in the Portuguese-speaking republics under analysis, in the light of their Constitutions. In the first chapter will be treated the origin of the state and its main theories, seeking to develop within the scope of the emergence of the constitutional right and focusing on the force that has the constituent power. Subdividing to analyze the Portuguese and Brazilian State, analyzing the constitutional movements of each one, the division of its functions and typologically classifying each Major Text. In this chapter, we will analyze the organization of the power, system and form of government adopted by each State, the methods of interpretation, integration and application of the constitutional norms used in addition to its normative applications. In the second chapter will be considered the characteristics of the norms under the analysis of the legislative and judicial Powers. Pondering the Constituent Power and the constituted Power, verifying its revisions and constitutional amendments. Evaluating the theory of law in time and the characteristics of legal norms. The third chapter will clarify the typical and atypical functions of the Legislative and Judiciary Powers before the Brazilian and Portuguese legal systems, focusing on their competencies and constitutionality control. In the fourth chapter will be work on the study of fundamental rights, with its historical evolution, performance of

activities, interpretation of its content, with criteria of use and limits. In the analysis of collision between principles the weighting of the method developed to decide the point of collision shock, this point of study will be based on the principle of proportionality of the constitutional norm. Finally, the work will be concluded with observations made on the critical analyzes visualized in each legal system and proportional to the political system adopted by each State, with comparisons to the great world and national doctrines.

Keywords:Parliament; Constitutional Court; Fundamental rights.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	10
1.	SURGIMENTO DO ESTADO, O DIREITO CONSTITUCIONAL E O PODER CONSTITUINTE	12
1.1.	O Estado português	18
1.2.	O Estado brasileiro	23
1.3.	Os movimentos constitucionais	26
1.4.	Divisão da função estatal	30
1.5.	A classificação tipológica das Constituições	34
1.5.1.	Quanto ao conteúdo	35
1.5.2.	Quanto à forma	36
1.5.3.	Quanto ao modo de elaboração	36
1.5.4.	Quanto à origem	37
1.5.5.	Quanto à Alterabilidade ou Estabilidade	39
1.5.6.	Quanto à extensão e finalidade	41
1.6.	A classificação da Constituição portuguesa de 1976	42
1.7.	Organização do poder político, sistema e forma de governo	46
1.8.	Métodos de interpretação, integração e aplicação das normas constitucionais	48
1.9.	Aplicação das normas constitucionais	52
2.	AS CARACTERÍSTICAS DAS NORMAS SOB A ANÁLISE DOS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO.....	57
2.1.	Poder constituinte	58
2.2.	Poder constituído	59
2.2.1.	Revisão constitucional	60
2.2.2.	Emenda Constitucional	62
2.2.3.	Controle de constitucionalidade da reforma constitucional	63
2.3.	Poder constituinte derivado decorrente	64
2.4.	Teoria do direito intertemporal	65
2.4.1.	Caducidade e desuso das normas	66
2.4.2.	Recepção	68
2.4.3.	Repristinação	72
2.4.4.	Revogação	75

2.4.5.	Desconstitucionalização	76
2.5.	O binômio irretroatividade <i>versus</i> retroatividade das normas jurídicas	78
2.6.	As características das normas jurídicas	80
2.6.1.	Validade	82
2.6.2.	Vigência	84
2.6.3.	Vigor	85
2.6.4.	Eficácia	86
2.6.5.	Legitimidade	88
3.	FUNÇÕES TÍPICAS E ATÍPICAS DOS PODERES	92
3.1.	O Poder Legislativo atual	93
3.1.1.	Competências	93
3.1.2.	Processo Legislativo	95
3.1.3.	Controle de constitucionalidade	95
3.1.3.1	Controle de constitucionalidade em Portugal	99
3.1.3.2	Controle de constitucionalidade em Brasil	101
3.2.	O controle de constitucionalidade do Poder Judiciário português	102
3.3.	O controle de constitucionalidade do Poder Judiciário brasileiro	103
3.3.1.	Controle repressivo de constitucionalidade no meio difuso	105
3.3.2.	Controle repressivo de constitucionalidade no meio concentrado	106
4.	DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	110
4.1.	A importância do estudo histórico e do significado dos direitos fundamentais	113
4.2.	Linhas peculiares dos direitos fundamentais	116
4.2.1.	Funções dos direitos fundamentais	120
4.2.2.	O duplo caráter dos direitos fundamentais: as dimensões subjetivas e objetivas	124
4.2.3.	A interpretação constitucional	126
4.3.	A esfera do abrigo dos direitos fundamentais	128
4.3.1.	O critério da proporcionalidade como método decisivo da lide que afronta aos direitos fundamentais	130
4.4.	O ativismo judicial metodológico interpretativo dos direitos fundamentais	132
	CONCLUSÃO	135
	BIBLIOGRAFIA	138
	ANEXO	149

INTRODUÇÃO

Como o título já indica, no presente trabalho visa-se proceder à análise da soberania do parlamento ou soberania dos tribunais constitucionais para decidir sobre os aspectos subjetivos e objetivos dos direitos fundamentais, aprofundando-se o estudo na aplicabilidade dos preceitos Constitucionais fundantes dos direitos humanos aplicados aos cidadãos.

O presente estudo – além de analisar qual dos dois poderes, judicial ou legislativo, detém soberania para sagrar e garantir os direitos fundamentais ao cidadão, usufrutuário desta evolução jurídica, histórica e cultural – pesquisa também os ordenamentos jurídicos da República Federativa do Brasil e da República de Portugal, equiparando-os e buscando as principais aderências e diferenças entre ambos.

O trabalho começa com a evolução histórica de ambos Estados lusófonos. Primeiro por Portugal, já que foi Estado Metrópole; depois o Brasil, antiga Colônia. Seguem-se os estudos dos movimentos constitucionais, da separação dos poderes e das classificações tipológicas das Constituições. Finda-se o primeiro capítulo no estudo da organização do poder político, sistema e forma de governo; dos métodos de interpretação, integração e aplicação das normas constitucionais.

O estudo se aprofunda nas características das normas sob a análise dos poderes legislativos e judiciários de ambos Estados. Busca-se identificar os Poderes Constituintes e Constituídos, seu poder de fazer revisão, Emenda e Controle de Constitucionalidade da reforma constitucional. Finaliza-se o segundo capítulo com a análise do direito intertemporal e das características das normas jurídicas.

O terceiro capítulo busca aprofundar-se na análise das funções típicas e atípicas dos Poderes Judiciários e Legislativos dos Estados pesquisados, explicando-se o Controle de Constitucionalidade e as diferenças entre o Controle de Constitucionalidade no meio difuso e no meio concentrado.

Os Direitos Fundamentais são pesquisados no quarto capítulo, aprofundando os estudos históricos e os significados destes. Busca-se demonstrar o duplo caráter dos direitos fundamentais, a interpretação constitucional, e o critério da proporcionalidade

como método decisivo da lide que afronta os direitos fundamentais. Finaliza-se com o ativismo metodológico interpretativo dos direitos fundamentais.

Por fim, e não menos importante, a conclusão do estudo apresenta a análise do trabalho, com foco no entendimento de quem detém a soberania para ofertar os direitos fundamentais ao cidadão: se quem detém esta soberania é o Parlamento, ao legislar os direitos de cada um, ou se a soberania está no Tribunal Constitucional, que obriga o Estado a ofertar este Direito.

A pesquisa traz normas e decisões judiciais da República de Portugal e da República Federativa do Brasil. Traz ainda as normas principiológicas constitucionais de cada ordenamento jurídico pesquisado, além de seus grandes doutrinadores, explicando e fundamentando seus entendimentos nas principais doutrinas mundiais. Sob essa perspectiva, conclui-se o estudo fundamentando-se nos ordenamentos jurídicos analisados e nos pensamentos de consagrados doutrinadores.

1. SURGIMENTO DO ESTADO, O DIREITO CONSTITUCIONAL E O PODER CONSTITUINTE

A sociedade, historicamente formada, antecede a formação de Estado, ainda que não bem estruturada num Estado. Para alguns doutrinadores, esta sociedade originou-se da formação da família patriarcal, do clã e da tribo, da *gens* romana, da fratria grega da gentilidade ibérica, do senhorio feudal, entre outras formações ordenadas humanas.

Há doutrinadores que, ao explicar a evolução de uma sociedade simples para uma mais complexa, utilizando a antropologia histórica, demonstram como procedimento evolutivo deste movimento as conquistas, as migrações e a fixação de grupos de pessoas ligadas por laços sanguíneos, culturais ou econômicos num dado local.

Fixando-se num local, um povo passava a produzir laços culturais que frisavam a união de bens comuns; dentre eles, a manutenção da existência mútua da ordem social e os laços de evolução de essência econômica.

Jorge Miranda (1997. p. 46) chama atenção que deve haver distinção entre as sociedades mais simples e as que já contêm instituições ou elementos precursores ou idênticos aos elementos ou instituições estatais. Dá, então, exemplo dos esquimós, dos bosquímanos, dos pigmeus, entre outros povos que pertencem ao primeiro grupo.

Quanto mais heterogênea for a reunião social humana, tanto mais exigências sofrem os indivíduos do grupo pelo grupo. Quanto maior for a integração de um grupo com outros na formação de um aglomerado, tanto mais será o sistema social organizado, mais terá divisão de trabalho e de sistema político, tudo interligado, constituindo uma rede complexa de relações hierárquicas.

Jorge de Miranda afirma que o Estado surgiu na formação de uma sociedade abstrusa, que caminhou para a estruturação de fatores de evolução daquela noutra cada vez mais abstrusa. Isso demonstra a complexidade de organização, a centralização de poder, a multiplicação e a articulação de funções, a diferenciação de órgãos e serviços, além do enquadramento dos indivíduos em pontos estratégicos da sociedade.

O Estado é, pois, uma das instituições mais importantes da sociedade contemporânea, já que tem como principal objetivo o controle social e a superação dos

grandes problemas existentes nele próprio. O seu surgimento pode ter acontecido de forma tranqüila, pacífica, ou violenta e impositiva, dependendo de a região ser conflituosa ou de ela apresentar laços fraternais.

O Estado é, enfim, uma instituição perpétua de existência da sociedade conjugal com ela mesma, um pacto social de vários indivíduos para a manutenção do poder público sobre a liberdade individual assistida pela lei. Deve ele propor objetivos e focar metas e políticas públicas para a manutenção da sociabilidade de seus súditos, ou melhor, seus cidadãos.

O povo, ao fixar-se num local, e neste sofrendo crescimento populacional demográfico, exige a organização e a gerência deste território por gestores. GUENNÉ, Bernard. *op. cit.* ALBUQUERQUE, (1974, p. 49) afirma que, quando um povo passa a entender que mora numa comunidade, que precisa ser organizada, passa a dar um nome a este local, o que divide as pessoas, separando os que são deste local e os que são de fora, denominados estrangeiros.

Com o passar do tempo, tivemos na humanidade várias formas de Estado e sistemas de governo. Tabosa (2007, p. 21) relata que na Roma antiga houve três tipos de evolução política: Realeza, República e Império. O governo da Realeza surgiu com a fundação de Roma, compreendendo o ano de 753 a.C até 510 a.C. A República estendeu-se do ano 510 a.C ao ano 27 a.C. O Império iniciou-se no ano 27 a.C e perdurou por quase 600 anos.

A primeira forma de Estado moderno que devemos ressaltar é o Absolutismo, que surge com a crise do sistema feudal na Europa, no século XIV. Após alguns anos de exploração da mão de obra, a burguesia aumenta seu poder econômico, chegando a equiparar-se com a riqueza de alguns nobres.

O clero – ora sendo chefe de Estado ora apoiando o governo monárquico europeu, com força de mando e opiniões filosóficas ia se perpetuando na história como uma forma de governo divino e viu no engrandecimento da burguesia uma possível resistência ao seu império.

Jorge Miranda (1997, p. 69) ressalta que, em “virtude da situação política existente, o processo de criação dos Estados modernos europeus consiste na realização concomitante

de esforços dos reis para se libertarem dos vínculos internos e externos ao desenvolvimento da plenitude do seu poder.”.

O comércio cada vez mais confinava as barreiras estatais, fazendo a monarquia entender que deveria ter uma aliança com os burgos, e estes aspiravam ao crescimento do mercado financeiro e produtivo. Com o apoio da nobreza, o feudalismo afundava numa crise sem volta. O rei passou a ser o administrador, o regulamentador e o imperador da ordem social, tendo ainda em suas mãos o poder militar. Logo, a concentração destes poderes e da ordem são as principais características do sistema absoluto.

Os Estados europeus, apesar dos pontos de divergências, receosos com as várias invasões históricas sofridas, realizaram tratados de reconhecimento dos diversos Estados daquela região, constituindo suas formas e sistemas de governo. Em 1648, põem fim à guerra dos Trinta Anos, selando a ruptura religiosa com a Igreja Católica Apostólica Romana, (MIRANDA. 1997, p. 72).

O Estado absolutista teve em Thomas Hobbes a sua grande dedicação de análise e estudo, na obra *Leviatã*. Ao procurar as origens do Estado, dizia ele que o “Estado Soberano” significava a realização máxima de uma sociedade civil e racional.

Um Estado é considerado instituído quando uma multidão de homens concorda e pactua, que a qualquer homem ou assembléia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembléia de homens, como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de poderem conviver pacificamente e serem protegidos dos restantes homens.

Todos os direitos e faculdade daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido, mediante o consentimento do povo reunido, derivam dessa instituição do Estado.

(HOBBS, *Leviatã*. p.128)

Contudo, nos diálogos hobbesiano havia divergências de idéias entre os vários conflitos que tem a distância entre o Estado e o papado, ou seja, a Igreja Católica. Mesmo com as divergências, nunca foi interesse da monarquia retirar a Igreja da cena política estatal ou destruí-la como instituição religiosa.

Com a legitimação do sagrado, o “direito divino dos reis”, tese elaborada pelo bispo francês Jaques Bénigne Bossuet, em sua obra “A política extraída da sagrada escritura”, fortaleceu-se o absolutismo monárquico, unindo o Estado à Igreja. Defendendo que o

governo era divino e que a monarquia recebia este poder de Deus, que repassava por herança aos sucessores. O Rei que adotou estas idéias foi Luís XIV de França. Passando esta filosofia para todos os reinos europeus. Até a chegada das grandes revoltadas contra o absolutismo monárquico, momento no qual a família real perde o trono.

Para Hobbes (2003, p. 129), quando o povo vem desafiar o soberano, solicitando uma nova ordem jurídica, seja administrado por homens ou por Deus, isso é injusto, vil e desumano, pois ressalta que “não existe Pacto com Deus, senão por intermédio de seus mediadores que representam a Pessoa Divina; isto não o faz a não ser o lugar-tenente de Deus que abaixo dele é o Soberano.”

A nobreza, entendendo que o Estado havia expandido o seu território e que houve crescimento no número de habitantes, passou a criar subdivisões dentro do poder para melhor administrar as riquezas estatais. Para solucionar o sistema o governante passou a nomear ministros, chanceleres, conselheiros etc., para as tomadas de decisões, e esses nunca poderiam afrontar as ordens do governante.

Alguns doutrinadores entendem que este fenômeno é o começo da separação entre o público e o privado. Hobbes (2003, pp. 133/134) demonstra um bom exemplo desta divisão de tarefas estatais quando diz que “(...) O povo não teria se dividido nem caído na Guerra Civil se não tivesse sido aceita, na maior parte da Inglaterra, a opinião segundo a qual esses Poderes eram divididos entre o Rei e os Lordes e a Câmara dos Comuns;”

A idéia de Hobbes leva o homem para o centro das relações políticas, engrandecendo o aspecto de Direito Soberano entre os pares, disseminando uma idéia de melhoria na vida de todos os cidadãos que estavam sobre o território estatal, contudo Hobbes (2003, p. 134) deixa claro que as misérias sofridas pelos cidadãos serão esquecidas com o “Espírito de Paz”, “a não ser que o povo seja melhor educado do que tem sido até agora.”

Diante de novos desafios, o Estado passou a racionalizar o funcionamento do poder para melhor administrar, controlar e comandar as suas funções e manter sob o seu domínio todos seus súditos. Esta divisão, para alguns doutrinadores, facilitou a paz e a segurança jurídica do povo (HOBBS, Leviatã. pp. 136/137).

O tempo passa, e a burguesia se torna economicamente mais poderosa que a monarquia. Reivindicações, antes não imaginadas, passaram a ser solicitadas ao Estado, mesmo sem sucesso, para aumentar o poder de mercado e a intervenção mínima do Estado nas relações comerciais. Com isso, a Europa passa a ter revoluções antiabsolutismo que ocorreram ao longo dos séculos XVIII e XIX.

As principais revoltas daquele tempo foram a Revolução Francesa, 1789; a Revolução Liberal do Porto em Portugal, 1820, que teve bastante influência no Estado brasileiro, 1822; a Revolução dos Três Dias Gloriosos, 1830, que se iniciou na França e se espalhou pela Europa; a Primavera dos Povos, em França, em 1848, que foi um conjunto de revoluções com caráter liberal e democrático solicitando melhorias sociais.

As ex-colônias espanholas da América do Sul, por exemplo, tiveram êxito no seu processo de independência quando a metrópole fora ocupada pelas tropas napoleônicas, e o movimento separatista cresceu. O século XIX, para grande maioria deste continente, foi de independência.

O primeiro país do Continente Americano a declarar sua independência foi os Estados Unidos da América, em 1776. Depois de quase quarenta anos da Independência dos EUA o primeiro país da América do Sul a declarar a sua foi a Colômbia, em 1810, em seguida com este pensamento iluminista vieram: Venezuela e Paraguai, ambos em 1811; Argentina, em 1816; Chile 1818; Peru, em 1821; Equador e Brasil, ambos em 1822; Bolívia, em 1825; Uruguai, em 1828; Guiana, em 1966; Suriname, em 1975.

Ao tomar o poder, a burguesia requer amplas alterações nas regras econômicas e políticas da época, que são: a mudança na política de economia de mercado, baseada na livre concorrência, na qual o Estado deverá ser o mínimo interventor ou interessado, estas idéias são bases no liberalismo de Adam Smith, entre outros.

Com o liberalismo, surge o Estado de direito, baseado nos princípios de John Locke e Rousseau, que aboliram o estado divino, trazendo direitos aos povos. Originou-se assim a democracia, a qual é fortalecida pelo anseio popular. Surge o Estado Liberal contrário ao Estado Absolutista.

Locke (2002, p. 468), na sua obra “Dois tratados sobre o governo”, assim explica, em síntese, a liberdade natural: se todos são livres, iguais e independentes por natureza, se todos forem forçados a escolher um estado e se sujeitar ao poder político de outro sem seu consentimento, não existe liberdade por natureza. Ele, então, explana que “se [um homem] é senhor absoluto de sua própria pessoa e suas próprias posses, igual ao mais eminente dos homens e a ninguém submetido, por que haveria ele de se desfazer dessa liberdade?”. Continua Locke, em seu raciocínio, que, para existir liberdade natural, o ser humano deve fazer parte de uma sociedade, entregando direitos ao Estado, submetendo-se à força da sociedade civil organizada, só com esta força submissa ele passaria a ter liberdade, obtendo “uma vida confortável, segura e pacífica uns com os outros, desfrutando com segurança de suas propriedades ...”

Se fossem os homens realmente livres por natureza, todos seriam reis de si mesmo, todos estariam na mesma linha de igualdade de direitos, pois não se submeteriam às ordens de ninguém e não poderiam dar ordens a outro, pois todos são súditos. Locke (2002, p. 494), no entanto, alerta ser evidente “... que, embora tivesse tal direito no estado de natureza, o exercício do mesmo é bastante incerto e está constantemente exposto à violação por parte dos outros, ...”.

Locke (2002, p. 495), então, nos demonstra que a vida do homem em sociedade seria mais calma que num estado natural, podendo-se exercer o direito com mais liberdade num estado social. “E não é sem razão que ele procura e almeja unir-se em sociedade com outros que já se encontram reunidos ou projetam unir-se para *mútua* conservação de suas vidas, liberdades e bens, aos quais atribuo o termo genérico de *propriedade*.”.

Outra característica deste novo Estado é a separação dos poderes. Antes, com a monarquia ou império, os poderes concentravam-se em uma única pessoa, mas agora, com a república, implantando a democracia, o Poder foi dividido entre alguns grupos, passando a exercer funções executivas, legislativas e judiciárias, teoricamente cada um tem a mesma força doutro, são harmônicos e independentes, não havendo superioridade de um sobre os demais.

Pela ordem, o primeiro Poder estatal na sua função típica serve para administrar os bens públicos, controlar dos gastos da administração pública. O segundo, tipicamente, vai instituir normas no ordenamento jurídico, regulamentar a vida social dos cidadãos e

fiscalizar o exercício do primeiro. O terceiro analisará as normas e as atitudes administrativas dos outros dois poderes julgando, num caso concreto, conforme os ditames legais, as querelas envolvendo as partes da lide.

Com o passar do tempo, cada Estado adaptou as funções típicas do poder à sua realidade local e temporal, acrescentando aos direitos e deveres do Estado e suas funções atípicas. Como exemplo tem-se a Constituição brasileira de 1988, a qual normatiza que o Executivo poderá julgar ações administrativas, o Legislativo administrar seus gastos e julgar seus pares além de julgar por crime de responsabilidade o Presidente da República, e o Poder Judiciário poderá instituir suas normas internas e administrar seus gastos e pessoal. Quanto à função típica do Poder Judiciário, esta será analisada nos últimos capítulos desta pesquisa para demonstrar a judicialização das ordens estatais.

Mas antes de continuarmos com a evolução geral da história da formação do Estado, há de se buscar peculiaridades da formação do Estado português, primeira nação do mundo a globalizar seus territórios, influenciando a sociedade moderna e contemporânea no atual cenário político ou, melhor dizendo, geopolítico, legalizando suas ordens além mar.

1.1. O Estado português

De início, vejamos um breve retrospecto histórico para entendermos a evolução do Estado português como nação europeia. Gigante em suas obras jurídicas, grandioso em suas descobertas geográficas, extraordinário como desbravador de nações além mar, sua história remota à Baixa Idade Média, quando o Condado Portucalense, entre 868 a 1139, que ficou independente do reino de Leão¹.

Mas antes da formação do Estado, o território fora ora ocupado e invadido por vários povos, como os fenícios, os cartagineses, os celtas. No século III a.C., já com vários povos habitando a região, os romanos invadem a Península Ibérica. Após o declínio do Império Romano, os germânicos invadem o território norte de Portugal; e depois os muçulmanos²,

¹ VIDE – MAPA A – CONDADO PORTUCALENSE

²Os Árabes e Mouros ocuparam a região no ano de 711 d.C.

“mouros e alguns árabes”, tomam posse de Portugal, principalmente da parte sul do território, pois os cristãos ficaram nas Astúrias, lado norte do território.

Com o apoio da Igreja Católica Apostólica Romana, o Condado Portucalense (1095), situado no norte de Portugal, expulsou os invasores do sul de Portugal. O governo de D. Afonso Henrique (1128) é declarado rei de Portugal e reconhecido pela Santa Sé em 1179. Emancipa-se como Estado, fortalecendo a monarquia. (MIRANDA, 1997. pp.72-73).

No século XII, durante a reconquista cristã, foi fundado o Reino de Portugal, situado no condado Portucalense, localizando entre os rios Minho e Douro, onde hoje está a cidade do Porto. No século XIII, Portugal foi o país mais rico da Europa, graças à estabilização de suas fronteiras e à sua forte exploração marítima. Duzentos anos depois, o Estado já tinha territórios nos cinco continentes, estabelecendo o primeiro império global.

Miranda (1997, p. 74) nos explica que, nos séculos seguintes, vem a decadência imperial de Portugal e consecutivo fracasso na administração pública, agravada pela crise de sucessão do trono real. No final do século XIV houve uma crise política institucional tão forte que se instalou uma guerra civil em Portugal, denominada de “*interregno*”, pois o rei herdeiro do trono havia falecido sem deixar um sucessor, gerando o interesse de algumas pessoas pelo trono real.

A Dinastia de Avis ou Dinastia Joanina assume o Poder Real, de 1385 até 1630. A quem fala que a Revolução de Avis, que trouxe ao trono D. João, foi o primeiro movimento da revolução burguesa nacional. Pois foi chancelado pela vontade majoritária da burguesia que estava em ascensão e da baixa nobreza.

No final do século XVI surge a Dinastia Filipina que durou até o ano de 1640, com D. Filipe III. No século XVII, foi restabelecida a monarquia como forma de governo. O Estado fica independente, e a dinastia de Bragança assume o trono real³.

Depois que ocorreu a invasão napoleônica em quase toda Europa, vindo até o território português, forçando a mudança de residência da Família Real para o Brasil⁴. Com o fim desta grande revolta nos paradigmas sociais do século XIX, o povo português requer

³ A Dinastia de Bragança ou Brigantina foi a quarta dinastia que assumiu o trono em Portugal e ficou no trono entre os anos de 1640 e 1910.

⁴ A Dinastia de Bragança passou a governar o Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves (1815 até 1822).

a mudança na ordem política. É publicada, então, a primeira constituição portuguesa, passando a fundamentar legalmente o Estado e o governo monárquico na Carta Magna de 1822.

Canotilho (2015, p.217), para analisar este momento histórico, faz uma breve ressalva, pois, em 1808, houve um movimento pré-constitucionalista em Lisboa do qual participou um grupo de cidadãos, dentre os quais se destacam o juiz do povo de Lisboa e um desembargador, que realizaram a feitura de um texto com ambição constitucional.

O movimento constitucional português não começou com o vintismo. Iniciou-se com a “**súplica**” de **Constituição** dirigida a Junot, em 1808, por um grupo de cidadãos (entre os quais avultam os docentes universitários Cortes Brandão e Ricardo Raimundo Nogueira, o Juiz do povo de Lisboa, tanoeiro Abreu Campos, e o desembargador Francisco Coelho). Trata-se de um texto forjado numa “*ambiance*” afrancesada e que tem permanecido num relativo esquecimento. O suporte e político do projecto constitucional de 1808 não se recorta ainda hoje com suficiente segurança, mencionado-se a existência de um “partido liberal” e de setores burgueses antibritânicos.

(CANOTILHO, Direito Constitucional e teoria da constitucional. p.217)

O movimento constitucional português iniciou-se com a Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1822, tentando pôr fim ao absolutismo e inaugurando uma monarquia constitucional. Surgida dos pensamentos da revolução liberal de 24 de agosto de 1820, no Porto, com o resultado dos trabalhos das Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa, formou um parlamento em Portugal.

Esta Constituição foi bastante desprestigiada pela Família Real, pois, na sua primeira vigência, ela só teve vigor por sete meses consecutivos, de 23 de setembro de 1822 até junho de 1823. Em 1836, ela passa a ter a sua segunda vigência, durando dezenove meses incompletos. A Constituição de 1822, mesmo tendo todas estas atribuições, é um marco para o Movimento Constitucional em Portugal, ela traz o início da teoria da legitimidade democrática do poder constituinte (CANOTILHO, 2015, p. 218)

A Carta Constitucional da Monarquia Portuguesa de 182, foi o segundo movimento constitucional de Portugal, tendo essa denominação por ter sido outorgada pelo rei D. Pedro IV, não sendo redigida e votada por Cortes Constituintes eleitas pela Nação.

A terceira Constituição Política da Monarquia Portuguesa, em 1838, nasceu após a Revolução de Setembro, em 10 de setembro de 1836, vindo a ser jurada em 4 de abril de

1838 por D. Maria II, tendo como objetivo a unificação dos textos constitucionais de 1822 e 1826.

Findando a quarta dinastia de reis e rainhas portugueses, dinastia de Bragança, entre 1640 e 1910, com a vinda de um novo regime político A República foi promulgada sob a Constituição Política da República Portuguesa de 1911, tendo como uma das fontes inspiradoras a Constituição da República Brasileira de 1891⁵.

A segunda Constituição da República Portuguesa, em 1933, fundadora do Estado Novo em Portugal, foi elaborada por um grupo de professores de Direito convidados e coordenados por António de Oliveira Salazar (CANOTILHO, 2015, p. 182). Foi revisada e ratificada pela Assembleia Nacional com a Lei n.º 1.885, de 23 de março de 1935; Lei n.º 1.910, de 23 de maio de 1.935; Lei n.º 1945, de 21 de dezembro de 1936; Lei n.º 1.963, de 18 de dezembro de 1.937; revisão com a Lei n.º 2.009, de 17 de setembro de 1.945; revisão com a Lei n.º 2.048, de 11 de junho de 1.951; revisão com a Lei n.º 2.100, de 29 de agosto de 1.959 e revisão com a Lei n.º 3/71, de 16 de agosto de 1.971.

Finalmente, a Constituição da República Portuguesa de 1976, redigida pela Assembleia Constituinte, vigorou a partir de 25 de abril de 1976, tendo sido revisada nos anos de 1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 e 2005. Acabou com o bicameralismo e instituiu a Assembleia da República no Poder Legislativo, podendo ser convidado pelo Presidente da República para compor o governo o membro do partido mais bem votado nas últimas eleições.

Em resumo, quanto aos movimentos constitucionais em Portugal, podemos explicitar a aplicação do código binário continuidade/descontinuidade, mencionado pelas melhores doutrinas, na história constitucional portuguesa, ou seja, há um constitucionalismo reprimido pelas rupturas ou não prosseguimentos formais.

Neste prisma, seguem os seguintes exemplos: a Constituição de 1822, que rompe com a “constituição monárquica”; a Carta Constitucional de 1826, que aparece após o “interregno constitucional”; a Constituição de 1838, que desfaz o método de revisão

⁵ Contra a concepção do republicanismo jacobino que praticamente concentrava na assembleia os poderes do Estado, a Constituição de 1911 consagra a forma clássica de separação de poderes, considerados “independentes e harmônicos entre si” (art. 6.º) (CANOTILHO, Direito Constitucional e teoria da constitucional. p.218)

proposto na Carta de 1826; a Constituição de 1911, que surge com a Revolução republicana, esta os ideais da Carta Constitucional de 1826. A Constituição de 1933, que não aprofundou o procedimento de revisão fixado pela Constituição de 1911. Por último, temos a atual Constituição de 1976, que surgiu da Revolução de 25 de abril de 1974 e retirou os procedimentos de revisão instituídos pela Constituição de 1933. Contudo, esta trouxe amplos direitos fundamentais para o cidadão.

A Constituição Portuguesa de 1976 definiu seus princípios fundamentais quando normatizou que o Estado será uma “República Portuguesa” e que esta sobre a égide de um “Estado de direito democrático” que exercerá a Soberania sobre o escudo da legalidade; Normatizando, ainda, a Cidadania portuguesa, que será exercido pelas Tarefas fundamentais do Estado e pelo Sufrágio universal e seus partidos políticos; Quanto suas Relações internacionais o Estado buscará no Direito internacional; instituindo seus Símbolos nacionais.

No artigo nono, motiva as tarefas fundamentais do Estado, que, ao nosso entendimento, é sinônimo de objetivos do Estado português, os quais são: a garantia da independência nacional; assim como os direitos fundamentais e suas garantias de liberdades fundamenta os princípios do Estado que oferta direitos ao seus cidadãos, vivendo num Estado democrático; Esta participação democrática dos cidadãos é o respeito à participação popular na política; a promoção do bem-estar diz respeito a qualidade de vida do povo; a proteção do patrimônio cultural português; a difusão internacional da língua portuguesa; a desigualdade territorial; a promoção da desigualdade de gêneros; entre outros.

Os direitos fundamentais de Portugal são bem parecidos com os direitos fundamentais brasileiros, logo têm estes pensamentos parecidos tendo em vista o território brasileiro ter sido colônia de Portugal, absorvendo a cultura da metrópole, tem o império da lei deste vigorado por muitos anos, até a vinda da Família Real, em 1808, e cessado de vez com a Independência, em 1822, e com a primeira Constituição brasileira, em 1824. Passamos a ter o Império do Brasil.

A metrópole recebia muitos filhos de grandes agricultores e pecuaristas brasileiros para estudarem além-mar, e no final dos estudos retornavam ao Brasil para exercer o ofício aprendido na metrópole. Muitos estudavam em universidades que lecionavam os

pensamentos iluministas e renascentistas, que ampliavam o raciocínio sobre outro ponto de vista de ver a Sociedade, o Direito e o Estado, contudo, antes da análise destes direitos, que será visto no próximo capítulo, passaremos a verificar um pouco da história do Estado brasileiro para depois nos atermos aos princípios de direitos fundamentais de cada um.

1.2. O Estado brasileiro

O território brasileiro surgiu com as grandes navegações portuguesas do século XVI, e com suas intervenções forçadas na sociedade nativa no novo continente, que era organizada em estamentos tribais, povoado principalmente pelos povos tupis e guaranis, que não possuíam instrumentos bélicos apropriados para lutar contra uma intervenção armada lusitana. Submeteram-se, portanto, às ordens de além-mar ou preferiram a batalha desproporcional como forma de resistência.

Em 1530, aproximadamente, a coroa portuguesa implementou uma política de colonização do território brasileiro, dividindo em capitanias hereditárias, distribuindo a membros da nobreza. Contudo, só a capitania de Pernambuco e São Vicente prosperaram.

Na metade do século XVI o governo português institui o Estado do Brasil, instalando o governo-geral, em 1549 é funda em Salvador a primeira sede da colônia. Em 1763 a sede é transferida para o Rio de Janeiro. Em 1808 a corte portuguesa transfere sua residência para a capital da colônia.

O Príncipe-regente Dom João de Bragança realiza algumas mudanças na capital da colônia para recepcionar a nobreza, em pouco tempo abre os portos brasileiros para o comercio mundial, permitiu o funcionamento de algumas fábricas e funda o Banco do Brasil.

Em 1815 o Estado do Brasil foi elevado à condição de Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, passando a Rainha Dona Maria I de Portugal a condição de rainha das três coroas. Em 7 de setembro de 1822 o Brasil se separa da triples coroa e passa a ser independente tendo o status de Império do Brasil, tendo como o primeiro imperador D. Pedro I.

O Estado imperial brasileiro surgiu com o Decreto Imperial nº1, de 1º de dezembro de 1822, instituindo o império como forma de governo, centralizado na capital, Rio de Janeiro, titulando o governo de Imperador Constitucional do Brasil, e seu perpétuo defensor, firmando a independência, representação política do Estado Brasileiro⁶. A primeira Carta Magna do Estado foi a Constituição Política do Império do Brasil, outorgada em 25 de março de 1824, que fundamentava a diferenciação dos poderes e suas representações nacionais.

Em 15 de novembro de 1889 é proclamada a República Brasileira, tendo como proclamador o Marechal Deodoro da Fonseca. A primeira Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil foi datada de 24 de fevereiro de 1891. Acabou com o Poder Moderador criado pela Carta Magna Imperial brasileira, que dava poderes à família imperial de governar perpetuamente o Estado brasileiro, tendo sido alterada uma única vez no ano de 1926.

A segunda Constituição da República, promulgada em 16 de julho de 1934, intitulada como Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, foi a que menos durou, tendo uma vigência de três anos, mas oficialmente seu vigor foi somente de um ano, por ter sido suspensa pela Lei de Segurança Nacional. Veio, então, a nova ordem jurídica: a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, outorgada em 10 de novembro de 1937, instituindo o Estado Novo, cujo presidente era Getúlio Vargas.

A quarta constituição da República e a quinta do Brasil foi promulgada em 18 de setembro de 1946, pondo fim à ditadura getulista e consagrando os direitos fundamentais e sociais enumerados em várias constituições, incluindo, entre elas, a constituição brasileira de 1934.

Em 1964 o Estado brasileiro sofre um golpe militar, desde então a Constituição recebe várias Emendas descaracterizando-a do texto originário até ter seus efeitos suspensos pelo Ato Institucional número um, AI-1, que era um preparatório para uma nova ordem jurídica, imposta pelo Ato Institucional número quatro, AI-4.

A ditadura militar chegava ao poder, por força do AI-4 o Congresso Nacional foi transformado em Assembleia Nacional Constituinte. Sob pressão dos militares e sem

⁶ ANEXO B – Decreto nº.1º, de 1º de dezembro de 1822

oposição, outorga-se, em 24 de janeiro de 1967, a Constituição do Brasil. Mas ela só entra em vigor em 15 de março de 1967.

O Ato Institucional número cinco, AI-5, de 1968 e a Emenda Constitucional número um, EC-1/69, de 17 de outubro de 1969, fizeram profundas mudanças na Constituição de 1967, alterando inclusive o nome para República Federativa do Brasil, induzindo alguns doutrinadores a lecionarem que foi outorgada uma nova Constituição, já para outros não há que se falar de nova Constituição.

Por fim, com a volta da democracia, a República Federativa do Brasil ganha uma nova constituição, a nova ordem jurídica é promulgada em 05 de outubro de 1988, sendo a lei fundamental. Pode ser considerada a sétima ou oitava no movimento constitucional brasileiro, dependendo se considerarmos a Emenda Constitucional número um como um texto constituinte ou não.

Para cada novo ordenamento jurídico brasileiro, há objetivos implícitos e explícitos a serem alcançados pelo governo, seja no crescimento da organização do Estado e no amadurecimento das instituições estatais, seja no crescimento dos direitos e garantias individuais e sociais. É com essas vertentes que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 definiu os objetivos fundamentais da República, fundados no artigo terceiro, e os objetivos principiológicos das internacionais, fundamentados no artigo quarto da Carta Magna.

O artigo terceiro normatiza seus objetivos, entre outros, que o Estado brasileiro construirá uma sociedade livre, justa e solidária, para garantir o desenvolvimento nacional, com foco na erradicação da pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; devendo promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Estes objetivos são fundamentais para que os governantes realizem seus planos de governo e suas políticas públicas voltados para os objetivos da Constituição da República. Em suma, procura-se garantir o desenvolvimento nacional, promover o bem de todos, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades, com o intuito de construir-se uma sociedade

livre, justa e solidária, como rezava o lema da Revolução Francesa: *liberté, égalité e fraternité*⁷.

Conforme já se afirmou neste tópico, os movimentos constitucionais vieram para fortalecer o Estado e o cidadão, ora um, ora o outro. Com a evolução histórica e jurídica dos respectivos Estados lusófonos em estudo, nota-se que ambos têm o ordenamento jurídico muito parecido, com seus princípios peculiares numa Carta Constitucional, contudo, como é de esperar, há algumas diferenças internas conforme cada movimento constitucional.

Neste contexto, faz-se fundamental o estudo da divisão das funções estatais para entender a competência e o desenvolvimento constitucional que ficou reservado a cada um na Carta Magna de seu Estado. Devemos entender os movimentos constitucionais de cada um para caracterizar o movimento soberano de cada Poder, para chegarmos ao levantamento do Poder judiciário e suas decisões.

1.3. Os movimentos constitucionais.

Canotilho (2015, p. 51) ressalta que o constitucionalismo não é um só movimento, passando a reconhecer vários constitucionalismos, como o inglês, o americano e o francês, preferindo falar em “movimentos constitucionais”, sendo o primeiro movimento no século XIII, com a Carta Magna do Rei João Sem Terra, e os outros dois no século XVIII.

As ideologias destes movimentos foram espalhados pelos continentes europeu e americano, que desencadearam na estrutura e organização do Estado e acentuou no direito e garantias individuais e coletivas dos cidadãos. Canotilho (2015, p. 55), ao falar destas ideologias, traz algumas indagações valorativas para a nossa tese, uma delas é: “Quais as cristalizações jurídico-constitucionais deste modelo que passaram a fazer parte do patrimônio da ‘constituição ocidental’?” Para responder esta indagação, ele utilizou de alguns fatos jurídico-históricos.

⁷ Tradução nossa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

Ele defende que as grandes revoltas europeias, principalmente as que surgiram no território inglês, foram de grande importância para a garantia de “direitos adquiridos fundamentais” sob a ótica subjetiva da norma “*liberty and property* (*Herrschaftsverträge*)”; ressalta também que a expansão das garantias da ordem de direitos foi outro momento que enriqueceu esta ideologia, e, por conseguinte, a regulação destes direitos por “*contratos de domínio*”, exemplo *Charte Magna de 1215*.

Na Inglaterra, quatro séculos depois, destacou-se o *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679; o *Bill of Rights*, de 1689; e o *Act of Settlemente*, de 1701, todos estabelecidos na Idade Moderna. Contudo, não podemos deixar de lembrar a *Magna Charta* de 1215, da Idade Média, que limitou os poderes do rei perante os súditos.

Nos Estados Unidos da América, foram identificados como indícios do constitucionalismo o *Compact*, de 1620; as *Fundamental Ordens of Connecticut*, de 1639, que por ordens do rei Carlos II foram incorporadas à Carta outorgada de 1662; a *Declaration of Right* do Estado da Virgínia, de 1776, seguida das constituições das treze colônias, que, juntas, criaram a Confederação dos Estados Americanos em 1781, e após seis anos promulgaram a Constituição dos Estados Unidos da América (MORAES. 2013, p. 3).

Na França, há destaque para a Revolução Francesa de 1789 até 1799, a qual se iniciou com a *Prise de la Bastille*, símbolo da força e da opressão do Estado absolutista que vinha resistindo desde a época medieval. A Assembleia Nacional Constituinte da França revolucionária aprovou a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, que trazia em seu bojo intenções de direitos naturais ao ser humano, limitando ainda mais o Estado. Já a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão veio a lume na segunda reforma Francesa, em 1793, que cominou com a Constituição Francesa de 1848 e com a Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas.

Pedro Lenza (2015, p. 68) nos informa que “dois são os marcos históricos e formais do constitucionalismo moderno: a Constituição norte-americana de 1787 e a francesa de 1791”, esta última teve a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão como uma orientação principiológica de seus direitos magnos.

As revoltas que culminaram na Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787 e na República Francesa, em 1791, tiveram a ideologia do Iluminismo, fortemente forjada na contraposição ao absolutismo monárquico da época, a qual retirava o pensamento ‘teocêntrico’ – da governância divina na terra, elegendo o povo como o titular legítimo do poder estatal.

Marcelo Cerqueira (2005, p.345) afirma que o movimento revolucionário de independência do Brasil equipara-se às grandes revoluções do Ocidente, datadas de meados do ano de 1770, as quais redundaram na quebra do absolutismo monárquico e na criação do liberalismo privado, “com a proclamação da República de 1889”.

Historicamente, sempre foi dito nas escolas brasileiras que a proclamação da República do Brasil fora influenciada pela Inconfidência Mineira liderada por um Alferes, cujo nome é Joaquim José da Silva Xavier, apelidado de Tiradentes. Marcelo Cerqueira (2005, p. 346) informa que na realidade esta história foi um pouco romantizada para desqualificar o movimento, “organizado a partir de interesses comerciais de ricos mineiros devedores da Fazenda Real, o que não poderia nunca ser confundido com um nascente sentimento ‘brasileiro’.”

Outro movimento além-mar que influenciou os pensamentos de liberdade foi a Revolução do Porto, em 24 de agosto de 1820, que foi recebida no Brasil como mais uma forma de acabar com o absolutismo monárquico no Brasil e em Portugal, solicitando reformas liberais. O povo da Cidade do Porto exigia a intervenção mínima do Estado, forçando o Rei a se submeter ao Congresso Nacional.

Marcelo Cerqueira (2005, p. 373) informa que “de início, a Constituinte lusa parecia ‘a melhor forma de se chegar a uma monarquia limitada, parlamentar, conforme o modelo britânico, sem nenhum choque abrupto’.” Entretanto, esta constituição teve vários problemas de interferências de legitimação monárquicos, e não fora obedecida pela família Real.

Uma das grandes divergências citadas por Cerqueira para chegar a uma monarquia limitada encontrou várias barreiras políticas e geográficas, uma delas era que, na reunião das Cortes de Lisboa, havia dois centros de poder, e só poderia ter um. A requisição de Portugal solicitando o centro deste poder, por se considerar historicamente a pátria da

origem da descendência da família real, colidia com a requisição brasileira, que solicitava o centro do poder, já que era a residência oficial do soberano.

A reunião das Cortes, enfim, fora prejudicada por várias ideologias, críticas e revoltas internas de ambos países, prejudicando a reunificação destas nações numa grande área territorial constitucionalista, mantendo-se suas opiniões e características que os dividiam aquém e além-mar.

No mundo, historicamente falando, cada movimento constitucional, mesmo em diferentes datas e regiões, foi influenciado por movimentos revolucionários reivindicando o cerceamento do absolutismo governamental e o crescimento dos direitos dos governados. Cada um vem instalando a ordem constitucional, a queda do absolutismo com a separação do poder em funções estatais executiva, legislativa e judiciária.

(...) Por constituição em sentido histórico entender-se-á o conjunto de regras (escritas e consuetudinárias) e de estruturas institucionais conformadoras de uma dada ordem jurídico-política num determinado sistema político-social. Este conceito – utilizado sobretudo por historiadores – serve também para nos pôr de sobreaviso relativamente a interpretações retroactivas de organizações políticas e sociais de outras épocas em que vigoravam instituições, regras, princípios e categorias políticas-políticos radicalmente diferentes dos conceitos e das categorias da modernidade política.(...)

(CANOTILHO, Direito Constitucional, p. 53)

Os movimentos constitucionais modernos buscaram o liberalismo estatal formulados nos valores da propriedade privada, da proteção do ser humano, no crescimento do individualismo e na mínima intervenção estatal como forma da quebra da política absolutista monárquico e crescimento da livre iniciativa monetária e comercial.

A Revolução Francesa foi um grande marco para o continente Europeu. Após a tomada da Bastilha, símbolo da opressão da realeza do século XVIII, Maximilien François Marie Isidore de Robespierre, em 1790, fez um discurso no qual defendia a igualdade de direitos entre os franceses. Noutros discursos ele defendeu também o sufrágio universal e a abolição da escravidão.

A monarquia francesa entra em colapso e em pouco tempo a população parisiense solicitaram reformas que cominaram nos lemas “*Liberté, Égalité e Fraternité*”. A primeira República Francesa foi proclamada em 1792 levando a execução de toda a linhagem da família real. Estala-se uma ditadura imposta pelo Comitê de Salvação Pública,

que era chamado de Reino de Terror. Após a queda dos jacobinos e a Execução de Robespierre, o Diretório assume o poder e no final do século XVIII é substituído pelo Consulado, tendo como comando Napoleão Bonaparte.

Com a ascensão de Napoleão ao Poder da Primeira República Francesa, liderando com sucesso várias campanhas de coligação do Império Francês. Entre elas, em 1808, a ocupação do território europeu até os limites de Portugal. Com receio das tropas napoleônicas a Família Real portuguesa se retirou para o Brasil. Em pouco tempo o Brasil passou a comercializar com outras nações mundiais, cria escolas e banco.

Nos Estados Unidos da América, antes da revolução francesa, em 1776 aconteceu a independência Norte-americana, instituindo um novo Estado, com os três poderes bem definidos e harmônicos entre si. Estes foram os principais movimentos revolucionários de transição e mudança do Estado absolutista para o liberalista.

Para gerir este novo Estado Liberal, o Poder Estatal foi dividido em funções executiva, legislativa e judiciária, para que o poder não viesse se concentrar nas mãos de uma única pessoa como acontece no Estado Absolutista. Cada função do poder tem o seu papel típico e atípico conforme a Constituição do Estado.

O ponto primeiro de estudo deste trabalho é a identificação da soberania dos Poderes, legislativos e judiciário, por isso, para entendê-la, fez-se necessário analisar a história de cada Estado, o nascedouro dos movimentos constitucionais. Agora passaremos para a análise da divisão das funções estatais, com a separação dos poderes.

1.4. Divisão da função estatal.

O conceito de separação dos poderes iniciou-se na Grécia antiga. Trata-se de um modelo de governar no qual se faz necessário que se divida o poder em funções estatais para que não fiquem agrupados em uma única pessoa (LENZA. 2014, p. 544). Estes devem atuar separadamente, sendo, ao mesmo tempo, independentes e harmônicos entre si, com características de unidade, indivisibilidade e indelegabilidade, para que não se tenha o absolutismo monárquico no Estado.

Dentre todas as teorias políticas de controle absolutista do Estado, a doutrina da separação dos poderes foi a melhor e a mais significativa, vindo a influenciar todo o mundo Ocidental. Seu cerne é que o Estado, através de seus representantes, tem o poder, que é uno, mas as suas funções foram divididas em executiva, legislativa e judiciária. Para cada um destes ramos, há uma função governamental identificável, que seria limitadora para o representante não caminhar livremente entre elas (MENDES e BRANCO. 2015, p. 885).

Esta separação das funções estatais foi muito debatida pelo Barão de Montesquieu, no livro “O Espírito das Leis”, a qual ele descreveu na página 181, *op cite* Ernesto Flammarion, página 170: quando acontecesse que o mesmo homem ou assembleia, não importando sua origem, exercesse os poderes do Estado, na qual iria executar a administração, a justiça e a constituição das normas tudo estaria perdido para o cidadão,

“Tout serait perdu si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d’exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends de particuliers”,

(in “l’Esprit des Lois”, Paris, Ernest Flammarion Editeur, s/d (texto reproduzido da edição de 1758), lib. XI, ch. VI, pág. 170)

Na qual ele defendia que os poderes do Estado deveriam ser divididos em grupos diversos, não podendo ser unificados na mão de um. O poder de julgar seria exercido pelo julgador; o poder de criar as normas seria exercido pelo legislador; e o poder de gerir a máquina pública ficaria com o administrador, escolhidos ou não pelo povo.

Assim, esta visão divisória das funções estatais pode ser conceituada como um ‘formalismo’ que garante o direito dos governados, o controle mais eficaz do Estado contra o absolutismo do governante e a eficiência das primícias governamentais.

Moraes (2013, p. 55) traz a concepção de que, neste ponto de governança, existe um controle legal, existe o *Estado de Direito* no qual há a supremacia da legalidade, que, para o direito inglês é a *The Rule of Law*, para o direito francês o *État Legal*, para o direito alemão o *Rechtsstaat*, e para o direito dos EUA o *Always under Law*.

Moraes continua argumentando a favor de sua tese e evoca alguns momentos históricos da evolução jurídica inglesa na interpretação da *The Rule of Law*, mencionando quatro momentos: o primeiro está na observação do devido processo legal; o segundo está

na supremacia da lei e dos costumes do ‘país’; o terceiro está na observação do Estado à soberania do Parlamento; e por último o acesso à justiça.

Atualmente, os países em análise vivem este direito ‘*État Legal*’ que preserva com mais dignidade o direito dos cidadãos, fortalecido pelo sistema de freios e contrapesos, ‘*Checks and Balances System*’, para que esta independência evite o absurdo de uma função agir em desfavor da outra ou dos cidadãos.

Esse equilíbrio na ‘função estatal’ deverá ser conseguido pela limitação ou ação de mecanismos constitucionais de defesa entre si. Estas limitações e ações de mecanismos constitucionais serão vistos no próximo capítulo.

“Pour qu’on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir”,

(in “*L’Esprit des Lois*”, Paris, Ernest Flammarion Editeur, s/d (texto reproduzido da edição de 1758), lib. XI, ch. VI, pág. 169)

Apesar de o Barão de Montesquieu ser considerado o ‘pai’ da teoria moderna da separação dos poderes do Estado, enaltecendo o sistema de freios e contrapesos, entendemos que a verdadeira percepção da teoria da relação dos poderes foi ‘melhor utilizada’ por Emmanuel Kant que, estes poderes devem ser coordenados e subordinados entre si. Coordenados, por ser um complemento dos outros para um bom desempenho constitucional na busca social; subordinados, porque um não pode invadir a função do outro. Todos devem trabalhar em perfeita harmonia e independência.

Os Estados Unidos da América adaptaram a doutrina de Emmanuel Kant nas suas normas, princípios e valores constitucionais que depois foram difundidos pelos demais países Ocidentais. Contudo, assim como nos EUA a separação dos poderes feita sob o sistema de freios e contrapesos foi utilizada para equilibrar, conforme o texto constitucional, numa equivalência entre forças e meios defensivos, por meio do sistema político, há também a preponderância de um dos poderes noutros. Em outros termos, cada Estado utilizará este sistema em consonância com a sua realidade e suas normas. Na França, por exemplo, desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, é consagrado esse sistema de freios e contrapesos.

Moraes (2013, p. 95) informa que esta ideia do Estado de direito francês configurou-se, num primeiro momento, se não no meio social, pelo menos na teoria, pois a construção

de um *État Légal* com uma *ordem jurídica hierárquica* a *Déclaration de droits naturels et sacrés de l'homme*, 1789, é considerada, simultaneamente, uma ordem 'supraconstitucional' e uma 'pré-constituição', a primeira porque vincula a Constituição que foi promulgada em 1791, dois anos depois, e a segunda porque antecedeu a Carta Magna Francesa.

Em Portugal, o sistema de freios e contrapesos iniciou a sua fundamentação na Constituição de 1822. O artigo 30º trazia a distinção dos três poderes, sendo o Poder Executivo nas mãos do Rei, o Poder Legislativo nas mãos das Cortes (do parlamento) e o Poder Judiciário com os magistrados.

No Brasil, o sistema de freios e contrapesos foi fundamentado no artigo 10 da Constituição de 1824, que instituiu quatro poderes: o Executivo, o Legislativo, o Judiciário e o Moderador, sendo este último com poderes extraordinários acima dos outros três. Achava-se, na visão do constituinte, que este último seria a base do equilíbrio entre os outros três poderes. Com a queda do Império Brasileiro, o Poder Moderador obviamente foi extinto nas Constituições da República.

A República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, que adotaram tal teoria de '*Checks and Balances System*' em suas constituições, dividiram o funcionamento do Estado em 'poderes': o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. No Brasil o segundo é gerido pelo Presidente da República, que exerce o cargo de Chefe de Governo e Chefe de Estado.

Em Portugal, a gerência fica sob o comando do Primeiro-Ministro, que exerce a função de Chefe de Governo, o Presidente da República exerce a função de Chefe de Estado. Aqui (no Brasil) como lá, o Chefe de Estado é eleito pelo povo, a grande diferença é que, em Portugal, o Chefe de Governo é nomeado pelo Presidente da República e no Brasil é acumulado na mesma pessoa eleita.

Os outros dois poderes, Legislativo e Judiciário, que são objetos de estudo deste trabalho acadêmico, serão melhor ameadados no terceiro capítulo. Na oportunidade, verificar-se-ão suas competências e atividades típicas e atípicas conforme as normas fundantes de cada ordenamento jurídico, se são harmônicos e independentes, não havendo

interferência direta de um Poder na função típica do outro, como se verifica no estudo de algumas decisões de cada Estado.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal decidiu a impossibilidade de o Poder Judiciário de interferir na função típica do Poder Legislativo, assim está na Súmula Vinculante N.º 37 que dispôs: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimento de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”. Esse entendimento demonstra os freios e contrapesos das normas Constitucionais e a harmonia entre os poderes, conforme o entendimento jurídico brasileiro. No mesmo entendimento, há diversas decisões do Tribunal Constitucional português, dentre elas o Acórdão N.º 65/02, de 8 de fevereiro de 2002.

Para entendermos melhor estas possíveis interferências de um Poder noutro, e caso haja a possibilidade desta intervenção e quais os limites de cada uma, faz-se necessário o estudo da classificação tipológica das constituições de cada Estado, que demonstrará a preferência legal da formação do Estado, a regulamentação dos entes públicos, os deveres destes perante seus cidadãos e os direitos fundamentais.

1.5. A classificação tipológica das Constituições

As constituições foram classificadas, por vários doutrinadores mundiais, em várias espécies e subespécies, para melhor diferenciá-las e com isso poder entendê-las e estudá-las, pois não há um modelo rígido e taxativo de elaboração da Carta Magna de um Estado soberano⁸. Não há uma receita rigorosa de condução e manutenção da constituição. Há consensos que devem ser seguidos para que a constituição se classifique num determinado segmento ou espécie doutrinária.

Alexandre de Moraes (2013, p.7) leciona e faz um organograma das diversas classificações das constituições, subdividindo-as quanto ao conteúdo, material e formal; quanto à forma, escrita e não escrita; quanto ao modo de elaboração, dogmática e histórica; quanto à origem, promulgada e outorgada; quanto à estabilidade, imutáveis, rígidas,

⁸ LENZA (2015, p. 96) Como advertimos, qualquer classificação depende de critérios escolhidos pelos estudiosos, não se podendo dizer que um é mais acertado que o outro, talvez mais adequado.

flexíveis e semirrígidas; e quanto à extensão e finalidade, analítica e sintética. Seguindo esta ordem doutrinária, passamos a expor cada um destes nos próximos itens.

1.5.1. Quanto ao conteúdo

O critério de análise quanto ao conteúdo de uma constituição traz o estudo formal e material contidos no corpo da Carta Magna. Este critério analítico apresenta fortes críticas por ser substancialmente influenciado por fatores ideológicos de um grupo dominante, seja uma oligarquia, plutocracia ou aristocracia, ou por uma pessoa, ditadura.

Então, para esclarecer, as normas tipicamente materiais são aquelas que regulam o Estado, tendo princípios normalizadores no corpo da constituição, mas são tratadas e amiadadas em leis ordinárias, cujo tramite é diferencial, e pode ser revogada por outro dispositivo de igual ou superior valor legal.

Mendes e Branco (2015, p. 60) explicam que nem todas as normas do ordenamento jurídico são tipicamente constitucionais, acham-se fora do Texto Maior, e demonstra como exemplo a legislação eleitoral brasileira “que cuida de tema central para a organização do Estado, definindo como se alcança a titularidade de cargos políticos”. A Constituição brasileira de 1988 não contém todas as regras sobre o direito eleitoral, algumas normas estão no Código Eleitoral e em várias leis espasas. “Essas normas dispõem sobre matéria que se reputa de natureza constitucional, mas estão vertidas em diplomas diferentes da Constituição.”.

As normas tipicamente formais são aquelas contidas dentro do texto constitucional, mas não se relacionam com a forma de existir e governança do estado, não formula um direito fundamental, só obriga o estado a cumprir determinada ordem. O objeto obrigacional poderia estar num texto infraconstitucional que seria cumprido da mesma forma, contudo o constituinte pôs no corpo do Texto Magno para forçar o Estado a cumprir de imediato.

Outro exemplo utilizado por Gilmar Mendes e Paulo Branco (2015, p.60) é o caso do artigo 54 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que está no corpo da Constituição Federal de 1988, dando um sentido formal ao texto: “os seringueiros

recrutados nos termos do Decreto-Lei n. 5.813, de 14 de setembro de 1943, e amparados pelo Decreto-Lei n. 9.882, de 16 de setembro de 1946, receberão, quando carentes, pensão mensal vitalícia no valor de dois salários mínimos”.

O benefício de se colocar ou não um texto meramente formal no corpo da constituição se engrandece só quando a Carta Magna do Estado é rígida, pois o trâmite para emendá-la será diferenciado das outras normas infraconstitucionais. Se a Constituição for flexível, a formalidade de seu conteúdo poderá ser retirada por uma lei ordinária no trâmite igual à modificação de seu texto.

1.5.2. Quanto à forma

As diversas Constituições mundiais podem ser divididas, ou melhor analisando, catalogadas em vários institutos doutrinários, quanto à forma, elas são classificadas em escritas e não escritas. Aquelas se dão como a unificação de um único texto, que sistematiza a forma e o sistema de governo, a estrutura política e os direitos dos cidadãos, podendo elas serem outorgadas ou promulgadas. As Constituições não escritas não são necessariamente codificadas, pelo contrário, elas estão escritas em vários textos, dispersos em várias normas com peso de Lei Suprema. Alexandre de Moraes (2013, p. 8) traz como exemplo a Constituição inglesa.

Contudo, Moraes cita Jorge Miranda, quando ambos negam em parte que a Constituição Inglesa não é escrita (*unwritten Constitution*), explica que grandes partes das normas de organização do poder político é *consuetudinário*, e que ela está dispersa em vários textos, por isso ela é considerada não escrita.

1.5.3. Quanto ao modo de elaboração

No estudo da Constituição quanto ao modo de elaboração, podemos classificar o Texto Magno em dogmático ou histórico. O primeiro será sempre escrito, estruturando e fundamentando o Estado e os direitos fundamentais de seu povo, conforme os ditames da norma suprema, o texto é anotado conforme a origem da Constituição do Estado, por isso,

se comparado com o modo de elaboração histórica, ele é disponibilizado para a sociedade em curto período de tempo.

Canotilho (2015, p. 52) informa que as constituições ditas ‘modernas’ têm uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, positivando os direitos de liberdades e limitando o poder político do Estado. Declara que podemos desdobrar este conceito para encontrarmos as dimensões fundamentais, sendo a primeira a jurídica-política, por estar num documento escrito; a segunda encontra-se na declaração de direitos fundamentais e suas garantias; a terceira e última está pautada na organização política do Estado.

A elaboração histórica será organizada por um vagaroso e sucessivo processo de desenvolvimento ao longo do tempo, acumulando a história e as tradições de um povo. Canotilho (1941, p.53) conceitua as Cartas Magnas declaradas de Constituições em sentido históricas como “o conjunto de regras (escritas ou consuetudinárias) e de estruturas institucionais conformadoras de uma dada jurídica-política num determinado sistema político-social”. Como exemplo, Alexandre de Moraes (2013, p. 9) cita a Constituição inglesa.

Com base nessa classificação, analisando todas as constituições portuguesas e brasileiras, nota-se que elas foram, e as atuais são, Texto Magnos dogmáticos, sistemáticos, uns foram elaborados por um grupo da elite dominante, outros foram elaborados por assembleias populares, mas todos foram escritos e publicados ainda naquela geração. Mesmo absorvendo conteúdos de outras gerações ou de outros Estados, e elas não podem ser consideradas como históricas.

1.5.4. Quanto à origem

Na análise constitucional quanto à origem, podemos encontrar as ‘Cartas Máximas’ promulgadas ou outorgadas, tudo vai depender do surgimento do Texto Constitucional. Se a Constituição se originou de um órgão constituinte composto de representantes do povo, eleitos com a finalidade exclusiva para elaborar um novo ordenamento jurídico, fundando e organizando o Estado, a Constituição será classificada como promulgada pela assembléia

popular. (MENDES e BRANCO, 2013, p. 63). Estas serão, então, denominadas de Constituições Democráticas. Alexandre de Moraes (2013, p. 9) cita quais foram as constituições brasileiras promulgadas: a de 1891, primeira da república; a de 1934, cuja vigência só durou três anos; a constituição de 1946, que antecedeu o golpe militar; e a atual constituição de 1988, que redemocratizou o país.

Fala-se que a Constituição foi outorgada quando ela surgiu da vontade da classe dominante ou do governante sem a participação popular daquele Estado, não sendo convocada a Assembleia Nacional Constituinte para tal fim. Ressalte-se que, para demonstrar à sociedade internacional ou para ratificação do seu poder, o governante aciona a assembleia constituída para ratificar a sua vontade no texto já pré-estabelecido, ou convoca um plebiscito para o poder de governança que tanto quer possa ser chancelado pelo povo.

Alexandre de Moraes (2013, p. 9) cita quais foram as constituições brasileiras outorgadas: a de 1824, que iniciou o movimento constitucional brasileiro; a de 1937, imposta pelo presidente Getúlio Vargas; a de 1967, inquisitória pela junta militar, e para alguns doutrinadores, acrescenta-se a de 1969, com a Emenda Constitucional nº.1. que modificou na totalidade a constituição de 1976.

Lenza (2014, p. 96) *apud* José Afonso da Silva acrescenta à classificação tipológica quanto à origem a denominação Cesarista ou Bonapartitas e a Pactuada ou Dualista. Aquela “não é propriamente outorgada, mas tampouco é democrática, ainda que criada com participação popular”. Explica que a Cesarista foi escrita por um ditador, imperador ou oligarquia que, precisando demonstrar o apoio popular, leva o texto para ser formulado por plebiscito. Lenza traz o exemplo do plebiscito napoleônico, na França, e do plebiscito de Pinochet, no Chile.

A classificação Dualista ou Pactuada, leciona Lenza (2015, p. 96) *apud* Uadi Lammêgo Bulos, foi muito utilizado na era medieval, quando a monarquia era obrigada, para continuar no poder, a fazer acordo constitucional com as classes estamentais dominantes da época, geralmente era a burguesia que detinha o poder econômico. O autor aponta como exemplo a Carta Magna de 1215, na Inglaterra, quando os barões ingleses obrigaram o Rei João Sem Terra a jurar e respeitar uma carta de intenções de barreira estatal.

Pedro Lenza *apud* Paulo Bonavides (2014, p. 98) diz que a Constituição pactuada exprime um compromisso instável de forças políticas rivais. “Surge então como termo dessa relação de equilíbrio a forma institucional da monarquia o momento histórico em que determinadas classes disputam ao rei um certo grau de participação política, em nome da comunidade, ...” requerendo o amparo de direitos adquiridos.

O acordo firmado entre as partes dominantes para manutenção do poder ou para não sair do poder serve para equilibrar os interesses dos grupos num único objetivo: continuar no pólo de dominação da massa, nem que, para isso, faça um pacto fundamentado numa Constituição para obter êxito. Pedro Lenza cita como exemplo a Constituição francesa de 1791.

1.5.5. Quanto à Alterabilidade ou Estabilidade.

A análise da alterabilidade das Constituições diz respeito à solidez ou maleabilidade de modificação do texto constitucional perante as normas infraconstitucionais. Classificam-se em rígida, flexível ou semirrígida, sendo acrescido, para alguns doutrinadores, a forma superrígida e a imutabilidade do texto Constitucional.

A Constituição será considerada rígida quando o trâmite de modificação do seu texto for por um crível diferencial das demais normas infraconstitucionais. Moraes (2013, p. 9) explica que as constituições denominadas de rígidas são as Cartas Magnas escritas que “poderão ser alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas.”.

Ele enfatiza em dar exemplo disso que está no parágrafo segundo do artigo sessenta da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que traz no seu texto que “A constituição poderá ser emendada mediante proposta que será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”. As demais leis, complementares e ordinárias serão propostas, votadas e sancionadas diferentemente e com menor burocracia do que o Texto Constitucional.

Uma Constituição será considerada flexível quando o seu texto puder ser modificado por uma ‘simples’ lei ordinária, alterando-a ou emendando-a num crivo igual ao da norma infraconstitucional. Analisando esta classificação, percebe-se que, nos países que adoram a Constituição flexível para o seu ordenamento jurídico, se uma lei ordinária alterar o texto constitucional, esta norma não será declarada inconstitucional por ser considerada emenda ao Texto Magno.

Para Moraes (2013, p. 9), a constituição dita semiflexível é um meio termo entre a constituição rígida e a constituição flexível, “na qual algumas regras poderão ser alteradas pelo processo legislativo ordinário, enquanto outras somente por um processo legislativo especial e mais dificultoso.”.

A Constituição que for reconhecida como semirrígida será aquela que parte do seu conteúdo poderá ser emendada com o crivo de análise diferenciado das demais leis e a outra parte será modificado como uma simples norma infraconstitucional.

Ela deterá segmentos normativos de análise tanto das Constituições rígidas como das flexíveis. Lenza (2015, p.102) cita como exemplo a primeira Constituição do Brasil, de 1824. Esta Magna Imperial normatiza no art. 178 que: “É só constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias”.

Pedro Lenza (2015, p.103) leciona que há, ainda, a característica da imutabilidade constitucional. São aquelas que nenhuma literalidade, nem entendimento interpretativo poderão ser modificados, perpetuando o Texto Magno de geração em geração para todo o sempre. Estas Constituições são consideradas verdadeiras relíquias históricas. Não existe nenhum exemplo, na atualidade, de Estados que adotaram esse tipo nos seus ordenamentos jurídicos.

Alexandre de Moraes (2013, p. 9) leciona que há constituições cuja imutabilidade é relativizada, quando temporariamente ela é inalterada por algum acontecimento legal que assim é normalizado em seu texto, ou seja, a Carta Magna normatiza um prazo em que não será modificada ou alterada pelo legislador constituinte reformador. Como exemplo, ele traz o artigo 174 da Constituição brasileira de 1824, que diz: “são passados quatro annos,

depois de jurada a Constituição do Brasil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Câmara dos Deputados, e ser apoiada por terça parte delles”.Contudo, o mesmo informa que esta constituição deve ser considerada como semiflexível porque o artigo 178, já citado, normaliza que “o que não for considerado constitucional por esta Carta Magna será modificado por lei ordinária”.

Analisando a atual Constituição de Portugal, encontra-se o instituto da imutabilidade de suas normas quando o Estado declarar guerra com outra nação, assim reza o artigo 289.º. No mesmo sentido, a Constituição brasileira de 1988 normaliza a imutabilidade no parágrafo 1º do artigo 60.

Alexandre de Moraes (2013, p. 10) ressalta e cita ainda que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 poderá ser considerada como superrígida, pois, além da alteração do seu texto ser mais solene e dificultoso que as demais normas infraconstitucionais, excepcionalmente o parágrafo quarto do artigo 60 estabelece a imutabilidade de certas matérias.

1.5.6. Quanto à extensão e finalidade

As constituições sintéticas seriam aquelas com poucos artigos, concisas, breves, sucintas, uma vez que o legislador originário quis regulamentar só os princípios estruturantes do Estado, a forma e o sistema de governo e sua administração pública. Deixa-se para o legislador derivado regulamentar todo o ordenamento jurídico, conforme os ditames políticos do Estado.

Lenza *apud* Paulo Bonavides (2014, p. 100) diz que estas constituições são resultado de uma estabilidade e apresentam uma “... flexibilidade que permite adaptar a Constituição a situações novas e imprevistas do desenvolvimento institucional de um povo, a suas variações mais sentidas de ordem política, econômica e financeira”.Caso fossem rígidas, elas não teriam uma resposta imediata à população, esbarrariam na rigidez dos limites constitucionais.

Nesse estudo, verificando as Constituições portuguesas, constata-se que a atual tem mais artigos que a presente Constituição brasileira, notou-se também que aquela buscou minuciosamente ordenar vários conceitos e princípios da vida dos cidadãos. Sob esse prisma, entendemos a Constituição da República Portuguesa de 1967 como extensivamente prolixa. Lenza *apud* Pinto Ferreira (2015, p. 100) cita como exemplo de uma Carta Magna sintética a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, e em oposição, é citada como analítica a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Analíticas são aquelas Constituições que abordam vários e amplos assuntos que o povo entende necessários serem resguardados no Texto Magno, para produzir seus efeitos, ou tem receio de que o legislador derivado não venha a legalizar ainda naquela geração o bem jurídico da vida.

Lenza *apud* Bonavides (2015, p. 100) leciona que as Constituições extensivas, prolixas, normalmente são aquelas que se fizeram pela consequência de duas causas: a preocupação de ter formado certos institutos de proteção eficaz e a obrigação estatal de manter a paz social entre os cidadãos e suas instituições públicas e privadas.

Depois de analisarmos cada tipologia das constituições e entendermos os movimentos constitucionais, a evolução histórica e social de cada um, e seus respectivos poderes, faz-se necessário identificar a classificação das Constituições dos Estados estudados para evoluirmos o estudo.

1.6. A classificação da Constituição portuguesa de 1976.

A Constituição portuguesa de 1976, segundo Canotilho (2015, p.215), é basicamente contida num único texto constitucional, unitextualidade, salvo algumas exceções do art. 290º, quando as leis posteriores a 25 de abril de 1974 serão consideradas leis ordinárias, fundando o instituto da desconstitucionalização. Salvo, ainda, algumas reservas do art. 292, que relata sob a vigência do Estatuto do território de Macau que, enquanto estiver sob a administração do Estado português, submeter-se-á aos ditames das normas de Portugal. O Estatuto do Território de Macau, Lei n.º 1/76, de 17 de Fevereiro, ainda esta com toda sua

vigência, mesmo com as alterações realizadas na década de noventa do século passado, que introduziu as Lei n.º 53/79, de 14 de Setembro, pela Lei n.º 13/90, de 10 de Maio e pela Lei n.º 23-A/96, de 29 de Julho. O Estatuto de Macau está em vigor.

Salvo, por fim, algumas restrições do art. 294 da Constituição portuguesa de 1976, que diz que a lei poderá precisar das tipificações constantes das normas para ofertar direitos aos cidadãos, na qual todos serão equiparados e fundamentados num texto único com “status” Constitucional. Mantendo em vigor, pelo instituto da desconstitucionalização da Carta Magna, a Lei n.º 8/75, de 25 de Julho, tendo sido alterada pelas Leis n.º 16/75, de 23 de Dezembro, e n.º 18/75, de 26 de Dezembro.

Este contexto de unitextualidade da Constituição deriva de dois fatores: primeiro, porque não existem “leis de emenda”, ou seja, só existem normas dentro da própria constituição, pois todas as alterações das reformas da Carta Magna serão postas dentro do Texto Constitucional no lugar adequado. Assim reza o artigo 287.º/1. “A qual normatiza que as alterações do Texto Maior da República serão botadas no espaço adequado, mediante as mudanças, as cerceamentos e os acréscimos imperativos da Assembleia Nacional. Segundo, porque não existem leis com valores constitucionais paralelas à Carta Magna, o que poderia haver choque de normas supremas, neste prisma normaliza o artigo 218.º/2, que a Constituição da República portuguesa, no seu novo texto, será publicada conjuntamente com a lei que a revisou.

Quanto à estabilidade, a Constituição portuguesa de 1976 classifica-se como rígida porque, para que haja o trâmite da revisão, deve-se preencher os pré-requisitos estabelecidos na Carta Magna, diferentes e mais dificultosos que as normas infraconstitucionais. Assim normaliza o artigo 161º: compete à Assembleia da República aprovar alterações à Constituição e aprovar os estatutos político-administrativos das regiões autónomas.

Neste contexto, também se encontra o artigo 166.º, o qual reporta a diferenciação de leis constitucionais, que fazem parte das revisões do texto constitucional, das leis orgânicas, quando regulam direitos e deveres estatais; e ainda, das leis “simples”, quando regulam direitos do cidadão; ainda das moções, quando quer censurar o governo; e das resoluções, quando a Assembleia da República ou a Comissão Permanente desta baixa um entendimento. Segundo o artigo n. 161.º da CRP, alínea a, normatiza que reveste a forma

de lei orgânica os actos previstos nas alíneas “a” a “f”, h, j, entre outros, do artigo 164.º, assim como os actos previstos nas alíneas “b” a “h” do artigo 161.º.

Ressalte-se, ainda, a fundamentação do artigo n.º 284.º, prevê que a Assembléia da República poderá rever a Constituição após cinco anos da data da publicação da última revisão ordinária, quando analisará todas as regras normatizadoras da Carta Magna, ou a qualquer tempo ela poderá promover uma revisão extraordinária do Texto Maior, desde que a solicitação seja chancelada por maioria de quatro quintos dos Deputados em efetividade de funções.

A estabilidade da Constituição portuguesa de 1976 é considerada como rígida porque também está substanciada na garantia contra constantes mudanças constitucionais. Canotilho (2015, p. 216) diz que “a rigidez da constituição é uma garantia contra mudanças constantes, freqüentes e imprevistas ao sabor das maiorias legislativas transitórias.” Esta rigidez tem o mesmo significado de garantia constitucional.

Quanto à extensão, a Constituição portuguesa de 1976 é analítica, pois, segundo Canotilho (2015, p. 217), além de “organizar e limitar o poder também o de conformar finalisticamente esse poder através da imposição de normas-tarefa e normas-fim”, o seu conteúdo analisa várias situações e bens jurídicos em benefício da coletividade, conforme estabelecem os artigos 35.º, 60.º e 66.º.

O primeiro número do artigo 35.º da CRP normatiza que todos os cidadãos portugueses têm o direito de solicitar e acessar seus dados informatizados, sobre os cuidados de outros, e que lhes digam respeito. O segundo estabelece que o conceito de dados pessoais será legalizado com uma lei infraconstitucional. O terceiro número, do referido artigo, determina que a informatização dos dados legalizados e em poder de outros não poderão ser utilizados para discriminações referentes a convicções filosóficas ou políticas sociais, de representação ou não, filiação a partidos políticos ou inscrição sindical e seus movimentos, fé religiosa ou movimentos homeomorfos, vida privada e convivência familiar, ainda, sem discriminação de sua origem ou convicção ética, com reservas legais.

Funda-se, neste prisma, o artigo 60.º da CRP, que obriga o Estado a cumprir determinadas tarefas sem esquecer de ofertar direitos aos cidadãos, como, por exemplo, os consumidores, que além da qualidade dos bens e serviços ofertados pelas empresas eles

têm o direito à informação do que está sendo consumido, sendo esta proteção seguradora de uma vida saudável, por outro lado o Estado manterá à segurança do interesse econômico.

Estabelece, ainda, no mesmo contexto constitucional, o artigo n.º 66.º, neste caso trata-se de uma obrigação difusa, que o Estado português deverá garantir a todos o direito a um ambiente de vida humana, sadio e ecologicamente equilibrado, além do dever de defender, o que será assegurado por órgãos públicos de fiscalização e manutenção do ambiente.

Quanto à Constituição portuguesa de 1976 classifica-se como programática, pois existem inúmeras ordens de programas governamentais obrigando a administração pública nas normas-tarefa e normas-fim. Assim normalizam os artigos n.º 9.º e n.º 80.º. Ressalta o artigo n.º 9.º que os afazeres fundamentais do Estado português, revelam uma garantia a independência de sua pátria e cria condições políticas, econômicas, sociais e culturais para manutenção da ordem nacional. Garante, ainda, os direitos fundamentais e normatiza as garantias de liberdades e o respeito pelos princípios Estatais, regulamentados no preceito do Estado Democrático de Direito. Deve-se, mais ainda, garantir e estimular a participação democrática dos cidadãos na ordem social dos problemas da nação portuguesa, sem olvidar o conforto e a condição de vida do povo e a equidade concreta entre os cidadãos portugueses.

Ainda a esse respeito, o artigo n.º 80.º estabelece o entendimento de que a organização econômica-social será embasada nos princípios da subordinação do poder econômico ao poder político democrático; tendo como a liberdade de iniciativa e de organização empresarial da economia mista, dentre outros preceitos, há Propriedade pública dos recursos naturais e de meios de produção, e bem como a interação dos sindicatos, que são organizações de representação dos trabalhadores e das atividades econômicas, para a definição das principais medidas econômicas e sociais da nação.

Estas normas estabelecem programas obrigatórios para cada governo efetuar em sua administração, estabelecem metas, tarefas e compromissos para chegar-se a um fim. Para entendermos melhor este sentido obrigatório constitucional, passaremos a analisar a organização do poder político, o sistema e a forma de governo geral e, posteriormente,

classificaremos cada Estado lusófono estudado. Com isso, chegaremos ao estudo da soberania dos poderes estatais, com ênfase no Poder Legislativo e no Judiciário.

1.7. Organização do poder político, sistema e forma de governo

Neste tópico, analisaremos o poder político, o sistema e a forma de governo, suas características comuns e peculiaridades históricas. Após a organização destes, classificaremos cada Estado estudado e o direito de cada um.

O bem jurídico é o direito que todos nós temos de querermos nos proteger dos ditames de outrem, seja individual, coletivo ou estatal. Para resguardar o direito, o Estado tem a possibilidade de obrigar outros a fazer ou não fazer algo em benefício da proteção do bem jurídico.

Aqui vale ressaltar que a força do Estado para proteger o bem jurídico só é considerada essência quando for direcionada a todos os cidadãos, quando o governo for democrático. Quando o Estado estiver sendo governado por uma ditadura, esta força será uma das condições de existência do governo ditatorial, e não força coercitiva da ordem jurídica para obrigar algo a alguém.

Há quem diga que existem três fases progressivas deste poder: poder difuso, poder pessoal e poder institucionalizado. Estas etapas não essencialmente se suprem, podendo retroagirem. A primeira está relacionada a pressões externas, como as tradições, os costumes e os cultos religiosos, por isso não há um órgão particularizado para prover o poder. No segundo, há um órgão específico que emite o poder, que é tido como propriedade do governo para impor quando legalmente for necessário. O terceiro passa a existir quando o Estado está estruturado e organizado, servindo para o cumprimento da ordem social, obedecendo as normas jurídicas já preestabelecidas.

As formas de governo, ou sistema político, para Aristóteles, vão determinar quem manda no Estado sobre a sociedade. Para o fundador da ciência política, subdividem-se em formas puras e formas desviadas.

As formas puras subdividem-se em três: monarquia, república e anarquia, contudo só as duas primeiras estão presentes no mundo moderno. A monarquia predominou até no século XVIII, quando a família real liderada pelo rei (rainha) governava o país, após este século muitas famílias tiveram que renunciar o trono, ou perderam por revoltas populares ou ainda abdicaram parte do poder para não deixar o trono.

Aristóteles construiu sua teoria política a partir do exame de inúmeras Constituições concretas. Disso resultou a aceitação, por parte do filósofo grego, da ideia de Constituição mista, ou seja, aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o exercício do governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todos. Assim, a melhor Constituição é a mista, porque só ela tem em conta, ao mesmo tempo, os ricos e os pobres.

(CARVALHO, *op cite* ARISTÓTELES. Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo. p. 149)

A república é a forma de governo que limita o tempo do governante no poder. A segunda divisão de Aristóteles tem a ver com as formas impuras de governo: a tirania, a oligarquia e a politeia. Essas não constituem foco de nosso estudo, por isso não serão definidas aqui.

Como se trata de um trabalho comparativo das formas de governo entre Brasil e Portugal, menciona-se apenas que, quanto à forma autocrática de governo, conceitua-se como “*passer*” a época da ditadura e a monarquia absolutista; quanto à forma democrática, menciona-se “*détaillé*” a democracia direta, indireta, semidireta ou democracia orgânica, sendo esta o parlamentarismo, o presidencialismo ou semipresidencialismo.

O sistema de governo é a configuração pela qual o poder governamental é dividido e vai determinar como manda o governo. Atualmente duas são as formas mais utilizadas, o parlamentarismo e o presidencialismo. Neste, fundado com os Estados Unidos da América, o executivo exerce plenamente o governo ocupando os cargos de chefe de governo e chefe de Estado da nação e naquele (parlamentarismo) fica subordinado às ordens do parlamento do Estado.

A forma de governo e o sistema de governo nunca podem ser confundidos com a forma de Estado como a nação se apresenta para o mundo: o Estado unitário e o federado. O primeiro é uma forma de composição do território concentrado nas mãos do governo central e sem subdivisões autônomas com outros entes, pode-se até delegar competências

aos órgãos internos, mas estes só podem ser criados e extintos conforme os ditames do governo geral. Este estado foi fundado na Constituição portuguesa de 1976.

O segundo (Estado Federado) foi a forma fundada pelos Estados Unidos da América para dar autonomias às treze colônias americanas, que se declararam independentes da Inglaterra, formando o país. Esta forma de Estado subdivide competências internas, descentralizando o governo e instituindo outros entes federados.

A Constituição brasileira de 1988 instituiu a República Federativa como soberana e criou os entes da União, Estados-membros, Distrito Federal e municípios, como entes autônomos e independentes, uma vez criados só podem ser extintos legalmente se fundamentado em plebiscito.

Depois de cumprido o desafio de classificar cada Constituição, verificar cada forma de Estado, seus sistemas e formas, entendendo os aspectos formais de cada ordenamento jurídico estudado, e após analisar a evolução dos movimentos constitucionais e a divisão dos poderes, agora passaremos a observar os métodos de interpretação, integração e aplicação das normas constitucionais de cada Estado. Isso é necessário para prosseguir nossos estudos e fundamentar quem detém Soberania para decidir sobre os Direitos Fundamentais, se é o Parlamento ou o Tribunal Constitucional.

1.8. Métodos de interpretação, integração e aplicação das normas constitucionais

A palavra intérprete vem do latim *interpres*, que relembra àquele que descobria o futuro das pessoas nas entranhas das vítimas ofertadas por elas. No ordenamento jurídico atual, dizer sobre interpretação da norma se refere à busca da verdadeira intenção da lei sob o ordenamento jurídico segundo um ou alguns métodos utilizados pelo jurista ou doutrinador.

Para auxiliar o intérprete jurídico nos conflitos entre direitos e bens constitucionais protegidos (saúde pública, família, idoso etc.), recorre-se, em termos interpretativos, aos Princípios Fundamentais da República Federativa e da enunciação dos Direitos e Garantias Fundamentais. Gilmar Mendes e Paulo Branco (2015, p. 81) lecionam que “interpretar a Constituição é buscar conhecer um ato normativo, uma lei; mas, quando comparado com a

interpretação típica dos outros ramos do Direito, a interpretação constitucional se cerca de características distintas, que lhe desenham um campo único”.

Alexandre de Moraes (2013, p.15) leciona que a Constituição Federal deverá sempre ser interpretada, pois somente com a união da Carta Magna com as características históricas, políticas, ideológicas do momento é que será possível encontrar o sentido da norma jurídica e ofertada a plena aplicabilidade da lei ao ordenamento jurídico pátrio.

Ana Paula de Barcellos, no artigo *Ponderação, Racionalidade e Ativismo Jurisdicional* publicado no livro “A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil” por Luis Roberto Barroso (2007, p. 261), corrobora esse entendimento de interpretação, que se deve utilizar a ponderação das normas constitucionais nos casos concretos: “a ponderação submete esses enunciados a um exame cujo objetivo é de certo modo, verificar a conveniência de sua aplicação ao caso, a despeito de o juízo acerca de *prós e contras* já ter sido feito pelo Legislador.”

Barcelos, por sua vez, vem demonstrar que, quando o magistrado for interpretar as normas constitucionais conflitantes para aplicar em certo caso, o juiz deverá utilizar, além de outros meios de convencimento, a ponderação do ordenamento jurídico pátrio, principalmente quando ressaltar a norma de direitos humanos.

Quando o magistrado vai elaborar a sua tese na decisão no caso concreto, ele deve, de início, fazer a ponderação consistentes nos enunciados normativos, aparentemente em conflito. Barcelos *op cite* Barroso (2007, p. 266) “A identificação de todos os elementos normativos que devem ser levados em conta em determinado caso é vital para que a ponderação se desenvolva sem maiores distorções.”

Canotilho (1941, pp. 1223/1225) destaca vários princípios interpretativos das normas constitucionais entre si e das normas constitucionais com as leis infraconstitucionais, tendo as primeiras os seguintes princípios interpretativos.

a) o princípio da unidade da constituição, segundo o qual a Carta Magna e seus vários preceitos normativos devem evitar contradições para que não haja desacordos legais, evitando as antinomias e os antagonismos dentro do ordenamento jurídico.

b) o princípio do efeito integrador, percorrendo próximo do princípio da unidade, segundo o qual, quando se for resolver os problemas jurídico-constitucionais, deve-se dar primazia à integração política e social da norma.

c) o princípio da máxima efetividade, que caminha próximo do princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, buscando a máxima eficiência das normas. Canotilho acrescenta que este princípio iniciou os seus estudos nas normas programáticas, mas atualmente este princípio também está sendo suscitado para interpretar os direitos fundamentais.

d) o princípio da “justeza” ou da conformidade funcional, que busca a justeza e a autonomia dos entes públicos, bem como a não submissão de um poder noutro. Este princípio, muito utilizado pelo Tribunal Constitucional, será invocado toda vez que se for decidir e estabelecer a ordem pública conforme os ditames da prudência e da não interferência de um poder noutro.

e) o princípio da concordância prática ou da harmonização: ao analisar os bens jurídicos envolvidos na lide deve ser casado com o princípio da unidade e princípio do efeito integrador para que o bem jurídico que não for enaltecido nesta lide não venha a sofrer seus efeitos toda vez que, em casos concretos, estiverem em colisão, evitando o sacrifício total de um sobre o outro.

Canotilho ressalta que este princípio vem dizer que todos os princípios constitucionais estão em pé na mesma linha horizontal e equitativamente no mesmo valor normativo e, em casos concretos, ora um será enaltecido, ora poderá ser outro.

f) o princípio da força normativa da constituição, que buscará enaltecer os direitos fundamentais toda vez que os pressupostos da constituição estiverem em colisão com outros, buscando respostas na solução dos problemas jurídico-constitucionais.

Martins (2005, p.131) corrobora com esse pensamento quando informa que, para compreender a vontade objetiva do legislador, são permitidos todos esses métodos interpretativos, que não se excluem entre si, mas se completam numa teia hermenêutica.

Mendes e Branco (2015,p.81) afirmam que a Constituição está repleta de termos vagos e plurívocos. Nela se aninham aspectos divergentes e se seguem procedimentos de

promessa, por meio das quais se preterem para a vida política ordinária as disposições valorativas apenas reguladas pelo constituinte.

Silva Neto (2013, p. 87) ressalta que, na interpretação de alguns princípios constitucionais, havendo colisão entre eles, ao magistrado competente a ação de interpretar o direito no caso concreto, e deverá utilizar o princípio da proporcionalidade para decidir a querela entre os bens jurídicos constitucionais.

A segunda teoria de Canotilho terá o princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição, ou seja, todas as normas legais devem sempre obediência ao texto compreensivo da Constituição do Estado Democrático de direito.

Mendes e Branco relatam que a interpretação constitucional tem como projeção de colisão sobre todo o direito positivo do Estado, já que a Constituição é a norma máxima de um ordenamento jurídico e a grande fonte de legitimidade formal desta ordem. Dispõem o Texto Máximo sobre os entes estatais e os poderes supremos deste. (2015, p. 81) “A interpretação constitucional não se desprende, tampouco, de uma ineliminável pressão ideológica e política”.

A interpretação das normas conforme a constituição do Estado vem trazer uma segurança no ordenamento jurídico deste, unificando o sentido das leis conforme os ditames do Texto Máximo. Sendo a Constituição o texto legítimo e instituidor do Estado, as normas infraconstitucionais deve submissão aos seus preceitos, princípios e normas.

Após análise das interpretações dessas normas e princípios constitucionais, faremos agora a aplicação destas normas em consonância com os atuais ordenamentos jurídicos lusófonos. Verificaremos se há efetividade das normas constitucionais em cada ordenamento jurídico. Só depois desta análise é que poderemos nos aprofundar mais ainda para podermos concluir, no cerne do estudo, quem detém a soberania para “dar” os direitos fundamentais, se é o Parlamento, com suas legalizações, ou o Tribunal Constitucional, com suas interpretações.

1.9. Aplicação das normas constitucionais

Em geral, todas as normas constitucionais apresentam eficácia, algumas jurídicas e sociais e outras apenas jurídicas. Pedro Lenza *apud* Michel Temer (2014, p.251) explica que a “*eficácia social*” é notada quando, na hipótese de uma norma a ser criada, será aplicada num caso concreto. E a “*Eficácia jurídica*”, por sua vez, é notada quando a norma está apta a produzir todos os seus efeitos nas relações concretas.

José Afonso da Silva leciona que há três tipos de aplicabilidade das normas constitucionais, a saber: de eficácia plena, contida e limitada. Ressalta, também, que aqui não se questiona a eficácia das normas constitucionais, pois todas as normas são eficazes, mas sim a aplicabilidade mediata ou imediata destas normas em um Estado democrático de direito.

Alexandre de Moraes *apud* José Afonso da Silva (2013, p.11) explica que as normas de eficácia plena são aquelas normas que, após o *vacatio legis* de sua publicação, entrará em vigor, passando a produzir todos os seus efeitos essenciais, ao qual o legislador constituinte quis legalizar, sem a normatização de lei infraconstitucional para ofertar os direitos e garantias para produzir seus efeitos.

A norma de eficácia plena é de aplicabilidade direta, imediata e integral. Alexandre de Moraes (2013, p.11) instrui que a norma está apta a produzir todos os seus efeitos independentes de outras normas integrativas, pois o legislador quis regulá-la direta e imediatamente. O que não prejudicará a eficácia da norma se houver a recepção de lei anterior ou a legalização do Texto Constitucional com norma integrante ao ordenamento jurídico.

Neste ponto, entendeu o Tribunal Constitucional português no Acórdão N° 7/83, de 26 de julho de 1983, quando decide não tomar conhecimento de um pedido de declaração de inconstitucionalidade no processo N° 76/83, tendo como requerente o procurador-geral-adjunto da República. Fundamentou a Corte⁹ que o Procurador-Geral da República adjunto no Tribunal Constitucional não tem, por conseguinte, legitimidade para requerer aquela

⁹ Aqui se entende que estamos nos referindo ao Tribunal Constitucional português.

declaração já que deve figurar no pólo ativo da demanda o Procurador-Geral da República, e não o adjunto. Da mesma forma decidiu o STF na súmula 614¹⁰.

No mesmo entendimento de aplicabilidade direta, imediata e integral, demonstrada por Alexandre de Moraes, decidiu o Supremo Tribunal Federal brasileiro na Súmula 642, que normatiza: “Não cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei do Distrito Federal derivada da sua competência legislativa municipal”. A esse respeito, há de verificar-se a Lei Orgânica do Distrito Federal já que a Constituição Federal brasileira proíbe taxativamente o controle de constitucionalidade de lei municipal pelo STF¹¹.

Pedro Lenza (2014, p.251) explica que esta eficácia aproxima-se do entendimento do que a doutrina norte-americana chama de normas autoaplicáveis ou autoexecutáveis (*self-executing*, *serl enforcing* ou *self-acting*). Pontes de Miranda (1967, p.126) acrescenta que esta é o contrário da norma de eficácia limitada, a qual equipara-se às normas constitucionais não autoexecutáveis ou não autoaplicáveis (*not self executing*) da doutrina norte-americana, passando a precisar de uma norma infraconstitucional para aplicação dos seus efeitos.

Nesse sentido, sobre as normas de eficácia limitada, nota-se que o legislador ofertou o direito, mas esperará por uma nova legislação para legalizar o direito, haja vista que a idéia deverá ser mais bem amadurecida no mundo jurídico, que ele não se sentiu capaz de legalizar no todo ou não visualizou o todo da regulamentação para fundamentar as relações sociais. Há quem entende que uma vez legalizada a norma de eficácia limitada o legislador só poderá revogá-la se instituir outra norma no seu lugar.

Aqui a doutrina moderna acrescenta, ainda, duas subdivisões, que são as normas de princípio institutivo e as normas de natureza programáticas. A primeira depende de lei para dar corpo às instituições, pessoas e órgãos previstos na Carta Magna; a segunda estabelece programas que deverão ser desenvolvidos por leis infraconstitucionais. Estas aqui são consideradas para Jorge Miranda como sendo de aplicação diferida, e não de aplicação imediata, pois ele acrescenta que, mais do que comandos-gerais, elas explicitam comandos-valores.

¹⁰ Súmula 614 do STF - Somente o Procurador-Geral da justiça tem legitimidade para propor ação direta interventiva por inconstitucionalidade de Lei Municipal.

¹¹ Supremo Tribunal Federal

Alexandre de Moraes (2013, p. 11) acrescenta uma terceira divisão para a aplicação das normas, que são as normas de eficácia contida. São aquelas normas constitucionais cujos efeitos foram restritos pelo legislador a favor de outra norma constitucional ou de uma lei infraconstitucional, não se entendendo esta como inconstitucional, mas como uma norma que legaliza a ordem constitucional.

Normas constitucionais de eficácia contida são aquelas em “que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabeleceu ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados”.

(MORAES, Direito Constitucional. 2013)

Alexandre de Moraes (2013, p.12), ao explicar a norma de eficácia contida, segundo os ensinamentos de José Afonso da Silva, dá o exemplo do artigo n.º 5º, inciso XIII, da Constituição da República brasileira de 1988, a qual normatiza que no Brasil será livre o exercício de qualquer profissão, ofício ou trabalho, sendo atendidas as qualificações de cada profissão que a lei nacional estabelecer. Nota-se que o legislador, na primeira parte deste inciso, fortaleceu o texto constitucional e que seria o texto de eficácia plena se não houvesse a limitação da parte final da norma quando diz que serão atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Alexandre de Moraes *apud* Michel Temer afirma que o termo utilizado por José Afonso da Silva – normas de eficácia contida – não está adequado, seria melhor denominá-las de *normas de eficácia redutível ou restringível*, por serem de aplicabilidade imediata ou plena, embora sendo reduzida ou restrita nos casos que a norma abreviar seus efeitos.

Esta norma de eficácia contida não é reconhecida pela doutrina norte-americana, pois lá, diferente da doutrina brasileira, só normatizam os casos autoexecutáveis e não autoexecutáveis. Entendemos que o engessamento da doutrina levaria à dominação de uma geração noutra, que a primeira normalizaria todo o entendimento jurídico e que as demais seguiriam obrigatoriamente as ordens do ensinamento original.

Maria Helena Diniz, neste nosso entendimento de liberdade cognitiva, acrescenta uma nova espécie de classificação das normas constitucionais, tendo como critério de análise a intangibilidade e a produção dos efeitos concretos da norma. Trata-se de norma de eficácia absoluta.

Alexandre de Moraes *apud* Maria Helena Diniz (2013, p. 12) informa que as normas constitucionais de eficácia absoluta são aquelas normas intangíveis; “contra elas nem mesmo há o poder de emendar. Daí conterem uma força paralisante total à legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrariá-las”. Acrescenta, diferenciando esta da norma de eficácia plena, que, mesmo tendo a aplicação imediata, são entendidas, na sua essência, na união com outras normas e princípios constitucionais.

Alexandre de Moraes traz o exemplo do texto constitucional que ampara a federação, fundamentado no artigo primeiro, com o voto direto, secreto, universal e periódico, no artigo quatorze, com a impossibilidade da separação de poderes, no artigo segundo, e os direitos e garantias individuais do artigo quinto, inciso um a setenta e sete, todas as normas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Jorge Miranda (2007, p.280), antes de explicar as classificações de aplicabilidade das normas *self-executing* e *not self executing*, leciona que há duas grandes espécies: a primeira de classificações gerais de normas-regras e a segunda de classificações com especialidades no Direito Constitucional e dele específicas.

A primeira está subdividida e é de grande interesse e relevância para o estudo do Direito Constitucional: normas permissivas, prescritivas e proibitivas, das quais prescrevem ou decaem determinados atos ou comportamentos; as normas gerais e normas especiais, que dispõem sobre a generalidade dos fatos ou sobre as condições especiais de cada caso; as normas de direito comum e normas de direito particular, que normatizam as pessoas ou categorias; as normas gerais e normas excepcionais; e as normas substantivas e normas adjetivas, regulando situações do ordenamento jurídico. A segunda está subdividida em normas constitucionais materiais ou de fundo, orgânicas ou organizativas, e procedimentais ou de forma.

Há diferenças entre as normas constitucionais exequíveis¹² e não exequíveis¹³ por si mesmas. As primeiras normas são autoexecutáveis, ou seja, não precisam de outra norma para serem aplicadas; já as segundas carecem de uma norma para serem aplicadas na vida real; já as normas constitucionais em si e as normas sobre normas constitucionais diferem

¹² *self-executing*

¹³ *Not self-executing*

porque as primeiras são específicas para uma regulamentação constitucional, por exemplo será a forma de estado, de governo e regime adotado pelo Estado, e a segunda são as normas que precisam de uma regulamentação para ser legalizadas, por exemplo, são as normas constitucionais que, geralmente, ofertam direitos sociais e para que venha surtir efeitos faz-se a necessidade de uma lei infraconstitucional.

Este juízo é de admirável saber, pois, para entender e interpretar a norma, o aplicador deverá ter um conhecimento profundo do Texto Magno, com fundamentações e colocações hermenêuticas para construir uma posição decisiva no caso em tela. Este foi o posicionamento do Tribunal Constitucional Federal na decisão de 7 de maio de 1953 – *BverfGE* 2, 266, [282], citado por Martins, quando foi requerido do Tribunal que a norma infraconstitucional fosse interpretada conforme a Carta Fundamental vigente.

Feito esse estudo, passaremos agora às características das normas sob a análise dos principais poderes pesquisados, Legislativo e Judiciário, para responder à questão central da pesquisa: quem detêm a soberania para “ofertar” os direitos fundamentais em cada ordenamento jurídico? Concluiremos com a junção dos pensamentos de vários doutrinadores, dentre eles Jorge Reis Novais.

2. CARACTERÍSTICAS DAS NORMAS SOB A ANÁLISE DOS PODERES LEGISLATIVOS E JUDICIÁRIOS.

Ao Poder Legislativo, segundo a teoria da separação dos poderes, é atribuída a função de legislar, de criar as leis, regulamentar o Estado e os cidadãos, bem como de fiscalizar o Poder Executivo. Já ao Poder Judiciário, conforme a mesma teoria, ficou atribuída a função de julgar, de decidir o caso concreto em consonância com as leis do Estado.

Cada Estado moderno, ao se concretizar, formula uma constituição originária, informando os seus limites e funções estatais, bem como os direitos e garantias individuais. O poder constituinte é a ordem criadora da organização do Estado. O poder constituído do Estado tem a função de continuar com a reformulação, reformar e emendar a constituição.

Mendes e Branco (2015, p. 103) informam que o poder constituinte originário, desde a Revolução Francesa, é considerado como a “magnitude que fundamenta a validade da Constituição”, reconhecido pelo movimento constitucionalista, mantido pela força política daquele Estado.

O primeiro Poder que cria o Estado é também o inicial deste para criar as normas constitucionais, seus limites e subordinação, é supremo, independente e não se sujeita a nenhuma norma jurídica inicial (MENDES e BRANCO, 2015, p.105), contudo, entendimento contrário de Lenza *op cite* Canotilho leciona que a Assembléia Constituinte deverá respeitar os laços de costumes dos cidadãos, respeitando e repetindo estes preceitos no novo texto constitucional (LENZA, 2014, p. 66). Ressaltam Mendes e Branco (2015, p.105) que este Poder não se desfaz, depois que promulga a Constituição do Estado, e sim fica em estado de latência, é a assembléia que se desfaz, mas poderá ser chamada a qualquer momento com os mesmos poderes infinitos.

Neste prisma, vamos nos aprofundar no estudo do Poder Constituinte. Sabe-se que este poder poderá deter os três poderes, contudo, nos países ocidentais democráticos, em sua grande maioria, este só detém o Poder Legislativo originário.

2.1. Poder constituinte

O Poder Constituinte, terminologia adotada por Canotilho, e Poder Constituinte Originário, adotado por Lenza, é aquele que origina a Carta Suprema do Estado. Já o Poder Constituído, adotado pelo primeiro autor e Poder Constituinte Derivado, adotado pelo segundo, ou Poder de Reformar adotado por Gilmar Mendes, ministro do STF, é o Poder de emendar ou reformar a Constituição do Estado, ficando limitado ao critério material e formal estabelecidos na Carta Magna Política do Estado.

Gilmar Mendes e Paulo Branco (2015, p. 117) ressaltam que o poder constituinte originário é ilimitado e como tal o controle de constitucionalidade exercido pela Assembleia Nacional Constituinte é feito na votação do Texto Constitucional. Após desfazer a Assembleia Nacional Constituinte, “não há se cogitar de fiscalização de legitimidade por parte do Judiciário de preceito por aquele estatuído”, o povo elege o poder constituído, que é limitado e fiscalizado pelos poderes da República.

O Poder Constituinte é o Poder máximo de soberania do povo de uma nação, ele limita a força do Estado, as prerrogativas de cada função estatal, a manutenção dos Entes e, em regra, os direitos e garantias individuais e coletivos de seus cidadãos.

O Poder Originário é tão forte, que as normas que ele edita não podem ser vistoriadas pelo Poder Judiciário em Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, contudo poderão ser emendadas ou revistas se assim o Originário quiser que faça o Derivado.

Instituindo em cada Carta Magna, as revisões e as emendas Constitucionais foram encontradas em seus textos originários. Exemplos se verificam na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no art. 3º dos Atos de Dispositivos Constitucionais Transitórios. Cito: “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral”,

Recurso semelhante há na Constituição da República de Portugal de 1976, segundo o artigo n.º 284.º/2, ressaltando que a Assembleia da República poderá vir avocar, a qualquer instante, os poderes constituintes para revisar extraordinariamente a Constituição

portuguesas. Desde que seja a reivindicação chancelada por maioria de quatro quintos dos Deputados da Assembléia Nacional.

Este Poder cria a forma de Estado que pode ser uma Federação¹⁴, que unifica vários Estados autônomos dando soberania ao povo, que podemos citar como exemplo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao instituir a República brasileira com vários entes federados; pode criar um Estado Unitário, o qual será soberano e sem Estados-Membros, temos como exemplo a Constituição da República portuguesa de 1976 que instituiu a República de Portugal unificando todo o Estado numa única nação. Cria também os poderes estatais, que em regra doutrinária são três: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, bem como legaliza e institui o Poder constituído, que é aquele que vai governar, julgar e normatizar o novo Estado.

2.2. Poder constituído

O Poder Constituído nasce da vontade do Poder Constituinte de dar origem ao novo Texto Constitucional, apresentando as características do Poder derivado, subordinado e condicionado (MORAES, 2013, p.27); que pode classificar-se quanto à forma, escrito ou não escrito; quanto à elaboração, pode ser dogmático ou histórico; quanto à estabilidade, pode ser imutável, ficando para o legislador derivado só a regulamentação das leis infraconstitucionais; será rígido quando ele, ao modificar o texto constitucional, utiliza um trâmite mais solene e dificultoso de criação das leis, pode ser flexível quando o Texto Maior e as leis puderem ser revistos com a mesma solenidade, sem nenhuma diferença; e pode ser semirrígido, quando parte é modificada com um trâmite mais solene e outra parte pode ser modificada igual ao texto infraconstitucional.

Vale ressaltar que José Afonso da Silva acrescenta a classificação de Superrígida, dando como exemplo o parágrafo quarto do artigo 60 da CRFB/88, que determina a petrificação de alguns institutos sensíveis da Constituição.

O ordenamento jurídico criado pelo Poder Originário também pode aceitar os institutos da revogação, quando uma norma posterior revoga a anterior; o instituto da

¹⁴ A primeira federação é datada de 1787 com a Constituição dos Estados Unidos da América.

recepção, quando leis anteriores ao atual ordenamento são validadas e continuam suas vigências conforme os preceitos do atual ordenamento; repristinação, quando lei revogada volta ao ordenamento jurídico por ter a lei revogadora perdida sua vigência; e o instituto da desconstitucionalização, quando a atual Constituição aceita normas da Carta Magna anterior com “status” de lei.

O novo ordenamento jurídico aceitando estes institutos e definindo suas classificações, a Constituição, deverá ser outorgada ou promulgada, tornando-se vigente, válida e legítima para todo o Estado, e dependendo da estabilidade, se não for imutável, a sua eficácia poderá ser questionada no controle de constitucionalidade.

O Poder derivado tem a principal função de revisar as normas do ordenamento jurídico, ele subdividiu-se em duas características, reformador e decorrente (MORAES, 2013, p. 27). O primeiro tem competência reformadora, que consiste na possibilidade de alterar o texto constitucional, respeitando os ditames da Carta Magna, e será exercido pelo órgão competente, que detém jurisdição em todo o Estado, seja ele unitário ou federativo.

O segundo consiste na possibilidade que os Estados-Membros têm, em decorrência de sua autonomia político-administrativa, de se auto-organizarem por circunstância de suas relativas constituições estaduais, acatando os limites da Constituição Federal.

2.2.1. Revisão constitucional

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) foi promulgada em 05 de outubro de 1988. No Texto Constitucional, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o artigo 3.º normatiza: “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional em sessão unicameral”.

Como se vê, a Carta Maior brasileira orientou ao Poder Derivado que este estava autorizado a realizar uma reforma no texto constitucional, respeitando as cláusulas pétreas (art. 60, §4º). Realizada a revisão com a Comissão de Revisão, houve seis grandes mudanças constitucionais, sendo todas publicadas no ano de 1994.

A Emenda Constitucional de Revisão n.º 1 instituindo o Fundo Social de Emergência; n.º 2, estendendo aos demais titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República a obrigação de comparecerem perante o Congresso Nacional quando oficialmente chamados; n.º 3, ampliando as hipóteses de nacionalidade brasileira; n.º 4, instituindo obrigação de análise e promulgação de lei complementar para os casos de inexistência eleitoral; n.º 5, alterando para quatro anos o mandato do Chefe do Poder Executivo; e a n.º 6, que dispõe sobre a não interrupção do processo de cassação de mandato de parlamentar que renunciar ao cargo.

O processo de Revisão Constitucional brasileiro exaure-se conforme decisão da Suprema Corte¹⁵ nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 981/93 e 815/96, por entender que a Constituinte impôs uma única vez para revisar e, quantas vezes quiser, para emendar a Carta Magna¹⁶.

Além desta reforma, a Constituição brasileira de 1988 admite a principal modificação de seu texto, que é a Emenda Constitucional. Dentre as várias emendas, destacamos a de n.º 45, de 2004, que acrescentou o parágrafo terceiro ao artigo quinto a Constituição, criando novo modelo de reforma, segundo o qual os tratados e convenções internacionais que versarem sobre direitos humanos e que ao ser aprovados no congresso nacional, nas duas casas legislativas, em dois turnos, por maioria qualificada de três quintos dos votos dos respectivos membros terão estes tratados a natureza de “status” de Emenda Constitucional. A normatização de tal artigo diz respeito aos tratados internacionais de direitos humanos votados como Emenda Constitucional que se juntarão ao rol dos direitos fundamentais elencados no Texto Maior e, se forem considerado de direitos e garantias individuais, serão petrificadas conforme o parágrafo quarto do artigo 60 da Constituição brasileira de 1988.

A revisão constitucional da Carta Maior portuguesa de 1976 será única e exclusivamente por revisão, seja ordinária ou extraordinária, a primeira será de cinco em cinco anos, a segunda será todas as vezes que for solicitada pela Assembleia da República e obtiver o coro mínimo exigido pela Constituição portuguesa. Não prestigia, portanto, a reforma das normas por emenda à constituição. Neste prisma de entendimento, o próximo

¹⁵ Aqui se entende que estamos nos referindo ao Supremo Tribunal Federal brasileiro.

¹⁶ Aqui se entende que estamos nos referindo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

tópico de estudo é a revisão da constituição por Emenda, que abordarão as normas da Constituição brasileira.

2.2.2. Emenda constitucional

A atual Constituição do Brasil também normaliza o Poder Reformador do Texto Constitucional, ofertando ao Congresso Nacional o dever de emendar a Carta Magna de 1988 mediante proposta do Presidente da República ou de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; ou de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. A Constituição brasileira também acrescentou restrições às ementas em seu texto quando a nação estiver passando por momentos delicados que, possivelmente, poderiam abalar as estruturas democráticas.

Assim sendo, fica proibida a emenda à Constituição Federal de várias matérias elencadas no parágrafo quarto do artigo 60¹⁷, assim como o parágrafo primeiro desse mesmo artigo, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quando o Estado estiver sobre a vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

A Carta Magna da República Portuguesa de 1976 não possui em seu texto o instituto da reforma constitucional por emenda, entretanto, diferentemente no modo de elaboração da brasileira, ela também tem expressamente a revisão constitucional em seu texto, contudo não está exaurido como o da antiga colônia, pois este instituto orienta a revisão da Carta Magna a cada cinco anos após a última revisão ordinária, e em qualquer período será realizada a sessão extraordinária quando os deputados colherão assinaturas suficientes, entre seus pares, para abrir a sessão de revisão. Após aberta a sessão, votarão com maioria

¹⁷§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

de dois terços dos membros da Casa Legislativa para que haja a mudança no texto constitucional. Encontra-se a fundamentação nos artigos 284º, 285º e 156º da CRP/1976.

Estes institutos de revisão e reforma são inerentes à soberania do Poder Legislativo, introduzidos pela Constituinte na Carta Magna do Estado para atualizar o texto constitucional perante a sociedade civil. Limita o Poder Constituído nas nuncias da Constituição do Estado e no Controle de Constitucionalidade do Poder Judiciário (MENDES e BRANCO. 2015, p.120). Esta questão será tratada no próximo item deste trabalho.

2.2.3. Controle de constitucionalidade da reforma constitucional

No momento da reforma da norma constitucional, ainda no processo de elaboração e votação do projeto, não há que se falar em controle constitucional pelo Poder Judiciário, pois este Poder só examinará normas válidas, projeto de lei ainda não está no ordenamento jurídico do Estado. Contudo, entendeu o Supremo Tribunal Federal que há controle de constitucionalidade pelo poder Judiciário no momento em que ainda é um projeto, desde que pese sobre direitos do exercício do parlamentar.

O representante do povo membro do Poder Legislativo, no Brasil, será o representante do Congresso Nacional, que pode ser o Senador ou o Deputado Federal; em Portugal, será o membro da Assembléia da República, que são os Deputados.

Entendeu o Supremo Tribunal Federal que na constrição dos direitos de um membro do Congresso Nacional ao sofrer o seu direito de votar no projeto de lei ou na proposta de emenda à constituição, deixando de exercitar seus direitos de representante do povo brasileiro, este terá o direito de ingressar com Mandado de Segurança para exigir direito líquido e certo contra a autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício do Poder Público que o prejudicou e retornar ao estado anterior da norma.

O Mandado de Segurança não é meio jurídico cabível para verificar em forma de Controle de Constitucionalidade a lei ou a emenda constitucional votada num processo vicioso, contudo, quando o parlamentar e só o parlamentar propõe o remédio constitucional para solicitar o seu direito líquido e certo, enquanto representante do povo, o Supremo em

sua decisão examinará ordenando o saneamento do vício, retornando todos os atos corrompidos até o momento sem defeito.

Canotilho (1941, p. 960) leciona que este “vício de procedimento: automatizados pela doutrina mais recente (mas englobados nos vícios formais pela doutrina clássica), são os que dizem respeito ao procedimento de formação, juridicamente regulado, dos actos normativos”. Eles devem ser sanados pelo Tribunal Constitucional, saneador dos vícios constitucionais das normas.

O Tribunal Constitucional português, na fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade e da legalidade das normas, decidiu no Acórdão N.º 207/02, de 21 de maio de 2002: “[...]; declara a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 127.º do Regulamento de Disciplina Militar, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142/77, de Abril, e não declara a inconstitucionalidade das restantes normas impugnadas.”

Demonstra, assim, o controle de constitucionalidade das normas perante a Constituição vigente. Tal decisão fortaleceu o entendimento constitucional da inamovibilidade do cidadão à justiça e, ainda mais, o juízo de que a Carta Magna portuguesa, neste ponto, não negou o acesso à justiça e não subdividiu a competência do Estado para outros entes públicos.

2.3. Poder constituinte derivado decorrente

O Poder Constituinte, ao normatizar a forma de governo, o sistema de governo e seu funcionamento também pode subdividir, delegar ou indicar competências para outros entes do Estado. Se o Estado for unitário, este poderá delegar competências para órgãos criados para gerir propostas constitucionais. Se for uma federação, a Carta Magna criará entes personalizados para subdividir ou indicar competências e objetivos programáticos de Estado.

A Constituição brasileira de 1988 no artigo n.º 1.º passou a entender que a República será formada pela união indissolúvel dos seguintes entes federativos: a União, os Estados Membros, o Distrito Federal, e os municípios; sendo o penúltimo equiparado legalmente aos estados-membros e municípios ao mesmo tempo, ao ser considerado para alguns

doutrinadores como estado *sui generis*. Neste caso, por ser uma federação republicana, foram instituídos como entes de direito público interno a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios.

A União tem a sua competência regulada no artigo 21 e a competência privativa de legislar no artigo 22; no artigo 23, o constituinte escreveu no Texto Maior que a competência será comum entre todos os membros; no artigo 24, normatiza-se a competência concorrente de legislar de todos os membros, com exceção dos municípios; no artigo 25, está prevista a competência dos Estados-membros e, nos artigos 29 e 30, dos municípios; no artigo 32, normatiza-se a competência do Distrito Federal.

A Constituição portuguesa de 1976 normatizou no artigo n.º 6º, que o Estado português será unitário, diferente do art. 1.º da CRFB/1988 que instituiu a Federação, contudo, a CRP/1976 fundamental o respeito as organizações e o funcionamento ao regimes autônomos e insular de alguns territórios, tendo como princípios basilares da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização da administração pública.

Para fortalecer a conclusão deste estudo, faz-se necessária a análise das normas infraconstitucionais no tempo, se há características de vigência e de eficácia da lei. Se a nova Constituição revogou a carta anterior por completa, se realizou a repristinação das normas infraconstitucionais dando vigência e aplicabilidade ao novo ordenamento jurídico. Estas questões serão esmiuçadas nos próximos itens.

2.4. Teoria do direito intertemporal

O estudo da teoria intertemporal das normas jurídicas representa um aspecto fundamental e determinante para conhecer o problema relativo à validade no tempo do elemento jurídico e suas representação nas características da vigência e da eficácia da normatividade legal (SOARES, 2013, p. 55). O autor destaca os seguintes problemas a serem buscados pela teoria: a) a cessação da vigência; b) a possibilidade de repristinação; e c) o binômio que polariza os fenômenos da irretroatividade e da retroatividade das leis e dos atos normativos.

A cessação da vigência da norma acontece pelas modalidades de término da vigência com a revogação, caducidade e desuso. Nos nossos estudos, acrescentamos a não recepção como modalidade final da norma. Visualizaremos, ainda, como estudo intertemporal das normas, o qual estende a vigência das leis no tempo, os institutos da repristinação e desconstitucionalização. Estes, além de outros, fazem parte preliminares de controle do ordenamento jurídico num Estado Democrático de Direito.

2.4.1. Caducidade e desuso das normas.

Segundo Soares (2013, p.55), a lei pode perder sua validade temporal por caducidade da norma, quando esta surge no ordenamento jurídico já predestinada a perder sua vigência por outra norma determinante ou assentado no seu próprio texto.

A Assembléia Nacional Constituinte da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao analisar a mudança do sistema jurídico, adotou medidas para a troca do ordenamento sem muitas perdas legais para a sociedade. Instituiu os incisos II e III do parágrafo primeiro do artigo 25 dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias, impôs a continuidade das análises para a vigência dos Decretos-Leis que ainda estavam em trâmite no Congresso Nacional e, se decorrido o prazo, seriam considerados rejeitados.

Neste mesmo sentido, podemos mencionar os decretos-leis que foram editados entre 3 de setembro de 1988 e a promulgação da Constituição, que foram convertidos em medidas provisórias, aplicando as regras destas normas, também podemos utilizar como exemplo, após a promulgação da atual Constituição, as medidas provisórias que têm força de lei a partir de sua publicação.

Ambos terão vigência de trinta dias, conforme o artigo 62 da Constituição de 1988¹⁸. Após a Emenda Constitucional nº 32, de 2001, as medidas provisórias passaram a ter

18. Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

sessenta dias de vigência, podendo ser prorrogadas por mais sessenta dias. Se não forem transformadas em lei, as medidas provisórias perderão sua eficácia.

O artigo 169.º/5 da Constituição portuguesa de 1976 apresenta o princípio da caducidade das apreciações parlamentares de atos legislativos quando decorrido o prazo para o pronunciamento ou votação das normas.

Soares (2013, p.55) traz, também, a forma de desuso da lei como configuração de perda da validade temporal, quando esta deixa de ser utilizada por ter sua força não mais admitida socialmente por desuso, perdendo sua vigência por ter a sociedade deixado de utilizá-la ou não aceitá-la.

Este instituto de validade das normas é bem visualizado no sistema *Common Law* na qual impera o princípio dos costumes locais como forma de criação das normas. No sistema *Civil Law*, é pouco comum e difícil de encontrar a derrogação da lei por ter a sociedade deixado de utilizá-la ou não aceitá-la.

Numa sociedade positivista, onde o que impera é a lei, deixar de utilizar a lei por não ser mais aceita pela sociedade é um pouco gravame para o sistema jurídico, pois só quem pode retirar a vigência da lei são as normas reguladoras do processo do sistema legislativo do Estado.

Há no Brasil um exemplo da cessação da norma por desuso, mas frisa-se aqui que ela ainda tinha sua vigência, no entanto não estava sendo aplicada por algumas autoridades brasileiras. Eis o exemplo: o Código Penal brasileiro de 1940, ainda em vigência no atual ordenamento, tinha o artigo 240 que tipificava o crime de adultério, sendo revogado pela Lei nº 11.106, de 2005, todavia muitos agentes da sociedade brasileira, no final do século XX e início do século XXI, não estavam aplicando está norma como meio de controle legal do Estado. Quebrava-se o contrato matrimonial e, quando processado o réu ou a ré, não eram punidos pela força da lei, mesmo tendo os membros de uma sociedade machista utilizado meios para não aplicação das regras normativas.

No presente estudo nós trataremos ainda dos institutos da recepção, que aceita as normas anteriores ao ordenamento como se fosse originária deste; revogação, que retira a vigência da norma; repristinação, que traz a vigência de norma revogada; e

desconstitucionalização das normas jurídicas do Estado como forma de analisar a vigência intertemporal do Texto Superior antigo comparado na vigência da atual Carta Magna do Estado.

Neste trabalho, os institutos receberão comparação sistêmica dos dois ordenamentos jurídicos, seja na norma que regulamenta, seja na doutrina que leciona os institutos aplicados. Neste contexto, pesquisaremos os institutos da recepção das normas no novo ordenamento jurídico.

2.4.2. Recepção.

Quando um novo Ordenamento Jurídico Constitucional é promulgado ou outorgado, o Poder Estatal deve verificar e analisar todas as normas infraconstitucionais do anterior à luz da nova Constituição da República. Esta análise é realizada pelos Poderes Judiciário e Legislativo, conferindo o estudo dos institutos da recepção, repristinação, revogação e da desconstitucionalização das normas.

Lenza (2015, p. 230) leciona que “todas as normas que forem incompatíveis com a nova Constituição serão revogadas, por ausência de recepção”. Entendo que o doutrinador expôs que a norma perdeu o seu vigor por não ter mais vigência por ter sofrido os efeitos da não recepção ocorrido à luz do novo ordenamento jurídico.

Caso o Ordenamento Jurídico do Estado aceite o instituto da recepção, então nem todas as normas infraconstitucionais perderão sua vigência, continuando em pleno vigor, “não sofrendo revogação”, melhor dizendo, serão recepcionadas. Isso porque, a partir do momento do aceite do instituto da recepção no novo Ordenamento Jurídico, não podemos falar do instituto da revogação de uma lei infraconstitucional à luz da Constituição revogadora do anterior.

O Tribunal Constitucional português, no julgamento do Acórdão N° 13/83, de 26 de outubro de 1983, decidiu no N° II: O Tribunal Constitucional tem competência para conhecer das normas regulamentadores anteriores ao novo ordenamento jurídico advindo com a atual Constituição, ainda assim, sendo contrária aos princípios norteadores nela consignados (n.º 1 do artigo n.º 293.º, na sua redação originária). Este entendimento se dá

em relação à recepção das normas infraconstitucionais anteriores ao novo ordenamento jurídico na análise da atual Constituição.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, tendo o mesmo entendimento do Tribunal Constitucional português, decidiu que é competente para conhecer e decidir sobre assuntos anteriores à vigência da atual constituição. Assim, encontramos esse entendimento nas Súmulas n.º 732¹⁹ e n.º 325²⁰.

A recepção das normas infraconstitucionais acontece quando um Ordenamento Jurídico de um Estado é revogado por um novo, para não perder as normas reguladoras que antes eram fundadas no texto da Carta Magna antiga e agora quer aproveitá-las. Estas leis, quando não agridem a nova constituição, serão aproveitadas, verificando tudo que é agradável à nova Ordem Constitucional (MENDES e BRANCO, 2015, p. 108).

A República portuguesa adotou o instituto da recepção, desde que as leis ordinárias anteriores ao novo ordenamento não fossem incontroversos a este, todas as normas continuariam em vigor por terem sido recepcionadas pela Constituição. Assim fundamenta o artigo n.º 290º/2 da CRP.

A República brasileira seguiu os princípios da Constituição portuguesa de 1976, quando também adotou o instituto da recepção para aproveitar as normas infraconstitucionais do ordenamento jurídico anterior. Ela concordará com certas leis que não agridam o atual ordenamento jurídico, pois assim reza o parágrafo quinto do artigo 34²¹ dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT – da atual Constituição, que deixa claro a adoção deste instituto.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 109), ao analisarem este instituto, notaram que a matéria tratada no ordenamento anterior e que não estivesse em conflito com o atual seria recepcionada, mas os doutrinadores encontraram um obstáculo que poderia ser um grande problema na recepção das normas. O procedimento

¹⁹ Súmula 732 do STF - É constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da lei 9.424/96.

²⁰ Súmula 325 do STF - As emendas ao regime do Supremo Tribunal Federal, sobre julgamento de questão constitucional, aplicam-se aos pedidos e aos recursos interpostos anteriormente a sua aprovação.

²¹ Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores.

de criação da norma que foi elaborada segundo um rito, respeitando o ordenamento vigente da época, quando fosse analisada a luz do novo procedimento do ordenamento jurídico renovador, encontraria uma barreira jurídica para sua vigência.

A doutrina em geral entendeu que não se analisa o procedimento de elaboração das normas infraconstitucionais do Ordenamento Jurídico anterior à luz do atual para ser recepcionada. O que se analisa em primeiro lugar é se antes da revogação do ordenamento jurídico a norma estava em vigência e em vigor, depois, se a matéria foi tratada na atual ou foi revogada perante a nova Constituição.

Kelsen sustenta que as leis anteriores, no seu conteúdo afinadas com a nova Carta, persistem vigentes, só que por fundamento novo. A força atual desses diplomas não advém da Constituição passada, mas da coerência que os seus dispositivos guardam com o novo diploma constitucional. Daí Kelsen dizer que: “apenas o conteúdo dessas normas permanece o mesmo, não o fundamento de sua validade”.

(MENDES e BRANCO. Curso de Direito Constitucional, p. 109)

Pedro Lenza (2015, p. 230) traz um exemplo para demonstrar este entendimento. Ele cita o artigo n.º 146, incisos I, II e III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde informa que a lei complementar estabelecerá as normas gerais em matéria de legislação tributária, normatizando a jurisdição legislativa entre os entes da república, que são a União, os Estados Membros, o Distrito Federal e os Municípios.

Convém ressaltar que o atual Sistema Tributário Nacional brasileiro está normatizado na Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966, instituído na vigência da Constituição brasileira de 1946, foi recepcionado pela Constituição de 1967 e por Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, denominada de Código Tributário Nacional pelo Ato Complementar n.º 36, de 13 de março de 1967.

Esta norma instituída na vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1946 foi criada com “status” de lei ordinária, recepcionada pela Constituição de 1967 (arts. 18 e 19) com “status” de lei complementar e continuou tendo o mesmo procedimento na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Contudo, sua criação foi por lei ordinária e sua recepção foi por matéria de lei complementar.

Neste mesmo entendimento, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 109) trazem o exemplo do Código Penal brasileiro, que se tornou vigente na força

da Constituição de 1937 com “status” de Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, mas a atual Constituição normatizou no artigo n.º 22, inciso II, que esta matéria seria tratada por lei ordinária.

Quanto o parágrafo único do mesmo artigo preconiza que aquela matéria será regulamentada por Lei Complementar, concedendo aos Estados membros autorização específica para legislar sobre assuntos específicos da matéria regulamentada, ele entende que há delegação de competência aos Estados-Membros da República, e não o procedimento de elaboração do direito penal, que é competência privativa da União.

Neste ponto, se antes houvesse alguma matéria que atualmente é competência privativa da União que tenha sido delegada ou conferida competência aos Estados-membros, Distrito Federal e municípios, esta lei não foi recepcionada pela Constituição brasileira de 1988, perdendo sua vigência desde logo.

Observa-se que o instituto da recepção, para ser aceito no atual ordenamento jurídico brasileiro, deverá ressaltar especificamente a matéria da norma e nunca o procedimento que a criou, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 110) lecionam que “as normas antigas, ainda, devem ser interpretadas à luz das novas normas constitucionais”, já que a doutrina majoritária entende que a alteração da lei ou sua revogação deverá seguir os ditames do novo ordenamento jurídico.

Outro ponto verificado é que, mesmo não havendo novo ordenamento jurídico por ter sido a constituição revogada por outra, mas tendo o atual ordenamento modificado por Reforma ou Emenda à Constituição, quando antes a norma infraconstitucional era aceita de uma forma e depois da mudança constitucional ela passa a ser compreendida de outra,

Não vemos problema algum em que seja proposto um projeto de decreto legislativo visando conferir *status* constitucional a um tratado internalizado anteriormente à promulgação da EC 45/2004. No entanto, é de ser ressaltar a posição adotada por certa corrente no sentido de que teria ocorrido o fenômeno da “recepção” quanto aos tratados incorporados anteriormente ao advento da EC 45/2004, ou seja, eles teriam sido recepcionados com *status* de emenda, já que o fenômeno da recepção não fica obstado pelo fato de a legislação constitucional posterior aumentar o rigor de formalidade para a regulação de certa matéria.

PORTO. Breves considerações sobre o §3º do art. 5º da Constituição Federal, p. 368

Aqui se apresenta o entendimento de Rafael Vasconcelos Porto (2013, p. 361) quando ele explica que o parágrafo n.º 3º do artigo n.º 5º da CRFB/1988, que foi

acrescentado por EC n.º 45/2004, veio para corroborar os tratados internacionais perante o ordenamento constitucional brasileiro. Cria-se um *status* de emenda à constituição, quando assim for o interesse do Congresso Brasileiro, nas matérias de Direitos Humanos. Quando estas forem rejeitadas, mas, com quórum de votação de lei ordinária, passariam a ter o *status* de lei, contudo, ultrapassando a força da lei nacional, ficam com *status de supralegal*.

Neste entendimento, o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com título de Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, posteriormente modificada pela Lei nº 12.376, de 2010, que passou a ser denominada de Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro, foi recepcionado pelo atual ordenamento jurídico, passando a regulamentar todas as normas do ordenamento brasileiro. Esta lei traz a normativa dos institutos da recepção, revogação e repristinação expressa das normas.

2.4.3. Repristinação.

O instituto da repristinação acontece quando uma lei revogada vem a ter vigor e vigência por ter a lei revogada perdido a sua vigência por outra norma expressamente ter revogado a lei revogada. Este instituto está normalizado no Ordenamento Jurídico português e brasileiro. Neste, encontra-se no parágrafo terceiro do artigo n.º 2º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro²².

A Suprema Corte brasileira²³ acolheu o instituto da repristinação e seus efeitos quando se manifestou e decidiu no Agravo Regimental nº 235.800, tendo como relator o Ministro²⁴ Moreira Alves, publicado no Diário de Justiça em 25/06/1999.

Em sua decisão, o Min. Moreira Alves julgou que “a recepção de lei ordinária como lei complementar pela Constituição posterior a ela só ocorre com relação aos seus

²²Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. (Vide Lei nº 3.991, de 1961) (Vide Lei nº 5.144, de 1966)

§3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogada perdido a vigência.

²³ Aqui se entende que estamos nos referindo ao Supremo Tribunal Federal brasileiro.

²⁴ No Brasil, Ministro do Supremo Tribunal Federal são os juízes que decidem os processos em último grau de recurso, ou que detêm competência originária constitucional para decidir os casos.

dispositivos em vigor quando da promulgação desta, não havendo que pretender-se a ocorrência de efeito repristinatório”, acrescentou ainda que, no sistema jurídico brasileiro, só vai haver o fenômeno da repristinação se a lei repristinatória assim expressar²⁵.

Soares (2013, p. 59) faz uma ressalva para que não haja confusão do instituto da repristinação com os efeitos repristinatórios automático que decorrem da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade.

Uma vez declarada a inconstitucionalidade formal ou material da norma a luz da Constituição, esta decisão do STF terá efeitos contra todos (*erga omnes*), vinculante e retroativo (*ex tunc*), podendo ter ressalvas nos efeitos ocorridos no período que estava vigente, neste ponto não houve o controle efetivo de constitucionalidade, por inconstitucionalidade superveniente, pela Suprema Corte²⁶, o que não é aceito no ordenamento jurídico brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar sobre a Inconstitucionalidade superveniente de uma impugnação de ato estatal editado anteriormente à vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, decide pela revogação do ato hierarquicamente inferior por ausência de recepção deste pela Carta Magna²⁷.

O Pretório²⁸ Constitucional ressalta em sua decisão que a ação direta de inconstitucionalidade não é “instrumento jurídico idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do poder público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato.”

O controle de constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais ou mesmo dentro da constituição, realizado por emenda ou reforma constitucional, exige uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a cara política, sua fiscalização

²⁵ (AGRAO 235.800/RS, rel. Min. Moreira Alves, DJ, 25.06.1999, P.16, *Ement.* V. 01956-13, p. 2660, 1ª Turma).

²⁶ Aqui se entende que estamos nos referindo ao Supremo Tribunal Federal brasileiro.

²⁷ (ADIQO-7/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 04.09.1992, p. 14087, *Ement.* V. 01674-01, p. 1).

²⁸ Aqui se entende que estamos nos referindo ao Supremo Tribunal Federal brasileiro.

deverá sempre ser na vigência do ato realizado e na vigência da Constituição, na qual o ordenamento jurídico sustenta numa ordem jurídica de controle perante o Texto Maior.

Conclui a Suprema Corte brasileira²⁹ que a “... incompatibilidade vertical superveniente de atos do Poder Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores.”

No Ordenamento Jurídico português, o instituto da repristinação é normalizado no artigo n.º 282.º/1 da atual Constituição da República. Este instituto, apesar da sua definição ser a mesma em vários ordenamentos, em Portugal poderá ser diferenciado, pois, no nascedouro da norma, no início de sua vigência, será individualizado na Constituição portuguesa.

A diferença do instituto da repristinação nos dois ordenamentos jurídicos está na expressão e na declaração da norma, melhor dizendo, no ordenamento jurídico brasileiro só há repristinação quando a lei que revogar a norma revogadora expressar claramente em seu texto que a lei revogada retornará sua vigência.

Nesse ponto de estudo, também visualizamos que é competência exclusiva do Poder Judiciário o controle de constitucionalidade e de legalidade quando analisar as normas e, quando essas forem declaradas contrárias ao ordenamento, serão retiradas, retornando a vigência das normas revogadas pela perda da vigência da lei revogadora. Os efeitos da repristinação poderão ser notados tanto no âmbito das atividades do Poder Legislativo quanto no Poder Judiciário, mas só naquele há o instituto da repristinação.

No ordenamento português, será automático toda vez que a norma revogadora for declarada inconstitucional ou ilegal. Aqui se visualiza, principalmente, o papel do Poder Judiciário nas sentenças declaratórias de vigência das normas em seu controle. Porém, isso não impede que o Poder Legislativo venha trazer vigência à lei revogada por repristinação. Neste entendimento, nota-se o instituto e seus efeitos repristinatórios tanto na atuação do Poder Legislativo quanto do Poder Judiciário.

²⁹ (ADIQO-7/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 04.09.1992, p. 14087, *Ement.* V. 01674-01, p. 1).

Neste prisma, normatiza a Constituição da República brasileira que, apesar das diferentes competências para enviar um projeto de lei para votação ao Poder Legislativo, é o Congresso Nacional que analisará e conferirá expressamente a repristinação da lei, quando expressamente declarará na norma revogadora.

No ordenamento jurídico português, a norma que for declarada inconstitucional ou ilegal determina a repristinação das normas que a lei declarará contrárias ao ordenamento jurídico. Neste sentido, além da análise da lei pela Assembleia da República, há análise da inconstitucionalidade e ilegalidade pelo Poder Judiciário, como reza o art. n.º 282º da CRP. É cabível a análise deste instituto pelo Tribunal Constitucional português, que proferirá sua decisão e declarará o efeito repristinatório das normas revogadas pelas leis que forem declaradas contrárias ao ordenamento jurídico pátrio.

O próximo instituto intertemporal abordado é a revogação, seja de uma norma de mesma hierarquia, quando se compara uma Constituição com a nova Carta Magna, seja de uma lei de mesma categoria com outra; seja da Constituição com a nova lei, sendo esta revogada pelo ordenamento máximo. Detalharemos ainda mais este instituto no próximo item.

2.4.4. Revogação.

O instituto da revogação das normas serve para revisar as leis conforme o atual ordenamento jurídico. Trata da retirada dos textos contraditórios das normas anteriores pelas normas posteriores que têm em seu conteúdo normativo a mesma matéria (revogação tácita) ou traz no seu texto literalmente a revogação da lei anterior (revogação expressa). Cito parágrafo primeiro do artigo n.º 2º da Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro³⁰.

Contudo, se a lei posterior for reconhecida como lei específica ou especial e a norma anterior for declarada geral, ou vice-versa, uma não revogará a outra por serem

³⁰ Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. (Vide Lei nº 3.991, de 1961)(Vide Lei nº 5.144, de 1966)

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

diferenciadas no objeto de sua atuação. Mesmo abordando igual conteúdo, uma tratará do geral e a outra se aprofundará no objeto regulando características sociais próprias, específicas. Assim está fundamentado no parágrafo primeiro do artigo segundo da Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro - LINB.

Na revogação da lei, o Estado tem que garantir os direitos adquiridos pelos cidadãos e suas instituições. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT – no final do texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, equiparado ao Texto Constitucional, também se refere a este instituto quando expressamente traz no parágrafo segundo do artigo n.º 41 que a revogação de uma lei que já tenha oferecido direitos não prejudicará os adquiridos na lei revogada.

Pedro Lenza *apud* José Afonso da Silva explica o instituto da revogação e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro. Ele diz que a lei nova revoga a anterior pela simples vontade do legislador. Soares (2013, p.56) acrescenta que a revogação pode ser total (ab-rogação), quando a lei revoga totalmente a precedente, ou pode ser parcial (derrogação), quando a norma posterior altera parte do texto da anterior.

Isso porque, explica José Afonso da Silva, está-se diante da regra da compatibilidade horizontal de normas de mesma hierarquia. A posterior revoga a anterior, não podendo conviver com aquela simultaneamente, mesmo que não seja com ela incompatível. A revogação se concretiza com a simples manifestação do poder constituinte originário (*Lex posterior derogat priori*).

(LENZA, Direito Constitucional Esquematizado. p.237).

O instituto da revogação tanto é utilizado horizontalmente, quando uma lei revoga a vigência da lei anterior ou quando uma Constituição revoga o ordenamento jurídico antecedente, quanto verticalmente, quando expressamente a Constituição revoga a vigência de leis anteriores ao atual ordenamento.

Ressaltamos que este instituto é da recepção das normas infraconstitucionais perante o novo ordenamento e não revogação em sentido vertical, já que o Texto Magno não aceitou a entrada de normas infraconstitucionais antecessoras da Carta Maior, assim como não aceitará nenhum texto legal posterior à publicação da atual, pois este seria outro controle de constitucionalidade, e não da revogação da lei em sentido vertical.

No próximo item, será detalhado o instituto da desconstitucionalidade das normas, um costume jurídico dos países que utilizam o sistema *Commem Law* em seu ordenamento jurídico, contudo pouco visto nos países do *Civil Law*.

2.4.5. Desconstitucionalização.

A desconstitucionalização é mais um dos institutos de revisão das normas. Ocorre quando o texto constitucional vigente analisa o texto anterior e traz as normas não conflitantes para dentro de seu ordenamento como lei ordinária, perdendo aquelas o “status” de constituição, passando a ser configurada como lei. Pedro Lenza em seu livro *Direito Constitucional Esquematizado* (2014, p.235) informa que a Constituição da República de Portugal, no artigo n.º 290.º, ressalta a normalização deste instituto na Carta Magna de 1976.

Na história dos movimentos constitucionais dos Estados internos brasileiro, com o fim das províncias e o surgimento dos Estados-membros, estes passaram a ter Constituição própria. Neste entendimento, alguns Estados instituíram o instituto da desconstitucionalização em seus princípios normatizadores, mesmo sem a Constituição da República brasileira expressamente legalizar.

Vejamos o artigo n.º 145 da Constituição do Estado de Pernambuco, de 07/10/1935: “Ficam revogadas todas as disposições das Constituições anteriores e dos Atos Adicionais em contrário às da presente Constituição, continuando em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explicita ou implicitamente, não contrariarem as disposições desta Constituição”. A nosso ver, este artigo institucionaliza o princípio da desconstitucionalização no ordenamento jurídico do estado de Pernambuco.

Pedro Lenza (2014, p.235) traz outro exemplo de desconstitucionalização, quando “o artigo 147 da Constituição do Estado de São Paulo de 1967 afirma nos seguintes termos: ‘consideram-se vigentes, com o caráter de lei ordinária, os artigos da Constituição promulgada em 9 de julho de 1947 que não contrariem esta Constituição.’”

No ordenamento jurídico brasileiro, podemos ainda destacar o parágrafo único do artigo n.º 34 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT –

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que mantém o sistema tributário nacional da Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, promulgando desde já os artigos n.ºs 148; 149; 150; 154, I; 156, III e 159, I, c, da Constituição de 1988 e, naquilo que não for contrário, continuará os efeitos da Constituição de 1967 e das Emendas que a modificaram, especialmente o artigo n.º 25, III, com vigência até o primeiro dia do quinto mês após a promulgação da Constituição.

Neste prisma, o parágrafo primeiro do artigo trinta e quatro do ADCT, da Constituição de 1988, será o Texto Máximo de 1967, em consonância com a atual Carta Magna, uma desconstitucionalização com efeito revogatório para o futuro.

Ressaltamos que há vários doutrinadores que negam este instituto, que não o visualizam nos ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil, pois, para ser a desconstitucionalização do ordenamento abolido, deve-se analisar a Constituição revogadora em comparação com a Carta Magna revogada, e esta, expressamente, será inserida naquela quando isso não agride o novo ordenamento.

2.5. O binômio irretroatividade versus retroatividade das normas jurídicas

Após a análise da vigência das normas e suas modalidades de vigência, é mister verificar-se o fenômeno da possibilidade da retroatividade das normas no tempo. Em um Estado Democrático de Direito, é salutar que as leis e atos normativos sejam analisados para a proteção de seu ordenamento jurídico. Uma destas análises foca no estudo da retroatividade ou não das normas.

Apriori, regra geral, a lei não retroagirá, as normas são instituídas para produzir efeitos no momento de sua publicação ou quando terminasse o período de *vacatio legis* para o futuro (efeito *ex nunc*), pois, se o contrário fosse a regra, a ordem jurídica do Estado ficaria prejudicada em suas relações. A sociedade não saberia qual regra seguiria, o Poder Judiciário poderia julgar fundamentando numa norma que não mais tinha vigência por ter sido revogada pelo efeito da retroatividade de outra.

A Constituição brasileira de 1988 traz o princípio da retroatividade e sua exceção, normatiza o inciso XL do artigo n.º 5º que “a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o

réu”. Como ela escreve réu, entende-se aqui que o direito à liberdade é fundamental e, quando for criada uma norma para beneficiar o acusado, será utilizada. O contrário não se configura em nosso ordenamento.

Neste mesmo pensamento, podemos utilizar o inciso XXXIX, do citado artigo, quando normatiza que quaisquer pessoas, no território brasileiro ou não, sobre as leis do Estado, não serão punidas se não há lei que defina o ato como criminoso, assim como a pessoa não poderá ser punida se não há juízo prevento para julgar o caso. No mesmo sentido está o artigo n.º 29.º/1 da CRP, quando normatiza que as pessoas sobre o alcance das leis do Estado não serão punidas se não houve lei definidora da ação ou omissão do fato, nem sofrer quaisquer medidas de segurança estatal. (princípio *in dubio pro réu*).

Se num momento a lei vem normatizar que certo ato social é criminoso, depois vem por outra lei descriminando. Quem está sendo processado por esta fundamentação deverá ter por improcedente sua sentença, por não ser qualificado como crime. Quem já tiver sido condenado e ainda está cumprindo a pena deverá tê-la extinta por anulação da sentença por não ser mais crime (art. n.º 29.º/4 da CRP).

A Constituição portuguesa de 1976 normatiza o princípio da retroatividade no artigo n.º 18º/3 quando cita que os efeitos da lei não retroagirá, tampouco diminuirá o alcance e a extensão da essência dos preceitos constitucionais da norma.

Neste entendimento, leciona Canotilho (2007, p. 394) que o princípio da irretroatividade da lei está constitucionalmente no supracitado artigo, e não poderá analisar fatos antecessores a norma. O doutrinador informa que este entendimento é caracterizado por uma retroatividade autêntica, na qual as normas restritivas de direitos jusfundamentais pré-estabelecidas já socializaram um direito fundamental e outra norma modificadora não poderá retroagir para modificar o direito. O mesmo informa que a retroatividade inautêntica também é abarcada por este princípio.

... A proibição incide sobre a chamada *retroatividade autêntica*, em que as leis restritivas de direitos afectam posições jusfundamentais já estabelecidas no passado ou, mesmo, esgotadas. Ela abrangerá também alguns casos de *retrospectividade* ou de *retroatividade inautêntica* (a lei proclama a vigência para o futuro mas afecta direitos ou posições radicais na lei anterior) sempre que as medidas legislativas se revelarem arbitrárias, inesperadas, desproporcionais ou afectarem direitos de forma excessivamente gravosa e impróprias as posições jusfundamentais dos particulares. (cfr. AcsTC nºs 354/00 e 449/02).

Após a revisão de 1997, o princípio da irretroatividade das leis foi ampliado para o âmbito do sistema fiscal, passando agora a legalizar também a esfera penal: quando ela for desfavorável ao argüido, haverá a irretroatividade.

O mesmo diploma legal, no artigo n.º 19.º/6, preconiza que, se for declarado o estado de sítio ou de emergência, em nenhum caso poderá comprometer, entre outros direitos, a não retroatividade da lei criminal.

Adentrando ainda mais, agora visualizaremos as características das normas jurídicas, quando, no final deste capítulo passaremos a entender melhor o ordenamento jurídico adotado pela Constituição de cada Estado em estudo, passando a compreender a soberania dos poderes legislativo e judiciário, e suas atividades típicas.

2.6. As características das normas jurídicas

Leciona Soares (2013, p.15) que o “direito” admite múltiplas acepções: faculdade de desempenhar ou não certa conduta no ambiente social do admitido (direito subjetivo); efetivação de um conceito unânime e incondicional de justiça (direito natural); contíguo de preceitos éticos que estabelecem as analogias principais e fundamentais do Estado e da sociedade civil (direito positivo); e configuração de noção do fenômeno jurídico (ciência do direito). Preliminarmente, como ressalta o autor, vamos definir direito como um tipo particular de conhecimento advocatício no domínio da sociedade humana, que se pauta com os fatos e valores compartilhados por uma dada coletividade histórico-cultural.

Bobbio (2010, pp. 19/21), ao criticar os ensinamentos de Romano, traz a sua idéia de direito, quando informa que este leciona que são três elementos constitutivos do conceito de direito.

O primeiro elemento é a sociedade. Neste ponto, abre-se um parêntese para explicar esse segmento e para dividi-lo em dois segmentos recíprocos que se completam: de início para informar que o direito deve sair da esfera do indivíduo como protagonista. Tudo aquilo com for análogo a este ponto não será direito (*ubi ius ibi societas*). Segundo, para

informar que só há sociedade se houver o fenômeno jurídico, ou seja, se aquela for organizada.

O segundo elemento se encontra na ordem social que fundamenta o direito, retirando-se os arbítrios ou a força ilegal de alguém. E, por fim, o terceiro elemento é a organização. O sistema necessita de uma ordem, de uma organização pura e deve utilizar-se desta para manter a ordem social.

A partir dessas preliminares da obra de Romano, que traz a organização da sociedade como uma instituição, surgem as críticas estruturais de Norberto Bobbio (2010, p. 21), para quem a organização da sociedade é a mais interessante dos três elementos como forma de estudo, pois os outros dois são necessários para se ter um fim, mas não são os delimitadores do objetivo.

A organização de uma ordem social é a razão pura e suficientemente delimitadora do direito. Diz Bobbio (2010, p. 21) que “Só o terceiro é a razão suficiente do direito, é a razão pela qual o direito é aquilo que é, e sem a qual não seria aquilo que é.”. Então, resumidamente, isso nos dá um entendimento de que o direito surgiu a partir do momento em que as pessoas se fixam em regras de conduta para conviver em sociedade, passando a ter uma organização de normas de convívio.

Sob esse entendimento, o direito acompanha a evolução histórica humana em todas as sociedades. O direito numa sociedade pode ser diferente da outra, contudo, num mundo cada vez mais globalizado, o direito força os Estados a padronizar as suas normas, institucionalizando regras de conduta comum, tendo seus princípios equiparados às relações estatais.

De certo que há sociedades orgânicas, que têm seu convívio em regras, outras são consideradas inorgânicas, têm seu convívio na liberdade plena, sem regras de convivência. Apesar disso, esta última, mesmo tendo sua existência em comunidades afastadas dos agrupamentos urbanos. Atualmente é raro exemplificar uma comunidade que vive sem regras, pois, desde o nascimento até a morte, o ser humano passa todo o seu tempo com regras (BOBBIO, 2013, p. 18), sejam as mais simples e essenciais como a de autoexistência alimentar e da proteção às mudanças climáticas com um local para se proteger.

O homem, depois que se acostumou a conviver numa sociedade orgânica, passou a criar valores sociais e individuais próprios. Teve a moral e a ética como valores de conduta com os outros da sociedade que vivia: aquela tem a ver com o indivíduo enquanto pessoa, são seus valores pessoais, apegos íntimos; esta é o valor social do ser numa sociedade, ou seja, é a união análoga de valores indivíduos numa sociedade que se estende para a cultura da urbe.

As normas morais com um tempo passaram a ser normas jurídicas, e estas logo depois se separaram daquelas. Atualmente, nem todas as regras morais são jurídicas e nem todas as regras jurídicas são morais (SOARES, 2013, pp. 20/21). As normas jurídicas passaram a conter medida repressiva para condenar aquele indivíduo que descumprisse uma regra de conduta.

Assim, quando as normas passaram a ser jurídicas, foram cogitados diversos atributos que elas poderiam ter. Vários foram desconsiderados, mas atualmente e em grande parte dos Estados ocidentais foram aceitos em seus ordenamentos jurídicos os seguintes atributos: validade, vigência, vigor, eficácia técnico-jurídica (aplicabilidade); eficácia social (efetividade); e legitimidade. Que neste momento há necessidade de analisar cada um deles.

2.6.1. Validade

A validade da norma é a correspondente verticalização da sua conduta hierárquica, pois todas as normas devem obediência à norma fundamental, aquela que está no topo do ordenamento jurídico do Estado.

Segundo a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, no topo de uma pirâmide imaginária há uma lei que deve ser respeitada por todas as normas inferiores localizadas no corpo e base da pirâmide. Aquela no alto é conhecida como norma fundamental, é a Carta Magna, a Constituição do Estado. Todas as outras normas são consideradas leis infraconstitucionais que devem ter validade no Texto Supremo da pirâmide.

Soares (2013, p. 22) explica que “A validade normativa é verificada mediante a correspondência vertical de uma norma jurídica inferior com uma norma jurídica superior,

seja porque o conteúdo é compatível (validade material), seja porque foi produzida por um órgão competente, dentro do procedimento previamente estabelecido pela normatividade jurídica superior (validade formal)”.

Kelsen (2010, p.73) leciona que, “quando se fala no processo de ‘validade’ de norma, nada mais se deve exprimir com isso, senão a existência específica da norma, a maneira especial com que ela se apresenta, diversa do ser da realidade natural, que decorre no espaço e no tempo”. Neste ponto o autor também acrescenta que a norma deve ser promulgada e ter sua publicidade *erga omnes* de sua existência, para que as condutas dos agentes estejam em consonância com a obrigatoriedade legal, seja esta regra para todos, seja para um determinado grupo.

Neste prisma, o artigo n.º 59 da Constituição brasileira de 1988 instituiu o processo legislativo no ordenamento jurídico pátrio, que compreende a elaboração de emendas à Constituição; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos e resoluções.

O artigo n.º 60 designou a competência de quem poderá enviar as propostas de emenda à Constituição; o artigo n.º 61 estabeleceu a competência iniciadora das leis complementares e ordinárias; o artigo n.º 68 indicou a competência primária das leis delegadas; o artigo n.º 62 indicou a jurisdição da adoção das Medias Provisórias; os artigos n.ºs 65 e 66 constituíram o procedimento de votação das normas dos artigos n.ºs 61 ao 64 e 66.

A constituição portuguesa de 1976 instituiu o artigo n.º 166.º como matéria do ordenamento jurídico, indicando as formas dos atos legais: lei constitucional dos atos previstos no artigo n.º 161.º; lei orgânica dos atos que estão nas alíneas ‘a’ até ‘f’, ‘h’ e ‘j’, na primeira parte da alínea ‘l’, ‘q’ e ‘f’ do artigo n.º 164º, assim como no artigo n.º 255.º; a forma da lei está tratada nos atos dispostos nas alíneas ‘b’ a ‘h’ do artigo n.º 161.º; quanto a forma da moção a Constituição prever seus atos nas alíneas ‘d’ e ‘e’ do artigo 163.º; já a forma de resolução, está previsto nas alíneas ‘e’ e ‘f’ do n.º 3.º do artigo n.º 179, assim como os demais atos das Comissões Permanentes da Assembléia da República; no artigo n.º 167.º, a iniciativa da lei e do referendo; no artigo n.º 168.º, o procedimento de discussão e votação; e no artigo n.º 169.º, a apreciação parlamentar de atos legislativos.

Noberto Bobbio (2010, p. 40) adverte que uma norma pode ser válida sem ser justa, exemplificando que vários Estados no mundo adotaram, em épocas diferentes, o regime da escravidão em seus ordenamentos jurídicos, este é um grande exemplo de uma norma válida, contudo injusta. Foi instituída por um parlamento legítimo e tramitou sob a ótica legal, e os ditames da lei foram utilizados para escravizar outras pessoas.

O problema da *validade* é o problema da *existência* da regra enquanto tal, independentemente do juízo de valor sobre o fato de ela ser justa ou não. Enquanto o problema da justiça é resolvido com um juízo de valor, o problema da validade é resolvido com um juízo de fato.

(BOBBIO, Teoria Geral do Direito. p. 38)

Além dessas análises, deve-se verificar a validade da norma no espaço e tempo. Todas as normas são criadas para surtirem efeitos em determinado local. Em geral, o espaço é o territorial do Estado, e também aquelas devem respeitar o tempo de existência de suas regras, em comum elas só perdem sua validade quando outra norma revoga ou outro ordenamento deixa de recepcioná-las.

Há exceção para as normas que já são promulgadas com prazo de duração de seus efeitos. Para exemplificar, temos o caso das Medidas Provisórias no parágrafo terceiro do artigo 62 da Constituição brasileira de 1988, e o artigo n.º 136.º/4 concomitante com o artigo n.º 137º, ambos da Constituição portuguesa de 1976.

Neste entendimento, quando a norma precede ao novo ordenamento, ela será recepciona ou não a inovação constitucional. Verificando, desde já, se ela está vigente no atual Texto Maior, buscará sua análise perante a Carta Magna vigente.

2.6.2. Vigência

A vigência da norma está relacionada com o início da sua força, seu vigor, a utilização de suas regras pela e na sociedade. Uma norma pode estar válida, entretanto não está em vigência. Isso ocorre quando uma lei, após a sua publicação, esgotados e válidos todos os pressupostos de iniciação e criação, a lei passa a surtir efeitos na sociedade. Este tempo pode ser imperceptível, imediato ou não, isso acontece quando a lei não poderá ser utilizada em casos judiciais porque ela se encontra num período de conhecimento e

adaptação da sociedade. Este período é conhecido como *vacatio legis*, é o tempo entre a promulgação da regra e o começo de sua vigência.

A própria lei pode determinar o prazo de sua vigência, início e fim, e todas entram em vigor após sua publicação, quando esta traz por escrito que entrará em vigor na data da publicação, salvo quando houver o período de *vacatio legis*, quando estabelecerá uma data futura, que pode ser dias, meses e anos, para a vigência daquela norma.

A própria lei também poderá não expressar quando iniciará a sua vigência. Esse caso é superado no ordenamento jurídico brasileiro com o artigo n.º 1º da Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro – LINDB, *inverbis*: “Salvo disposição em contrário, a lei começa a vigorar em todo o País 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada”. A vigência da norma começa com sua publicação no Diário Oficial competente, exaurido o prazo que a norma determinar.

A Constituição portuguesa de 1976 atrela a vigência de certas normas jurídicas à apreciação parlamentar. Assim reza o artigo n.º 169.º/2, quando escreve que a autoridade legislativa, ao elaborar um decreto-lei, e a proposta de alteração for apreciada, a Assembleia poderá cessar a vigência deste decreto-lei. Por exemplo, podem ser citados os Acórdãos n.º 5/83, de 19 de julho de 1983; n.º 16/83, de 3 de novembro de 1983; tendo o Presidente da Assembleia da República como requerente destes Acórdãos.

Neste ponto há de se verificar o vigor das normas infraconstitucionais para que esta produza todos os seus efeitos jurídicos emanados pelo Poder Legislativo.

2.6.3. Vigor

Soares (2013, p. 26) define que “vigor é o atributo das normas jurídicas que diz respeito a sua força vinculante”, assim sendo diz respeito à impossibilidade de os sujeitos de direito serem diminuídos ou ficarem escusos ao domínio das normas e seus efeitos jurídicos.

Numa sociedade orgânica, todos os membros estão dentro do ordenamento jurídico e sob a exigência da lei, ela conduz a coletividade numa convivência harmônica entre seus cidadãos e suas instituições. Ninguém pode deixar de cumpri-la por falta de conhecimento.

O vigor da lei é o imperativo da norma cumprida pelo Estado, isso não quer dizer que é a pena da lei, mas sim o cumprimento da norma. Fala-se que a lei está em vigor quando ela está vigente, e os entes públicos e a sociedade cumprem os seus ditames.

Vigor e Vigência são distintos, apesar de muitos doutrinadores confundirem e unificarem os dois entes conceituando-os como se fossem um só, mas há grande diferença. Uma lei pode estar em pleno vigor e vigência, mas também pode estar em vigor sem estar vigente. Isso acontece quando uma lei foi revogada por outra, mas se certos atos normalizados como proibidos e, no período de sua vigência, foram desrespeitados, poderá o acusado ser punido pelo vigor da lei revogada, por ter cumprido atos ainda na vigência dela. Assim leciona Soares:

... por exemplo, com a hipótese normativa da ultratividade da legislação penal excepcional ou temporária, prevista no art. 3º do Código Penal brasileiro de 1940, ao preceituar que a lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.”

(SOARES, Elementos de Teoria Geral do Direito. p.26)

A Constituição portuguesa de 1976, em seu artigo n.º 169.º/4, traz a cessação do vigor das normas infraconstitucionais. Os atos legislativos deixam de ser apreciados se for aprovada a cessação da vigência do ato. Este artigo demonstra que há diferença de vigor e vigência no ordenamento jurídico português. Neste ponto do estudo, pretende-se demonstrar a eficácia da norma estudada.

2.6.4. Eficácia

Eficácia da norma é o atributo legal que faz com que a norma seja posta em prática pela sociedade. Ferreira Soares (2013, p. 26) leciona que “o problema da eficácia de uma norma é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta por meios coercitivos pela autoridade que a evocou”.

Se a norma fica em desuso, ou seja, não é utilizada pelos cidadãos em casos concretos, terá a sua eficácia reduzida por costumes contrários à lei. Num Estado positivista, onde tudo deve ser legalizado, a diminuição ou a inutilização do uso legal é uma afronta social ao ordenamento jurídico.

Para Ferreira Soares *apud* Tércio Sampaio Ferraz Junior (2013, p. 27), a eficácia seria uma característica da lei que se pauta na produção concreta de efeitos, seja porque ficam coevos com as espécies técnico-normativas exigíveis para aplicação, seja porque permanecem contemporâneos com as condições fáticas indispensáveis para sua observância, natural ou atribuída, ou para a satisfação dos objetivos almejados. Sendo assim, o autor afirma que a eficácia pode ser dividida duas atribuições concretas: a eficácia técnico-jurídica (aplicabilidade) e a eficácia social (efetividade).

A eficácia técnico-jurídica, tendo como comparativo as normas da Constituição, é bem demonstrada por José Afonso da Silva, que divide a aplicabilidade das normas em plenas, contidas ou limitadas. A primeira tem aplicabilidade direta, imediata e integral; a segunda tem aplicabilidade direta, imediata e não integral; e, por fim, a terceira tem aplicabilidade indireta, mediata e reduzida.

Freire Soares (2013, p. 27) leciona que as aplicabilidades das leis terão eficácia técnico-jurídica todas as vezes em que as normas disponibilizarem as condições normativas indispensáveis para produzir seus efeitos. Demonstra como exemplo o artigo 13 da Constituição brasileira de 1988, que determina que a língua portuguesa será o idioma oficial do Brasil.

Por outro lado, demonstra o autor, o inciso VII do artigo n.º 153 estabelece como competência da União a instituição de imposto sobre grandes fortunas, nos termos de lei complementar. Mas o teor desse inciso só produzirá a amplitude de seus efeitos quando a norma infraconstitucional for instituída.

Alexandre de Moraes (2013, p. 11) explica com mais detalhes o segundo caso que Freire Soares traz, a exemplo do inciso VII do artigo n.º 153 da CF/88, como sendo uma norma de eficácia limitada, porque só incidirão plenamente seus efeitos quando a norma posterior for instituída para desenvolver a aplicabilidade postulada no citado dispositivo legal. Neste mesmo entendimento, visualizamos o artigo n.º 240.º/2 da Constituição

portuguesa de 1976, que informa que a lei poderá atribuir aos cidadãos eleitores o direito de iniciar o referendo nas autarquias locais.

Freire Soares (2013, p. 27) continua sua argumentação ressaltando que também há as normas de eficácia social, que são também denominadas como normas com efetividade: “quando a norma jurídica se apresenta efetiva, os dispositivos normativos são assimilados e cumpridos concretamente pelos sujeitos de direito”.

A contrário *sensu*, leciona o autor que existem leis que carecem de efetividade. Demonstra como exemplo o artigo 58 do Decreto-lei nº 688, de 1941, que tipifica o jogo do bicho como contravenção penal, contudo há os vendedores diariamente em todas as esquinas de ruas, de todas as cidades do Brasil, vendendo “sorte no bicho” e concentrando as apostas em algumas empresas que não são punidas, muito menos os sócios são presos. Tal fato vem corroborar a carência da efetividade desta norma brasileira.

Noberto Bobbio (2010, p. 41) demonstra que uma norma pode ser válida sem ser eficaz, e como exemplo traz o caso da lei sobre a proibição da venda de bebidas alcoólicas nos Estados Unidos da América, que, por mais de vinte anos, proibiu o consumo de bebida destilada naquele Estado.

Verificou-se que, no período de validade da lei, o comércio dos produtos ilegais era o mesmo da época posterior, quando foi liberada ingestão. O autor conclui que “sem dúvida, tratava-se de leis ‘válidas’, no sentido de que haviam sido emanadas pelos órgãos competentes para emanar normas jurídicas, mas não eram eficazes”, porque a maioria dos cidadãos não cumpriu e porque o Estado não conseguiu fazer cumprir a lei seca.

Neste prisma, verificaremos a legitimidade das normas, sua validade e vigência nos dois ordenamentos jurídicos estudados, buscando a compreensão da soberania dos poderes na aplicação das leis, a fim de entender os direitos fundamentais emanados da constituição.

2.6.5. Legitimidade

Legitimidade das normas é a completude da força válida e vigente da lei num determinado ordenamento jurídico aceitável pela maioria de seus cidadãos como justo –

teoria jusnaturalista. Kelsen (2013, p. 78) escreve que, “como categoria moral, direito significa o mesmo que justiça. Essa é a expressão para a verdadeira ordem social, ordem essa que alcança plenamente seu objetivo ao satisfazer a todos.”.

Freire Soares (2013, pp. 28/31) traz que o “problema da legitimidade diz respeito à correspondência ente a norma e os valores supremos ou finais que inspiram determinado ordenamento jurídico”. Buscam-se os valores axiológicos de sociedade, concentrando a norma num mundo ideal (plano do dever-ser) para um mundo real (plano do ser). Busca-se sempre a ideologia, que a norma será legítima se maior parte dos súditos aceitarem a lei e cumprirem seus ditames.

Neste ponto, reportamo-nos se as leis são justas ou injustas, sendo estas conferidas na visão da maioria dos cidadãos daquele Estado. Para Norberto Bobbio (2010, p. 49), se estes pontos forem analisados, notar-se-á que o que é justo para um pode ser injusto para outro, por isso sempre vamos nos deparar com os conceitos de justiça e injustiça na mesma norma para a mesma época. Nesse aspecto, prejudicaríamos os valores fundamentais em que se baseia o direito positivo.

“Mas, então, se a observação da natureza não oferece um apoio suficiente para determinar o que é justo e o que é injusto de modo universalmente reconhecível, a redução da validade à justiça só pode levar a uma única e grave consequência: à destruição de um dos valores fundamentais em que se apoia o direito positivo (entenda-se o direito válido), o valor da certeza. De fato, se a distinção entre o justo e o injusto não é universal, é preciso colocar o problema: a quem cabe estabelecer o que é justo e o que é injusto?”

Norberto Bobbio (2010, p. 49), ao formular a questão “a quem cabe estabelecer o que é justo e o que é injusto?”, traz à baila a apreciação filosófica que fortalece o sistema jurídico positivista que é utilizado por muitos países ocidentais deste século.

Se continuarmos a dizer que a resposta é o cidadão, poderíamos complicar ainda mais o sistema positivista, pois um grande grupo de cidadãos teria a capacidade de dominar vários outros de pequenas massas ideológicas. Se dissermos que é quem detém o poder que vai analisar se a norma é justa ou injusta, poderemos estar criando um estado absolutista, no qual o povo poderia ser conduzido ao pouco direito fundamental ou a nenhum direito.

Bobbio (2010, pp. 50/51) responde à própria indagação quando traz à luz a teoria adversa do jusnaturalista, que abrevia a justiça a validade da lei. “Se para um jusnaturalista

clássico tem – mas seria melhor dizer, deveria ter – valor de comando somente o que é justo, para a doutrina oposta só é justo o que é comandado, e pelo fato de ser comandado.”

A duas teorias têm valores totais sobre vários aspectos humanos, então Kelsen (2013, p. 80) advoga que o Bom senso racional e o respeito entre ambas devem levar ao convívio maduro de uma sociedade justa.

Freire Soares (2013, p. 30), quando trata do assunto de justiça, recorre aos ensinamentos de João Maurício Adeodato, que responde esta indagação fundamentando-se no direito positivo, que realizará a justiça no grau em que satisfaz a concepção dos valores sociais movidos pela comunidade jurídica, segundo os parâmetros imputativos de validade material e de validade formal adequada à sua concepção, ao fundar o que necessita ser comandado (conteúdo), quem precisa comandar (competência) e como deve ser comandado (procedimento) o governo normativo.

Com o advento de várias teorias sobre a justiça, após a Segunda Guerra Mundial, a filosofia do direito, por meio da materialização de um padrão pós-positivista, passou a estabelecer novas concepções do que é direito justo, unindo a essência e a exigência cognitiva da validade e legitimidade da ordem jurídica no estudo de várias alternativas teóricas.

Como exemplo, podem citar que o processo de *impeachment* da presidente Dilma Housseff, em 2016. Para muitos, não é considerado legítimo, por considerar um “golpe” na Democracia brasileira; já para outros o processo é legítimo, pois, além de ser um processo especial previsto na atual Carta Magna, o nascedouro dele foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil, que incumbiu o Congresso Nacional de processar e julgar o presidente da nação nos crimes de responsabilidade. Iniciou-se o procedimento na Câmara dos Deputados, autorizou-se o Senado Federal a analisar o processo e julgamento da Presidente da República, sendo esta casa parlamentar, neste momento e para esta finalidade, presidida pelo chefe do Supremo Tribunal Federal.

Do mesmo modo, muitos portugueses podem-se considerar que a legislação tributária que regula e cobra o imposto de renda é exaustiva, agravada pela crise europeia, sendo considerada ilegítima, por não levar em conta o valor da justiça social, onerando muito os contribuintes, principalmente a classe média. Esses podem argumentar que não foram

consultados se consideravam legítimos os impostos, mas o direito diz que lhes carece competência para legislar, função típica da Assembléia da República. Podem ainda argumentar que não podem ser prejudicado por não terem o direito de buscar o Poder Judiciário, buscando a declaração de inconstitucionalidade da norma, pois quem tem esta função típica é o Tribunal Constitucional para declarar. Enfim, no caso brasileiro e no caso português, permanece o que foi decidido.

No próximo capítulo, buscaremos entender as funções típicas e atípicas de cada um dos poderes apreciados nesta obra.

3. FUNÇÕES TÍPICAS E ATÍPICAS DOS PODERES.

A doutrina há anos conduz a sociedade que os poderes constituídos devem exercer a sua função normatizadora fundante, obrigatoriamente nenhum poderá adentrar na função dos outros, contudo, com o passar das décadas houve mudanças significativas na tipicidade dos poderes, passando ter funções atípicas. Que aconteceu com os Estados analisados.

A administração pública estatal direta e indireta de qualquer dos Poderes dos vários municípios brasileiros, dos vinte e seis Estados Membros, do Distrito Federal e da União devem respeitar, além de outros, cinco princípios básicos norteadores do Estado brasileiro, que estão normatizados no artigo 37 da Constituição Federal de 1988³¹, para a concretização normativa de seus poderes.

Neste mesmo entendimento, o Estado português legislou a administração pública obrigando-a respeitar os direitos e os interesses dos cidadãos, visando ao interesse público, com consideração aos princípios da boa-fé, da igualdade, da justiça, da proporcionalidade e da imparcialidade. Encontra-se a sua normalização no artigo 266º da Constituição da República Portuguesa de 1976.

A União dos Poderes são harmônicos e independentes entre si, um não poderá interferir na função típica do outro, respeitando as suas decisões, e todos devem acatar as normas constitucionais. Assim está regulamentado na CRP, art. 111.º/1, e a CRFB, art. 2º.

Ambos os Estados, e todos os Poderes de cada Estado, deverão respeitar os princípios que os norteiam, resguardando o interesse público, o social e o direito individual, respeitando o direito da minoria, dos desprotegidos socialmente e buscando erradicar as desigualdades de gênero e regional.

Como já demonstrado no capítulo anterior, o Poder fora dividido em três, o Legislativo o Executivo e o Judiciário. A Função Executiva tem o dever de administrar o Estado, os funcionários públicos, “a máquina administrativa”, ofertando a todos, contribuintes ou não, os direitos inerentes aos cidadãos do Estado. Contudo, este poder não

³¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

é o foco deste trabalho, por isso passamos neste momento a analisar os outros dois Poderes.

3.1. O Poder Legislativo atual.

O Poder Constituinte, na terminologia de Canotilho, oferece a limitação do Estado e informa as limitações das suas funções perante o seu povo, surge o Poder de Reformar, denominação de MENDES e BRANCO, para a continuação do Estado. Busquemos, então, o entendimento de sua competência.

3.1.1. Competências.

A República brasileira, preconiza o seu primeiro artigo que será formada pela união dos municípios, dos Estados Membros, do Distrito Federal com a própria União, indissolúveis. Concretizados para constituírem um Estado Democrático de Direito tendo esta Federação republicana como fundamentos do Estado soberano, a cidadania, a valorização dos trabalhadores e da iniciativa privada, sendo enaltecidos na dignidade da pessoa humana, sem esquecer do pluralismo político (artigo n.º 1º da CRFB/1988). Neste contexto, há de se contar como Entes da República do Brasil os mais de cinco mil municípios, os vinte e seis Estados membros, o Distrito Federal, e é claro, a própria União, sendo considerada em público de direito interno. Cada um com seus Poderes próprios independentes e harmônicos entre si (artigo n.º 2.º CRFB/1988).

Sendo a União competente nas matérias internacionais (artigo n.º 21 CRFB/1988), ser-lhe-á privativa a legislação de direito civil, telecomunicações e radiodifusão, comercial, sistema monetário e de medidas, títulos dos metais, penal, processual, eleitoral, serviço postal, agrária, marítima, águas, aeronáutica, espacial, energia, do trabalho, desapropriação, informática etc. (artigo n.º 22 da CRFB/1988). Segundo Canotilho (2011, p. 543), “por competência entender-se-á o poder de acção e de actuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos.”

O Poder Legislativo Federal é exercido no Congresso Nacional e é dividido em duas casas, a Câmara dos Deputados Federais e o Senado Federal, a primeira é a Casa do Povo e a segunda a Casa do Estado. O Poder Legislativo Estadual é unicameral e será exercido nas Assembléias Legislativas Estaduais (a Casa do Povo) de cada Estado Membro, tendo como representantes os Deputados Estaduais. O Poder Legislativo Municipal também é unicameral, é exercido na Câmara Municipal pelos Vereadores. O Poder Legislativo do Distrito Federal, por fim, é exercido na Câmara Distrital pelos Deputados Distritais.

Quanto à competência que é comum dos municípios, do Distrito Federal, dos Estados Membros com a União, consiste ela na guarda da Constituição de zelar por seus princípios, as instituições democráticas e as leis, além de conservar o patrimônio público; cuidar assistência e da saúde públicas, ofertar garantia e dar proteção das pessoas portadoras de deficiência etc. (artigo n.º 23 CRFB/1988).

Há também a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, a qual é legislado no direito penitenciário, direito tributário e direito urbanístico; assim como no direito orçamentário; custas dos serviços forenses; juntas comerciais; direito florestal, da caça, da pesca, da fauna, da conservação da natureza, e da defesa do solo e dos recursos naturais, para a proteção do meio ambiente e controle e paisagístico; sem esquecer da educação, cultura, ensino e desporto etc. (artigo n.º 24 CRFB/1988).

Os Estados Membros têm organização própria e se regem pelas Constituições e leis adotadas, observados os princípios da Constituição da República, sendo reservadas as competências residuais da União (artigo n.º 25 CRFB/1988).

Os Municípios reger-se-ão por Lei Orgânica própria, respeitando a Constituição Estadual e a Constituição Federal. (artigo n.º 29 CRFB/1988). Eles são competentes para legislar sobre assuntos de interesse local, suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, instituindo e arrecadando seus tributos etc. (art. n.º 30 CRFB/1988).

O Distrito Federal reger-se-á por Lei Orgânica própria, tendo ampliado seus direitos. Às vezes equipara-se ora a Estado Membro ora a Município, neste condão absorve os direitos e deveres inerentes aos dois Entes públicos (artigo n.º 32 CRFB/1988).

A República Portuguesa, por seu turno, é constituída por um estado unitário, mas com terras além mar que obtiveram autonomia própria com o advento Carta Magna de 1976, reconhecendo assim sua organização e funcionamento, com princípios da subsidiariedade,. A autonomia das autarquias locais serão descentralizadas democraticamente conforme cada local. Neste contexto adquiriu autonomia os arquipélagos da Madeira e dos Açores, ambos com estatutos político-administrativos e de órgãos locais de governo (artigo n.º 6.ª CRP).

Agora passaremos a estudar sucintamente a competência legislativa de cada unidade autônoma portuguesa assim como a brasileira.

3.1.2. Processo Legislativo

Moraes (2013, p. 658) leciona que o “*termo processo legislativo* pode ser compreendido num duplo sentido, jurídico e sociológico.” O primeiro versa sobre a união de dispositivos disciplinares do procedimento a ser obedecido pelos órgãos criadores das normas, derivado diretamente da Carta Magna. O segundo engloba os fatores concretos que dão uma direção e estimulam o legislador a exercer suas funções.

A Constituição Brasileira de 1988, artigo n.º 59, normatiza o processo legislativo, ordenando um conjunto de atos a serem realizados para acrescentar, modificar e extinguir normas. Fundamenta a proposta de emenda ao Texto Maior, bem como o trâmite para sua votação, promulgação e publicação. Competem ao Congresso Nacional todas as alterações e modificações da Carta Magna, sem nenhuma interferência dos outros dois poderes, salvo exceções, que foram citadas aqui.

O Texto Maior português de 1976 normatiza no seu artigo n.º 166.º as formas dos atos legislativos que serão aceitos no controle da Constituição.

3.1.3. Controle de constitucionalidade.

O Estado Liberal surgiu no mundo para acabar, principalmente, com os Estados Absolutistas, que predominavam como forma monárquica de governo na Europa. E para

instituir o novo governo tiveram que controlar o Estado com barreiras legais. Promulgaram Constituições com princípios de controles estatais e direitos humanos fundamentais. Muitos utilizaram a forma republicana, e outros continuaram com a monarquia sem poder de monta na forma de seu governo. Uns utilizaram o sistema parlamentarista direto, outros semidireto com presidente ou monarca como chefe de estado; outros ainda utilizaram o presidencialismo como chefe de governo no sistema de separação dos poderes.

Na busca incessante e uníssona pela melhor forma e sistema de governo, buscaram, também, controlar os constituídos no Texto Maior. Impuseram objetivos e metas, incluindo princípios normativos e valorativos globais, fundando controles e barreiras administrativos, e direitos e garantias especiais.

Alguns Estados acrescentaram cláusulas imutáveis para proteger os direitos individuais dos cidadãos. Moraes (2013, p.718) leciona que a “idéia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constitucionalidade sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais”. Isso remete-nos ao já mencionado sistema de freios e contrapesos das Constituições.

Canotilho (2011, pp. 368/369), a respeito deste tópico, declara que o controle de constitucionalidade, em Portugal, é considerado como misto, pois tanto pode ser exercido pela “jurisdição difusa como na concentrada, por meio da ação e da exceção, na via preventiva e *a posteriori* ou sucessiva, em abstrato e concretamente”. A Constituição portuguesa de 1976 ainda dispõe sobre os efeitos da decisão e prevê a inconstitucionalidade por omissão.

O controle de constitucionalidade em Portugal será exercido por pessoas ou órgãos normalizados pela Constituição do Estado, o que é bem parecido com o controle segundo a Carta Magna brasileira. Assim, fundamenta a CRP, n.º 2 do artigo n.º 281º que os sujeitos de legitimidade ativa para peticionar a fiscalização abstrata sucessiva são: o Primeiro-Ministro, um décimo dos Deputados à Assembléia da República, o Presidente da República e o Presidente da Assembléia da República, Equipara-se ao Texto Maior³² brasileiro, cujos

³² Aqui me refiro a Constituição da República Federativa do Brasil.

representantes dos Poderes da República são legitimados para propor o controle de constitucionalidade.

Acrescenta-se a estes já citados no controle de constitucionalidade em Portugal, as pessoas legítimas do Provedor de Justiça e do Procurador Geral da República. No Brasil, a Constituição da República de 1988 acrescentou as entidades de classes, os partidos políticos com representação no Congresso e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados.

Carvalho informa que, no controle de constitucionalidade português, a fiscalização preventiva ocorrerá quando o Presidente da República vem solicitar ao Tribunal Constitucional que aprecie a norma do ato legislativo enviado para promulgação, a fim de que a Corte Declare se a legalização deste ato esta conforme a Constituição. Caso o Tribunal Constitucional venha a se manifestar pela inconstitucionalidade do ato legislativo, com o voto de dois terços de seus membros, este vetará a norma, prejudicando-a, sendo o veto da Corte o resultado da consulta.

Carvalho (2012, p. 369) leciona, ainda, que, na “fiscalização sucessiva abstrata”, o Tribunal competente³³ que analisará a Carta Magna³⁴ deverá apreciar o ato e declarar em sua decisão, com força *erga omnes*³⁵, a inconstitucionalidade da lei, tendo como requerimento das pessoas legitimadas pela Constituição da República portuguesa de 1976.

O controle de constitucionalidade brasileiro está fundamentado na alínea ‘a’ do inciso II do artigo n.º 102 da CRFB/1988, que indica os sujeitos de legitimidade ativa para peticionar ao STF, solicitando a fiscalização abstrata da constituição, que, pela ordem apresentada no Texto Maior, são os representantes dos Poderes da República. Fica assim determinado, pela ordem textual, que é o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal e a Mesa da Câmara dos Deputados.

A Constituição Federal brasileira também abre margem para a Suprema Corte analisar o pedido de inconstitucionalidade dos atos públicos solicitado pela Mesa de Assembléia Legislativa dos Estados Membros, assim como pela mesa da Câmara

³³ Aqui o tribunal competente em Portugal é o Tribunal Constitucional

³⁴ Aqui refiro-me a Constituição da República portuguesa de 1976

³⁵ Tradução livre: “obrigação para todos”

Legislativa do Distrito Federal, pelo chefe do poder executivo dos Estados Membros e do Distrito Federal, ou pelo o próprio Procurador-Geral da República.

A Carta Magna brasileira de 1988, num avanço jurídico, autorizou entidades de classes, representantes de trabalhadores e partidos políticos a peticionarem ao STF, solicitando a fiscalização de atos públicos em desacordo com a CRFB/1988, como, por exemplo, Conselho Federal dos Advogados do Brasil³⁶, órgãos políticos³⁷ com representantes eleitos³⁸ para ocupar cargos no Congresso Nacional, e os sindicatos³⁹ ou entidades de classe de âmbito em toda a República.

O Poder Legislativo realiza o primeiro controle de constitucionalidade das normas. É ele que primeiro analisa as propostas de emenda à constituição (artigo n.º 60 CRFB/1988), projeto de lei (artigo n.º 61 CRFB/1988), medidas provisórias (artigo n.º 62 CRFB/1988) e proposta de revisão constitucional (artigo n.º 3 ADCT e artigo n.º 284º/1 CRP), decreto-lei (artigo n.º 169.º/1), proposta de lei e resolução (artigo n.º 170.º/1).

No Brasil, o órgão competente é a Comissão de Constituição e Justiça – CCJ⁴⁰ – da Câmara dos Deputados e, no Senado Federal, será a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ⁴¹. Essas instâncias primeiro verificam e analisam se a proposta de emenda à constituição ou o projeto de lei, que poderá vir a ser norma, contém algum vício a ensejar a inconstitucionalidade. O segundo período de análise de inconstitucionalidade das normas pelo Poder Legislativo ocorre no momento da votação do projeto ou da emenda, quando são debatidos pelos constituídos na seção de votação. Canotilho (2011, p. 545) ensina que este controle é a penúltima “categoria conceitual para uma correta compreensão da organização do poder político.”, que se inicia de uma idéia de competência normativa aplicadora de sanções legais.

³⁶ Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB

³⁷ Aqui são os partidos políticos.

³⁸ Aqui os representantes serão os Deputados Federais ou os Senadores da República.

³⁹ Aqui são as confederações sindicais

⁴⁰ De acordo com o art. 32, IV, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

⁴¹ Segundo o art. 101 de seu Regimento Interno do Senado Federal.

Neste entendimento, *a priori*, o Poder Legislativo foi determinado como Poder Constituído, com tarefas legais para verificar se há incompatibilidade dos projetos das normas com os Princípios Constitucionais.

3.1.3.1. Controle de constitucionalidade em Portugal

O controle de constitucionalidade do sistema jurídico português é considerado composto, com características mistas e complexas, com algumas dimensões. Canotilho traz na sua tese de controle de constitucionalidade o controle difuso, concreto e incidental dos atos normativos, como uma tradição histórica das constituições republicanas portuguesas.

Canotilho (2011, p. 917) continua sua obra demonstrando que a competência para fiscalizar a Carta Política do Estado português, conforme os artigos n.ºs 204.º e 277.º, é do poder judiciário, que vem a conhecer por impugnação das partes, quer venha fazer *ex officio* pelo juiz ou pelo representante do ministério público.

Os tribunais portugueses, sem exceção, são órgãos da justiça constitucional, pois a Constituição portuguesa de 1976 não consagrou a completude e a complexidade do sistema *judicial review*, unido o controle num único órgão, isto é, existe um sistema concentrado de controle.

Também não se pode dizer que existe um simples sistema incidental de inconstitucionalidade, tendo os tribunais competência constitucional plena para analisar casos concretos e decidirem a matéria e a constitucionalidade questionada.

O controle de constitucionalidade, em Portugal, se caracteriza com misto, pois envolve a fiscalização concreta e abstrata. A fiscalização concreta é difusa e incidental, pois qualquer tribunal tem competência para apreciar a questão constitucional levantada pelas partes, pelo Ministério Público, ou de ofício. Verificados determinados pressupostos, cabe recurso para o Tribunal Constitucional. Se este julgar a mesma norma inconstitucional por três vezes, poderá desencadear o processo de fiscalização abstrata. A fiscalização abstrata, que pode ser preventiva e sucessiva, por ação ou omissão, cabe ao Tribunal Constitucional.

(CARVALHO, Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo. p. 36)

Neste entendimento, decidiu o Tribunal Constitucional português, no Acórdão N.º 32/02, que “sendo uma norma impugnada questionada apenas na estrita medida em que

exclui as situações constitucionais anteriores a 1º de janeiro de 1997” onde aconteceu uma reforma.

O controle de constitucionalidade abstrato de normas constitucionais consagrados na Constituição portuguesa de 1976 aplicou um controle concentrado e abstrato de normas. Pode, inclusive, acontecer antes das normas entrarem em vigor, conforme os artigos n.ºs 278.º e 279.º da CRP, sendo denominado controle preventivo; e podendo ser depois da publicação com a vigência da norma, conforme os artigos n.ºs 280.º e 281.º do Texto Maior português, sendo denominado de controle sucessivo.

Neste ponto, pode-se visualizar o Acórdão nº 9/83 do Tribunal Constitucional português, nº II, última parte: “... o pedido de parecer, solicitado pelo Conselho da Revolução, em vista do exercício, por iniciativa própria deste órgão, do seu poder de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão”. Este é mais um controle de constitucionalidade da Norma Máxima.

Canotilho (1941, p. 918) afirma que o controle abstrato preventivo é a aceção de um controle que advenha sobre “*normas imperfeitas* não tem natureza idêntica à de um controlo jurisdicional incidente sobre normas já entradas em vigor. A decisão do Tribunal não consiste na *anulação* de normas, mas sim na *propositura de veto* ou *reabertura do processo legislativo*.”

... Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, em abstrato, são *ex tunc*, isto é, desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, e repristinatório das normas que a norma inconstitucional haja revogada. Em casos excepcionais, vale dizer, quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar efeitos diferentes daqueles. ...

(CARVALHO, Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo. p. 369)

O Tribunal Constitucional português, atuando como patrono do Texto Maior, faz o controle abstrato sucessivo, também denominado como via principal, em via de ação ou em via direta, e acontece quando, mesmo não existindo um caso específico, verifica uma lei comparativa com a norma Constituição.

O controle de constitucionalidade dos atos normativos que violarem as normas e preceitos constitucionais é levado ao conceito do Tribunal Constitucional e poderá ser

declarado inconstitucional por ação, conforme fundamenta nos artigos n.ºs 277.º e 282.º da CRP.

Também existe o controle de inconstitucionalidade da inércia legal dos atos positivados e consagrados no Texto Maior, mas não são exercidos pelos cidadãos por falta de regulamentação, ocasionado pela inércia do Poder Legislativo, na sua função típica de legislar. Assim fundamenta o artigo n.º 283.º da CRP:

Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição (art. 3.º/3). Significa isto que os actos legislativos e restantes actos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos atos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a *ordem constitucional global*, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global.

(CANOTILHO, Direito Constitucional e teoria da Constituição. p. 919)

Todas as normas abaixo da Carta Magna são consideradas infraconstitucionais e, por isso, devem respeitar o Texto Maior. A primeira está no topo e a segunda, que são as demais, deve-se fixar em seus princípios para não ser declarada inconstitucional. Contudo, para ter seu controle de constitucionalidade solicitado por um cidadão português, este tem que demonstrar que sofreu os abusos da lei em desconformidade com a Constituição, no todo ou parte dela, pois genericamente não será aceito pelo Tribunal Constitucional pátrio. Este é o entendimento no Acórdão nº 15/83.

3.1.3.2. Controle de constitucionalidade em Brasil

No Ordenamento Jurídico brasileiro, o controle de constitucionalidade divide-se em dois: o preventivo e o repressivo. O primeiro destes é analisado pelo controle de constitucionalidade das normas que ficou a cargo do Poder Executivo, quando o chefe de governo veta ou sanciona o projeto de lei e, em um primeiro momento, com o Congresso Nacional, quando preliminarmente a Comissão de Constituição e Justiça de uma das Casas

Legislativas examina o projeto de lei (PL), ou a proposta de emenda à Constituição (PEC), que realiza o controle de constitucionalidade preventivo.

A Comissão de Constituição e Justiça de cada Casa legislativa ofertarão, obrigatoriamente, parecer a favor ou contra o projeto ou a proposta ao seu prosseguimento para votação dos parlamentares. Assim, o legislativo inicia o controle de constitucionalidade.

O repressivo, em regra geral, é papel do Poder Judiciário, para análise deste controle maior, contudo há controle das normas no modo repressivo também pelo Poder Legislativo. Isso ocorre, na interpretação do artigo n.º 49, V, do Texto Maior, que prevê como competência do Congresso Nacional a sustação dos atos normativos do Presidente da República os quais exorbitem o poder regulamentar ou os limites delegados por lei.

Outra hipótese repressiva de controle de constitucionalidade são as medidas provisórias - MP, nos termos de artigo n.º 62 da Constituição Federal, que prevê a vigência e eficácia imediata, com força de lei, no decurso de 60 dias de sua publicação, devendo desde já serem enviadas ao Congresso Nacional para análise e submissão à aprovação, convertendo-as em lei ou não.

Se a medida provisória for rejeitada por inconstitucionalidade apontada pela Comissão Mista Parlamentar, o Congresso Nacional terá feito o controle repressivo de constitucionalidade, retirando do ordenamento jurídico aquela MP imprópria e tantas outras que poderiam vir a surgir com o mesmo objeto e fundamentos de controle já analisados.

3.2. O controle de constitucionalidade do Poder Judiciário português.

O Controlo de Constitucionalidade das normas ficou com o Poder Judiciário, o qual analisará a norma, seus preceitos constitucionais, a forma e o método que teve vigência para no final oferecer um parecer do seu controle. Nas palavras de Moraes, “A fiscalização preventiva procura sindicat um acto normativo em tramitação formativa. Tal como sucede com qualquer controlo de tipo abstrato, impugna-se o acto em si mesmo considerado,

independentemente da sua aplicação a qualquer situação concreta.” (MORAIS, 2005, pp. 17).

Moraes (2005, p.18) utiliza a expressão ‘controlo-barreira’, a qual alude claramente à circunstância de fiscalização concreta de “barrar” a possibilidade de os atos normativos inconstitucionais adentrarem no ordenamento jurídico pátrio.

Há um controlo preventivo para saber se é um projeto de lei viciado. E o Poder Judiciário é instigado para que responda sobre a forma legal da matéria ou sobre a iniciação da votação.

A fiscalização preventiva das normas consiste num procedimento de controle da lei face à constituição, que incide sobre certas normas jurídicas antes de se encontrar concluída a sua formação. Segundo as normas portuguesas, este controle é feito pelo Tribunal Constitucional. (MORAIS, 2005, p. 15)

O Controlo de Constitucionalidade das normas realizado pelo Poder Judiciário divide-se em dois, Concentrado e Difuso. O primeiro analisará a norma perante o Ordenamento Jurídico pátrio, e na declaração do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Constitucional terá os seus efeitos *erga omnis*. No segundo controlo, o cidadão prejudicado ingressa com ação própria com preliminares de inconstitucionalidade das normas para o juiz singular sentenciar despachando que se cumpra a sua ordem.

O controle de constitucionalidade do Poder Judiciário brasileiro será estudado e comparado com o do ordenamento jurídico português, para detectarmos a soberania do Tribunal Constitucional em “instigar” os direitos fundamentais aos seus respectivos cidadãos.

3.3. O controle de constitucionalidade do Poder Judiciário brasileiro.

Há quem entenda que o sistema e vias de controle judicial da constitucionalidade se divide em dois critérios: subjetivo ou orgânico, e formal. O primeiro subdivide-se em outros dois sistemas: o difuso e o concentrado; e o segundo também está subdividido em outros dois sistemas: via incidental e via principal (LENZA, 2015, p. 304).

Há outra corrente que entende que o sistema difuso é sinônimo de via exceção ou defesa, e o sistema concentrado é a via principal em ação abstrata ou ação direta (MORAES, 2015, pp. 729/745)

O sistema de controle judicial da constitucionalidade sob a ótica do critério formal em via incidental será exercido como uma questão nociva e premissa conexa do pedido principal. Tem este controle o objeto principal na análise da lei, sendo autônomo e exclusivo da causa.

No controle concentrado, a demanda será concentrada num número limitado de órgãos jurídico, tratando-se de competência originária daquele. Cabe a ele o processamento e o julgamento da ação, mas também cabe sob a via incidental, que discutirá a questão constitucional como ponto lesivo ao objeto principal da lide.

O controle de constitucionalidade concentrado e incidental do ordenamento jurídico brasileiro está demonstrado no art. n.º 102, I, “d” da CRFB/1988, que estabelece ser competência originária do STF processar e julgar o *habeas corpus*, sendo a pessoa pacífica do processo qualquer agente referido nas alíneas anteriores.

O mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal são outros exemplos de controle concentrado e incidental do ordenamento jurídico brasileiro.

No controle repressivo concentrado de constitucionalidade brasileiro, encontramos o recurso extraordinário – R.Ext., o mandado de injunção – MI, a ação direta de inconstitucionalidade genérica - ADI, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva – ADI interventiva, a ação direta de inconstitucionalidade supridora da omissão ou por omissão – ADO, a ação declaratória de constitucionalidade - ADC e, por fim, a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF. Além desses, não podemos esquecer que há o controle repressivo difuso de constitucionalidade, e esta ação é difundida para todos os órgãos do sistema judiciário.

O controle repressivo difuso de constitucionalidade, também conhecido por via de exceção ou defesa, significa que a Constituição Federal permitiu ao Poder Judiciário, desde

a primeira instância jurídica até a última, no caso concreto, analisar a compatibilidade do ordenamento legal com o Texto Maior.

3.3.1. Controle repressivo de constitucionalidade no meio difuso

O controle repressivo de constitucionalidade por meio difuso, em via de defesa, realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário surgiu para o ordenamento jurídico no famoso caso “*Madison versus Marbury*”. Em 1803, o magistrado John Marshall da Suprema Corte Americana decidiu afirmando que é de competência do judiciário interpretar e aplicar as normas emanadas pelos outros poderes, conforme interpretação à Lei Suprema⁴².

Neste viés, no caso concreto, o que é solicitado na lide é a outorga de obter uma declaração de inconstitucionalidade do ato ou da norma questionada pelas pessoas legítimas de direito constitucional.

A decisão de declaração de inconstitucionalidade da norma que está em desacordo com o ordenamento jurídico é do Supremo Tribunal Federal, mas a decisão de suspensão da norma é do Senado Federal. Sendo assim, retirar a norma do ordenamento jurídico é papel puramente do Poder Legislativo, e não do Poder Judiciário.

Após a declaração de inconstitucionalidade, seja no meio difuso, seja no meio concentrado, o Supremo Tribunal Federal oficializará o Senado Federal, nos termos do art. n.º 52, X, da CF/88, para que suspenda a execução do texto declarado controverso com o atual Texto Constitucional.

⁴² O caso envolveu *writ of mandamus* proposto por William Marbury diretamente na Suprema Corte em face do Secretário de Estado James Madison, com o propósito de obrigar o último a outorgar-lhe os poderes de Juiz de Paz do Distrito de Columbia, cargo para o qual havia sido nomeado pelo presidente federalista, John Adams, em seus últimos dias de mandato. Ao tomar posse em 1801, o presidente republicano, Thomas Jefferson (que havia derrotado Adams nas eleições presidenciais de 1800), ordenou a Madison a negativa de investidura de Marbury. Diante de tal recusa, Marbury utilizou a Seção 13 do *Judiciary act* de 1789, que havia outorgado à Suprema Corte a competência originária para julgar *mandamus* contra autoridades públicas como secretários de estado do governo federal. (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativista judicial do STF. p. 51)

A decisão da Suprema Corte brasileira⁴³ será *incidenter tantum* de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; será desfeito, desde a origem, o ato controverso da declaração, junto com todas decisões já realizadas antes do novo entendimento. Contudo, tais efeitos, *ex tunc*, só terão eficácia entre as partes, como não tem efeito *erga omnes*, quem se achar prejudicado com a norma terá que buscar o Poder Judiciário para ter seu direito alcançado.

3.3.2. Controle repressivo de constitucionalidade no meio concentrado

Como já dito antes, são vários os meios legais para demonstrar o controle repressivo de constitucionalidade concentrado das normas brasileira, então, neste entendimento, vamos visualizar cada um deles.

O Recurso Extraordinário – RExt.é o último recurso jurídico que pode ter sido proveniente de uma ação iniciada na prima instância, e vêm sendo interpostos reiterados recursos até chegar à Suprema Corte⁴⁴, esta é a derradeira etapa do controle difuso até chegar o Supremo Tribunal Federal – STF.

O artigo n.º 102 do Texto Maior brasileiro normatiza que compete ao STF, por ter competência originária, processar e julgar, as causas decididas no próprio tribunal ou, em grau de recurso, em última instância, para declarar a inconstitucionalidade de tratados internacionais, bilaterais, comunitário ou leis federais, assim como, poderá declarar constitucional lei ou ato normativo de governo dos Estados Membros contestados em face da Constituição; ou quando julgar válida lei destes Estados contestada em face de lei federal.

Os efeitos da decisão do Recurso Extraordinário da Corte Suprema⁴⁵ serão, em princípio, só para os litigantes. Contudo, quando o STF declarar a inconstitucionalidade da norma, por decisão definitiva, o Senado Federal será oficiado para, querendo (pois há

⁴³ Aqui se entende que estamos nos referindo ao Supremo Tribunal Federal brasileiro.

⁴⁴ Aqui se entende que estamos nos referindo ao Supremo Tribunal Federal brasileiro.

⁴⁵ Aqui se entende que estamos nos referindo ao Supremo Tribunal Federal brasileiro.

independência entre os poderes), mediante uma resolução, suspender a vigência da lei. Nisto, está ofertando os efeitos *erga omnie ex nunc* por ter a lei perdido seu vigor.

O Mandado de Injunção – MI, normalizado no inciso LXXI do art. n.º 5º da CF/88, tem como objetivo principal a abolição da inexistência ou da inércia da norma legal, que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Em outros termos, busca o melhoramento do ordenamento jurídico com o fim da lacuna, quando decidir a Suprema Corte⁴⁶ e, num futuro, quando o Congresso Nacional atuar na sua função típica e legislar tal ato, ofertando os efeitos *erga omne ex nunc* por ter a lei iniciado seu vigor em todo o território nacional e para todos os cidadãos.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica - ADI, normalizada no artigo n.º 102, inciso I, alínea a da CF/88, tem como objetivo principal o banimento da lei ou ato normativo estadual ou federal do ordenamento jurídico. Vale ressaltar que, no artigo n.º 1º do Texto Maior brasileiro, são instituídos os municípios como ente personalizado desta República, e, na interpretação do artigo n.º 102 do supracitado Texto, não há controle concentrado repressivo de constitucionalidade por via de ADI contra leis e atos normativos municipais perante a Suprema Corte⁴⁷.

O STF analisará a constitucionalidade das leis municipais por ação própria no controle difuso de constitucionalidade, e a lide poderá chegar ao Tribunal pelo Recurso Extraordinário. Entretanto, segundo o artigo n.º 125, §2º, do Texto Maior, os atos das urbes brasileiras poderão ser controlados pelos Tribunais Estaduais quando estes forem contrários à Constituição Estadual.

A Ação direta de inconstitucionalidade interventiva – ADI interventiva, fundamentada no artigo n.º 102, I, da Constituição, tem por objetivo o restabelecimento do respeito aos princípios constitucionais normalizados no inciso VII do artigo n.º 34 da CF/88, que são considerados princípios constitucionais sensíveis, a saber: manter a forma republicana, o sistema representativo e o regime democrático; garantir os direitos humanos e a autonomia municipal, com prestação de contas de todos os entes da federação.

⁴⁶ Aqui se entende que estamos nos referindo ao Supremo Tribunal Federal brasileiro.

⁴⁷ Aqui se entende que estamos nos referindo ao Supremo Tribunal Federal brasileiro.

A Ação direta de inconstitucionalidade supridora da omissão ou por omissão – ADO, normatizada no artigo n.º 102, inciso I, alínea “a” do Texto Maior, discute a regulamentação de atos sociais de uma lei, conforme direito expresso na Constituição, e tendo limite por terem sido eles instituídos por uma norma de eficácia limitada, deixando para o constituinte a regulamentação dos atos para o constituído.

Até o momento não foi feito, por sua omissão, e foi solicitada a intervenção do Poder Judiciário na decisão da lide com a regulamentação dos atos sociais. Aquele, em sua decisão, julgando o caso concreto, oficializará o Congresso Nacional para que, querendo fazer, cumpra o seu papel legislativo e institua a norma regulamentadora dos atos da comunidade.

Se a inércia dos fatos for do Poder Executivo, normatiza a Lei n.º 9.868/1999, este deverá cumprir no prazo de trinta dias ou no tempo determinado na decisão judicial para que se cumpra a necessidade do regulamento.

A Ação declaratória de constitucionalidade – ADC – será trabalhada pelo Poder Judiciário, por sua mais alta corte, quando reintegradas decisões de ações, no controle repressivo de constitucionalidade no meio difuso forem declaradas procedentes, sentenciando a inconstitucionalidade da lei, para determinar se a norma faz parte ou não do ordenamento jurídico.

O governo, achando necessário o ingresso da ADC, de lei ou ato normativo federal, solicitará ao STF a declaração *erga omnes* da norma em querela, para imperar no ordenamento jurídico com perfeição e sem vícios. A sentença será declaratória de constitucionalidade, e ninguém poderá ter mais dúvidas quanto o critério da lei na sociedade.

A Arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, normatizada pela Lei n.º 9.882/1999, tem dois objetivos: o primeiro, evitar ou reparar danos a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público; o segundo, em caso de controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual, distrital ou municipal.

Canotilho (1941, p. 921) afirma que a dificuldade dos direitos fundamentais como preceito de citação a incluir e expor na reserva de licitude constitucional não proporciona

amplos problemas numa Carta Magna, como por exemplo tem a CRP, “consagradora de um amplo *catálogo* de direitos, abrangendo direitos, liberdades e garantias de direitos económicos, sociais e culturais.”

Canotilho não visualiza nenhum problema nas normas de direitos fundamentais, sendo observadas pelo controle de constitucionalidades de seus atos normativos, salvo esta exceção: quando suscitar os direitos fundamentais não formalmente constitucionais, e exemplifica com os direitos constitucionais de leis ordinárias ou de convenções internacionais.

No último capítulo deste trabalho, buscaremos compreender os direitos fundamentais, sua origem, formulação e entendimento de doutrinadores e, no final, concluiremos demonstrando, no nosso entendimento, quem detém a soberania para nortear os direitos fundamentais, se é o Parlamento ou se é o Tribunal Constitucional. Completa-se com uma análise crítica do contexto estudado.

4. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No olhar jurídico-ocidental de democracia, governo pelo povo⁴⁸ e limitação de poder⁴⁹ estão unidos e conjugados entre si. O povo escolhe seus representantes, que, agindo como delegados da ordem constitucional, decidem os destinos da nação⁵⁰, protegendo os direitos individuais e coletivos, entre eles, a educação, a saúde, a economia etc.

O poder é cedido pelo povo aos representantes vitoriosos no sufrágio, entretanto este Poder cedido aos representantes é relativo, não é absoluto, pois há muitas restrições impostas pelo Poder Constituinte⁵¹, inclusive com a previsão de direitos e garantias individuais e coletivas do cidadão, relativamente aos seus pares e ao Estado, não podendo ser modificados sem uma breve consulta popular ou removidos, por serem cláusulas imutáveis⁵² positivadas.

Canotilho explica que a positivação dos direitos fundamentais com *status* constitucional “não significa que os direitos fundamentais deixem de ser *elementos constitutivos da legitimidade constitucional*, e, por conseguinte, elementos legitimativo-fundamentais da própria ordem jurídico-constitucional positiva, ...”

A positivação jurídico-constitucional não “acaba” nem “exaure”, seja no ‘*jusnaturalismo*’, seja nas “raízes fundamentantes” dos direitos fundamentais. Para Canotilho (2015, p. 378), o direito à Dignidade humana, à fraternidade, à igualdade e à liberdade são exemplos destes. Caso o contrário venha a acontecer, deverão ser invocados os arts. n.ºs 1.º e 2.º da CRP, na solicitação dos direitos e das liberdades fundamentais.

Além de Canotilho, Novais (2010, p. 30) entende que a problemática da Carta Magna de restringir os direitos fundamentais – enquanto problema exegeta de encontrar a medida e até mesmo de onde é que os direitos e liberdades constitucionais e suas garantias se encontram à mercê ou são retirados à decisão do poder político – está fundamentada no

⁴⁸ Art. 1º, Parágrafo único da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁴⁹ Art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁵⁰ Art. 14 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁵¹ Uma destas restrições está na petrificação dos institutos do parágrafo 4º do Artigo 60 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁵² Vide, §4º do art. 60, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Poder do Estado de legislar, sendo no Poder constituinte derivado que se encontra a problematização legal da tese.

Novais (2006, p. 30) apresenta o entendimento de que há legalidade na competência do juiz para controlar a validade material das decisões do legislador. Quando equipara as relações entre o legislador e o juiz, demonstra que o magistrado é constitucional: “cabe indagar da aptidão funcional de o poder judicial poder anular, no caso concreto referido, uma solução em que, por exemplo, o legislador democrático proíba qualquer intervenção médica feita contra a vontade conscientemente formulada do doente”.

Para entendermos melhor o pensamento destes dois autores, há necessidade de retroceder no tempo e buscar alguma substância legal na história para fundamentar esta tese, a qual se faz bastante relevante neste contexto, apresentado no capítulo anterior.

Independentemente do aprofundamento na história dos direitos fundamentais, há quem diga que as raízes do instituto está nos primórdios dos contratos de domínio realizados na Idade Média⁵³, especificamente na *Charta Magna inglesa de 1215*.

Nas duas últimas décadas do século XX, houve um avanço no modelo de pensar os direitos constitucionais, que atualmente se apresentam como resultado lógico no texto constitucional⁵⁴, com equilíbrio e razoabilidade na confirmação dos direitos fundamentais como centro da proteção da dignidade da pessoa humana e tendo a Constituição no topo das normas do Estado.

Mendes e Branco (2015, p. 135) ressaltam que o aumento com que o direito constitucional se depara neste momento acontece como “resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivar as normas asseguradoras dessas pretensões”. Para os autores, a Constituição é reconhecida como norma suprema do ordenamento jurídico, e a percepção de que os valores expressivos são os da existência humana deve estar no Texto Maior com força vinculante máxima.

⁵³ DUQUE. Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática. p. 36

⁵⁴ DUQUE. Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática. p. 35

Atualmente, as Constituições dos dois países em estudo fundamentam estes princípios garantidores dos direitos sociais, engrandecendo o cidadão, sustentando o estado e fortalecendo a Democracia, trançando objetivos nacionais e internacionais, obrigando o Estado a cumprir com deveres mínimos para com o povo.

Apesar de o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não ter nenhuma força normativa, não servir de texto base para declaração de inconstitucionalidade das leis infraconstitucionais, há quem entenda que dali já inicia o entendimento dos primeiros objetivos do Estado a respeito dos direitos fundamentais, mesmo sem valor jurídico normativo.

Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 135) declara que a relevância da proclamação dos direitos fundamentais entre nós pode ser sentida pela leitura do Preâmbulo da atual Constituição. Contudo, ressaltam Moraes e Lenza que o preâmbulo da Carta Magna não gera nenhuma forma vinculativa ao Texto Constitucional, a não ser que seja uma breve leitura de possíveis princípios encontrados na Constituição de 1988.

O preâmbulo da CRFB/1988 demonstra que os trabalhos realizados foram feitos por uma Assembléia Constituinte, tendo como propósito preconizado em seu texto que e para ser instituído um Estado Democrático, com objetivos fundamentais internos e externos, dentre os quais fortalecerão os direitos sociais e individuais, destinados a assegurar a liberdade e a segurança de todos calcados no princípio da dignidade da pessoa humana. Por fim, esta assembléia constituinte promulga a Constituição Federal em 05 de outubro de 1988 sob a proteção de Deus.

Neste entendimento, os direitos fundamentais foram utilizados como enaltecadores dos direitos da dignidade humana e positivados na certidão de promulgação e na formação e estruturação dos fundamentos da Constituição Cidadão brasileira⁵⁵, elevando o *status* positivista supremo da nova ordem constitucional vigente. Nesse sentido, há de se estudar a história e o significado dos direitos fundamentais nos principais ordenamentos jurídicos.

⁵⁵ CANOTILHO. Direito Constitucional. p. 377

4.1. A importância do estudo histórico e do significado dos direitos fundamentais.

Os Direitos Humanos surgiram para os Estados ocidentais modernos influenciados pela Religião Cristã na vigência do Antigo Testamento e corrobora-se este entendimento com o Novo Testamento, na Bíblia Sagrada⁵⁶.

O Senhor todo poderoso, Arquiteto do Universo, chamado por vários povos de Emanuel, Jeová, Salvador ou simplesmente “Deus”, fez tudo que existe no céu, na terra e no mar, e do barro moldou o homem, com um sopro o deu a vida, depois fez a mulher, ambos fez à sua imagem e semelhança. Tempo depois enviou o seu primogênito, na forma humana, a terra para remissão dos pecados e salvação da sua criatura.

Se Deus, o Todo Poderoso, fez um ser a sua imagem semelhança, Ser digno de um reflexo e moldura Dele, se Este envia o seu único Filho para salvação da sua criação, Ele está informando nas Leituras Sagradas da Bíblia que todos os seres humanos são dignos perante a existência do Deus vivo⁵⁷.

Saindo do pensamento religioso Cristão e entrando no pensamento da razão científica filosófico-jurídica, Canotilho explica e demonstra a evolução dos direitos do homem utilizando os pensamentos de Aristóteles, em *A política*; de Welzer, nos livros *Derecho Natural y Justicia Materia, e geschichte*; e Bloch, na obra *Geschichte*, explanando a evolução dos direitos humanos.

Canotilho diz que, na antiguidade clássica, não se ficou completamente às escuras quando o assunto é direitos fundamentais. O pensamento sofístico, iniciado da natureza biológica comum dos homens, chega perto da tese da ‘igualdade natural e da idéia de humanidade’.

Continuando com o mesmo doutrinador, ele diz que, “Por natureza são todos iguais, quer sejam bárbaros ou helenos”, defenderá o sofista Antifon; “Deus criou todos os homens livres, a nenhum fez escravos”, proclamava Alcidas. (CANOTILHO, 2011, p. 381). Neste pensamento, a igualdade de todas as pessoas se encontram sobe um *nomos* unitário que traz o cidadão a um grande Estado universal, significando um direito de todos,

⁵⁶ Bíblia Católica Apostólica Romana.

⁵⁷ MENDES e BRANCO. Curso de Direito Constitucional, p. 137

e não apenas direitos limitados ao espaço da *polis*. Canotilho diz que esta idéia é a “universalização ou planetarização dos direitos do homem” (2011, p. 381).

Novais segue a mesma linha de raciocínio de Duque, fundamentando seu entendimento, entre outros pontos, no fato histórico ocorrido em 1918, a Revolução Russa, na qual o Estado “rompeu os limites jurídicos do Estado de Direito e do modelo constitucional representativo ocidental – apresentou ao mundo um modelo democrático anticzarista – e também uma *Declaração de direitos*”⁵⁸.

A Declaração Russa de Direitos fora apresentada ao mundo como uma alternativa possível de direitos humanos contrários ao Estado de Direito liberal. Contudo, nas Normas Constitucionais soviéticas que vieram a suceder, foram acrescentados entendimentos que a modificaram radicalmente. A Revolução Russa traçava um viés de entendimento completamente distinto da concepção de direitos fundamentais como direitos contra o Estado.

Por definição, porque não há direitos contra si próprio, também não haveria, segundo essa nova concepção, direitos dos trabalhadores contra um Estado que agora, e pela primeira vez na história, seria seu, dos trabalhadores. Direitos fundamentais entendidos como garantias jurídicas contra o Estado classista burguês, mas seriam intrinsecamente contraditórios e inconsistentes no novo Estado proletário dito de transição para o socialismo e o comunismo.

NOVAIS. Direitos Sociais: teoria jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais, p. 18

Duque explica que, seguindo a corrente jurídica dominante, os direitos fundamentais estão umbilicalmente ligados à concepção do Estado liberal e do fim do Estado absolutista, opressor, guardião divino da existência humana na terra. Este concentrava o poder na mão do monarca, imperador ou outro governo absolutista, que poderia intervir na vida dos súditos⁵⁹.

No início do século XIII, houve o nascedouro dos primeiros traços da Carta Constitucional Inglesa. Em 1215, o Rei João Sem Terra foi obrigado pelas famílias aristocratas feudais a assinar uma carta de direitos com finalidade de estabelecer um convívio harmonioso, sadio e legal entre a nobreza e os outros estamentos, principalmente com os barões, os quais ofertaram ao monarca certos direitos supremos, em contrapartida

⁵⁸ NOVAIS. Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais, p. 17.

⁵⁹ DUQUE. Curso de Direitos Fundamentais, p.81.

receberiam alguns direitos de liberdade⁶⁰. Mesmo a *Charta Magna Libertatum de 1215* não tendo sido considerada como uma manifestação de vontades de criar ou estabelecer a idéia de direitos fundamentais inatos, surgiu a idéia do direito da liberdade positivado num Estatuto Supremo.

No entendimento do Art. n.º 39, “Nenhum home livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos, nem mandaremos proceder contra ele, senão em julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país”⁶¹.

[...] . De maneira simplificada, a formulação preponderante deixa-se identificar a partir de uma linha básica, cujo início pode dar-se nas declarações de direito das revoluções inglesas e francesas, seguindo-se por outros movimentos, entre os quais se destacam o constitucionalismo alemão, com ênfase na constituição da Igreja de São Paulo (*Paulskirchenverfassung*) em Frankfurt, na Constituição de Weimer de 1919, na redação das primeiras constituições dos Estados-membros alemães após o final da Segunda Guerra Mundial e a declaração de direitos humanos das Nações Unidas.

DUQUE. Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática. p. 36

No final do século XVIII, o Estado da Virginia, Estado-membro dos Estados Unidos da América, em sua Declaração de Direitos, proclamou no primeiro artigo que todos os homens são por natureza livres e têm direitos inatos, de que não se despojam ao passar a viver em sociedade.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão normatiza, em seus artigos segundo e quarto, que o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, sendo o exercício destes direitos ilimitados senão às restrições necessárias para assegurar aos outros cidadãos o gozo dos mesmos direitos.

A doutrina moderna apresenta uma classificação de Direitos Fundamentais baseada no lema da Revolução Francesa do século XVIII, com tema liberdade, igualdade e fraternidade, e sua evolução como direitos e garantias de primeira, segunda e terceira geração.

⁶⁰ CANOTILHO. Direito Constitucional. p. 382.

⁶¹ CANOTILHO. Direito Constitucional. p. 383.

Há doutrinadores que entendem que o termo geração está sendo utilizado de forma errada, já que, quando falece uma geração, a seguinte é que mandará na nova ordem constitucional e assim sucessivamente, substituindo a anterior e exaurindo os seus efeitos.

Estes novos doutrinadores preferem utilizar o termo dimensão. A primeira dimensão continua atuando mesmo se vier a segunda, terceira, quarta, quinta etc., sendo uma continuação da outra, complementando e fortalecendo o sistema legal⁶². Também há quem entenda que o termo geração só é para ser utilizado como demarcador do momento histórico, que cada um dos direitos surgiram como reivindicações da nova ordem jurídica⁶³.

Ressalta a doutrina moderna que a classificação de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração, baseando-se na ordem histórica cronológica, surgiu institucionalmente a partir da *Magna Charta* de 1215, da Inglaterra, com o nascimento dos direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas)⁶⁴. Outros norteiam-se lecionando que os direitos de primeira geração surgiram na abrangência referidas nas Revoluções americana e francesa⁶⁵.

Na contemporaneidade, os direitos fundamentais são estudados e analisados em todas as Constituições dos diversos Estados. Novais destaca que, num Estado Democrático de Direito, há de existir vários problemas relacionados entre liberdade e autoridade, indivíduo e Estado, autonomia individual e regulação estatal, que leva a diversas vontades, sentimentos e convicções plurais. Neste momento, todas as indagações são discutidas publicamente, pretendendo-se chegar a uma solução fechada e *erga omnis*.

4.2. Linhas peculiares dos direitos fundamentais.

Pedro Lenza (2015, p.1056) destaca alguns documentos históricos que refletem o início dos direitos fundamentais de primeira geração, que são: Magna Carta de 1215,

⁶² LENZA. Direito Constitucional esquematizado. p.1056.

⁶³ MENDES e BRANCO. Curso de Direito Constitucional. p. 138.

⁶⁴ MORAES. Direito Constitucional. p. 29.

⁶⁵ MENDES e BRANCO. Curso de Direito Constitucional. p. 137.

assinada pelo rei “João Sem Terra”; a Paz de Westfália, em 1648; o *Habeas Corpus Act*, em 1679; o *Bill of Right*, de 1688; e as Declarações, dos Estados Unidos da América, em 1776, e a da França, em 1789.

Jorge Reis Novais (2010, p. 66) destaca que as Constituições elaboradas entre os anos de 1700 e 1800, ao trazer os direitos fundamentais em seu corpo, normalizava essencialmente as liberdades negativas que protegiam os cidadãos autossuficientes (que eram a vida, a liberdade, a propriedade) das interferências Estatais.

Os direitos humanos de primeira dimensão surgem para restringir a abrangência tirana do governo sobre os cidadãos, limitando o Estado e sua autoridade e obrigando-o a ser de direito, a respeitar as liberdades individuais do ser humano. Tais considerações dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos⁶⁶. Não se preocupam com a desigualdade social.

Mendes e Branco (2015, p. 137) Os direitos fundamentais, advindos com os movimentos constitucionais contemporâneos, vieram, sobre tudo, para “fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder.” Neste contexto há de se criar direitos que traduzem a vontade dos cidadãos, criando obrigações de fazer e de não intervir na vida pessoal de cada indivíduo. O cidadão passa a viver um estado de liberdade, sem opressão estatal. Não importando a nação ou região que nasceu ou vinha residindo, o cidadão terá direitos de transitar e carregar seus bens.

A industrialização no mundo, inicialmente na Inglaterra, seguida do crescimento demográfico sucedida com descaso governamental com os problemas sociais, fez surgir novas reivindicações populares, obrigou o Estado mínimo a intervir na economia geral⁶⁷, forçou o surgimento de um Estado de melhorias sociais⁶⁸. Brotaram assim os direitos fundamentais de segunda geração, que são os direitos sociais, econômicos e culturais de uma sociedade.

Pedro Lenza (2015, p.1057) e Jorge Reis Novais (2010, p. 69) enfatizam alguns documentos históricos que cogitam o princípio dos direitos fundamentais de segunda

⁶⁶ LENZA. Curso de Direito esquematizado. p. 1056.

⁶⁷ NOVAIS. Direitos Sociais: teoria jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. p. 69.

⁶⁸ LENZA. Curso de Direito esquematizado. p. 1057

geração, que são: Constituição do México, de 1917; Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha, conhecida como a primeira Constituição da República Alemã; Tratado de Versalhes, de 1919, encabeçado pela Organização Internacional do Trabalho; além das Constituições da Finlândia, Espanha, Holanda, e no Brasil esta dimensão foi contemplada na Constituição de 1934.

Novais (2010, p. 70) fundamenta este período com o discurso do presidente Roosevelt, que apresentava, sobre a nova ótica constitucional, as novas liberdades (*freedom from fear e freedom from want*), bem como a necessidade de um *second Bill of Right*, os quais trazem o Poder judiciário para o centro das grandes decisões referentes aos direitos sociais.

Em terceiro lugar, está a dimensão de solidariedade ou fraternidade, que dá vez a um direito difuso e coletivo⁶⁹, não só um povo de uma nação, mas a todo o sistema terrestre, como direito a um meio ambiente sadio e saudável⁷⁰, a uma boa qualidade de vida, ao progresso⁷¹, à paz⁷², a autodeterminação dos povos⁷³ etc.

Na terceira geração dos direitos fundamentais, são traçados os direitos transindividuais, isto é, direitos que ultrapassam o direito do indivíduo, pois chega-se à proteção do gênero humano.

Pedro Lenza (2015, p.1058) *apud* Karel Vasak identifica alguns direitos que retratam os direitos fundamentais de terceira geração, trazido com o ‘desenvolvimento’ das atuais gerações pós-guerra, impondo as nações à Paz e o respeito ao Princípio da Dignidade Humana; à proteção ao meio ambiente saudável e responsável, o direito a propriedade com respeito a função social da propriedade, o direito ao patrimônio comum de todos – “patrimônio comum da humanidade”, impondo ao Estado a observância para o bem estar das atuais e futuras gerações, e o direito de expressão e imprensa – “direito de comunicação”.

⁶⁹ MENDES e BRANCO. Curso de Direito Constitucional. pp. 137/138.

⁷⁰ Art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁷¹ Art. 4º, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁷² Art. 4º, VI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁷³ Art. 4º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Segundo Alexandre de Moraes *op cite* Manoel Ferreira Filho, (2015, p.30), “a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

O Supremo Tribunal Federal⁷⁴ assim se manifestou sobre as gerações de direitos fundamentais:

“enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”.⁷⁵

Há quem fale que as gerações de direitos fundamentais não se exauriram com o lema da Revolução Francesa. Defendem que nesta geração já surgiram outros direitos fundamentais que devem ser acrescidos ao rol dos direitos fundamentais, como o da quarta, quinta etc.

Pedro Lenza *apud* Norberto Bobbio argumenta que o direito fundamental de quarta geração seria os direitos decorrentes dos avanços da engenharia genética, ao colocar em risco a própria existência do ser humano ou a modificação global de suas características genotípicas e fenotípicas atuais. Já quando o autor cita Paulo Bonavides, este afirma que a quarta dimensão seria a concretização do Estado social⁷⁶, destacando-se os direitos de democracia direta⁷⁷; informação e pluralismo político⁷⁸.

⁷⁴ O Supremo Tribunal Federal brasileiro é considerado constitucional como Corte Constitucional brasileira

⁷⁵ STF – Pleno – Ms nº. 22.164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p. 39.206.

⁷⁶ Art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁷⁷ Art. 1º, I, corroborado com o art. 14 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁷⁸ Art. 1º, V, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Paulo Bonavides, citado por Pedro Lenza, afirma ainda que o direito à paz deve ser tratado como uma dimensão separada, que não seja um item da quarta dimensão como cita Karel Vasak, mas sim da quinta geração dos direitos fundamentais⁷⁹.

4.2.1. Funções dos direitos fundamentais.

Uma vez sabendo a diferença entre direitos e garantias fundamentais, das quais aqueles são bens e vantagens introduzidos nas normas constitucionais, enquanto estas são os instrumentos pelos quais se assegura o direito quando violado ou na eminência da violação; também já sabendo sobre a questão sobre a titularidade dos direitos fundamentais e dos seus destinatários, é salutar compreender agora o significado jurídico e a delimitação das funções típicas dos direitos fundamentais para compreendermos a determinação de sua eficácia.

Para compreendermos, devemos ter conhecimento da famosa “Teoria dos *Status*” (*Status-Lehre*) criada por George Jellinek, na obra “Sistemas dos Direitos Públicos Subjetivos”, também citada por vários doutrinadores, como: Canotilho; Lenza; Mendes e Branco; Novais; e por Duque, na sua obra “Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática”.

Esta teoria foi publicada no final do século XIX, num momento político-histórico diferente do atual, mas ainda serve de base para os estudos sobre direitos fundamentais da atualidade, sem sombra de dúvida no contexto jurídico entre o particular e o Estado. Jellinek descreveu e fundamentou quatro grandes *status*: passivo, negativo, positivo e ativo sobre a função básica dos direitos fundamentais.

Duque *op cite* Jellinek, (2014, p. 73) referindo a riqueza da diferenciação dos diversos direitos fundamentais traz a conduta de que cada preceito, princípio e norma de direito constitucional deve ser “associado a um *status* específico, pois a partir de um direito fundamental isolado, podem ser garantidos diferentes *status*.”

⁷⁹ LENZA, Direito Constitucional esquematizado. p.1059.

Vamos definir pela ordem de apresentação traga por Pedro Lenza. O primeiro *status* (*status subiectionis*) leva em conta que todos os indivíduos estão submetidos ao poder da lei, da ordem normativa, devendo obedecer às ordens estatais. O segundo *status* (*status libertatis*) advoga a proibição do Estado em regradar, segurar, ou reter os direitos de liberdade do indivíduo. O terceiro *status* (*status civitatis*) diz que o indivíduo pode exigir do Estado atividades, ações e omissões para que torne a vida do cidadão segura e saudável. O quarto e último *status* (*aktiver zivität*) caracteriza-se pela participação política do cidadão na vida do Estado⁸⁰, isso porque só é possível se o cidadão for ativo para o Estado, enaltecendo os direitos políticos.

status passivo ou *subiectionis*: o indivíduo se encontra em posições de subordinação aos poderes públicos, vinculando-se ao Estado por mandamentos e proibições. O indivíduo aparece como detentor de deveres perante o Estado;

status negativo: o indivíduo, por possuir personalidade, goza de um espaço de liberdade diante das ingerências dos Poderes Públicos. Nesse sentido, podemos dizer que a autoridade do Estado se exerce sobre homens livres;

status positivo ou *status civitatis*: o indivíduo tem o direito de exigir que o Estado atue positivamente, realizando uma prestação a seu favor;

status ativo: o indivíduo possui competências para influenciar a formação da vontade do Estado, por exemplo, pelo exercício do direito do voto (exercício de direitos políticos)..

(LENZA, Direito Constitucional esquematizado. p. 1063)

Há quem critique a Teoria de Jellinek por ser puramente formal, principalmente quando ele informa sobre o *status libertatis*, que não tem o ser humano e seu cotidiano, no centro de seus estudos. Contudo, a crítica com maior negatividade que todos doutrinadores se mencionam é que o Estado não está limitado, e o cidadão sim.

Os direitos fundamentais só serão concedidos pelo Estado quando este achar por bem fornecer ao Cidadão, e não entender que os direitos fundamentais ultrapassam a essência do Estado, haja vista que antecederam a existência deste, pois emanam da pessoa humana.

Duque (2014, p. 76) informa que, atualmente, podemos confirmar que a maioria dos direitos fundamentais são direitos de liberdade, caracterizados no *status* negativo. Fundamentando-se na segurança do cidadão de não ser oprimido pelo Estado. “Tal constatação demonstra a dominância do caráter de defesa dos direitos fundamentais, ainda

⁸⁰ DUQUE. Curso de Direito Fundamental: teoria e prática.

que nem todos direitos fundamentais possam ser trazidos ao conceito de direitos de defesa.”

A duras penas, às vezes em batalhas infrutíferas, buscou-se o reconhecimento dos direitos fundamentais como direitos e garantias de liberdade do cidadão. Na contemporaneidade, não restam dúvidas de que a principal meta dos direitos fundamentais é arquitetar e engendrar o direcionamento do cidadão ante o Estado, mesmo sabendo que este não é o grande entrave destes direitos, haja vista que, na atualidade, o Estado não é o único ameaçador da usurpação destes direitos.

Historicamente o Estado sempre foi estudado como o maior, ou o único, ameaçador dos direitos fundamentais, sendo que os estudos sempre coincidiram com os movimentos constitucionais, buscando liberdades nas ponderações estatais.

Com base neste comentário e na conjuntura dos dados por Jellinek citado por Marcelo Schenk Duque, “Liberdade significa, no contexto dado por Jellinek, negação da prática de uma coação contrária ao direito. Atualmente, pode-se sustentar que os *status* negativo e positivos encontram o seu fundamento dogmático no mandamento de proteção da dignidade humana.”

Duque (2014, p. 76) confirma que o direito de liberdade esta ligada a função de defesa do Estado em proteger seus cidadãos, se omitindo em praticar determinadas condutas agressivas aos direitos fundamentais (*status* negativo). Também passamos a entender, conforme leciona Duque, que o Estado deve prestar serviços essenciais, praticando algumas condutas primordiais em favor do cidadão (*status* positivo), dais quais se encontram os ditos direitos sociais.

Neste mesmo entendimento o Tribunal Constitucional português decidiu, no Acórdão n.º 509/02, em 19 de dezembro de 2002, normalizando os Preceitos Constitucionais, os Direitos da Dignidade Humana e os Deveres do Estado de manter a segurança social ativa. O Tribunal ordenou que “o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional

desta deixa de consistir numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa.”⁸¹.

Segundo o Acórdão n.º 509/92, o Tribunal Constitucional português pronunciou-se pela inconstitucionalidade da norma constante do artigo 4.º, n.º 1, do Decreto da Assembleia da República n.º 18/IX, referente à titularidade do direito do rendimento social de inserção. O Pretório reiteradas vezes já decidiu que o Estado cumprindo (total ou parcialmente) as tarefas constitucionais impostas para realizar um direito social deixa este direito de ser uma obrigação positiva para ser uma obrigação negativa.

O cumprimento da norma (total ou parcial), levando o cidadão a ter o mínimo de existência condigna, encontra-se constitucionalmente garantido e não existem outros instrumentos que o possam configurar como eficácia jurídica. Neste prisma, sempre existirá um ato inconstitucional por violação desse direito, independente do mando da lei, o que configurará é o que impõe a Constituição relativamente ao direito a um mínimo de existência digna.

O direito a um mínimo de existência digna poderá chocar-se com o direito ao não retrocesso, questões que esbarram no princípio da igualdade, sobretudo em função das relações que intrinsecamente se estabelecem entre as diversas situações reguladas pela lei. Para descartar que não há o direito ao não retrocesso, o Tribunal Constitucional português tem reconhecido, mesmo de forma indireta, a garantia do direito a uma sobrevivência minimante condigna ou a um mínimo de sobrevivência.

O princípio do respeito da dignidade humana enaltecido na Constituição da República portuguesa de 1976, proclamado no artigo n.º 1º e decorrente da ideia de Estado de direito democrático, consignado no seu artigo n.º 2.º, e no artigo n.º 63.º, n.ºs 1 e 3 implica o reconhecimento do direito ou da garantia a um mínimo de subsistência condigna do cidadão sob a égide do Estado português.

⁸¹ Acórdão N.º 509/02. De 19 de dezembro de 2002. Pronuncia-se pela inconstitucionalidade da norma constante do artigo 4.º, n.º 1, do Decreto da Assembleia da República n.º 18/IX, referente à titularidade do direito do rendimento social de inserção. Processo: n.º 768/02. Plenário. Requerente: Presidente da República. Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida.

O Tribunal Constitucional português já se manifestou dizendo que o legislador, seja qual for o ente, goza da margem de autonomia necessária para escolher os instrumentos legais adequados para garantir o direito a um mínimo de existência condigna.

É admirável perceber que há caminhos direcionais da doutrina e da jurisprudência a respeito dos direitos fundamentais clássicos que, na esmagadora maioria das vezes, tendem a recair nos direitos de primeira e segunda geração, lemas da Revolução Francesa.

Duque (2014, p. 78) corroborando com várias teses, entre elas Mendes e Branco, ressalta que não há de se nega que existem diante dos direitos de liberdade as competências de intervenção estatais, e o direito de igualdade que é a diferenciação correta perante o tratamento dos cidadãos por meio dos órgãos estatais de ofertar estes direitos e manutenção da ordem social. Reconhece também, mesmo de maneira genérica, que os direitos de liberdade contêm garantias de igualdade tanto na linha vertical, onde o Estado observa o cidadão, como na linha horizontal, onde o cidadão deve respeitar os direitos do outro.

Portanto, os técnicos jurídicos na busca incessante para descobrir os direitos fundamentais do cidadão sempre pendem o estudo para os direitos de liberdade ou de igualdade. E não estão completamente longe do foco científico jurídico, pois estas duas dimensões têm características de intercessão na dimensão revolucionária francesa e nas próximas que surgirão. Neste aspecto, encontra-se o duplo caráter dos direitos fundamentais: as dimensões subjetivas e objetivas.

4.2.2. O duplo caráter dos direitos fundamentais: as dimensões subjetivas e objetivas.

Destacou-se até este momento a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, que teve a maior relação histórico-cultural, na qual surgiu dos movimentos constitucionais, atualmente buscando a eficácia dos direitos fundamentais não só na bipolarização clássica, cidadão-Estado, onde o Estado perdeu o caráter monopolista, mas entendendo que há vários entendimentos no respeito na linha horizontal, no qual os cidadão devem respeitar uns aos outros.

Direitos fundamentais do ponto de vista subjetivo somente entram em considerações, quando eles prevejam para os seus titulares consequências jurídicas determinadas. Contudo, um direito fundamental na forma de um direito

subjetivo nem sempre está visível no texto constitucional, tendo em vista que muitas vezes deve ser derivado no caminho da interpretação. A partir daí, levando-se em conta que compreender e interpretar significa conhecer e reconhecer um sentido vigente, abre-se caminho para uma série de derivações relevantes na dogmática jurídico-constitucional. A de maior destaque, ao menos para o tema abordado nessa investigação, é a que abriu esse estudo, no sentido de que a evolução social, marcada por uma pulverização de poderes privados, que assim como o Estado mostram-se igualmente ameaçadores aos direitos fundamentais, despertou a necessidade de se repensar os instrumentos de proteção desses direitos.

DUQUE, Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática.

A eficácia horizontal, ou privada, ou externados direitos fundamentais, dependendo da doutrina utilizada, surge como importante contraponto da eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Sem sombra de dúvidas, no princípio da isonomia, o Estado sempre deve respeitar os cidadãos, nunca diferenciando os iguais ou prejudicando o hipersuficiente em detrimento do mais fraco legalmente. Já entre atividades típicas de particulares, há de se ter ponderações, senão pela norma, mas por força judicial para manter os princípios básicos entre todos.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica desses direitos de, em maior ou em menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou se expressa no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas.

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação.

(MENDES e BRANCO, Curso de Direito Constitucional. p.167)

Os destinatários da proteção estatal são todos os seres humanos, assim está fundamentado no artigo n.º 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que afirma que na República brasileira todos que estiverem morando ou não, cidadãos, estrangeiros ou em transito pelo território legal do Estado serão igualados perante a lei aos brasileiros, garantindo a todos a inviolabilidade de vários direitos, entre eles, a proteção à vida, sendo assegurado à liberdade, resguardada à segurança das pessoas e de seus bens, fortalecendo o direito de propriedade e a função social da propriedade.

Há de observar que se o estrangeiro que estiver de passagem, não tendo residência no Brasil, também tem essa garantia constitucional, o Supremo Tribunal Federal já declarou que ele tem os mesmos direitos das demais pessoas⁸².

4.2.3. A interpretação constitucional.

A questão do método interpretativo mais justo para o caso concreto à luz da Carta Magna é um dos problemas mais debatidos e mais difíceis da moderna doutrina juspublicística⁸³. Entretanto, a Constituição de qualquer Estado deve ser interpretada para ser melhor aplicada e entendida por seus cidadãos. Este entendimento podemos encontrar na interpretação das diversas obras literárias de Jorge Reis Novais.

Tomando a sério, o limite do nº2 do art. 18º significaria serem inconstitucional hipotéticas normas ordinárias que, por exemplo, possibilitassem à Administração impor medidas de vacinação obrigatórias em caso de epidemia (por violação do art. 25º, nº 1), que permitissem a um corpo policial ou de bombeiros entrar, sem autorização, no domicílio de alguém em caso de incêndio (por violação do art. 34º), ...

(NOVAIS, As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. p. 17)

Esta atribuição é designada ao exegeta, que buscará o real significado dos termos constitucionais⁸⁴. Tal função é extremamente importante para dar entendimento às normas infraconstitucionais e segurança jurídica ao atual ordenamento. Para isso, os doutrinadores passaram a interpretar a Constituição do Estado utilizando certos métodos hermenêuticos, que são: o método jurídico; o método tópico-problema; o método hermenêutico-concretizador; o método científico-espiritual; a metódica jurídica normativo-estruturante; e a interpretação comparativa.

O primeiro método parte do entendimento de que a constituição é uma norma jurídica imperativa e que deve ser interpretada como se estivesse interpretando uma lei, que ao interpretá-la deve-se observar as regras tradicionais de hermenêuticas.

⁸² STF – HC 103311/PR – Rel. Min. Luiz Fux, decisão: 7-6-2011; STF 2ªT. – HC 94477/PR – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 6-9-2011; STF – 2ªT. – HC 102042 ED/SP – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 15-2-2011.

⁸³ CANOTILHO. Direito Constitucional p. 1210.

⁸⁴ LENZA. Direito Constitucional esquematizado. p. 157

O segundo método hermenêutico parte da premissa de que toda norma pretende resolver problemas concretos ou casos abertos. Esta deve procurar adaptar ou adequar as normas constitucionais a respostas ao caso.

O terceiro método segue a idéia de que o sentido da norma está na interpretação do texto, no qual se encontram dois pressupostos. O subjetivo, que designa que o intérprete tem um papel de criador, e o objetivo, que realça o intérprete como operador de mediações entre o texto e o caso concreto.

O quarto método utiliza bases de valoração do texto constitucional; o sentido e a realização da constituição como processo integrador. O quinto método serve para analisar as várias funções de realização do direito constitucional e captar as mudanças das normas constitucionais nos casos concretos. O sexto método busca a interpretação das normas constitucionais nos elementos de direito comparado⁸⁵.

Canotilho também enumera vários princípios e regras interpretativas das normas constitucionais, que são: da unidade da constituição; do efeito integrador; da máxima efetividade ou da eficácia; da justeza ou da conformidade funcional; da concordância prática ou da harmonização; da força normativa da constituição. A utilização destas regras busca a harmonização do texto constitucional com as finalidades nela contida, com as normas infraconstitucionais.

Há de se deixar claro que onde não há sombra de dúvidas o intérprete constitucional não deve atuar. O exegeta se limita a transcrever o texto constitucional⁸⁶.

Buscando alguns casos de interpretação das normas, Martins (2005, p.131) destaca em sua obra que alguns doutrinadores defendem que “o Poder Judiciário deve atribuir importância à vontade dos órgãos integrantes do Poder Legislativo, ainda que essa mesma vontade não estivesse expressa na lei”. Destaca, ainda, que este pensamento não foi defendido na decisão de 17 de janeiro de 1957, pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, sobre a finalidade e métodos da interpretação da lei.

⁸⁵ CANOTILHO. Direito Constitucional. pp. 1210 a 1214

⁸⁶ LENZA. Direito Constitucional esquematizado. p.158.

Martins explica que a teoria subjetiva pesquisa a vontade histórica do Poder Legislativo na época da criação da norma e sua manutenção e evolução histórica. Já no método de interpretação da teoria objetiva da norma, com forte e crescente movimento de interpretação da contemporaneidade, o objeto da interpretação é a própria norma, ou seja, a vontade do legislador na lei.

A esse objetivo de interpretação opera a hermenêutica, com base no texto da norma (interpretação gramatical), no seu contexto (interpretação sistemática), na sua finalidade (interpretação teleológica), nos materiais legais (interpretação genética) e nos antecedentes normativos (interpretação histórica).

(MARTINS, Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, p. 132)

Para poder compreender a vontade objetiva do legislador na interpretação da norma, o intérprete deve utilizar todos os métodos doutrinários operacionalizados pelo ordenamento jurídico pátrio normativo. Um método, mesmo sendo conflitante com outro, não deve ser excluído do contexto interpretativo legal, os debatedores devem unificar o maior número de métodos para solucionar o caso concreto.

Martins fundamenta o conflito de métodos na interpretação de uma norma com uma decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em uma decisão de 21 de maio de 1952 (BVerfGE 1, 299 [312], na qual, para decidir uma lei e a vontade do legislador, o juiz observa a norma e a objetivada dela ao texto Constitucional. analisa também a história da preparação da norma e sua órbita de atuação e métodos interpretativos.

Em suma, o entendimento levantado acima é que a pretensão do legislador será a vontade da lei. Na complicada interpretação da norma, o intérprete deverá levantar todos os pontos hermenêuticos e a questão problema para melhor solução do conflito.

Neste caminhar do estudo para buscar o duplo caráter dos direitos fundamentais, e entender que detêm soberania para aplicá-los, há de se compreender a esfera destes direitos.

4.3. A esfera do abrigo dos direitos fundamentais.

Como dito no primeiro capítulo, modernamente os direitos fundamentais surgiram com as grandes revoluções dos séculos XIX e XX, e os principais lemas dos revoltosos

traziam o primado dos direitos e garantias fundamentais. Como exemplo, tem-se a Revolução Francesa cujo lema foi a liberdade, igualdade e fraternidade.

Duque informa que, antes de buscarmos entender o que são direitos fundamentais, devemos investigar a ocorrência de conflito entre os direitos para, em princípio, obter uma mínima clareza terminológica a fim de evitarem-se imprecisões maldosas. Destaca-se a necessidade de diferenciar o que é colisão e concorrência de direitos fundamentais. O mesmo explica que, em se tratando da concorrência dos direitos fundamentais (*Grundrechtskonkurrenz*), pensa-se nos casos onde há mais de um direito, aplicando-se mais forma de conduta para o mesmo titular. Já quando se fala em colisão do direito fundamental (*Grundrechtskollision*), fala-se em colisão de bens jurídicos protegidos, que tem como características o confronto de direitos de titulares diversos⁸⁷.

Assim, no primeiro caso tem-se um direito fundamental ao lado do outro, em situação de incidência conjunta e não oposição; no segundo, um direito fundamental contra o outro, em uma verdadeira situação de conflito. Isso sugere que o termo conflito de direitos fundamentais seja aqui empregado mais no sentido de colisão, do que no de concorrência, sobretudo em face da problemática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, onde posições jurídicas de diferentes pessoas colidem entre si.

(DUQUE. Curso de direitos fundamentais: teoria e prática. p.211)

Neste prisma, o tribunal constitucional competente deverá encontrar uma solução para o conflito dos princípios. Sabe-se que um não destrói o outro quando o caso é solucionado, mas sim, no caso concreto, um é escolhido em relação ao outro.

O Tribunal Constitucional observando a Constituição, ao julgar o caso concreto, demonstrando o seu entendimento dos princípios conflitantes, passa a obrigar as partes a cumprirem o determinado. Após sua decisão os princípios conflitantes voltam para o texto constitucional numa espécie de latência e força horizontal até serem suscitados em outros casos concretos, quando poderão ser visualizados novamente e pode, neste outro caso de princípio ser enaltecido em relação ao primeiro caso.

Para solucionar a tese, assegura-se o critério utilizado pelos juízes em suas decisões, que, ao julgarem direitos fundamentais conflitantes entre si, empregam a razão legal e alguns princípios constitucionais, entre eles eleva-se o princípio da proporcionalidade como método decisivo da lide.

⁸⁷ DUQUE. Curso de direitos fundamentais: teoria e prática. pp.209 até 211.

4.3.1. O critério da proporcionalidade como método decisivo da lide que afronta aos direitos fundamentais.

O legislador, na sua vontade de trabalhar, de produzir a legalização das condutas humanas, ponderando na normatização da sociedade, legalizando as atividades humanas, criando diversas normas e princípios valorativos, sem perceber, ele pode complicar a convivência harmônica dos cidadãos ou oprimir os direitos fundamentados elencados na Constituição do Estado.

Encontrando barreiras, conflitos legais, o cidadão poderá buscar o Estado para decidir a querela. O Poder judiciário deve ser acionado para ordenar qual o posicionamento correto deve ser seguido. Quando for decidir no caso de conflitos de princípios constitucionais, o juiz deve utilizar o princípio da proporcionalidade para decidir o caso concreto.

Novais (2006, p. 279) No ordenamento jurídico português o princípio da proporcionalidade, “independentemente da fundamentação constitucional que se lhe atribua”, é indiscutível sua inexistência, pois é um princípio que sempre observa os direitos fundamentais em todas suas dimensões doutrinárias e restrições constitucionais. Encontrando-o fundamentado nos arts. n.ºs 18.º, n.º 2, 266.º, n.º 2, e 272.º, n.º 2, da Constituição da República portuguesa.

O judiciário, quando acionado pelo querelante para dirimir os conflitos legais e principiológicos, procurará decidir o caso concreto fundamentado na norma. Mas quando a lei está conflitando com os preceitos e fundamentações constitucionais, antes de decidir a lide, o magistrado deve examinar a norma infraconstitucional à luz de sua Carta Magna⁸⁸. Verificando se elas estão em perfeita harmonia, em alguns casos para decidir a lide, o magistrado utiliza o princípio da proporcionalidade.

Contudo, ao analisar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei, o Poder Judiciário deve se ater aos limites da Carta Magna e aos fundamentos da divisão dos Poderes observados por Montesquieu. Não deve adentrar na atividade típica do Poder Legislativo, criando novas leis, mas sim resolvendo casos concretos, baseando-se nos

⁸⁸ MENDES e BRANCO. Curso de Direito Constitucional. p. 217.

princípios gerais do direito, entre eles o princípio da proporcionalidade das normas no ordenamento jurídico.

Mendes e Branco, (2015, p. 218) ao definirem o caso da interferência do Poder Judiciário sobre o Legislativo, melhor dizendo, na análise da função típica do Poder Judiciário sobre a ótica constitucional de controle de constitucionalidade da função típica do Poder Legislativo. Eles trazem uma das primeiras decisões da Corte Constitucional Alemã que, ao decidir norteiam a função judiciária na apreciação da legitimidade de uma norma, proibindo-se a cogitação de sua conveniência (*Zweckmäßigkeit*). Contudo, o mesmo tribunal também enalteceu o Poder Judiciário ordenando sempre a observação das liberdades discricionárias e seus limites que foram outorgadas ao legislador. Que ao decidir o magistrado deverá utilizar de princípio que proporcione a conduta social da norma.

Vários países recepcionaram o princípio da proporcionalidade em seus ordenamentos jurídicos pátrios, o qual é aceito também nas cortes internacionais. A República Portugal⁸⁹ e a República Federativa do Brasil⁹⁰ também têm este princípio como mediador de conflitos de normas em seus acórdãos.

Há décadas o Tribunal Constitucional Português influenciou o Tribunal Brasileiro em suas decisões jurídicas, mas, nos últimos anos deste século, o Brasil tem-se inclinado às doutrinas alemãs⁹¹ e verificado as Decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão - *BVerfg*.

Alguns doutrinadores alemães sustentam que o princípio da proporcionalidade tem guarida nos direitos fundamentais, outros afirmam que este tem expressão no Estado de Direito. A Jurisprudência da *BVerfg* parece pender para as duas correntes.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins afirmam que o conceito inicial do princípio da proporcionalidade veio da jurisprudência do *BVerfg*. Numa decisão, em 1960, ele declarou que “o princípio da proporcionalidade resultaria da própria substância dos direitos

⁸⁹ Em Portugal a Corte Constitucional é denominada de Tribunal Constitucional.

⁹⁰ No Brasil a Corte Constitucional é denominada como Supremo Tribunal Federal

⁹¹ DIMOULIS e MARTINS. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, p. 165.

fundamentais”. Mesmo não estando escrito formalmente na Constituição do Estado, ele possuía *status* constitucional⁹².

Nesse sentido, o preceito da proporcionalidade de decidir dogmas dos direitos fundamentais é superior às discussões de características terminológicas deste direito. Isso porque, quando se limita o preceito da proporcionalidade, o judiciário fica atado em suas decisões, não informando o real alcance da lei e os interesses do legislador pátrio ao criar a norma.

Neste contexto, até aqui, encontramos o ativismo judiciário de interpretação dos direitos fundamentais, donde agora, tudo será levantado à luz do Tribunal Constitucional, para esclarecer o que realmente quer dizer a lei, segundo as demais normas vigentes, tudo em perfeita consonância com o ordenamento jurídico.

4.4. O ativismo judicial metodológico interpretativo dos direitos fundamentais.

A Suprema Corte brasileira⁹³ teve diversos altos e baixos, seja na sua função típica – enquanto órgão máximo julgador de um Estado, seja na vinculação imperial, política, militar ou democrático – enquanto órgão julgador e formado de opiniões democráticas em cada época (BECATTINI, 2013, pp. 88/92).

O Supremo Tribunal Federal, após a Constituição brasileira de 1988, vem desempenhando um papel fundamental para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, com a análise, principalmente, dos direitos fundamentais perante as várias instituições dos diversos Entes federados brasileiros.

Quando a Corte Constitucional brasileira⁹⁴ vai desempenhar seu papel típico perante o controle de constitucionalidade, analisando casos e encontrando enunciados vagos, ambíguos, dotados de alta carga valorativa dos direitos fundamentais, comparadas com regras de sentido clarificador ou não, passa a interpretar o texto infraconstitucional perante os preceitos do Texto Maior.

⁹² DIMOULIS e MARTINS. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. p. 161.

⁹³ Aqui entende-se que estamos nos referindo ao Supremo Tribunal Federal brasileiro.

⁹⁴ Aqui se entende que estamos nos referindo ao Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Campos (2014, p. 278) assevera que “a dificuldade está em delimitar as fronteiras entre a pura aplicação das disposições constitucionais e a criação normativa pelo Supremo Tribunal Federal” e explica que o medo está na concretização dessas ordens vagas e equívocas, com grande valor social. Ressalta ainda que o medo maior é que o Supremo venha a ser “terceiro turno da constituinte”.

O Supremo tem aplicado princípios constitucionais para regular condutas concretas sem qualquer intermediação do legislador ordinário. Foi assim no “caso de nepotismo”, paradigma dessa hipótese de ativismo metodológico. Esse caso foi definido em três atos: primeiro, em sede de ADC, a Corte validou a proibição do nepotismo quanto ao Judiciário; depois, em sede de recurso extraordinário, definiu poder a proibição abranger todos os poderes de governo e nos três níveis federativos; por último, o Supremo editou súmula vinculante detalhando os contornos e o alcance da regra da vedação de nepotismo e vinculando efetivamente o comportamento de todos os poderes da República.

(CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do STF, p. 279)

Segundo Campos (2014, p. 281), a Corte, ao decidir no “caso do nepotismo”, aplicou diretamente ao processo decisório da querela alguns princípios constitucionais às condutas humanas que não fora expressamente normalizadas pelo Congresso Nacional.

Dentre vários casos muito bons e de alto valor jurisprudencial, a Suprema Corte⁹⁵ julgou um, que é o “caso da união homoafetiva”⁹⁶, que demonstra muito bem o desenvolvimento dos direitos fundamentais e a inércia estatal perante aqueles que têm a opção de vida de escolher viver com outros do mesmo sexo, e com ele formar uma família, querendo formalizar seus direitos e deveres recíprocos perante o Estado e a sociedade, registrando-se nas repartições públicas competente.

Campos (2014, p. 285) lembra que “estava em jogo a equiparação de direitos entre as uniões estáveis hétero e homossexuais”. E estavam também em jogo várias questões conservadoras e vanguardistas quanto à constituição de casamento e formação de família.

Venceu a tese que demonstrou que a sociedade está numa progressiva abertura e evolução institucional aparentemente a favor dos direitos e deveres dos casais homoafetivos⁹⁷.

⁹⁵ Aqui se entende que estamos nos referindo ao Supremo Tribunal Federal brasileiro.

⁹⁶ Aqui se entende que são casais *gays*.

⁹⁷ Refiro-me a relacionamentos de pessoas do mesmo sexo.

No julgamento de 05/05/2011, o Supremo afastou o óbice da expressão literal do artigo 226, §3º, da Constituição, que impõe o dever de proteção do Estado à “união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”, afirmando tal regra não vedar expressamente a equiparação entre as uniões estáveis hétero e homossexuais, nem o poderia assim fazer diante *do todo axiológico* representado pela Constituição. Esse conjunto axiológico – máximo a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a cláusula geral de liberdade e a proibição de preconceito por orientação sexual -, impõe uma “interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que se forma por vias distintas do casamento civil”. Caberia ao Supremo evitar o *conflito* do artigo 226, §3º, com essa ordem axiológica e “manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamento atributo da coerência”.

(CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do STF, pp. 286/287)

Neste entendimento, faço as minhas as palavras do Ministro⁹⁸ Joaquim Barbosa quando se reportou no julgamento deste caso e disse que o caso se “encontra fundamentado em todos os dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da igualdade e da não discriminação”. Acrescento que, se a Suprema Corte⁹⁹ interpretasse só, e exclusivamente só, o texto literal da Constituição, não haveria porque ter uma corte guardiã do Texto Magno.

Os juízes singulares poderiam fazer este papel, já que era literalidade das normas infraconstitucionais. Como fundamenta Canotilho, não há existência de paralelismos entre regra-dimensão subjetiva e princípio-dimensão objetiva das normas consagradoras de direitos fundamentais. Quer uma quer a outra têm a natureza de princípio, e devem ser cumpridas pelo Estado. Assim, os direitos fundamentais também são princípios fundamentais¹⁰⁰.

⁹⁸ No Brasil Ministro do Supremo Tribunal Federal são os juízes que decidem os processos em último grau de recurso, ou que detêm competência originária constitucional para decidir os casos.

⁹⁹ Aqui se entende que estamos nos referindo ao Supremo Tribunal Federal brasileiro.

¹⁰⁰ CANOTILHO. Direito Constitucional, p. 1256

CONCLUSÃO

Após os movimentos Constitucionais, referendado por Canotilho, com o surgimento do Estado Liberal, enrijecido com os princípios da Revolução Francesa, e popularizado nas diversas Constituições Sociais, historicamente fundamentadas na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição Alemã de 1919, abundantemente se tem debatido acerca da separação dos poderes, fruto do movimento iluminista, veiculada na obra *O Espírito das Leis*, de Montesquieu. Cultuou-se tal inovação como uma segurança de balanceamento entre as funções preenchidas pelo Estado, para que haja uma perfeita adequação no equilíbrio dos poderes estatais.

O constituinte implementou, no texto da Carta Magna, meios de controles recíprocos para a preservação do Estado Democrático de Direito, privilegiando-se, destarte, os princípios da separação dos poderes e dos freios e contrapesos.

Essa separação das funções do Estado, advindo da ótica funcional, dividiu os poderes referentes a administrar, legislar e julgar, para melhor estruturação, harmonia e independência entre si, conquanto cada um desempenhe funções atípicas à sua própria natureza. Cada um deve exercer primordialmente as suas funções típicas elencadas na Constituição da República. Tal atitude possibilita, assim, a adoção de um modelo de separação que admite o exercício, a cada um, de funções típicas e atípicas, relativos às demais funções estatais.

Quanto à eficácia das normas constitucionais não deve ser questionada, pois o Poder Constituinte, todo poderoso, não pode ser questionado por ato de soberania absoluta. O Constituído poderá ter as suas normas questionadas se não estiverem em consonância com a Carta Magna, contudo o que se examina a fundo é a aplicabilidade das normas constitucionais, se é imediata ou mediata. Quem realizará esta análise cuidadosa é o Poder Judiciário. Para a República brasileira, o Tribunal competente é o Supremo Tribunal Federal; para a República portuguesa, o Tribunal competente será o Tribunal Constitucional.

As calorosas discussões acerca do controle judicial sobre as atividades fim do Poder Legislativo levantam cogitações na doutrina portuguesa e brasileira, bem como nos entendimentos jurisprudenciais de cada Tribunal Constitucional, no crescimento das

decisões judiciais sobre o poder político, administrativo e legislativo, que transcendem o aspecto material da constitucionalidade das leis, passando a Corte Constitucional¹⁰¹ a quem deve interpretar as normas constitucionais e seus princípios conforme o sistema *Commem Law*, ingressando no seu aspecto formal da norma¹⁰². Este foi um querer do Poder Constituinte, e houve uma evolução transcendental da evolução da tripartição dos poderes estatais.

Vários países ocidentais recepcionaram o princípio da proporcionalidade em seus ordenamentos jurídicos pátrios para decidir as querelas envolvendo direitos legais entre normas constitucionais. A República de Portugal e a República Federativa do Brasil também têm este princípio como mediador de conflitos de normas principiológicas em seus acórdãos. Há décadas o Tribunal Constitucional Português influenciou o Tribunal Brasileiro em suas decisões jurídicas, mas, desde os últimos anos do século passado, o Brasil tem-se inclinado para as doutrinas alemãs¹⁰³ e verificado as Decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão - *BVerfg*.

Neste contexto, no ensinamento de Canotilho, não há existência de paralelismos entre regra-dimensão subjetiva e princípio-dimensão objetiva das normas consagradoras de direitos fundamentais. Quer uma como a outra tem a natureza de princípio, na qual devem ser cumpridas pelo Estado. Assim, os direitos fundamentais também são princípios fundamentais¹⁰⁴.

Novais (2010, p. 58) explica que, mesmo quando a doutrina divide os direitos fundamentais em uma dupla dimensão, a subjetiva e a objetiva (HESSE, HÄBERLE), enaltecendo que é possível retirar das normas de direitos fundamentais conteúdos jurídicos “des-subjectivizados”, que é retirado da relação do Estado com o indivíduo, alcançados nos direitos fundamentais, enquanto elementos objetivos do Estado Democrático de Direito.

Os poderes da república e seus diversos entes públicos devem cumprir todas na dimensões verticais, relacionando o Estado com o cidadão, assim como na dimensão

¹⁰¹ Aqui me refiro que, para a República brasileira, o Tribunal competente é o Supremo Tribunal Federal; para a República portuguesa, o Tribunal competente será o Tribunal Constitucional.

¹⁰² Sistema Civil Law

¹⁰³ DIMOULIS e MARTINS. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. p. 165.

¹⁰⁴ CANOTILHO. Direito Constitucional. p. 1256

horizontal, que é a relação de Cidadão com seus pares. Os direitos humanos devem ser cumpridos pelo governo, ofertando, a todas as pessoas cidadãos do Estado ou em trânsito em seu território, os direitos fundamentais elencados pela Carta Magna, assim como todos os cidadãos devem ter deveres e direitos recíprocos uns para com os outros, fortalecendo o respeito recíproco constitucional fundamental.

Nas decisões das Supremas Cortes¹⁰⁵, nota-se a busca incessante do cumprimento dos direitos e deveres dos cidadãos perante a Constituição, assim como os direitos e deveres elencados nos direitos fundamentais, que devem ser respeitados por políticas públicas de Estado perante os governantes eleitos pelo povo.

Conclui-se que os direitos fundamentais, mesmo nos aspectos subjetivos e objetivos que forem legalizados pelo Poder Legislativo, obrigando o Poder Executivo a cumprir um programa mínimo de Estado, ofertando-os aos cidadãos, caso sejam descumpridos ou não exercidos na íntegra, poderão ser solicitados por qualquer cidadão ofendido ou qualquer pessoa legitimada a propor ação de controle própria, para ter seus direitos prejudicados restabelecidos pelo Estado.

¹⁰⁵ Aqui se entende que estamos nos referindo ao Supremo Tribunal Federal brasileiro e ao Tribunal Constitucional português.

BIBLIOGRAFIA

GERAL:

ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**. tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. ISBN 85-7420-872-8

ARENDT, Hannah – **A condição humana**. tradução de Roberto Raposo. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 407p. ISBN 85-218-0255-2

ARISTÓTELES – **A política**. tradução de Torrieri Guimarães e Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2013. 283p. ISBN 85-7232-456-9.

ÁVILA, Humberto – **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. 138p. ISBN 85-7420-581-8.

BOBBIO, Norberto – **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. 173p. ISBN 978-85-7753-017-5.

BOBBIO, Norberto – **Teoria da norma jurídica**. tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2005.

BOBBIO, Norberto – **Teoria do ordenamento jurídico**. tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BOBBIO, Norberto – **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006. 236p. ISBN 85-274-0328-5

BOBBIO, Norberto – **Direito e poder**; tradução de Nilson Maulin. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

BOBBIO, Norberto – **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Editora Fontes, 2010. ISBN 978-85-61635-64-0

BONAVIDES, Paulo – **Ciência política**. 18ªed. São Paulo: Malheiros, 2011. 550p. ISBN 978-85-392-0069-6.

BONAVIDES, Paulo – **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 2007. 230p. ISBN 978-85-7420-826-9.

BURKE, Edmund – **Reflexões sobre a revolução em França**. tradução de Renato de Assumpção Faria. Brasília: Editora UNB, 1997.

CARVALHO, Kildare Gonçalves – **Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo**. 19ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. 1436p. ISBN 978-85-384-0260-2.

CHALITA, Gabriel – **O Poder: reflexões sobre Maquiavel e Etierre de La Boétie**. 3ªed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2005, 133p. ISBN 85-203-2773-7.

COELHO, Luiz Fernando – **Fumaça do bom direito**. Curitiba: Editora Bonijuris, 2011. 320p. ISBN 978-85-8092-000-0.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. 38ª edição. Brasília: Câmara dos Deputados. Edições Câmara, 2013. ISBN. 978-85-402-0129-3

DEL VECCHIO, Giorgio – **Lições de filosofia do direito**. tradução de Antônio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1979. 643p.

DIMOULIS, Dimitri – **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIMOULIS, Dimitri – **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006.

DINIZ, Maria Helena de – **Norma constitucional e seus efeitos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DUQUE, Marcelo Schenk – **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. ISBN 978-85-203-5237-3.

DWORKIN, Ronald – **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. tradução de Jussara Simões. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005. 689p. ISBN 85-336-2130-2.

DWORKIN, Ronald – **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeria. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 568p. ISBN 85-336-1513-2.

DWORKIN, Ronald – **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006. 572p. ISBN 85-336-2257-0.

DWORKIN, Ronald – **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 513p. ISBN 85-336-1513-2.

FAVOREU, L – **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Consitucionales, 1984.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio – **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2010. 346p. ISBN 85-224-2759-3.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio – **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. ISBN 85-203-0012-X.

IHERING, Rudolf Von – **A luta pelo direito**. 3ªed. tradução Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. 101p. ISBN 85-203-2328-6.

MARTINS, Leonardo Org. – **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Ronrad Adenauer Stiftung, 2005. ISBN 9974-7942-1-8

MIRANDA, Pontes de – **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda Nº 1, de 1969**. Tomo 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

MORAIS, Carlos Blanco de – **Justiça Constitucional: o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio**. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. 1102p. ISBN 972-32-1370-2

NOVAIS, Jorge Reis – **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2ª edição. Coimbra: Coimbra editora, 2010. ISBN 978-972-32-1833-6.

NOVAIS, Jorge Reis – **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra editora, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis – **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 1ª edição. Coimbra: Coimbra editora, 2010. ISBN 978-972-32-1805-3.

PONTES FILHO, Vládir – **Poder, direito e constituição**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. 328p. ISBN 978-85-7700-348-8.

RÁO, Vicente – **O direito e a vida dos direitos**. 5ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 981p. ISBN 85-203-1783-9.

RANGEL, Vicente Marotta – **Direito e relações internacionais**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 798p.

REALE, Miguel – **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 391p. ISBN 85-02-02051-X.

ROCHA, José de Albuquerque – **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Editora Malheiros, 1995. 176p.

ROUSSEAU, Jean Jacques – **Do contrato social: princípios do Direito Político**. tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2012. 123p. ISBN 85-336-2322-4.

SCHMITT, Carl – **O conceito do político: teoria do *partisan***. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009. ISBN 978-85-7308-988-2.

STRECK, Luis Lenio – **Ciência política e teoria do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Luis Lenio – **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TABOSA, Agerson – **Direito Romano**. 3ed. Fortaleza: FA7, 2007.

VASCONCELOS, Arnaldo – **Direito, humanismo e democracia**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. 125p. ISBN 85-7420-025-5.

VASCONCELOS, Arnaldo – **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. 310p. ISBN 85-7420-196-0

VIEIRA, Andréia Costa – **Civil Law e common Law**. Porto Alegre: Fabris Editor, 2007.

VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade – **Da hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VILE, M. J. C – **Constitucionalismo y separación de poderes**. Traducção de Xohana Bastida Calvo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. 453p. ISBN 978-84-259-1377-8.

ESPECÍFICA:

ANDRADE, J. C. Vieira de – Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. *In* Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional – **colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional**. (Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993). Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ARAÚJO, Rosalina Corrêa de – **O estado e o poder judiciário no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

BARROSO, Luís Roberto – **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto– Organizador. **A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro – **Curso de direito constitucional**. 22ªed. São Paulo: Malheiros, 2010. 703p. ISBN 978-85-7420-823-7.

BECATTINI, Sérgio Rubens Birchall – **Dilemas da Atuação do Poder Judiciário: ativismo judicial sob a Ótica do Pensamento de Ronald Dworkin**. Belo Horizonte: D'Plácido editora, 2013. ISBN 978-85-67020-05-1

BIGONHA, Antonio Carlos Alpino et al (org.) -**Limites do controle de constitucionalidade**. Tradução de Adauto Vilela et al. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BONAVIDES, Paulo – **A constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade: com ênfase no Federalismo das regiões**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 526p. ISBN 85-7420-597-4.

BONAVIDES, Paulo – **Curso de direito constitucional**. 27ªed. São Paulo: Malheiros, 2012. 863p. ISBN 978-85-392-0112-9.

BROTERO, José Maria de Avellar – **A Filosofia do direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007. 103p. ISBN 978-85-7420-774-2.

BULOS, Uadi Lammêgo – **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1685p. ISBN 978-85-02-17382-8.

CAETANO, Marcelo – **Manual de ciência política e direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 2003.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo – **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5665-3.

CANOTILHO, J. J. Gomes – **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2011.1522p. ISBN 85-8827-828-6.

CAPPELLETTI, Mauro – **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro – **Juízes legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro – **Processo, ideologias e sociedade**. Tradução de Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

CUNHA Jr., Dirley da – Curso de direito constitucional. 7ªed. Salvador: editora Juspodivm, 2013. 1305p.

CUNHA, Paulo Ferreira da – **Res publica: ensaios constitucionais**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu – **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu – **O controle de constitucionalidade pelo supremo tribunal federal. In O Poder Judiciário e a Constituição**. Porto Alegre: Ajuris, 1977.

DAVID, René – **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio – **Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

FERREIRA, Olavo Augusto Viana Alves – Competências do supremo tribunal federal e do superior tribunal de justiça na emenda constitucional 45/2004. in TAVARES, André Ramos;

FREITAS CAMPOS, Sérgio Pompeu de – **Separação dos poderes na jurisprudência do supremo tribunal federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

GARCYA-PELAYO, Manuel – **As transformações do estado contemporâneo**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOYARD-FABRE, Simone – **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone – **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GUASTINI, Riccardo – **Das fontes às normas**. Traducção de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUENNÉ, Bernard. *op. cit.* ALBUQUERQUE, Martim de., **A consciência nacional portuguesa**. Lisboa, 1974.

HÄBERLE, Peter – **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para interpretação pluralista e `procedimental` da Constituição**. Traducção de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HERÓDOTO – **História**. São Paulo: Ediouro, 2001.

HESSE, Konrad – **A força normativa da constituição**. Traducção de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas – **Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Traducção de Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

KAUFMANN, Arthur – **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans – **A democracia**. Traducção de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans – **Teoria geral do direito e do estado**. Traducção de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans – **Teoria pura do direito**. Traducção de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KRIELE, Martin – **Introdução à teoria do estado: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático**. Traducção de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

LASSALLE, Ferdinand – **O que é uma constituição?**. Traducção de Hiltomar Martins Oliveira. Belo horizonte: Cultura Jurídica, 2004.

LENZA, Pedro – **Direito Constitucional esquematizado**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. (Coordenadores) – **Reforma do judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Editora Método, 2005.

LOCKE, John – **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002. ISBN 85-336-0896-9.

MARIANO, Cynara Monteiro e LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (organizadores) – **O Supremo Tribunal Federal e os Casos Difíceis**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. 371p. ISBN 978-85-7874-306-2.

MAUS, Ingeborg – **O direito e a política: teoria da democracia**. Tradução de Elisete Antoniuk e Martônio Mont'Alverne Barreto Lima. Belo horizonte: Del Rey, 2009.

MELO, Patrícia Perrone Campo – **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. São Paulo: Editora Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira – **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge – **Manual de direito constitucional**. Tomo I. Coimbra: Coimbra editora, 1997. ISBN 972-32-0731-1

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat – **Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MORAES, Alexandre de – **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 9ªed. São Paulo: Atlas, 2013. 2474p. ISBN 978-85-224-7481-3.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro – **Neoconstitucionalismo: a invasão da constituição**. São Paulo: Editora Método, 2008.

MORO, Sergio Fernando - **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MÜLLER, Friedrich – **Métodos de trabalho de direito constitucional**. Tradução de Peter Nauman. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NINO, Carlos Santiago – **Introducción al análisis del derecho**. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2001.

PÁDUA, Marcílio de – **O defensor da paz**. Traducção de José Antônio Camargo Rodrigues de Souza. Petrópolis: Vozes, 1997.

PAGÉS, Juan Luis Requejo – **Las normas preconstitucionales y El mito Del poder constituyente**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

PERELMAN, Chaïm – **Lógica jurídica**. Traducção de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PORTO, Rafael Vasconcelos – **Breves considerações sobre o §3º do art. 5º da Constituição Federal**. I Jornada de Direito Internacional – Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. Brasília: ESMAF, 2002. p. 361/379. ISBN 978-85-85392-37-6

QUEIROZ, Cristina – **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

ROCHA, José de Albuquerque – **Súmula Vinculante e Democracia**. São Paulo: Atlas, 2009. 151p. ISBN 978-85-224-5660-4.

SILVA, José Afonso da – **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA NETO, Manoel Jorge – **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUZA JÚNIOR, Cesar Saldanha – **O tribunal constitucional como poder**. Porto Alegre: Memória Jurídica Editora, 2002.

SUPREMO Tribunal Federal – Súmula Vinculante com o número 37, DJe N.º 210, de 24 de outubro de 2014, p. 2.

TRIBUNAL Constitucional – Acórdão com o número 5, de 19 de julho de 1983. Plenário. Acórdão ditado para a acta.

TRIBUNAL Constitucional – Acórdão com o número 7, de 26 de julho de 1983. Plenário. Acórdão ditado para a acta.

TRIBUNAL Constitucional – Acórdão com o número 9, de 26 de julho de 1983. Plenário. Acórdão ditado para a acta.

TRIBUNAL Constitucional – Acórdão com o número 13, de 26 de outubro de 1983. Relator Mário de Brito.

TRIBUNAL Constitucional – Acórdão com o número 15, de 2 de novembro de 1983. Plenário. Acórdão ditado para a acta.

TRIBUNAL Constitucional – Acórdão com o número 16, de 3 de novembro de 1983. Relator Jorge Campinos.

TRIBUNAL Constitucional – Acórdão com o número 32, de 22 de janeiro de 2002. Relator Paulo Mota Pinto.

TRIBUNAL Constitucional – Acórdão com o número 65, de 8 de fevereiro de 2002. Relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beleza.

TRIBUNAL Constitucional – Acórdão com o número 207, de 21 de maio de 2002. Relator Sousa e Brito.

TRIBUNAL Constitucional – Acórdão com o número 509, de 19 de dezembro de 2002. Relator Luís Nunes de Almeida.

TASSINARI, Clarissa – **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2013. ISBN 978-85-7348-839-5.

TAVARES, André Ramos – **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

TAVARES, André Ramos – **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAVARES, André Ramos – **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: IBDC, 1998.

ANEXO

ANEXO A – MAPA DO CONDADO PORTUCALENSE



Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Condado_Portucalense#/media/File:Condado_portucalense_carte-1070-fr.png>
Acesso em: 18/03/2016

DECRETO DE 1º DE DEZEMBRO DE 1822

Crêa a Imperial Ordem do Cruzeiro.

Desejando Eu assignar por um modo solemne e memoravel a época da Minha Acclamação, Sagração e Coroação, como Imperador Constitucional do Brazil, e Seu Perpetuo Defensor, por ser a mais importante para esta monarchia, acabando de firmar a sua Independencia, representação politica, e futura grandeza e prosperidade, manifestando-se assim ao mesmo tempo á face das Nações o brio, amor e lealdade do grande Povo que Me elevou, por unanime espontaneidade, ao Grau Sublime de Seu Imperador Constitucional: E sendo pratica constante e justa dos Augustos Imperantes, e particularmente dos Senhores Reis Meus Predecessores, Crear novas Ordens de Cavalleria, para melhorperpetuarem as épocas memoraveis de Seus Governos, e com especialidade de Meu Augusto Pai o Senhor D. João VI, Rei de Portugal e Algarves; que, pela sua feliz chegada ás plagas deste Imperio, renovou, e ampliou a antiga Ordem da Torre e Espada, em 13 de Maio de 1808; e alguns annos depois, Creou no dia 6 de Fevereiro de 1818, em que fôra Acclamado na Successão da Corôa, a Ordem Militar da Conceição: Por todos estes ponderosos motivos; e por Querer outrosim augmentar com Minha Imperial Munificencia os meios de remunerar os serviços que Me têm prestado, e houverem de prestar os Subditos do Imperio, e os benemeritos Estrangeiros, que preferem estas distitncções honorificas a quaesquer outras recompensas; e tambem para poder Dar mais uma prova da minha Alta Consideração e Amizade ás personagens da maior gerarchia e merecimentos, que folgarem com este Meu Signal de estimação: Hei por bem (em allusão á posição geographica desta vasta e rica região da America Austral, que fórma o Imperio do Brazil, onde se acha a grande Constellação do Cruzeiro, e igualmente em memoria do nome que teve sempre este Imperio, desde o seu descobrimento, de - Terra as Santa Cruz) Crear uma nova Ordem Honorifica, denominada - IMPERIAL ORDEM DO CRUZEIRO, - a qual será governada e regulada interinamente pelos artigos seguintes, que servirão de base aos estatutos geraes e permanentes, que se hajam de fazer para o futuro.

I.A Mim, e aos Imperadores que Me succederem no Throno do Brazil, pertence o Titulo e Autoridade de Grão-Mestre desta Ordem Imperial.

II. O expediente dos negocios da Ordem é confiado a um Chancellor, que despachará immediatamente Commigo.

III. A Ordem constará: 1º de Cavalleiros, cujo numero será illimitado; 2º de 200 Officiaes effectivos e 120 honorarios; 3º de Dignitarios, dos quaes serão 30 effectivos e 15 honorarios; 4º de oito Grãos0Cruzes effectivos e quatro honorarios.

IV. As pessoas da Minha Imperial Familia, e os Estrangeiros a quem, por sua alta gerarchia e merecimento, Eu Houver por bem Conferir as condecorações desta Ordem, serão reputados suprenumerarios, e não prestarão juramento.

V. Os Membros honorarios da Ordem, de qualquer dos graus não poderão passar ao grau superior, antes de serem effectivos nos antecedentes.

VI. Depois da primeira promoção, cujas nomeações dependem da Minha Imperial Escolha e Justiça, ninguém poderá ser admittido a Cavalleiro, sem provar ao menos vinte annos de distincto serviçi militar, civil ou scientifico, excepto nos casos de serviços extraordinarios e relevantissimos, que mereçam da Minha Imperial Munificencia dispensa neste artigo fundamental.

VII. Estabelecida regularmente a Ordem, nenhum Cavalleiro poderá passar a Official, sem contar quatro annos de antiguidade no seu grau: para poder este ser promovido a Dignatario, deverá Ter tres annos de Official; e para Grão-Cruz cinco annos de Dignitarios. Aos Militares, porém, estando em campanha, cada anno de guerra lhes será contado por dous de serviço ordinario para este fim.

VIII. A Insignia desta Ordem será, para os simples Cavalleiros uma Estrella da fórmula que mostra o padrão, que com esse baixa: esmaltada de branco, decorada com Corôa Imperial, e assentado sobre uma Corôa emblematica das folhas de tabaco e café, esmaltadas de verde. Terá no centro, em campo azul celeste, uma Cruz formada de dezenove Estrellas esmaltadas de branco, e na circumferencia deste campo, em circulo azul ferrete, a legenda - Benemerentium Premium - em ouro polido. A medalha no reverso, em lugar da Cruz, terá a Minha Imperial Effigie em ouro e campo do mesmo metal, com a seguinte legenda no circulo azul ferrete - Petrus I. Brasiliae Imperator D. - Os Officiaes da

Ordem, os Dignatarios e Grãos-Cruzes usarão também da Chapa que se observará no padrão em n. 1, e da fórmula abaixo prescripta.

IX. Os Cavalleiros usarão a Insignia, ou Venera enfiada em fita azul celeste, atada em uma das costas ao lado esquerdo do vestido ou farda, de que usarem, como se pratica na Ordem de Christo. Os Officiaes usarão, além disto, da Chapa ou bordado no lado esquerdo do vestido ou farda. Os Dignatarios, além da Chapa no vestido ou farda, trarão a Insignia pendente de fita larga ao pescoço. Finalmente, os Grãos-Cruzes além da Chapa trarão a tiracollo as bandas ou fitas largas de azul celeste com a Medalha da Ordem.

X. nas funções sollemnes da Ordem, virão todos os Membros della ornados de Manto branco, com cordões e alamares de cor azul celeste, e com a Insignia bordada sobre o hombro esquerdo, no Manto, conforme as suas graduações.

XI. Esta Ordem gozará de todos os privilegios fóros e isenções de que goza a Ordem de Christo, no que não fôr contrario à Constituição do Imperio.

XII. Aos Grãos-Cruzes da Ordem competirá o tratamento de excellencia, quando já o não tenham pelas graduações em que estiverem; assim como aos Dignatarios o tratamento de senhoria.

XIII. Aos Grãos-Cruzes, que fallecerem, se farão as honras funeraes militares, que competem aos Tenentes Generaes; aos Dignatarios as dos Brigadeiros; aos Officiaes as dos Coroneis; e finalmente aos Cavalleiros a dos Capitães. E quando vivos, se lhes farão as continencias militares, correspondentes ás graduações acima mencionadas.

XIV. No 1º dia de Dezembro, anniversario da Minha Coroação, haverá na Capella Imperial da Côrte, a Festa da Ordem; e no mesmo dia, se publicarão as novas promoções da mesma. A esta Festa assistirão todos os Membros da Ordem, que se acharem dentro de tres leguas da Côrte.

XV. Esta Ordem Imperial, para premio dos serviços dos seus Membros, e para conservação do seu esplendor e dignidade, terá uma dotação proporcionada aos seus nobres e importantes fins, estabelecendo-se um numero certo de tenças e commendas de diversas lotações, na fórmula que deliberar a Assembléa Legislativa do Imperio do Brazil.

XVI. Todos os que forem promovidos aos differentes graus desta Ordem, prestarão juramento solemne, nas mãos do Chanceller da Ordem, de serem fieis ao Imperador e á Patria, de que se fará assento em um livro destinado para este fim.

XVII. As nomeações serão feitas por Decretos, assignados pelo Grão-Mestre e referendados pelo Chanceller da Ordem, que expedirá depois o competente diploma para servir de titulo ao agraciado, o qual terá prestado previamente o juramento ácima mencionado, por si, ou no caso de legitimo impedimento, por seu bastante procurador, depois de obtida para isto a licença necessaria; do que tido se fará assento, tanto no livro da matricula, como no reverso do diploma.

XVIII. Na Chancellaria da Ordem não se levarão emolumentos alguns, mais do que o feitio e registro dos diplomas. Ficam porém obrigados os agraciados a dar uma joia qualquer, a seu arbitrio, para a dotação de uma caixa de Piedade, destinada para manutenção dos Membros pobres da Ordem, ou que por casos fortuitos ou desgraças cahirem em pobreza.

XIX. Finalmente, todo e qualquer Membro desta Ordem que commetter, o que Deus não permita, algum crime contra a honra e contra o juramento prestado, será expulso da Ordem, perderá todos os foros, privilegios e isenções, e ficará inhibido para sempre do uso da insignia da mesma Ordem, havendo sentença condemnatoria pelo Juiz competente.

O Chanceller da Ordem Imperial do Cruzeiro, os Meus Ministros e Secretarios de Estado das differentes Repartições, e todas as autoridades constituídas, a quem o conhecimento e execução deste Meu Imperial Decreto possa pertencer, assim o tenham entendido, e façam cumprir e executar. Palacio do Rio de Janeiro, em o 1º de Dezembro de 1822, 1º da Independencia e do Imperio.

Com a rubrica de Sua Magestade Imperial.

José Bonifacio de Andrada e Silva.

Este texto não substitui o original publicado no Coleção de Leis do Império do Brasil de 1822