

# DIREITO CONSTITUCIONAL

COLEÇÃO  
ESQUE  
MATI  
ZADO®

[www.saraivaeducacao.com.br](http://www.saraivaeducacao.com.br)

Visite nossa página

## Histórico da Obra

- **1.ª edição:** jan./2000
- **2.ª edição:** jun./2001
- **3.ª edição:** fev./2002
- **4.ª edição:** ago./2002
- **5.ª edição:** fev./2003
- **6.ª edição:** maio/2003; 2.ª tir., set./2003
- **7.ª edição:** jan./2004; 2.ª tir., fev./2004; 3.ª tir., mar./2004; 4.ª tir., abr./2004; 5.ª tir., maio/2004; 6.ª tir., jul./2004; 7.ª tir., ago./2004; 8.ª tir., set./2004; 9.ª tir., out./2004
- **8.ª edição:** fev./2005; 2.ª tir., mar./2005; 3.ª tir., maio/2005; 4.ª tir., jun./2005
- **9.ª edição:** out./2005; 2.ª tir., jan./2006
- **10.ª edição:** mar./2006; 2.ª tir., maio/2006; 3.ª tir., jul./2006; 4.ª tir., set./2006; 5.ª tir., nov./2006
- **11.ª edição:** mar./2007; 2.ª tir., abr./2007; 3.ª tir., maio/2007; 4.ª tir., ago./2007; 5.ª tir., set./2007; 6.ª tir., out./2007
- **12.ª edição:** mar./2008; 2.ª tir., mar./2008; 3.ª tir., abr./2008; 4.ª tir., jun./2008; 5.ª tir., ago./2008; 6.ª tir., ago./2008; 7.ª tir., out./2008
- **13.ª edição:** fev./2009; 2.ª tir., mar./2009; 3.ª tir., abr./2009; 4.ª tir., jul./2009; 5.ª tir., ago./2009; 6.ª tir., set./2009
- **14.ª edição:** fev./2010; 2.ª tir., mar./2010; 3.ª tir., jul./2010; 4.ª tir., ago./2010; 5.ª tir., set./2010
- **15.ª edição:** fev./2011; 2.ª tir., maio/2011; 3.ª tir., ago./2011
- **16.ª edição:** fev./2012; 2.ª tir., jul./2012; 3.ª tir., set./2012
- **17.ª edição:** mar./2013; 2.ª tir., ago./2013; 3.ª tir., out./2013
- **18.ª edição:** fev./2014; 2.ª tir., set./2014; 3.ª tir., out./2014; 4.ª tir., fev./2015; 5.ª tir., mar./2015; 6.ª tir., abr./2015; 7.ª tir., maio/2015
- **19.ª edição:** jul./2015
- **20.ª edição:** ago./2016; 2.ª tir., ago./2016; 3.ª tir., set./2016; 4.ª tir., dez./2016; 5.ª tir., mar./2017; 6.ª tir., maio/2017; 7.ª tir., jul./2017
- **21.ª edição:** ago./2017; 2.ª tir., set./2017; 3.ª tir., jan./2018; 4.ª tir., mar./2018
- **22.ª edição:** jul./2018; 2.ª tir., out./2018
- **23.ª edição:** fev./2019
- **24.ª edição:** mar./2020
- **25.ª edição:** fev./2021
- **26.ª edição:** fev./2022
- **27.ª edição:** fev./2023

**Pedro Lenza**

Mestre e Doutor pela USP. Advogado e Professor.  
*Visiting Scholar* na Boston College Law School

# DIREITO CONSTITUCIONAL

COLEÇÃO  
**ESQUE  
MATI  
ZADO®**

27.<sup>a</sup> Edição  
2023

saraiva  jur



**saraiva**  
EDUCAÇÃO

**saraiva** jur

Av. Paulista, 901, Edifício CYK, 4º andar  
Bela Vista – São Paulo – SP – CEP 01310-100

**SAC**

sac.sets@saraivaeducacao.com.br

**Diretoria executiva** Flávia Alves Bravin  
**Diretoria editorial** Ana Paula Santos Matos  
**Gerência de produção e projetos** Fernando Penteadó  
**Gerência editorial** Thais Cassoli Reato César

**Novos projetos** Aline Darcy Flór de Souza  
Dalila Costa de Oliveira

**Edição** Jeferson Costa da Silva (coord.)  
Liana Ganiko Brito

**Design e produção** Daniele Debora de Souza (coord.)  
Laudemir Marinho dos Santos  
Camilla Felix Cianelli Chaves  
Deborah Mattos  
Lais Soriano  
Tiago Dela Rosa

**Planejamento e projetos** Cintia Aparecida dos Santos  
Daniela Maria Chaves Carvalho  
Emily Larissa Ferreira da Silva  
Kelli Priscila Pinto

**Diagramação** Fernanda Matajs

**Revisão** Paula Brito

**Capa** Tiago Dela Rosa

**Produção gráfica** Marli Rampim

Sergio Luiz Pereira Lopes

**Impressão e acabamento**

**OBRA COMPLETA 978-65-5559-753-0**  
**DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)**  
**ODILIO HILARIO MOREIRA JUNIOR – CRB-8/9949**

L575c Lenza, Pedro  
Direito Constitucional / Pedro Lenza; organizado por Pedro Lenza. – 27. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023. (Coleção Esquematzado®)  
1.576 p.  
ISBN 978-65-5362-571-6 (impresso)  
1. Direito. 2. Direito constitucional. 3. Constituição Federal. I. Título. II. Série.  
2022-3934 CDD 342  
CDU 342

**Índices para catálogo sistemático:**

1. Direito constitucional 342  
2. Direito constitucional 342

**Data de fechamento da edição: 17-1-2023**

Dúvidas? Acesse [www.saraivaeducacao.com.br](http://www.saraivaeducacao.com.br)

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Saraiva Educação. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

CÓD. OBRA 10770 CL 607836 CAE 819774

## UMA HOMENAGEM ESPECIAL

Gostaria de pedir licença ao meu ilustre leitor e fazer um agradecimento que, apesar de particular, é muito especial...

Gostaria de agradecer a você, minha querida Má, por tudo o que representa, não só em minha vida como também para o resultado deste nosso “filho”.

Como muitos devem saber, o “nosso” *Esquematizado* surgiu no ano de 2000, como um sonho e a concretização de um projeto de vida...

Hoje, depois de 21 anos, com milhares de exemplares vendidos, gostaria de confessar que tudo isso — além das muitas pessoas que, de uma maneira ou de outra, contribuíram, inclusive o meu ilustre leitor, fiel e amigo, que constantemente envia sugestões — tem a mão de uma pessoa chamada Má.

Todos devem presumir a dificuldade que é “lutar”, diária, diuturna e, também, literalmente, durante muitas e muitas noites de estudo, para que o livro continue a cumprir o seu relevante papel na vida de muitas pessoas...

Todos podem imaginar os momentos de dificuldade, de esgotamento... que poderiam se comparar à luta diária dos concurseiros de nosso país, que se “fecham” ao mundo, que se afastam dos entes queridos, que se privam de momentos prazerosos, sempre em busca de um sonho muito nobre, de um projeto de vida, marcado por horas e mais horas isolados: o concurseiro “guerreiro”, os livros, o quarto, a biblioteca e Deus para nos guiar.

Muitas vezes nos perguntamos, eu inclusive, se tudo está valendo a pena, se tanto esforço está valendo a pena, se, pela fragilidade da vida, devemos continuar nessa trajetória.

Então, é nesses momentos de dificuldade que vejo a importância que é ter uma pessoa como a Má: atrás, para me segurar nos momentos difíceis, projetando-me para o sonho; à frente, servindo como força propulsora; e ao lado, me estimulando, encorajando, incentivando e entusiasmando...

Posso dizer, então, que tudo isso que o *Esquematizado* hoje representa tem a mão da Má, que nunca deixou de sonhar este nosso sonho.

Muitas horas, muitas noites... Assim, depois de tanta coisa que passamos juntos, eu só tenho a lhe agradecer por tudo, Má, especialmente por sua alegria de vida, a contribuir para a realização do sonho de muitos e ilustres “concurseiros” que, honrosamente, acreditaram em “nosso” *Esquematizado*.

Assim, Má, por tudo e para sempre, o meu muito obrigado por ajudar a manter vivo este nosso sonho.

Precisava dividir essa felicidade e berrar para todo mundo que eu te amo muuuuito e, de alguma maneira, te dizer o quanto você é importante nisso tudo e na minha vida! Valeu...



## MAIS UMA HOMENAGEM ESPECIAL<sup>1</sup>

Gostaria de pedir novamente licença ao meu ilustre leitor e fazer mais um agradecimento que, apesar de particular, é, também, muito especial...

Com a graça de Deus (porque ter um filho é uma bênção), eu e a Má esperávamos nossa filha para o dia 20 de julho de 2010. Apressadinha como os pais, no dia 25 de maio de 2010, a pequena (literalmente, porque prematura) Manoela veio ao mundo.

Realmente, como muitos diziam, a minha vida mudou! Tudo é muito estranho e novo. Como é possível que aquele “tesouro” tenha saído da barriga da minha esposa?

Dizem que se parece um pouco comigo, e fico, mais ainda, impressionado. Como é a natureza!

E agora, pela primeira vez, estou vivenciando a emoção de ser pai... Que explosão de sentimentos! Realmente, o mundo fica paralisado quando eu fico olhando nos olhos dela...

Acho que tudo passa a fazer sentido. Tanta luta diária, tantas noites sem dormir (escrevendo, atualizando os livros, em solitário enclausuramento), tantos sonhos sonhados... Agora tudo passa a ter um significado: consigo entender o verdadeiro sentido do *amor incondicional* dos pais pelos filhos...

Realmente, a atualização deste ano exigiu muito. Foram dois meses trabalhando quase 20 horas por dia. A pequena Manoela não entendia o que estava acontecendo. Desde que ela nasceu estávamos grudados. Falava para ela sobre a minha missão e o compromisso que tenho com os meus ilustres “guerreiros” concurseiros. Não sei se ela entendia... Explicava para ela que o *papai* logo voltaria a brincar. Que loucura isso tudo... Que dualidade. Que dificuldade.

Muitas vezes, de madrugada, beijava a Manu e a Má e era como se aquilo me desse mais forças. Quando parecia que não conseguiria mais, eu pensava nas duas... pensava nos meus leitores e no que passam nessa fase tão difícil da vida. Pensava na minha responsabilidade e em cada aluno que vejo renunciando a tantas coisas.

---

<sup>1</sup> Texto escrito para a 15.<sup>a</sup> ed. (02.02.2011). A Manu tinha 8 meses de idade. Hoje está com 12 anos... **Toda a emoção daquele momento renova-se a cada dia.** A dualidade, as dificuldades são as mesmas (ou parecem aumentar). A certeza de que tenho uma missão na vida, qual seja, ajudar na realização de sonhos, fica mais forte a cada dia e no contato com os *guerreiros do Brasil*. Por isso continuo, firme e forte, tentando equilibrar essas forças que parecem antagônicas, mas que, no fundo, se somam e contribuem para o sucesso de todos!

Dizem que todo ser humano tem de *plantar árvores, escrever livros e ter filhos*. De fato, isso tudo já fiz, mas, se soubesse, decididamente, *teria invertido a ordem!*

Escreverei mais livros (essa é a minha missão!) e plantarei mais árvores. Mas, para ser sincero, o que penso mesmo é em ter mais um filho.<sup>2</sup> E aconselho: não deixem que os projetos (muitos profissionais) sejam a única prioridade da vida. Ao lado de pessoas queridas, continuemos a sonhar os sonhos sonhados e, assim, a realizar os projetos idealizados. Sejamos felizes! A vida é curta... Obrigado, Manu, por dar sentido a isso tudo. Obrigado, Má, por ter me “dado” a Manu e por estar ao meu lado, sempre acreditando nesse nosso sonho.

---

<sup>2</sup> Confira os textos seguintes: “Uma nova homenagem especial” e “Mais uma nova homenagem especial”.

## UMA NOVA HOMENAGEM ESPECIAL<sup>1</sup>

Mais uma vez, gostaria de pedir licença ao meu querido leitor para trazer uma nova e justa homenagem especial...

Quando abri o meu coração em homenagem feita à Manoela, que mudou as nossas vidas, escrevi que, depois de plantar árvores, escrever livros e ter um filho, pensava, mesmo, era em ter mais um filho.

Três anos depois, Max vem ao mundo, trazendo muita alegria e emoção para todos nós.

É impressionante como ele (o nosso querido Macão) olha dentro do meu olho e, no olhar, traduz o sentimento do amor...

Tenho dito que o Max ou a Manu serão os atualizadores do NOSSO *Esquematizado*, afinal todos sabem qual é a minha missão de vida (ajudar a realizar sonhos!). Não sei se irão para o mundo do direito... Contudo, tenho certeza de que os dois já têm a absoluta noção do que significa o *Esquematizado* em nossas vidas e nas vidas das pessoas, dos “guerreiros concurseiros” do Brasil.

Mesmo pequeno, com menos de um ano de idade, parecia que o Max entendia o que estava acontecendo. Sempre que eu dava uma parada no processo de atualização, ele, com a sua alegria, vinha me beijar e me incentivar.

Nesse período (foram quase 3 meses, trabalhando em média mais de 10 horas por dia), o mais difícil era ter que pedir para a Má segurar as pontas, buscando minimizar a ausência do papai... Em alguns momentos, desesperado em vê-los em casa, durante o mês de janeiro, todos em férias, cheguei a pedir para a Má viajar com eles à praia. Como era complicada a despedida.

E, para piorar, a Manu, já com 3 anos, perguntava: “papai, você vai junto?”. Em uma das várias vezes que falei que não poderia ir, sentei em frente ao computador e “travei”. Tremia... Não conseguia escrever uma linha. Foi quando, incentivado pelos milhares de seguidores das redes sociais, larguei tudo e fui correndo ver a minha

---

<sup>1</sup> Texto escrito para a 18.ª ed. (20.02.2014). O Max tinha 8 meses de idade (curiosamente, a mesma idade da Manu quando lançamos a 15.ª ed., já que ambos são de maio e com diferença de 3 anos). Hoje, o Macão está com 9 anos. Também devo reconhecer que **toda a emoção daquele momento renova-se, ou potencializa-se, a cada dia**. Quando esse texto foi escrito, o Tommy ainda não havia nascido. Sem dúvida, fato marcante para *mais uma nova homenagem especial*...

“turminha”. Que emoção! Lembro que paramos na estrada para comer pastel. Como era bom estar com eles, o simples fato de estarmos juntos. Foi mesmo energizante aquele final de semana (aqui agradeço aos amigos do Brasil pela força).

Pois bem, como todos sabem, a primeira edição do NOSSO *Esquemático* foi publicada no ano 2000. Já são vários anos de constante e pessoal aperfeiçoamento do trabalho. Já são muitas horas de enclausuramento. Percebi que o *Esquemático*, e não poderia ser de outra maneira, faz parte das nossas vidas. É como se fosse mais um dos nossos “filhos” e, assim, a “turminha” se solidifica: Má, Manu, Max, o NOSSO *Esquemático* e, agora, para completar, o Puffeiro (o cachorrinho que o Papai Noel trouxe para a Manu no último Natal...) e a Chachinha, uma maltês pela qual a Manu se apaixonou durante esse processo das atualizações (Puffeiro tem dormido no meu cunhado, rs!).

Vivemos o livro e lutamos para que ele continue a servir de ferramenta, ajudando na realização de sonhos... (com certeza, o meu leitor percebe que eu não consigo delegar o trabalho de atualização, por mais dolorido e desgastante que seja...).

E o Max, o que significou nisso tudo? Sem dúvida, a confirmação de que o amor não se divide, mas se soma, se fortalece, se potencializa, enfim se solidifica a cada dia. É impressionante o sentimento que percebo em seu olhar. Macão, você é muito especial e obrigado por ter vindo para somar.

Má, então, novamente e sempre, só tenho que lhe agradecer por ter me “dado” a Manu e o Max e, sempre, por estarmos vivendo esse sonho que é de todos nós. “Turminha”, AMO vocês...

## MAIS UMA NOVA HOMENAGEM ESPECIAL<sup>1</sup>

Novamente, gostaria de pedir licença aos meus queridos leitores para trazer *mais uma nova e justa homenagem especial...*

Como muitos perceberam, esta mensagem está sendo escrita para a 19.<sup>a</sup> edição, no ano de 2015, mais precisamente, no dia 20.06.2015, data de seu fechamento.

Hoje, o Tommy está fazendo 5 meses de vida. Uma alegria que chegou no meio do trabalho de atualização, tornando este, certamente, mais leve.

Nesses 15 anos de existência do livro, em nenhum momento levei tanto tempo para atualizá-lo. Foram 6 meses. Hoje, neste momento, até me assusto ao ver o Tommy já entendendo tudo com um simples olhar.

Pensando bem, o susto é maior quando vejo que o tempo passou e a vida ao nosso redor não parou. Por isso, sem dúvida, os sentimentos despertados pela chegada da Manu e do Max potencializam-se.

Agora, com 3 filhos e vivendo o livro com eles, tenho certeza de que este compõe as nossas vidas.

Outro dia, nesta reta final, quando disse que tinha acabado o trabalho de revisão, a Manu deu um berro de alegria misturado com alívio: “acabou, Papai?” “Podemos viajar agora?” “Podemos brincar mais?”

Realmente, é bastante complicado. Mas temos que procurar encontrar um equilíbrio para, juntos, avançarmos neste grandioso projeto de vida, aliás, uma decisão tomada há 15 anos!

Certamente, Manu e Max sabem o valor do *Esquematizado*. Certamente, cada um, do seu modo, sabe que lutamos para ajudar milhares de “guerreiros” do Brasil.

E vou dizer uma coisa: tenho absoluta certeza de que o Tommy, aqui homenageado, também já entendeu tudo. Eu trabalhar em casa, no processo de atualização, faz com que eles se integrem nessa intensa rotina. Muitas vezes, na correria do dia, Tommy ficava no meu colo, vendo-me escrever. Isso mesmo, escrevia enquanto ele estava no meu colo, pois a Má estava com o Max (de 2 anos completados em maio) e a Manu (de 5, feitos no mesmo mês), que também queriam atenção (e olha que tenho de reconhecer a extraordinária ajuda da Má e, também, da Vovó Tina e da Tia Lili).

---

<sup>1</sup> Texto escrito para a 19.<sup>a</sup> ed. (20.06.2015).

Esta, sem dúvida, a realidade de muitos, com ou sem filhos, mas sempre encontrando espaço na vida corrida para nutrir o grande sonho.

Devo também dizer que vocês, meus queridos leitores, merecem todo o meu respeito, a minha admiração e consideração, pois sei o que passam. Assim, não consigo delegar o trabalho, que faço artesanalmente, pessoalmente e, por isso, nesta nova fase da vida (claro, sem contar as inúmeras alterações de atos normativos, jurisprudência, códigos etc.), o motivo de termos levado 6 meses para a atualização.

Chegamos ao final satisfeitos com o resultado. A nova edição está com 109 novas páginas e Tommy com 5 meses, justificando e dando razão para essa nossa opção de vida. E tem algo inexplicável: como ele me olha quando estou por perto. Talvez esse seu olhar suplique para que eu termine logo. Mas, no fundo, a paz que me transmite, sem dúvida, reflete a mensagem de que ele sabe a importância disso tudo, especialmente na vida das pessoas.

É isso. Valeu, amigos do Brasil, por tanto apoio que deram nas redes sociais. Tenham certeza de que vocês também foram essenciais. Espero que gostem do trabalho final.

Finalmente, este texto não poderia terminar de outra forma, senão exatamente como aquele que homenageou o Max, mas, agora, naturalmente, *atualizado*: “Má, novamente e sempre, só tenho que lhe agradecer por ter me ‘dado’ a Manu, o Max e o Tommy e, sempre, por estarmos vivendo esse sonho que é de todos nós. ‘Turminha’ (agora maior — e acho que levei a sério aquela história de *plantar árvores, escrever livros e ter filhos*), AMO vocês...”.

À minha *mãe*, exemplo de vida, guerreira da vida,  
inspiração espiritual para os que a cercam,  
sensibilidade natural, pureza inexplicável  
como o nascer do sol, o meu muito obrigado  
por ter sempre apoiado os meus projetos intelectuais e  
por termos juntos vencido tantos obstáculos...

Ao meu *pai*, que tanto me ensinou, que tanto me orientou,  
que com certeza também foi o responsável pelas lições  
da vida, obrigado pela força; saiba que o tenho  
eternamente em meu coração...

Aos meus *irmãos*, por tudo o que representam e  
pelo exemplo de garra, perseverança e alegria de vida...

Ao *Felipe*, ao *Rafa* e à *Laurinha*, meus sobrinhos, pela renovação de todos esses  
sentimentos...

A todos vocês dedico este trabalho.

A vocês, *Má, Manu, Max e Tommy*,  
por tudo o que significam em minha vida,  
alegando-a, energizando-a, abençoando-a;  
pela pureza, preciosidade, ternura,  
meiguice e amor;  
por tanta força e positividade depositadas  
neste meu projeto de vida;  
com carinho, o meu eterno agradecimento.



## AGRADECIMENTOS

Todos, com certeza, tiveram um papel fundamental para que este trabalho se concretizasse, sendo muitos os nomes que deveriam ser relacionados para não incorrer em injustiças.

Devo, contudo, lembrar algumas pessoas que, com certeza, influenciaram muito o meu desenvolvimento acadêmico.

*Ada Pellegrini Grinover*, exemplo de jurista, exemplo de doutrinadora, exemplo de cientista do direito, exemplo de pensadora, pessoa a quem devo o eterno agradecimento pela oportunidade de desenvolver os estudos de pós-graduação (**mestrado e doutorado**) na Faculdade de Direito da USP e pelo apoio neste trabalho conjuntamente com o projeto de pesquisa, encontrando, ainda, dentre tantos afazeres, o precioso tempo para apresentá-lo à comunidade acadêmica.

*Antonio Carlos Marcato*, ex-membro do MP, Desembargador aposentado e agora advogado. Sem dúvida, poucos têm essa “tríplice” experiência que o mestre, com generosidade, compartilha, divulgando o seu conhecimento, ensinando e encantando.

*Damásio de Jesus*, mestre de todos nós, modelo de paixão e devoção pela ciência do direito, ensinando-nos que o aprendizado não tem limites ou fronteiras: seremos eternos estudiosos, pelo resto de nossas vidas.

*Leda Pereira Mota*, amiga de sempre que, nos bancos acadêmicos, fez nascer em mim a paixão pelo Direito Constitucional quando me convidou para auxiliá-la nas aulas de seminário na PUC/SP, espaço utilizado em conjunto com os alunos, como verdadeiro “laboratório experimental”, discutindo diversas questões sobre a matéria. Você será nossa eterna mestra!

*Maria Helena Diniz*, pela amizade sincera e por ter mostrado para mim e, creio, para todos os que com ela convivem o exemplo de vida e de ser humano, bem como de grande estudiosa do direito.

Agradeço ao *Damásio Educacional*, pela credibilidade conferida a este estudo e por acreditar nesse grande sonho, alimentando-o diariamente.

Agradeço, também, ao *Marcato Cursos Jurídicos*, por tantas oportunidades e alegrias vividas no passado.

Agradeço ao *ProOrdem* — *Centro de Estudos Jurídicos*, nas pessoas de *Marco Antônio Clauss*, *Joana D’Arc Alves Trindade* e *Clerice Pires*, pela amizade e pelo apoio que, no início, depositaram neste trabalho.

Sinceros são os meus agradecimentos à *OAB/SP*, que, apoiando o desenvolvimento dos advogados, abriu as portas para que eu pudesse apresentar-me em palestra proferida na *OAB/Pinheiros*. Aproveito este espaço para declarar a minha eterna gratidão a toda a comunidade pinheirense, na pessoa de seu ex-Presidente, o amigo *José Vicente Laino*, exemplo humano de pessoa e profissional.

Gostaria de agradecer o carinho que tenho recebido em todo o Brasil nos cursos e palestras, com os quais muito aprendi.

Aliás, não poderia deixar de expressamente agradecer a dois grandes mestres. Em primeiro lugar (*ladies first...*), à amiga *Noêmia Garcia Porto*, por tudo e por ter-me dado a honra de dialogar sobre grandes temas do direito constitucional. Em segundo, ao grande mestre *Cássio Juvenal Faria*, por tanta credibilidade depositada neste estudo, o que, para mim, é um grande orgulho! Simplesmente, o meu muitíssimo obrigado...

Tio Beto, Tia Christina, Li e Bruno, obrigado por estarem juntos neste meu projeto de vida.

Tio Cláudio, Tia Marly, Vó Olguinha, Cris, Clau, Fábio... obrigado por termos pensado juntos a nova “cara” do livro.

Tia Márcia, Débora, Thaís e família, obrigado por me apoiarem desde o começo.

Ao Igor, meu mais novo comprador... ele só tinha 5 anos e, utilizando o cartão da minha esposa, comprou o livro no *saraiva.com!*

Fau e Guto, Tia Etra, Ailton, Tio Eduardinho, Duca, Tia Jussara, Fabinho, Leny e Nice, pela energia da Bahia, muitíssimo obrigado.

Lembro, ainda, *Armando Casimiro Costa Filho* e todos da *LTr Editora*, que, logo no primeiro contato, acreditaram em mim, viabilizando a realização deste sonho, sendo responsáveis pelas cinco primeiras edições desta obra.

Em igual sentido, os meus profundos agradecimentos a *Valedir Ribeiro Santos* e a todos da *Editora Método*, que, empenhados na manutenção do grande sonho, deram importante projeção nacional ao trabalho e lutaram ao meu lado da 6.<sup>a</sup> até a 11.<sup>a</sup> edição.

A partir da 12.<sup>a</sup> edição tive a honra e o privilégio de unir forças com a querida **SARAIVA**, que, desde o início, também acreditou neste grande sonho. Em nome de *Jorge Eduardo Saraiva, Ruy Mendes Gonçalves, José Luiz M. A. de Próspero, Antonio Luiz de Toledo Pinto, Nilson Lepera, Luiz Roberto Curia, Jônatas Mello, Lígia Alves, Maria Lúcia Godoy, Clarissa B. Maria, Rubens F. Odagima, Luiz Facchini, Sandra Bensadon, Gisele Guerra, Valéria Zanocco, Henrique H. Garcia, Arlindo Meira, André Pereira*, toda a comprometida e profissional *Equipe de Divulgação*, eu só tenho a agradecer a **todos** que de um modo ou de outro se envolveram neste projeto.

A partir da 18.<sup>a</sup> edição tive a alegria e honra de trabalhar ao lado dos antigos e de novos colegas, todos muito empolgados e focados no atual momento do **Esquematizado**. Já maduro e firme no mercado editorial, agora com o sucesso da *Coleção Esquematizado®*, esperamos continuar cumprindo o nosso papel. Assim, obrigado por terem contribuído para o desafio: continuar com a excepcional aceitação nacional (não é fácil manter o livro “vivo”) e, sempre, na busca da confiança de novos e

fiéis leitores. Assim, o meu agradecimento para *Jorge Saraiva Neto, Maurício Pereira Fanganiello, Ronyse Avelino Pacheco, Ilaine Cristina de Melo* e, na linha de frente do editorial, *Thais de Camargo Rodrigues, Deborah Caetano de Freitas Viadana e Eveline Gonçalves Denardi*.

A partir do ano de 2016, para a 20.<sup>a</sup> edição, começamos a idealizar as novas perspectivas do mercado editorial e estamos pensando, juntos, em como escrever uma marcante história para mais 100 novos anos da **SARAIVA**.

Para a edição de 2017, qual seja, a 21.<sup>a</sup>, introduzimos importantes novidades, destacando-se o conceito de “livro vivo<sup>®</sup>” e as fantásticas e infundáveis perspectivas de uma plataforma on-line. A partir da 22.<sup>a</sup> edição, em 2018, a versão 2 da plataforma foi melhorada, assim como tivemos importante aumento de conteúdo.

A tecnologia, os avanços no mercado de educação, as ferramentas para a educação a distância, enfim, novos instrumentos estão sendo estudados e testados. Por isso, feliz e empolgado com o profissionalismo e a seriedade do novo “time” que passa a fazer parte dessa nossa grande família. Certamente, posso dizer que, todos, respiramos e **SOMOS EDUCAÇÃO**. Então, os meus sinceros agradecimentos para *Eduardo Mufarej, Claudio Lensing, Flávia Alves Bravin, Rafael Augusto Torres Pinto, Mário Santiago de Freitas, Daniela Lopes, Tiago Delgado Ramos, Fillipi Ragonha, André Raymundi, Roberto Navarro, Liana Ganiko Brito, Maria Izabel Barreiros Bitencourt, Bruna Schlindwein Zeni, Eveline Gonçalves Denardi, Clarissa Boraschi Maria, Ana Cristina Garcia, Isabella Sanches de Souza, Fernando Penteado, Felipe Maia do Valle, Thayo Vianna, Mônica Landi Colobone, Tiago Dela Rosa, Marli Rampim*, além de tantos outros que, de um modo ou de outro, contribuem para a realização desse grande sonho.

**SARAIVA EDUCAÇÃO**, simplesmente **OBRIGADO** por tudo. Estou muito feliz e espero que os meus queridos leitores aprovelem a nova fase do *Esquemático*, casamento novo, parceria de sucesso, juntos na luta pelos grandes sonhos!

Ainda, sou e serei eternamente grato a *Roseli e Rose* e toda a equipe da *Know-how Editorial*, pelo profissionalismo, comprometimento e arte de editar. Vocês realmente “sabem como” produzir um livro de sucesso, inovando o mercado editorial. Obrigado por tudo o que fizeram pelo **NOSSO Esquemático**.

Não posso deixar de agradecer aos *amigos, professores, operadores do direito*, vários leitores das áreas jurídicas e não jurídicas, pela divulgação do presente trabalho, por suas sugestões e especialmente pela forte acolhida das edições anteriores!

Por fim, aos *alunos, candidatos aos “concursos da vida”*, minha fonte inspiradora diária para sempre continuar estudando e com eles aprendendo: minha realização como ser humano.

A todos, o meu muito obrigado.

*O Autor*



## NOTA DO AUTOR À 27.<sup>a</sup> EDIÇÃO

Chegamos à **27.<sup>a</sup> edição**, com muito trabalho e constante preocupação com o conteúdo e a precisão das informações. Lá se vão **23 anos** de muito esforço e dedicação, sempre pensando em nossos queridos leitores.

O texto está adequado e ampliado considerando as **128** emendas constitucionais (nem todas impactam diretamente no texto do livro), **6** emendas constitucionais de revisão, **3** tratados ou convenções internacionais que têm força normativa de Constituição em razão da regra contida no art. 5.<sup>º</sup>, § 3.<sup>º</sup>, da CF/88, **58** súmulas vinculantes (STF), o Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) e as principais decisões do STF até a data de fechamento desta edição. Também foram consideradas algumas súmulas e determinados entendimentos firmados pelos demais tribunais superiores: STJ, TST, TSE e STM.

A partir da **21.<sup>a</sup> edição**, em razão da necessidade de atualização e aprimoramento da obra e diante da impossibilidade de aumentar o seu número de páginas, decidimos transportar as questões do *modelo tradicional* para a plataforma on-line. O material poderá, inclusive, ser baixado em PDF para o “**treino**” e segue exatamente o mesmo formato das edições anteriores. Na **22.<sup>a</sup> edição**, a plataforma foi melhorada e ampliamos a quantidade de materiais e informações. **Nesta edição**, seguimos o mesmo caminho, sem volta, da **plataforma** e do “**livro vivo**®” e, certamente, aumentaremos a nossa aproximação com os nossos queridos leitores.

Nesse contexto de integração entre o livro físico e a plataforma, estamos inserindo os capítulos 20 e 21, assim como as referências e o sumário completo da obra, na plataforma.

Potencializando a pioneira, vitoriosa, consagrada, testada e já aprovada **metodologia**, aplicada com sucesso desde a 1.<sup>a</sup> edição do **NOSSO Esquematizado**, introduzimos duas **poderosas novidades** que passam a constituir **material digital exclusivo**: **a) vídeos** ao longo dos capítulos; **b) acesso à plataforma** on-line. Os **vídeos** servirão de ferramenta para a sedimentação da matéria, destaque dos pontos mais importantes, revisão e, em alguns momentos, introdução de conteúdo complementar novo; o acesso à **plataforma** permitirá a **ampliação do “treino”**.

Nesse particular, no tocante aos vídeos, sinceros são os nossos agradecimentos a Zé, Eli, Ciça, Marcelão, Gabriel, Isa e Giselle, parabenizando pelo trabalho da equipe!

Segue o nosso agradecimento ao extraordinário Thayo Vianna pela versão 2 da plataforma e o consagrado QR Code.

Sem dúvida, os vários *e-mails* que chegam de todo o Brasil e as sugestões recebidas em cursos e palestras têm servido de importante fonte para o enriquecimento deste trabalho. Assim, agradeço aos amigos deste nosso grande país.

Com importantes comentários, ricas sugestões e discussões, novamente e sempre, ao amigo **Leandro Hissa Dahi**, serei eternamente grato. É impressionante como o Leandro consegue, a cada nova edição, ajudar a melhorar o **NOSSO Esquemático!**

Li, Bruno, Tia Christina, Tio Barreto e, claro, **Má**, obrigado por terem minimizado o sentimento da Manu, do Max e do Tommy, que não entendiam a minha ausência... De fato, sem vocês me ajudando, eu não teria conseguido implementar essa árdua tarefa que é a atualização do livro.

Outrossim, durante todo esse tempo, os cursos que já ministramos na TV Justiça (“Aula Magna”, “Saber Direito”, “Apostila”) e em alguns tribunais (cursos de capacitação interna — como é rica a experiência de falar para pessoas tão preparadas e que atuam diretamente com as questões do direito) serviram para percebermos as tendências da jurisprudência, que se mostram extremamente importantes àqueles que se preparam para concursos públicos.

Nesse particular, declaradamente, **agradecemos e homenageamos** o extraordinário trabalho do setor de jurisprudência do **STF**, notadamente a equipe responsável pelo **“Notícias”**, pelo **“Informativos”** e pelo notável **“A Constituição e o Supremo”**, compêndio eletrônico lançado pelo STF e desenvolvido pelas *Secretarias de Documentação e de Informática*, em cumprimento a uma das promessas do Ministro Nelson Jobim na Presidência; no caso, a de facilitar acesso rápido e preciso às informações, verdadeiro dever das fontes.

Esperamos que esta obra, em sua nova edição e com as **novas ferramentas e tecnologias empregadas no livro**, continue ajudando os colegas, e, mais uma vez, **aguardamos as críticas e sugestões**. Devo declarar que imperfeições existirão, motivo pelo qual estarei sempre aberto.

Estamos trabalhando fortemente para o constante aprimoramento do **“NOSSO Esquemático”**, sempre orando para que todos os ilustres concourseiros, honestos e batalhadores, realizem o seu “sonho dourado”.

Saibam que sempre estarei à procura de elementos para ajudá-los nesta fase difícil de suas vidas. **Nunca desistam!** Sejam sempre fortes! Tenho certeza, e sempre falo para os meus alunos, que todos podem... só depende de vocês. Confio plenamente em cada um. Vocês só precisam acreditar em si e se concentrar ao máximo em seus objetivos, e tenho fé em Deus que sempre conseguirão o que buscam.

No final, quando olharem para trás e disserem que valeu o esforço, que atingiram o que buscavam, essa alegria, tenham certeza, será a minha maior recompensa,

e isso bastará para que **eu** olhe para trás e também diga: “Pedro, valeu a pena tanto esforço neste trabalho...”. Continue firme em sua missão de vida: **“ajudar a realizar sonhos”**.

Amigo, amiga, certamente, **2023** será o seu grande ano! Contem comigo! Agora, vamos à luta. *Muito boa sorte neste seu projeto de vida e chamem-me para a posse!*  
Eternamente grato...

São Paulo, 17.01.2023.

**Prof. Pedro Lenza**

**Mestre e Doutor pela USP**

*Visiting Scholar na Boston College Law School*

 [pedrolenza8@gmail.com](mailto:pedrolenza8@gmail.com)

 <https://twitter.com/pedrolenza>

 <http://instagram.com/pedrolenza>

 <https://www.youtube.com/pedrolenza>

 <https://www.facebook.com/pedrolenza>

 <https://www.editoradodireito.com.br/colecao-esquemmatizado>



## APRESENTAÇÃO À 1.<sup>a</sup> EDIÇÃO

É com grande satisfação que apresento o livro do jovem e promissor mestrando da Faculdade de Direito da USP, *Pedro Lenza*, intitulado “Direito Constitucional Esquemático”. Escrita numa linguagem clara e direta, a obra destina-se, declaradamente, aos candidatos às provas de concursos públicos e aos alunos de graduação, e, por isso mesmo, após cada capítulo, o autor insere questões para aplicação da parte teórica. Mas será útil também aos operadores do direito mais experientes, como fonte de consulta rápida e imediata, por oferecer grande número de informações buscadas em diversos autores, apontando as posições predominantes na doutrina, sem eximir-se de criticar algumas delas e de trazer sua própria contribuição.

Da leitura amena surge um livro “fácil”, sem ser reducionista, mas que revela, ao contrário, um grande poder de síntese, difícil de encontrar mesmo em obras de autores mais maduros, sobretudo no campo do direito.

Penso, assim, que a obra será de grande valia para a comunidade jurídica. Só resta desejar a seu jovem autor todo o êxito que merece.

São Paulo, 24 de novembro de 1999.

*Ada Pellegrini Grinover*





## SUMÁRIO

<i>Uma Homenagem Especial</i> .....	VII
<i>Mais uma Homenagem Especial</i> .....	IX
<i>Uma Nova Homenagem Especial</i> .....	XI
<i>Mais uma Nova Homenagem Especial</i> .....	XIII
<i>Agradecimentos</i> .....	XVII
<i>Nota do Autor à 27.ª Edição</i> .....	XXI
<i>Apresentação à 1.ª Edição</i> .....	XXV
<b>1. (NEO)CONSTITUCIONALISMO.....</b>	<b>1</b>
1.1. Alocação do direito constitucional.....	1
1.1.1. A classificação em “ramos do direito”.....	1
1.1.2. A superação da dicotomia “público-privado” — constitucionalização do direito privado.....	2
1.2. Constitucionalismo .....	4
1.2.1. Conceito.....	4
1.2.2. Evolução histórica .....	4
1.2.3. Esquematização do constitucionalismo .....	9
1.3. Neoconstitucionalismo .....	9
1.3.1. Aspectos iniciais .....	9
1.3.2. Pontos marcantes do neoconstitucionalismo .....	11
1.3.3. Marcos fundamentais para se chegar a um “novo direito constitucional” (neoconstitucionalismo) .....	12
1.4. O novo constitucionalismo democrático latino-americano. Constitucionalismo pluralista (andino ou indígena). Estado plurinacional e intercultural .....	15
1.5. Constitucionalismo e soberania popular .....	17
1.5.1. Aspectos gerais.....	17
1.6. Constitucionalismo popular (Tushnet) — “Judicial Review” — “Teorias do diálogo constitucional” (Bateup) e “os papéis das Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais nas democracias contemporâneas” (Barroso).....	19
1.6.1. Constitucionalismo popular: perspectivas .....	19
1.6.2. Supremacia judicial “versus” soberania judicial: a nossa posição no sentido do diálogo constitucional .....	20
1.6.3. Reversão (superação) legislativa da jurisprudência da Corte: possibilidade de mutação constitucional pela via legislativa.....	21

1.6.4. “Os papéis das Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais nas democracias contemporâneas” (Luís Roberto Barroso) .....	23
1.7. Constitucionalismo democrático e “backlash” (reação social em razão de decisão da Corte) .....	29
1.8. “Constitucionalismo abusivo” (David Landau): um alerta que preocupa e não se confunde com o denominado “constitucionalismo autoritário” (Mark Tushnet) .....	32
1.9. Material digital exclusivo .....	35

## **2. CONSTITUIÇÃO: CONCEITO, CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA, CLASSIFICAÇÕES, ELEMENTOS E HISTÓRICO ..... 37**

2.1. Conceito .....	37
2.1.1. Sentido sociológico .....	37
2.1.2. Sentido político .....	37
2.1.3. Sentido material e formal .....	38
2.1.4. Sentido jurídico .....	39
2.1.5. Sentido culturalista .....	41
2.1.6. Constituição aberta .....	41
2.1.7. Concepções da Constituição: qual o seu papel no ordenamento jurídico de um país? .....	42
2.2. “Crowdsourced constitution”: o legado da experiência pioneira da Islândia (2011) .....	45
2.3. Constitucionalização simbólica .....	47
2.3.1. Aspectos iniciais .....	47
2.3.2. Legislação simbólica .....	48
2.3.3. Constitucionalização simbólica .....	50
2.3.4. Constitucionalização simbólica como alopoiese do sistema jurídico .....	51
2.3.5. Neoconstitucionalismo, ativismo judicial e a concretização das normas constitucionais .....	52
2.4. Classificação (tipologia) .....	53
2.4.1. Quanto à origem e a distinção entre “Constituição” e “Carta” .....	53
2.4.2. Quanto à forma .....	55
2.4.3. Quanto à extensão .....	56
2.4.4. Quanto ao conteúdo .....	57
2.4.5. Quanto ao modo de elaboração .....	58
2.4.6. Quanto à alterabilidade .....	58
2.4.7. Quanto à sistemática (critério sistemático) .....	61
2.4.8. Quanto à dogmática .....	62
2.4.9. Quanto à correspondência com a realidade (critério ontológico — essência) .....	63
2.4.10. Quanto ao sistema .....	64
2.4.11. Quanto à função .....	64
2.4.12. Quanto à origem de sua decretação: heterônomas (heteroconstituições) x autónomas (“autoconstituições” ou “homoconstituições”) .....	65
2.4.13. Constituições garantia, balanço e dirigente (Manoel Gonçalves Ferreira Filho) ..	66
2.4.14. Constituições liberais (negativas) e sociais (dirigentes) — conteúdo ideológico das Constituições (André Ramos Tavares) .....	66
2.4.15. Raul Machado Horta (Constituições expansivas) .....	67
2.4.16. A Constituição Federal brasileira de 1988 .....	68
2.5. Elementos das Constituições .....	69

2.6.	Histórico das Constituições brasileiras .....	70
2.6.1.	Constituição de 1824 .....	70
2.6.2.	Decreto n. 1, de 15.11.1889 — primeiro Governo Provisório da República.....	75
2.6.3.	Constituição de 1891 .....	75
2.6.4.	A Revolução de 1930 — segundo Governo Provisório da República .....	80
2.6.5.	Constituição de 1934 .....	81
2.6.6.	Constituição de 1937 .....	84
2.6.7.	Constituição de 1946 .....	88
2.6.8.	Golpe Militar de 1964 .....	91
2.6.9.	Constituição de 1967 .....	92
2.6.10.	“Constituição” de 1969 — EC n. 1, de 17.10.1969.....	94
2.6.11.	Constituição de 1988 .....	99
2.7.	Material digital exclusivo .....	104
<b>3.</b>	<b>HERMENÊUTICA: MUTAÇÃO X REFORMA. REGRAS X PRINCÍPIOS. “DERROTABILIDADE”. POSTULADOS NORMATIVOS. CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO. ESTRUTURA DA CONSTITUIÇÃO .....</b>	<b>105</b>
3.1.	Mutações constitucionais “versus” reformas constitucionais.....	105
3.2.	Regras e princípios .....	109
3.3.	Derrotabilidade (“defeasibility”).....	113
3.4.	Normas de segundo grau: postulados normativos .....	117
3.5.	Métodos de interpretação .....	117
3.5.1.	Método jurídico ou hermenêutico clássico .....	118
3.5.2.	Método tópico-problemático (ou método da tópica).....	118
3.5.3.	Método hermenêutico-concretizador .....	118
3.5.4.	Método científico-espiritual .....	119
3.5.5.	Método normativo-estruturante .....	119
3.5.6.	Método da comparação constitucional .....	119
3.6.	Princípios da interpretação constitucional.....	119
3.6.1.	Princípio da unidade da Constituição .....	120
3.6.2.	Princípio do efeito integrador .....	121
3.6.3.	Princípio da máxima efetividade .....	121
3.6.4.	Princípio da justeza ou da conformidade (exatidão ou correção) funcional .....	121
3.6.5.	Princípio da concordância prática ou harmonização.....	122
3.6.6.	Princípio da força normativa.....	122
3.6.7.	Princípio da interpretação conforme a Constituição .....	123
3.6.8.	Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.....	123
3.7.	Limites da interpretação constitucional.....	125
3.7.1.	Decisões interpretativas em sentido estrito .....	126
3.7.2.	Decisões manipuladoras (ou manipulativas) (ou normativas) .....	126
3.7.3.	Lacuna constitucional e o “pensamento jurídico do possível” na jurisprudência do STF .....	132
3.7.4.	Críticas ao “pamprincipiologismo” (Lenio Streck) e a realidade de uma inegável “Supremocracia” (Oscar Vilhena Vieira).....	134
3.7.5.	Desacordo moral razoável.....	136
3.8.	Teoria dos poderes implícitos.....	137

3.9. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.....	138
3.10. Estrutura da Constituição .....	140
3.10.1. Preâmbulo .....	140
3.10.2. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).....	144
3.11. Material digital exclusivo .....	150
<b>4. PODER CONSTITUINTE.....</b>	<b>151</b>
4.1. Esquema geral.....	151
4.2. Conceito e titularidade .....	151
4.3. Hiato constitucional (revolução — mutação — reforma — hiato autoritário) .....	152
4.4. Poder constituinte originário (genuíno ou de 1.º grau) .....	153
4.4.1. Conceito.....	153
4.4.2. Uma subdivisão .....	153
4.4.3. Características .....	154
4.4.4. Poder constituinte originário formal e material .....	156
4.4.5. Formas de expressão .....	156
4.4.6. A proposta de convocação de uma “assembleia nacional constituinte exclusiva e específica” para a reforma política: aberração jurídica; violência ao sistema... ..	156
4.4.7. “Lipoaspiração constitucional” e a proposta de realização de plebiscito para a elaboração de uma nova Constituição.....	158
4.5. Poder constituinte derivado (instituído, constituído, secundário, de 2.º grau ou remanescente) .....	158
4.5.1. Conceito e espécies .....	158
4.5.2. Poder constituinte derivado reformador .....	159
4.5.3. Poder constituinte derivado decorrente .....	160
4.5.4. Poder constituinte derivado revisor .....	165
4.6. Poder constituinte difuso.....	167
4.7. Poder constituinte supranacional.....	169
4.8. Nova Constituição e ordem jurídica anterior .....	170
4.8.1. Recepção .....	170
4.8.2. Repristinação.....	173
4.8.3. Desconstitucionalização.....	174
4.8.4. Recepção material de normas constitucionais .....	175
4.9. Poder constituinte e direito adquirido. Grau de retroatividade da norma constitucional: máximo, médio ou mínimo?.....	176
4.10. Material digital exclusivo .....	178
<b>5. EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>179</b>
5.1. Eficácia jurídica e eficácia social.....	179
5.2. Normas constitucionais de eficácia plena .....	179
5.3. Normas constitucionais de eficácia contida .....	181
5.4. Normas constitucionais de eficácia limitada .....	183
5.5. A classificação de <i>Maria Helena Diniz</i> .....	187
5.6. A classificação de <i>Celso Ribeiro Bastos</i> e <i>Carlos Ayres Britto</i> .....	188
5.7. Normas constitucionais de eficácia exaurida e aplicabilidade esgotada .....	188
5.8. Normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais e o gradualismo eficaz das normas constitucionais.....	189

5.9. Eficácia e aplicabilidade na jurisprudência do STF.....	191
5.10. Material digital exclusivo .....	191
<b>6. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....</b>	<b>193</b>
6.1. Controle de constitucionalidade: direito comparado e sistema brasileiro .....	193
6.1.1. Noções preliminares .....	193
6.1.2. A inconstitucionalidade das leis e a regra geral da “teoria da nulidade”. Sistema austríaco (Kelsen) “versus” Sistema norte-americano (Marshall). Anulabilidade “versus” nulidade .....	194
6.1.3. Flexibilização das teorias da “nulidade absoluta da lei declarada inconstitucional” e da “anulabilidade da norma inconstitucional” no direito estrangeiro (brevíssima noção).....	196
6.1.4. Flexibilização da teoria da nulidade no direito brasileiro .....	198
6.1.5. Constitucionalidade e inconstitucionalidade superveniente? .....	201
6.2. Breve análise evolutiva do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade .....	204
6.2.1. Constituição de 1824.....	204
6.2.2. Constituição de 1891 .....	205
6.2.3. Constituição de 1934.....	205
6.2.4. Constituição de 1937.....	206
6.2.5. Constituição de 1946.....	206
6.2.6. Constituição de 1967 e EC n. 1/69 .....	206
6.2.7. Constituição de 1988.....	206
6.3. Espécies de inconstitucionalidade e o “estado de coisas inconstitucional”.....	208
6.3.1. Inconstitucionalidade por ação e por omissão (quadro esquemático) .....	208
6.3.2. Vício formal (inconstitucionalidade orgânica, inconstitucionalidade formal propriamente dita e inconstitucionalidade formal por violação a pressupostos objetivos do ato) .....	209
6.3.3. Vício material (de conteúdo, substancial ou doutrinário).....	212
6.3.4. Vício de decoro parlamentar (?).....	212
6.3.5. “Estado de coisas inconstitucional” (ECI).....	215
6.4. Momentos de controle .....	216
6.4.1. Controle prévio ou preventivo.....	217
6.4.2. Controle posterior ou repressivo .....	223
6.5. Sistemas e vias de controle judicial.....	232
6.6. Controle difuso .....	233
6.6.1. Origem histórica: Marbury “versus” Madison, Sessão de fev. de 1803 (I, repertório de Cranch, 137-180) .....	233
6.6.2. Noções gerais .....	235
6.6.3. Controle difuso nos tribunais e a cláusula de reserva de plenário (“full bench”). Art. 97 da CF/88.....	235
6.6.4. Efeitos da decisão.....	242
6.6.5. Para terceiros (art. 52, X): mutação constitucional do papel do Senado Federal no controle difuso. Teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença no controle difuso: análise crítica — abstrativização do controle difuso — tendência para uma maior expansividade das decisões mesmo quando tomadas em controvérsias individuais. Perspectivas do controle incidental em controle concentrado. Limitação do cabimento da reclamação .....	247

6.6.6. Controle difuso em sede de ação civil pública.....	269
6.7. Controle concentrado.....	272
6.7.1. ADI genérica .....	272
6.7.2. Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) .....	369
6.7.3. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).....	373
6.7.4. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).....	383
6.7.5. Representação Interventiva (IF).....	396
6.8. Controle abstrato de constitucionalidade nos Estados-Membros .....	407
6.8.1. Regras gerais .....	407
6.8.2. Objeto .....	408
6.8.3. Competência.....	408
6.8.4. Legitimados.....	408
6.8.5. Parâmetro de controle (pauta de referência ou paradigma de confronto) .....	409
6.8.6. “Simultaneous processus” .....	416
6.9. Quadro comparativo do sistema jurisdicional misto de controle posterior ou repressivo de constitucionalidade no Brasil .....	419
6.10. Material digital exclusivo .....	423
<b>7. DIVISÃO ESPACIAL DO PODER — ORGANIZAÇÃO DO ESTADO .....</b>	<b>425</b>
7.1. Noções preliminares.....	425
7.1.1. Elementos integrantes (componentes ou constitutivos) do Estado .....	425
7.1.2. Forma de governo, sistema de governo e forma de Estado.....	425
7.2. Formas de Estado .....	426
7.3. Federação.....	427
7.3.1. Histórico.....	427
7.3.2. Tipologias do Federalismo .....	428
7.3.3. Características da Federação.....	431
7.3.4. Federação brasileira .....	432
7.4. União Federal .....	441
7.4.1. Capital Federal .....	442
7.4.2. Bens da União .....	444
7.4.3. Competências da União Federal .....	448
7.4.4. Regiões administrativas ou de desenvolvimento .....	454
7.5. Estados-Membros .....	455
7.5.1. Formação dos Estados-Membros.....	456
7.5.2. Bens dos Estados-Membros .....	463
7.5.3. Competências dos Estados-Membros .....	463
7.5.4. Exploração dos serviços locais de gás canalizado.....	465
7.5.5. Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.....	465
7.6. Municípios .....	471
7.6.1. Formação dos Municípios .....	472
7.6.2. Competências dos Municípios .....	475
7.7. Distrito Federal.....	477
7.7.1. Histórico.....	477
7.7.2. Distrito Federal como unidade federada.....	477
7.7.3. Outras características importantes.....	478

7.7.4. Competências do Distrito Federal.....	479
7.8. Territórios Federais .....	480
7.8.1. Histórico.....	480
7.8.2. Natureza jurídica.....	481
7.8.3. Ainda existem territórios no Brasil?.....	481
7.8.4. Mas, afinal de contas, o que é Fernando de Noronha? .....	481
7.8.5. Apesar de não existirem, podem vir a ser criados novos territórios?.....	482
7.8.6. Outras características importantes sobre Territórios Federais.....	482
7.9. Modelos de repartição de competências .....	483
7.9.1. Modelo clássico e modelo moderno.....	484
7.9.2. Modelo horizontal e modelo vertical.....	484
7.10. Quadro ilustrativo da competência legislativa constitucional — alguns precedentes do STF .....	485
7.11. Amianto, tabaco e Covid-19 (pandemia).....	486
7.11.1. Amianto .....	486
7.11.2. Tabaco .....	491
7.11.3. Covid-19 — medidas tomadas para o enfrentamento da pandemia e as perspectivas trazidas pelas ECs ns. 109/2021 e 119/2022.....	492
7.12. Intervenção .....	493
7.12.1. Intervenção federal.....	493
7.12.2. Intervenção estadual.....	504
7.13. Material digital exclusivo .....	506
<b>8. SEPARAÇÃO DE “PODERES” — TEORIA GERAL .....</b>	<b>507</b>
8.1. Noções introdutórias .....	507
8.1.1. Aristóteles: identificação das funções do Estado .....	507
8.1.2. Montesquieu: correspondência entre a divisão funcional e a divisão orgânica ...	507
8.1.3. E qual seria a finalidade da separação dos poderes?.....	508
8.2. Funções típicas e atípicas .....	510
8.3. Impropriedade da expressão “tripartição de Poderes”.....	512
8.4. A independência dos Poderes e a indelegabilidade de atribuições.....	513
8.5. Material digital exclusivo .....	514
<b>9. PODER LEGISLATIVO.....</b>	<b>515</b>
9.1. Estrutura do Poder Legislativo.....	515
9.1.1. Estrutura do Poder Legislativo federal .....	515
9.1.2. Estrutura do Poder Legislativo estadual, municipal, distrital e dos Territórios Federais .....	515
9.2. Atribuições do Congresso Nacional .....	520
9.3. Câmara dos Deputados.....	522
9.3.1. Aspectos fundamentais.....	522
9.3.2. Requisitos para a candidatura dos Deputados Federais .....	524
9.3.3. Competências privativas da Câmara dos Deputados.....	524
9.4. Senado Federal .....	525
9.4.1. Aspectos fundamentais.....	525
9.4.2. Requisitos para a candidatura dos Senadores.....	526

9.4.3. Competências privativas do Senado Federal .....	526
9.5. Quadro comparativo e deliberações .....	528
9.6. Remuneração dos parlamentares .....	529
9.6.1. Subsídio mensal.....	529
9.6.2. Verba indenizatória: dever de transparência.....	531
9.7. Das reuniões .....	533
9.7.1. Sessão legislativa ordinária .....	533
9.7.2. Hipóteses de convocação extraordinária .....	534
9.7.3. Reunião em sessão conjunta.....	535
9.7.4. Sessão preparatória e Mesas Diretoras .....	535
9.8. Das comissões parlamentares.....	537
9.8.1. Comissão temática ou em razão da matéria (permanentes).....	538
9.8.2. Comissão especial ou temporária .....	538
9.8.3. Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).....	538
9.8.4. Comissão mista .....	556
9.8.5. Comissão representativa.....	557
9.9. Imunidades parlamentares .....	557
9.9.1. Aspectos introdutórios .....	557
9.9.2. Imunidade parlamentar federal.....	558
9.9.3. Parlamentares estaduais e do DF .....	590
9.9.4. Parlamentares municipais .....	590
9.10. Incompatibilidades e impedimentos dos parlamentares federais .....	591
9.11. Perda do mandato do Deputado ou Senador .....	592
9.11.1. Hipóteses de perda do mandato e suas peculiaridades.....	592
9.11.2. Cassação <i>x</i> extinção do mandato.....	593
9.11.3. Votação aberta na hipótese de cassação do mandato: aprovação da “PEC do voto aberto” (EC n. 76/2013). Avanço democrático .....	594
9.11.4. A perda do mandato parlamentar em razão de sentença penal condenatória transitada em julgado e a interpretação fixada pelo STF no julgamento da AP 470 (“mensalão”), bem como da AP 565 (art. 15, III, <i>x</i> art. 55, §§ 2.º e 3.º). O caso concreto da AP 396. Proposta de exceção objetiva à regra geral (MS 32.326 e APs 694 e 863) .....	594
9.11.5. É possível a renúncia do cargo por parlamentar submetido a processo que vise ou possa levá-lo à perda do mandato?.....	601
9.11.6. Perda do mandato nas hipóteses de infidelidade partidária .....	601
9.11.7. Suspensão do exercício do mandato de parlamentar eleito (AC 4.070).....	602
9.12. Hipóteses em que não haverá a perda do mandato do Deputado ou Senador e outras regras .....	603
9.13. Processo legislativo .....	604
9.13.1. Considerações introdutórias.....	604
9.13.2. Esquema do processo legislativo das leis ordinárias e complementares .....	606
9.13.3. Fase de iniciativa .....	606
9.13.4. Fase constitutiva .....	625
9.13.5. Fase complementar — promulgação e publicação.....	637
9.14. Espécies normativas .....	638
9.14.1. Emenda constitucional .....	639

9.14.2. Lei complementar e lei ordinária .....	645
9.14.3. Lei delegada .....	649
9.14.4. Medida provisória .....	651
9.14.5. Decreto legislativo.....	669
9.14.6. Resolução .....	679
9.14.7. Quadro comparativo das espécies normativas.....	680
9.15. Função fiscalizatória exercida pelo Legislativo e o Tribunal de Contas .....	681
9.15.1. Tribunal de Contas da União.....	681
9.15.2. Distinção entre a atuação do TCU e da CGU: inexistência de invasão de atribuições. Auxílio no controle externo (TCU) x controle interno (CGU) — perfeita convivência.....	695
9.15.3. Tribunais de Contas Estaduais e Tribunal de Contas do Distrito Federal.....	696
9.15.4. Tribunais de Contas Municipais .....	698
9.15.5. Ministério Público Especial (art. 130).....	701
9.16. Material digital exclusivo .....	704
<b>10. PODER EXECUTIVO.....</b>	<b>705</b>
10.1. Notas introdutórias .....	705
10.2. Presidencialismo “versus” parlamentarismo.....	705
10.3. Executivo monocrático, colegial, diretorial e dual — conceito .....	706
10.4. O Poder Executivo na CF/88 .....	707
10.4.1. O exercício do Poder Executivo no Brasil .....	707
10.4.2. Atribuições conferidas ao Presidente da República .....	708
10.4.3. Condições de elegibilidade .....	713
10.4.4. Processo eleitoral e equipe de transição .....	714
10.4.5. Posse e mandato.....	716
10.4.6. Impedimento e vacância dos cargos .....	717
10.4.7. Ministros de Estado .....	727
10.4.8. Conselho da República e Conselho de Defesa Nacional .....	732
10.4.9. Crimes de responsabilidade.....	734
10.4.10. Crimes comuns .....	742
10.4.11. Prisão.....	744
10.4.12. A imunidade formal em relação à prisão (art. 86, § 3.º) e a cláusula de irresponsabilidade penal relativa (art. 86, § 4.º) podem ser estendidas aos demais chefes do Poder Executivo por atos normativos dos respectivos entes federativos? .....	744
10.4.13. Outras regras importantes sobre os demais Chefes do Poder Executivo .....	745
10.4.14. Sistematização da competência para julgamento das autoridades pela prática de infrações penais comuns e crimes de responsabilidade .....	749
10.5. Material digital exclusivo .....	762
<b>11. PODER JUDICIÁRIO.....</b>	<b>763</b>
11.1. Funções do Poder Judiciário.....	763
11.2. Algumas características da jurisdição.....	763
11.3. Reforma do Poder Judiciário — EC n. 45/2004.....	765
11.3.1. Histórico de sua tramitação .....	765

11.3.2.	Principais alterações .....	767
11.3.3.	Principais ações diretas e decisões do STF em relação às novidades introduzidas pela EC n. 45/2004 (ordem cronológica de propositura) .....	771
11.4.	Estatuto da Magistratura.....	771
11.4.1.	Disposições gerais.....	771
11.4.2.	A EC n. 88/2015 (fruto da “PEC da Bengala”), a EC n. 103/2019 (“Reforma da Previdência”), a EC n. 122/2022 e as ADIs 5.316, 5.430, 5.486 e 5.490 ....	776
11.5.	Garantias do Judiciário .....	780
11.5.1.	Garantias institucionais do Judiciário .....	781
11.5.2.	Garantias funcionais do Judiciário (ou de órgãos) .....	782
11.5.3.	Prerrogativa de foro: o magistrado aposentado tem direito a foro especial por prerrogativa de função? .....	788
11.6.	Estrutura do Judiciário.....	789
11.6.1.	Órgãos de convergência e órgãos de superposição.....	789
11.6.2.	Justiças: comum e especial .....	790
11.6.3.	Competência penal “versus” competência civil .....	791
11.6.4.	Juizados Especiais: algumas particularidades.....	792
11.6.5.	Organograma do Poder Judiciário .....	801
11.7.	A regra do “quinto constitucional” .....	802
11.8.	Características gerais dos órgãos do Poder Judiciário .....	805
11.8.1.	Supremo Tribunal Federal (STF).....	805
11.8.2.	Superior Tribunal de Justiça (STJ).....	814
11.8.3.	Tribunais Regionais Federais (TRFs) e Juízes Federais .....	819
11.8.4.	Tribunais e Juízes do Trabalho .....	821
11.8.5.	Tribunais e Juízes Eleitorais .....	827
11.8.6.	Tribunais e Juízes Militares.....	832
11.8.7.	Tribunais e Juízes dos Estados .....	852
11.8.8.	Varas Agrárias e os conflitos fundiários .....	855
11.8.9.	Justiça Estadual é competente para julgar crimes comuns entre silvícolas ...	857
11.8.10.	Tribunais e Juízes do Distrito Federal e Territórios .....	858
11.9.	Princípio do juiz natural e convocação de juízes de primeiro grau para compor órgão julgador de tribunal.....	859
11.10.	Magistratura — teto de subsídio $\times$ teto de remuneração — Poder Judiciário — caráter nacional e unitário .....	860
11.11.	Da Justiça de Paz (art. 98, II).....	862
11.11.1.	Regras gerais.....	862
11.11.2.	Os juízes de paz integram o Poder Judiciário?.....	865
11.12.	Dos precatórios .....	866
11.12.1.	Regras gerais.....	866
11.13.	Conselho Nacional de Justiça .....	869
11.13.1.	Aspectos gerais e composição do CNJ .....	869
11.13.2.	Aperfeiçoamento do CNJ: EC n. 61/2009 .....	872
11.13.3.	Inexistência de regulamentação (critérios objetivos) para a indicação dos membros do CNJ.....	873
11.13.4.	O CNJ é constitucional?.....	874
11.13.5.	Atribuições do CNJ e o controle de suas decisões pelo STF (limites?).....	876

11.13.6. O CNJ tem controle da função jurisdicional do Judiciário?.....	882
11.13.7. Corregedoria Nacional de Justiça e Ministro-Corregedor do CNJ .....	882
11.13.8. O CNJ, no exercício de suas atribuições correccionais, atua originariamente (primariamente) e concorrentemente com as Corregedorias dos tribunais ...	883
11.13.9. Prerrogativa de foro .....	884
11.13.10. Outras regras sobre o CNJ .....	884
11.14. Súmula vinculante .....	885
11.14.1. Duas realidades: a morosidade da Justiça e as teses jurídicas repetitivas.....	885
11.14.2. As “famílias” do direito.....	885
11.14.3. Influência do “stare decisis” da família da “common law” .....	886
11.14.4. Influência da Alemanha e da Áustria .....	887
11.14.5. A influência do direito português.....	887
11.14.6. A evolução do “direito sumular” no Brasil (fase colonial — influência do direito português).....	887
11.14.7. A evolução do “direito sumular” no Brasil (após a independência).....	888
11.14.8. Prenúncios da súmula vinculante em âmbito constitucional.....	889
11.14.9. Prenúncios da súmula vinculante no âmbito do direito processual civil .....	889
11.14.10. Os contornos da súmula vinculante na EC n. 45/2004.....	890
11.14.11. As regras trazidas pela Lei n. 11.417, de 19.12.2006 — súmula vinculante ..	891
11.14.12. As súmulas vinculantes (a de número 30 com a publicação suspensa) editadas pelo STF .....	899
11.14.13. Aspectos conclusivos .....	899
11.15. Extinção dos Tribunais de Alçada .....	900
11.15.1. Histórico nas Constituições .....	900
11.15.2. O surgimento dos Tribunais de Alçada nos Estados .....	901
11.15.3. A EC n. 45/2004 .....	902
11.16. Material digital exclusivo .....	903

**12. FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA ..... 905**

12.1. Noções introdutórias.....	905
12.2. Ministério Público .....	905
12.2.1. Histórico.....	905
12.2.2. Definição e investidura (“quarentena de entrada”) .....	912
12.2.3. Organização do Ministério Público na CF/88 — art. 128, I e II, e MP Eleitoral .....	914
12.2.4. Chefe do Ministério Público.....	917
12.2.5. Princípios institucionais.....	923
12.2.6. Princípio do promotor natural .....	926
12.2.7. Garantias do Ministério Público.....	930
12.2.8. Funções institucionais do Ministério Público .....	935
12.2.9. A teoria dos “poderes implícitos” e o poder de investigação criminal pelo MP. A investigação criminal não é exclusividade da polícia (devendo ser observados alguns parâmetros). Procedimento investigatório criminal (PIC) a cargo do Ministério Público.....	940
12.2.10. Posicionamento do MP ao lado dos Juízes nas salas de audiência (ADI 4.768) e a Lei n. 14.508/2022 (Advocacia).....	943
12.2.11. Conselho Nacional do Ministério Público.....	944

12.2.12. Ministério Público junto ao Tribunal de Contas — Ministério Público Especial (art. 130) .....	951
12.3. Advocacia pública .....	952
12.3.1. A distorção corrigida pela EC n. 19/98 .....	952
12.3.2. Atribuições e prerrogativas dos ocupantes dos cargos das carreiras jurídicas da advocacia pública (regras gerais) .....	953
12.3.3. O advogado público pode exercer a advocacia fora das atribuições do respectivo cargo? .....	954
12.3.4. Assessoramento, amplitude vinculativa dos pareceres jurídicos e a responsabilização dos advogados públicos .....	956
12.3.5. “Contempt of Court”: a multa do art. 14, parágrafo único, do CPC/73 e os advogados públicos — ADI 2.652. CPC/2015 — avanço na linha da decisão do STF .....	959
12.3.6. Pareceres e Súmula da Advocacia-Geral da União .....	960
12.3.7. Advocacia-Geral da União .....	961
12.3.8. Procuradoria-Geral dos Estados e do Distrito Federal .....	971
12.3.9. Procuradoria-Geral dos Municípios .....	975
12.3.10. Advocacia pública e os honorários de sucumbência no CPC/2015 .....	977
12.3.11. Aplicabilidade das regras do Estatuto da Advocacia a advogados empregados públicos? — ADI 3.396 .....	978
12.4. Advocacia .....	978
12.4.1. A advocacia à luz da jurisprudência do STF .....	981
12.5. Defensoria Pública .....	997
12.5.1. “Ondas renovatórias” (4. <sup>a</sup> e 5. <sup>a</sup> ondas?). Global Access to Justice Project .....	997
12.5.2. Assistência jurídica integral e gratuita — aspectos gerais e evolução constitucional. Acesso à justiça como elemento instrumental de concretização do mínimo existencial (Barcellos) .....	998
12.5.3. Regras gerais e abrangência da Defensoria Pública .....	1000
12.5.4. O fortalecimento da Defensoria Pública pela EC n. 45/2004 (Reforma do Judiciário), bem como pelas ECs ns. 69/2012 e 74/2013: autonomia funcional, administrativa e financeira .....	1004
12.5.5. Autonomia da Defensoria Pública da União — DPU. Constitucionalidade da EC n. 74/2013. A pretensão formulada na ADI 5.296 (10.04.2015) mostra-se totalmente infundada .....	1007
12.5.6. As profundas alterações introduzidas pela EC n. 80/2014 .....	1010
12.5.7. A Defensoria Pública como cláusula pétrea .....	1015
12.5.8. Princípio do defensor público natural .....	1017
12.5.9. Garantias dos membros da Defensoria Pública .....	1018
12.5.10. É possível o reconhecimento da garantia da vitaliciedade para os membros da Defensoria Pública? .....	1020
12.5.11. A Defensoria Pública como “custos vulnerabilis” (Maurilio Casas Maia): origem histórica. Atuação da Defensoria Pública além das situações de vulnerabilidade meramente econômico-financeira. Perspectiva de contraponto à atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica. Paridade de armas entre acusação pública e defesa pública .....	1023
12.5.12. Expressa previsão de notificação da Defensoria Pública da União nas hipóteses de retirada compulsória do migrante ou do visitante (Lei de Migração — Lei n. 13.445/2017) .....	1030

12.5.13.	Algumas questões já decididas pela jurisprudência do STF e do STJ.....	1031
12.6.	Material digital exclusivo .....	1047
<b>13.</b>	<b>DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS .....</b>	<b>1049</b>
13.1.	Sistema constitucional das crises .....	1049
13.1.1.	Noções introdutórias.....	1049
13.1.2.	Constitucionalismo brasileiro: quadro descritivo.....	1051
13.1.3.	Controle judicial.....	1053
13.2.	Estado de defesa (CF/88) .....	1055
13.2.1.	Hipóteses de decretação do estado de defesa .....	1055
13.2.2.	Procedimento e regras gerais.....	1056
13.2.3.	Controle exercido sobre a decretação do estado de defesa ou sua prorrogação..	1056
13.3.	Estado de sítio (CF/88).....	1057
13.3.1.	Hipóteses de decretação do estado de sítio.....	1057
13.3.2.	Procedimento e abrangência.....	1058
13.3.3.	Medidas coercitivas .....	1058
13.3.4.	Controle exercido sobre a decretação do estado de sítio .....	1059
13.4.	Disposições comuns aos estados de defesa e de sítio .....	1060
13.5.	Quadro comparativo entre o estado de defesa e o estado de sítio (CF/88).....	1061
13.6.	Forças Armadas .....	1064
13.6.1.	Regras gerais.....	1064
13.6.2.	Emprego das Forças Armadas para a Garantia da Lei e da Ordem (GLO). As Forças Armadas não assumem o papel de poder moderador na hipótese de conflito entre poderes. As Forças Armadas são instituições de Estado e, portanto, não são elas órgãos de governo .....	1067
13.6.3.	Acumulação de cargos (ECs ns. 77/2014 e 101/2019) .....	1070
13.6.4.	“Habeas corpus” e punições disciplinares militares .....	1071
13.6.5.	Serviço militar obrigatório .....	1071
13.6.6.	Leis de iniciativa reservada ao Presidente da República (art. 61, § 1.º, I e II, “f”) .....	1072
13.6.7.	As praças prestadoras de serviço militar inicial podem receber abaixo do salário mínimo? .....	1072
13.6.8.	Editais de concurso podem estabelecer limite de idade para o ingresso nas Forças Armadas?.....	1073
13.6.9.	“Princípio da insignificância” e crimes militares: o caso concreto de posse de reduzida quantidade de substância entorpecente. Princípio da especiali- dade. Afastamento da Lei de Drogas.....	1074
13.6.10.	A criminalização da “pederastia” ainda se justifica no Código Penal Militar? (ADPF 291) .....	1076
13.6.11.	Criação do Ministério da Defesa pela EC n. 23/99 .....	1077
13.7.	Segurança pública.....	1078
13.7.1.	Aspectos gerais .....	1079
13.7.2.	Cooperação entre a União e os Estados-Membros e o DF e a Força Nacional de Segurança Pública.....	1081
13.7.3.	BEPE — Batalhão Especial de Pronto Emprego .....	1083
13.7.4.	UPPs — Unidades de Polícia Pacificadora (RJ) .....	1083
13.7.5.	Polícias da União .....	1083

13.7.6.	Polícias dos Estados.....	1088
13.7.7.	Polícias do Distrito Federal .....	1093
13.7.8.	Polícias dos Territórios .....	1095
13.7.9.	Políciais civis e militares: direito de greve (?) e anistia (?).....	1095
13.7.10.	A extinção da pena de prisão disciplinar para as polícias militares e os corpos de bombeiros militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal pela Lei Federal n. 13.967/2019 — ADI 6.595 (STF) — inconstitucionalidade formal e material.....	1102
13.7.11.	Polícias penais federal, estadual e distrital (EC n. 104/2019).....	1105
13.8.	Guardas municipais .....	1108
13.9.	Exercício da advocacia?.....	1110
13.10.	Segurança viária. Carreira dos agentes de trânsito. EC n. 82/2014 .....	1111
13.10.1.	Tramitação da EC n. 82/2014.....	1111
13.10.2.	A segurança viária é questão de saúde pública .....	1111
13.10.3.	Tripé da segurança viária.....	1112
13.10.4.	Segurança viária: questão a ser tratada de forma indissociável da segurança pública.....	1113
13.10.5.	A carreira específica de agentes de trânsito .....	1114
13.11.	Material digital exclusivo .....	1116

#### **14. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS ..... 1117**

14.1.	Localização.....	1117
14.2.	Evolução dos direitos fundamentais (“gerações” ou “dimensões” de direitos) .....	1117
14.2.1.	Direitos fundamentais da 1.ª dimensão .....	1118
14.2.2.	Direitos fundamentais da 2.ª dimensão .....	1119
14.2.3.	Direitos fundamentais da 3.ª dimensão .....	1119
14.2.4.	Direitos fundamentais da 4.ª dimensão .....	1120
14.2.5.	Direitos fundamentais da 5.ª dimensão .....	1121
14.3.	Diferenciação entre direitos e garantias fundamentais .....	1121
14.4.	Características dos direitos e garantias fundamentais .....	1122
14.5.	Abrangência (titularidade) dos direitos e garantias fundamentais.....	1123
14.6.	A aplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.....	1124
14.7.	A teoria dos quatro “status” de Jellinek .....	1125
14.8.	Eficácia horizontal dos direitos fundamentais .....	1126
14.8.1.	Aspectos gerais .....	1126
14.8.2.	Teorias da eficácia indireta (mediata) ou direta (imediata).....	1127
14.8.3.	Eficácia “irradiante” dos direitos fundamentais .....	1127
14.8.4.	Alguns precedentes.....	1128
14.8.5.	Brevíssima conclusão.....	1129
14.9.	Deveres fundamentais .....	1130
14.10.	Direitos individuais e coletivos .....	1130
14.10.1.	Direito à vida (art. 5.º, “caput”).....	1131
14.10.2.	Princípio da igualdade (art. 5.º, “caput”, I).....	1142
14.10.3.	Princípio da legalidade (art. 5.º, II).....	1152
14.10.4.	Proibição da tortura (art. 5.º, III) .....	1152
14.10.5.	Liberdade da manifestação de pensamento (art. 5.º, IV e V).....	1155

14.10.6. Liberdade de consciência, crença e culto (art. 5.º, VI a VIII) .....	1165
14.10.7. Liberdade de atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação. Indenização em caso de dano (art. 5.º, IX e X) .....	1177
14.10.8. Inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5.º, X) .....	1178
14.10.9. Inviolabilidade domiciliar (art. 5.º, XI) .....	1186
14.10.10. Sigilo de correspondência e comunicações (art. 5.º, XII).....	1189
14.10.11. Liberdade de profissão (art. 5.º, XIII).....	1192
14.10.12. Liberdade de informação (art. 5.º, XIV e XXXIII).....	1194
14.10.13. Liberdade de locomoção (art. 5.º, XV) .....	1196
14.10.14. Direito de reunião (art. 5.º, XVI) .....	1197
14.10.15. Direito de associação (art. 5.º, XVII, XVIII, XIX, XX e XXI).....	1199
14.10.16. Direito de propriedade (art. 5.º, XXII, XXIII, XXIV, XXV e XXVI) .....	1200
14.10.17. Direito de herança e estatuto sucessório (art. 5.º, XXX e XXXI).....	1202
14.10.18. Propriedade intelectual (art. 5.º, XXVII, XXVIII e XXIX) .....	1203
14.10.19. Defesa do consumidor (art. 5.º, XXXII) .....	1203
14.10.20. Direito de petição e obtenção de certidões (art. 5.º, XXXIV).....	1206
14.10.21. Princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5.º, XXXV).....	1208
14.10.22. Limites à retroatividade da lei (art. 5.º, XXXVI) .....	1212
14.10.23. Princípio do promotor natural (art. 5.º, LIII).....	1214
14.10.24. Princípio do juiz natural ou legal (art. 5.º, XXXVII e LIII) .....	1214
14.10.25. Tribunal Penal Internacional — “TPI” (art. 5.º, § 4.º — EC n. 45/2004).....	1216
14.10.26. Federalização dos crimes contra direitos humanos (art. 109, V-A e § 5.º — EC n. 45/2004) — Incidente de deslocamento de competência — IDC.....	1219
14.10.27. Tribunal do Júri (art. 5.º, XXXVIII).....	1223
14.10.28. Segurança jurídica em matéria criminal (art. 5.º, XXXIX a LXVII) e a teoria dos mandados expressos de criminalização à luz dos direitos funda- mentais .....	1224
14.10.29. Devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5.º, LIV e LV).....	1244
14.10.30. Devido processo legal substantivo ou material (arts. 5.º, LV, e 3.º, I).....	1251
14.10.31. Provas ilícitas (art. 5.º, LVI).....	1251
14.10.32. Publicidade dos atos processuais e dever de motivação das decisões judiciais (arts. 5.º, LX, e 93, IX). Perspectivas do CPC/2015 .....	1252
14.10.33. Assistência jurídica integral e gratuita (art. 5.º, LXXIV).....	1254
14.10.34. Erro judiciário (art. 5.º, LXXV).....	1254
14.10.35. Gratuidade das certidões de nascimento e de óbito (art. 5.º, LXXVI).....	1256
14.10.36. Gratuidade nas ações de “habeas corpus” e “habeas data” (art. 5.º, LXXVII)...	1257
14.10.37. Celeridade processual (art. 5.º, LXXVIII).....	1258
14.10.38. Direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais (art. 5.º, LXXIX).....	1263
14.11. Remédios constitucionais .....	1263
14.11.1. Os remédios constitucionais nas Constituições brasileiras — quadro esque- matizado.....	1263
14.11.2. “Habeas corpus” (art. 5.º, LXVIII).....	1264
14.11.3. Mandado de segurança (art. 5.º, LXIX).....	1275
14.11.4. Mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXX) .....	1279

14.11.5.	Mandado de injunção (art. 5.º, LXXI) .....	1282
14.11.6.	“Habeas data” (art. 5.º, LXXII) .....	1291
14.11.7.	Ação popular (art. 5.º, LXXIII) .....	1293
14.12.	Material digital exclusivo .....	1299
<b>15.</b>	<b>DIREITOS SOCIAIS .....</b>	<b>1301</b>
15.1.	Aspectos gerais .....	1301
15.2.	Breves comentários aos direitos sociais .....	1303
15.2.1.	Direito à educação .....	1303
15.2.2.	Direito à saúde .....	1303
15.2.3.	Direito à alimentação .....	1304
15.2.4.	Direito ao trabalho .....	1304
15.2.5.	Direito à moradia .....	1304
15.2.6.	Direito ao transporte .....	1305
15.2.7.	Direito ao lazer .....	1306
15.2.8.	Direito à segurança .....	1306
15.2.9.	Direito à previdência social .....	1306
15.2.10.	Proteção à maternidade e à infância .....	1307
15.2.11.	Assistência aos desamparados .....	1310
15.3.	“PEC da felicidade” — PECs ns. 513/2010-CD e 19/2010-SF .....	1310
15.4.	Direitos relativos aos trabalhadores .....	1311
15.4.1.	Direitos sociais individuais dos trabalhadores .....	1312
15.4.2.	Direitos sociais coletivos dos trabalhadores (arts. 8.º a 11) .....	1318
15.5.	“Metodologia <i>fuzzy</i> ” e “camaleões normativos” na problemática dos direitos sociais, culturais e econômicos (Canotilho) .....	1322
15.5.1.	Princípio do não retrocesso social ou da proibição da evolução reacionária. Interpretação a ser dada à EC n. 86/2015 (fruto da “PEC do Orçamento Impositivo”) e perspectivas lançadas pela EC n. 95/2016 .....	1323
15.5.2.	“Judicialização da saúde”: fornecimento de medicamentos .....	1325
15.6.	Material digital exclusivo .....	1328
<b>16.</b>	<b>NACIONALIDADE .....</b>	<b>1329</b>
16.1.	Conceito .....	1329
16.1.1.	Definições correlatas .....	1329
16.2.	Espécies de nacionalidade e critérios para a sua aquisição .....	1330
16.3.	Brasileiro nato .....	1331
16.4.	Brasileiro naturalizado .....	1333
16.4.1.	Noções introdutórias: procedimento .....	1333
16.4.2.	Naturalização ordinária constitucional em relação aos originários de países de língua portuguesa .....	1334
16.4.3.	Naturalização ordinária legal .....	1334
16.4.4.	Naturalização especial .....	1335
16.4.5.	Naturalização provisória .....	1335
16.4.6.	Naturalização extraordinária ou quinquenária .....	1335
16.4.7.	Conclusão de curso superior: ainda subsiste com a revogação do Estatuto dos Estrangeiros? .....	1336

16.5. Quase nacionalidade — portugueses — art. 12, § 1.º — reciprocidade.....	1336
16.6. A lei poderá estabelecer distinções entre brasileiros natos e naturalizados?.....	1337
16.6.1. Regra geral.....	1337
16.6.2. Hipóteses taxativas de exceção à regra geral.....	1337
16.7. Medidas de retirada compulsória: repatriação, deportação e expulsão.....	1350
16.7.1. Repatriação.....	1351
16.7.2. Deportação.....	1351
16.7.3. Expulsão.....	1352
16.7.4. Banimento: existe expulsão ou banimento de brasileiros?.....	1354
16.8. Asilo político e refúgio (direito de permanecer no Brasil).....	1355
16.9. Perda da nacionalidade.....	1356
16.9.1. Hipóteses de perda da nacionalidade.....	1356
16.10. Reaquisição da nacionalidade brasileira perdida.....	1360
16.11. Material digital exclusivo.....	1361
<b>17. DIREITOS POLÍTICOS.....</b>	<b>1363</b>
17.1. Noções introdutórias.....	1363
17.1.1. Democracia semidireta ou participativa.....	1363
17.1.2. Plebiscito “versus” referendo: experiências na história brasileira.....	1364
17.1.3. O resultado do plebiscito ou do referendo pode ser modificado por lei ou emenda à Constituição?.....	1367
17.1.4. Quadro comparativo: plebiscito “versus” referendo.....	1368
17.1.5. EC n. 111, de 28.09.2021.....	1368
17.1.6. Outros institutos de democracia semidireta ou participativa: “recall” e veto popular.....	1369
17.1.7. Democracia contemporânea: novas perspectivas (Luís Roberto Barroso)....	1369
17.2. Soberania popular, nacionalidade, cidadania, sufrágio, voto e escrutínio.....	1370
17.3. Direito político positivo (direito de sufrágio).....	1371
17.3.1. Capacidade eleitoral ativa.....	1371
17.3.2. Capacidade eleitoral passiva.....	1374
17.4. Direitos políticos negativos.....	1375
17.4.1. Inelegibilidades.....	1375
17.4.2. Candidatos com “ficha suja”: inelegibilidade?.....	1382
17.4.3. Privação dos direitos políticos — perda e suspensão.....	1387
17.4.4. Reaquisição dos direitos políticos perdidos ou suspensos.....	1389
17.5. Servidor público e exercício do mandato eletivo.....	1390
17.6. Material digital exclusivo.....	1390
<b>18. PARTIDOS POLÍTICOS.....</b>	<b>1391</b>
18.1. Conceito.....	1391
18.2. Regras constitucionais.....	1391
18.3. Fundo Partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão — direito de antena (EC n. 97/2017).....	1394
18.4. Coligações partidárias: evolução jurisprudencial e reformas constitucionais (ECs ns. 52/2006 e 97/2017).....	1395
18.4.1. Regras gerais.....	1395

18.4.2.	Primeiro momento — a consagração da regra da verticalização das coligações partidárias pelo TSE .....	1396
18.4.3.	Ataques à regra da verticalização das coligações partidárias fixada pelo TSE e o destaque para o art. 16, CF/88 (cláusula constitucional da anualidade)...	1397
18.4.4.	Ataques à regra da EC n. 52/2006, que expressamente acabou com a obrigatoriedade da verticalização das coligações partidárias. Mantida a verticalização para as eleições de 2006 (anualidade eleitoral — art. 16 da CF). A EC n. 52/2006 entrou em vigor na data de sua publicação, mas somente pôde ser aplicada às eleições que ocorreram até um ano da data de sua vigência .....	1399
18.4.5.	EC n. 97/2017: alteração da Constituição Federal para se vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, admitindo-as apenas, como faculdade, para as eleições majoritárias .....	1402
18.4.6.	Federações partidárias e a ADI 7.021 (STF) .....	1403
18.5.	Fidelidade partidária.....	1404
18.5.1.	Sistema proporcional .....	1405
18.5.2.	Sistema majoritário .....	1406
18.5.3.	Resolução do TSE x Minirreforma Eleitoral (Lei n. 13.165/2015). Aspectos sobre a justa causa para desfiliação partidária e o caso específico do sistema majoritário.....	1406
18.5.4.	EC n. 91/2016 (“Janela Partidária Constitucional”) e Minirreforma Eleitoral (“Janela Partidária Legal”) .....	1408
18.5.5.	EC n. 97/2017 (nova “Janela Partidária Constitucional”).....	1409
18.5.6.	EC n. 111/2021 (nova “Minirreforma” Eleitoral) .....	1409
18.6.	A vaga decorrente do licenciamento de titulares de mandato parlamentar deve ser ocupada pelos suplentes das coligações ou dos partidos?.....	1410
18.7.	Financiamento das campanhas eleitorais — ADI 4.650, ADI 5.394 (aspectos da Minirreforma Eleitoral de 2015 — Lei n. 13.165) e ADI 5.494 (perspectivas a partir da Minirreforma Eleitoral de 2017 — Lei n. 13.488).....	1411
18.8.	EC n. 111/2021 — ação afirmativa 1.....	1413
18.9.	EC n. 117/2022 — ação afirmativa 2.....	1414
18.10.	Material digital exclusivo .....	1414

## 19. ORDEM SOCIAL..... 1415

19.1.	Aspectos gerais.....	1415
19.1.1.	Valores da ordem social: base e objetivo.....	1415
19.1.2.	Conteúdo da ordem social.....	1416
19.2.	Seguridade social.....	1417
19.2.1.	Princípios orientadores da organização da seguridade social.....	1417
19.2.2.	Financiamento da seguridade social.....	1417
19.2.3.	Competência discriminada (lei ordinária) e competência residual (lei complementar) .....	1419
19.2.4.	Inconstitucionalidade do art. 3.º, § 1.º, da Lei n. 9.718/98 (PIS/PASEP e COFINS). EC n. 20/98 — impossibilidade do fenômeno da “constitucionalidade superveniente”.....	1419
19.2.5.	Cobrança da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) para sociedades civis de profissões regulamentadas.....	1420
19.3.	Educação.....	1423

19.3.1.	“Homeschooling” (RE 888.815).....	1423
19.3.2.	FUNDEB — Aspectos gerais — ECs ns. 53/2006 e 108/2020 .....	1423
19.3.3.	Quadro esquematizado da educação escolar .....	1425
19.3.4.	Fim (progressivo) da DRU para a educação e as ECs ns. 59/2009, 68/2011, 93/2016 e 103/2019.....	1427
19.4.	Cultura .....	1429
19.4.1.	Plano Nacional de Cultura (EC n. 48/2005).....	1429
19.4.2.	Sistema Nacional de Cultura (EC n. 71/2012).....	1430
19.5.	Desporto.....	1431
19.5.1.	Desporto em sentido amplo .....	1431
19.5.2.	Modalidades de desporto.....	1432
19.5.3.	Papel do Estado e das entidades dirigentes e associações na promoção do desporto.....	1432
19.5.4.	Destinação dos recursos públicos para o desporto.....	1433
19.5.5.	Manifestações desportivas de “criação nacional” .....	1433
19.5.6.	Justiça Desportiva .....	1433
19.5.7.	Bingos e a questão específica das loterias como serviço público (competência administrativa).....	1436
19.6.	Ciência, tecnologia e inovação (EC n. 85/2015).....	1437
19.6.1.	Perspectivas introduzidas pela EC n. 85/2015.....	1437
19.6.2.	O papel do Estado .....	1437
19.6.3.	Modalidades de pesquisa e o tratamento prioritário do Estado.....	1438
19.6.4.	Apoio e incentivo do Estado .....	1438
19.6.5.	Estado Social de Direito: concepção social do mercado.....	1439
19.6.6.	O destaque para a biotecnologia .....	1440
19.7.	Comunicação social.....	1440
19.7.1.	Princípios orientadores da comunicação social.....	1441
19.7.2.	Princípios a orientar a produção e a programação das emissoras de rádio e TV.....	1443
19.7.3.	Propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens .....	1444
19.7.4.	Serviços de radiodifusão sonora (rádio) e de sons e imagens (TV).....	1445
19.7.5.	Conselho de Comunicação Social: órgão auxiliar do CN.....	1450
19.7.6.	Direito de antena e a EC n. 97/2017.....	1450
19.7.7.	Lei de Imprensa — ADPF 130 .....	1451
19.7.8.	“Lei Eleitoral sobre o Humor”, Res. 23.714/2022 do TSE (Eleições 2022) e a problemática das “fake news”.....	1451
19.8.	Meio ambiente .....	1453
19.8.1.	Conceito de meio ambiente.....	1453
19.8.2.	Aspectos do meio ambiente .....	1453
19.8.3.	Direitos humanos, direito ao desenvolvimento e direito a um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.....	1454
19.8.4.	A proteção ambiental no constitucionalismo brasileiro .....	1456
19.8.5.	Natureza jurídica do meio ambiente e a justiça distributiva entre as presentes e futuras gerações.....	1458
19.8.6.	Incumbência do Poder Público .....	1458

19.8.7.	Crueldade contra animais?.....	1460
19.8.8.	Importação de pneus usados — ADPF 101 .....	1466
19.8.9.	Exploração de recursos minerais.....	1466
19.8.10.	Responsabilidade por danos ambientais.....	1467
19.8.11.	Ecosistemas especialmente protegidos e erigidos à categoria de patrimônio nacional.....	1468
19.8.12.	Os “Soldados da Borracha” e a EC n. 78/2014.....	1468
19.8.13.	Terras devolutas .....	1469
19.8.14.	Localização das usinas nucleares: necessidade de lei federal.....	1471
19.9.	Família, criança, adolescente, jovem e idoso .....	1472
19.9.1.	Família: conceito de entidade familiar.....	1472
19.9.2.	União homoafetiva (união estável entre pessoas do mesmo sexo) .....	1473
19.9.3.	Impossibilidade de reconhecimento de união estável e de relação homoafetiva concomitantes para fins de rateio de pensão por morte — RE 1.045.273... ..	1475
19.9.4.	Transexualidade: transgêneros e o direito de alteração no registro civil .....	1476
19.9.5.	O enquadramento da homofobia e da transfobia como crimes de racismo pelo STF (ADO 26 e MI 4.733) .....	1480
19.9.6.	A união estável pode ser reconhecida em relação a uma menor de 14 anos estuprada que veio a se casar com o agressor, para efeitos de extinção de punibilidade quando era admitida (antes da revogação do art. 107, VII, do CP)?.....	1481
19.9.7.	Família: assistência e proteção contra a violência doméstica. As particularidades da denominada Lei Maria da Penha (ADC 19 e ADI 4.424).....	1482
19.9.8.	Casamento: regras gerais; gratuidade da celebração; efeito civil; liberdade de crença (centro espírita, candomblé, umbanda etc.).....	1486
19.9.9.	Divórcio: forma de dissolução do casamento civil à luz da EC n. 66/2010 e do CPC/2015 .....	1487
19.9.10.	Liberdade para o planejamento familiar: dignidade da pessoa humana e paternidade responsável.....	1489
19.9.11.	Criança, adolescente e jovem (EC n. 65/2010) .....	1490
19.9.12.	Criança, adolescente e jovem: proteção especial. Avanços trazidos pelo Estatuto da Primeira Infância (Lei n. 13.257/2016) .....	1493
19.9.13.	Alienação parental .....	1494
19.9.14.	Adoção .....	1495
19.9.15.	Direito de ação de investigação de paternidade: a problemática da submissão coercitiva ao exame de DNA .....	1498
19.9.16.	Portadores de deficiência.....	1499
19.9.17.	Inimputabilidade penal .....	1503
19.9.18.	Dever de reciprocidade entre pais e filhos .....	1504
19.9.19.	Idosos .....	1504
19.10.	Índios .....	1506
19.10.1.	Os índios no constitucionalismo brasileiro e a questão terminológica .....	1506
19.10.2.	Proteção das “minorias nacionais” e a importância da “terra” .....	1507
19.10.3.	Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.....	1508
19.10.4.	Indigenato: fonte para o direito dos índios sobre as suas terras.....	1511
19.10.5.	Usufruto exclusivo dos índios e a mineração em terras indígenas.....	1512
19.10.6.	Regras constitucionais para a remoção dos grupos indígenas .....	1512

---

19.10.7. Demarcação das terras indígenas .....	1513
19.10.8. Defesa judicial dos direitos e interesses dos índios.....	1517
19.10.9. Educação nas comunidades indígenas.....	1519
19.10.10. Infanticídio indígena.....	1520
19.11. Material digital exclusivo .....	1521
<b>20. ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA.....</b>	<b>1523</b>
Material digital exclusivo.....	1523
<b>21. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>1525</b>
Material digital exclusivo.....	1525
<i>Referências</i> .....	1527





## (NEO)CONSTITUCIONALISMO

### ■ 1.1. ALOCAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

#### ■ 1.1.1. A classificação em “ramos do direito”

Antes de tratarmos do movimento que recebeu o nome de “constitucionalismo”, faremos uma ponderação inicial, lembrando que o *direito constitucional* costuma ser alocado dentro do ramo do direito público, destacando-se por seu objeto e princípios fundamentais orientadores de sua aplicação.

José Afonso da Silva observa que o *direito constitucional* “configura-se como **Direito Público fundamental** por referir-se diretamente à *organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política*”<sup>1</sup>

Apesar de colocarmos o *direito constitucional* dentro do ramo do direito público (fundamental), devemos alertar o leitor que, modernamente, vem sendo dito que o direito é **uno e indivisível, indecomponível**. O direito deve ser definido e estudado como um grande **sistema**, em que tudo se harmoniza no conjunto. A divisão em ramos do direito é meramente didática, a fim de facilitar o entendimento da matéria, vale dizer: questão de **conveniência acadêmica**.

Aceitando a classificação dicotômica (público e privado), apenas para fins didáticos, dentro do **direito público** poderemos alocar, também (destacando-se a particularidade **fundamental** do direito constitucional), o direito administrativo, o urbanístico, o ambiental, o tributário, o financeiro, o econômico, o penal, o processual, o internacional etc., ao contrário do direito civil e do comercial, que, historicamente, preencheriam a categoria do **direito privado**.

Referida classificação dicotômica pode ser atribuída a **Jean Domat** (afastando-se daqueles que a imputam ao Direito Romano), que foi quem separou, pela primeira vez, as **leis civis** das **leis públicas** e cuja obra influenciou a elaboração do **Código Napoleão** de 1804, despertando a denominada “**Era da Codificação**”, que conferiu ao Código Civil a natureza de verdadeira “**constituição privada**”, disciplinando as relações particulares, as regras sobre família, a propriedade, o estado civil, a capacidade etc. Surgia então a ideia do **dogma da completude**, ou seja, de que os Códigos

<sup>1</sup> José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 36.

continham toda a regulamentação das relações privadas, devendo o juiz simplesmente aplicá-las.<sup>2</sup>

Essa perspectiva de codificação do direito civil como regulador das relações privadas é fortalecida pela principiologia do **liberalismo clássico**, que enalteceu a ideia de **liberdade meramente formal** perante a lei e de **não intervenção do Estado** (direitos de **primeira “geração”**, ou, mais tecnicamente, de **primeira “dimensão”**) (*absenteísmo estatal*), tema que será retomado no estudo dos direitos fundamentais (cf. *item 14.2* deste trabalho).

Em outro momento, além da classificação dicotômica em ramo de direito público e de direito privado, a evolução do Estado liberal para o **Estado social de direito** faz surgir a necessidade de se reconhecer, ao lado da dicotomia, a categoria dos **direitos sociais**, cujas normas de direito do trabalho e de direito previdenciário expressam a manifestação de um Estado prestacionista, intervencionista e realizador da chamada **justiça distributiva** (esses novos direitos, chamados de **segunda geração** ou **dimensão**, surgem, pela primeira vez, na Constituição brasileira de 1934), tendo como marco a Revolução Industrial.

O texto de 1988, por sua vez, muito embora já tivesse sido insinuado no texto de 1946 e na Carta de 1967, consagra a proteção aos direitos de **terceira geração** ou **dimensão**, marcados pelo lema da **solidariedade** ou **fraternidade**, evidenciando, assim, os direitos transindividuais.<sup>3</sup>

### ■ 1.1.2. A superação da dicotomia “público-privado” — constitucionalização do direito privado

Avançando, por outro lado, modernamente, sobretudo em razão da evidenciação de novos direitos e das transformações do Estado (de autoritário/absolutista para liberal e de liberal para social, podendo-se, inclusive, falar em Estado pós-social de direito), cada vez mais se percebe uma forte influência do **direito constitucional** sobre o **direito privado**.

Sob essa perspectiva, especialmente diante do princípio da **dignidade da pessoa humana**, fundamento da República Federativa do Brasil e **princípio-matriz** de todos os direitos fundamentais (art. 1.º, III, da CF/88), parece mais adequado, então, falar em um **direito civil-constitucional**, estudando o direito privado à luz das regras constitucionais e podendo, inclusive, em muitos casos, reconhecer a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, tema que será mais bem estudado no *item 14.8* deste trabalho (**eficácia horizontal dos direitos fundamentais**).<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Nesse sentido, cf. Maria Celina Bodin de Moraes, *A caminho de um direito civil constitucional, Direito, Estado e Sociedade*, n. 1, p. 59-73, jul./dez. 1991, e Julio César Finger, *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*, in Ingo W. Sarlet (org.), *A Constituição concretizada*, p. 86-89.

<sup>3</sup> Novamente, alertamos que esse tema sobre as **gerações** ou **dimensões de direitos** será retomado no capítulo sobre os direitos fundamentais, *item 14.2*.

<sup>4</sup> Sobre essa perspectiva do **Direito civil-constitucional**, cf. Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*, 4. ed., t. 1, passim. Cf., ainda, Paulo Luiz Netto Lôbo, *Constitucionalização do direito civil*, in Cristiano Chaves de Farias (coord.), *Leituras complementares de direito civil*, p. 21-36; Maria

Essa situação, qual seja, a superação da rígida dicotomia entre o público e o privado, fica mais evidente diante da tendência de **descodificação** do direito civil, evoluindo da concentração das relações privadas na codificação civil para o surgimento de vários **microssistemas**, como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Locações, a Lei de Direito Autoral, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, a Lei de Alimentos, a Lei da Separação e do Divórcio etc.

Todos esses microssistemas encontram o seu fundamento na Constituição Federal, norma de validade de todo o **sistema**, passando o direito civil por um processo de **despatrimonialização**.<sup>5</sup>

Portanto, apesar da “suposta” utilidade didática, parece adequado **não mais falarmos em ramos do direito**, e sim em um verdadeiro escalonamento verticalizado e hierárquico das normas, apresentando-se a Constituição como **norma de validade** de todo o sistema, situação essa decorrente do princípio da **unidade do ordenamento** e da **supremacia da Constituição (força normativa da Constituição** — Konrad Hesse).<sup>6</sup>

Fala-se, então, em uma necessária e inevitável **releitura dos institutos**, notadamente os de direito civil (e privado), sob a ótica constitucional, conforme o quadro a seguir:<sup>7</sup>

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (Princípio-Matriz)
<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Direito Civil Constitucional</li> <li>■ Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais</li> <li>■ Descodificação do Direito Civil</li> <li>■ Microssistemas</li> <li>■ Despatrimonialização do Direito Civil</li> </ul>

Celina Bodin de Moraes, A caminho de um direito constitucional positivo, passim; Julio César Finger, Constituição e direito privado, p. 85-101; Eugênio Facchini Neto, Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado, in Ingo W. Sarlet, *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, p. 13-62; Luiz Edson Fachin, *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil*, passim; Flávio Tartuce e Márcio Araújo Opromolla, Direito civil e Constituição, in *Constituição Federal: 15 anos...*, p. 367-399.

<sup>5</sup> Conforme anota Julio César Finger, “... os princípios constitucionais, entre eles o da **dignidade da pessoa humana** (CF, art. 1.º, inciso III), que é sempre citado como um **princípio-matriz de todos os direitos fundamentais**, colocam a pessoa em um patamar diferenciado do que se encontrava no Estado Liberal. O direito civil, de modo especial, ao expressar tal ordem de valores, tinha por norte a regulamentação da vida privada unicamente do ponto de vista do patrimônio do indivíduo. Os princípios constitucionais, em vez de apregoar tal conformação, têm por meta orientar a ordem jurídica para a **realização de valores da pessoa humana como titular de interesses existenciais**, para além dos meramente patrimoniais. O direito civil, de um direito-proprietário, passa a ser visto como uma regulação de interesses do homem que convive em sociedade, que deve ter um lugar apto a propiciar o seu desenvolvimento com dignidade. Fala-se, portanto, em uma **despatrimonialização do direito civil**, como consequência da sua constitucionalização” (Constituição e direito privado, p. 94-95).

<sup>6</sup> Esse tema será retomado no *item 6.1* do capítulo sobre o “controle de constitucionalidade”.

<sup>7</sup> Ao estudarmos o tema do controle de constitucionalidade, como desmembramento dessa perspectiva, analisaremos a temática da **interpretação conforme a Constituição** (cf. *item 6.7.1.17.2*).

## ■ 1.2. CONSTITUCIONALISMO

### ■ 1.2.1. Conceito

**Canotilho** identifica vários constitucionalismos, como o inglês, o americano e o francês, preferindo falar em “**movimentos constitucionais**”. Em seguida, define o constitucionalismo como uma “... teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo”.<sup>8</sup>

**Kildare Gonçalves Carvalho**, por seu turno, vislumbra tanto uma perspectiva **jurídica** como **sociológica**: “... em termos jurídicos, reporta-se a um sistema normativo, enfeixado na Constituição, e que se encontra acima dos detentores do poder; sociologicamente, representa um movimento social que dá sustentação à limitação do poder, inviabilizando que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses e regras na condução do Estado”.<sup>9</sup>

**André Ramos Tavares** estabelece quatro sentidos para o constitucionalismo:

“... numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, **limitar o poder arbitrário**. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira acepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado”.<sup>10</sup>

Partindo, então, da ideia de que todo Estado deva possuir uma Constituição, avança-se no sentido de que os textos constitucionais contêm regras de **limitação ao poder autoritário** e de **prevalência dos direitos fundamentais**, afastando-se da visão opressora do antigo regime.

### ■ 1.2.2. Evolução histórica

A História da Europa pode ser dividida, sem muita preocupação teórica, em quatro grandes “eras”: **Idade Antiga** (até o século V — tomada do Império Romano do Ocidente pelos povos bárbaros — 476 d.C.); **Idade Média** (século V até o fim do Império Romano do Oriente, com a *queda de Constantinopla*, no século XV — 1453 d.C.); **Idade Moderna** (1453-1789 — Revolução Francesa); **Idade Contemporânea** (1789 até os dias atuais).

<sup>8</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., p. 51.

<sup>9</sup> Kildare Gonçalves Carvalho, *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição*. Direito constitucional positivo, 12. ed., p. 211.

<sup>10</sup> André Ramos Tavares, *Curso de direito constitucional*, 4. ed., p. 1.

Sem se preocupar com a análise das referidas “eras”, Canotilho, entre tantas distinções, estabelece, mais simplificadamente, apenas dois grandes **movimentos constitucionais**: o constitucionalismo **antigo** e o **moderno**, caracterizando-se este último como “... o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de *domínio político*, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma forma de ordenação e fundamentação do poder político”.<sup>11</sup>

Isso posto, passemos a analisar, brevemente, a evolução histórica do constitucionalismo.

### ■ 1.2.2.1. **Constitucionalismo durante a Antiguidade**

Analisando a **Antiguidade clássica**, Karl Loewenstein identificou, entre os **hebreus**, timidamente, o surgimento do constitucionalismo, estabelecendo-se no Estado teocrático limitações ao poder político ao assegurar aos profetas a legitimidade para fiscalizar os atos governamentais que extrapolassem os limites bíblicos.<sup>12</sup>

Refere o autor, ainda, mais tarde, no século V a.C., a experiência das **Cidades-Estados gregas** como importante exemplo de democracia constitucional, na medida em que a **democracia direta**, particular a elas, consagrava “... o único exemplo conhecido de sistema político com plena identidade entre governantes e governados, no qual o poder político está igualmente distribuído entre todos os cidadãos ativos”.<sup>13</sup>

### ■ 1.2.2.2. **Constitucionalismo durante a Idade Média**

Durante a **Idade Média**, a **Magna Carta de 1215** representa o grande marco do constitucionalismo medieval, estabelecendo, mesmo que formalmente, a proteção a importantes direitos individuais.

### ■ 1.2.2.3. **Constitucionalismo durante a Idade Moderna**

Na Idade Moderna, destacam-se: o *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679; o *Bill of Rights*, de 1689; e o *Act of Settlement*, de 1701.<sup>14</sup>

Nessa linha, além dos **pactos**, há o que a doutrina chamou de **forais** ou **cartas de franquia**, também voltados para a proteção dos direitos individuais. Diferenciavam-se dos pactos por admitir a participação dos súditos no governo local (elemento político).

<sup>11</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7. ed., p. 52.

<sup>12</sup> Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, p. 154.

<sup>13</sup> Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, p. 155.

<sup>14</sup> Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, tanto a **Magna Carta de 1215** como o ***Petition of Rights de 1628*** são exemplos dos denominados **pactos** firmados durante a história constitucional inglesa, ou seja, “... convenções entre o monarca e os súditos concernentes ao modo de governo e às garantias dos direitos individuais. Seu fundamento é o *acordo de vontades* (ainda que os reis disfarcem sua transigência com a roupagem da outorga de direitos) ...” (*Curso de direito constitucional*, 32. ed., p. 4-5).

Os **pactos** e **forais** ou **cartas de franquia**, documentos marcantes durante a Idade Média, buscavam resguardar **direitos individuais**. Alerta-se, contudo, que se tratava de direitos direcionados a determinados homens, e não sob a perspectiva da universalidade.

#### ■ 1.2.2.4. **Constitucionalismo norte-americano**

Outro ponto nessa evolução do **constitucionalismo** foram os chamados **contratos de colonização**, marcantes na história das colônias da América do Norte.

Como anota Ferreira Filho, “chegados à América, os peregrinos, mormente puritanos, imbuídos de igualitarismo, não encontrando na nova terra poder estabelecido, fixaram, por *mútuo consenso*, as regras por que haveriam de governar-se. Firmar-se, assim, pelos chefes de família a bordo do *Mayflower*, o célebre ‘*Compact*’ (1620); desse modo se estabelecem as *Fundamental Orders of Connecticut* (1639), mais tarde confirmadas pelo rei Carlos II, que as incorporou à Carta outorgada em 1662. Transparece aí a ideia de estabelecimento e organização do governo pelos próprios governados, que é outro dos pilares da ideia de Constituição”.<sup>15</sup>

Nesse sentido é que Kildare identifica como indícios do constitucionalismo na América, além dos referidos “contratos de colonização” (*Compact* e as *Fundamental Orders of Connecticut*), a *Declaration of Rights* do Estado de Virgínia, de 1776, seguida pelas Constituições das ex-colônias britânicas da América do Norte, Constituição da Confederação dos Estados Americanos, de 1781.<sup>16</sup>

#### ■ 1.2.2.5. **Constitucionalismo moderno (durante a Idade Contemporânea)**

Chegamos, então, ao **constitucionalismo moderno**, em que predominam as **constituições escritas** como instrumentos para conter qualquer arbítrio decorrente do poder.

Dois são os marcos históricos e formais do constitucionalismo moderno: a **Constituição norte-americana de 1787** e a **francesa de 1791** (que teve como preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), movimento este deflagrado durante o Iluminismo e concretizado como uma contraposição ao absolutismo reinante, por meio do qual se elegeu o **povo** como o **titular legítimo do poder**.

Podemos destacar, nesse primeiro momento, na concepção do **constitucionalismo liberal**, marcado pelo liberalismo clássico, os seguintes valores: individualismo, absentismo estatal, valorização da propriedade privada e proteção do indivíduo. Essa perspectiva, para se ter um exemplo, influenciou profundamente as Constituições brasileiras de 1824 e 1891.

Conforme falamos, a concepção liberal (de valorização do indivíduo e afastamento do Estado) gerará **concentração de renda e exclusão social**, fazendo com que o Estado passe a ser chamado para evitar abusos e limitar o poder econômico.

<sup>15</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, p. 5.

<sup>16</sup> Kildare Gonçalves Carvalho, *Direito constitucional*, 15. ed., p. 247.

Evidencia-se, então, aquilo que a doutrina chamou de segunda geração (ou dimensão) de direitos e que teve como documentos marcantes a Constituição do México de 1917 e a de Weimar de 1919, influenciando, profundamente, a Constituição brasileira de 1934 (**Estado Social de Direito**).

#### ■ 1.2.2.6. **Constitucionalismo contemporâneo (durante a Idade Contemporânea) “antenido” com a ideia de “constitucionalismo globalizado”**

O **constitucionalismo contemporâneo** está centrado naquilo que Uadi Lammêgo Bulos chamou de “**totalitarismo constitucional**, consectário da noção de **Constituição programática**”, e que tem como bom exemplo a Constituição brasileira de 1988.<sup>17</sup>

Fala-se em “**totalitarismo constitucional**” na medida em que os textos sedimentam um importante **conteúdo social**, estabelecendo normas programáticas (metas a serem atingidas pelo Estado, programas de governo) e realçando o sentido de **Constituição dirigente** defendido por Canotilho.

Contudo, partindo dessa concepção de normas programáticas, André Ramos Tavares, apoiado no pensamento de Dromi (*vide item 1.2.2.7 a seguir*), enaltece o **constitucionalismo da verdade** e, assim, em relação às normas programáticas, identifica duas categorias:

- “normas que jamais passam de programáticas e são praticamente inalcançáveis pela maioria dos Estados”;
- “normas que não são implementadas por simples falta de motivação política dos administradores e governantes responsáveis”.

Consoante alerta Tavares, “as primeiras precisam ser erradicadas dos corpos constitucionais, podendo figurar, no máximo, apenas como objetivos a serem alcançados a longo prazo, e não como declarações de realidades utópicas, como se bastasse a mera declaração jurídica para transformar-se o ferro em ouro. As segundas precisam ser cobradas do Poder Público com mais força, o que envolve, em muitos casos, a participação da sociedade na gestão das verbas públicas e a atuação de organismos de controle e cobrança, como o Ministério Público, na preservação da ordem jurídica e consecução do interesse público vertido nas cláusulas constitucionais”.<sup>18</sup>

Essa concepção de dirigismo estatal (de o texto fixar regras para dirigir as ações governamentais) tende a evoluir para uma perspectiva de **dirigismo comunitário**, ideia também vislumbrada por André Ramos Tavares ao falar em uma fase atual do **constitucionalismo globalizado**, que busca difundir a perspectiva de proteção aos direitos humanos e de propagação para todas as nações.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Uadi Lammêgo Bulos, *Constituição Federal anotada*, 5. ed., p. 16-18.

<sup>18</sup> André Ramos Tavares, *Curso de direito constitucional*, 8. ed., p. 37.

<sup>19</sup> André Ramos Tavares, *Curso de direito constitucional*, 8. ed., p. 38, e, falando de um **dirigismo comunitário**, Bulos, *Constituição Federal anotada*, 5. ed., p. 19.

Destacamos, ainda, uma concepção de proteção aos direitos de **fraternidade** ou **solidariedade**, que são identificados pela doutrina como direitos de **terceira dimensão** ou **geração**.<sup>20</sup>

No Brasil, conforme já apontado, essa perspectiva está consagrada no texto de 1988, embora esboçada nos textos de 1946 e 1967 (e EC n. 1/69).



### ■ 1.2.2.7. **Constitucionalismo do futuro: o que podemos esperar?**

O **constitucionalismo do futuro** sem dúvida terá de consolidar os chamados *direitos humanos de terceira dimensão*, incorporando à ideia de constitucionalismo **social** os valores do constitucionalismo **fraternal**<sup>21</sup> e de **solidariedade**, avançando e estabelecendo um equilíbrio entre o constitucionalismo moderno e alguns excessos do contemporâneo.

Por isso, como bem anota **José Roberto Dromi**, o futuro do constitucionalismo “deve estar influenciado até identificar-se com a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalidade”.

Trata-se da Constituição do “**por vir**”, com os seguintes valores:<sup>22</sup>

- **verdade (veracidade):** a Constituição não pode mais gerar falsas expectativas; o constituinte só poderá “prometer” o que for viável cumprir, devendo ser transparente e ético;
- **solidariedade:** trata-se de nova perspectiva de igualdade, sedimentada na solidariedade dos povos, na dignidade da pessoa humana e na justiça social;
- **consenso:** a Constituição do futuro deverá ser fruto de consenso democrático;
- **continuidade:** ao se reformar a Constituição, a ruptura não pode deixar de levar em conta os avanços já conquistados;
- **participação:** refere-se à efetiva participação dos “corpos intermediários da sociedade”, consagrando-se a noção de democracia participativa e de Estado de Direito Democrático;
- **integração:** trata-se da previsão de órgãos supranacionais para a implementação de uma integração espiritual, moral, ética e institucional entre os povos;
- **universalização:** refere-se à consagração dos direitos fundamentais internacionais nas Constituições futuras, fazendo prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana de maneira universal e afastando, assim, qualquer forma de desumanização.

<sup>20</sup> Ingo W. Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7. ed., p. 58. Este tema sobre as **dimensões de direitos fundamentais** será **esquematizado** no item 14.2 deste estudo.

<sup>21</sup> Sobre o **constitucionalismo fraternal**, cf. interessantes julgados do STF: **ADI 3.510** (pesquisas com células-tronco embrionárias), **Pet 3.388** (demarcação Raposa Serra do Sol), **HC 106.212** (Lei Maria da Penha) e **ADPF 132** (união homoafetiva).

<sup>22</sup> Cf. José Roberto Dromi, La reforma constitucional: el constitucionalismo del “por-venir”, in Eduardo García de Enterría e Manuel Clavero Arévalo (coord.), *El derecho público de pinales de siglo*, passim. Cf., ainda, Celso Ribeiro Bastos e André Ramos Tavares, *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*, p. 54 e s.; Uadi Lammêgo Bulos, *Constituição Federal anotada*, p. 22; e Kildare Gonçalves Carvalho, *Direito constitucional*, p. 220-221.

### ■ 1.2.3. Esquemática do constitucionalismo

MOMENTO HISTÓRICO	DOCUMENTOS/ CARACTERÍSTICAS MARCANES
ANTIGUIDADE	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ “Lei do Senhor” — hebreus — limites bíblicos</li> <li>■ democracia direta — Cidades-Estados gregas</li> </ul>
IDADE MÉDIA	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Magna Carta de 1215</li> </ul>
IDADE MODERNA	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ pactos e forais ou cartas de franquia</li> <li>■ <i>Petition of Rights</i> de 1628</li> <li>■ <i>Habeas Corpus Act</i> de 1679</li> <li>■ <i>Bill of Rights</i> de 1689</li> <li>■ <i>Act of Settlement</i> de 1701</li> </ul>
CONSTITUCIONALISMO NORTE-AMERICANO	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ contratos de colonização</li> <li>■ <i>Compact</i> (1620)</li> <li>■ <i>Fundamental Orders of Connecticut</i> (1639)</li> <li>■ Carta outorgada pelo rei Carlos II (1662)</li> <li>■ <i>Declaration of Rights</i> do Estado de Virgínia (1776)</li> <li>■ Constituição da Confederação dos Estados Americanos (1781)</li> </ul>
CONSTITUCIONALISMO MODERNO	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Constituição norte-americana de 1787</li> <li>■ Constituição francesa de 1791</li> </ul>
CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ totalitarismo constitucional</li> <li>■ dirigismo comunitário</li> <li>■ constitucionalismo globalizado</li> <li>■ direitos de segunda dimensão</li> <li>■ direitos de terceira dimensão (fraternidade e solidariedade)</li> </ul>
CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ consolidação dos direitos de terceira dimensão: fraternidade e solidariedade</li> <li>■ segundo Dromi, a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalidade são perspectivas para o constitucionalismo do futuro</li> </ul>

## ■ 1.3. NEOCONSTITUCIONALISMO<sup>23</sup>

### ■ 1.3.1. Aspectos iniciais

A doutrina passa a desenvolver, a partir do início do século XXI, uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, denominada **neoconstitucionalismo**, ou, segundo alguns, **constitucionalismo pós-moderno**, ou, ainda, **pós-positivismo**.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> No tocante aos concursos públicos, o tema aparece, dentre outros, no Edital do *IV Concurso Público de Provas e Títulos ao Ingresso na Carreira de Defensor Público do Estado de São Paulo* (2010).

<sup>24</sup> Para um aprofundamento do estudo, confira: Luís Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*, RF 384/71-104; Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo, *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição, passim* (com posfácio de Lenio Luiz Streck de indispensável e interessante leitura); Dimitri Dimoulis e Écio Oto Ramos Duarte (coord.), *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*, passim; Eduardo Ribeiro Moreira, *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*, passim; Dimitri

Visa-se, dentro dessa nova realidade, não mais apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, busca-se a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, sobretudo diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais.

Kildare, de maneira interessante, anota que a perspectiva é de que “ao **constitucionalismo social** seja incorporado o **constitucionalismo fraternal** e de **solidariedade**”,<sup>25</sup> valores já destacados por Dromi dentro de um contexto de constitucionalismo do futuro ou do “por vir” (cf. *item 1.2.2.7*).

Nas palavras de Walber de Moura Agra, “o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das **prestações materiais prometidas pela sociedade**, servindo como ferramenta para a implantação de um **Estado Democrático Social de Direito**. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionadas: **a)** positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; **b)** onipresença dos princípios e das regras; **c)** inovações hermenêuticas; **d)** densificação da força normativa do Estado; **e)** desenvolvimento da justiça distributiva”.<sup>26</sup>

E continua: “o seu modelo normativo não é o descritivo ou deontológico, mas o **axiológico**. No constitucionalismo moderno a diferença entre normas constitucionais e infraconstitucionais era apenas de grau, no neoconstitucionalismo a diferença é também axiológica. A **‘Constituição como valor em si’**. O caráter ideológico do constitucionalismo moderno era apenas o de limitar o poder, o caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais”.<sup>27</sup>

CONSTITUCIONALISMO MODERNO	NEOCONSTITUCIONALISMO
■ hierarquia entre as normas	■ hierarquia entre normas não apenas formal, mas também <b>axiológica — valor</b>
■ limitação do poder	■ <b>concretização</b> dos direitos fundamentais

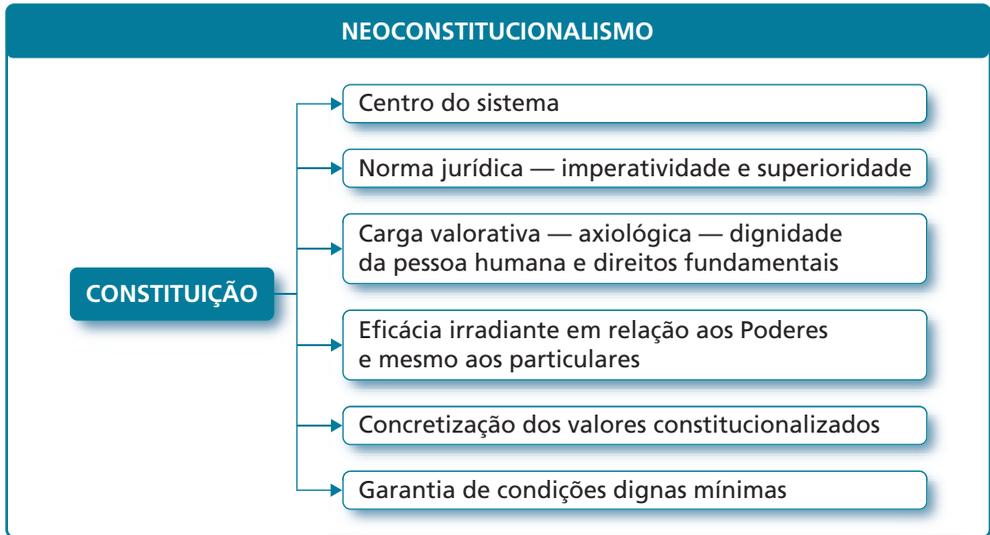
Dimoulis, Uma visão crítica do neoconstitucionalismo, in George Salomão Leite e Glauco Salomão Leite (coord.), *Constituição e efetividade constitucional*; Ana Paula de Barcellos, Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, *RDA* 240/83-103; Lenio Luiz Streck, A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo, *RIPE* 45/257-90; Carlos Bastide Horbach, A nova roupa do direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos, *RT* 859/81-91; Susanna Pazzolo, Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da Constituição?, *RBDC* 7/231-53; Miguel Carbonell, Neoconstitucionalismo(s), *passim*. Conferir interessante visão crítica de Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”, *passim*.

<sup>25</sup> Kildare Gonçalves Carvalho, *Direito constitucional*, 14. ed., p. 239.

<sup>26</sup> Walber de Moura Agra, *Curso de direito constitucional*, 4. ed., p. 31.

<sup>27</sup> Walber de Moura Agra, *Curso de direito constitucional*, 4. ed., p. 31.

### ■ 1.3.2. Pontos marcantes do neoconstitucionalismo



■ **Estado constitucional de direito:** supera-se a ideia de Estado Legislativo de Direito, passando a Constituição a ser o **centro** do sistema, marcada por uma intensa **carga valorativa**. A lei e, de modo geral, os Poderes Públicos, então, devem não só observar a forma prescrita na Constituição, mas, acima de tudo, estar em consonância com o seu **espírito**, o seu **caráter axiológico** e os seus **valores** destacados. A **Constituição**, assim, adquire, de vez, o caráter de **norma jurídica**, dotada de **imperatividade**, **superioridade** (dentro do sistema) e **centralidade**, vale dizer, tudo deve ser interpretado a partir da Constituição.

■ **Conteúdo axiológico da Constituição:** para Barcellos, do ponto de vista **material**, sobressai o seguinte elemento dentro da noção de constitucionalismo: “(i) a incorporação explícita de **valores** e **opções políticas** nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da **dignidade humana** e dos **direitos fundamentais**”.<sup>28</sup>

Como importante marca das Constituições contemporâneas, além de realçar seus **valores** (especialmente após a Segunda Guerra Mundial), associados, particularmente, à ideia da dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, Barcellos identifica a previsão de **opções políticas gerais** (como a redução de desigualdades sociais — art. 3.º, III) e **específicas** (como a prestação, por parte do Estado, de serviços de educação — arts. 23, V, e 205).

Nesse contexto, a partir do momento que os valores são constitucionalizados, o grande desafio do neoconstitucionalismo passa a ser encontrar mecanismos para sua efetiva **concretização**.

<sup>28</sup> Ana Paula de Barcellos, Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, p. 4 (<<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>).

■ **Concretização dos valores constitucionais e garantia de condições dignas mínimas:** de acordo com a lição de Barcellos, completando, do ponto de vista **material**, destaca-se um outro elemento na concepção de constitucionalismo: “(ii) a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional”.<sup>29</sup>

Sem dúvida, os valores constitucionalizados poderão entrar em choque, seja de modo **específico** (por exemplo, a *liberdade de informação e de expressão* e a *intimidade, honra e vida privada*), seja de modo **geral**, no que, conforme afirma, diz respeito “ao próprio papel da Constituição”.

Em uma visão **substancialista** (a Constituição deveria impor “um conjunto de decisões valorativas que se consideram essenciais e consensuais”), ou mesmo designada de **procedimentalismo** (a Constituição deve “garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrático, ficando a cargo da maioria, em cada momento histórico, a definição de seus valores e de suas próprias convicções materiais”), em relação a qualquer das posições que se filie, mesmo no “procedimentalismo” deverão ser resguardadas as **condições de dignidade e dos direitos dentro, ao menos, de patamares mínimos**.<sup>30</sup>

Ainda, segundo Dirley da Cunha Júnior, “... foi marcadamente decisivo para o delineamento desse novo Direito Constitucional, a reaproximação entre o **Direito** e a **Ética**, o **Direito** e a **Moral**, o **Direito** e a **Justiça** e demais **valores substantivos**, a revelar a importância do homem e a sua ascendência a filtro axiológico de todo o sistema político e jurídico, com a consequente proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana”.<sup>31</sup>

### ■ 1.3.3. Marcos fundamentais para se chegar a um “novo direito constitucional” (neoconstitucionalismo)

Em interessante trabalho, Barroso aponta três **marcos fundamentais** que definem a trajetória do direito constitucional para o atual estágio de “novo”: o **histórico**, o **filosófico** e o **teórico**.

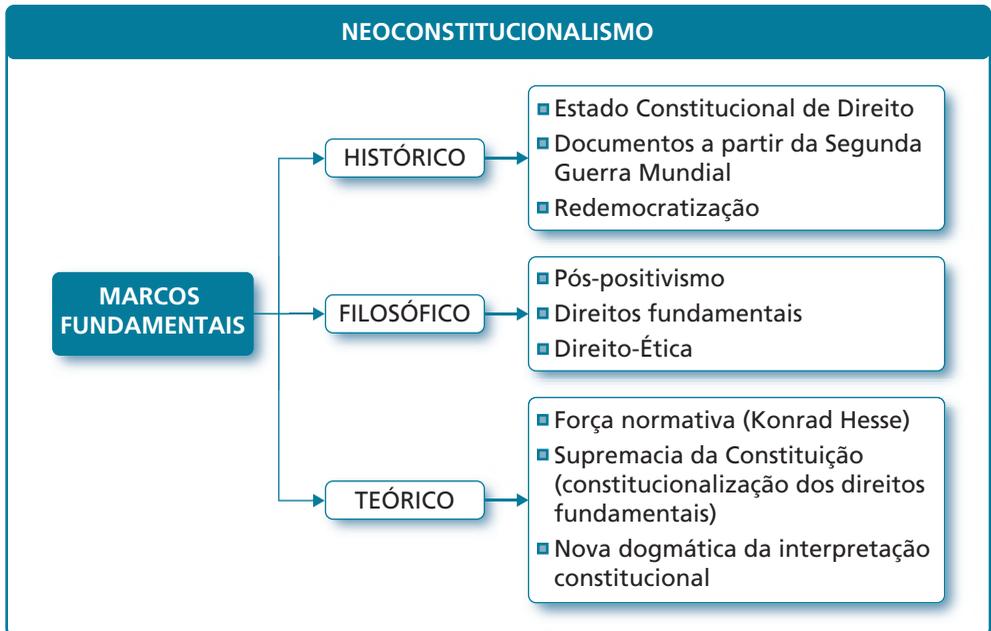
Ao analisar o quadro a seguir, conclui-se que “o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação

<sup>29</sup> Ana Paula de Barcellos, op. cit., p. 4.

<sup>30</sup> Ana Paula de Barcellos, op. cit., p. 7-8.

<sup>31</sup> *Curso de direito constitucional*, p. 35 (grifamos).

constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito”.<sup>32</sup>



Assim, podemos esquematizar:<sup>33</sup>

■ **histórico:** evidenciam-se aqui as Constituições do pós-guerra, na Europa, destacando-se a da Alemanha de 1949 (Lei Fundamental de Bonn) e o Tribunal Constitucional Federal (1951); a da Itália de 1947 e a instalação da Corte Constitucional (1956); a de Portugal (1976) e a da Espanha (1978), todas enfocando a perspectiva de **redemocratização** e **Estado Democrático de Direito**. No Brasil, o destaque recai sobre a Constituição de 1988, em importante processo democrático;

■ **filosófico:** o **pós-positivismo** aparece como o marco filosófico do neoconstitucionalismo.

A ideia de **jusnaturalismo moderno** se desenvolve a partir do século XVI, aproximando a **lei** da **razão** e se transformando, assim, na **filosofia natural do Direito**, e vai servir de sustentáculo, “fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos”, para as revoluções liberais, consagrando-se nas Constituições escritas e nas codificações. “Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do **positivismo jurídico**,

<sup>32</sup> Luís Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, p. 5 (<<http://www.conjur.com.br/static/text/43852>>).

<sup>33</sup> Todas as citações e a exposição seguem o trabalho de Luís Roberto Barroso, op. cit., passim.

no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que **promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade**. Ao fim da 2.<sup>a</sup> Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito”.

Nesse contexto surge a noção do **pós-positivismo** como marco filosófico do **neoconstitucionalismo**. “O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma **leitura moral do Direito**, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a **atribuição de normatividade aos princípios** e a **definição de suas relações com valores e regras**; a reabilitação da **razão prática** e da **argumentação jurídica**; a formação de uma **nova hermenêutica constitucional**; e o desenvolvimento de uma **teoria dos direitos fundamentais** edificada sobre o fundamento da **dignidade humana**. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o **Direito e a filosofia**”;

■ **teórico: a)** força normativa da Constituição; **b)** expansão da jurisdição constitucional; **c)** nova dogmática da interpretação constitucional.

Dentro da ideia de **força normativa** (Konrad Hesse), pode-se afirmar que a norma constitucional tem *status* de norma jurídica, sendo dotada de **imperatividade**, com as consequências de seu descumprimento (assim como acontece com as normas jurídicas), permitindo o seu cumprimento forçado.

No contexto de **expansão da jurisdição constitucional**, Barroso observa que, “antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de *supremacia do Poder Legislativo*, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um **novo modelo**, inspirado pela experiência **americana**: o da **supremacia da Constituição**. A fórmula envolvia a **constitucionalização dos direitos fundamentais**, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais”.

Ao confrontar **regras** (enunciados descritivos, aplicados de acordo com as regras de subsunção, isso quer dizer a aplicação e enquadramento do fato à norma) e **princípios** (normas que consagram valores), Barroso conclui no sentido de uma **nova dogmática da interpretação constitucional**, não mais restrita à denominada interpretação jurídica tradicional.

Assim, “... as especificidades das normas constitucionais (...) levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco pró-

prio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza **instrumental**, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da **supremacia da Constituição**, o da **presunção de constitucionalidade das normas e atos do poder público**, o da **interpretação conforme a Constituição**, o da **unidade**, o da **razoabilidade** e o da **efetividade**”.

Enfim, essas são as marcas do “novo direito constitucional” ou neoconstitucionalismo, que se evidencia ao propor a identificação de novas perspectivas, marcando, talvez, o início de um novo período do Direito Constitucional.

#### ■ 1.4. O NOVO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO LATINO-AMERICANO. CONSTITUCIONALISMO PLURALISTA (ANDINO OU INDÍGENA). ESTADO PLURINACIONAL E INTERCULTURAL

O denominado **novo constitucionalismo latino-americano** (por alguns chamado de *constitucionalismo andino* ou *indígena*) culmina com a promulgação das Constituições do **Equador** (2008)<sup>34</sup> e da **Bolívia** (2009)<sup>35</sup> e sedimenta-se na ideia de **Estado plurinacional**,<sup>36</sup> reconhecendo, constitucionalmente, o direito à **diversidade cultural** e à **identidade** e, assim, revendo os conceitos de **legitimidade** e **participação popular**, especialmente de parcela da população historicamente excluída dos processos de decisão, como a população indígena.

Trata-se, inegavelmente, de necessária e real transformação estrutural e, assim, conforme aponta Grijalva, “o constitucionalismo plurinacional só pode ser **profundamente intercultural**, uma vez que a ele corresponde constituir-se no âmbito de relação igual e respeitosa de distintos povos e culturas, a fim de manter as diferenças legítimas, e eliminar — ou, ao menos, diminuir — as ilegítimas, mantendo a **unidade** como garantia da diversidade”.<sup>37</sup>

Esse modelo de **constitucionalismo pluralista** pressupõe rupturas paradigmáticas, muito bem delimitadas por Raquel Yrigoyen Fajardo, a saber: a) *colonialismo*, b)

<sup>34</sup> Em relação à Constituição do Equador, cf.: Agustín Grijalva, *O Estado plurinacional e intercultural na Constituição equatoriana de 2008*, passim, e Marco Aparicio Wilhelmi, *Possibilidades e limites do constitucionalismo pluralista: direitos e sujeitos na Constituição equatoriana de 2008*, passim.

<sup>35</sup> Para mais discussões sobre a Constituição da Bolívia, cf. Idón Moisés Chivi Vargas, *Os caminhos da descolonização na América Latina: os povos indígenas e o igualitarismo jurisdicional na Bolívia*, passim, e Fernando Garcés V., *Os esforços de construção descolonizada de um Estado plurinacional na Bolívia e os riscos de vestir o mesmo cavaleiro com um novo paletó*, passim.

<sup>36</sup> Para aprofundar, cf. Boaventura de Sousa Santos, *La reinvencción del Estado y el Estado plurinacional*, passim.

<sup>37</sup> Agustín Grijalva, op. cit., p. 118.

*constitucionalismo liberal*, c) *constitucionalismo social-integracionista* e d) *constitucionalismo pluralista* (delimitado por 3 ciclos de reformas constitucionais):<sup>38</sup>

■ **colonialismo:** vigorava a ideologia da “inferioridade natural dos índios”, em um modelo de subordinação;

■ **constitucionalismo liberal (século XIX):** construção do Estado-nação pelo “monismo jurídico”, ou seja, como bem anota Yrigoyen Fajardo, a existência de um único sistema jurídico dentro do Estado, sobressaindo-se um regramento geral para todos. A ideia de pluralismo jurídico, como forma de coexistência de vários sistemas normativos dentro de um mesmo espaço geopolítico... não era admitida pela ideologia do Estado-nação, havendo exclusão dos povos originários, dos afrodescendentes, das mulheres, das maiorias subordinadas, buscando a manutenção da sujeição dos índios;<sup>39</sup>

■ **constitucionalismo social-integracionista (século XX):** marcado pela Constituição do México de 1917 e a de Weimar (Alemanha) de 1919, há o reconhecimento de direitos sociais e sujeitos coletivos, com a ampliação das bases de cidadania. O Estado define o modelo de integração dos índios com o Estado e o mercado, não havendo, contudo, rompimento da ideia de Estado-nação e monismo jurídico;<sup>40</sup>

■ **constitucionalismo pluralista (séculos XX e XXI):** Yrigoyen Fajardo reconhece 3 ciclos marcantes e que ensejam importantes reformas constitucionais nos países latino-americanos, evidenciando-se novos atores sociais nos processos decisórios: a) *ciclo multicultural* (1982-1988); b) *ciclo pluricultural* (1989-2005) e c) *ciclo plurinacional* (2006-2009).<sup>41</sup> Vejamos a esquematização:<sup>42</sup>

<sup>38</sup> Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*, passim. Cf., ainda, da mesma autora, *Aos 20 anos da Convenção 169 da OIT: balanço e desafios da implementação dos direitos dos povos indígenas na América Latina*, p. 25-31.

<sup>39</sup> Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*, p. 139-140 (tradução livre).

<sup>40</sup> Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, *El horizonte...*, cit., p. 140.

<sup>41</sup> Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, *El horizonte...*, p. 140-141.

<sup>42</sup> A tabela, bem como as citações, foi retirada de Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, *Aos 20 anos da Convenção 169 da OIT: balanço e desafios da implementação dos direitos dos povos indígenas na América Latina*, p. 25-29. E, como bem descreve a ilustre pesquisadora, “as reformas constitucionais mais importantes ocorridas nas últimas três décadas impactaram a própria definição do modelo de Estado e reconfiguraram a relação jurídica entre os Estados e os povos indígenas. Estas reformas foram feitas segundo o horizonte do Convênio 169 da OIT; com exceção do Chile, todos os países andinos mudaram a Constituição (Colômbia em 1991, Peru em 1993, Bolívia em 1994-2007, Equador em 1998 e 2008, e Venezuela em 1999) incorporando elementos do Convênio 169. Entre tais reformas, cabe ressaltar as que seguem: a) o reconhecimento do caráter pluricultural do Estado/Nação/República, e o direito à identidade cultural, individual e coletiva. O que permite superar a ideia de Estado-nação monocultural e monolíngue; b) o reconhecimento da igual dignidade das culturas, que rompe com a supremacia institucional da cultura ocidental sobre as demais;

CONSTITUCIONALISMO PLURALISTA			
	Ciclo Multicultural	Ciclo Pluricultural	Ciclo Plurinacional
<b>CARACTERÍSTICAS</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ “introdução do direito — individual e coletivo — à identidade cultural, junto com a inclusão de direitos indígenas específicos”</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ “incorpora os direitos contidos no Convênio 169 da OIT. Este ciclo afirma o direito (individual e coletivo) à identidade e diversidade cultural, já introduzido no primeiro ciclo, mas desenvolve mais o conceito de ‘nação multiétnica’ e ‘estado pluricultural’, qualificando a natureza da população e avançando rumo ao caráter do Estado. Também reconhece o pluralismo jurídico, assim como novos direitos indígenas e de afrodescendentes”</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ “os povos indígenas demandam que sejam reconhecidos não apenas como ‘culturas diversas’, mas como nações originárias ou sujeitos políticos coletivos com direito a participar nos novos pactos do Estado, que se configurariam, assim, como Estados plurinacionais. E, além disso, reclamam, ao Estado, direitos sociais e um papel frente às transnacionais e poderes materiais tradicionais”</li> </ul>
<b>PAÍSES</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Canadá — 1982</li> <li>■ Guatemala — 1985</li> <li>■ Nicarágua — 1987</li> <li>■ Brasil — 1988</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Colômbia — 1991</li> <li>■ México — 1992</li> <li>■ Paraguai — 1992</li> <li>■ Peru — 1993</li> <li>■ Bolívia — 1994</li> <li>■ Argentina — 1994</li> <li>■ Equador — 1996/1998</li> <li>■ Venezuela — 1999</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Equador — 2008</li> <li>■ Bolívia — 2009</li> </ul>
<b>DOCUMENTOS NORMATIVOS (INTERNACIONAIS)</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Revisão da Convenção 107/OIT</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Convenção 169/OIT sobre Povos Indígenas e Tribais (Decreto n. 10.088/2019)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>■ Aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas — 2007</li> </ul>



## ■ 1.5. CONSTITUCIONALISMO E SOBERANIA POPULAR

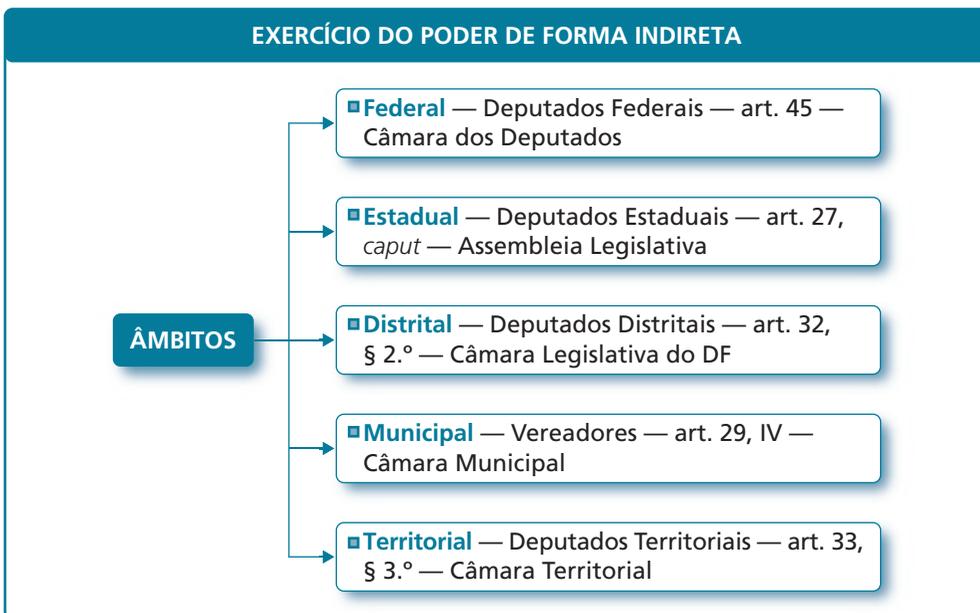
### ■ 1.5.1. Aspectos gerais

A ideia de que todo Estado deva possuir uma Constituição e de que esta deve conter **limitações ao poder autoritário** e regras de **prevalência dos direitos fundamentais** desenvolve-se no sentido da consagração de um **Estado Democrático de Direito** (art. 1.º, *caput*, da CF/88) e, portanto, de **soberania popular**.

c) o caráter do sujeito político dos povos e comunidades indígenas e camponesas. Os povos indígenas têm direito ao controle das suas instituições políticas, culturais e sociais e seu desenvolvimento econômico. O que permite superar o tratamento tutelar desses povos, como objeto de políticas que ditam terceiros; d) o reconhecimento de diversas formas de participação, consulta e representação direta de povos indígenas, camponeses e afrodescendentes. O que supera a ideia de que apenas os funcionários públicos representam e podem formar a vontade popular; e) o reconhecimento do direito (consuetudinário) indígena e a jurisdição especial. Isto supõe uma forma de pluralismo jurídico interno. Todos os países andinos incorporaram na Constituição alguma fórmula de pluralismo legal reconhecendo autoridades indígenas ou camponesas, funções de justiça ou jurisdicionais, e o direito indígena ou suas próprias normas e procedimentos; f) junto a isso, o reconhecimento de um conjunto de direitos relativos à terra, as formas organizacionais coletivas, educação bilingue intercultural, oficialização de idiomas indígenas, etc.” (op. cit., p. 30-31).

Assim, de forma expressa, o parágrafo único do art. 1.º da CF/88 concretiza que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Vale dizer, mencionado artigo distingue **titularidade** de **exercício** do poder. O **titular** do poder é o **povo**. Como regra, o **exercício** desse poder, cujo titular, repita-se, é o povo, dá-se através dos **representantes do povo**, que, como veremos ao tratar do Poder Legislativo, são os Deputados Federais (âmbito federal), os Deputados Estaduais (âmbito estadual), os Deputados Distritais (âmbito do DF), os Vereadores (âmbito municipal) e os Deputados Territoriais (âmbito de eventuais Territórios Federais que venham a ser criados). Lembramos, desde já, que os Senadores da República Federativa do Brasil representam os Estados-Membros e o Distrito Federal, de acordo com o art. 46 da CF/88.



Além de desempenhar o poder de maneira indireta (democracia representativa), por intermédio de seus representantes, o povo também o realiza **diretamente** (democracia direta), concretizando a **soberania popular**, que, segundo o art. 1.º da Lei n. 9.709, de 18.11.1998 (que regulamentou o art. 14, I, II e III, da CF/88), “é exercida por sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, nos termos desta Lei e das normas constitucionais pertinentes, mediante: **plebiscito, referendo e iniciativa popular**”.

Podemos falar, então, que a CF/88 consagra a **democracia semidireta** ou **participativa**, verdadeiro **sistema híbrido** e que será mais bem desenvolvido no *capítulo 17*, ao qual remetemos o nosso querido leitor (o estudo específico da iniciativa popular será feito no *capítulo 9*, no caso, no *item 9.13.3.4*).

## ■ 1.6. CONSTITUCIONALISMO POPULAR (TUSHNET) — “JUDICIAL REVIEW” — “TEORIAS DO DIÁLOGO CONSTITUCIONAL” (BATEUP) E “OS PAPÉIS DAS SUPREMAS CORTES E TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS” (BARROSO)

### ■ 1.6.1. Constitucionalismo popular: perspectivas

Um dos maiores desafios a ser enfrentado é aquele decorrente da dificuldade de se justificar e aceitar o modelo de revisão judicial pelo qual se invalida a vontade do povo materializada no trabalho legislativo fruto da atuação do parlamento.

Este conhecido fenômeno tem sido denominado pela doutrina clássica de “**dificuldade contramajoritária**”<sup>43</sup> (ou seja, a palavra final na interpretação sendo dada por juízes destituídos de legitimidade democrática).

Souza Neto e Sarmento, ao analisarem o modelo constitucional dos Estados Unidos e também reconhecerem a supremacia da Constituição como “um princípio jurídico judicialmente tutelado” (*Marbury vs. Madison*) e não apenas uma proclamação política, também destacam a **tensão** entre **supremacia judicial** e “**constitucionalismo popular**”.<sup>44</sup>

Conforme observam, “é verdade que o controle judicial de constitucionalidade das leis (*judicial review*) sofre até hoje contestações nos Estados Unidos, sendo frequentemente apontado como um instituto antidemocrático, por transferir aos juízes, que não são eleitos, o poder de derrubar decisões tomadas pelos representantes do povo, com base nas suas interpretações pessoais sobre cláusulas constitucionais muitas vezes vagas, que se sujeitam a diversas leituras...”<sup>45</sup>

Nesses termos, **constitucionalismo popular** pode ser definido sob a perspectiva de que o **povo** — e não os juízes — seriam melhores e mais adequados intérpretes da Constituição.<sup>46</sup>

Nimer Sultany,<sup>47</sup> por sua vez, em interessante proposta de “mapeamento” das respostas apresentadas para solucionar esta inegável **tensão** entre **constitucionalis-**

<sup>43</sup> Conforme anotou Luís Roberto Barroso, referida expressão — em inglês “*counter-majoritarian difficulty*” — se tornou clássica a partir da obra de **Alexander Bickel** (*The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, 1986, p. 16-17. e s. — a primeira edição do livro data de 1962) — *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais nas democracias contemporâneas*, in Luís Roberto Barroso, *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*, nota 95, p. 155.

<sup>44</sup> No tocante ao tema e às críticas ao “*judicial review*”, destacamos: Larry D. Kramer, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*; Mark Tushnet, *Taking the constitution away from the courts*, e Jeremy Waldron, *The core of the case against judicial review*.

<sup>45</sup> Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, *Direito constitucional*, p. 77.

<sup>46</sup> Discorrendo sobre o assunto, apesar de criticar essa perspectiva do constitucionalismo popular, cf. Erwin Chemerinsky, *In defense of judicial review...*, p. 675 e segs.

<sup>47</sup> Nimer Sultany, *The state of progressive constitutional theory: the paradox of constitutional democracy and the project of political justification*, p. 377 e 387.

mo e **democracia**, nesse contexto da crítica ao modelo de **revisão judicial** e à denominada “**dificuldade contramajoritária**”, identifica 4 grandes grupos de autores:

- “**deniers**”: negam a tensão e, assim, justificam e admitem o modelo de revisão judicial sem maiores dificuldades — *Ronald Dworkin, Bruce Ackerman e Frederick Schauer*;
- “**reconcilers**”: admitem a tensão, mas esta pode ser reconciliada, justificando, por consequência, a revisão judicial — *John Hart Ely, Cass Sunstein e Larry Kramer*;
- “**endorsers**”: apesar de reconhecerem a impossibilidade de reconciliação da tensão, a endossam, podendo a revisão judicial ser prudencialmente justificada — *Frank Michelman, Louis Seidman e Laurence Tribe*;
- “**dissolvers**”: dissolvem a tensão na medida em que renunciam à possibilidade de revisão judicial em relação à legislação, caracterizando-a como ilegítima — *Jeremy Waldron, Richard Parker e Mark Tushnet*.

Certamente, o estudo sobre o embate entre o modelo da *judicial review* (revisão judicial) e o *constitucionalismo popular* deverá ser aprofundado no Brasil, sendo a experiência dos Estados Unidos bastante importante e rica para essa compreensão.

### ■ 1.6.2. Supremacia judicial “versus” soberania judicial: a nossa posição no sentido do diálogo constitucional

Desde já, deixamos o nosso entendimento contrário às propostas que negam o *judicial review* de modo absoluto. Possuem razão Souza Neto e Sarmento ao afirmarem não ser “(...) salutar atribuir a um único órgão qualquer a prerrogativa de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição. (...) É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição — nem do Judiciário, nem do Legislativo — o ‘direito de errar por último’, abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional, com base na ideia de **diálogo**,<sup>48</sup> em lugar da visão tradicional, que concede a última palavra nessa área ao STF”.<sup>49</sup>

Nesse sentido, parece interessante a proposta da noção de “**última palavra pro-**

<sup>48</sup> Sobre o que o autor chama de “teorias do diálogo institucional”, defendendo “que não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um **diálogo** permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos decisórios, são parceiros na busca do melhor significado constitucional”, cf. Conrado Hübner Mendes, *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, fls. 104-168. Na doutrina nacional, destacamos, também, Rodrigo Brandão, *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*, especialmente a parte II do trabalho, e Glauco Salomão Leite, *Juristocracia e constitucionalismo democrático*: do ativismo judicial ao diálogo constitucional, *passim*. Ainda, sobre o tema dos “diálogos constitucionais”, na doutrina estrangeira, cf. Christine Bateup, *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*, e Kent Roach, *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*.

<sup>49</sup> Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, *Direito constitucional*, p. 402.

**visória”** a ser estabelecida pelo Judiciário, não se mostrando razoável a imposição de uma perspectiva de “soberania” judicial (no sentido de única palavra), conforme quadro, a partir das lições de Larry Kramer abaixo transcritas.<sup>50</sup> Vejamos:

LARRY KRAMER “We the People” X “We the Court”	
JUDICIAL SUPREMACY	JUDICIAL SOVEREIGNTY
■ “Having the last word”	■ “Having the only word”

Conforme propõe Kramer, há “um mundo de diferenças entre ter a **última palavra** (*last word*) e ter a **única palavra** (*only word*); entre **supremacia judicial** (*judicial supremacy*) e **soberania judicial** (*judicial sovereignty*). Podemos optar por aceitar a supremacia judicial porque precisamos de alguém para resolver certas questões constitucionais e, por uma variedade de razões históricas e jurisprudenciais, a Suprema Corte tem parecido ser a nossa melhor opção. Mas isso não significa que a Corte deva exercer a sua autoridade sobre todas as questões ou que, quando exerce a sua função, a Corte possa desprezar ou rapidamente substituir os pontos de vista de outras instituições mais democráticas. Ou, ainda, em outras palavras, na doutrina da supremacia judicial, não há um comando propondo negar que a Constituição tem qualidades que a diferenciam do direito comum, ou que essas qualidades conferem legítima autoridade interpretativa aos atores políticos como meio de se garantir uma contribuição popular contínua na definição do significado constitucional”.<sup>51</sup>

### ■ 1.6.3. Reversão (superação) legislativa da jurisprudência da Corte: possibilidade de mutação constitucional pela via legislativa

O Min. Fux, no julgamento da **ADI 5.105** (j. 1.º.10.2015), identificou diversas situações de inegável **reversão legislativa de decisões do STF**, seja por emenda ou por lei, desautorizando, assim, o modelo da “supremacia judicial em sentido forte ou material” e, por consequência, não se aceitando a concepção de “última palavra definitiva”.<sup>52</sup>

Conforme observa, “essa práxis dialógica, além de não ser incomum na realidade interinstitucional brasileira, afigura-se perfeitamente **legítima** — e, por vezes,

<sup>50</sup> Larry D. Kramer, *The Supreme Court 2000 Term Forward: We the Court*, p. 13.

<sup>51</sup> Larry D. Kramer, *op. cit.*, p. 13 (tradução livre).

<sup>52</sup> Aliás, em seu voto proferido na **ADI 5.105**, com razão observa o Min. Fux que “a própria concepção de limitação do poder, ínsita ao sistema de freios e contrapesos, milita em favor de uma **pluralização dos intérpretes**, e não de um monopólio, do sentido da Constituição, concretizando a ideia de **‘sociedade aberta aos intérpretes da Constituição’**” (fls. 26). (Sobre o tema e as perspectivas trazidas por Peter Häberle, cf. *item 3.9* deste nosso estudo.)

**desejável** —, estimulando prodigioso **ativismo congressional**, desde que, é claro, observados os balizamentos constitucionais” (fls. 17 do acórdão). Isso porque “ao legislador é franqueada a capacidade de interpretação da Constituição, a despeito de decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo”, negando-se a adoção de um “autoritarismo judicial” (fls. 21).

Como se sabe, o efeito vinculante da decisão proferida pelo STF em sede de controle concentrado, ou mesmo em razão de edição de súmula vinculante, não vincula o Poder Legislativo em sua função típica de legislar, podendo editar lei com conteúdo idêntico àquela que fora declarada inconstitucional pelo STF, em saudável **diálogo constitucional** (cf. *item 6.7.1.8* e o exemplo do amianto no *item 7.11.1*).

Esse entendimento encontra fundamento tanto na explicitação de que **o efeito vinculante** previsto nos arts. 102, § 2.º, e 103-A **não está direcionado para o legislador** (o texto fala apenas Judiciário e Administração Pública), assim como no dever de **fundamentação das decisões judiciais** (art. 93, IX), exigindo assim, em caso de nova provocação judicial decorrente da reversão legislativa, o enfrentamento da questão específica e de eventuais novos argumentos trazidos pelo legislador.

Em seu voto, o Min. Fux estabelece providências distintas de acordo com o instrumento utilizado para a superação da jurisprudência da Corte:

REVERSÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE — ADI 5.105 — VOTO MIN. FUX	
EMENDAS	LEIS
■ Limites ao poder de reforma	■ Presunção de inconstitucionalidade

■ **emenda constitucional**: o controle judicial incide apenas sobre os limites ao poder de reforma fixados na própria Constituição (art. 60);

■ **ato normativo infraconstitucional**: em sentido diverso das emendas constitucionais, os atos normativos infraconstitucionais nasceriam com presunção *iuris tantum* de inconstitucionalidade, “de modo que caberia ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessária”, submetendo-se, em razão disso, a um **controle judicial mais rigoroso**.<sup>53</sup>

Assim, em importante conclusão, observa que “a interpretação do sentido e do alcance das disposições constitucionais **não pode ser vista como apanágio exclusivo do Supremo Tribunal Federal**, em uma leitura anacrônica e arrogante do princípio da separação de poderes. Ao revés, a interpretação constitucional passa por um

<sup>53</sup> Para um interessante aprofundamento da denominada “**teoria dos diálogos institucionais**”, cf. fls. 15-31 do voto do Min. Fux na ADI 5.105, além de doutrina citada em nota anterior.

processo de construção coordenada entre os poderes estatais — Legislativo, Executivo e Judiciário — e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes *players* contribui com suas capacidades específicas no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional, sem se arvorar como intérprete único e exclusivo da Carta da República e no aperfeiçoamento das instituições democráticas” (fls. 28 do acórdão lavrado na ADI 5.105).

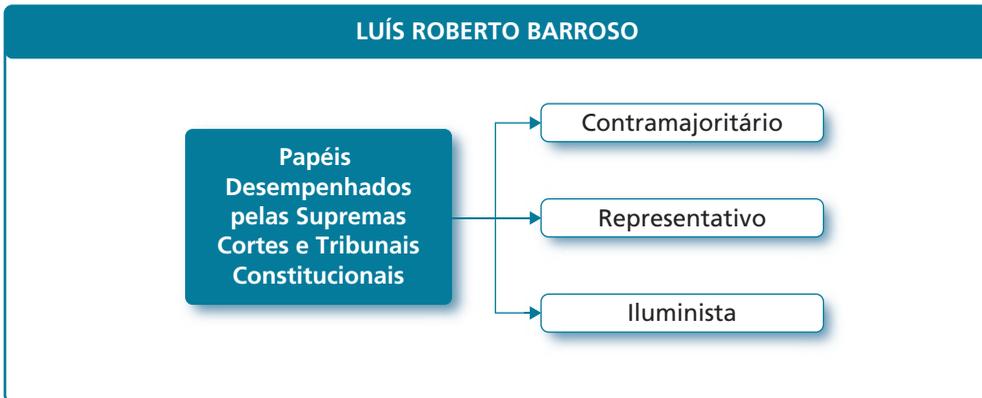
Ainda no julgamento da ADI 5.105, o Min. Barroso procura atenuar a visão tradicional e clássica da supremacia judicial, tendo em vista a influência da chamada **democracia deliberativa**. Vejamos: “(...) tem se compreendido que a supremacia judicial deve ceder espaço aos chamados **diálogos institucionais**. Nunca existiria, assim, uma decisão final e definitiva sobre determinada questão constitucional. A interpretação, ainda que consagrada pelo STF,<sup>54</sup> ficaria sempre aberta ao debate público e a novas propostas” (fls. 106).

#### ■ 1.6.4. “Os papéis das Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais nas democracias contemporâneas” (Luís Roberto Barroso)

Fixada essa premissa de diálogos constitucionais, quais seriam, então, os papéis desempenhados pelas Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais? Barroso propõe interessante sistematização:<sup>55</sup>

<sup>54</sup> Em sede acadêmica, estabeleceu Barroso que “haverá **mutação constitucional por via legislativa** quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional. É possível conceber que, ensejando a referida norma mais de uma leitura possível, o legislador opte por uma delas, exercendo o papel que lhe é próprio, de **realizar escolhas políticas**. A mutação terá lugar se, vigendo um determinado entendimento, a **lei vier a alterá-lo**”. E completa: “como intuitivo, essa lei estará sujeita a controle de constitucionalidade, no qual se irá determinar se esta era uma interpretação possível e legítima. **A última palavra sobre a validade ou não de uma mutação constitucional será sempre do Supremo Tribunal Federal**” (Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, p. 167-168). Completando esse entendimento doutrinário, Barroso deixa clara a necessidade de a decisão ficar sempre **“aberta ao debate público e a novas propostas”**, conforme visto acima (fls. 106 do acórdão). E completa fazendo a mesma distinção apresentada pelo Min. Fux no tocante ao instrumento de superação da jurisprudência: a) se por emenda constitucional, haveria prevalência da vontade do Congresso Nacional que estaria sujeita apenas aos limites constitucionais ao poder de reforma, em especial, às cláusulas pétreas; b) se, contudo, a alteração vier por lei, essa situação se daria nos casos em que há mais de uma possibilidade de interpretação constitucional válida e o Legislativo escolheu uma, diversa da prestigiada pela Corte. Nesse caso, contudo, “a superação da jurisprudência por lei demanda do Congresso Nacional significativo esforço argumentativo. É preciso, em síntese, que ele explicitie tanto a existência de mais de uma interpretação possível como os motivos pelos quais a interpretação por ele adotada seria melhor do que a encampada pelo STF” (fls. 107-108, ADI 5.105).

<sup>55</sup> No dia 16.11.2017, tivemos o privilégio de acompanhar um debate entre Luís Roberto Barroso (Brasil) e Mark Tushnet (EUA) na Universidade de Harvard. Barroso expôs, em inglês e para plateia extremamente qualificada, essa proposta de sistematização, encaminhando-nos, gentilmente, a versão do texto que preparou para sua conferência, traduzido para o português (Contramajoritário,



### A) O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO

Conforme ensina Barroso, “supremas cortes e tribunais constitucionais, na maior parte dos países democráticos, detêm o poder de controlar a constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo (e do Executivo também), podendo invalidar normas aprovadas pelo Congresso ou Parlamento. Esta possibilidade, que já havia sido aventada nos *Federalist Papers*<sup>56</sup> por Alexander Hamilton, teve como primeiro marco jurisprudencial a decisão da Suprema Corte americana em *Marbury v. Madison*, julgado em 1803. Isso significa que os juízes das cortes superiores, que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. A essa circunstância, que gera uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático, a teoria constitucional deu o apelido de ‘dificuldade contramajoritária’”.<sup>57</sup>

Segundo o autor, dois **fundamentos principais** asseguram a **legitimidade de-**

representativo e iluminista: os papéis das Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais nas democracias contemporâneas, p. 1-52). Em momento seguinte, referido texto foi publicado no livro *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*, Ed. Fórum, 2018, p. 129-177. Essa parte do nosso trabalho foi escrita com base no referido estudo, extremamente denso, devendo todos os créditos da sistematização ser atribuídos ao ilustre professor. A parte específica da sistematização dos papéis das Cortes está nas p. 153-176.

<sup>56</sup> “O Federalista” é uma série de 85 ensaios jornalísticos escritos por Alexander Hamilton, John Jay e James Madison, publicados anonimamente sob o pseudônimo *Publius* em vários jornais do Estado de Nova York entre outubro de 1787 e maio de 1788. Referidos documentos foram publicados com o objetivo de estimular e convencer a população do Estado de Nova York a aprovar a proposta de Constituição dos Estados Unidos, redigida na Filadélfia no verão de 1787. Na medida em que Hamilton e Madison eram membros da constituinte, os documentos Federalistas têm sido utilizados como importante fonte de interpretação da Constituição dos Estados Unidos. No caso específico do papel do Poder Judiciário, assim como do embate entre disposições da Constituição e da lei, cf. o **Federalista n. 78**, escrito por Hamilton.

<sup>57</sup> Luís Roberto Barroso, *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais nas democracias contemporâneas*, p. 155.

**mocrática da jurisdição constitucional:** “a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua Suprema Corte ou Corte Constitucional, o *status* de sentinela contra o risco da *tiranía das maiorias* (John Stuart Mill). Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias. Há razoável consenso, nos dias atuais, de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais”, devendo ser considerada, também, a sua dimensão substantiva, a incluir **igualdade, liberdade e justiça**.<sup>58</sup>

## B) O PAPEL REPRESENTATIVO

Barroso faz importante constatação a justificar esse denominado **papel representativo** que vem sendo desempenhado pelas Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais. Muito embora os juízes não sejam eleitos pelo povo, em algumas situações, a decisão da Corte estará muito mais na linha da vontade popular do que a lei ou ato normativo editado pelo Parlamento, que, como se sabe, representa a vontade popular. Ou seja, as escolhas políticas realizadas pelo Parlamento nem sempre coincidirão com o sentimento da maioria.

Segundo constata, é possível reconhecer uma “**crise de legitimidade, representatividade e funcionalidade dos Paramentos**”, o que levou a uma “expansão do Poder Judiciário e, notadamente, das Supremas Cortes”.<sup>59</sup>

Assim, “em certos contextos, por paradoxal que pareça, Cortes acabem sendo mais representativas dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais”, e isso pode ser justificado por algumas razões:<sup>60</sup>

- **qualificação técnica dos julgadores:** a escolha dos juízes, por regra, se implementa por concurso público no qual se enfatiza a qualificação técnica, afastando-se a influência política. Devemos alertar, contudo, que o modelo de escolha e nomeação de juízes de Cortes Constitucionais, como é a realidade brasileira, não consegue blindar aspectos políticos, o que, sem dúvida, estimula a revisitação do modelo previsto na Constituição brasileira;
- **vitaliciedade:** os juízes não estão sujeitos “às circunstâncias de curto prazo da política eleitoral”;
- **inércia:** “os juízes não atuam por iniciativa própria: dependem de provocação das partes e não podem decidir além do que foi pedido”;
- **motivação das decisões judiciais:** as decisões judiciais, “para serem válidas,

<sup>58</sup> Luís Roberto Barroso, op. cit., p. 155-158.

<sup>59</sup> Op. cit., p. 160.

<sup>60</sup> Op. cit., p. 160-161.

jamais poderão ser um ato de pura vontade discricionária: a ordem jurídica impõe ao juiz de qualquer grau o dever de apresentar **razões**, isto é, os fundamentos e argumentos do seu raciocínio e convencimento”.

Dessa forma, em determinadas situações, as decisões judiciais não serão necessariamente contra a vontade da maioria e, assim, **não serão contramajoritárias**, já que, no caso, **representativas**, ou **coincidentes**, com a **vontade da maioria**.

Assim, Barroso sugere, com razão, uma **correção terminológica** para essas hipóteses nas quais a revisão judicial coincide com a vontade da maioria, preferindo denominar a decisão como sendo “contralegislativa”, “contracongressual” ou “contraparlamentar” e não contramajoritária. Barroso traz alguns exemplos interessantes dessa **atuação representativa da Corte**, tanto na jurisprudência estrangeira, como no Brasil, destacando-se:<sup>61</sup>

■ **Griswold v. Connecticut — 381 U.S. 479 (1965)**: a Suprema Corte dos EUA declarou a inconstitucionalidade de lei do Estado de Connecticut que proibia o uso de contraceptivos mesmo por casais casados. Em sua observação, Barroso sustenta que a decisão judicial que prestigiou o *direito de privacidade* expressa muito mais o sentimento majoritário do que o ato normativo que proibia o uso de contraceptivos;

■ **Lawrence v. Texas — 539 U.S. 558 (2003)**: a Suprema Corte dos EUA invalidou lei do Estado do Texas que criminalizava relações íntimas homossexuais. Essa decisão, segundo observa Barroso, correspondeu à vontade da maioria, que não achava adequada referida criminalização prevista na lei;

■ **ADI 4.650 — Brasil**: o STF declarou a inconstitucionalidade do financiamento privado das campanhas eleitorais por pessoas jurídicas. Segundo Barroso, essa decisão da Suprema Corte brasileira encontrou amplo apoio popular, já que o modelo adotado pelo legislador “reforçava a influência do poder econômico sobre o resultado das eleições e distorcia o sistema representativo”;

■ **Criminalização da “difamação” — Quênia**: a Suprema Corte do Quênia declarou a inconstitucionalidade de dispositivos do Código Penal que criminalizavam a “difamação”. Essa prescrição violava a liberdade de expressão dos cidadãos e era “frequentemente utilizada por políticos e autoridades públicas para silenciar críticas e denúncias de corrupção veiculadas por jornalistas ou mesmo por cidadãos comuns”;

■ **Aborto — Canadá**: em 1988, a Suprema Corte do Canadá declarou a inconstitucionalidade de dispositivo do Código Penal que criminalizava o aborto. Conforme relata Barroso, pesquisas de opinião realizadas há 6 anos da decisão já sinalizavam que 75% da população do Canadá era a favor da liberdade de escolha pela mulher grávida.

<sup>61</sup> Luís Roberto Barroso, op. cit., p. 160-165.

A justificativa do papel representativo da Corte encontraria fundamento na **dimensão deliberativa** da chamada **democracia contemporânea**,<sup>62</sup> segundo proposta de sistematização trazida por Barroso.

Em suas palavras, “cabe aqui retomar a ideia de **democracia deliberativa**, que se funda, precisamente, em uma **legitimação discursiva**: as decisões políticas devem ser produzidas após debate público livre, amplo e aberto, ao fim do qual se forneçam as **razões** das opções feitas. Por isso se ter afirmado, anteriormente, que a democracia contemporânea inclui **votos** e **argumentos**. Um *insight* importante nesse domínio é fornecido pelo jusfilósofo alemão Robert Alexy, que se refere à Corte Constitucional como representante argumentativo da sociedade. Segundo ele, a única maneira de reconciliar a jurisdição constitucional com a democracia é concebê-la, também, como uma representação popular. Pessoas racionais são capazes de aceitar argumentos sólidos e corretos. O **constitucionalismo democrático** possui uma **legitimação discursiva**, que é um projeto de institucionalização da **razão** e da **correção**”.<sup>63</sup>

### C) O PAPEL ILUMINISTA

Conforme explica Barroso, “ao longo da história, alguns avanços imprescindíveis tiveram de ser feitos, **em nome da razão, contra o senso comum, as leis vigentes e a vontade majoritária da sociedade**. A abolição da escravidão ou a proteção de mulheres, negros, homossexuais, transgêneros e minorias religiosas, por exemplo, nem sempre pôde ser feita adequadamente pelos mecanismos tradicionais de canalização de reivindicações sociais”.<sup>64</sup>

Essa atuação do Poder Judiciário, no sentido de “**empurrar a história na direção do progresso social**”, superando bloqueios institucionais, caracteriza o **papel iluminista** das Cortes descrito pelo ilustre professor. Conforme adverte, “o termo iluminista está sendo empregado para identificar decisão que não corresponde à vontade do Congresso Nacional nem ao sentimento majoritário da sociedade, mas ainda assim é vista como correta, justa e legítima”.<sup>65</sup>

Barroso alerta que esse papel iluminista desempenhado pelas Cortes deve ser **ocasional**: “trata-se de uma competência **perigosa**, a ser exercida com grande **parcimônia**, pelo **risco democrático** que ela representa e para que cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas”.<sup>66</sup> Nesse sentido, o autor destaca, dentre outros, os seguintes exemplos, enaltecendo aqui a jurisprudência americana:

■ **Brown v. Board of Education — 347 U.S. 483 (1954)**: a Suprema Corte dos EUA, por unanimidade, entendeu que o estabelecimento de escolas para brancos

<sup>62</sup> Luís Roberto Barroso, op. cit., p. 158-159, neste nosso estudo, reproduzida no *item 17.1.6*.

<sup>63</sup> Op. cit., p. 161.

<sup>64</sup> Op. cit., p. 165.

<sup>65</sup> Op. cit., p. 170.

<sup>66</sup> Op. cit., p. 165.

e para negros separadamente acarretava violação à 14.<sup>a</sup> Emenda, combatendo a proposta de segregação que até então era admitida. “O caráter iluminista do julgado se manifestou na superação do senso comum majoritário — que escondia o preconceito por trás da doutrina do ‘separados, mas iguais’ (*Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 — 1896) — e na consequente mudança de paradigma em matéria racial, tendo funcionado como um **catalisador** do moderno movimento pelos direitos civis. As reações do *status quo* vieram de formas diversas: resistência ao cumprimento da decisão, a crítica política — a Corte teria agido como ‘uma terceira câmara legislativa’ e a crítica doutrinária: *Brown* não teria observado ‘princípios neutros’ de interpretação constitucional”;<sup>67</sup>

■ **Loving v. Virginia — 388 U.S. 1 (1967):** a Suprema Corte dos EUA proferiu decisão histórica nulificando lei que proibia e considerava crime o casamento entre brancos e negros, superando, assim, o precedente estabelecido em *Pace v. Alabama* (106 U.S. 583, 1883). Por incrível que pareça, o Código da Virgínia capitulava a miscigenação como crime punível com pena de prisão de 1 a 5 anos. O casal *Loving* havia sido condenado a 1 ano de prisão e a sentença substituída pelo afastamento do Estado por no mínimo 25 anos (decisão proferida no ano de 1959). Referida lei do Estado da Virgínia e outras antimiscigenação foram consideradas inconstitucionais pela Corte, sendo, portanto, invalidadas em 1967. Conforme observa Barroso, o caráter iluminista dessa decisão é mais fácil de se perceber em relação aos estados do sul dos Estados Unidos, que ainda mantinham leis discriminatórias, apesar de supor que no plano nacional referidas leis já não eram mais admitidas e, sob essa perspectiva, o seu caráter seria representativo;<sup>68</sup>

■ **Roe v. Wade — 410 U.S. 113 (1973):** a Suprema Corte dos EUA, por 7 x 2, reconheceu a possibilidade de interrupção da gravidez até o primeiro trimestre, tendo por fundamento o direito à privacidade da mulher e a interpretação dada à 14.<sup>a</sup> emenda, assegurando-lhe a decisão sobre a continuidade ou não da gestação.<sup>69</sup> Conforme anotou Barroso, essa decisão veio a ser revisitada pela Corte em precedentes seguintes e, sem dúvida, contrariou a vontade de uma maioria, tendo, inclusive, gerado forte reação social (denominada *backlash*) dos segmentos derrotados;<sup>70</sup>

■ **Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization — 597 U.S. (2022):** a Suprema Corte dos EUA (SCOTUS), em 24.06.2022, por 6 x 3, modificou o seu entendimento, estabelecendo que a **Constituição Federal não confere direito ao aborto**. Dessa forma, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, e *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, foram **superados**. “A autoridade para regular o aborto é devolvida ao povo e seus representantes eleitos”.

<sup>67</sup> Luís Roberto Barroso, op. cit., p. 168-169 e item 14.10.2.2 deste nosso estudo.

<sup>68</sup> Op. cit., p. 169-170.

<sup>69</sup> Sobre o tema, cf. item 14.10.1.4 deste nosso estudo.

<sup>70</sup> Luís Roberto Barroso, op. cit., p. 170-171.

Nesse sentido, os **Estados-Membros** passam a ter autonomia para assegurar ou não o direito ao aborto, e, ao que tudo indica, ao menos 26 Estados sinalizaram a proibição total ou quase total, admitindo-o apenas em situações muito específicas, como risco de morte para a gestante.

Observamos que, antes mesmo do julgamento pela Suprema Corte, 13 Estados já haviam aprovado as denominadas *“trigger laws”*. Trata-se de termo informal (EUA) no sentido de que determinadas leis, normalmente estaduais, passam a valer se um evento específico ou uma condição futura ocorrer. Essas leis seriam *“acionadas”* ou *“disparadas”* a partir da ocorrência dessa condição e passariam a ter validade, no caso específico em análise, se o precedente da Suprema Corte em *Roe v. Wade* fosse superado (algumas já entrariam em vigor com a superação do entendimento, outras no prazo de 30 dias e outras depois de certificada por alguma autoridade, como o Governador de Estado ou o *Attorney General*, que se equipara ao AGU no Brasil).

Essa nova realidade, na medida em que a matéria criminal é regulada pelos Estados-Membros nos EUA, levará a um movimento de pessoas indo para outros Estados (que autorizem) para fazerem o aborto ou, ainda, gerará uma situação crítica de segregação em relação aos que não tenham condições de arcar com todos os gastos (claro, diante da decisão pessoal de cada um, além da orientação religiosa).

Finalmente, voltando ao tema proposto por Barroso, ao final, o autor faz um interessante alerta apontando eventuais riscos de desmedida ou excesso — e suas consequências, decorrentes desses papéis assumidos pela Corte: “o papel **contramajoritário** pode degenerar em excesso de intervenção no espaço da política, dando lugar a uma indesejável **ditadura do Judiciário**; o papel **representativo** pode desandar em **populismo judicial**, que é tão ruim quanto qualquer outro; e a função **iluminista** tem como antípoda o desempenho eventual de um papel obscurantista, em que a suprema corte ou tribunal constitucional, em lugar de empurrar, **atrasa a história**”. Mas observa com precisão: sociedades democráticas e abertas, com liberdade de expressão, debate público e consciência crítica, costumam ter mecanismos eficientes para evitar esses males.<sup>71</sup>

### ■ 1.7. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E “BACKLASH” (REAÇÃO SOCIAL EM RAZÃO DE DECISÃO DA CORTE)

O tema em questão tem sido pouco explorado pela doutrina brasileira. Em relação à jurisprudência do STF encontramos rápida passagem no voto do Min. Fux em julgado da Corte que reconheceu a constitucionalidade material da Lei da Ficha Limpa.<sup>72</sup> Apesar de curta, a referência ao tema mostra-se extremamente densa e com perspectivas de amplas e calorosas discussões acadêmicas.

<sup>71</sup> Luís Roberto Barroso, op. cit., p. 175-176.

<sup>72</sup> ADC 29, ADC 30 e ADI 4.578, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16.02.2012, Plenário, DJE de 29.06.2012. Neste estudo, cf. *item 17.4.1.2.4*.

Conforme observa Fux, “a verdade é que a jurisprudência do STF nesta matéria vem gerando fenômeno similar ao que os juristas norte-americanos (...) identificam como *backlash*, expressão que se traduz como um **forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos**. É crescente e consideravelmente disseminada a crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na relativização da presunção de inocência para fins de estabelecimento das inelegibilidades” (fls. 27 do acórdão).

E continua: “obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, **a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular**” (fls. 27 do acórdão).

Em seguida, ao afirmar a necessidade de o Tribunal ter que considerar a “fortíssima opinião popular” sobre a Lei da Ficha Limpa, Fux conclui: “se a Suprema Corte é o último *player* nas sucessivas rodadas de interpretação da Constituição pelos diversos integrantes de uma sociedade aberta de intérpretes (cf. HÄBERLE), é certo que tem o privilégio de, observando os movimentos realizados pelos demais, poder ponderar as diversas razões antes expostas para, ao final, proferir sua decisão” (fls. 27 do acórdão).

O tema tem sido debatido na doutrina norte-americana, destacando-se o trabalho de **Robert Post** e **Reva Siegel**,<sup>73</sup> no qual os professores da Universidade de Yale **refutam** tanto a noção de **constitucionalismo popular** (que propõe o afastamento total das Cortes — **Tushnet**<sup>74</sup>), como a proposta de **cautela judicial** e **atuação minimalista dos tribunais** (mínima intervenção judicial e o aconselhamento aos tribunais para não assumirem posição em relação a temas polêmicos e com entendimentos antagônicos e diametralmente opostos — **Cass R. Sunstein**<sup>75</sup>).

Post e Siegel resumem os 5 fundamentos elencados por **Sunstein** para justificar a atuação minimalista dos tribunais: “o minimalismo reduz os custos da decisão para os tribunais que estão buscando decidir casos. Reduz os custos de erros associados a julgamentos equivocados. Reduz as dificuldades relacionadas à ‘racionalidade limitada (*bounded rationality*), incluindo a falta de conhecimento de efeitos adversos imprevistos’. ‘Ajuda a sociedade a lidar com o pluralismo razoável’. E, ‘talvez o mais importante’, o minimalismo ‘permite ao processo democrático uma grande quantidade de espaço para se adaptar aos desenvolvimentos futuros, produzir mutuamente compromissos vantajosos e para adicionar novas informações e perspectivas a questões legais’”<sup>76</sup>

<sup>73</sup> Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash, p. 1-66.

<sup>74</sup> Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts*, passim.

<sup>75</sup> Cass R. Sunstein, *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*, passim.

<sup>76</sup> Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash, p. 32 (tradução livre). Conforme observou Barroso, de acordo com essa visão de atuação minimalista dos tribunais, “decisões judiciais devem ser ‘limitadas em vez de abrangentes’ (*narrow rather than wide*) e ‘rasas em vez de profundas’

Conforme alertado, contudo, na visão do **constitucionalismo democrático** trazida por Post e Siegel, a proposta de minimalismo sustentada por Sunstein superestima os custos do *backlash* e subestima os seus benefícios (no mesmo sentido de Sunstein, Michael Klarman e William Eskridge, cujos ensinamentos também sofreram críticas dos professores de Yale).<sup>77</sup>

Para os autores, a noção de **constitucionalismo democrático** considera a reação e o desacordo como fatores normais e até saudáveis, na medida em que sustenta a legitimidade de diversos atores para fazer valer a Constituição.

Aprofundando a terminologia *backlash*, o texto apresenta a sua evolução ao longo do tempo.<sup>78</sup> Em sua denotação clássica, o termo está relacionado a uma reação brusca ou contragolpe de uma roda ou conjunto de rodas conectadas em um mecanismo em razão de movimento não uniforme ou pressão súbita aplicada (*Oxford English Dictionary*). Para se ter um exemplo interessante do uso clássico da palavra, o meu querido leitor que gosta de pescar talvez já tenha passado pela experiência do “backlash”. Ao usar uma vara de pesca com carretilha, se eventualmente um peixe der uma fígada extremamente brusca e forte, a roldana da carretilha irá girar tão rápido sob o seu eixo que a linha ficará toda desorganizada na vara, como se fosse um emaranhado de fios, causando uma situação bastante desagradável para o pescador. A palavra em inglês “backlash” descreve essa situação crítica do pescador.

Em momento seguinte, a palavra passou a ser utilizada no contexto político para descrever reações desencadeadas por mudanças bruscas e ameaçadoras do *status quo*, destacando-se aqui, por exemplo, reações aos movimentos de conquista de direitos civis e aos movimentos feministas em busca de direitos etc.

Finalmente, Post e Siegel observam que a doutrina norte-americana passou a empregar o termo *backlash* — nesse sentido de reação, a partir do papel desempenhado pelas Cortes em relação a temas extremamente delicados para o seu momento histórico, como a separação entre brancos e negros em escolas do Sul dos Estados Unidos (*Brown v. Board of Education*) e o reconhecimento da possibilidade da interrupção da gravidez até o primeiro trimestre (*Roe v. Wade*), que, como indicamos

---

(*shallow rather than deep*). **Mas atenção:** como bem destacou Barroso, “ao revisitar o tema em texto posterior, Sunstein **atenuou** o argumento de que o minimalismo seja invariavelmente o melhor curso de ação. Afirmou, assim, que **em certos contextos é necessário ‘ir bem além do minimalismo’** (*‘go well beyond minimalism’*) e que *‘in the most glorious moments in democratic life’* as decisões refletem *‘theoretical depth, and they are wide rather than narrow’*. E cita como exemplos julgados como o que declarou a inconstitucionalidade da segregação racial, o que afirmou que a liberdade de expressão tem raízes no ideal democrático de autogoverno e o que assentou que o princípio da igualdade impede que as diferenças entre os sexos sejam fonte de sistemáticas desvantagens sociais. V. Cass R. Sunstein, Beyond judicial minimalism, *Tulsa Law Review* 43:825, 2007-2008, p. 825 e 841” (Luís Roberto Barroso, Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais nas democracias contemporâneas, nota 51, p. 140-141).

<sup>77</sup> Robert Post e Reva Siegel, *Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash*, p. 20.

<sup>78</sup> Op. cit., p. 16-20.

anteriormente, veio a ser superado no julgamento de *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* — 597 U.S. (2022), dentre tantos outros.

Conforme explicam, a maioria dos autores refere-se ao fenômeno *backlash* sob a perspectiva dos tribunais e considerando o risco que a decisão, sem o apoio popular, possa trazer à própria existência (e legitimidade) do Poder Judiciário.

Contudo, sustentam que o constitucionalismo democrático consegue acomodar essa tensão e preservar o respeito à Constituição, demonstrando que, em muitas situações, a controvérsia e a reação apresentam-se como positivas.

De modo conclusivo, observam que “o constitucionalismo democrático assegura tanto o papel dos representantes do povo e da cidadania mobilizada no cumprimento da Constituição, como o papel dos tribunais no exercício de sua função de intérprete. Ao contrário do constitucionalismo popular, o **constitucionalismo democrático** não procura retirar a Constituição dos tribunais, reconhecendo o papel essencial das Cortes em fazer valer os direitos constitucionalmente previstos. Ao contrário da perspectiva de foco juricêntrico, o constitucionalismo democrático enaltece o papel extremamente relevante que o engajamento público desempenha na orientação e legitimação das instituições no processo de revisão judicial. Os julgamentos constitucionais baseados em razões jurídicas técnicas adquirem legitimidade democrática se os motivos técnicos da decisão estiverem enraizados em valores e ideais populares. O constitucionalismo democrático observa que a adjudicação está inserida em uma ordem constitucional que convida regularmente ao intercâmbio entre julgadores e cidadãos sobre questões de significado constitucional”.<sup>79</sup>

E, finalmente, um alerta deve ser feito: por mais que o Judiciário deva estar sensível às demandas políticas e sociais dentro dessa perspectiva sugerida pelo constitucionalismo democrático, jamais se admitirá que a decisão, apesar de agradar a opinião pública, seja contrária à Constituição. Naturalmente, os critérios técnicos e jurídicos deverão estar presentes e, nesse sentido, bastante interessante a proposta de sistematização trazida por Barroso ao estabelecer o papel das Cortes, admitindo inclusive que, em certas situações, as decisões não encontrem respaldo popular, gerando o fenômeno *backlash* (cf. *item 1.6.4*).

### ■ 1.8. “CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO” (DAVID LANDAU): UM ALERTA QUE PREOCUPA E NÃO SE CONFUNDE COM O DENOMINADO “CONSTITUCIONALISMO AUTORITÁRIO” (MARK TUSHNET)

Em interessante estudo, David E. Landau, professor da *Florida State University College of Law*, desenvolve a noção do **constitucionalismo abusivo**,<sup>80</sup> pelo qual se observa o fenômeno do uso de mecanismos de mudança constitucional que acabam corroendo (erodindo, enfraquecendo) a ordem democrática.

<sup>79</sup> Op. cit., p. 7.

<sup>80</sup> David. E. Landau, *Abusive constitutionalism*, *U.C. Davis Law Review*, Vol. 47, Issue 1 (November 2013), p. 189-260.

Em seu estudo, após analisar a experiência de países como Colômbia, Venezuela e Hungria,<sup>81</sup> Landau denuncia o uso de emendas ou de “substituição” da vigente Constituição por uma nova (promulgação de nova Constituição), dentro das regras legais, mas com o objetivo de “minar” (corroer, enfraquecer) a democracia.

Não se trata do uso da força, como pode ser observado nos períodos ditatoriais ou nos regimes implantados após golpes militares, nos quais a ruptura constitucional é evidente, inquestionável, declarada e assumida, mas da **transformação da ordem constitucional com mudanças sutis e que podem chegar até mesmo ao controle indireto da Suprema Corte** (*disable or pack courts*).

Conforme explica, os regimes continuam a ter eleições, não chegando a ser autoritários, mas, em verdade, passam a ser, lentamente, **menos democráticos**.

A proposta de Landau não se confunde com o **constitucionalismo autoritário** descrito por Tushnet.<sup>82</sup> O professor da Universidade de Harvard, tendo Singapura como estudo de caso, identifica um sistema de governo que combina eleições razoavelmente livres e justas com um grau moderado de controle repressivo da liberdade de expressão e pessoal, afastando-se, nesse sentido, do autoritarismo puro de um lado e do Estado de Direito de outro. O autor identifica **7 características** desse modelo:<sup>83</sup>

- o regime, que é controlado por um partido dominante, implementa as relevantes decisões de políticas públicas, não havendo base normativa a contestar as escolhas tomadas. Esta característica define o seu lado autoritário;
- o regime não prende arbitrariamente os oponentes políticos, embora possa impor-lhes sanções como aquelas decorrentes de difamação;
- apesar de aplicar sanções, o regime ainda permite questionamentos e críticas ao governo e suas políticas;
- o regime realiza eleições razoavelmente livres e justas, mas, a partir de desenhos e divisões eleitorais, busca assegurar a vitória para manutenção no poder. Fraude e intimidação física até ocorrem, mas apenas esporadicamente e não sistematicamente;
- o partido dominante é sensível à opinião pública e altera as suas políticas, pelo menos ocasionalmente, em resposta aos anseios desta;
- desenvolvem-se mecanismos para garantir que a quantidade de divergência não exceda o nível considerado desejável;
- os tribunais são razoavelmente independentes e procuram manter o Estado de Direito. Embora os juízes, especialmente os de tribunais superiores, sejam sensíveis aos interesses do regime por causa do treinamento e dos mecanismos de seleção e promoção, raramente recebem instruções diretas do regime, chegando,

<sup>81</sup> Para um estudo aprofundado sobre esse fenômeno na **Romênia**, por todos, cf.: Vlad Perju, The Romanian double executive and the 2012 constitutional crisis [article], p. 246-278.

<sup>82</sup> Mark Tushnet, Authoritarian constitutionalism, *Cornell Law Review*, Vol. 100, Issue 2 (January 2015), p. 448-450.

<sup>83</sup> Op. cit., p. 448-450.

inclusive, a afastar algumas decisões tomadas. A revisão judicial, contudo, quando negativa, mostra-se fraca, pois o regime tem mecanismos de alteração formal da Constituição para que a decisão política tomada esteja sempre de acordo com as (novas) regras constitucionais.

Isso posto e feita a diferenciação, nesse contexto, trazemos interessante voto do Min. Barroso, proferido no julgamento da medida cautelar na **ADPF 622**, que apreciou o Decreto presidencial n. 10.003/2019 (dispõe sobre o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente — CONANDA).

Referido decreto alterou as regras sobre a constituição e o funcionamento do CONANDA, destituindo, imotivadamente, todos os seus membros durante o cumprimento do mandato.

Segundo alega a PGR, “a norma impugnada, na prática, esvaziou a participação da sociedade civil no Conselho, em violação aos princípios da democracia participativa (arts. 1.º, par. único, CF), da igualdade (art. 5.º, I, CF), da segurança jurídica (art. 5.º, CF), da proteção à criança e ao adolescente (art. 227, CF) e de vedação ao retrocesso institucional (art. 1.º, *caput* e III; art. 5.º, XXXVI e § 1.º; art. 60, § 4.º)”.

Barroso, em seu voto, observa que “o constitucionalismo e as democracias ocidentais têm se deparado com um fenômeno razoavelmente novo: os **retrocessos democráticos**, no mundo atual, não decorrem mais de golpes de estado com o uso das armas. Ao contrário, as maiores ameaças à democracia e ao constitucionalismo são resultado de **alterações normativas pontuais, aparentemente válidas do ponto de vista formal, que, se examinadas isoladamente, deixam dúvidas quanto à sua inconstitucionalidade**. Porém, em seu conjunto, expressam a adoção de medidas que vão **progressivamente corroendo a tutela de direitos e o regime democrático**”.

Conforme ensina, “esse fenômeno tem recebido, na ordem internacional, diversas denominações, entre as quais: **‘constitucionalismo abusivo’**, **‘legalismo autocrático’** e **‘democracia iliberal’**. Todos esses conceitos aludem a experiências estrangeiras que têm em comum a atuação de líderes carismáticos, eleitos pelo voto popular, que, uma vez no poder, modificam o ordenamento jurídico, com o propósito de assegurar a sua permanência no poder. O modo de atuar de tais líderes abrange: (i) a tentativa de esvaziamento ou enfraquecimento dos demais Poderes, sempre que não compactuem com seus propósitos, com ataques ao Congresso Nacional e às Cortes; (ii) o desmonte ou a captura de órgãos ou instituições de controle, como conselhos, agências reguladoras, instituições de combate à corrupção, Ministério Público etc.; (iii) o combate a organizações da sociedade civil, que atuem em prol da defesa de direitos no espaço público; (iv) a rejeição a discursos protetivos de direitos fundamentais, sobretudo no que respeita a grupos minoritários e vulneráveis — como negros, mulheres, população LGBTI e indígenas; (v) o ataque à imprensa, sempre que leve ao público informações incômodas para o governo”.

E continua: “a lógica de tal modo de atuar está em excluir do espaço público todo e qualquer ator que possa criticar, limitar ou dividir poder com o líder autocrático, em momento presente ou futuro, de forma a assegurar seu progressivo empodera-

mento e permanência no cargo. Experiências de tal gênero estão ou estiveram presentes na Hungria, na Polônia, na Romênia e na Venezuela. **O resultado final de tal processo tende a ser a migração de um regime democrático para um regime autoritário, ainda que se preserve a realização formal de eleições**”.

E conclui ao falar da realidade brasileira: “embora não me pareça ser o caso de falar em risco democrático no que respeita ao Brasil, cujas instituições amadureceram ao longo das décadas e se encontram em pleno funcionamento, é sempre válido atuar com cautela e aprender com a experiência de outras nações. Nessa linha, **as Cortes constitucionais e supremas cortes devem estar atentas a alterações normativas que, a pretexto de dar cumprimento à Constituição, em verdade se inserem em uma estratégia mais ampla de concentração de poderes, violação a direitos e retrocesso democrático**” (ADPF 622-MC, j. 19.12.2019 — ratificação da cautelar e mérito julgados pelo Pleno em 1.º.03.2021).

## ■ 1.9. MATERIAL DIGITAL EXCLUSIVO

1

(NEO)CONSTITUCIONALISMO

 Download de Questões Modelo Tradicional	 Banco de Questões Plataforma	 Resolução de Questões Pedro Lenza	 Videoaulas Pedro Lenza
 somos.in/CEDC27	 somos.in/CEDC27	 somos.in/CEDC27	 somos.in/CEDC27