

# Os Vinte Anos da Constituição da República Federativa do Brasil: Retrospectiva, Perspectiva e Prospectiva

**Guilherme Peña de Moraes**

*Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor da EMERJ, FEMPERJ, FESUDEPERJ e CEPAD/RJ. Mestre em Direito do Constitucional pela PUC-RJ.*

## 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: i) o retrospectivo, referente aos processos de mudança da Constituição no passado, ii) o perspectivo, relativo às funções do Estado, isolada ou reciprocamente consideradas, no presente, e ii) 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.

<sup>1</sup> 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. 3º, *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 nº 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>, do art. 5º da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, que dispunha sobre o regime jurídico único<sup>5</sup>, do art. 1º da Emenda Constitucional nº 21, de 18 de março de 1999<sup>6</sup>, 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, do 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<sup>7</sup>, do art. 5º, § 1º, *in fine* da Emenda Constitucional nº 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 do art. 2º da

<sup>2</sup> CORREIA, Inocêncio Serzedelo. *A Revisão Constitucional*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Litho-Typographia, 1904, p. 13.

<sup>3</sup> FERREIRA, Luiz Pinto. *O Poder de Reforma Constitucional*. 1ª ed. Recife: Instituto dos Advogados de Pernambuco, 1995, p. 7.

<sup>4</sup> STF, ADIn nº 939, Rel. Min. Sydney Sanches, J. 15.12.1993, DJU 18.03.1994.

<sup>5</sup> STF, ADIn nº 2.135, Rel. Min. Ellen Gracie, J. 02.08.2007, DJU 07.03.2008.

<sup>6</sup> STF, ADIn nº 2.031, Rel. Min. Ellen Gracie, J. 03.10.2002, DJU 17.10.2003.

<sup>7</sup> STF, ADIn nº 3.105, Rel. Min. Cezar Peluso, J. 18.08.2004, DJU 18.02.2005.

<sup>8</sup> STF, ADIn nº 3.472, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 28.04.2005, DJU 10.05.2005.

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>.

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 de 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 pelos 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

<sup>9</sup> STF, ADIn n° 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, J. 22.03.2006, DJU 10.08.2006.

<sup>10</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 25.

<sup>11</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1.228.

<sup>12</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed., v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 131-132.

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>14/15</sup>.

### 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 conseqüência, do redimensionamento das funções do Estado, isolada ou reciprocamente consideradas<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> GOMES, Luiz Flávio. “Efeitos do Controle de Constitucionalidade Difuso Abstrativizado” in *Consulex - Revista Jurídica*, nº 221, 2006, p. 47.

<sup>14</sup> STF, HC nº 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 23.02.2006, DJU 01.09.2006.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 223.

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 conseqüente 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, tais 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 conseqüente 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>18/19</sup>.

<sup>17</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 147.

<sup>18</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Controle Judicial das Omissões Administrativas**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 27.

<sup>19</sup> 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, a troca de sexo e a 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

<sup>20</sup> 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*. 1ª ed. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005, p. 117-132.

<sup>21</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Estado e Direitos Fundamentais em face da Globalização” in *Arquivos de Direitos Humanos*. 1ª ed., v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 101.

<sup>22</sup> LORENZETTI, Ricardo Luís. “A Proteção do Indivíduo através dos Direitos Fundamentais” in *Fundamentos do Direito Privado*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 154.

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>23/24</sup>. 

<sup>23</sup> MORAES, Maria Celina de. “O Princípio da Solidariedade” *in Os Princípios da Constituição de 1988*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 167.

<sup>24</sup> 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, esclarecer o sentido que, nesta ‘reconstituição’, se atribui a cada uma daqueles étimos. A diversidade garante a afirmação do direito dos diferentes sujeitos à sua identidade, à co-existência e à co-determinação da ordem política nacional, global e de outras sub-ordens (regionais, funcionais, etc.). De algum modo, para o bem e para o mal, chegou ao fim a era da igualdade. A compensação desta especial valorização da diversidade e da perda de relevância da igualdade acha-se naturalmente na consagração do princípio da solidariedade. A ideia, no fundo, de que aqueles que de nós se diferenciam, efetivamente e apesar disso (ou até por causa disso), contam para nós. A solidariedade é aqui herdeira direta da fraternidade. Finalmente, o mais difícil, a elevação da segurança a étimo democrático (lá onde antes figurava a liberdade). Quando fala em segurança, Denninger pensa essencialmente nas incertezas e ameaças da vida moderna, as tais da ‘ordem do risco’. Por isso, individualizou a segurança contra os riscos tecnológicos (devassa informática, manipulação genética, falhanço de sistemas mecânicos ou técnicos de proteção, produtos farmacêuticos e químicos), autonomizou a segurança contra os riscos ambientais e, em matéria de direitos sociais, teorizou a segurança contra os riscos sociais (doença, invalidez, velhice, desemprego)”. RANGEL, Paulo Castro. “Diversidade, Solidariedade e Segurança (notas em redor de um novo programa constitucional)”. Disponível em: <http://www.oa.pt>. Acesso em: 20.09.2008.