

# OS VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: RETROSPECTIVA, PERSPECTIVA E PROSPECTIVA

GUILHERME PEÑA DE MORAES \*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Retrospectiva. 3. Perspectiva. 4. Prospectiva. 5. Bibliografia

## 1. INTRODUÇÃO

O artigo que ora vem a lume encerra uma proposta de sistematização dos avanços e retrocessos da dogmática constitucional durante os vinte anos de vigência do "Estatuto do Homem, da Liberdade e da Democracia"<sup>1</sup>.

Nesta ordem de idéias, o trabalho foi desenvolvido a partir de três enfoques: *a)* o retrospectivo, referente aos processos de mudança da Constituição no passado, *b)* o perspectivo, relativo às funções do Estado, isolada ou reciprocamente consideradas, no presente e *c)* o prospectivo, respeitante à teoria dos direitos fundamentais no futuro.

## 2. RETROSPECTIVA

A Constituição da República Federativa do Brasil foi objeto de processos, formais e informais, de mudança.

---

\* Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em exercício na Assessoria de Assuntos Institucionais da Procuradoria-Geral de Justiça. Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ). Doutorando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor de Direito Constitucional da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (FEMPERJ), Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (FESUDEPERJ) e Centro de Estudos, Pesquisa e Atualização em Direito (CEPAD/RJ).

1. GUIMARÃES, Ulysses. Discurso proferido pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, na Sessão solene de promulgação da Constituição Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, in *Revista de Informação Legislativa*, n. 100, 1988, p. 5.

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. 3, *in fine*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>2</sup>, sem prejuízo de cinquenta e seis 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<sup>3</sup>. Outrossim, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de declarar a inconstitucionalidade, liminar ou definitivamente, do art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, que permitia 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<sup>4</sup>, art. 5, da Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, que dispunha sobre o regime jurídico único<sup>5</sup>, art. 1, da Emenda Constitucional n. 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 1996<sup>6</sup>, art. 4, parágrafo único, incs. I e II, da Emenda Constitucional n. 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<sup>7</sup>, art. 5º, § 1º, *in fine*, da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, que possibilitava a indicação e escolha intempestivas dos nomes dos membros do Conselho Nacional ao Ministério Público da União<sup>8</sup>, e art. 2, da Emenda Constitucional n. 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<sup>9</sup>.

Informalmente, os processos de mudança da Constituição são reunidos sob a epígrafe "mutação constitucional"<sup>10</sup>, "transição informal"<sup>11</sup> ou "vicissitude tácita"<sup>12</sup>.

- 
2. CORREIA, Inocêncio Serzedelo. *A Revisão Constitucional*. Rio de Janeiro: Companhia Litho-Typographia, 1904, p. 13.
  3. FERREIRA, Luiz Pinto. *O Poder de Reforma Constitucional*. Recife: Instituto dos Advogados de Pernambuco, 1995, p. 7.
  4. STF, ADIn n. 939, Rel. Min. Sydney Sanches, J. 15.12.1993, DJU 18.03.1994.
  5. STF, ADIn n. 2.135, Rel. Min. Ellen Gracie, J. 02.08.2007, DJU 07.03.2008.
  6. STF, ADIn n. 2.031, Rel. Min. Ellen Gracie, J. 03.10.2002, DJU 17.10.2003.
  7. STF, ADIn n. 3.105, Rel. Min. Cezar Peluso, J. 18.08.2004, DJU 18.02.2005.
  8. STF, ADIn n. 3.472, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 28.04.2005, DJU 10.05.2005.
  9. STF, ADIn n. 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, J. 22.03.2006, DJU 10.08.2006.
  10. BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 25.
  11. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1.228.
  12. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed., vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, pp. 131-132.

Com efeito, a mutação constitucional é delineada 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.

Demais disso, a transição informal, 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 facticidade, imposta pelo positivismo jurídico.

Exemplo de vicissitude constitucional tácita reside no art. 52, inc. X, da Constituição do Brasil, que confere ao Senado Federal a atribuição de suspender, no todo ou em parte, a execução de norma legal cuja inconstitucionalidade tenha sido declarada por decisão definitiva da Excelsa Corte, de maneira a possibilitar que as declarações de inconstitucionalidade do Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso-incidental, quando a validade de lei ou ato normativo houver sido discutida em tese, sejam revestidas de eficácia *erga omnes* e vinculante, independentemente da suspensão de execução da norma legal pelo Senado Federal. A doutrina de LUIZ FLÁVIO GOMES elucida que “a decisão da Suprema Corte, na prática, mesmo quando se dá num caso concreto, acaba produzindo efeito contra todos e possui eficácia vinculante, na medida em que a lei foi discutida em tese. O descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal, para além de retratar uma convicção ideológica conflitiva com o Estado constitucional e democrático de direito, dará ensejo à promoção de reclamação constitucional junto ao Excelso Tribunal”<sup>13</sup>. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* nº 82.959, em que se discute a progressão do regime prisional nos crimes hediondos, é firmada no sentido da “possibilidade de a declaração de inconstitucionalidade da norma legal não produzir conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas, uma vez que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela lei ou ato normativo declarado inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão de regime prisional”<sup>14 e 15</sup>.

13. GOMES, Luiz Flávio. Efeitos do Controle de Constitucionalidade Difuso Abstrativizado, in *Consulex – Revista Jurídica*, nº 221, 2006, p. 47.

14. STF, HC nº 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 23.02.2006, DJU 01.09.2006.

15. Na legislação, a mutação constitucional de que foi objeto a norma veiculada pelo art. 52, inc. X, em razão de nova percepção do Direito Positivo submetido à interpretação doutrinária e judicial, foi traduzida pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, que deu nova redação ao art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, in extenso: “a pena por crime hediondo será cumprida inicialmente em regime fechado. A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes hediondos, dar-se-á após o cumprimento de dois quintos da pena, se o apenado for primário, e de três quintos, se reincidente”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10.04.2008.

### 3. PERSPECTIVA

O núcleo sobre o qual se debruça a moderna teoria do Direito Público gira em torno da redefinição do sistema de freios e contrapesos e, por via de consequência, do redimensionamento das funções do Estado, isolada ou reciprocamente consideradas<sup>16</sup>.

Em si, as funções estatais são reformuladas pela adoção de um novo modelo de consensualidade e subsidiariedade do Estado, no qual a organização política é convertida em instrumento a ser conduzido e controlado pela sociedade, no sentido de reequilibrar a relação entre esta e aquele, com a consequente reestruturação da legislação, pela atribuição legal de poder normativo a agências reguladoras para o estabelecimento de diretrizes, em atenção ao marco regulatório definido em lei ordinária, da administração, pela transferência da execução de atividades públicas a entidades privadas, por via da qual se dá a redução do tamanho do Estado a dimensões adequadas para desempenhar as funções que lhe comete a sociedade, e da jurisdição, pelo uso de precedentes judiciais de aplicação obrigatória, tal como os enunciados ou verbetes da súmula da jurisprudência predominante com eficácia vinculante<sup>17</sup>.

Entre si, as funções estatais são reformuladas pelo advento de um novo modelo de controle interorgânico, no qual há a sobreposição das atividades do Estado, com o consequente regime de colaboração de poderes, tal como o controle do processo legislativo pelo Poder Executivo, o controle da organização judiciária pelo Poder Legislativo e o controle das omissões administrativas pelo Poder Judiciário, de maneira que os Magistrados devem funcionar como agentes de mudanças sociais, na qualidade de co-responsáveis pela atividade providencial do Estado contemporâneo, sendo-lhes imposta a execução, e não a formulação, de políticas públicas<sup>18 e 19</sup>.

---

16. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 223.

17. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 147.

18. GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 27.

19. Na jurisprudência, a tutela específica de obrigação de fazer, simbolizada pela possibilidade de o Poder Judiciário impor a disponibilização orçamentária dos recursos necessários para a consecução das obrigações da Administração Pública ou, em casos urgentes, o remanejamento dos valores consignados para determinadas atividades, dentro dos limites do orçamento, foi admitida pelo Superior Tribunal de Justiça, *in textus*: "outorga judicial de tutela específica de obrigação de fazer para que a Administração Pública destine do orçamento verba própria para cumpri-la", "a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas". STJ, REsp nº 429.570, Rel. Min. Eliana Calmon, J. 11.11.2003, DJU 22.03.2004 e STJ, REsp nº 493.811, Rel. Min. Eliana Calmon, J. 11.11.2003, DJU 15.03.2004. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 05.07.2008.

#### 4. PROSPECTIVA

As investigações científicas a respeito dos direitos fundamentais, à luz da teoria constitucional de ERHARD DENNINGER, serão jungidas à “segurança, diversidade e solidariedade ao invés de liberdade, igualdade e fraternidade”<sup>20</sup>.

A segurança não se coaduna com a definição tradicional de soberania, sendo certo que, na ordem interna, o Estado perde a capacidade de regular todas as condutas desenvolvidas nos limites do seu território, bem assim, na ordem externa, a superioridade bélica de algumas organizações políticas possibilita intervenções militares sobre as outras, que não dispõem de força para dissuadir pretensões externas<sup>21</sup>.

A diversidade compreende a homossexualidade, troca de sexo e recusa a tratamentos médicos que levem à morte, tendo em vista que “o processo de diferenciação de um indivíduo em relação ao outro supõe um comportamento distinto do comportamento dos demais indivíduos, podendo, por isso, ser englobado sob o rótulo de ‘direito a ser diferente’”<sup>22</sup>.

O conceito de solidariedade não é unívoco, uma vez que cinco significados podem ser delineados. Fator social, dado que a solidariedade demarca a natureza fundamentalmente social da pessoa humana. Virtude ética, eis que a solidariedade denomina a obrigação de não fazer aos outros o que se não deseja que lhe seja feito, correlata à irmandade. Comunidade de interesses, já que a solidariedade denota que os interesses subjacentes são recobertos do mesmo valor no conjunto de pessoas, correlativa à lealdade. Comportamento pragmático, posto que a solidariedade descreve a conduta dirigida a evitar prejuízos pessoais e/ou institucionais a outrem, consentânea com a cooperação. Princípio jurídico, visto que a solidariedade designa a atuação de proteção da pessoa humana, pelo instrumento da justiça distributiva, com o desiderato de obter a igualdade material ou real, vedados os preconceitos de qualquer natureza <sup>23 e 24</sup>.

---

20. DENNINGER, Erhard. Security, Diversity, Solidarity’ instead of ‘Freedom, Equality, Fraternity, in *Constellations*, n. 7, 2000, p. 509. V., também, do mesmo autor: *Recht und rechtliche Verfahren als Klammer in einer multikulturellen Gesellschaft in Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005, pp. 117-132.

21. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado e Direitos Fundamentais em face da Globalização, in *Arquivos de Direitos Humanos*. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 101.

22. LORENZETTI, Ricardo Luís. A Proteção do Indivíduo através dos Direitos Fundamentais, in *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 154.

23. MORAES, Maria Celina de. O Princípio da Solidariedade, in *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 167.

24. Na doutrina, Paulo Castro Rangel adverte, *in verbis*: “num contexto de sociedade democrática, que não posterga, antes reafirma e louva, o postulado da dignidade humana, parece singularmente conseguida a formulação do programa constitucional alternativo adiantada por Erhard Denninger. Como alavanca temática desse programa, o Autor propõe uma nova trilogia democrática, não necessariamente contraditória com a anterior – diversidade, solidariedade, segurança, lá onde antes se proclamava liberdade, igualdade, fraternidade. Impõe-se, por isso,



## 5. BIBLIOGRAFIA

- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CORREIA, Inocêncio Serzedelo. *A Revisão Constitucional*. Rio de Janeiro: Companhia Litho-Typographia, 1904.
- DENNINGER, Erhard. Security, Diversity, Solidarity' instead of 'Freedom, Equality, Fraternity, in *Constellations*, n 7, 2000.
- \_\_\_\_\_. Recht und rechtliche Verfahren als Klammer in einer multikulturellen Gesellschaft, in *Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado e Direitos Fundamentais em face da Globalização, in *Arquivos de Direitos Humanos*. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FERREIRA, Luiz Pinto. *O Poder de Reforma Constitucional*. Recife: Instituto dos Advogados de Pernambuco, 1995.
- GOMES, Luiz Flávio. Efeitos do Controle de Constitucionalidade Difuso Abstrativizado, in *Consulex – Revista Jurídica*, nº 221, 2006.
- GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GUIMARÃES, Ulysses. Discurso proferido pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, na Sessão solene de promulgação da Constituição Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, in *Revista de Informação Legislativa*, n 100, 1988.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. A Proteção do Indivíduo através dos Direitos Fundamentais, in *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed., vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Readequação Constitucional do Estado Moderno: transformações do conceito de Estado no Direito Constitucional do limiar do século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MORAES, Maria Celina de. O princípio da solidariedade, in *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RANGEL, Paulo Castro. *Diversidade, Solidariedade e Segurança (notas em redor de um novo programa constitucional)*. Disponível em: <http://www.oo.pt>. Acesso em: 20.09.2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.