

Constitucionalismo brasileiro: passado, presente e futuro da Constituição Cidadã

Guilherme Peña de Moraes¹

Resumo

Este trabalho procura investigar as definições de constitucionalismo brasileiro, constitucionalização do Direito e mutação constitucional. O caráter inovador reside na análise dos impactos da Constituição de 1988, comportamento da jurisprudência nesses trinta anos e, por último, futuro do Direito Constitucional no Brasil.

Palavras-chave: Constitucionalismo brasileiro; Constitucionalização do Direito; Mutação constitucional.

Abstract

This work tries to look into the definitions of Brazillian constitutionalism, constitutionalisation of law and constitutional mutation. The innovative character lies in the analysis of the impacts of the Constitution of 1988, the trends of jurisprudence over the last thirty years and, finally, the future of Constitutional Law in Brazil.

Keywords: Brazillian constitutionalism; Constitutionalisation of law; Constitutional mutation.

1 INTRODUÇÃO

O artigo que ora vem a lume tem a pretensão de investigar os avanços e retrocessos da dogmática constitucional durante os trinta anos de vigência do “Estatuto do Homem, da Liberdade e da Democracia”.²

Nesta ordem de ideias, o trabalho foi desenvolvido a partir de três enfoques: (i) o retrospectivo, referente à evolução histórica do constitucionalismo brasileiro; (ii) o perspectivo, relativo à constitucionalização do Direito e, bem assim, à teoria da mudança da Constituição,

¹ Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ). Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Pós-Doutor em Direito Constitucional pela *Fordham School of Law – Jesuit University of New York (FU/NY)*.

² GUIMARÃES, Ulysses Silveira. Discurso proferido pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, na Sessão Solene de Promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, n° 100, 1988, p. 5.

por meio da reforma e da mutação constitucionais, e (iii) o prospectivo, respeitante aos desafios e expectativas do Direito Constitucional do século XXI.³

2 CONSTITUCIONALISMO

O constitucionalismo pode ser definido como reivindicação de Constituição escrita, evolução histórico-constitucional do Estado ou mesmo função e posição da Constituição em sociedades diferentes.

No sentido que lhe emprestamos, todavia, o constitucionalismo é delineado como proposta teórica, ideológica ou metodológica de limitação dos poderes do governo nas mãos dos governados, de modo a resguardá-los do arbítrio.^{4,5}

Dentro dessa perspectiva, a história brasileira é marcada por rupturas constitucionais, tendendo a um movimento pendular entre a democracia e a ditadura cívico-militar. Na verdade, o “constitucionalismo luso-brasileiro”,⁶ que perdurou de 1808, quando da translação da Corte portuguesa ao Brasil, até 1824, quando da outorga da Carta do Império, que, após, foi trasladada para Portugal com modificações do próprio Imperador brasileiro, ao abdicar o trono em favor de sua filha, D. Maria da Glória, remonta à Súplica de Constituição a Napoleão Bonaparte, de 23 de maio de 1808, em Portugal, e à Revolução Pernambucana, de 6 de março de 1817, no Brasil.^{7,8}

2.1 Constituição de 1824

A Constituição, de 25 de março de 1824, esclareceu que as matérias que não dissessem respeito aos limites e atribuições dos Poderes do Estado e direitos civis e políticos seriam alteráveis pelas legislaturas ordinárias, ao tempo que opôs a limitação à reforma constitucional

³ MORAES, Guilherme Peña de. Desafios e Expectativas do Direito Constitucional do Século XXI. In: RIBEIRO, Raisa Duarte; COSTA, Rodrigo de Souza; VIDAL, Adriana de Oliveira (Orgs.). *Temas Contemporâneos de Direitos Humanos*. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 31.

⁴ COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the Constitutional Limitations which rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*. 3ª ed. Boston: Little, Brown & Company, 1874, p. 36.

⁵ Charles H. McIlwain defende que “o mais antigo, o mais persistente e o mais duradouro dos fundamentos do verdadeiro constitucionalismo ainda permanece no Estado contemporâneo: o governo limitado pelas normas constitucionais”. MCILWAIN, Charles H. *Constitutionalism: ancient and modern*. Ithaca: Cornell University Press, 1940, p. 24.

⁶ MIRANDA, Jorge. *O Constitucionalismo Luso-Brasileiro*. Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimientos Portugueses, 2001, p. 13-21.

⁷ TAVARES, Francisco Muniz. *História da Revolução de Pernambuco em 1817*. Recife: Instituto Arqueológico, Histórico e Geográfico Pernambucano, 1917, p. 203.

⁸ Nesse interstício, a “Assembleia Geral Brasílica e Constituinte Legislativa”, que havia sido convocada por decreto do Príncipe Regente de 3 de junho de 1822, foi dissolvida em 12 de novembro de 1823, o que ensejou a outorga da Constituição Política do Império do Brasil do ano seguinte. LEAL, Aurelino de Araújo. *História Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1915, p. 47.

de quatro anos, depois de jurada pela Majestade Imperial.⁹

O Poder Moderador, chave de toda a organização política, era delegado ao Imperador Constitucional, para que velasse sobre a independência e harmonia dos demais Poderes do Império. A despeito das garantias dos direitos individuais, como, por exemplo, a igualdade de todos perante a lei, o *status libertatis* era restringido às pessoas livres, ingênuas ou libertas, o que evidenciava a contradição entre o liberalismo e a escravidão.¹⁰

2.2 Constituição de 1891

Em 24 de fevereiro de 1891, definiu a Constituição a república, que havia sido proclamada pelo Decreto do Governo Provisório nº 1, de 15 de novembro de 1889, como a forma de governo da nação brasileira.¹¹

O Brasil é forjado, desde a Constituição em epígrafe, pela união perpétua e indissolúvel de Estados, reunidas a unidade nacional e pluralidade regional pelo laço da federação. Exercia o Presidente da República, durante o mandato de quatro anos para o qual havia sido eleito pela maioria absoluta de votos a descoberto dos cidadãos alistados como eleitores, tanto a chefia de Estado quanto a chefia de governo, sendo-lhe vedada a manutenção de relações de dependência ou aliança com igrejas ou cultos religiosos.¹²

2.3 Constituição de 1934

A Constituição, de 16 de julho de 1934, emergiu do constitucionalismo social-democrata, que, mediante a intervenção do Estado na ordem econômica, objetivava a proteção social do trabalhador e dos interesses econômicos do País.¹³

⁹ RODRIGUES, José Carlos. *Constituição Política do Império do Brasil seguida do Acto Adicional, da Lei da Sua Interpretação e de Outras*. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1863, p. 10.

¹⁰ A Constituição de 1824 não aludia à escravidão. O cotejo do art. 6º, inc. I – “são cidadãos brasileiros os que no Brasil tiverem nascido, quer sejam ingênuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua nação”, – e art. 94, inc. II – “podem ser eleitores, e votar na eleição dos Deputados, Senadores e membros dos Conselhos de Província todos, os que podem votar na Assembleia Paroquial, excetuando-se os libertos” –, no entanto, denota que a *servitutum* era tolerada pelo Império. MATTOS, Hebe Maria. *Escravidão e Cidadania no Brasil Monárquico*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000, p. 14, 19-20, 34 e 37.

¹¹ LEAL, Aurelino de Araújo. *Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira*. Rio de Janeiro: F. Briguet, 1925, p. 23.

¹² O voto era obrigatório e o sufrágio, direto. Todavia, no regime da Constituição de 1891, era o voto aberto, permitido o voto a bico de pena ou descoberto pela Lei nº 35, de 26 de janeiro de 1892, e o sufrágio restrito, proibido o sufrágio das mulheres e, igualmente, dos mendigos, analfabetos, praças, excetuados os alunos de escolas militares de ensino superior, e religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação pela Lei nº 1.269, de 15 de novembro de 1904. LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto*. 3ª ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1976, p. 23, 25, 53, 69-70 e 86.

¹³ CASTRO, Raimundo. *A Nova Constituição Brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936, p. 462.

As competências administrativas, legislativas e tributárias foram repartidas em planos horizontal e vertical, o que explica o trespasse do federalismo dualista, no qual o poder político era compartimentado (*dual federalism*), para o federalismo cooperativo, no qual o poder político é compartilhado entre a União e os Estados (*kooperativen Föderalismus*). O voto das mulheres investidas de funções públicas remuneradas foi erigido à condição de obrigatório, com o desiderato de fomentar a inserção feminina na vida política do País.¹⁴

2.4 Constituição de 1937

Em 10 de novembro de 1937, a Constituição do Estado Novo foi responsável pela implantação do regime político de inspiração fascista da ditadura polonesa de Józef Pilsudski que aliava a centralização do poder político à supressão de direitos fundamentais.¹⁵

Ao Presidente da República, que, inclusive, podia submeter decisões de inconstitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Judiciário à reapreciação do Parlamento Nacional, era outorgada a “autoridade suprema do Estado”. Em decorrência do estado de emergência que, na própria Constituição do Estado Novo, foi declarado por prazo indeterminado, operou-se a suspensão de garantias constitucionais em todo o território nacional.¹⁶

2.5 Constituição de 1946

A Constituição, de 18 de setembro de 1946, exsurtiu do constitucionalismo liberal-social, que, pela conciliação entre a liberdade de iniciativa e a valorização do trabalho humano, era direcionado à obtenção da justiça social.¹⁷

A separação de poderes (*separation of powers*) foi rigorosa, tanto que vedada a qualquer deles a avocação e delegação de competências ou atribuições que lhes eram proporcionadas

¹⁴ Embora a primeira mulher a votar no Brasil, Celina Guimarães Viana, tenha sido incluída no rol de eleitores do Município de Mossoró em 25 de novembro de 1927, a obrigatoriedade do voto feminino foi imposta em 1965. Do art. 121 do Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, se extraía o voto facultativo das mulheres. Do art. 109 da Constituição de 1934, extrair-se-ia o voto obrigatório das mulheres com profissões públicas. Do art. 4º, inc. I, “d”, da Lei nº 1.164, de 24 de julho de 1950, extraía-se o voto facultativo das mulheres que não exercessem profissões regulamentadas. Do art. 6º, *caput*, do Código Eleitoral de 1965, foi evidenciado o voto obrigatório das mulheres, sem distinção de qualquer natureza. NICOLAU, Jairo. *Eleições no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 76-77, 94 e 113.

¹⁵ ROCHA, Francisco da. *Constituição do Estado Novo*. Porto Alegre: Barcellos, Bertaso & Cia., 1940, p. 18.

¹⁶ Na história constitucional brasileira, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, deveria ter sido submetida a plebiscito nacional, que, entretanto, nunca foi regulado em decreto pelo Presidente da República. Em 7 de janeiro de 1938, questionado sobre o plebiscito de que tratava o art. 187, segundo o qual “a Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República”, Getúlio Vargas revelou que “o governo é o senhor da decisão. A nação ainda não está devidamente esclarecida sobre o benefício do Estado Novo”. SILVA, Hélio. *1938 – Terrorismo em Campo Verde*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1971, p. 75.

¹⁷ DUARTE, José. *A Constituição Brasileira de 1946*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947, p. 373.

(*übertragung von Befugnissen*). Aos direitos fundamentais, garantias e remédios constitucionais foram introduzidas, ou mesmo reinseridas, a greve, inafastabilidade de prestação da jurisdição, participação de trabalhadores nos lucros ou resultados das empresas e ação de cidadãos para invalidação dos atos de lesão ao patrimônio do Estado.¹⁸

2.6 Constituição de 1967

Em 24 de janeiro de 1967, desenvolveu a Constituição engendrada pela ditadura cívico-militar que havia sido orquestrada pelo Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, a centralização antifederativa brasileira e, por dedução, o federalismo hegemônico da União.¹⁹

O quadro de hipertrofia do Poder Executivo era revelado pela concentração do poder político nas mãos do Presidente da República, que detinha o comando da administração pública e, sobretudo, das forças armadas. Elaborou o governo um aparato oficial de repressão aos direitos fundamentais, que, por indução, não ofereceram à sociedade civil proteção contra o arbítrio do Estado até a abertura política e a redemocratização do Brasil.²⁰

3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

A Constituição, de 5 de outubro de 1988, estabeleceu que o ordenamento normativo deve ser perpassado pelo valor fundamental da dignidade da pessoa humana, que impede o retrocesso social, à medida que impõe a promoção do mínimo existencial, observada a reserva do possível do Estado.²¹

O sistema de governo do presidencialismo de coalizão é evidenciado pela organização e implementação de coalizões partidárias de sustentação política da Presidência da República

¹⁸ Enquanto às normas inseridas na Emenda Constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961, reconheceu-se vigência, o sistema de governo brasileiro foi parlamentarista, tendo havido a nomeação, com a aprovação do Senado Federal, de 3 Conselhos de Ministros, obrigados solidariamente perante a Câmara dos Deputados pela direção da política do governo e da administração pública federal, no decurso do mandato presidencial de João Goulart, sob as presidências de Tancredo Neves, Brochado da Rocha e Hermes Lima. O presidencialismo da Constituição de 1946 foi restabelecido pela Emenda Constitucional nº 6, de 23 de janeiro de 1963. REALE, Miguel. *Parlamentarismo Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 6, 8, 16, 60-61 e 82.

¹⁹ CORREA, Oscar Dias. *A Constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 16.

²⁰ A nosso ver, a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, tem a natureza de revisão. Não se tratou de emenda à Constituição de 1967, pois a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, não foi resultado do procedimento legislativo dos arts. 46, inc. I, 47, incs. I e II e § 3º, 48 e 49. Não se tratou de Constituição, pois a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, não resultou em descontinuidade da ordem jurídica de matiz autoritária, conservadora e militarista iniciada pela Constituição de 1967. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Reconstrução da Democracia*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 70, 119, 208 e 228.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 62.

que, em contrapartida, desempenham os Ministérios de Estado.²²

Os direitos fundamentais devem ser promovidos por meio das políticas públicas que, ao fim e ao cabo da história constitucional luso-brasileira, são incorporadas pelo constitucionalismo contemporâneo.^{23, 24}

A Assembleia Nacional Constituinte, de 1º de fevereiro de 1987 a 22 de setembro de 1988, para tanto, utilizou-se do “método da constitucionalização”,²⁵ de forma que, a despeito do ramo do Direito de que se cogite, é evidente o processo de irrupção do Direito Constitucional, em virtude do caráter abrangente e analítico do texto e, em especial, da ascensão científica e política da Constituição, que ocupa o epicentro axiológico do sistema jurídico contemporâneo, de onde irradia a eficácia de que é dotada.

Forte nessa premissa, a constitucionalização do Direito é evidenciada pela “constitucionalização-transformação”, isto é, a releitura da ordem jurídica pelos valores constitucionais, e “constitucionalização-elevação”, ou seja, a inclusão na Constituição de temas anteriormente disciplinados pela legislação ordinária ou mesmo ignorados por ela.²⁶

3.1 Constitucionalização-transformação

De um ângulo, a “constitucionalização-releitura”²⁷ do Direito Civil, por exemplo, implicou na alteração do fundamento de validade de institutos tradicionais, por meio de imposição de deveres extrapatrimoniais em normas constitucionais, com o desiderato de possibilitar a realização da personalidade.

O fundamento ideológico do Direito Civil, a toda evidência, deslocou-se do patrimônio, expresso pela disciplina das relações jurídicas patrimoniais, com o fim de resguardar a circulação de riquezas contra ingerências do Poder Público ou particulares, para a pessoa, externada pela afirmação e asseguramento de direitos subjetivos, com a finalidade de tutelar

²² SCHIER, Paulo Ricardo. *Presidencialismo de Coalizão: contexto, formação e elementos na democracia brasileira*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 64.

²³ GARCIA, Maria. *Constitucionalismo Contemporâneo – questões fundamentais da teoria da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 75.

²⁴ As políticas públicas relacionadas aos direitos fundamentais são satisfeitas por condutas da Administração Pública direcionadas à consecução de programas enumerados em normas constitucionais ou legais, suscetíveis de controle judicial no tocante à eficiência dos meios empregados e avaliação dos resultados alcançados, como, por exemplo, as políticas de “desenvolvimento urbano” – arts. 21, inc. XX, 182 e 183 – e “reforma agrária” – arts. 184 a 191 – da Constituição de 1988. APPIO, Eduardo Fernando. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 17, 23, 27, 37, 41, 43 e 46.

²⁵ MONCLAIRE, Stéphane. *A Constituição Desejada*. v. I. Brasília: Senado Federal, 1991, p. 170. V., também, do mesmo Autor: *As Grandes Características do Último Processo Constituinte Brasileiro*. *Revista de Informação Legislativa*, nº 179, 2008, p. 277.

²⁶ FAVOREU, Loius. La Constitutionalization du Droit. In: [AUBY, Jean-Bernard](#) (Org.). *L'Unité du Droit: mélanges en hommage a Roland Drago*. Paris: Economica, 1996, p. 37. V., também, do mesmo Autor: *Le Droit Constitutionnel, Droit de la Constitution et Constitution du Droit*. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, nº 1, 1990, p. 71.

²⁷ SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 75.

valores imanentes à personalidade, com a valorização da pessoa enquanto ser, em detrimento da pessoa enquanto ter.²⁸

3.2 Constitucionalização-elevação

À guisa de exemplo, a “constitucionalização-inclusão”²⁹ do Direito Penal, de outro ângulo, redundou no tratamento pela Constituição dos delitos contra o sistema financeiro nacional (art. 109, inc. VI) sobre os quais versava a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986.

Outrossim, no âmbito do Direito Penal, os crimes contra as relações de consumo (art. 5º, inc. XXXII), crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (art. 5º, inc. XLII), crimes hediondos, tortura e terrorismo (art. 5º, inc. XLIII) e crimes contra a ordem econômico-financeira (art. 109, inc. VI) foram introduzidos na Constituição e, em seguida, nas Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 8.072, de 25 de julho de 1990, 8.137, de 27 de dezembro de 1990, 8.176, de 8 de fevereiro de 1991, 9.455, de 7 de abril de 1997, e 13.260, de 16 de março de 2016.^{30, 31}

4 MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO

Ultrapassada a fase da constitucionalização do Direito, a Constituição de 1988 foi objeto de processos, formais e informais, de mudança ao longo de três décadas de vigência.³²

²⁸ LOTUFO, Renan. *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 7, e BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito Civil na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 13. V., também, sobre a matéria: TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 1, e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e Direito Civil: tendências*. *Revista dos Tribunais*, nº 779, 2000, p. 47.

²⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Fundamentalização e Fundamentalismo na Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa*. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, nº 8, 2008, p. 622.

³⁰ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Direito Penal na Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 12, e LUISI, Luis. *Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 9. V., também, sobre o tema: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. *Os Grandes Movimentos Atuais de Política Criminal*. *Fascículos de Ciências Penais*, nº 9, 1988, p. 13, e LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios Penais Constitucionais: o sistema das constantes constitucionais*. *Revista dos Tribunais*, nº 779, 2000, p. 417.

³¹ A título de conclusão, “a positivação constitucional das regras e princípios é dividida em duas grandes frentes: a existencial e a operacional. Do ponto de vista existencial, a constitucionalização das regras pode ser capaz de protegê-las da restrição ou supressão através da técnica da cláusula pétrea, e até mesmo do poder constituinte derivado reformador, a possibilidade de tratar da matéria. Do ponto de vista operacional, a constitucionalização dos princípios atribui eficácia jurídica, e portanto alguma forma de sindicabilidade judicial, aos efeitos práticos que esses princípios, dotados de superioridade hierárquica, possam produzir”. BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 27-28.

³² VIERA, José Ribas. *Teoria da Mudança Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 92.

4.1 Reforma constitucional

Formalmente, seis Emendas foram elaboradas pela revisão constitucional, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral, na forma do art. 3º, *in fine*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias,³³ sem prejuízo de noventa e nove Emendas ultimadas pelo poder de reforma constitucional, pelo voto de três quintos dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em dois turnos, nos termos do art. 60, § 2º, da Constituição da República.³⁴

Em algumas oportunidades, inclusive, o Supremo Tribunal Federal houve por bem declarar, liminar ou definitivamente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, que permitiu a cobrança do imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira no mesmo exercício em que havia sido instituído;³⁵ art. 5º da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, que dispôs sobre o regime jurídico único;³⁶ art. 1º da Emenda Constitucional nº 21, de 18 de março de 1999, que autorizou a União a emitir títulos da dívida pública interna, cujos recursos seriam destinados ao custeio da saúde e da previdência social, em montante equivalente ao produto da arrecadação da contribuição, prevista e não realizada em 1999;³⁷ art. 4º, parágrafo único, incs. I e II, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que estabeleceu tratamento discriminatório entre servidores públicos inativos e pensionistas da União, de um lado, e servidores públicos inativos e pensionistas dos Estados, Distrito Federal e Municípios, de outro lado, para efeito de contribuição previdenciária;³⁸ art. 5º, § 1º, *in fine*, da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que possibilitou a indicação e escolha intempestivas dos nomes dos membros do Conselho Nacional ao Ministério Público da União;³⁹ art. 2º da Emenda Constitucional nº 52, de 8 de março de 2006, que afastou a obrigatoriedade da verticalização das coligações partidárias na eleição que ocorreria a menos de um ano da data de sua vigência;⁴⁰ art. 1º da Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2009, que disciplinou a sistemática de compensação de débitos inscritos em precatórios em proveito exclusivo da Fazenda Pública,⁴¹ e art. 2º da Emenda Constitucional nº 88, de 7 de maio de 2015, que sujeitou à confiança política do Poder Legislativo a permanência no cargo de Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União.⁴²

³³ CORREIA, Inocêncio Serzedelo. *A Revisão Constitucional*. Rio de Janeiro: Companhia Litho-Typographia, 1904, p. 13.

³⁴ GALVÃO, Paulo Braga. Emenda à Constituição. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, nº 1, 1993, p. 252.

³⁵ STF, ADI nº 939/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, J. 15.12.1993, *DJU* 18.3.1994.

³⁶ STF, ADI nº 2.135/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, J. 2.8.2007, *DJU* 7.3.2008.

³⁷ STF, ADI nº 2.031/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, J. 3.10.2002, *DJU* 17.10.2003.

³⁸ STF, ADI nº 3.105/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, J. 18.8.2004, *DJU* 18.2.2005.

³⁹ STF, ADI nº 3.472/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 28.4.2005, *DJU* 10.5.2005.

⁴⁰ STF, ADI nº 3.685/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, J. 22.3.2006, *DJU* 10.8.2006.

⁴¹ STF, ADI nº 4.425/DF, Rel. Min. Luiz Fux, J. 14.3.2013, *DJU* 19.12.2013.

⁴² STF, ADI nº 5.316/DF, Rel. Min. Luiz Fux, J. 21.5.2015, *DJU* 6.8.2015.

4.2 Mutação constitucional

Informalmente, os processos de mudança da Constituição são reunidos sob a epígrafe “mutação constitucional”,⁴³ denominada, outrossim, “transição informal”,⁴⁴ “vicissitude constitucional tácita”⁴⁵ ou “revisão informal do compromisso político”.⁴⁶

Considerando a distinção entre o texto (associações sintagmáticas) e o contexto (associações paradigmáticas, linguísticas ou extralinguísticas), a mutação constitucional, discernida por Paul Laband⁴⁷ e, sobretudo, Georg Jellinek,⁴⁸ é exteriorizada como processo informal, no qual há a alteração do contexto, sem que o texto da Constituição seja modificado, a partir da constatação de que a norma constitucional, conservando o mesmo texto, recebe uma significação diferente, em razão de nova percepção do Direito ou transformação da realidade de fato. De acordo com Hsü Dau-Lin, o fenômeno é identificado pela corrosão e desvalorização das normas afetadas por ele ou, de outro modo, pela incongruência entre as normas constitucionais e a realidade constitucional.⁴⁹

A mutação constitucional, limitada pelas possibilidades semânticas do relato da norma e preservação dos princípios fundamentais que dão identidade à Constituição, é instrumentalizada pela interpretação administrativa ou judicial, bem assim pela atividade legislativa e costumes, com vistas à superação da clássica antinomia entre a normatividade e a faticidade ou realizabilidade, imposta pelo positivismo jurídico.

A interpretação constitucional, como mecanismo de atuação da mutação constitucional em que há a modificação do sentido, alcance e conteúdo da norma, contrariamente ao entendimento preexistente, não se confunde com interpretação construtiva, em que há a ampliação da Constituição para criar uma nova hipótese de incidência não prevista originariamente, e interpretação evolutiva, em que há a aplicação da Constituição a situações que não foram contempladas quando de sua elaboração, por não existirem nem terem sido antecipadas à época, mas que se enquadram nas possibilidades semânticas do texto. A diferença essencial entre uma e outra está no fato de que, na interpretação construtiva, a norma atinge situação fática que poderia ter sido prevista, mas não foi, ao passo que, na interpretação evolutiva, a situação fática não poderia ter sido prevista, mas, se pudesse, deveria ter recebido o mesmo tratamento.

⁴³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 25.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 124.

⁴⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed., vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 131-132.

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1.153.

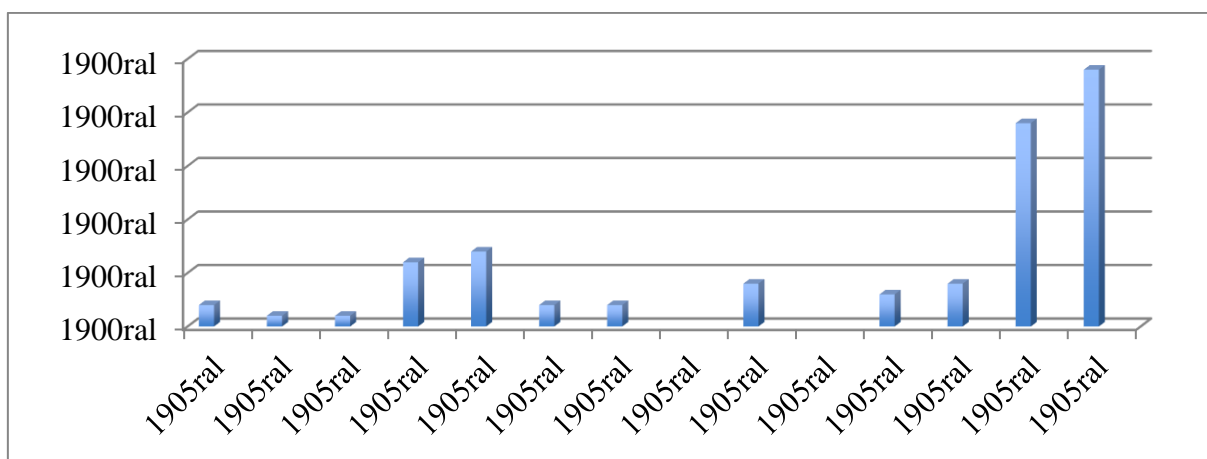
⁴⁷ LABAND, Paul. *Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*. Dresden: Zahn & Jaensch, 1895, p. 21.

⁴⁸ JELLINEK, Georg. *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*. Berlin: Verlag von Haring, 1906, p. 54.

⁴⁹ DAU-LIN, Hsü. *Die Verfassungswandlung*. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1932, p. 29.

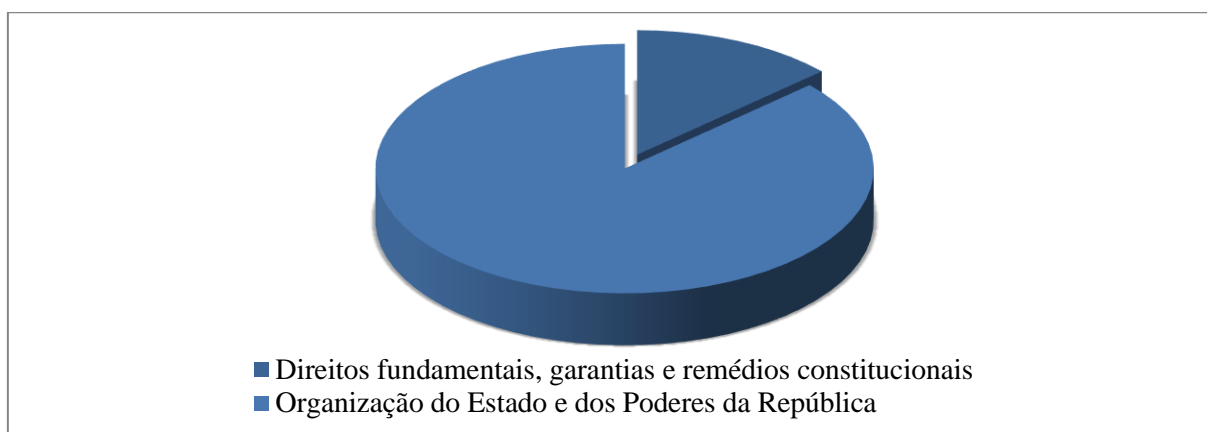
Por ocasião do XXXVIII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Constitucional na Cidade de São Paulo, em 24 de maio de 2018, em comemoração aos trinta anos da Constituição da República,⁵⁰ expusemos que a primeira referência à mutação constitucional, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ocorreu em 25 de agosto de 2005 e, desde então, a Corte aludiu ao instituto em setenta e cinco casos concretos: dois, em 2005; um, em 2006; um, em 2007; seis, em 2008; sete, em 2009; dois, em 2010, dois, em 2011; quatro, em 2013; três, em 2015, quatro, em 2016; dezenove, em 2017, e vinte e quatro, em 2018.

Gráfico 1 – Análise quantitativa



O exame dos casos concretos, sob outra perspectiva, revela que 86,67% dos pronunciamentos dizem respeito à organização do Estado e dos Poderes da República, enquanto que 13,33% dos provimentos do Supremo Tribunal Federal são concernentes aos direitos fundamentais, garantias e remédios constitucionais.

Gráfico 2 – Análise qualitativa



⁵⁰ MORAES, Guilherme Peña de. *A Universalidade dos Direitos Humanos. A ONU e os Organismos Internacionais. O Princípio da Não-Intervenção (Art. 4º, IV) e a Resolução nº 794/1992. Asilo Político. Refugiados* (Palestra proferida no “XXXVIII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional”, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, São Paulo, em 24.5.2018).

Nesse contexto, destacam-se o *habeas corpus* nº 124.306/RJ, no qual as normas veiculadas pelos arts. 124 a 126 do Código Penal, que tipificam o crime de aborto, foram interpretadas conforme o art. 5º, *caput*, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre;⁵¹ recurso extraordinário nº 635.659/SP, no qual é discutido o porte para consumo pessoal de entorpecentes e drogas afins a que se refere o art. 5º, inc. XLIII;⁵² *habeas corpus* nº 82.959/SP, no qual foi assegurada a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena, à luz do art. 5º, inc. XLVI, nas hipóteses de crimes hediondos;⁵³ *habeas corpus* nº 96.772/SP, no qual a ilegitimidade jurídica da decretação da prisão civil do depositário infiel sobre o qual versa o art. art. 5º, inc. LXVII, foi reconhecida pelo Tribunal;⁵⁴ recurso extraordinário nº 778.889/PE, no qual foi asseverada a possibilidade de extensão da licença-gestante, a teor do art. 7º, inc. XVIII, à adotante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;⁵⁵ arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132/RJ, na qual foi discutido o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar de que trata o art. art. 226, § 3º, *initio*,⁵⁶ e recurso extraordinário nº 646.721/RS, no qual a norma ventilada pelo art. 1.790 do Código Civil, que estabelece a diferenciação de regimes sucessórios entre os cônjuges e os companheiros, foi declarada inconstitucional em face do art. 226, § 3º, *in fine*, todos da Constituição da República.⁵⁷

A nosso sentir, o recurso à mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal tem demonstrado cinco características: papel contramajoritário, modelo de bricolagem, intensificação do uso, igualdade de reconhecimento e limite semântico.

Papel contramajoritário, porque a Corte tem decidido sobre questões políticas ou moralmente relevantes que muito dificilmente seriam objeto de proposições submetidas à cognição dos Poderes Legislativo e Executivo, legitimados democraticamente pelo voto popular.

Modelo de bricolagem, porque o Tribunal tem recorrido à mutação constitucional de forma mais ou menos aleatória. Nesse enfoque, os magistrados desenvolvem um trabalho de oferecer razões como um *bricoleur*.

Intensificação do uso, porque a Corte tem aumentado significativamente a utilização da mutação constitucional no último biênio, durante o qual podem ser identificadas 57,33% das decisões que abordam o processo informal de mudança constitucional.

Igualdade de reconhecimento, porque o Tribunal tem recorrido à mutação constitucional em questões que giram em torno de minorias, sua identidade e diferenças,

⁵¹ STF, HC nº 124.306/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 29.11.2016, Inf. 849.

⁵² STF, RE nº 635.659/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 10.9.2015, Inf. 798.

⁵³ STF, HC nº 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 23.2.2006, Inf. 418.

⁵⁴ STF, HC nº 96.772/SP, Min. Celso de Mello, J. 9.6.2009, RTJ 218/327.

⁵⁵ STF, RE nº 778.889/PE, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 10.3.2016, Inf. 817.

⁵⁶ STF, ADPF nº 132/RJ, Rel. Min. Carlos Britto, J. 5.5.2011, Inf. 625.

⁵⁷ STF, RE nº 646.721/RS, Rel. Roberto Barroso, J. 10.5.2017, Inf. 864.

inclusive raciais. Nesse sentido, os magistrados desenvolvem um trabalho de concretizar os direitos fundamentais de grupos vulneráveis.

Limite semântico, porque a Corte tem deliberado, em algumas hipóteses, sobre o sentido, alcance e conteúdo de normas introduzidas no texto constitucional sem, no entanto, apego às possibilidades semânticas do relato da norma constitucional.

5 DESAFIOS

Em meio à revolução da informação, sobrevieram o Direito Constitucional do século XXI e, por via de consequência, os seus desafios e expectativas. O “constitucionalismo pós-moderno”,⁵⁸ em nossa visão, é identificado pela abertura e porosidade, de ordem a permitir relações horizontais entre os intérpretes da Constituição, livres e iguais.

Fixados os alicerces do “novo paradigma jurídico”,⁵⁹ os operadores do Direito Constitucional têm enfrentado os desafios resultantes, em grande medida, (i) da utilização das redes sociais para a convocação de manifestações populares, sob a perspectiva nacional, ou elaboração participativa de normas constitucionais, (ii) do protagonismo judicial-processual, valorização da atividade do juiz ou ascensão institucional do Poder Judiciário que, por causa da judicialização de relações de natureza social e política, opera o efeito do ativismo judicial, e (iii) da configuração de direitos humanos ainda não existentes, ou redimensionamento de valores já postulados, sob a perspectiva global.

À guisa de sistematização, as reflexões a que nos propusemos foram divididas em três expectativas. A primeira é relativa à teoria da Constituição, com destaque para o papel das novas tecnologias de informação e comunicação na sociedade em rede (*new information and communication technologies*). A segunda é remetida à teoria do Estado, com ênfase para os diálogos constitucionais entre Poderes e supremacia do Judiciário (*constitutional dialogues and judicial supremacy*). A terceira é respeitante à teoria dos direitos fundamentais, com o fenômeno da nova trilogia de valores democráticos da segurança, diversidade e solidariedade ao invés da liberdade, igualdade e fraternidade (*new trilogy of democratic values*).

5.1 Constituição participativa, sociedade em rede e manifestações populares

Depois da Primavera Árabe, *Occupy Wall Street* e Indignação Espanhola, o Brasil. Em junho de 2013, cerca de trezentas e cinquenta Municipalidades foram palco de manifestações populares que demonstraram a crise de representatividade na sociedade contemporânea. A força

⁵⁸ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Os Direitos Fundamentais em Tempos de Neoconstitucionalismo*. v. III. 660 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2006.

⁵⁹ FIGUEROA, Alfonso García. Teorias de Direito Neoconstitucionalistas. *Anuário de Filosofia do Direito*, nº 1, 2002, p. 337-339.

dos protestos das redes sociais⁶⁰ que tomaram as ruas do País levou-nos ao exame das características e, sobretudo, das causas e efeitos da “revolução brasileira” que ora vem a lume.

5.1.1 Causas

Em que pese as mais diversas causas econômicas, políticas e sociais, fomentou as manifestações populares o redimensionamento do papel da *internet*.

A rede de computadores em interconexão deixou de ser apenas uma nova tecnologia de informação e passou a ser, ultimamente, um instrumento para organização social, que pode desencadear a reunião de pessoas. Nesse sentido, as manifestações populares giram em torno de valores culturais, de molde que a reunião pode servir de mecanismo de expressão do descontentamento dos usuários da comunidade virtual, com a finalidade de capturar as mentes, e não o poder do Estado.

O reposicionamento da *internet* é comprovado, na linha de raciocínio que desenvolvemos, pela elaboração colaborativa de normas constitucionais que provém da Europa Nórdica ou Setentrional. Por conta de manifestações populares no ano de 2008, o governo da Islândia houve por bem instituir um conselho constitucional. Desde o mês de janeiro de 2011, o *Stjórnlagaráð* utilizou as redes sociais para divulgação do anteprojeto e recebimento de sugestões, tendo sido a constituição participativa, no dia 20 de outubro de 2012, referendada por 66,9% dos cidadãos islandeses.⁶¹

5.1.2 Características

As manifestações populares na era da “sociedade em rede” de que trata Manuel Castells são caracterizadas pela diluição da liderança, origem nas localidades e pluralidade de reivindicação.

Diluição da liderança, dado que não há uma estrutura hierarquizada nos protestos que permita a identificação dos líderes e dos liderados.

Origem nas localidades, eis que há um aumento, gradual e constante, do espectro de irradiação das manifestações populares, que perpassam os territórios dos Municípios, Distrito Federal e Estados e ressoam pela Federação.

⁶⁰ As redes sociais são estruturas de pessoas ou organizações que se mantêm conectadas pela identidade de valores e, de acordo com o nível de operação, podem ser formadas como redes de relacionamentos (e.g.: *Facebook* e *Instagram*) e, bem assim, redes profissionais (p.e.: *LinkedIn*) e redes políticas (v.g.: *PoliticaBook*). SCOTT, John. *Social Networks*. 3ª ed. Thousand Oaks: SAGE Publications, 2012, p. 11.

⁶¹ EVANS-PRITCHARD, Ambrose. Angry Iceland defies the World. *The Telegraph*, 6.1.2010, p. 6; FLOCK, Elizabeth. Iceland crowdsources its Next Constitution. *The Washington Post*, 10.6.2011, p. 11; JÓNSDÓTTIR, Birgitta. Lessons from Iceland. *The Guardian*, 15.11.2011, p. 10, e MORRIS, Harvey. Crowdsourcing Iceland's Constitution. *The New York Times*, 24.10.2012, p. 7.

Pluralidade de reivindicação, posto que não há uma identidade de pensamento entre os agentes dos protestos, que se mantêm unidos por causas, e não por ideologias, que lhes sejam comuns.⁶²

5.1.3 Efeitos

As manifestações protrairão no tempo, a nosso ver, a reaproximação entre a sociedade e a política, uma vez que a primeira se absteve da política, à medida que a última alheou-se da sociedade.

Afastou-se a sociedade da política, que não era vista como espaço público de expressão da opinião de homens e mulheres, em que devem prevalecer os melhores argumentos.

Afastou-se a política da sociedade, que não era vista como organização de pessoas portadoras de insatisfações ou descontentamentos.

Os lineamentos da reconciliação da sociedade e política estão dispostos na reforma constitucional dos direitos políticos, causas de inelegibilidade, sistemas de eleição e partidos políticos sobre a qual delibera a atual legislatura do Congresso Nacional do Brasil.⁶³

5.2 Estado contemporâneo, judicialização da política e ativismo judicial

O papel invasivo do direito, na sociedade contemporânea, é determinado pela invasão do direito tanto nas relações sociais – “judicialização da sociedade”⁶⁴ – quanto nos poderes republicanos – “judicialização da política”.⁶⁵

5.2.1 Papel invasivo do Direito

Com efeito, a judicialização da sociedade deriva da intervenção do direito na sociabilidade, com a regulação das práticas sociais. O Poder Judiciário é exposto, sem nenhum tipo de mediação, dentro dessa lógica de raciocínio, às expectativas por cidadania de setores

⁶² CASTELLS, Manuel. *Rise of the Network Society. The Information Age: economy, society and culture*. v. I. Malden: Wiley-Blackwell, 1996, p. 371; *The Power of Identity. The Information Age: economy, society and culture*. v. II. Malden: Wiley-Blackwell, 1997, p. 166, e *End of Millennium. The Information Age: economy, society and culture*. v. III. Malden: Wiley-Blackwell, 1998, p. 371.

⁶³ CABRAL, Otávio. O Poder Acuado. *Revista Veja*, 26.6.2013, p. 67; VASSALLO, Cláudia. A República do Grito. *Exame*, 26.6.2013, p. 55; FORESTI, Thiago. Um Anarquismo Organizado. *Carta Capital*, 30.6.2013, p. 51, e BRUM, Eliane. Também somos o Chumbo das Balas. *Época*, 1º.7.2013, p. 25.

⁶⁴ FRIEDMAN, Lawrence M.; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *Legal Culture in the Age of Globalization*. Redwood City: Stanford University Press, 2003, p. 64.

⁶⁵ SHAPIRO, Martin M.; SWEET, Alec S. *On Law, Politics and Judicialization*. Cary: Oxford University Press, 2002, p. 55.

socialmente emergentes. A Justiça, como “guardiã das promessas democráticas” ainda não realizadas durante a modernidade, é convertida em “lugar em que se exige a realização da democracia”, na nomenclatura a que se refere Antoine Garapon.⁶⁶

Demais disso, a judicialização da política exsurge da intervenção do direito nas instituições, com o reconhecimento, antes, de um novo padrão de configuração do Poder Judiciário e, depois, de um novo padrão de relacionamento entre os Poderes do Estado. No novo padrão de configuração, ao Poder Judiciário é atribuído o poder de elaborar o direito, a partir do esvaziamento progressivo da supremacia legislativa e, por conseguinte, da transposição de poder do Legislativo para o Judiciário. O deslocamento do centro de gravidade revela a evolução de um sistema jurídico monocêntrico para outro policêntrico, no qual toda a produção normativa não está alocada na legislatura eleita.⁶⁷ No novo padrão de relacionamento, o Poder Judiciário, instituição estratégica nas democracias de hoje, impondo-se, entre os dois Poderes do Estado, como ator político e parceiro no processo decisório, é convocado ao exercício de novos papéis constitucionais.⁶⁸ A judicialização da política no Brasil, não pode ser negado, é revestida de natureza dúplice, eis que, de um lado, as minorias parlamentares demandam a intervenção do Poder Judiciário contra a vontade da maioria (defesa das minorias), ao tempo em que, de outro lado, os agentes institucionais, como, por exemplo, o Poder Executivo e o Ministério Público demandam a intervenção do Poder Judiciário contra a representação parlamentar, com vistas à racionalização do governo (defesa da sociedade).

5.2.2 Criação judicial do Direito

O efeito da judicialização da sociedade e da política pode ser traduzido pela participação mais intensa do Poder Judiciário na atividade intelectual de concretização dos valores constitucionais ou, de outra forma, maior interferência do Judiciário no espaço de atuação dos outros Poderes do Estado,⁶⁹ no contexto do ativismo judicial, desenhado como método de criação autônoma do Direito *extra legem*, porém *intra ius*.⁷⁰

O debate norte-americano acerca do ativismo (*judicial activism*) e a autocontenção judicial (*self-restraint*) gira em torno de uma questão de calibragem da atividade dos juízos e tribunais, sendo evidente que, na história da Suprema Corte dos Estados Unidos, os conceitos desenvolveram uma trajetória pendular.

⁶⁶ GARAPON, Antoine. *Le Gardien des Promesses. Justice et Démocratie*. Paris: Odile Jacob, 1996, p. 20 e 45.

⁶⁷ DRESSEL, Björn. *Judicialization of Politics*. New York: Routledge, 2012, p. 15.

⁶⁸ POPOVA, Maria. *Politicized Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 26.

⁶⁹ AMAR, Akhil R. *America's Unwritten Constitution*. New York: Basic Books, 2012, p. 95.

⁷⁰ A expressão “ativismo judicial” pode ser outorgada a Arthur Schlesinger Junior que, ao analisar o perfil dos juízes da Suprema Corte norte-americana em 1947, identificou os “ativistas judiciais” – *Justices* Hugo Black, William O. Douglas, Frank Murphy e Wiley B. Rutledge, Jr. –, os “campeões do autocontrole” – *Justices* Felix Frankfurter, Robert H. Jackson e Harold Burton – e o “grupo intermediário” – *Justice* Stanley F. Reed, sob a liderança do *Chief Justice* Stanley F. Reed. SCHLESINGER JUNIOR, Arthur. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, 1º.1.1947, p. 202-208.

Temos que o ativismo e a autocontenção judicial são iluminados por cinco padrões ou *standarts* mínimos, a saber: (i) discriminação ou preconceito – ativismo ou autocontenção judicial conforme a questão envolva, ou não, minorias objeto de discriminação ou preconceito;⁷¹ (ii) deliberação popular – ativismo ou autocontenção judicial consoante a maior ou menor deliberação popular sobre a matéria; (iii) funcionamento da democracia – ativismo ou autocontenção judicial conforme a questão envolva, ou não, pressupostos para o funcionamento da democracia;⁷² (iv) capacidade técnica – ativismo ou autocontenção judicial consoante a maior ou menor capacidade técnica de resolução do litígio e, ao final, (v) direitos de gerações futuras – ativismo ou autocontenção judicial conforme a questão envolva, ou não, direitos de gerações futuras.⁷³

5.3 Direitos fundamentais, transferência de renda e inclusão social

As investigações científicas em torno dos direitos fundamentais das pessoas, naturais e jurídicas, nos sistemas contemporâneos, têm respondido aos valores da “segurança, diversidade e solidariedade”, que são reportados por Erhard Denninger,⁷⁴ ao inverso da trilogia “liberdade, igualdade e fraternidade”, que pode ser remontada a doutrina la boétiana.⁷⁵

5.3.1 Segurança

Por um lado, ao invés da liberdade, o novo Direito Constitucional é endereçado à garantia do direito à segurança das pessoas, livres em si.⁷⁶

Quid inde, a persecução da criminalidade interregional ensejou o cooperativismo federativo, no ambiente da Força Nacional de Segurança Pública, por meio de operações conjuntas, transferências de recursos financeiros e desenvolvimento de atividades de capacitação e qualificação de profissionais.⁷⁷ Igualmente, a persecução da criminalidade internacional motivou o repúdio ao delito de terrorismo, a fim de prevenir e reprimir os atos de

⁷¹ ROOSEVELT, Kermit. *The Myth of Judicial Activism*. New Haven: Yale University Press, 2006, p. 37.

⁷² FORTE, David. *The Supreme Court in American Politics: judicial activism vs. self-restraint*. Lexington: Heath, 1972, p. 17.

⁷³ TAKANO, Mikiyoshi. *A Comparative Study of Self-Restraint in American Courts*. Tokyo: Shinzansha Publishing, 1992, p. 51.

⁷⁴ DENNINGER, Erhard. Sicherheit – Vielfalt – Solidarität: Ethisierung der Verfassung?. In: PREUß, Ulrich (Org.). *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen*. Frankfurt am Main: Fischer Verlag, 1994, p. 96.

⁷⁵ LA BOÉTIE, Étienne de. Discours de la Servitude Volontaire. In: BARNAUD, Nicolas (Org.). *Le Réveille-Matin des Français*. Genève: L'imprimerie de Jaques James, 1574, p. 11.

⁷⁶ GOOLD, Benjamin J. *Security and Human Rights*. Portland: Hart Publishing, 2007, p. 45.

⁷⁷ SANTIN, Valter F. *Controle Judicial da Segurança Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 34.

violência, física ou psíquica, que, perpetrados por indivíduos, ou mesmo por organizações, provoquem o medo, coajam os governos ou intimidem a sociedade.⁷⁸

5.3.2 *Diversidade*

Por outro lado, ao inverso da igualdade, o Direito Constitucional do século XXI está focado na garantia do direito à diversidade das pessoas, livres e iguais entre si.⁷⁹

Não se restringe o “direito a ser diferente” à homossexualidade, cirurgias de mudança de sexo e recusa aos tratamentos médicos que levem à morte.⁸⁰ A diversidade, da forma como a percebemos, tem a ver com distintas categorias, classes ou grupos de pessoas naturais ligadas entre si por uma origem cultural, étnica, geográfica, institucional, linguística, política, religiosa ou social e, bem assim, diferentes culturas organizacionais que, no mercado corporativo, distinguem algumas pessoas jurídicas de todas as outras.⁸¹

5.3.3 *Solidariedade*

Por último, as ações governamentais de assistência social que se nos afiguram indissociáveis do direito à solidariedade, especialmente nos países de “modernidade tardia”,⁸² são operacionalizadas por programas oficiais de transferência de renda em favor de entidades familiares em situação de pobreza, com vistas à inclusão social e acesso delas aos serviços públicos.⁸³

A transferência de renda pode ser executada, com a fixação de condicionalidade(s), ou não, por atos administrativos e de gestão necessários à execução orçamentária e financeira das dotações alocadas nos programas governamentais, observados a participação comunitária, a intersetorialidade e o controle social.⁸⁴

Ao investir recursos públicos, os programas oficiais têm por objeto o combate à fome e à pobreza, a garantia da segurança alimentar e nutricional e do acesso universal à rede dos serviços públicos, em especial, saúde e educação, e a promoção da emancipação sustentada das famílias beneficiárias e da sinergia das ações sociais do Poder Público.⁸⁵

⁷⁸ DYSON, William E. *Terrorism*. 4ª ed. Waltham: Anderson Publishing, 2012, p. 19.

⁷⁹ CHURCHILL, Robert P. *Human Rights and Diversity*. New Jersey: Pearson, 2005, p. 54.

⁸⁰ LORENZETTI, Ricardo L. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 154.

⁸¹ SCHEIN, Edgar H. *Organizational Culture*. 4ª ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2010, p. 7.

⁸² GIDDENS, Anthony. *Modernity and Self-Identity*. Redwood City: Stanford University Press, 1991, p. 32.

⁸³ MACEDO, Myrtes. *Transferência de Renda*. São Paulo: Loyola, 2004, p. 37.

⁸⁴ MITCHELL, Deborah. *Income Transfers*. Aldershot: Avebury, 1991, p. 124.

⁸⁵ A teoria dos novos direitos fundamentais sob as perspectivas da segurança, diversidade e solidariedade não se revela compatível com a teoria do fim dos direitos, que defende “a perda do fim utópico dos direitos fundamentais quando eles deixaram de ser o discurso e prática da resistência contra as opressões e dominações públicas e

6 CONCLUSÃO

A título de conclusão, os estudos de Direito Constitucional contemporâneo desvelam as linhas de pesquisa de tendência à globalização do Direito Constitucional (*globalization of Constitutional Law*), de natureza global, e ao Direito Constitucional sem Constituição (*Constitutional Law without Constitution*), de natureza nacional.

6.1 Globalização do Direito Constitucional

A tese da “globalização do Direito Constitucional” sobre a qual se debruça Mark Tushnet⁸⁶ é evidenciada pela hibridação dos sistemas de Direito e, mais ostensivamente, pelo uso persuasivo dos precedentes estrangeiros por tribunais constitucionais e cortes supremas.

Não obstante o “provincianismo”⁸⁷ dos juízes nacionais e, por via de consequência, sua indiferença para com a propagação do “constitucionalismo mundial”,⁸⁸ doutrinadores, reiterada e sistematicamente, acentuam a interpenetração dos domínios da *Civil Law* e da *Common Law*, transparecida pela absorção de elementos de ordens de origem anglo-saxônica pelo Direito romano-germânico, como, por exemplo, no processo civil, as ações coletivas e a eficácia vinculante, e, no processo penal, a transação penal e a suspensão condicional do processo, e pela adoção de elementos de ordens de origem romano-germânica pelo Direito anglo-saxônico, como, por exemplo, as *CPR – Civil Procedure Rules*, de 26 de abril de 1999, que disciplinam o processo judicial na Inglaterra e País de Gales, e o *CRA – Constitutional Reform Act*, de 24 de março de 2005, que institucionalizou a Suprema Corte do Reino Unido.

Há de ser enfatizado que, como os intérpretes de Constituição estão a falar uns com os outros em todo mundo, as diferenças culturais e históricas e, sobretudo, a identidade nacional de cada Estado não são hábeis a justificar a repulsa à utilização do Direito estrangeiro pelos tribunais constitucionais e cortes supremas, à luz dos fenômenos da transnacionalização jurídica e, principalmente, do “transjudicialismo”.⁸⁹

6.2 Direito Constitucional sem Constituição

Como o Direito brasileiro é aberto, dinâmico e suscetível de interagir com outros ordenamentos jurídicos da *Common Law*, a tese do “Direito Constitucional sem Constituição”

privadas e passaram a ser um instrumento de política externa das grandes potências do momento”. DOUZINAS, Costas. *The End of Human Rights*. Portland: Hart Publishing, 2000, p. 183-185.

⁸⁶ TUSHNET, Mark. The Inevitable Globalization of Constitutional Law. *Virginia Journal of International Law*, n° 49, 2009, p. 985.

⁸⁷ MCFADDEN, Patrick T. Provincialism in United States Courts. *Cornell Law Review*, n° 81, 1995, p. 4.

⁸⁸ ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. *Virginia Law Review*, n° 83, 1997, p. 771.

⁸⁹ SLAUGHTER, Anne M. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*, n° 29, 1994, p. 100.

difundida, sobretudo, pela obra de Lino Graglia⁹⁰ é exposta pelo “processo de desaparecimento da Constituição”, por força do distanciamento do intérprete, por via interpretativa, do texto constitucional de natureza formal, no qual os magistrados são trazidos para o primeiro plano da vida pública.

Unicuique autem nostrum, destinatário da atividade jurisdicional de concretização da Constituição, está a testemunhar o processo de metamorfose do Direito Constitucional: a justiça constitucional, convocada a defender a Constituição, informalmente a modifica

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. *Virginia Law Review*, n° 83, 1997.
- AMAR, Akhil R. *America's Unwritten Constitution*. New York: Basic Books, 2012.
- APPIO, Eduardo Fernando. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2004.
- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. Os Grandes Movimentos Atuais de Política Criminal. *Fascículos de Ciências Penais*, n° 9, 1988.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito Civil na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- BRUM, Eliane. Também somos o Chumbo das Balas. *Época*, 1º.7.2013.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CABRAL, Otávio. O Poder Acuado. *Revista Veja*, 26.6.2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

⁹⁰ GRAGLIA, Lino. How the Constitution Disappeared. In: RAKOVE, Jack N. (Org.). *Interpreting the Constitution: the debate over original intent*. Boston: Northeastern University Press, 1994, p. 38.

CASTELLS, Manuel. *Rise of the Network Society. The Information Age: economy, society and culture*. v. I. Malden: Wiley-Blackwell, 1996.

CASTELLS, Manuel. *The Power of Identity. The Information Age: economy, society and culture*. v. II. Malden: Wiley-Blackwell, 1997.

CASTELLS, Manuel. *End of Millennium. The Information Age: economy, society and culture*. v. III. Malden: Wiley-Blackwell, 1998.

CASTRO, Raimundo. *A Nova Constituição Brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Direito Penal na Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CHURCHILL, Robert P. *Human Rights and Diversity*. New Jersey: Pearson, 2005.

COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the Constitutional Limitations which rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*. 3ª ed. Boston: Little, Brown & Company, 1874.

CORREA, Oscar Dias. *A Constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

CORREIA, Inocêncio Serzedelo. *A Revisão Constitucional*. Rio de Janeiro: Companhia Litho-Typographia, 1904.

DAU-LIN, Hsü. *Die Verfassungswandlung*. Berlin Walter de Gruyter & Co., 1932.

DENNINGER, Erhard. Sicherheit – Vielfalt – Solidarität: Ethisierung der Verfassung?. In: PREUß, Ulrich (Org.). *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen*. Frankfurt am Main: Fischer Verlag, 1994.

DOUZINAS, Costas. *The End of Human Rights*. Portland: Hart Publishing, 2000.

DRESSEL, Björn. *Judicialization of Politics*. New York: Routledge, 2012.

DUARTE, José. *A Constituição Brasileira de 1946*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947.

DYSON, William E. *Terrorism*. 4ª ed. Waltham: Anderson Publishing, 2012.

EVANS-PRITCHARD, Ambrose. Angry Iceland defies the World. *The Telegraph*, 6.1.2010.

FAVOREU, Loius. La Constitutionalization du Droit. In: AUBY, Jean-Bernard (Org.). *L'Unité du Droit: mélanges en hommage a Roland Drago*. Paris: Economica, 1996.

FAVOREU, Loius. Le Droit Constitutionnel, Droit de la Constitution et Constitution du Droit. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, nº 1, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Reconstrução da Democracia*. São Paulo: Saraiva,

1979.

FIGUEROA, Alfonso García. Teorias de Direito Neoconstitucionalistas. *Anuário de Filosofia do Direito*, nº 1, 2002.

FLOCK, Elizabeth. Iceland crowdsources its Next Constitution. *The Washington Post*, 10.6.2011.

FORESTI, Thiago. Um Anarquismo Organizado. *Carta Capital*, 30.6.2013.

FORTE, David. *The Supreme Court in American Politics: judicial activism vs. self-restraint*. Lexington: Heath, 1972.

FRIEDMAN, Lawrence M. et al. *Legal Culture in the Age of Globalization*. Redwood City: Stanford University Press, 2003.

GALVÃO, Paulo Braga. Emenda à Constituição. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, nº 1, 1993.

GARAPON, Antoine. *Le Gardien des Promesses. Justice et Démocratie*. Paris: Odile Jacob, 1996.

GARCIA, Maria. *Constitucionalismo Contemporâneo – questões fundamentais da teoria da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2014.

GIDDENS, Anthony. *Modernity and Self-Identity*. Redwood City: Stanford University Press, 1991.

GOOLD, Benjamin J. *Security and Human Rights*. Portland: Hart Publishing, 2007.

GRAGLIA, Lino. How the Constitution Disappeared. In: RAKOVE, Jack N. (Org.). *Interpreting the Constitution: the debate over original intent*. Boston: Northeastern University Press, 1994.

GUIMARÃES, Ulysses Silveira. Discurso proferido pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, na Sessão Solene de Promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, nº 100, 1988.

JELLINEK, Georg. *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*. Berlin: Verlag von Haring, 1906.

JÓNSDÓTTIR, Birgitta. Lessons from Iceland. *The Guardian*, 15.11.2011.

LABAND, Paul. *Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*. Dresden: Zahn & Jaensch, 1895.

LA BOÉTIE, Étienne de. Discours de la Servitude Volontaire. In: BARNAUD, Nicolas (Org.). *Le Réveille-Matin des Français*. Genève: L'imprimerie de Jaques James, 1574.

LEAL, Aurelino de Araújo. *História Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1915.

LEAL, Aurelino de Araújo. *Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira*. Rio de Janeiro: F. Briguet, 1925.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto*. 3ª ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1976.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Princípios Penais Constitucionais: o sistema das constantes constitucionais. *Revista dos Tribunais*, nº 779, 2000.

LORENZETTI, Ricardo L. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOTUFO, Renan. *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

LUIZI, Luis. *Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MACEDO, Myrtes. *Transferência de Renda*. São Paulo: Loyola, 2004.

MATTOS, Hebe Maria. *Escravidão e Cidadania no Brasil Monárquico*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

MCFADDEN, Patrick T. Provincialism in United States Courts. *Cornell Law Review*, nº 81, 1995.

MCILWAIN, Charles H. *Constitutionalism: ancient and modern*. Ithaca: Cornell University Press, 1940.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed., vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MIRANDA, Jorge. *O Constitucionalismo Luso-Brasileiro*. Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, 2001.

MITCHELL, Deborah. *Income Transfers*. Aldershot: Avebury, 1991.

MONCLAIRE, Stéphane. *A Constituição Desejada*. v. I. Brasília: Senado Federal, 1991.

MONCLAIRE, Stéphane. As Grandes Características do Último Processo Constituinte Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, nº 179, 2008.

MORAES, Guilherme Peña de. Desafios e Expectativas do Direito Constitucional do Século XXI. In: RIBEIRO, Raisal Duarte; COSTA, Rodrigo de Souza; VIDAL, Adriana de Oliveira (Orgs.). *Temas Contemporâneos de Direitos Humanos*. São Paulo: LiberArs, 2017.

MORAES, Guilherme Peña de. *A Universalidade dos Direitos Humanos. A ONU e os Organismos Internacionais. O Princípio da Não-Intervenção (Art. 4º, IV) e a Resolução nº 794/1992. Asilo Político. Refugiados* (Palestra proferida no “XXXVIII Congresso Brasileiro

de Direito Constitucional”, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, São Paulo, em 24.5.2018).

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, nº 779, 2000.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Os Direitos Fundamentais em Tempos de Neoconstitucionalismo*. v. III. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2006.

MORRIS, Harvey. Crowdsourcing Iceland's Constitution. *The New York Times*, 24.10.2012.

NICOLAU, Jairo. *Eleições no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

POPOVA, Maria. *Politicized Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

REALE, Miguel. *Parlamentarismo Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

ROCHA, Francisco da. *Constituição do Estado Novo*. Porto Alegre: Barcellos, Bertaso & Cia., 1940.

RODRIGUES, José Carlos. *Constituição Política do Império do Brasil seguida do Acto Adicional, da Lei da Sua Interpretação e de Outras*. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1863.

ROOSEVELT, Kermit. *The Myth of Judicial Activism*. New Haven: Yale University Press, 2006.

SANTIN, Valter F. *Controle Judicial da Segurança Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHEIN, Edgar H. *Organizational Culture*. 4ª ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2010.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Presidencialismo de Coalizão: contexto, formação e elementos na democracia brasileira*. Curitiba: Juruá, 2017.

SCHLESINGER JUNIOR, Arthur. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, 1º.1.1947.

SCOTT, John. *Social Networks*. 3ª ed. Thousand Oaks: SAGE Publications, 2012.

SHAPIRO, Martin M. et al. *On Law, Politics and Judicialization*. Cary: Oxford University Press, 2002.

SILVA, Hélio. *1938 – Terrorismo em Campo Verde*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1971.

SLAUGHTER, Anne M. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*, n° 29, 1994.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e Fundamentalismo na Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, n° 8, 2008.

TAKANO, Mikihisa. *A Comparative Study of Self-Restraint in American Courts*. Tokyo: Shinzansha Publishing, 1992.

TAVARES, Francisco Muniz. *História da Revolução de Pernambuco em 1817*. Recife: Instituto Arqueológico, Histórico e Geográfico Pernambucano, 1917.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TUSHNET, Mark. The Inevitable Globalization of Constitutional Law. *Virginia Journal of International Law*, n° 49, 2009.

VASSALLO, Cláudia. A República do Grito. *Exame*, 26.6.2013.

VIERA, José Ribas. *Teoria da Mudança Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.