

**CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO:  
AS MATÉRIAS CONSTITUCIONAIS  
E INFRACONSTITUCIONAIS SÃO UMA HERANÇA  
LIBERAL DE TÉCNICA DE DEFESA?**

**CONSTITUTIONALISM BRAZIL:  
THE CONSTITUTIONAL MATTERS AND INFRA  
ARE A DEFENSE TECHNIQUE LIBERAL HERITAGE?**

**Pedro Henrique Savian Bottizini\***  
**Letycia Spínola Fontes Roggero\*\***

*Na verdade, duvido que haja, para o ser pensante,  
minuto mais decisivo do que aquele em que, caindo-lhe  
a venda dos olhos, descobre que não é um elemento perdido  
nas oscilações cósmicas, mas que uma universal  
vontade de viver nele converge e se hominiza.*

*O Homem, não centro estático do Mundo –  
como ele se julgou durante muito tempo, mas  
eixo e flecha da evolução – o que é muito mais belo.*

*Teilhard de Chardin*

**RESUMO**

O presente trabalho tem como objetivo explicar objetivamente as raízes da Constituição, adentrando na Constituição brasileira marcadamente

- 
- \* Professor de Direito, mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo, Araçatuba, São Paulo, Área de concentração: Prestação Jurisdicional no Estado Democrático de Direito; linha de pesquisa em Tutela Jurisdicional dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho com formação para magistério superior pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Correspondência para/Correspondence to: Rua Mato Grosso, 26, apto. 504, Bairro: Três Poderes, Imperatriz/MA, CEP: 65903-050. E-mail: pedrobottizini@hotmail.com. Telefone: (99) 99191-1133.
- \*\* Psicóloga formada pela Universidade de Cuiabá – UNIC e Advogada, formada pela Faculdade de Imperatriz – FACIMP. Correspondência para/Correspondence to: Rua Sergipe, 121, casa 3, Bairro: Três Poderes, Imperatriz/MA, CEP: 65903-000. E-mail: letyciarogger@gmail.com. Telefone: (99) 98115-9587.

por matérias infraconstitucionais em larga escala e a contribuição da democracia e do liberalismo que impregnou o pensamento constitucionalista. Examina a ideia de ordem como previsibilidade e o individualismo se tornaram premissas do Estado Brasileiro, historicamente, e que permanecem ainda hoje, em contraste com os ideais de um pretensão Constitucionalismo social moderno. Como conclusão, revela-se a necessidade de revisão do pensamento sobre Estado e Constituição para resolver contradições entre as velhas estruturas liberais e os novos conteúdos sociais. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo com pesquisa bibliográfica exploratória e descritiva aliada a técnicas de investigação empírica na doutrina brasileira sob o enfoque da abrangência da Constituição.

**Palavras-chave:** Constituição; Liberalismo; Matéria infraconstitucional; Historicamente; Democracia.

#### ABSTRACT

This study aims to explain objectively the roots of the Constitution. Entering the Brazilian Constitution markedly by infra-scale materials and the contribution of democracy and liberalism that permeated the constitutionalist thought. Examines the idea of order and predictability and individualism have become premises of the Brazilian State, historically, and remain today, in contrast to the ideals of a modern Social Constitutionalism alleged. In conclusion, reveals the need for revision of thinking about state and Constitution, to resolve contradictions between the old liberal structures and new social content. Thus, the deductive method with exploratory and descriptive literature combined with techniques of empirical research in the Brazilian doctrine from the stand point Constitution scope was used.

**Keywords:** Constitution; Liberalism; Matter infra; Historically; Democracy.

#### INTRODUÇÃO

A metodologia a ser utilizada, será a do lógico dedutivo e a pesquisa doutrinária, legislativa e a on-line. Procurando oferecer uma sustentabilidade bibliográfica ao material produzido, com enfoque em constituições federais.

O trabalho realiza uma pesquisa das constituições anteriores à de 1988 para estudar a origem da atual Constituição Federal e entender o motivo de se não apenas não apenas encontrarem em matérias constitucionais, mas também as infraconstitucionais.

Em épocas mais remotas, por volta de (V a III a.C.) as Constituições eram maleáveis, havia uma estrutura de governo passível de ser modificada da maneira mais simples e rápida. As massas detinham poderes, manifestado através de si próprio como dono, e tudo sendo governado mediante votações por meio dos tribunais, nos quais o povo é soberano.

Nesse sentido, Gisela Maria Bester<sup>1</sup>, alude ao constitucionalismo grego na Antiguidade Clássica, afirmando não se resumia a uma vontade natural, e sim a uma questão de alma. O presente trabalho, podemos constatar que naquela época, a Constituição apenas retratava a organização da sociedade como algo natural, não havendo um poder na sociedade que criasse deliberadamente uma Constituição, eis que não havia diferença entre Estado e sociedade civil. Os patriarcas eram livres, devendo obedecer apenas a lei de Deus. A democracia constitucional se constituía na plena identidade entre governantes e governados. Naquele contexto, os cargos públicos eram acessíveis a todos os cidadãos ativos, dado que não se exigia nenhuma qualificação especial, exceto para realização de atividades técnicas.

À democracia importa, prioritariamente, discutir o fundamento e o exercício do poder pelo povo, sendo a regra da maioria um dos instrumentos essenciais para a realização da vontade democrática, já o constitucionalismo se preocupará com os limites do poder, seja ele exercido pelo rei ou pelo povo. A democracia pode ser compreendida como um sistema político que leva em consideração a vontade de todos os cidadãos no processo de formação da vontade política, especialmente das normas jurídicas, que a todos vincularão.

Convém, no entanto, adentrar na ideia do grande mestre Kildare Gonçalves Carvalho<sup>2</sup>, sobre a democracia grega com um pensamento constitucional do século XVIII. A ordem jurídica dispensava o mesmo tratamento a todos os cidadãos, conferindo-lhes iguais direitos. A Grécia abolia os títulos e funções hereditárias, possibilitando a todos os cidadãos o exercício das funções públicas, sem outros requisitos que não o merecimento, a honradez e a confiança depositada no administrador pelos cidadãos. Esse período clássico da civilização grega não se aproxima da concepção de democracia inserida no liberalismo dos modernos: falta-lhe o princípio da igualdade; inexistente o conceito de sufrágio universal, pois, do exercício das decisões políticas e das assembleias, eram excluídos os estrangeiros e os escravos, já que a liberdade e participação ficavam restritas aos cidadãos livres.

É impossível desmembrar o constitucionalismo de suas raízes valorativas tanto quanto neutralizá-la perante as correntes de ideias que fazem a eficácia, a vida e o significado de seus preceitos. Dessa forma, compreende-se que o Poder Constituinte tem raízes na Antiguidade, pois, na medida em que as comunidades iam se formando, fazia-se necessário o estabelecimento de normas fundamentais de organização.

---

<sup>1</sup> BESTER, Gisela Maria. *Direitos constitucional: fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005, p. 33.

<sup>2</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 29.

Com base nessas considerações, Norberto Bobbio<sup>3</sup>, em sua obra *A era do direito*, destaca com exatidão a figura da relação de poderes por meio por meio de metáforas que iluminam bem outro ponto de vista.

Se o governante é o pai, a figuração do Estado se se assemelha a uma família ampliada e, portanto, do soberano como pai do seu povo; na literatura política, os súditos são comparados aos filhos que devem obedecer às ordens do pai porque ainda não alcançaram a idade da razão e não podem regular por si mesmos suas ações.

Enquanto os indivíduos eram considerados como originariamente membros de um grupo social natural como a família, eram um grupo organizado hierarquicamente; não nasciam livres, já que eram submetidos à autoridade paterna, nem iguais, já que a relação entre pai e filho é a de um superior com um inferior.

## A ORIGEM E A FORMAÇÃO CONSTITUCIONAL

É de extrema importância fazer referência ao surgimento, no século XVI, alcançando maiores relevos no século XVIII, das doutrinas do Contrato Social. Não obstante as divergências entre os autores que tratavam do tema entre os autores que tratavam do tema quanto à fundamentação do contrato social, as suas consequências e o interesse que moveu os homens a se acordarem em sociedade, eles compartilhavam de compartilhavam de uma mesma ideia o perfeito entendimento de que a sociedade só lograria êxito se fosse entendida *a priori* como derivada de um acordo entre os homens, espontaneamente anuído entre eles, portanto, um contrato em que não haveria de se falar em cláusulas prejudiciais aos contratantes.

É de boa lembrança advertir que os seguidores do contrato social enxergavam o acordo de vontades como a fonte da sociedade. Já na doutrina Medieval, o acordo de vontades era visto como fonte do governo. Sendo a doutrina do Contrato Social a última etapa antes do surgimento da doutrina do Poder Constituinte, necessário se faz tecer algumas considerações a respeito.

Fica, pois, claro conforme Jean-Jacques Rousseau expôs em sua clássica obra *Do contrato social*:

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente. Esse é o problema fundamental cuja solução é dada pelo contrato social. As cláusulas deste contrato são de

---

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 76.

tal modo determinadas pela natureza do ato, que a menor modificação as tornaria vãs e sem nenhum feito; de sorte que conquanto jamais tenham sido formalmente enunciadas, são as mesmas em todas as partes tacitamente admitidas e reconhecidas, até que, violado o pacto social, reentra cada qual em seus primeiros direitos e retoma a liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual ele aqui renunciou<sup>4</sup>.

A liberdade natural difere da liberdade convencional a partir do contrato. Assim, o homem livre uniu suas forças às de outros homens livres e juntos superaram os obstáculos da natureza. Entretanto, o comprometimento da força e da liberdade de cada um com a união para salvar o homem não pode condenar o homem, ou melhor, os homens se uniram para se conservar, não podem “prejudicar e negligenciar” sua própria conservação. Em outros termos, o homem permanece tão livre quanto antes porque antes se limitava à natureza física e, depois, limita-se à natureza social.

O próprio Bobbio, já citado, descreve a crise instalada da participação popular na democracia:

Quando comparada à democracia de inspiração rousseauísta, com efeito, a participação popular nos Estados democráticos reais está em crise por pelo menos três razões: a) a participação culmina, na melhor das hipóteses, na formação da vontade da maioria parlamentar; mas o parlamento, na sociedade industrial avançada, não é mais o centro do poder real, mas apenas, frequentemente, uma câmara de ressonância de decisões tomadas em outro lugar; b) mesmo que o parlamento ainda fosse o órgão do poder real, a participação popular limita-se a legitimar, a intervalos mais ou menos longos, uma classe política restrita que tende à própria autoconservação e que é cada vez menos representativa; c) também no restrito âmbito de uma eleição una tantum sem responsabilidades políticas diretas, a participação é distorcida, ou manipulada, pela propaganda das poderosas organizações religiosas, partidárias, sindicais, etc. A participação democrática deveria ser eficiente, direta e livre: a participação popular, mesmo nas democracias mais evoluídas, não é nem eficiente, nem direta, nem livre<sup>5</sup>.

Dentro da inspiração rousseauísta a participação popular nos Estados democráticos está em crise porque a participação popular não é nem eficiente, nem direta, nem livre. A democracia, nessa concepção, ou é participativa ou não é nada.

É com Rousseau que a doutrina do contrato social chega ao seu clímax, sendo o seu pensamento considerado o mais próximo da doutrina do Poder

---

<sup>4</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. 2. ed. Leme/SP: CL Edijur. Edição 2010, p. 21.

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus: 1992, p. 101.

Constituinte. O filósofo, de pronto, já inicia sua obra, *Do contrato social*<sup>6</sup> afirmando que: “o homem nasce livre, mas, em toda parte se encontra sob ferros”, para ele, a liberdade de um povo só será fato notório se houver igualdade na elaboração de suas leis, de tal modo que a sua observância seja encarada como uma submissão à deliberação de cada cidadão como parte do poder soberano. Dessa forma, sustenta que o contrato social estrutura a sociedade e cria o governo, este atuando em exercício representativo por força da vontade geral do povo, que vem a ser, exatamente, a vontade da maioria.

Aporta-se, neste momento, ao constitucionalismo moderno que surge entre os séculos XVI e XVIII por fruto de um movimento intelectual e político. Transporta a ideia de reivindicação por limites e garantias frente ao exercício do poder político que reaparece. O equilíbrio e a moderação do poder eram qualidades presentes nas constituições medievais, mas ruíram com o advento dos estados nacionais europeus e a afirmação resoluta da soberania centralizada. A aspiração desse movimento constitucionalista, após longo período de estados nacionais absolutos, começa a se insurgir contra o regime. O movimento assentou raízes na Inglaterra que, após a Revolução Gloriosa e a restauração monárquica, em 1689, instituiu a supremacia do Parlamento e impôs limites ao poder do rei.

Convém, no entanto, apresentar a ideia do professor Luís Roberto Barroso, que em sua obra *A nova interpretação constitucional*, elenca a ascensão e decadência do jusnaturalismo como importante corrente filosófica que ao longo dos séculos fundou-se na existência do direito natural fundado na razão:

A modernidade, que se iniciara no século XVI, com a reforma protestante, a formação dos Estados nacionais e a chegada dos Europeus à América, desenvolve-se em um ambiente cultural não mais submisso à teologia cristã. Cresce o ideal de conhecimento, fundado na razão, e o de liberdade, no início de seu confronto com o absolutismo. O jusnaturalismo passa a ser filosofia natural do Direito e associa-se ao iluminismo na crítica à tradição anterior, dando substrato jurídico-filosófico às duas grandes conquistas do mundo moderno: a tolerância religiosa e a limitação do poder do Estado. A burguesia articula sua chegada ao poder<sup>7</sup>.

Nessa perspectiva, o nobre autor orienta que a modernidade chega em um movimento cultural de transformações no modo de pensar e agir do homem, rompendo, nesse momento as doutrinas políticas de cunho individualista, superando o dogmatismo medieval escapando do ambiente teológico para alcançar

<sup>6</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. 22. ed. Leme/São Paulo: CL Edijur. Edição 2010, p. 10.

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 20.

a liberdade do pensamento intelectual de conscientização e emancipação. O Estado liberal se baseia na crença de que o homem possui direitos naturais. Estes implicam reforçar que o espaço de integridade e de liberdade a ser preservado e respeitado pelo próprio Estado foi o combustível das revoluções liberais no enfrentamento da monarquia absoluta. A filosofia iluminista defendia a causa burguesa contra o Antigo Regime. O liberalismo, filho do Iluminismo, foi uma reação burguesa ao Estado absolutista. O governante não devia estar acima da lei: como qualquer cidadão, tinha de estar preso às normas legais.

A modernidade política ocidental, a partir da Revolução Francesa, oscilou sob um pêndulo estrutural. Em um dos extremos de seu eixo, posiciona-se a soberania popular; em outro, a Constituição. O poder constituinte tentou combiná-los.

O constitucionalismo contemporâneo tem sido marcado por uma abrangência constitucional, no sentido da existência de textos constitucionais amplos, extensos e analíticos que encarceraram temas próprios da legislação ordinária. Se o constitucionalismo tem sido marcado pela limitação do poder, opondo-se ao governo arbitrário, o seu conteúdo mostra-se variável, desde as suas origens. Uma nova roupagem na história constitucional vem surgindo neste século XXI, com perspectivas de que ao constitucionalismo social seja incorporado o constitucionalismo fraterno e de solidariedade. A ideia central é marcada por um modelo constitucional-democrático, com mudança na natureza do direito positivo e de todo um instrumental teórico positivista como um modo antijuspositivista.

Nessa seara, contemplamos Kildare Gonçalves Carvalho:

No pós-positivismo, que leva ao neoconstitucionalismo, pode, então, identificar: (...) a onipresença da Constituição em vez da independência do legislador ordinário, o que resulta na centralidade da Constituição, que irradia seus princípios e é invasivo de todo o direito infraconstitucional, cuja interpretação ou aplicação se dará segundo uma filtragem constitucional<sup>8</sup>.

Esse novo conceito exige dos operadores, cada vez mais, a elaboração de juízos de adequação com fundamento na natureza ética. Largamente a Constituição abrange conteúdos da seara infraconstitucional cuja interpretação se dará conforme o sistema jurídico de uma nova dogmática. O neoconstitucionalismo atribui às Constituições atuais, além de uma força formal de validade, uma dimensão de fundamentação que qualifica aquela validade a partir de um mínimo

---

<sup>8</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. Teoria do estado e da Constituição. Direito constitucional positivo. 17. ed. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 211.

de justificação ética. Condução responsável pelos assuntos do Estado, ou seja, pressupõe gestão transparente e responsável dos recursos humanos, naturais, econômicos e financeiros, boa governação. Eis o maior desafio lançado pelo neoconstitucionalismo.

## A TRAJETÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A evolução histórica do constitucionalismo no Brasil coincide com as transformações substanciais do próprio Estado. Foram muitas constituições, somam oito até o presente momento, editadas em 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988. Grande parte das constituições que tivemos não conseguiu limitar de forma eficaz a ação dos governantes em favor dos direitos dos governados. Muitas foram pouco mais que fachadas, que visavam emprestar uma aparência de legitimidade ao regime, sem subordinar efetivamente o exercício do poder, efetuado quase sempre à margem do texto constitucional à margem do texto constitucional.

O autoritarismo, a confusão entre o público e o privado, a exclusão social e a violação dos direitos mais básicos de amplos segmentos da população são patologias da trajetória nacional que têm persistido reiteradamente a despeito da retórica das nossas constituições.

130

Tais problemas não devem ser debitados à qualidade dos textos constitucionais que tivemos cuja maioria estava em sintonia com as tendências do constitucionalismo da época em que vigoraram. A questão maior pareceu ser a falta de efetividade, cujos comandos não condicionavam, de fato, a ação dos detentores dos poderes político, econômico e social. Infelizmente, na trajetória institucional, entre a realidade e o texto constitucional, tem mediado quase sempre uma grande distância. É verdade que essa lacuna vem diminuindo desde a promulgação da Constituição de 1988. Desde então, o país tem vivido um período de estabilidade institucional e a Constituição tem começado a ser levada com mais efetividade. Estamos ainda muito distantes do Estado Democrático de Direito prometido pelo constituinte de 1988, pois a desigualdade e o patrimonialismo, a falta de limites do público e do privado, ainda contaminam profundamente as nossas instituições e relações sociais. O legado do patrimonialismo, do poder privado, ainda sobrevive no interior da máquina governamental com o uso e a presença do jeitinho brasileiro, quando a maioria dos políticos vê o cargo público que ocupa como uma propriedade privada sua, ou de sua família, em detrimento dos interesses da coletividade, mas os avanços em relação ao passado já são inquestionáveis.

Faremos uma abordagem panorâmica dos nossos diversos textos constitucionais, assim como de seu contexto sociopolítico e de sua interação com a realidade empírica subjacente.

Traços essenciais das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969

Não se pode compreender a Constituição Imperial de 1824 senão à luz das ideias liberais, tão em voga à época. Foi marcada, sem dúvida, por um grande liberalismo que se retratava no rol dos direitos individuais, que era praticamente o que havia de mais moderno na época, como também na adoção da separação de Poderes que, além dos três clássicos, acrescentava um quarto: o Moderador.

A ideologia subjacente à Constituição do Império corresponde a uma fórmula de compromisso entre o liberalismo conservador e o semiabsolutismo. A sua principal influência foi a Constituição francesa de 1814, outorgada por Luís XVIII no contexto da Restauração. Os traços liberais da Carta de 1824 outorgada revelaram a garantia de um amplo elenco de direitos individuais<sup>9</sup>. A Constituição do Império caracteriza-se pela semirrigidez. Consagrava como forma de governo a monarquia hereditária<sup>10</sup>, atribuindo à dinastia de Pedro I a linhagem real da Coroa brasileira<sup>11</sup>. A pessoa do Imperador era considerada sagrada e inviolável, e o monarca não estava sujeito a nenhum mecanismo de responsabilização<sup>12</sup>.

A Constituição de 1891 foi marcada em seu texto legal pelo liberalismo republicano e moderado que havia se desenvolvido nos Estados Unidos Estados Unidos. Importaram-se -se destes as instituições e os valores do liberalismo para uma sociedade que nada tinha de liberal: o exemplo acabado do idealismo na Constituição. A influência norte-americana foi sentida até na mudança do nome do país, que passou a se chamar oficialmente de Estados Unidos do Brasil<sup>13</sup>. O texto aprovado em 1891 é o mais enxuto de todas as constituições que tivemos. O sistema de governo escolhido foi o presidencialista, mais uma vez decalcado do constitucionalismo americano. No plano dos direitos individuais, a Consti-

---

<sup>9</sup> CF/1824, art. 179: A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. I. Nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei. II. Nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública. (...) IV. Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicar pela imprensa, sem dependência de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que cometerem no exercício deste Direito, nos casos, e pela forma, que a Lei determinar. V. Ninguém pode ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado, e não ofenda a moral pública (...).

<sup>10</sup> CF/1824, art. 3º: O seu Governo é monarchio hereditario, constitucional e representativo.

<sup>11</sup> CF/1824, art. 4º: A Dynastia Imperante é a do Senhor Dom Pedro I actual Imperador, e Defensor Perpetuo do Brazil.

<sup>12</sup> CF/1824, art. 99: A Pessoa do Imperador é inviolável e Sagrada: Elle não está sujeito à responsabilidade alguma.

<sup>13</sup> CF/1891, art. 1º: A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constituiu-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas províncias, em Estados Unidos do Brasil.

tuição revelou a sua inspiração liberal, incorporou um vasto elenco de liberdades públicas, como as de religião, de expressão, de associação, de reunião, de locomoção e profissional.

Foi constitucionalizado o *habeas corpus*, cabível “sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”<sup>14</sup>. Em relação aos mecanismos de reforma, a Constituição de 1891 era rígida.

A Constituição de 1934 inaugurou o constitucionalismo social no Brasil. Rompendo com o modelo liberal anterior, ela incorporou uma série de temas que não eram objeto de atenção nas constituições pretéritas, voltando-se à disciplina da ordem econômica, das relações de trabalho, da família, da educação e da cultura. Tratava-se de uma Constituição extensa. Do ponto de vista institucional, ela manteve o federalismo, a separação de poderes e o regime presidencialista<sup>15</sup>.

Foi curtíssima a vida da Constituição de 1934, promulgada em julho de 1934, vigorou apenas até novembro de 1937, quando foi outorgada a Carta do Estado Novo. Os componentes liberais e democráticos da Constituição de 1934 não resistiram à radicalização do regime e do clima social da época.

A Constituição de 1937 previu um modelo de Estado autoritário e corporativista. As suas principais influências foram as Constituição da Polônia, fato que lhe valeu o apelido de “Polaca” e a Constituição portuguesa de 1933, que vigorou durante o Estado Novo português, de Salazar. A Carta de 191937 manteve nominalmente os três Poderes tradicionais: Executivo, Legislativo e Judiciário. Não havia, porém, a preocupação com o equilíbrio e a harmonia entre eles.

Essa constituição buscou conciliar liberalismo político e democracia com o Estado social. Desprovida de grandes pretensões inovadoras, ela se afastou do autoritarismo da Carta de 1937, acolhendo as fórmulas e instituições do liberalismo democrático como separação de poderes e pluripartidarismo sem, no entanto, abdicar dos direitos trabalhistas e da intervenção do Estado na ordem econômica. Tratava-se de uma Constituição analítica, como é da tradição brasileira.

Os militares que governavam o país não formavam um bloco monolítico, ideologicamente homogêneo. Havia, grosso modo, dois grupos principais. De um lado, os que queriam a radicalização do regime e a intensificação da perseguição aos opositores, não se importando em manter o poder indefinidamente

<sup>14</sup> CF/1891, art. 72 § 22: Dar-se-há o *habeas-corpus* sempre que alguém soffrer ou se achar em iminente perigo de soffrer violencia por meio de prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade de locomoção. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926).

<sup>15</sup> CF/1934, art. 1º: A Nação brasileira, constituída pela união perpétua e indissolúvel dos estados, do Distrito Federal e dos territórios em Estados Unidos do Brasil, mantém como forma de Governo, sob o regime representativo, a República federativa proclamada em 15 de novembro de 1889.

com as Forças Armadas. Do outro, os moderados, que pretendiam devolver o poder mais rapidamente aos civis, depois de expurgarem da vida política os elementos considerados mais perigosos, e rechaçavam alguns excessos cometidos pelos primeiros no combate à oposição e à esquerda, como a tortura e o homicídio. Nenhum dos grupos demonstrava grande apreço pela democracia e pelos direitos humanos, mas o segundo era menos radical e mais preocupado em manter as aparências do regime. Durante todo o período militar, tais grupos disputariam a hegemonia.

A Constituição de 1969 foi outorgada pela Junta Militar que governava o Brasil, sob a forma de emenda constitucional: era a Emenda Constitucional n. 1. Invocou-se, como fundamento jurídico da outorga, o Ato Institucional n. 5, considerado o mais autoritário ato institucional baixado durante o regime militar e o Ato Institucional n. 16.

O primeiro (AI-5) estabelecia que, enquanto o Congresso estivesse em recesso, o Presidente poderia legislar sobre todas as matérias<sup>16</sup>; dava ao presidente o poder de cassar mandatos; intervir em estados e municípios; e suspender direitos políticos de qualquer pessoa<sup>17</sup>. Além disso, a tortura foi praticamente instituída. Jornais oposicionistas ao regime militar foram censurados, livros e obras considerados subversivos foram retirados de circulação e vários artistas e intelectuais tiveram de se exilar, foram proibidas manifestações e aglomerações nas ruas, ou seja, representou um significativo endurecimento do regime militar.

O segundo (AI-16) dispunha que até a posse do novo Presidente da República (cargo vago em razão da doença do então presidente, General Costa e Silva), a Chefia do Executivo seria exercida pelos Ministros militares<sup>18</sup>. Estes, no exercício da Presidência da República, poderão em caso de urgência ou de interesse público relevante, legislar, mediante decreto-lei, sobre todas as matérias de competência da União<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Ato Institucional n. 5 de 1968: Art. 2º: O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República. § 1º – Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios.

<sup>17</sup> Ato Institucional n. 5 de 1968: Art. 5º: A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em: I – cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função; (...) III – proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política; IV – aplicação, quando necessária, das seguintes medidas de segurança: a) liberdade vigiada; b) proibição de frequentar determinados lugares; c) domicílio determinado.

<sup>18</sup> Ato Institucional n. 16 de 1968: Art. 3º: Enquanto não se realizarem a eleição e posse do Presidente da República, a Chefia do Poder Executivo continuará a ser exercida pelos Ministros militares.

<sup>19</sup> Ato Institucional n. 16 de 1968: Art. 6º: Embora convocado o Congresso Nacional, os Ministros militares, no exercício da Presidência da República, poderão, até 30 do corrente mês de

## Traços essenciais da Constituição de 1988

Do ponto de vista histórico, a Constituição de 1988 representa o coroamento do processo de transição do regime autoritário à democracia. Apesar da forte presença de forças que deram sustentação ao regime militar na arena constituinte, foi possível promulgar um texto que tem como marcas distintivas o profundo compromisso com os direitos fundamentais e com a democracia, bem como a preocupação com a mudança das relações políticas, sociais e econômicas no sentido da construção de uma sociedade mais inclusiva, fundada na dignidade da pessoa humana.

Na sua obra *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, Daniel Sarmento tece observações quanto à extensão quanto à extensão da Constituição de 1988 abarcando matérias infraconstitucionais, o que a torna excessivamente analítica, muitas vezes representando um obstáculo ao seu processo de atualização:

A Constituição de 1988, quando promulgada, contava com 245 artigos no seu corpo permanente, acrescidos de outros 70 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Desde então, o seu tamanho só vem aumentando, pela inclusão de novos dispositivos no seu texto, com a edição de sucessivas emendas constitucionais. Trata-se, portanto, de uma Constituição longa e analítica, não apenas por incorporar ao seu texto um amplo elenco de matérias, como também por descer, em muitas delas, a um grau de detalhamento incomum em sede constitucional. Dentre as causas dessa expansão da matéria constitucional, pode-se citar a concepção social de constitucionalismo adotada pelo legislador constituinte; a fórmula de elaboração da Carta, que passou pelo trabalho das 24 subcomissões e 8 comissões temáticas, como acima relatado; a cumulação de funções legislativas ordinárias e constitucionais do Congresso em 87/88, que ensejou uma certa confusão entre tais esferas; e ainda as pressões dos mais variados segmentos sociais e lobbies durante a Constituinte, no afã de incluírem no texto constitucional as suas aspirações e demandas específicas. Quanto a esse último aspecto, os parlamentares e grupos de pressão que se articulavam na Constituinte não se contentavam com o mero reconhecimento principiológico das suas bandeiras e interesses. Preferiam a consagração de regras específicas e detalhadas, que os colocassem a salvo de incertezas quanto às concretizações legislativas ou interpretações judiciais futuras dos dispositivos que lhes favorecessem. Todos estes fatores contribuíram para que fossem incorporadas à Constituição normas de duvidosa estatura

---

outubro, em caso de urgência ou de interesse público relevante, legislar, mediante decreto-lei, sobre todas as matérias de competência da União.

constitucional, ora definindo políticas públicas que, do ponto de vista da teoria democrática, talvez devessem ser decididas no processo político majoritário, ora salvaguardando do alcance das maiorias interesses de caráter puramente corporativo, ora, ainda, adentrando em minúcias impróprias para um texto magno. Dentre as consequências dessa característica da nossa Carta, destaca-se a necessidade de edição muito frequente de emendas constitucionais, que enfraquecem a estabilidade e a força normativa da Constituição<sup>20</sup>.

Atualmente, a Constituição Federal de 1988 conta com 348 artigos: 250 na parte permanente; e 98 no ato das disposições transitórias, superando em extensão normativa as Constituições brasileiras anteriores. Essa circunstância poderia contribuir para o agravamento de conflitos ou tensões normativas, não fosse a existência, no texto constitucional, de princípios fundamentais, harmonizando e dando coerência e consistência ao complexo normativo da Constituição, além de fixar as bases e os fundamentos da nova ordem constitucional.

A Constituição brasileira, como assinalado, consubstanciou-se em um em texto excessivamente detalhista e que, além disso, cuida de muitas matérias, que teriam melhor sede na legislação infraconstitucional. Ora a carta magna aborda amplamente matérias infraconstitucionais. De tais circunstâncias, há consequências práticas relevantes, uma é que a constitucionalização excessiva dificulta o exercício do poder político pelas maiorias, restringindo-se -se o espaço de atuação da legislação ordinária. Em razão disso, diferentes governos, para implementar seus programas, precisam reunir apoio das maiorias qualificadas de três quintos necessárias para emendar a Constituição<sup>21</sup>, não sendo suficientes as maiorias simples, próprias à aprovação da legislação ordinária. Outra consequência da Constituição excessiva e minuciosa é o número espantoso de emendas. Há risco de se perder o folego. Naturalmente, essa disfunção pode comprometer a vocação de permanência e o seu papel de simbolizar a prevalência dos valores duradouros sobre as contingências da política.

Paradoxalmente, a Constituição é encorpada de dispositivos, alongada, porque ela é uma Constituição principiológica, de modo inclusivo, elencado o

---

<sup>20</sup> SOUSA, Neto Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 240.

<sup>21</sup> CF/1988, art. 60: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II – do Presidente da República;

III – de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

(...) § 2º – A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

elemento conceitual destes. Ela é humanista, fazendo conciliar a mais avançada democracia com o mais depurado humanismo.

A Constituição de 1988 também foi um marco fundamental na trajetória do Poder Judiciário, em geral, e da Justiça Federal, em particular. Criou o Superior Tribunal de Justiça, substituiu o Tribunal Federal de Recursos por cinco tribunais regionais federais tribunais regionais federais espalhados pelo Brasil, concedeu maior independência e autonomia às instituições judiciais e diversificou instrumentos para que os cidadãos buscassem amparo a seus direitos. O objetivo era descentralizar os serviços para ampliar o acesso da população à Justiça.

### **VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS NO PERÍODO DE EXCEÇÃO: REGIME MILITAR**

No espaço de tempo compreendido entre 1964 e 1985, o Brasil inseriu-se em um dos mais longos e obscuros períodos de exceção ocorridos no continente. O regime militar brasileiro instaurou uma ordem frontalmente diversa da democrática, agindo no sentido de tolher as liberdades fundamentais da população da população; fazendo uso de ampla censura aos meios de comunicação, às manifestações artísticas, políticas, intelectuais ou qualquer outro fato que desse vazão a um ideário diverso do considerado seguro à manutenção do regime ora instalado. Durante o regime autoritário, os mais básicos direitos e liberdades foram suprimidos, sob as marcas da tortura sistemática, das detenções arbitrárias, dos desaparecimentos forçados, da perseguição político-ideológica, da censura e da ditadura do Poder Executivo Federal em relação aos demais poderes.

136

O regime militar surgiu de evidentes rupturas na ordem constitucional: golpes de estado. Sob o pretexto de barrar a disseminação do comunismo, os governos ditatoriais suprimiram todas as instituições democráticas estabelecidas até então, criando mecanismos de legitimação de suas novas medidas. No Brasil isso se deu com a decretação dos Atos Institucionais, que aboliam os direitos individuais, alicerces do constitucionalismo e da própria democracia, bem como com a instauração da Doutrina de Segurança Nacional, que criava manobras para a consecução dos ideais ditatoriais e controlava toda a vida política do país, conforme exposto supra.

Para o fortalecimento dos objetivos estatais, procurava-se coibir qualquer antagonismo interno e, para isso, fora utilizada a violência de Estado como norma de conduta. Portanto, qualquer manifestação ideologicamente diferente da do Estado era considerada subversiva.

Após o longo período de 21 anos de regime militar ditatorial no país, de 1964 a 1985, deflagra-se o processo de democratização no Brasil. O ano de 1985 demarca o processo de transição lenta e gradual à democracia. Ainda que esse processo tenha se iniciado, originariamente, pela liberalização política do próprio regime

autoritário em face de dificuldades em solucionar problemas internos, as forças de oposição da sociedade civil aceleraram o processo de queda dos militares.

## **MATÉRIAS CONSTITUCIONAIS E MATÉRIAS INFRACONSTITUCIONAIS**

No Brasil, por razões históricas e como forma protetiva e como forma protetiva, sempre se procurou elencar amplamente sua dimensão dispositiva na Constituição para dificultar a dimensão dispositiva na Constituição para dificultar que seja alterada pelo que seja alterada pelo legislador ordinário como forma protetiva.

Desse modo, a razão de existência de matérias infraconstitucionais na constituição consubstancia-se no fato de o de o legislador constituinte ter entendido que determinadas matérias, não obstante de evidente importância, deveriam ser regulamentadas pelo legislador de forma especial, sendo consolidada na própria Constituição Federal. Embora, sob pena, de engessamento de futuras alterações, ao mesmo tempo em que a constituição não poderia comportar constantes mudanças por meio do processo legislativo. O legislador constituinte pretendeu resguardar determinadas matérias de caráter infraconstitucional contra alterações volúveis e constantes, porém, auferindo rigidez que impedisse a modificação quando necessário.

Aqui, depara-se com a construção de texto normativo no entender de José Joaquim Gomes Canotilho:

Norma é o sentido ou significado adscrito a qualquer disposição (ou a um fragmento de disposição, combinação de disposições, combinações de fragmentos de disposições). Disposição é parte de um texto ainda a interpretar; norma é parte de um texto interpretado<sup>22</sup>.

137

A normatividade não se relaciona com o texto da norma, a disposição de um texto é o sentido atribuído a qualquer disposição. Disposição é parte de um texto ainda a interpretar. Norma é parte de um texto depois de sua interpretação. A constituição, como um organismo vivo, indica o modo pelo qual, embora escrita, é concretamente interpretada e praticada na realidade política. A interpretação dessas matérias é sempre uma atividade produtiva e criadora.

No que diz respeito à efetivação, a Constituição, como texto normativo, pode tornar-se inoperante quando não adquire eficácia por lhe faltar a intervenção de outras normas.

## **CONCLUSÃO**

A Constituição arraigadamente democrática foi ideologia vitoriosa do século XXI. O imaginário social contemporâneo vislumbra nesse arranjo institu-

---

<sup>22</sup> CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 203.

cional, que procura combinar Estado de Direito (supremacia da lei) com soberania popular, melhor forma de realizar os anseios da modernidade como poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça social, tolerância e – quem sabe? – afetividade. Para evitar ilusões, é bom lembrar que as grandes conquistas da Humanidade levam um tempo relativamente longo para passarem do plano das ideias vitoriosas para a plenitude do mundo real. O curso do processo civilizatório é bem mais lento do que a nossa ansiedade por progresso social. O rumo certo, porém, costuma ser mais importante do que a velocidade, às vésperas da virada dos 26 anos de vigência constitucional, representa não a vitória de uma Constituição específica, concreta, mas de uma ideia, de uma atitude diante da vida. O constitucionalismo democrático, que se consolidou entre a população, traduz não apenas um modo de ver o Estado e o Direito, mas de desejar o mundo, em busca de um tempo de justiça, fraternidade e delicadeza. Com as dificuldades inerentes aos processos históricos complexos e dialéticos, temos nos libertado, paulatinamente, de um passado autoritário, excludente, de horizonte estreito, e vivido as contradições inevitáveis da procura do equilíbrio entre o mercado e a política, entre o privado e o público, entre os interesses individuais e o bem coletivo.

138

A dinâmica social a todo instante cria novas situações, necessidades e exigências, acabando por impulsionar mudanças na interpretação constitucional, ainda que haja resistência, por meio das interpretações jurisprudenciais, costumes, atos revolucionários etc. O ordenamento constitucional e a conjuntura sociopolítica começam a trilhar caminhos diversos, gerando, desta forma, uma carta política totalmente superada, com vida sujeita a transformações.

Persiste na Constituição o atraso político e social, ainda há inúmeros débitos, subsiste no país um abismo de desigualdade, com concentração de renda e déficit dramático em moradia, educação, saúde e saneamento. Do ponto de vista do avanço do processo civilizatório, também estamos para trás, com índices inaceitáveis de corrupção, deficiências nos serviços públicos em geral, dos quais dependem, sobretudo, os mais necessitados.

Por outro lado, o regime de 1988 não foi capaz de conter a o crônico desequilíbrio fiscal do Estado brasileiro, um dos mais onerosos para o cidadão contribuinte.

Enfim, entender como algumas Constituições podem mudar via legislador ordinário de forma livre, sem maiores solenidades, e outras reclamam um processo legislativo mais solene e dificultoso, pode levar os mais desavisados a pensar que só as constituições rígidas é que têm estabilidade, o que é absolutamente equivocado.

Como grande beneficiária do processo de abertura, a sociedade civil se fortalece mediante formas de organização, mobilização e articulação que permitem importantes conquistas sociais e políticas. Surgem novos atores sociais e novos

## Constitucionalismo brasileiro: as matérias constitucionais e infraconstitucionais...

movimentos sociais que reforçam a redemocratização do cenário brasileiro, com suas demandas e reivindicações. O Estado deverá ter como meta permanente a proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos.

Faz-se mister esclarecer que nem sempre mutabilidade e instabilidade apresentam pontos de contato. Insta ressaltar, que a estabilidade e mudança são componentes imprescindíveis do conceito de rigidez constitucional, perfeitamente conciliáveis na vida constitucional dos Estados, da qual se extrai como corolário o princípio basilar do Direito Constitucional Moderno: supremacia constitucional.

### REFERÊNCIAS

A Constituição de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 7 jun. 2014.

A Constituição de 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 7 jun. 2014.

A Constituição de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 7 jun. 2014.

Ato Institucional de n. 5 de 1968. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 8 jun. 2014.

Ato Institucional de n. 16 de 1968. Disponível em: <[http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=16&tipo\\_norma=AIT&data=19691014&link=s](http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=16&tipo_norma=AIT&data=19691014&link=s)>. Acesso em: 8 jun. 2014.

ALEXANDRINO, Vicente Paulo Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 8. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2012.

ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade Mecum universitário de direito Rideel*. 18. ed. São Paulo: Rideel, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BESTER, Gisela Maria. *Direitos constitucional: fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *História constitucional brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. Teoria do estado e da Constituição. Direito constitucional positivo. 17. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CASADO, Filho Napoleão. *Direitos humanos e fundamentais*. (Coleção saberes do direito) São Paulo: Saraiva, 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 4. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo. RT, 2013.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. 2. ed. Leme/SP: CL EDIJUR. Edição 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SOUSA, Neto Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte. Fórum, 2012.

Data de envio: 26/05/2015

Data de aprovação: 21/09/2015