

Cláudio Pereira de Souza Neto
Daniel Sarmento

Direito Constitucional

Teoria, história e
métodos de trabalho



2ª edição

CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO
DANIEL SARMENTO

DIREITO CONSTITUCIONAL: TEORIA, HISTÓRIA E MÉTODOS DE TRABALHO

2ª edição

Área específica:

Direito Constitucional.

Áreas afins:

Direito Público. Direitos Humanos. Metodologia.

Público-alvo/consumidores:

Estudantes de graduação e de pós-graduação em Direito. Profissionais do Direito interessados em aprofundamento dos seus conhecimentos em Direito Constitucional. Candidatos aos concursos públicos para carreiras jurídicas.

Formato: 17x24 cm

CÓDIGO: 10000633

Um dos propósitos deste livro é facilitar ao leitor o acesso ao debate teórico mais denso no domínio constitucional, hoje travado sobretudo no âmbito dos melhores programas de pós-graduação em Direito, mas fazê-lo numa linguagem simples, sem rebuscamentos desnecessários. Nossa intenção é construir uma ponte entre as discussões complexas, muitas vezes interdisciplinares, existentes no âmbito da teoria constitucional contemporânea, e o estudante ou profissional do Direito que esteja interessado no aprofundamento dos seus conhecimentos no campo constitucional.

O trabalho incorpora uma dimensão *crítica*. Em cada assunto examinado, expomos o pensamento convencional e, sempre que possível, a jurisprudência do STF sobre a matéria. Mas o fazemos de forma problematizada, buscando iluminar as raízes históricas e as bases filosóficas dos institutos, e formulando, inúmeras vezes, concepções alternativas. Subjacente à obra existe a crença de que o Direito Constitucional deve exercer um papel emancipatório, contribuindo para a construção de uma sociedade mais livre, igualitária e democrática, e que a função do estudioso nesse campo não é apenas expor os institutos e dogmas da disciplina, mas também tentar interferir na realidade, para aproximá-la do ideário do constitucionalismo democrático e inclusivo.

S729d Souza Neto, Cláudio Pereira de

Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho / Cláudio Pereira de Souza Neto ; Daniel Sarmento – 2. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2014.

624 p.
ISBN 978-85-7700-867-4

1. Direito constitucional. 2. Direito público. 3. Direitos humanos. 4. Metodologia. I. Sarmento, Daniel. II. Título.

CDD: 341.2
CDU: 342

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 624 p. ISBN 978-85-7700-867-4

Daniel Sarmento

Professor de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), lecionando na graduação, mestrado e doutorado. Mestre e doutor em Direito Público pela UERJ, com pós-doutorado na Yale Law School (2006). Procurador Regional da República, com atuação prioritária no campo da tutela coletiva e da proteção dos direitos fundamentais e das minorias.

Publicou os seguintes livros individuais: *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais* (Lumen Juris, 2010); *Livres e iguais: estudos de direito constitucional* (Lumen Juris, 2006); *Direitos fundamentais e relações privadas* (2. ed. Lumen Juris, 2006); e *A ponderação de interesses na Constituição Federal* (Lumen Juris, 2000).

Coordenou, sozinho ou em conjunto com outros professores, as seguintes obras coletivas: *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica* (em parceria com Ingo Wolfgang Sarlet – Lumen Juris, 2011); *Filosofia e teoria constitucional contemporânea* (Lumen Juris, 2009); *Vinte anos da Constituição Federal de 1988* (em parceria com Cláudio Pereira de Souza Neto e Gustavo Binenbojm – Lumen Juris, 2009); *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie* (em parceria com Cláudio Pereira de Souza Neto – Lumen Juris, 2008); *Igualdade, diferença e direitos humanos* (em parceria com Daniela Ikawa e Flávia Piovesan – Lumen Juris, 2008); *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas* (em parceria com Cláudio Pereira de Souza Neto – Lumen Juris, 2007); *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos* (em parceria com Flávia Piovesan – Lumen Juris, 2007); *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres* (em parceria com Flávio Galdino – Renovar, 2006); *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público* (Lumen Juris, 2005); e *O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99* (Lumen Juris, 2001).

Autor de inúmeros artigos doutrinários e capítulos de livros publicados em revistas jurídicas especializadas e obras coletivas.

Cláudio Pereira de Souza Neto

Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF), lecionando na graduação e na pós-graduação. Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado no Rio de Janeiro e em Brasília, com atuação concentrada nos Tribunais Superiores. Sócio de *Souza Neto, Santa Cruz e Sena*, advogados. Conselheiro Federal da OAB pelo Estado do Rio de Janeiro (triênios 2007/2009, 2010/2012 e 2013/2015). Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB (triênio 2010/2012). Secretário-Geral do Conselho Federal da OAB no triênio 2013/2015. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Publicou os seguintes livros individuais: *Constitucionalismo democrático e governo das razões: estudos de direito constitucional contemporâneo* (Lumen Juris, 2011); *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática* (Renovar, 2006); e *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática* (Renovar, 2002).

Coordenou, juntamente com outros professores, as seguintes obras coletivas: *Vinte anos da Constituição Federal de 1988* (em parceria com Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm – Lumen Juris, 2009); *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie* (em parceria com Daniel Sarmento – Lumen Juris, 2008); *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas* (em parceria com Daniel Sarmento – Lumen Juris, 2007); e *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional* (em parceria com Gilberto Bercovici, José Filomeno de Moraes Filho e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima – Lumen Juris, 2003).

Autor de inúmeros artigos doutrinários e capítulos de livros publicados em revistas jurídicas especializadas e obras coletivas.

NESTA EDIÇÃO:

CAPÍTULO 1

CONCEITOS PRELIMINARES

- 1.1 Supremacia constitucional
- 1.2 A Constituição como norma
- 1.3 O problema da legitimidade intergeracional
- 1.4 O controle de constitucionalidade
- 1.5 A dificuldade contramajoritária
- 1.6 Cultura e sentimento constitucional
- 1.7 A constitucionalização do Direito
- 1.8 Bloco de constitucionalidade e tratados internacionais sobre direitos humanos
- 1.9 Constituição em sentido formal, instrumental, material e ideal
- 1.10 Classificações das constituições
 - 1.10.1 Observação prévia
 - 1.10.2 Constituições escritas ou dogmáticas e não escritas ou históricas
 - 1.10.3 Constituições flexíveis, semirrígidas, rígidas, super-rígidas e imutáveis
 - 1.10.4 Constituições sintéticas e analíticas
 - 1.10.5 Constituição dirigente e Constituição garantia
 - 1.10.6 Constituição monista, pluralista (ou compromissória) e imparcial
 - 1.10.7 Constituições normativas, nominais, semânticas e simbólicas
 - 1.10.8 Constituições outorgadas, promulgadas e cesaristas
 - 1.10.9 Constituições heterônomas

CAPÍTULO 2

CONSTITUCIONALISMO

- 2.1 Introdução
- 2.2 O constitucionalismo antigo e medieval
- 2.3 O constitucionalismo moderno
 - 2.3.1 O modelo inglês de constitucionalismo
 - 2.3.2 O modelo francês de constitucionalismo
 - 2.3.3 O modelo constitucional norte-americano
- 2.4 O constitucionalismo liberal-burguês
- 2.5 O constitucionalismo social
- 2.6 Da Constituição como proclamação política à Constituição normativa
- 2.7 Constituição e crise da soberania estatal: “mal-estar da Constituição” ou advento do constitucionalismo transnacional?

CAPÍTULO 3

A TRAJETÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

- 3.1 Introdução
- 3.2 A Constituição de 1824
 - 3.2.1 Antecedentes e outorga
 - 3.2.2 Traços essenciais da Constituição de 1824
 - 3.2.3 A vida constitucional sob a égide da Carta de 1824
- 3.3 A Constituição de 1891
 - 3.3.1 Antecedentes e Assembleia Constituinte
 - 3.3.2 Traços essenciais da Constituição de 1891
 - 3.3.3 A República Velha sob a Constituição de 1891
- 3.4 A Constituição de 1934

- 3.4.1 Antecedentes e Assembleia Constituinte
- 3.4.2 A Constituição de 1934: principais características
- 3.4.3 A curta vida da Constituição de 1934
- 3.5 A Constituição de 1937
 - 3.5.1 A outorga da Carta
 - 3.5.2 Traços fundamentais da Carta de 1937
 - 3.5.3 A Constituição de 1937 na vida nacional
- 3.6 A Constituição de 1946
 - 3.6.1 Antecedentes e Assembleia Constituinte
 - 3.6.2 Traços essenciais da Constituição de 1946
 - 3.6.3 A Constituição de 1946 na realidade nacional
- 3.7 A Constituição de 1967
 - 3.7.1 Antecedentes e Assembleia Constituinte
 - 3.7.2 Traços gerais da Constituição de 1967
 - 3.7.3 A Constituição de 1967 e o recrudescimento da Ditadura Militar
- 3.8 A Constituição de 1969
 - 3.8.1 Outorga, natureza e principais inovações
 - 3.8.2 A Constituição de 1969 na vida nacional

CAPÍTULO 4

A ASSEMBLEIA CONSTITUINTE DE 1987/88 E A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA SOB A CONSTITUIÇÃO DE 1988

- 4.1 Introdução
- 4.2 Antecedentes, convocação e natureza da Assembleia Constituinte
- 4.3 Composição da Assembleia Constituinte
- 4.4 Os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte
- 4.5 Traços essenciais da Constituição de 1988
- 4.6 A trajetória da Constituição de 1988
- 4.7 Conclusão

CAPÍTULO 5

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO E FILOSOFIA CONSTITUCIONAL

- 5.1 Nota preliminar
- 5.2 Teorias da Constituição
 - 5.2.1 A teoria constitucional do constitucionalismo liberal: o idealismo constitucional
 - 5.2.2 A Constituição como fato social: os fatores reais de poder
 - 5.2.3 O positivismo constitucional de Hans Kelsen
 - 5.2.4 A Constituição como “decisão política fundamental” (Carl Schmitt)
 - 5.2.5 A Constituição como processo de integração (Rudolf Smend)
 - 5.2.6 A Constituição total: a tentativa de integração das dimensões normativas, sociais e políticas (Herman Heller)
 - 5.2.7 Norma, realidade e concretização da Constituição: as teorias concretista (Konrad Hesse) e estruturante (Friedrich Müller) da Constituição
 - 5.2.8 A teoria da Constituição dirigente
 - 5.2.9 O constitucionalismo da efetividade
 - 5.2.10 Pós-positivismo e neoconstitucionalismo
- 5.3 Filosofia política e teoria constitucional
 - 5.3.1 Liberalismo igualitário e Constituição
 - 5.3.2 Teoria constitucional e comunitarismo: a Constituição e os valores comunitários
 - 5.3.3 Teoria constitucional e libertarianismo
 - 5.3.4 O republicanismo na teoria constitucional
 - 5.3.5 O procedimentalismo na teoria constitucional

- 5.3.6 O minimalismo judicial
- 5.3.7 O constitucionalismo popular e a Constituição como inspiração para a política
- 5.3.8 Pragmatismo e teoria constitucional
- 5.3.9 Pós-Modernidade e teoria constitucional
- 5.4 A título de conclusão: a teoria constitucional no momento das grandes sínteses
- 5.4.1 Descrição e prescrição
- 5.4.2 Normatividade, realidade e moralidade
- 5.4.3 Procedimento e substância
- 5.4.4 Indivíduo e comunidade
- 5.4.5 Jurisdição e política constitucional

CAPÍTULO 6

O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

- 6.1 Introdução
- 6.2 Poder constituinte: elementos da história do conceito
- 6.3 A titularidade do poder constituinte
- 6.4 Características do poder constituinte originário: inicial, ilimitado, indivisível, incondicionado e permanente?
- 6.4.1 Um poder inicial?
- 6.4.2 Um poder juridicamente ilimitado?
- 6.4.3 Um poder incondicionado?
- 6.4.4 Um poder indivisível?
- 6.4.5 Um poder permanente?
- 6.5 Um poder de fato ou de direito?
- 6.6 Os cenários do poder constituinte
- 6.6.1 Revolução vitoriosa
- 6.6.2 A criação de um novo Estado por agregação
- 6.6.3 Emancipação política
- 6.6.4 O colapso
- 6.6.5 Grave crise
- 6.6.6 O golpe de Estado
- 6.6.7 A transição pacífica
- 6.6.8 Momentos constitucionais sem Constituição
- 6.6.9 Poder constituinte supranacional? O caso da União Europeia
- 6.7 O poder constituinte sem mistificações teológicas

CAPÍTULO 7

O PODER CONSTITUINTE DERIVADO

- 7.1 Introdução
- 7.2 O poder de reforma constitucional: generalidades e limitações
- 7.2.1 Limites formais
- 7.2.1.1 Generalidades e Direito Comparado
- 7.2.1.2 Os limites formais às emendas na Constituição de 1988
- 7.2.2 Os limites circunstanciais
- 7.2.3 Limites temporais
- 7.2.4 Limites materiais: as “cláusulas pétreas”
- 7.2.4.1 Generalidades
- 7.2.4.2 Algumas linhas de justificação dos limites materiais ao poder de reforma
- 7.2.4.3 Os limites materiais expressos ao poder de reforma na Constituição Federal de 1988
- 7.2.4.3.1 A forma federativa de Estado
- 7.2.4.3.2 O voto direto, secreto, universal e periódico
- 7.2.4.3.3 A separação dos poderes
- 7.2.4.3.4 Os direitos e garantias individuais

- 7.2.4.4 As cláusulas pétreas implícitas e o problema da “dupla revisão”
- 7.2.5 A revisão constitucional
- 7.2.6 A aprovação de tratado internacional de direitos humanos de acordo com o procedimento previsto no art. 5º, §3º, da Constituição
- 7.3 O poder constituinte decorrente
 - 7.3.1 Elaboração e reforma das constituições estaduais: procedimento
 - 7.3.2 Os limites às constituições estaduais
 - 7.3.3 Existe o “princípio da simetria”?
 - 7.3.4 As constituições estaduais: o papel que atualmente desempenham
 - 7.3.5 A lei orgânica do município é manifestação do poder constituinte decorrente?

CAPÍTULO 8

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

- 8.1 Conceito e generalidades
- 8.2 Mecanismos de atuação da mutação constitucional
 - 8.2.1 Evolução jurisprudencial e mutação constitucional
 - 8.2.2 Mutação constitucional e atuação do legislador
 - 8.2.3 Mutação constitucional, Governo e Administração Pública
 - 8.2.4 Mutação, costume e convenção constitucional
- 8.3 Os limites da mutação constitucional

CAPÍTULO 9

NORMAS CONSTITUCIONAIS

- 9.1 Introdução
- 9.2 Texto normativo e norma constitucional
- 9.3 Algumas características das normas constitucionais
- 9.4 Especificidades de algumas normas constitucionais
 - 9.4.1 O preâmbulo
 - 9.4.2 As disposições constitucionais transitórias
- 9.5 Tipologia das normas constitucionais
 - 9.5.1 Classificações das normas constitucionais quanto à eficácia jurídica
 - 9.5.2 Classificação das normas constitucionais quanto ao seu objeto
- 9.6 Princípios e regras constitucionais
 - 9.6.1 Nota histórica
 - 9.6.2 Alguns critérios para distinção entre princípios e regras
 - 9.6.3 Importância dos princípios e das regras no sistema constitucional
 - 9.6.4 Valores e postulados normativos

CAPÍTULO 10

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

- 10.1 Introdução
- 10.2 Notas históricas: do formalismo legalista ao pós-positivismo
- 10.3 Quem interpreta a Constituição?
 - 10.3.1 A pluralização do universo de intérpretes
 - 10.3.2 Os diálogos interinstitucionais e sociais e a questão da “última palavra”
- 10.4 Os elementos tradicionais de interpretação aplicados à interpretação constitucional
 - 10.4.1 O elemento gramatical e os limites textuais para a atividade do intérprete
 - 10.4.2 O elemento histórico, o originalismo e a vontade do constituinte
 - 10.4.3 O elemento sistemático e a unidade do sistema constitucional
 - 10.4.4 O elemento teleológico e as finalidades sociais da Constituição
- 10.5 Novas ideias na interpretação constitucional
 - 10.5.1 A pré-compreensão
 - 10.5.2 Interpretação constitucional, problema e sistema: os limites da tópica
 - 10.5.3 Interpretação, realidade constitucional e concretização normativa
 - 10.5.4 Interpretação constitucional e avaliação das consequências
 - 10.5.5 Interpretação da Constituição e argumentação moral
 - 10.5.6 Consideração das capacidades institucionais
- 10.6 Princípios específicos de interpretação constitucional

- 10.6.1 Princípio da unidade da Constituição e concordância prática
- 10.6.2 Princípio da força normativa da Constituição
- 10.6.3 Princípio da correção funcional
- 10.6.4 Princípio das razões públicas
- 10.6.5 Princípio do cosmopolitismo: o diálogo internacional na interpretação constitucional
- 10.6.6 Princípio da interpretação conforme à Constituição
- 10.6.7 Princípio de presunção graduada de constitucionalidade dos atos normativos
alguns parâmetros para a autocontenção judicial

CAPÍTULO 11

OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

- 11.1 Introdução
- 11.2 O subprincípio da adequação
- 11.3 O subprincípio da necessidade
- 11.4 O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito
- 11.5 A proporcionalidade como proibição de proteção deficiente
- 11.6 O princípio da razoabilidade
 - 11.6.1 Razoabilidade e proporcionalidade
 - 11.6.2 Alguns significados da razoabilidade na doutrina constitucional e na filosofia
 - 11.6.3 Diferentes significados da razoabilidade na jurisprudência constitucional
 - 11.6.4 Dimensões da razoabilidade: propostas para futuro aprofundamento

CAPÍTULO 12

COLISÃO ENTRE NORMAS CONSTITUCIONAIS

- 12.1 Introdução
- 12.2 Há conflito entre normas constitucionais? Categorização, teoria interna dos direitos fundamentais, juízo de adequação e a “justiça para ouriços”
- 12.3 Os critérios clássicos para a solução de antinomias e a sua insuficiência no cenário constitucional
 - 12.3.1 O critério hierárquico: a inexistência de norma constitucional originária inconstitucional
 - 12.3.2 Ainda o critério hierárquico: a inexistência de ordem rígida de preferência entre as normas constitucionais
 - 12.3.3 O critério cronológico: a revogação de normas constitucionais por emendas supervenientes
 - 12.3.4 O critério de especialidade
- 12.4 A composição de uma nova norma
- 12.5 A ponderação
 - 12.5.1 Origem e desenvolvimento da ponderação
 - 12.5.2 Quem pondera e em que contextos?
 - 12.5.3 A técnica da ponderação
 - 12.5.4 Ponderação, democracia e desenho institucional
 - 12.5.5 Ponderação e regras constitucionais
 - 12.5.6 Alguns parâmetros gerais para a ponderação
- 12.6 Tratados internacionais de direitos humanos dotados de hierarquia constitucional e o critério da norma mais favorável

CAPÍTULO 13

AS LACUNAS CONSTITUCIONAIS E SUA INTEGRAÇÃO

- 13.1 Lacunas constitucionais, reserva de Constituição e silêncio eloquente
- 13.2 A analogia constitucional
- 13.3 Costume e convenção constitucional
- 13.4 A equidade constitucional
- 13.5 A inexistência de hierarquia entre os critérios para suprimento de lacunas constitucionais

CAPÍTULO 14

DIREITO CONSTITUCIONAL INTERTEMPORAL

- 14.1 Introdução
- 14.2 A aplicação imediata da Constituição e a proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada
- 14.3 Constituição e ordem constitucional anterior: existe “desconstitucionalização”?
- 14.4 Constituição e direito infraconstitucional anterior: a recepção
 - 14.4.1 Recepção e mudança no processo legislativo
 - 14.4.2 Recepção, federação e alteração de competência legislativa
 - 14.4.3 Não recepção: revogação ou inconstitucionalidade superveniente?
 - 14.4.4 Recepção provisória: a lei “ainda” constitucional e a inconstitucionalidade progressiva
- 14.5 Repristinção constitucional: constitucionalidade superveniente?
- 14.6 Declaração de inconstitucionalidade e efeitos repristinatórios
- 14.7 Emendas constitucionais e Direito Intertemporal