



Volume 24

2019

Presidente Prudente/SP

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 24	329 páginas	2019
------------	---------------------	-------	-------------	------

ISSN 1516-8158 (físico)
ISSN 2176-848X (eletrônico)

CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE

Reitora e Pró-Reitora Acadêmica: Zely Fernanda de Toledo Pennacchi Machado
Pró-Reitora Financeira: Maria do Carmo de Toledo Pennacchi
Pró-Reitora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral

REVISTA INTERTEMAS

Linha editorial: Relações Sociais e Ambientais para uma Sociedade Inclusiva
Temática: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento
Periodicidade anual

EDITORES

Ana Carolina Greco Paes (TOLEDO PRUDENTE)
André Simões Chacon Bruno (USP)
Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

CONSELHO EDITORIAL

Alfonso Jaime Martínez Lazcano (SNI-CONACYT)
Daniel Brantes Ferreira (UERJ)
Dennys Garcia Xavier (UFU)
Felipe Rodolfo de Carvalho (UNEMAT)
Haroldo de Araujo Lourenço da Silva (UFRJ)
Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (TOLEDO PRUDENTE)
Wladimir Brega Filho (FUNDINOPI)

EQUIPE TÉCNICA

Ana Carla dos Santos Barboza (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)
Daniela Mutti (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)

Versão eletrônica

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

Indexadores e Diretórios

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

Permuta/Exchange/Échange

Biblioteca "Visconde de São Leopoldo" – TOLEDO PRUDENTE

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

Sítio eletrônico

<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/INTERTEMAS>

Contato

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: nepe@toledoprudente.edu.br

Intertemas: Revista da Toledo, v. 24 – 2019

Presidente Prudente: Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo".
2019. 21cm Revista do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo
de Presidente Prudente (SP)

1.Direito – Periódicos CDD – 340.5
ISSN 1516-8158
ISSN 2176-848X (eletrônico)

Sumário/Contents

NOTA AO LEITOR.....	5
UMA BREVE ANÁLISE DO DISCURSO JURÍDICO A PARTIR DE ALGIRDAS JULIEN GREIMAS	6
<i>Alexandre Simão de Oliveira Cardoso</i>	
O CONCEITO DE REGRA:UMA ANÁLISE CRÍTICA DA OBRA DE FREDERICK SCHAUER	27
<i>Felipe Rodolfo de Carvalho</i>	
RAZÃO TÉCNICA E RAZÃO COMUNICATIVA: AINDA SOBRE O “ROMPIMENTO” DE HABERMAS COM A PRIMEIRA GERAÇÃO DA TEORIA CRÍTICA	44
<i>Jonathas Vinicius Figueiredo Moraes</i>	
REVOLUÇÃO NA <i>TERRA PLANA</i> : CINISMO E TRANSFORMAÇÃO ADIADA.....	69
<i>Gabriel Mota Maldonado</i>	
MANIFESTAÇÕES DE 2013 E A ELEIÇÃO PRESIDENCIAL DE 2018: UMA REVOLUÇÃO QUE NÃO DEU CERTO?	87
<i>Ana Carolina Greco Paes</i>	
A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E NO MUNDO	105
<i>Ana Laura Perozo Bortolo</i> <i>Sérgio Tibirica Amaral</i>	
A FORÇA FORMAL CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	133
<i>Lucas Octavio Noya dos Santos</i>	
A JURISDIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: AS SENTENÇAS E FORÇA NORMATIVA.....	162
<i>Sérgio Tibirica Amaral</i> <i>Ellãn Araújo Silva</i>	
A CAPACIDADE DO INCAPAZ NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	190
<i>Jesualdo Eduardo Almeida Junior</i>	

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 24	329 páginas	2019
------------	---------------------	-------	-------------	------

A NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO REAL DE LAJE E O DIREITO DE SUPERFÍCIE: UM INSTITUTO CRIADO PELA LEI 13465/17 ..209

Jacqueline Letícia Stachwski Dalago
Sarah Francine Schiriner

CONCURSO DE PESSOAS EM ACIDENTE DE TRANSITO: UMA PROPOSTA DA ALTERAÇÃO DO LEGISLATIVA231

Letícia Tavares Rodrigues
Douglas Barbosa da Silva
Guilherme Bittencourt Martins

SUBORDINACIÓN DE LA DEMOCRACIA INSTRUMENTAL A LOS DERECHOS HUMANOS254

Alfonso Jaime Martínez Lazcano

LAS ANTINOMIAS DISCIPLINARES EN LA COMPRESIÓN JUDICIAL DE LA PRUEBA EXPERTICIAL ANTROPOLÓGICA287

Jacobo Mérida Cañaverál

LA PROMESA INCUMPLIDA DE LOS DERECHOS SOCIALES300

Talita Garza
Luís Gerardo Rodríguez Lozano

NOTA AO LEITOR

É com grande satisfação que oferecemos aos nossos leitores a 24ª edição da revista INTERTEMAS, que no ano de 2019 comemora 20 anos de existência.

Nessa edição comemorativa, citamos o professor Doutor Sebastião Jorge Chammé, fundador da revista INTERTEMAS, que, versando sobre a mesma, escreveu no ano de 1999 o seguinte: “todos os textos aqui contidos, um a um, estarão revelando ao leitor, a magia que tão bem a linguagem escrita é capaz de revelar”.

Seguimos, inspirados pela lição do Prof. Dr. Chammé, procurando entregar aos leitores artigos que reflitam discussões acadêmicas de qualidade. Todos artigos foram escritos por mestres e/ou doutores, sendo que quatro deles foram acompanhados de discentes orientandos destes pós graduados. A revista INTERTEMAS procura dar voz aos discentes que têm se empenhado em suas pesquisas.

Nesta edição comemorativa, foi dado enfoque à visão crítica do direito, abordada em artigos que tratam sobre a filosofia do direito, direitos humanos e direito civil. Contamos também com três artigos estrangeiros produzidos por pós graduados da Universidade Autônoma do México.

Por fim, buscando ampliar a divulgação e o acesso à pesquisa, esta edição sela a transição das revistas físicas para a plataforma digital como meio de divulgação da revista INTERTEMAS.

Desejamos a todos e todas uma ótima leitura.

A Comissão Editorial

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 24	329 páginas	2019
------------	---------------------	-------	-------------	------

A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E NO MUNDO

BORTOLO, Ana Laura Perozo¹
AMARAL, Sérgio Tibirica²

RESUMO: O presente estudo tem como tema principal a Constituição como forma de organização de um Estado. Assim, através de uma pesquisa bibliográfica, pretende demonstrar como a história da humanidade e a evolução do direito constitucional caminham lado a lado desde os primórdios da humanidade. Ademais, analisou-se a Constituição cidadã, através de seu modelo dirigente, e sua relação com a atual crise política e jurídica instalada no Brasil. Para isso, utilizou-se de diversos manuais de direito constitucional e, principalmente, das obras Curso de direito constitucional positivo e Aplicabilidade das normas constitucionais de José Afonso da Silva, a fim de analisar a evolução histórica do constitucionalismo.

Palavras-chave: Constitucionalismo; Dirigente; Constituição; Crise; Evolução.

ABSTRACT: This study has as its main theme the Constitution as an organization form of a State. Thus, through a bibliographical research, it intends to demonstrate how the history of humanity and the evolution of constitutional law walk together since the dawn of humanity. In addition, the Brazilian citizen constitution was analyzed through its directive model and its relation to the current political and legal crisis in that country. Thus, it was used several books of constitutional law and, mainly, the Course of positive constitutional law and Applicability of constitutional norms of José Afonso da Silva, in order to analyze the historical evolution of constitutionalism.

Keywords: Constitutionalism; Directive; Constitution; Crisis; Evolution.

1 INTRODUÇÃO

¹ Discente do curso de direito da Toledo Prudente Centro Universitário.

² Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino – ITE de Bauru. Professor do Mestrado e Doutorado da mesma instituição. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar. Especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público-SP. Coordenador da Faculdade de Direito de Presidente Prudente / FDPP do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo e professor titular da disciplina de Teoria Geral do Estado e Direito Internacional e Direitos Humanos da FDPP. Membro da Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional e da Asociación Mundial de Justicia Constitucional E-mail: coord.direito@toledoprudente.edu.br ou sergio@unitoledo.br.

O presente artigo pretende analisar a Constituição Democrática Brasileira em seu modelo dirigente. Para isso se dispôs a analisar, inicialmente, a ideia de Constituição em seus três sentidos principais: social, político e jurídico. Para tanto, analisaram-se as obras “A essência da Constituição”, de Ferdinand Lassalle, para desvendar a concepção sociológica de constituição. Para se debruçar no sentido político de Constituição, utiliza-se da teoria de Carl Schmitt, retratada no livro “*Teoría de la constitución*”. Por fim, a análise do sentido jurídico de Constituição foi embasada também por Carl Schmitt e pela teoria de Konrad Hesse.

Para analisar-se a evolução do Constitucionalismo, até que se pudesse entender o atual quadro constitucional brasileiro, o início do presente estude-se tratando sobre o contrato social, nas perspectivas de John Locke e de Thomas Hobbes, avançando com a análise do pré-constitucionalismo até a *Carta Magna* da Inglaterra de 1215.

A partir de então, mergulha-se na história e influência filosófica do constitucionalismo moderno, que teve seu início no século XVII com dois importantes movimentos garantísticos: a Revolução Francesa e a Revolução Inglesa. Contudo, para alcançar-se a ideia constitucional brasileira, ainda foi necessário analisar a Lei Fundamental de Weimer e as duas grandes guerras como importantes influências para o *status* atual dos direitos fundamentais.

Com essa análise constitucional aprofundada, o presente artigo possibilitou um maior entendimento da história pré-constitucional brasileira, que teve como marco inicial as capitâneas hereditárias e se desenrolou até a Constituição Monárquica de 1924. Por fim, analisa-se as seis Constituições Brasileiras já superadas, até chegarmos a sétima Constituição Federal: a Constituição Cidadã de 1988.

Essa Constituição possibilitou um estudo do modelo constitucional dirigente estudado inicialmente por Peter Lerche e melhor desenvolvido por Joaquim José Gomes Canotilho, que comenta também o modelo constitucional brasileiro e a omissão legislativa antes as tarefas teleológicas impostas ao legislador infraconstitucional.

Esse estudo foi embasado, principalmente, pelas obras “Curso de Direito Constitucional Positivo”, de José Afonso da Silva, pela tese de

doutorado do mesmo jurista, intitulada “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, e, por fim, pela obra “Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas”, de Joaquim José Gomes Canotilho.

2 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

A Constituição no Brasil e nas democracias dos dias atuais é a base de todo o ordenamento jurídico, sendo que o movimento constitucionalismo nasceu apenas no século XVII com as revoluções burguesas nos Estados Unidos da América do Norte e França, sendo precedido de muitos antecedentes importantes, como os *Bills* da Inglaterra, entre os quais a *Magna Carta*, *Petition of Righths* e *Bill of Righths*.

É a Lei maior de qual todas as demais leis retiram seu fundamento, dentro de uma hierarquia normativa explicada por Hans Kelsen. Ela cuida das normas mais importantes para a organização e fundação de um Estado, delimitando em seu texto a forma e o sistema de governo, estruturando a repartição dos poderes, conferindo direitos e garantias fundamentais a todos aqueles que se encontram sob sua égide, e fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A partir desse entendimento, portanto, é possível perceber que as normas constitucionais se impõem sobre as demais normas do um ordenamento jurídico. É que a sociedade depende da disciplina de sua norma fundamental para que dela decorram todas as demais, devendo as normas infraconstitucionais obediência aos preceitos constitucionais e aos limites impostos pela *Carta Magna*.

Não é possível, contudo, estabelecer um só conceito de constituição, seja o termo usado com letra maiúscula ou minúscula, cuja diferença sondar-se-á mais adiante no corpo deste trabalho. Por conta disso, a definição de constituição é obtida através da análise da *Carta Magna* promulgada na sociedade que está sendo objeto de estudo.

Lecionam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p. 28):

A palavra constituição apresenta sentido equívoco. Sua origem remonta ao verbo construir, o que tem o significado de “ser a base de; a parte essencial de; formar, compor”, empregado em expressões triviais, como a constituição de uma cadeira ou a constituição de uma mesa. Logo, é intuitivo que a palavra constituição traz em si uma ideia de estrutura, de como organiza (ARAÚJO e JÚNIOR, 2011, p. 28).

Para melhor estruturar o conceito de constituição, deve-se observá-la em três diferentes vertentes, ou seja, analisá-la em sentido social, político e jurídico.

A concepção sociológica de constituição foi apresentada por Ferdinand Lassalle no livro “A essência da Constituição”, no qual ele aborda o direito constitucional sob a visão dos fatos sociais e analisa como a *Carta Magna* sofre influência da sociedade a ser regida por ela. Na verdade, o autor entende que é a sociedade que delimita a aplicação e as normas que serão impostas pela Constituição, ou seja, o ser que se impõe sobre o “dever-ser”, pois, caso contrário, seu texto não terá efetividade alguma.

Na sociedade cuja constituição escrita não corresponder àquela que emana dos fatores sociais do próprio povo, surge um conflito insolúvel que culminará da sucumbência da constituição escrita em prol das verdadeiras forças vigentes no país, ou seja, as relações sociais.

A ideia de Lassalle apenas confirma o fato de que uma constituição não se desenvolve no plano do “dever-ser”, mas sim no plano do ser que condiciona o anteriormente citado. Caso isso não ocorra, a constituição será continuamente desrespeitada quando impuser norma dissonante a sociedade e precisará ser emendada ou, quando mais crítica a situação, convocada nova assembleia constituinte.

Assim, esse ato de poder soberano, fazendo-se prevalecente, determinaria a estrutura mínima do Estado, ou seja, as regras que definem a titularidade do poder, a forma de seu exercício, os direitos individuais, etc., dando lugar à Constituição, em sentido próprio. Outras regras, mesmo que constantes do documento político, não teriam a mesma importância, motivo pelo qual seriam genericamente denominadas “leis constitucionais” (ARAÚJO e JÚNIOR, p. 30).

A concepção política de constituição desenvolve-se sobre a ideia de Carl Schmitt, retratada no livro *“Teoría de la constitución”*, que traz uma importante discussão para este recorte da apreciação acadêmica desejada.

Segundo Schmitt (1982, p. 29), o vocábulo Constituição, quando pesquisado em toda a literatura jurídica, possui quatro sentidos diversos: o sentido absoluto, o sentido relativo, o sentido positivo e o sentido ideal. Segundo o autor, em sentido absoluto, a constituição é um todo unitário que tem a significância do próprio Estado, sendo ela a concretização da unidade política e social de um determinado Estado. Em sentido relativo, tem-se a ideia de constituição formal, ou seja, a carta escrita que contém uma série de leis constitucionais. Em sentido ideal, o termo retrata o documento com conteúdo político e social tido como ideal, ou seja, entende que apenas existe constituição quando o documento escrito corresponder ao ideal de organização política.

Por fim, em seu sentido positivo, a constituição é uma decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política. Esse conceito, portanto, traz a ideia de constituição são os dispositivos constitucionais de grande importância política, ou seja, aqueles sem os quais não se organiza ou funda um Estado. Os dispositivos que não se enquadram como relevantes politicamente não são constituição, mas apenas leis constitucionais que estão presentes na constituição em sentido relativo, pois o legislador constituinte desejou que sua modificação não fosse realizada por meio de simples leis ordinárias.

Assim, pode-se observar que diversos dispositivos presentes no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não se enquadram como constituição ao observarmos o vocábulo no sentido positivo. Com base nas ideias de Carl Schmitt, nossa constituição em sentido positivo seriam apenas os dispositivos que contém o que ele chama de decisões políticas fundamentais, ou seja, a consagração do Brasil como uma República Federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (artigo 1º, caput); a instituição de que todo poder emanada do povo, que o exercerá por meio de representantes eleitos por ele (parágrafo único do artigo 1º); a divisão dos poderes (artigo 2º); a carta de direitos

democráticos e fundamentais do ser humano (artigos 5º, 12 e 14); a organização básica dos poderes Legislativos, Executivos e Judiciários; e a organização federal e a repartição de competências (artigos 18 a 43 e 145 a 162).

Observa-se, desta forma, que, segundo o conceito de Schmitt, mais da metade da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não se trata de uma constituição em sentido positivo, mas sim de leis constitucionais que ali estão por simples opção política do legislador. Vê-se, portanto, que o texto constitucional foi elaborado com base em uma decisão política do titular do poder constituinte, que elaborou seu texto conforme as tendências políticas da época em que foi outorgada ou promulgada.

Dessa forma, para Carl Schmitt, há uma Constituição, grafada com letra maiúscula, e há uma constituição, grafada com letra minúscula, entendendo-se que a primeira é materialmente existente, ao passo que a segunda depende da primeira, sendo formal e se confundindo com a ideia de constituição escrita.

Konrad Hesse, por outro lado, entende que o sentido positivo da constituição nada mais é que uma antítese a concepção sociológica de Ferdinand Lassale, apesar de que, algumas vezes, a Constituição escrita sucumbia a realidade. Todavia, ele aduz que a Constituição possui força normativa capaz de modificar essa realidade, para isso, é necessário que os detentores do poder se empenhem em concretizá-la. Diante disso, a constituição real influencia a Constituição escrita, ou vice-versa, estando, assim, no mesmo patamar, de forma coordenada.

Sintetizando todas essas ideias, surge na modernidade a ideia de uma constituição culturalista, que se encontra na síntese das três concepções: sociológica, política e positiva. Significa que a Constituição culturalista, ao mesmo tempo que é condicionada pela cultura da sociedade, também é condicionante de alguns aspectos dessa cultura, por isso, é considerada total.

2.1 Evolução do Constitucionalismo

Pode-se dizer que a história da construção do constitucionalismo se inicia junto com o aparecimento das primeiras sociedades organizadas. Evidente que aqui não se fala em Constituição Política, aquela que se confunde com o texto positivado, mas sim em Constituição Social, com importantes colaborações de vários povos e pessoas que pensaram em modelos para a limitação do poder num governo escolhido pela maioria.

O filósofo liberalista britânico John Locke acreditava que o homem era uma criatura racional e social em sua essência. Defendia, dessa forma, que o ser humano é naturalmente um animal gregário, não podendo viver sozinho. Já o filósofo Thomas Hobbes defendia a ideia de que o ser humano era naturalmente mal e egoísta, de forma que, sempre que houvesse interação social, haveria também a violência.

Ambos os pensadores, porém, entendiam que, diante de uma convivência social, surgiria o conflito. Thomas Hobbes acreditava que esse conflito surgiria da intrínseca maldade do homem, ocasião em que a paz seria apenas um conceito distante. John Locke entendia que, diante da convivência social, haveriam conflitos de interesses constantes sem que houvesse quem concentrasse a justiça em suas mãos. Dessa forma, seria um direito natural inerente a cada indivíduo punir aquele que violasse leis naturais.

Surge, então, a necessidade da constituição de um tratado em função da necessidade de concentrar o poder e o legítimo uso da violência para determinados fins na mão de um só ente: o Estado. Para isso, os indivíduos deveriam abdicar de alguns direitos, como o uso da violência para fins de justiça própria, e entrega-los nas mãos do Estado, que deveria salvaguardar pelo bem comum e pelas liberdades individuais. John Locke deu a esse tratado o nome de contrato social.

A necessidade de uma Constituição, mesmo que rudimentar, surgiu do gregarismo do ser humano, seja ele natural ou não. Os conflitos trouxeram a necessidade da criação de leis, mesmo que não escritas, que disciplinassem a existência do próprio grupo social.

Desse gregarismo, por certo e desde logo, surgiram conflitos de interesses, por mais rudimentar e pequeno que fosse o agrupamento humano, donde a necessidade de criarem-se normas mínimas de convivência e, sobretudo, de um núcleo de poder responsável pela sua aplicação e coibição de suas transgressões. Daí a consciência, desde logo, de normas que disciplinassem a existência do próprio grupo social, ou seja, com um mínimo de estrutura de poder e seus detentores, normas que podemos chamar exatamente de normas constitucionais, porque estruturais da própria convivência humana, e atingimento de seus objetivos. Por isso mesmo é que, embora não escritos, os costumes e tradições dos grupos humanos mais primitivos podem ser considerados como sua Constituição, ainda que com rudimentos de direito, mas que, de qualquer modo, preservavam a própria sociedade porque disciplinadores do poder social e seu exercício (FILOMENO, p. 214).

A Constituição era em seu início apenas uma forma de garantir a convivência social pacífica, sendo esse o período chamado de pré-constitucionalismo, pois tais sociedades não contavam com uma Constituição escrita.

A história do constitucionalismo em si se inicia com o surgimento das duas primeiras Constituições escritas: a Constituição Americana e a Constituição Francesa. Tais diplomas legais foram criados em meio a revoluções travadas pela busca da liberdade, portanto, carregavam em si os primeiros indícios do que viria a se chamar de carta de direitos fundamentais.

Essas Constituições buscavam proteger os direitos adquiridos por meio do contrato social, termo idealizado pelo filósofo inglês John Locke, e garantir que o absolutismo não mais manobrasse o Estado para efetivar as vontades do soberano. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello bem descreveu a ideologia por trás desses diplomas nos seguintes termos:

Os princípios filosóficos de enunciavam nos seguintes termos: - a comunidade política é originária de um contrato, o qual é fonte de autoridade; - há direitos naturais do homem anteriores à sociedade, e, pelo contrato social, esta se obriga a protegê-los e garanti-los contra qualquer arbítrio (BANDEIRA DE MELLO, 1980, p. 37).

Antes de dar continuidade a evolução do constitucionalismo, é importante esclarecer que, apesar de comum, é um erro dizer que a Carta Magna da Inglaterra de 1215 foi sido a primeira Constituição moderna. O que ocorre é que tal diploma não apresenta uma ruptura com o passado, nem mesmo fundamenta a estrutura básica de um novo Estado. Percebe-se, portanto, que a Carta Magna da Inglaterra de 1215 era um acordo de vontades e não uma lei.

Dessa forma, percebe-se que o constitucionalismo realmente se inicia no século XVII, uma época marcada pelas transformações radicais na estrutura do Estado e governo e pela luta por um Estado de Direito.

Nesse século ocorrem a Revolução Francesa e a Revolução Inglesa, dois movimentos marcados por um objetivo garantístico, buscando formulações legais que impedissem os abusos do absolutismo. Desse anseio surge a concepção de Constituição moderna, sendo ela escrita e pautada nas garantias mínimas do ser humano e a organização básica de um Estado de Direito (ARAUJO e NUNES JÚNIOR, p. 27).

Concluem, assim, os doutrinadores Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

O constitucionalismo é congênito à separação de poderes e às declarações de direitos humanos, formando com eles o conjunto de ingredientes necessários ao Estado de Direito. Por isso, parece-nos acertada a afirmação de que os principais objetivos incorporados pelo constitucionalismo são: - supremacia da lei (Constituição), havida esta como expressão da vontade geral; - limitação do poder; - proteção e assecuração dos direitos fundamentais do ser humano, em especial os correlacionados à liberdade (ARAUJO e JÚNIOR, p. 27).

Tais movimentos, porém, não bastaram para impedir as atrocidades cometidas pelo regime nazista durante a Segunda Guerra Mundial. Ao contrário, porém, ocorreu, tendo o holocausto fundamento legal para a sua ocorrência, inclusive sendo pautado na Lei Fundamental de Weimer, constituição extremamente flexível que permitia que Adolf Hitler a moldasse conforme seu interesse (BARROSO, 2013, s/n).

A Lei Fundamental de Weimer perdeu o caráter garantístico buscado pelos movimentos do século XVIII, pois não tinha força o suficiente para impedir as violações de direitos ocorridas durante o período nazista na Alemanha durante a República que surgiu depois do fim da Primeira Guerra. Em termos de direitos sociais, trabalhistas e previdenciários, a Lei Fundamental avançava, mas por sua flexibilidade permitiu que muitas das atrocidades feitas pelos nazistas tivesse com base as chamadas “Leis de Nuremberg”.

Os revolucionários franceses lutaram por seus direitos sob seu lema: *Liberté, Egalité, Fraternité* (Liberdade, igualdade, fraternidade, em português do francês). O regime fascista, porém, tinha como mantra *Deutschland über alles* (Alemanha acima de tudo!), inclusive acima da liberdade, igualdade e fraternidade.

Dessa forma, findada a Segunda Guerra Mundial, percebeu-se que o constitucionalismo não se encontrava avançado o suficiente para garantir o mínimo existencial a todo ser humano, pois não foi apto nem mesmo a assegurar direitos já conquistados nas duas grandes revoluções liberais do século XVIII.

Os direitos pelos quais lutaram aqueles que derrubaram a Bastilha sucumbiram perante uma Constituição sem força vinculante que podia ser alterada de acordo com o tirano que se encontrasse no poder.

Inicia-se, então, um movimento vagaroso no sentido de tornar a Constituição um documento vinculante do poder público, “dotado de efetividade e de aplicabilidade inclusive em relação aos particulares” (ARAUJO e NUNES JÚNIOR, p. 27).

Pós Segunda Guerra Mundial, a cultura jurídica legicêntrica³ entra em declínio dando espaço a uma nova ordem constitucional, que fez surgir diversas escolas de pensamento que defendiam a reaproximação do direito e a moral. Surge, então, o neoconstitucionalismo.

³ Cultura jurídica que afasta as questões jurídicas do debate filosófico do direito, da ética e da justiça, baseando seu sistema unicamente na lei positivada. Ao basear todo o sistema jurídico unicamente na lei positivada, abre-se oportunidade para a injustiça e violações dos direitos naturais do ser humano.

Assim, após a segunda guerra mundial, a necessidade de superação do passado de barbaridades, e dos horrores do totalitarismo, fez-se buscar soluções de preservação da dignidade contra os abusos dos poderes estatais. Os países que saíram do trauma dos regimes ditatoriais passaram a buscar proteger as declarações liberais das suas constituições de modo eficaz (BRANCO, 2009, p. 224).

Foi a cultura extremamente legicêntrica que possibilitou as diversas violações aos direitos humanos nos períodos das grandes guerras, haja visto que não se levava em consideração a justiça das normas. Para reagir a essa cultura tornou-se necessário instituir-se direitos universais que nenhum dispositivo poderia violar, sob pena de violação da justiça, da ética e da dignidade da pessoa humana.

2.1.1 Evolução do Modelo Constitucional Brasileiro

O Brasil atual pode ser considerado um modelo de país constitucional que, entretanto, até o presente momento, ainda não finalizou a construção de sua base democrática sólida, devido aos obstáculos que enfrenta desde meados de 1500, anos do descobrimento da terra de Santa Cruz.

Dessa forma, o modelo constitucional brasileiro pode ser considerado apenas um projeto do que um Estado Republicano de Direito deve se tornar, enfrentando fases de democracia e de ditadura desde sua criação, fazendo com que diversas Constituições tenham assumido o placo enquanto o país tentava se solidificar.

Segundo Paulo Bonavides, em seu artigo A evolução constitucional do Brasil:

O projeto de democracia e constitucionalismo brasileiro foi bloqueado inúmeras vezes pelas resistências absolutistas, pelo continuísmo e tentativa de perpetuidade governista, bem como pelos interesses representativos comprometidos com a história de dominação que a classe política busca manter inalterável, insensível por inteiro ao rápido agravamento das desigualdades sociais e regionais, cujo quadro é

sobressaltante enquanto vislumbre de uma tragédia de consequências imprevisíveis (BONAVIDES, 2000, s/n)

Todavia, apesar de todos os obstáculos impostos a construção de um governo constitucional, houve um processo de construção desse Estado Constitucional partindo da velha metrópole e chegando até a criação de uma nascente nacionalidade no povo brasileiro, momento em que o país iniciou sua jornada para a independência imperial e a futura criação de um Estado.

A organização política do Brasil se inicia em 1534 com a concessão da primeira capitania hereditária a favor de Duarte Coelho. A carta de doação expedida por Dom João III concedeu a ele o direito de explorar e regular, no que lhe coubesse, a Capitania de Pernambuco.

O sistema de capitanias hereditárias foi o que se pode chamar de primeiro sistema de governo brasileiro. Dividiu-se, pois, o Brasil em doze porções, todas com saída para o oceano, e concedeu-se a particulares escolhidos pela coroa. Esses indivíduos deveriam ser ricos e dispostos a morar no Brasil para o fim de zelar pela terra doada.

Aos titulares das capitanias eram dados poderes quase absolutos, atribuindo-lhes jurisdição cível e criminal, que eram exercidos por meio de seus representantes eleitos pelas vilas. No mais, as capitanias eram organizadas sem qualquer vínculo político e administrativo, ou seja, sem elo que lhes permitiria a criação de instrumentos para formar um só Estado.

Devido a isso, a dispersão foi inevitável, fazendo com que pouquíssimas delas sobrevivessem ao primeiro século. Por outro lado, essa primeira forma de organização do país permitiu o povoamento da região e a formação "de centros de interesse econômicos e sociais diferenciados nas várias regiões do território da colônia, o que veio a repercutir na estruturação do futuro Estado Brasileiro" (SILVA, 1996, p. 71).

Com a crise das capitanias hereditárias, o governo de Portugal escolhe, por bem, instalar, em 1549, o sistema de governadores-gerais. Esse sistema possibilitou o surgimento de um elo entre as diversas capitanias e a criação de um governo político e militar na então colônia (VIANNA, 1956, p. 199). A participação política era inexistente, com pleno poder aos monarcas portugueses.

O governo-geral segue até 1621, quando o território brasileiro é dividido entre dois Estados: o Estado do Brasil e o Estado do Maranhão. Com isso, surgem novos centros econômicos e polos de desenvolvimento social através da divisão de cada um desses Estados em capitanias gerais, que, por sua vez, eram também subdivididas em comarcas, distritos e termos (COSTA, 2016, p. 35 e 36).

Estes centros, contudo, acabam se tornando quase autônomos, embora a última palavra fosse do poder central. Eles passam a configurar mini governos locais controlados pela figura dos caudilhos locais, que conseguem monopolizar a autoridade política, militar e judiciária.

São eles que guerreiam contra as tribos bárbaras no interior, em defesa das populações que habitam vizinhanças de suas casas fazendeiras, que são como que os seus castelos feudais e as cortes dos seus senhorios (VIANNA, 1956, p. 214 e 215).

Esse sistema apenas perde força em 1808, com a chegada da família real portuguesa as terras brasileiras, o que trouxe o Rei Dom João VI as terras coloniais para se instalar na cidade do Rio de Janeiro. Com sua chegada, o Brasil é elevado ao *status* de Reino Unido a Portugal, decreta-se a liberdade de indústria e possibilita-se a expansão comercial brasileira (COSTA, 2016, p. 60).

A chegada de Dom João trouxe novos ares para o Brasil e uma nova cultura filosófica e política com a instalação da Biblioteca Nacional no Rio de Janeiro.

Essa atuação do monarca, porém, não teve grandes influencias além dos limites do Rio de Janeiro. Conforme concluiu José Afonso da Silva:

Pouca influência exerceu no interior do país, onde a fragmentação e a diferenciação do poder real e efetivo perduravam, sedimentadas nos três séculos de vida colonial. Ne se poderia mudar, da noite para o dia, essa relação de poder que estava em consonância com a realidade existente, que apresentava um povo disseminado por um amplíssimo território, formando, socialmente, um conjunto ainda incoerente de núcleos humanos, ganglionarmente distribuídos pela orla de um litoral vastíssimo e pelos campos e sertões do interior; e um amontoado de quase vinte capitanias dispersas,

muitas delas com uma tradição mais que secular de autonomia e independência (SILVA, 1996, p. 75).

Concomitantemente com a estadia do Rei de Portugal no Brasil, surgem e ganham força na Europa as teorias do Liberalismo, Parlamentarismo, Constitucionalismo, Federalismo, Democracia e a República, o que faz surgir no Brasil um movimento constitucional, ainda estando a monarquia presente na colônia. Pensou-se, até mesmo, em aplicar a Constituição do Porto em terras brasileiras para atender partes desses anseios.

Ocorre, porém, que, em 1822, Dom Pedro I, filho de Dom João VI, proclama a independência do Brasil e se desvencilha dos enlaces portugueses, inaugurando uma nova política brasileira.

Com a independência, porém, percebeu-se a gravidade da fragmentação do poder no Brasil e tornou-se necessário criar políticas para a unidade nacional, de modo a fortalecer o Estado.

Um dos principais elementos que possibilitou a criação de um poder centralizados e a demolição dos poderes regionais e locais foi a criação da primeira Constituição Brasileira em 1824, que buscava inserir elementos das teorias retro citadas, que fundaram o movimento constitucional brasileiro (COSTA, 2016, p. 68), mas que davam amplos poderes ao imperador por meio de um quarto poder chamado de “moderador”. Portanto, não se trata de um modelo liberal.

O Brasil continua a ter um modelo de concentração de poderes, na qual se destaca o poder moderador, embora houvesse uma separação clássica do modelo liberal do século XVIII.

O constitucionalismo era o princípio fundamental dessa teoria, e realizar-se-ia por uma constituição escrita, em que se consubstanciasse o liberalismo, assegurados por uma declaração constitucional dos direitos do homem e um mecanismo de divisão dos poderes (...). Os estadistas do Império e construtores da nacionalidade tinham pela frente uma tarefa ingente e difícil: conseguir construir a unidade do poder segundo esses princípios que não toleravam o absolutismo. E conseguiram-no dentro dos limites permitidos pela realidade vigente, montando, através da Constituição de 1824, um mecanismo centralizador capaz de propiciar a obtenção dos objetivos pretendidos, como provou a história do Império (SILVA, 1996, p. 76).

A Constituição Imperial transformou as antigas capitâneas em províncias, que elegiam, através de uma eleição indireta e censitária, seus deputados e uma lista tríplice da qual o imperador iria escolher o senador, membro vitalício do poder legislativo. O voto censitário era de qualidade, na qual apenas os homens ricos tinham o poder de votar e ser votado. Elas eram subordinadas ao governo central, governadas diretamente pelo presidente e pelo chefe de polícia, escolhidos e nomeados pelo Imperador.

Esta Constituição também estabeleceu que o governo brasileiro seria constitucional e representativo, porém, monárquico hereditário. No entanto, dividiu Estado em quatro poderes. O Poder Legislativo foi atribuído a assembleia geral, constituída de deputados e senadores eleitos. O Poder Executivo era composto pelos Ministros de Estado, tendo como chefe o Imperador. O Poder Judiciário, era exercido por juizes e jurados. E, o Poder Moderador, era exercido pelo Imperador, “como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que incessantemente velasse sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos” (SILVA, 1996, p. 77).

O Poder Moderador investido ao Imperador pela Constituição permitia sua ingerência no Poder Legislativo, Poder Judiciário e Poder Executivo, do qual já era chefe. Concentrava, portanto, todo o poder na mão de uma só figura, a qual se pode até mesmo chamar de um déspota esclarecido.

Desde 1823, durante a discussão sobre a Constituição Imperial, porém, os federalistas e os liberais já lutavam pela descentralização do poder e o renascimento das autonomias regionais. Esse movimento acaba por ganhar mais força com o passar dos anos e desperta rebeliões como as “Balaiadas”, “Sabinadas”, as “Cabanadas”, que forçaram o governo a uma pequena descentralização com o Ato Adicional de 1834.

Contudo, as forças descentralizadoras continuaram a se insurgir contra o modelo monárquico brasileiro, insurgindo-se por meio do movimento republicano, que acaba por obter seu êxito com a Proclamação da República em 1889 (COSTA, 2016, p. 89).

As tendências republicanas advindas da Europa ganharam força no Brasil, que viu na ideia de uma República a possibilidade de uma regionalização das forças políticas e um retorno ao crescimento econômico. Foi assim que, em 15 de novembro de 1889, Marechal Deodoro da Fonseca proclama a República com o apoio popular, militar e clérigo.

2.1.2 Constitucionalismo na república

Com o início da fase republicana, instala-se um governo provisório coordenado por Marechal Deodoro Da Fonseca e decreta-se a adoção do federalismo como sistema de governo oficial. Dessa forma, as províncias brasileiras, agora sob o laço de um federalismo, podem adotar suas próprias constituições e elegerem seus governos, o que faz com que o novo regime seja rapidamente aderido sem nenhuma resistência.

Não se demorou para que a república, agora formada, promulgasse a nova Constituição Federal em 1891, que estabeleceu no país os princípios do regime republicano com características liberais, seguindo também o sistema presidencialista norte-americano.

A primeira Constituição Republicana do Brasil rompeu com a ideia de divisão dos poderes em quatro, extinguindo o poder moderador, que na verdade dava ao rei sempre a última palavra conferindo ao monarca um poder absoluto. Abrigou, porém, o sistema tripartite idealizado por Montesquieu estabelecendo o sistema de freios e contrapesos entre o Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário.

O novo sistema constitucional enfraquece a centralização do poder no governo e reativa os poderes locais e regionais outrora adormecidos. Percebeu-se, então, que o presidente não estaria apto a governar se não correspondesse aos anseios dos estados. Dessa forma, surge a política dos governadores, que sustentou a primeira república, mas que também foi a causa de sua queda (COSTA, 2016, p. 105).

Os governadores não governavam senão apoiados no coronelismo, que por muito tempo foi esmagado pelo Império, mas reacendera e tomará novamente o seu posto de poder político e militar. Contudo, o coronelismo

ganho tanta força que passou a eleger governadores, deputados e senadores, tornando o presidente também dependente dele.

Isso fez com que a realidade da organização política brasileira entrasse em dissonância com a prevista na Constituição de 1891, que era formalmente bem estruturada. Isso levou a queda da Primeira República e a Revolução de 1930.

O descontentamento com a Primeira República leva a ascensão de Getúlio Vargas, líder civil da Revolução de 1930. Ele acaba por assumir a presidência no mesmo ano com o apoio militar e da sociedade civil em geral.

No cargo de Presidente da República, Getúlio Vargas intervém nas províncias e põe fim a política dos governadores, fortalecendo o governo federal e instaurando um sentimento de nacionalismo e união no povo brasileiro. Vargas cria o Ministério do Trabalho, promulga um novo Código Eleitoral, inaugurando um novo sistema, e organiza a assembleia constituinte que deu origem a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 1934.

A nova Constituição mantém os pilares da Constituição de 1891, quais sejam a república, a federação, o presidencialismo, o regime representativo, e a divisão de poderes entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Inovou, porém, ao atribuir o voto feminino, criar a Justiça Eleitoral e o Tribunal de Contas.

Após a Primeira Guerra Mundial, contudo, duas novas ideologias controlavam o mundo de maneiras opostas: o fascismo e o comunismo. O fascismo grassa no Brasil através da Ação Integralista Brasileira, tendo como chefe Plínio Salgado. O partido comunista, como forma de reação, reorganiza-se sob a chefia de Luís Carlos Prestes. Ambos buscavam sua ascensão ao governo (COSTA, 2016, p. 111).

Getúlio Dorneles Vargas, no intento de manter seu governo, dissolve a Câmara dos Deputados e o Senado, revoga a Constituição de 1934, promulgada durante seu governo, e outorga a Carta Constitucional de 1937, instituindo no Brasil o chamado Estado Novo.

A Constituição de 1937 possuía influências claras do fascismo, estando inserida em uma onda de regimes autoritários instaurados em toda a

Europa. Em 1922, Benito Mussolini já havia alcançado o governo da Itália e lá implantado os ideais fascistas. Em 1932, Salazar se tornou primeiro-ministro de Portugal e inaugurou uma ditadura. Nessa mesma década, a guerra civil espanhola assolou o país e permitiu a ascensão de Francisco Franco ao governo, que passou a conduzir a Espanha com mão de ferro.

Contudo, o maior marco do autoritarismo da década foi a chegada de Adolf Hitler ao poder. O tirano foi feito chanceler na Alemanha em 1933 e tornou-se o *fuher* nazista, que defendia a ideia de que levaria a Alemanha ao terceiro *Reich*.

Inspirado pelas técnicas de governo de Adolf Hitler, Getúlio Dornelles Vargas cria o Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP) em dezembro de 1939, por decreto presidencial. O órgão serviu como instrumento de censura e propaganda do governo durante o Estado Novo.

O oficial de gabinete da Presidência da República, Luiz Simões Lopes, foi enviado à Alemanha para aprender as técnicas de propagandas Joseph Goebbels, Ministro da Propaganda do governo de Hitler, e a utilização da imprensa, rádio e cinema como veículos de doutrinação ideológico (LUCA, 2011).

Nessa mesma tendência, a Constituição de 1937 recebeu influências dos regimes fascistas polonês e italiano, sendo, inclusive, apelidada de constituição polaca.

O apoio de Getúlio Vargas ao movimento sindicalista e a organização das legislações trabalhistas em uma Consolidação das Legislações Trabalhistas nada mais eram do que a influência do regime fascista italiano por meio da *Carta del Lavoro*. Isso possibilitava que o presidente se apresentasse como defensor dos trabalhadores, mas que também reprimisse as atividades de organização trabalhista que fugissem do ideal Getulista.

Não obstante, o ditador Getúlio Vargas costumeiramente dava declarações públicas que demonstravam sua admiração em relação aos governos de Benito Mussolini, na Itália, e de Adolf Hitler, na Alemanha.

Apesar de o Brasil ter lutado ao lado dos Aliados na Segunda Guerra Mundial, o governo nunca escondeu sua admiração ao fascismo e sua

condução rígida do Estado. Não fosse pelo fato de submarinos alemães terem naufragado navios brasileiros, talvez o Brasil nunca teria se rebelado contra o Eixo.

Essas tendências fascistas e a admiração aos governos combatidos pelos Aliados, porém, levam a crise do Estado Novo.

Em 1943, então, Getúlio Vargas sofre a pressão da sociedade brasileira e acaba por declarar guerra ao Eixo, composto pelo Japão, Alemanha e Itália. A aliança criada com os Aliados começa a minar o poder do Estado Novo, pois era incongruente que um ditador como Getúlio entraria na guerra para um regime autoritário similar ao seu.

Apesar de o Brasil ter entrado na guerra em 1942 para lutar contra países de regime fascistas, as primeiras críticas ao governo getulista só chegam em 1943 com o Manifesto dos Mineiros, elaborado por um grupo de advogados de Minas Gerais. O texto pedia a redemocratização do Brasil e a elaboração de uma nova Constituição.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a imagem de Getúlio Vargas já desgastada, tropas militares invadiram o Palácio do Catete em 29 de outubro de 1945 e forçaram a renúncia do presidente.

Essa renúncia foi necessária, já que era uma contradição ideológica o presidente do Estado Novo, que nada mais era do que um governo ditatorial, em um momento em que o mundo se encontrava devastado por uma guerra vencida pelas democracias liberais. Ao redor do globo, os países reconstruíam os pilares do contrato social ao promulgar na cidade de São Francisco a Carta das Nações, em 1945. Logo em seguida, no intuito de fortificar os direitos constitucionais frutos de diversas revoluções históricas, esses países assinaram um novo documento que pretendia por fim as barbáries ditatórias da guerra: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, celebrada em dezembro de 1948.

Com a queda de Getúlio Vargas e, conseqüentemente, o fim do Estado Novo, foi necessário promulgar uma nova Constituição, que tomou seu lugar em 18 de setembro de 1946, representando um compromisso com a República e com os direitos do homem, extinguido, assim, qualquer resquício do radicalismo que havia assolado a década anterior.

Os constituintes de 1946 obtiveram êxito em escrever uma Constituição com pontos significativamente positivos. Constituição essa que traduzia equilíbrio e bom senso para as circunstâncias da época, pôde ela atenuar e fazer latente e adormecida durante largos anos de sua vigência a grande crise constituinte que sempre assolaram o país (SILVA, 1996, p. 85).

Todavia, a Constituição de 1946 encontrou sua crise com problemas de corrupção que se enraizaram no regime presidencial ao chegar a metade do século XX.

Por conta dessa crise, a pior e mais longa ditadura já enfrentada pelo Brasil se inicia em 1964. Apesar de manter aberto o Congresso, o regime militar ditatorial o mantinha anestesiado e sem qualquer poder de ação, estando sob o domínio de uma Constituição outorgada por um sistema extremamente autoritário.

A ditadura de 1964, hoje chamada de ditadura civil militar, mantinha por hábito censurar e censurava a imprensa e reprimir a ascensão de novas lideranças, fazendo com que toda a luta por direitos que havia se desenrolado após o Estado Novo submergisse em um novo regime ditatorial (BONAVIDES, 2000, s/n).

Contudo, saíram vitoriosos os rebeldes do regime militar e venceram o regime autoritário em 1984. Porém, apenas obtiveram uma nova Constituição eminentemente democrática em 1988.

E neste ponto em que o presente estudo se encontra, com o advento da Constituição de 1988, chamada de Constituição Cidadã, avança-se para o fim da viagem histórica através do constitucionalismo brasileiro. Todavia, deve-se debater rapidamente a crise em que ela se encontra e explanar sobre a última Constituição da República Federativa do Brasil.

É a Constituição Cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania (SILVA, 1996, p. 91)

Na verdade, pode-se dizer que a Constituição de 1988, ao contrário do que opina o senso comum, foi a Constituição brasileira de melhor

organização e com mais respeito as lutas por direitos fundamentais, se comparada a todas as demais épocas constitucionais pelas quais o Brasil já passou.

Um dos exemplos mais nítidos da importância da Constituição De 1988 para a evolução do neoconstitucionalismo brasileiro foi a estruturação do Supremo Tribunal Federal como o responsável por guardar e zelar pelo respeito a Constituição.

Apesar de pragmaticamente positivada a função de guardião da Constituição de tal órgão superior, fato é que ele tem deixado de exercer tal função quando se compara o que ele deveria ser com o papel efetivo que tal órgão desempenha. O Supremo Tribunal Federal deixou de efetivar, “nas controvérsias do sistema, onde as bases da democracia constitucional estavam em jogo, a sua missão protetora das instituições” (BONAVIDES, 2000, s/n).

Apesar de ter a obrigação de manter sua independência e imparcialidade com relação aos demais poderes, a Corte permitiu a concentração do poder nas mãos dos que mais pode, e deixando de tutelar os direitos do cidadão com seus atentados desrespeitos e desmoralização de decisões judiciais, que são a cada vez mais descumpridas pela sociedade, que já se rebelou contra tal órgão.

A grande crise da Constituição de 1988 não se encontra em seus dispositivos, mas sim na política. Segundo Paulo Bonavides, em seu artigo A evolução Constitucional do Brasil:

Aniquilaram-se, assim, por obra do Executivo as bases éticas e jurídicas do sistema. E onde tal acontece, há ditadura, e não há governo. Há despotismo, e não há Constituição. Há obediência, e não há consenso. Há legalidade, e não há legitimidade. E a legalidade que há é, todavia, a força, que enfraquece a dignidade da pessoa humana, a justiça dos direitos sociais, a sobrevivência da democracia, a defesa e proteção do Estado soberano (BONAVIDES, 2000, s/n).

Evidente, pois, que o problema do Brasil não se encontra em seu modelo constitucional, ou em dispositivos de lei, de modo que uma reforma constitucional não seria apta a remover o país do atoleiro em que se encontra.

A questão brasileira é mais densa, e encontra sua problemática em sua história marcada pela corrupção que assola os três poderes.

3 CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE: MODELO BRASILEIRO

Classifica-se a Constituição de 1988 como uma constituição escrita, codificada, democrática, rígida, dogmática, prolixa, formal e, por fim, dirigente. O presente artigo, porém, atenta-se apenas a última característica citada: a constituição dirigente idealizada por Peter Lerche e ampliada por José Joaquim Gomes Canotilho como modelo ideal para o Estado Português.

Peter Lerche deu início a um novo modelo constitucional, diferente do manifestado nas Constituições da época, e se dedicou a estudar os limites de vinculação do legislador às imposições constitucionais que estabeleciam deveres legislativos. Contudo, o jurista não desenvolveu a teoria relacionada as normas programáticas. Posteriormente, José Joaquim Gomes Canotilho interessou-se por esse assunto e estudou dedicou-se ao estudo das normas programáticas e à Constituição Dirigente em sua tese de doutorado.

A Constituição chamada dirigente, diretiva ou programática, caracteriza-se por conter normas de eficácia limitada, que estabelecem tarefas e programas de ação que o poder público deve concretizar, por meio de regulamentação infraconstitucional.

Esse tipo de Constituição foi pensado com o fim de possibilitar que um mesmo texto constitucional possa perdurar, pois, ao trazer objetivos, e não normas de eficácia plena, pode ser adequada conforme o contexto daquela sociedade com o passar dos anos, por meio da reestruturação da legislação infraconstitucional.

É traço que se repete nas normas constitucionais modernas serem elas abertas à mediação do legislador, apresentando uma regulamentação deliberadamente lacunosa, a fim de ensejar liberdade para a composição de forças políticas no momento da sua concretização⁷. Com isso, também, viabiliza-se a adequação das normas as novas necessidades de cada tempo. De fato, a Constituição não é um código, nem pretende tudo resolver nas suas disposições, como se fosse um

sistema cerrado e bastante em si (MENDES, 2017, p. 68).

Conforme explicitado no tópico anterior, o Brasil, em seus 195 anos de constitucionalismo, teve sete Constituições, sendo a mais duradoura a Constituição Imperial de 1824, que perdurou por 67 anos. Já na história das Constituições Democráticas, a mais duradoura foi a Constituição Republicana de 1891, que conseguiu se manter por 43 anos, apesar das crises recorrentes.

Isso ocorre porque a Constituição não se sustenta como uma norma estática, de modo que a sociedade evolui e com ela deve evoluir o direito. O ser tem sua própria estrutura que condiciona o dever-ser, que deverá ser adaptado continuamente para estar em consonância com a sociedade atual. Diante desse paradigma, durante muito tempo, houve-se a dificuldade de criar um texto constitucional dinâmico, que pudesse continuamente se adaptar ao ser.

Por conta disso, o direito constitucional brasileiro, em uma tentativa de promulgar uma única Constituição Federal que pudesse evoluir concomitantemente com a sociedade brasileira, optou por lançar mão de uma Carta Magna repleta de normas de eficácia limitada. Ocorre que, como bem explicita José Afonso da Silva, “é paradoxal que as normas supremas da ordem jurídica, o Direito dotado de supremacia e supra legalidade, sejam as de eficácia menos efetiva e mais sujeitas ao desrespeito e a inaplicabilidade” (SILVA, 2002, p. 16).

Fato é que o direito constitucional recebe imensa influência da realidade social e política de um país, de forma que, no Brasil, tornou-se um grande problema a ser solucionado por essa seara do direito as normas de eficácia limitada ainda não regulamentadas infra constitucionalmente, mesmo após comemorados os 30 anos da promulgação da *Carta Magna*, devido a morosidade das instituições brasileiras e o intenso jogo de influências exercido na política.

Harold Laski muito bem colocou em sua obra que:

Cada regime econômico cria, por sua vez, uma ordem política que representa os interesses daqueles que dominam o regime, que possuem os instrumentos essenciais do poder econômico (1950, p. 42).

Dessa forma, o poder econômico achou por bem garantir para si o poder de barganha ao trazer certos direitos constitucionais em forma de norma de eficácia limitada, de modo que podem continuar a exercer seu poder sobre as classes mais baixas.

A concepção marxista de constituição ainda simplifica essa ideia entendendo que “*constituição é um produto das relações de produção e visa assegurar os interesses da classe dominante*” (SILVA, 2002, p. 26). Portanto, não há nada melhor do que as normas de eficácia limitada para que a classe dominante pudesse continuar a exercer seus poderes mesmo após promulgada a constituição e pudessem ajustá-los conforme sua própria necessidade.

Contudo, essa não é a essência de uma Constituição Dirigente. Conforme bem conceituaram Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, Constituição Dirigente “é aquela que traz um projeto de Estado, apresenta compromissos sociais e fornece meios para sua execução” (ARAÚJO e JÚNIOR, 2006, p. 39).

A Constituição Dirigente repousa na ideia de uma soberania constitucional e em um constitucionalismo moralmente reflexivo, embasado na ideia de se atingir a pacificação da sociedade e extinguir a desigualdade no país em que for vigente.

Ocorre, porém, que, quando Peter Lerche, nos começos da década de 1960, dedicou-se a analisar o dirigismo constitucional, percebeu que as Constituições compostas por normas programáticas limitavam o poder do legislador e impunham vinculações teleológicas as normas infraconstitucionais. Contudo, o jurista não se dedicou a solucionar os problemas das omissões ou inercias dos órgãos legislativos que deveriam se vincular ao desejo da *Carta Magna*.

A noção de Constituição Dirigente que se tem hoje no Brasil foi deturpada pela corrupção que se aproveitou das normas programáticas para tomar conta do sistema político brasileiro e garantir a inercia dos órgãos legislativos, fato ainda não solucionado pela doutrina, de modo a garantir que

a pacificação da sociedade e a extinção da desigualdade como tarefas do Estado nunca se concretizem.

Certo é que é a Constituição que deve decidir sobre as tarefas do Estado e a Constituição Dirigente opta por fazê-lo mediante a elaboração de um catálogo de objetivos, ao invés de impor ao Estado uma tarefa em branco. Dessa forma, pode-se ver que esse modelo avança em relação aos demais, ainda que continue a conter seus defeitos.

Apesar de muitos o criticarem, alegando ser o modelo dirigente uma simples conversão irrealista de uma simples folha de papel em instrumento dirigente da sociedade, patente é que, atualmente, este é o melhor modelo constitucional para um país de tão grande extensão e diversidade cultural como o Brasil.

4 CONCLUSÃO

Iniciou-se o presente artigo na tentativa de demonstrar que o estudo pormenorizado de uma Constituição somente é possível quando correlacionado com a sociedade regida por ela. Isso se dá porque é a sociedade que delimita a aplicação e as normas que serão impostas pela Constituição, ou seja, é o ser que se impõe sobre o “dever-ser”, pois, caso contrário, seu texto não terá efetividade alguma.

Por muito tempo, aqueles que detinham o poder tiveram dificuldade em absorver essa ideia, fazendo com que a história do constitucionalismo fosse completamente instável, iniciando-se, efetivamente, com um movimento extremamente garantístico (como é o caso da Revolução Francesa e da Independência Americana), passando por uma fase crítica durante as duas grandes guerras, e tenta, atualmente, encontrar sua estabilidade ao averiguar os desejos e necessidades da sociedade contemporânea.

A evolução constitucional brasileira foi ainda mais dramática devido a grande oscilação do poder político-econômico e as diversas tentativas de reservar o poder a uma oligarquia que não se atentava aos interesses comuns e aos anseios nacionais.

A Constituição Monárquica de 1824 reservou a última palavra ao Monarca. A Constituição de 1891 deu o poder aos coronéis, líderes regionais do período. A Constituição de 1937 condensou esse poder nas mãos de Getúlio Vargas. Já a Constituição de 1964, que apenas servia como uma fachada, não foi apta a conter o poder militar.

Na tentativa de atender aos anseios populares e devolver o poder ao seu verdadeiro detentor, ou seja, o povo, o Brasil promulgou, em 1988, a Constituição Cidadão, em um modelo escrito, codificado, democrático, rígido, dogmático, prolixo, formal e, por fim, dirigente.

O modelo dirigente foi pensado de modo a estabelecer projetos que o poder legislativo derivado deveria atingir, a fim de, finalmente, se estabelecer uma pacificação social e uma integração nacional. Além disso, esse modelo deveria ouvir os anseios populares e acompanhar a evolução da sociedade, permitindo que o “ser” estivesse sempre em consonância com o “dever-ser”.

Infelizmente, a concentração do poder político e econômico não se desfez, impedindo que o povo tomasse seu lugar como detentor do poder. Na verdade, aquela que deveria ser a efetiva Constituição Cidadã, tão sonhada por Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, nunca saiu completamente do papel.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. *Há 80 anos, Hitler chegava ao poder no Reich alemão*. Publicado em 31 de janeiro de 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jan-31/luis-roberto-barroso-80-anos-hitler-chegava-poder-reich-alemao>>. Acesso em: 12 de março de 2019.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *A evolução constitucional do Brasil*. Estud. av., São Paulo, v. 14, n. 40, p. 155-176, Dec. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-4014200000300016>. Acesso em: 07 de agosto de 2019.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

- COSTA, Marcos. *A história do Brasil para quem tem pressa*. Rio de Janeiro: Valentina, 2016.
- FILOMENO, José Brito. *Teoria Geral do Estado e da Constituição*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.
- FRANCO, Afonso Arinos Melo. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro - Coleção Constitucionalismo Brasileiro*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- LASKI, Harold. *La crisis de la democracia*. Tradução de Jacques Cadart e Jacqueline Prélot. Paris, Presses Universitaires de France, 1950.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- _____. *O que é uma constituição*. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado do Governo Civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Editora Vozes, 1994.
- LUCA, Tania Regina de. *A produção do Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP) em acervos norte-americanos: estudo de caso*. Revista Brasileira de História, São Paulo, v. 31, n. 61, p. 271-296, 2011.
- MAZZUOLI, Valerio Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*, 5ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2018.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A Teoria das Constituições Rígidas*, 2ª ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 33ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.
- SALVETTI NETTO, Pedro. *Curso de teoria do estado*, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de La Constitución*, 2ª ed. Presentación de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1996.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

VIANNA, Francisco José Oliveira. *Evolução do povo brasileiro*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1956.