

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

CARLA NAYALI DE OLIVEIRA

CONCEITO SOCIOLÓGICO DE CONSTITUIÇÃO E SUA FORÇA NORMATIVA: UM
CONFRONTO DE IDEIAS À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

SOUSA
2014

CARLA NAYALI DE OLIVEIRA

CONCEITO SOCIOLOGICO DE CONSTITUIÇÃO E SUA FORÇA NORMATIVA: UM
CONFRONTO DE IDEIAS À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho Monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Vaninne Arnaud de Medeiros Moreira.

SOUSA

2014

CARLA NAYALI DE OLIVEIRA

CONCEITO SOCIOLOGICO DE CONSTITUIÇÃO E SUA FORÇA NORMATIVA: UM
CONFRONTO DE IDEIAS À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho Monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Vaninne Arnaud de Medeiros Moreira.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: ____/____/____

Orientadora: Prof. Vaninne Arnaud de Medeiros Moreira.

Examinador

Examinador

DEDICATÓRIA

Á minha Rosa, minha amada mãe, a flor
mais bela e graciosa do jardim da minha
vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus, por sua misericórdia, e seu infinito amor que me deu forças a cada amanhecer.

À minha família por todo apoio e carinho durante essa trajetória, pelas palavras e gestos de amor que me fortaleciam e me faziam perseverante em meus objetivos. Obrigada pela alegria sincera a cada vitória e pelo consolo quando mais precisei, com certeza, sem vocês, mãe, pai e meus amados irmãos, tudo seria mais difícil.

À Débora e Tereza que conviveram comigo no último ano e me deram muita força a cada etapa desse trabalho.

Agradeço também aos amigos que encontrei nos últimos cinco anos, vocês trouxeram mais alegria para minhas tardes, e, com certeza, tornaram o fardo mais leve. Aqui, agradeço em especial à minha amiga-irmã, Priscila, pelas palavras sinceras que acalmavam o coração, pelo ombro amigo sempre disposto a consolar, enfim, por ser presente de Deus em minha vida.

Aos professores dessa academia que contribuíram para a minha formação como profissional.

À professora Vaninne Arnaud por se dispor a orientar esse trabalho, e com paciência e dedicação cumpre seu ofício.

RESUMO

O trabalho analisa o conceito de Constituição e qual sua verdadeira essência, tendo como base de estudo a Constituição Federal de 1988. Pretende-se, no presente trabalho examinar as teorias desenvolvidas por Ferdinand Lassalle (segundo o qual o somatório dos fatores reais de poder constituem a essência de uma Constituição), e, por Konrad Hesse (para quem uma Constituição é dotada de força normativa capaz de transformar a realidade, a qual constitui a essência de uma Constituição) e sua aplicabilidade no constitucionalismo brasileiro. Com efeito, será realizado um estudo de casos concretos retirados da jurisdição e do processo legislativo brasileiro, relacionando-os e confrontando-os com as teorias supracitadas. Para alcançar o fim ao qual se propõe este trabalho foi utilizado como método de abordagem o dedutivo, como método de procedimento foi utilizado o monográfico e histórico, e, como técnica de pesquisa a abordagem bibliográfica e o estudo de casos. Assim, procurar-se-á defender, que apesar de, em muitos casos, nossos tribunais e a nossa doutrina resguardarem a aplicabilidade da força normativa da Constituição, no plano prático, em algumas situações, há sinais de que a vontade de poder se sobrepõe à vontade da Constituição, como defendido por Lassalle.

Palavras-chave: Essência da Constituição. Fatores reais de Poder. Força Normativa.

RESUMEN

El trabajo analiza el concepto de Constitución y cual su verdadera esencia, teniendo como base de estudio la Constitución Federal de 1988. Se pretende, en el presente trabajo examinar las teorías desarrolladas por Ferdinand Lassalle (según el cual el somatório de los factores reales de poder constituyen la esencia de una Constitución), y, por Konrad Hesse (para quien una Constitución es dotada de fuerza normativa capaz de transformar la realidad, la cual constituye la esencia de una Constitución) y su aplicabilidad en el constitucionalismo brasileño. Con efecto, será realizado un estudio de casos concretos retirados de la jurisdicción y del proceso legislativo brasileño, relacionándolos y confrontándolos con las teorías supracitadas. Para alcanzar el fin al cual se propone este trabajo fue utilizado como método de abordaje fue usado el deductivo, como método de procedimiento fue utilizado el monográfico e histórico, y, como técnica de investigación el abordaje bibliográfico y el estudio de casos. Así, se buscará defender, que a pesar de, en muchos casos, nuestros tribunales y nuestra doctrina resguarden la aplicabilidad de la fuerza normativa de la Constitución, en el plan práctico, en algunas situaciones, hay señales de que la gana de poder se sobrepone a la gana de la Constitución, como defendido por Lassalle.

Palabras clave: Esencia de la Constitución. Factores reales de Poder. Fuerza Normativa.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 CONSTITUIÇÃO	11
2.1 CONCEITO	11
2.1.1 Concepção sociológica	13
2.1.2 Concepção política.....	14
2.1.3 Concepção jurídica	16
2.2 Classificação das constituições	18
2.2.1 Quanto à forma	18
2.2.2 Quanto ao conteúdo.....	19
2.2.3 Quanto à origem	19
2.2.4 Quanto ao modo de elaboração.....	20
2.2.5 Quanto à estabilidade	20
2.3 CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO	21
2.3.1 Considerações Iniciais.....	21
2.3.2 O Constitucionalismo	21
2.3.2.1 O constitucionalismo Imperial	22
2.3.2.2 O Constitucionalismo na Primeira Republica	23
2.3.2.3 O Constitucionalismo na Segunda República	24
2.3.2.4 O Brasil e a retomada da Democracia: A Constituição Federal de 1988	26
3 LASSALLE X HESSE	28
3.1 A ESSÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO PARA FERDINAND LASSALLE	28
3.2 KONRAD HESSE E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO	32
4 DA AÇÃO PENAL 396 E DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº	
3.7 À LUZ DAS TEORIAS DE HESSE E LASSALE	39
4.1 DA AÇÃO PENAL 396 (CASO NATAN DONADON).....	39
4.1.1 Do breve histórico do caso	39
4.1.2 Da superação dos paradigmas clássicos de interpretação.....	42
4.1.3 Da separação dos poderes e o sistema dos freios e contrapesos	45
4.1.4 Do pensamento de Konrad Hesse aplicado ao caso.....	46
4.1.5 Do pensamento de Ferdinand Lassale aplicado ao caso	49
4.2 DA PROPOSTA DE EMENDA A CONSTITUIÇÃO Nº 37	51

4.2.1 Breve Histórico do caso	51
4.2.2 Ministério Público e o Estado Democrático de Direito	52
4.2.3 Das Atribuições do Ministério Público	53
4.2.4 Do pensamento de Konrad Hesse aplicado ao caso.....	58
4.2.5 Do pensamento de Ferdinand Lassale aplicado ao caso	59
5 CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS.....	62

1 INTRODUÇÃO

Há muito se discute sobre qual é a essência de uma Constituição, o que realmente determina as mudanças políticas, jurídicas, sociais e econômicas de um país.

Esse debate despertou interesse durante toda a história do constitucionalismo, e continua estimulando o pensamento de muitos constitucionalistas e estudiosos.

O presente trabalho tratará sobre o tema tomando como base a Constituição Federal de 1988. Para tanto, será realizado o estudo das teorias desenvolvidas por Konrad Hesse e Ferdinand Lassalle a respeito do que seria a essência de uma constituição, confrontando-as com ênfase na análise do texto constitucional e de casos concretos da jurisdição constitucional, sobretudo no que toca às interpretações.

O desenvolvimento desse estudo apresenta laços fortes com as políticas públicas do Estado, com a economia e com a sociedade em geral, já que a análise buscará os fatores que influenciam e preponderam no âmbito da eficácia normativa da Constituição de 1988 e quais elementos representam as forças reais de poder que geram efeitos na jurisdição e no processo legislativo constitucional.

Para atingir a finalidade aqui almejada foi utilizado como método de abordagem o dedutivo, visto que, o estudo foi realizado a partir de uma ideia geral para se chegar a conclusões particulares; como método de procedimento o monográfico e histórico, porquanto, foi realizada uma análise histórica dos casos abordados; como técnica de pesquisa foi feita a pesquisa bibliográfica e o estudo de casos.

O trabalho foi didaticamente disposto em três capítulos.

Primeiramente, para situar o leitor sobre o tema, foi feito um estudo sobre o conceito de Constituição, suas principais acepções, sua classificação e um breve histórico sobre o constitucionalismo no Brasil.

No segundo capítulo foram abordadas as teorias desenvolvidas pelos mestres Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse, tendo como base a análise de suas obras 'O Que é uma Constituição' e 'A Força Normativa da Constituição', respectivamente.

Por último, foi feita a análise de casos concretos retirados da jurisdição e do processo legislativo brasileiro, relacionando-os e confrontando-os com as teorias supracitadas.

2 CONSTITUIÇÃO

2.1 CONCEITO

A palavra constituição pode ser usada com diversos significados, possui, portanto, um caráter polissêmico, o que dificulta apresentar-lhe um conceito preciso. Nesse sentido, Silva:

A palavra constituição é empregada com vários significados, tais como: (a) 'Conjunto de elementos essenciais de alguma coisa: a constituição do universo, a constituição dos corpos sólidos'; (b) 'Temperamento, compleição do corpo humano: uma constituição psicológica explosiva, uma constituição robusta'; (c) 'Organização, formação: a constituição de uma assembleia, a constituição de uma comissão'; (d) 'O ato de estabelecer juridicamente: a constituição de dote, de renda, de uma sociedade anônima'; (e) 'Conjunto de normas que regem uma corporação, uma instituição: a constituição da propriedade'; (f) 'A lei fundamental de um Estado'.¹

Bonavides, com propriedade, adverte sobre os diversos significados da palavra constituição:

A palavra constituição abrange toda uma gradação de significados, desde o mais amplo possível – a Constituição em sentido etimológico ou seja relativo ao modo de ser das coisas, sua essência e qualidades distintivas – até este outro em que a expressão se delimita pelo adjetivo que a qualifica, a saber a Constituição política, isto é, a Constituição do Estado, [...].²

Para o presente trabalho interessa apenas o estudo da palavra constituição como lei fundamental de um estado, criada para estabelecer a forma de organização de uma determinada sociedade.

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 37.

² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 84.

A constituição como lei fundamental é o conjunto de normas, escritas ou costumeiras, que têm como objetivo disciplinar a organização do Estado e seu povo, estruturar o poder político e garantir os direitos fundamentais à vida.

Todo país politicamente organizado necessita de uma lei fundamental, que organize a estrutura do Estado, estabeleça sua forma de governo, o modo de aquisição e exercício do poder, além de elencar os direitos fundamentais dos cidadãos.

Considerando o conceito de Constituição, em termos jurídicos, Silva entende que:

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização de seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e suas respectivas garantias. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.³

Na lição de Bulos:

Constituição é o organismo vivo delimitador da organização estrutural do Estado, da forma de governo, da garantia das liberdades públicas, do modo de aquisição e exercício do poder. Traduz-se por um conjunto de normas jurídicas que estatuem direitos, prerrogativas, garantias, competências, deveres e encargos, consistindo na lei fundamental da sociedade.⁴

Em sua obra de Direito Constitucional, Novelino define Constituição de um estado como “conjunto sistematizado de normas originárias e estruturantes do estado que têm por objeto nuclear os direitos fundamentais, a estruturação do estado e a organização dos poderes”.⁵

Ao longo dos anos várias concepções de Constituição foram formuladas, no

³ SILVA, José Afonso da. **Curso*...**, p. 37 e 38.

⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 100.

⁵ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010, p. 102.

entanto, não há um consenso a seu respeito. Como afirma Bulos: “(...) o conceito de ‘constituição’ é um conceito em crise, pois até hoje os estudiosos não chegaram a um consenso a seu respeito, existindo diversos sentidos para o seu entendimento”.⁶

Dentre as concepções desenvolvidas na teoria constitucional destacam-se a sociológica, defendida por Ferdinand Lassalle em sua obra clássica intitulada “Que é uma Constituição” (ou “A Essência da Constituição”); a política, formulada pelo autor alemão Carl Schmitt; a jurídica, elaborada pelo austríaco Hans Kelsen; e a força normativa da constituição, esta desenvolvida durante a modernidade pelo jurista Alemão Konrad Hesse.

2.1.1 Concepção sociológica

A concepção sociológica de Constituição foi defendida pelo jurista Ferdinand Lassalle e exposta em sua obra “Que é uma Constituição” durante uma palestra ministrada em uma universidade alemã. Foi uma das primeiras teorias a respeito do que seria uma constituição, talvez a primeira formulada cientificamente.

Ferdinand Lassalle, em seu clássico trabalho, afirmou que a Constituição é a soma dos fatores reais de poder em vigor em uma determinada sociedade. Nas palavras do próprio autor: “essa é em síntese, em essência, a constituição de um país: a soma dos fatores reais de poder que regem um país”.⁷

Para o jurista, quando o texto da Constituição expressa algo e os fatos evidenciam uma realidade diversa daquilo que foi escrito, o que predomina são os fatos (a forma como as coisas realmente são) e não como devem ser (o que diz a norma).

Lenza, em sua obra *Direito Constitucional Esquematizado*, ao apresentar o pensamento de Lassalle, afirma:

valendo-se do conceito sociológico, Ferdinand Lassalle, em seu livro *Que é uma Constituição?*, defendeu que uma Constituição só seria

⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. Op. Cit., p. 100

⁷ LASSALE, Ferdinand. **O que é Constituição**. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao.html>> Acesso em: 04/12/2013.

légítima se representasse o efetivo poder social, refletindo as forças sociais que constituem o poder. Caso isso não ocorresse, ela seria ilegítima, caracterizando-se como uma *'simple folha de papel'*. A constituição segundo a conceituação de Lassalle, seria, então, a *somatória dos fatores reais de poder dentro de uma sociedade*. (grifos do autor).⁸

Fazendo uso das palavras do jurista ao ministrar uma palestra na universidade alemã:

Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder, a verdadeira constituição de um país somente tem por base os fatores reais de poder que naquele país regem, e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.⁹

2.1.2 Concepção política

O alemão Carl Schmitt é considerado um dos mais importantes juristas do século XX. Escreveu diversas obras em diversos campos da ciência jurídica, política, sociológica, teológica, entre outras.

Ao publicar, em 1928, a obra “Teoria da Constituição”, Schmitt propõe o estudo da concepção política de constituição.

A concepção política pensada por Carl Schmitt, também chamada de decisionista, faz a distinção entre Constituição e Lei Constitucional. A primeira seria resultado das decisões políticas fundamentais, também chamadas de normas materialmente constitucionais. A segunda engloba todas as leis que estão no texto constitucional, mas que não são resultados de decisões políticas propriamente ditas, também podem ser chamadas de normas meramente constitucionais.

Para Schmitt a Constituição busca seu fundamento na decisão política fundamental, e deve ser considerada como o conjunto das decisões políticas fundamentais de um povo. Dessa forma, a ideia de uma constituição positiva é

⁸ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 76.

⁹ LASSALE, Ferdinand. Op. Cit.

sempre precedida por uma decisão. Diz Schmitt, em sua obra *Teoria da Constituição*:

No fundo de toda normatividade reside uma decisão política do titular do poder constituinte, é dizer, do Povo na Democracia e do Monarca na Monarquia autêntica.

Assim, a Constituição francesa de 1791 envolve a decisão política do povo francês a favor da Monarquia com dois “representantes da Nação”, o Rei e o Corpo Legislativo. A Constituição belga de 1831 contém a decisão do povo belga a favor de um Governo monárquico (parlamentar) de base democrática (Poder constituinte do povo), ao modo do Estado burguês de Direito. A Constituição prussiana de 1850 contém uma decisão do Rei (como sujeito do Poder constituinte) a favor de uma Monarquia constitucional ao modo do Estado burguês de Direito, com o que resta conservada a Monarquia como forma de Estado (e não apenas como forma do Poder Executivo). A Constituição francesa de 1852 contém a decisão do povo francês a favor do Império hereditário de Napoleão III, etc.¹⁰

Cunha, em seu livro *Curso de Direito Constitucional*, ao escrever sobre os pensamentos de Schmitt, afirma que:

A constituição, como uma decisão consciente da comunidade política, deriva de uma vontade política já existente. Daí considerar-se Schmitt como um ‘voluntarista’, uma vez que confere relevante papel à vontade política da nação. Percebe-se, no pensamento de Schmitt, que não é a constituição que produz a unidade política, mas, inversamente, é a unidade política, ou seja, a nação que gera a constituição. É a unidade política que, dotada de uma vontade política de existir e através do Poder Constituinte, adota a Constituição por si mesma e se dá a si mesma. Enfim, a Constituição só existe porque antes dela existia uma unidade política, e somente a decisão conjunta de um povo sobre o modo e a forma de sua existência é que confere a um conjunto de normas o caráter de Constituição.¹¹

¹⁰ SHIMITT, Carl. **A teoria de uma Constituição**, 2003. *Apud.* KAMPMANN, Fábio Roberto; PERAZZOLI, Fernando David; OLIVEIRA NETO, Orleans Antunes de; BOSTELMANN, Elisa Mayara; VIEIRA, Cainã Domit. **A Teoria de Constituição na Obra de Carl Shimitt**. Disponível em <<http://www.abdconst.com.br/revista3/portouniao.pdf>>. Acesso em 05/02/2014.

¹¹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 78.

Para Schmitt, o Estado antecede a Constituição, e, esta, sempre deve estar fundamentado em uma decisão política fundamental.

2.1.3 Concepção jurídica

A concepção puramente jurídica de constituição foi desenvolvida pelo jurista e filósofo austríaco Hans Kelsen, considerado o mais importante e influente do século XX. Durante sua vida acadêmica Kelsen publicou mais de quatrocentos livros e artigos, dentre os quais se destaca a obra Teoria Pura do Direito.

Na Teoria Pura do Direito, Kelsen desenvolve um sentido de constituição diferente de todos que já haviam sido desenvolvidos até então, o autor procura desprender a ideia de constituição dos fundamentos sociológicos, políticos e filosóficos. Para o austríaco, a constituição de um país deve ser compreendida em seu sentido jurídico, como uma norma fundamental, uma ordem mandamental que se dirige à coletividade, capaz de conduzir o comportamento da coletividade.

Silva, em seu livro Curso de Direito Constitucional Positivo, descrevendo a teoria desenvolvida por Kelsen, observa que: “[...] a constituição é, então, considerada norma pura, puro dever ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica”.¹²

Cunha, traduzindo o pensamento kelseniano, afirma: “Numa concepção estritamente jurídica, a constituição é concebida como uma norma jurídica, uma norma jurídica fundamental de organização do estado e de seus elementos essenciais, dissociada de qualquer fundamento sociológico, político ou filosófico”.¹³

A teoria kelseniana toma a palavra constituição em dois sentidos, o lógico-jurídico e jurídico-positivo. No primeiro, a constituição é compreendida como uma norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento de validade às normas jurídicas positivadas. No segundo, a constituição é a própria norma escrita, que fundamenta todo o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Cunha observa:

¹² SILVA, José Afonso da. **Curso***..., p. p. 39

¹³ CUNHA JUNIOR, Dirley da. Op. Cit., p. 81.

Assim, para Kelsen, a constituição posta (no sentido jurídico-positivo) é a norma jurídica que fundamenta todo o ordenamento jurídico positivo, conferindo-lhe unidade e fechamento. Contudo, além de uma constituição posta há ainda uma constituição pressuposta (no sentido lógico-jurídico) que serve de fundamento de validade à própria constituição positivada. Essa, a pressuposta ou suposta (assim denominada porque é hipotética, não sendo imposta por nenhuma autoridade humana) prescreveria obediência irrestrita àquela, a posta (esta sim, é imposta por uma autoridade humana).¹⁴

Desta forma, segundo Kelsen, o ordenamento jurídico seria formado por um conjunto de normas escalonadas, de forma que uma norma hierarquicamente inferior funcionaria como fundamento de validade da outra hierarquicamente superior até chegar à Constituição, esta, por sua vez, buscaria sua validade em uma norma fundamental hipotética.

Lenza, traduzindo o pensamento de Kelsen, observa:

No direito percebe-se um verdadeiro escalonamento de normas, uma constituindo fundamento de validade da outra, numa verticalidade hierárquica. Uma norma, de hierarquia inferior, busca seu fundamento de validade da norma superior e esta, na seguinte, até chegar à Constituição, que o fundamento de validade de todo o sistema constitucional.

A Constituição, por seu turno, tem seu fundamento de validade na norma hipotética fundamental, situada no plano lógico, e não no jurídico, caracterizando-se como fundamento de validade de todo o sistema, determinando-se a obediência a tudo o que for posto pelo Poder Constituinte Originário.¹⁵

Com a teoria puramente jurídica, Kelsen rompe com as concepções tradicionais de constituição que haviam sido desenvolvidas até então, e separa o direito dos demais ramos como a política, sociologia, filosofia, dentre outros. Isto, não significa dizer que Kelsen nega a relação do direito com esses ramos, mas, para o autor, essas relações existentes entre o direito e outras ciências ultrapassaram a esfera puramente jurídica.

¹⁴ CUNHA JUNIOR, Dirley da. Op. Cit., p. 83.

¹⁵ LENZA, Pedro. Op. Cit., p. 77.

2.2 CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

As constituições podem apresentar diversas classificações que irão variar de acordo com os critérios escolhidos pelos estudiosos, doutrinariamente não uma unanimidade quanto ao assunto.

Os principais critérios de classificação estudados pela doutrina são aqueles que a classifica conforme sua forma, conteúdo, origem, modo de elaboração e estabilidade.

2.2.1 Quanto à forma

Quanto a sua forma as constituições podem ser classificadas em escritas ou instrumentais e não escritas ou costumeiras. As primeiras são aquelas codificadas e sistematizadas em um texto único, elaboradas por um órgão constituinte, como é o caso da Constituição brasileira. As segundas, são aquelas cujas normas não estão codificadas em um texto único, baseiam-se principalmente nos costumes, é o caso da Constituição inglesa.

Nesse sentido, Vicente Paulo e Marcelo alexandrino, afirmam:

[...]. A constituição escrita é elaborada num determinado momento, por um órgão que tenha recebido a incumbência para essa tarefa, sendo formalizada em um documento escrito e único.

Nas constituições não escritas (costumeiras ou consuetudinárias), as normas constitucionais não são solenemente elaboradas, em um determinado e específico momento, por um órgão especialmente encarregado dessa tarefa, tampouco estão codificadas em um documento único. [...].¹⁶

Mendes, nesse mesmo sentido, diz:

¹⁶ VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 6ª ed. São Paulo: Método, 2010, p. 12

[...], as constituições são escritas ou não escritas, conforme se achem consolidadas em um texto formal e solene, ou se baseiem em usos e costumes, convenções e textos esparsos, bem assim na jurisprudência sedimentada em torno desses elementos de índole constitucional.¹⁷

2.2.2 Quanto ao conteúdo

De acordo com a doutrina brasileira, as constituições podem ser classificadas, quanto ao seu conteúdo, como formais ou materiais.

Materialmente constitucional é aquela Constituição que contém normas fundamentais e estruturais do Estado, organização de seus órgãos, os direitos e garantias fundamentais. Por seu turno, formalmente constitucional será aquele texto que elege como critério determinante de suas normas o seu processo de formação, não o conteúdo de suas normas.¹⁸

Nossa Constituição Federal de 1988 possui em seu texto tanto normas materialmente quanto formalmente constitucionais. Nesse sentido, ensina Lenza:

Cabe observar (e este tema ainda não está fechado) que, com a introdução do § 3º no art. 5º, pela EC N. 45/2004, passamos a ter uma espécie de conceito misto, já que a nova regra só confere a natureza de emenda constitucional (norma formalmente constitucional) aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos (matéria), desde que observados as formalidades de aprovação.¹⁹

2.2.3 Quanto à origem

Quanto à origem as constituições podem ser promulgadas ou outorgadas. Promulgada, pois, é a Constituição tida por democrática, aquela produzida pelo

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonel. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 62.

¹⁸ LENZA, Pedro. Op. Cit.

¹⁹ Ibidem, p. 90.

órgão constituinte composto de representantes do povo²⁰. Outorgadas, por sua vez, são aquelas constituições impostas por quem está no poder de maneira unilateral, a exemplo da constituição imperial de 1824.²¹

2.2.4 Quanto ao modo de elaboração

Quanto ao modo de elaboração as constituições podem ser classificadas como dogmáticas ou históricas. As primeiras são sempre escritas, consubstanciam os dogmas fundamentais e estruturais do estado; as históricas são resultado de um lento e contínuo processo de formação, reúne a história e a formação de um povo.²²

Registre-se, também, os ensinamentos de Moraes:

Enquanto a constituição dogmática se apresenta como produto escrito e sistematizado por um órgão constituinte, a partir de princípios e ideias fundamentais da teoria política e do direito dominante, a constituição histórica é fruto da lenta e contínua síntese da História e tradições de um determinado povo (exemplo: a constituição inglesa).²³

2.2.5 Quanto à estabilidade

As constituições podem ser classificadas doutrinariamente como rígidas, flexíveis ou semirrígidas.

As Constituições rígidas são aquelas que necessitam de um processo mais solene, mais dificultoso para a elaboração de suas normas do que para alteração das normas não constitucionais²⁴. Flexíveis são aquelas constituições que podem ser alteradas por um processo legislativo ordinário, são em regra não escritas²⁵. Por

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonel.

²¹ LENZA, Pedro. Op. Cit.

²² Ibidem.

²³ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 26ª ed. rev. atual. São Paulo: Atlas S.A., 2010, p. 9.

²⁴ LENZA, Pedro. Op. Cit.

²⁵ MORAES, Alexandre de. Op. Cit.

sua vez, as semirrígidas são tanto rígida como flexível, ou seja, algumas matérias podem ser modificadas por um processo mais simples, outras necessitam de um processo mais dificultoso para sua elaboração.²⁶

2.3 CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

2.3.1 Considerações Iniciais

Os 26 anos da atual Constituição da República Federativa do Brasil será comemorado pela própria democracia brasileira, nas eleições de 2014, momento em que se presenciará um processo insculpido durante anos na história do nosso país.

A nossa imagem institucional não se faz somente olhando o presente, é necessário olhar um pouco o nosso passado para entendermos a etapa atual e a futura de nosso processo histórico constituinte.

Desta forma, é de suma importância entender a evolução histórica do nosso constitucionalismo, para poder compreender o atual estágio do constitucionalismo brasileiro.

2.3.2 O Constitucionalismo

Constitucionalismo, em sentido amplo, pode ser compreendido como estabelecimento de normas fundamentais de um ordenamento jurídico de um Estado. Todo Estado, seja qual for sua época de evolução da humanidade, possui uma constituição.²⁷

²⁶ LENZA, Pedro. Op. Cit.

²⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. Op. Cit.

Segundo Silva, “O constitucionalismo brasileiro desenvolveu-se em duas fases bem demarcadas: a monárquica e republicana, nas quais foram produzidas oito constituições, incluindo a Constituição da República Federativa do Brasil [...]”.²⁸

2.3.2.1 O constitucionalismo Imperial

A Constituição do Império foi a primeira constituição brasileira, e teve uma vigência mais longa, tendo sido revogada com a proclamação da república no Brasil, em 15 de novembro de 1889.

A Constituição Imperial, outorgada em 25 de março de 1824, sofreu considerável influência da constituição francesa de 1814, foi fortemente marcada pelo centralismo administrativo e político, tendo em vista a presença do poder moderador, e também pelo unitarismo e absolutismo.²⁹

O poder moderador era exercido exclusivamente por D. Pedro I, que tinha o poder de controlar as demais instâncias e anular as decisões tomadas pelos outros três poderes. Conforme os artigos 98 e 99 da própria Constituição Imperial:

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos. Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.³⁰

Dentre as competências estabelecidas para o poder moderador que retratam bem a irredutibilidade desse poder, é possível destacar as seguintes, presentes no artigo 101 da constituição imperial:

²⁸ SILVA, José Afonso. **O constitucionalismo Brasileiro**. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1960/4.pdf>>. Acesso em: 11/02/2014.

²⁹ LENZA, Pedro. Op. Cit.

³⁰ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil de 25 de Março de 1824**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 11/02/2014

I. Nomeando os Senadores, na fôrma do Art. 43; II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio; III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62; IV. Aprovando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87; V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua; VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado; VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154; VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença; IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.³¹

Assim, o imperador exercia o poder moderador no âmbito legislativo, executivo e judiciário.

De acordo com Lenza, o poder moderador: “sem dúvida, foi o ‘mecanismo’ que serviu para assegurar a estabilidade do trono do imperador durante o reinado”.³² (grifo do autor).

2.3.2.2 O Constitucionalismo na Primeira Republica

A partir da segunda metade do século XIX a monarquia começa a perder força. Acontecimentos como a guerra do Paraguai, em 1868, o manifesto do centro liberal, em 1869, o manifesto republicano, em 1870, e os entraves com a igreja católica, em 1874, também contribuíram para abalar ainda mais as forças da monarquia.³³

Diante desse cenário, no dia 15 de novembro de 1889, é instalada a república no Brasil pelo Marechal Deodoro da Fonseca.

A fase republicana que tem início com a proclamação da república (1889) e perdura até os dias de hoje é historicamente dividida em duas. A primeira, também chamada república velha, compreende o período entre o ano de 1889 (proclamação

³¹ Constituição Política do Império do Brazil de 25 de Março de 1824. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 11/02/2014

³² LENZA, Pedro. Op. Cit., p. 105

³³ Ibidem.

da república) ao ano de 1930 (revolução de 1930). A segunda corresponde ao período entre os anos de 1945 a 1964 e a redemocratização, cujo período inicia com o fim do regime militar, em 1985.

A primeira Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, no entanto, só veio a ser promulgada no dia 24 de fevereiro de 1891. Teve como relator o senador Rui Barbosa e sofreu forte influência da constituição norte-americana de 1787, consagrou o sistema de governo presidencialista, a forma federativa de Estado e a forma de governo republicano.³⁴

Com a carta constitucional de 1891 houve o rompimento com o centralismo administrativo, e uma maior aproximação à teoria da separação dos poderes do Estado liberal. Conforme, preleciona Lenza: “O poder Moderador foi extinto, adotando-se a teoria clássica de Montesquieu da tripartição dos poderes. [...]”.³⁵

Apesar de marcar o rompimento com a monarquia, faz-se mister apontar a crítica feita por Mendes à Constituição de 1891:

[...], apesar de inexecedível na forma de distribuição de competências aos poderes políticos, guiada pela finalidade de neutralizar teoricamente o poder pessoal dos governadores e distanciar, quanto possível, o Estado da sociedade, como era axioma do liberalismo, de que a Primeira República fora o coroamento no Brasil, apesar disso aquela Constituição não logrou desconcentrar, efetivamente, o poder político, a ponto de converter o Presidente da República em uma espécie de ‘rei sem trono’ ou de ‘monarca sem coroa’, o que, tudo somado, evidenciava que as instituições mesmas se mostravam impotentes para romper à tradição, o costume, a menoridade cívica, os vícios sociais ingênitos, que faziam a República padecer a desforra do passado.³⁶

2.3.2.3 O Constitucionalismo na Segunda República

A Revolução de 1930 pôs termo à primeira República, também chamada de República Velha. Foi então instaurado um Governo Provisório, o que levou Vargas

³⁴ Ibidem

³⁵ Ibidem, p. 108.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonel. Op. Cit., p. 229.

ao poder³⁷. No ano de 1932 foi conclamada uma Assembleia Constituinte, que estabeleceu a Constituição de 1934.

Segundo Lenza: “A crise de 1929, como referido, bem como os diversos movimentos sociais por melhores condições de trabalho, sem dúvida, influenciaram a promulgação do texto de 1934, abalando, assim, os ideais do liberalismo econômico e da democracia da Constituição de 1891”.³⁸

A constituição de 1934 inaugura uma nova fase do constitucionalismo brasileiro, nela se insere uma nova corrente de princípios em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, até então ignorados pelo direito brasileiro. Daí afirmar que nessa época o constitucionalismo brasileiro sofreu forte influencia do modelo constitucional de Weimar.³⁹

Por sua vez, a Constituição Federal de 1937, a do Estado Novo, foi fortemente influenciada pelos ideais autoritários e fascistas, instaurando a ditadura. Também apelidada de constituição polaca, em razão da influência sofrida pela Constituição polonesa de 1935, o texto constitucional de 1937 foi responsável pelo fechamento do parlamento, pelo enfraquecimento do poder judiciário, além da violação dos direitos fundamentais.⁴⁰

Na lição de Mendes: “Vista na perspectiva do tempo, a constituição de 1937 não Foi apenas um texto autoritário, como tantos outros que marcaram a nossa experiência constitucional. Foi, também, uma grande frustração institucional [...]”.⁴¹

A nova Constituição de 1946 buscou inspiração nas ideias do liberalismo da constituição de 1891, e retoma a linha republicana da Constituição de 1934.⁴²

Assim como a carta constitucional de 1937, a Constituição de 1946 teve como espelho a constituição social de Weimar, observa o publicista Paulo Sarasate, citado por Bonavides: “Foi indisfarçável a ressonância da Constituição de Weimar nos

³⁷ LENZA, Pedro. Op. Cit.

³⁸ Ibidem, p. 113.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit.

⁴⁰ LENZA, Pedro. Op. Cit.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonel. Op. Cit., p. 236.

⁴² LENZA, Pedro. Op. Cit.

textos brasileiros de 1934 a 1946, os quais tiveram na mesma um reluzente espelho”.⁴³

Retomando a linha da carta constitucional de 1937, a Constituição de 1967 concentra o poder no âmbito federal, conferindo amplos poderes ao presidente da república e esvaziando os poderes dos Estados e dos Municípios.⁴⁴

Com a ditadura militar e a Constituição de 1967, a democracia brasileira fora demolida, e a Constituição Federal era o entulho de uma política totalitária.

2.3.2.4 O Brasil e a retomada da Democracia: A Constituição Federal de 1988

No dia 5 de outubro de 1988, foi promulgada mais uma constituição da história do constitucionalismo brasileiro. Depois de passar por um longo período de regime militar, o Brasil retoma a democracia com uma Constituição democrática e liberal.

A Constituição de 1988 sofreu forte influência da Constituição portuguesa de 1976, sendo a que a apresentou a maior legitimidade popular⁴⁵. Adotou a forma republicana de governo, o sistema presidencialista e a forma federativa de Estado.

Diferente das Constituições do regime militar, a Carta de 1988 retomou a tripartição de poderes, buscando um maior equilíbrio entre os três poderes através do sistema de “freios e contrapesos”, diminuindo, conseqüentemente, o excessivo poder concentrado no executivo.⁴⁶

Consagrou pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro os direitos fundamentais; ampliou os direitos dos trabalhadores; estabeleceu pela primeira vez um controle das omissões legislativas, seja pelo mandado de injunção ou pela ação direta de inconstitucionalidade; trouxe pela primeira vez a previsão do mandado de segurança coletivo e do habeas data; também de maneira inédita tratou

⁴³ SARASATE, Paulo, *A Constituição do Brasil ao Alcance de Todos*, 3ª Ed., p. 15. *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.381.

⁴⁴ LENZA, Pedro. *Op. cit.*

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

especificamente sobre o meio ambiente, trazendo um capítulo exclusivo sobre o tema.⁴⁷

Nesse contexto de proteção e garantia aos direitos fundamentais do homem foi considerada por Ulysses Guimarães uma Constituição Cidadã, em razão da sua ampla participação popular e por voltar-se para a realização da cidadania.⁴⁸

⁴⁷ Ibidem

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso***....

3 LASSALLE X HESSE

O debate sobre qual a essência de uma Constituição é algo que despertou interesse durante toda a história do constitucionalismo, e continua estimulando o pensamento de muitos constitucionalistas e estudiosos, apresentando-se até hoje é um tema muito atual.

No cenário brasileiro essa questão ganha maior importância com a Constituição de 1988, talvez, por ter sido tratada como a Constituição cidadã, e a sociedade possuir um papel mais ativo no processo de construção do texto constitucional.

A atualidade do tema, possivelmente, é a causa da contemporaneidade dos grandes mestres Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse que mantêm seus debates tão vivos entre nós, mesmo depois de muitas décadas.

A polêmica suscitada entre o pensamento dos juristas Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse ainda é objeto de estudo para muitos estudiosos, principalmente na seara jurídica, onde suas teorias acarretam maior impacto.

As teses levantadas por esses grandes juristas possuem forte ligação, com efeito, o próprio fato de a obra *A força normativa da Constituição* começar referindo a obra de Lassalle já demonstra isso.

Como será apresentado adiante, Lassalle adota uma concepção sociológica de Constituição, enquanto Hesse buscará demonstrar o caráter normativo da Constituição.

3.1 A ESSÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO PARA FERDINAND LASSALLE

Ferdinand Lassalle nasceu em Breslau em 11 de abril de 1825, estudou em Breslau e Berlim, e aos trinta e nove anos de vida, em 1864, chegou a falecer em virtude de ferimentos causados em um duelo com sua ex-noiva. Lassalle foi

considerado um precursor da social-democracia alemã, ativo defensor dos ideais democráticos.

Lassalle escreveu diversos trabalhos nas mais diversas áreas do conhecimento, dentre os quais, ganhou grande destaque sua obra “O que é uma Constituição”, resultado de uma conferência ministrada para intelectuais e operários da antiga Prússia.

Considerado um dos autores mais importantes para constitucionalismo, Lassalle desenvolveu, em sua obra “O que é uma Constituição”, o conceito sociológico de constituição.

Lassalle, ao iniciar sua palestra, destaca o caráter científico desta e pede a todos os presentes para se despirem de quaisquer ideias ou conhecimentos prévios a respeito do tema, como se fosse a primeira vez que iriam ouvir falar sobre o assunto, para que assim pudessem compreender melhor o pensamento que seria desenvolvido adiante. Em seguida o autor fez a seguinte indagação: “[...] que é uma Constituição? Onde encontrar a verdadeira essência, o verdadeiro conceito de uma Constituição? [...]”⁴⁹. Defendeu, Lassalle, que para responder tais perguntas não seria suficiente apresentar a matéria concreta de determinada constituição.

Para tanto, o autor discorreu sobre a diferença entre Lei e Constituição, estabelecendo um comparativo entre elas, e afirmou: “Ambas, a Lei e a Constituição, têm, evidentemente, uma essência genérica comum”⁵⁰. A Constituição também é uma lei, no entanto, não é uma simples e comum lei, ela se diferencia das demais pelo fato de ser mais estável e imóvel. Como afirma o próprio autor: “O país, por exemplo, não protesta pelo fato de constantemente serem aprovadas novas leis; [...]. Mas, quando mexem na Constituição, protestamos e gritamos: deixai a Constituição! [...]”⁵¹. A constituição, segundo esse pensamento, não seria uma lei como as outras, mas sim uma lei fundamental da nação.

Para Lassalle uma lei fundamental deve apresentar as seguintes características: (1) ser uma lei básica, mais do que as demais leis; (2) constituir o verdadeiro fundamento das outras leis, atuar e irradiar através das leis comuns do

⁴⁹ LASSALE, Ferdinand. Op. Cit., p. 9.

⁵⁰ Ibidem, p. 12.

⁵¹ Ibidem, p 12-13.

país e; (3) existir porque necessariamente deve existir, e ter força de eficácia para que seu conteúdo seja assim.⁵²

Lassalle adverte que essa lei fundamental só vigora e é respeitada porque existe uma força coatora que gera a noção de obrigatoriedade. Segundo o autor, essa força ativa apoia-se no que ele chama de “fatores reais do poder”, fatores estes denominados de força ativa e eficaz que fundamenta todas as leis e instituições jurídicas de uma sociedade.⁵³

O autor explica, ainda, que a lei fundamental de determinado país é feita nele e para ele, isso significa que a constituição de um povo retrata aquilo que já existe em determinado lugar e momento.

Segundo Lassalle, se por algum motivo todas as leis de país desaparecessem, o legislador não poderia livremente criar leis de acordo com sua vontade, pois nesse caso, “os fatores reais de poder” impediriam que isso acontecesse, e, influenciariam de forma determinante na criação do novo texto. Em uma monarquia, por exemplo, o rei é parte da constituição, da mesma forma, também é parte da constituição a nobreza na aristocracia, os grandes industriais na burguesia, os banqueiros que auxiliam o governo nos momentos de crise, e, em casos extremos, o povo também é parte integrante da constituição.⁵⁴

De acordo com o autor, uma constituição é formada pela soma dos fatores reais de poder que imperam naquele momento, assim: “Juntam-se esses fatores reais de poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes expressam escrita e a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais de poder, mas sim verdadeiro direito, [...]”⁵⁵. Portanto, o somatório dos fatores reais de poder que regem um determinado país, é, em síntese, a essência de uma constituição.

Lassalle explica que há dois tipos de Constituição: uma real e efetiva, integralizada pelos fatores reais de poder que regem determinada sociedade, e outra escrita, a qual denomina de folha de papel.

Para Lassalle todos os países, independentemente do momento de sua história, possuem ou possuíram uma Constituição real e verdadeira. A diferença dos tempos modernos são as Constituições escritas nas folhas de papel. Segundo o

⁵² Ibidem.

⁵³ Ibidem, p. 17.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Ibidem, p. 30.

autor, uma Constituição escrita somente será boa e duradoura quando lograr corresponder à constituição real e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país.⁵⁶

A Constituição escrita “[...] não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social [...]”⁵⁷. Logo, se não corresponder fielmente aos fatores reais de poder não passará de simples folha de papel.

A tese defendida por Lassalle demonstra o valor que os fatos têm em relação às normas escritas. Para ele, estas possuem seu fundamento nos fatos. De forma que quando as normas não refletem a realidade, estabelecendo uma situação ideal que ainda não existe, se tornam um documento ineficaz, uma "folha de papel", sem qualquer poder normativo. Assim, para o autor, a Constituição não tem o poder de mudar a realidade. Nesse sentido, afirmou Ferdinand Lassalle:

Onde a Constituição escrita não corresponder à real irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras força vitais do país.⁵⁸

Lassalle conclui seu pensamento afirmando que “Os problemas constitucionais não são problema de direito, mas do poder, a verdadeira constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem (...)”.⁵⁹

Assim, fazendo um apanhado geral da obra de Ferdinand Lassalle, é possível afirmar que uma Constituição escrita deverá sempre ser determinada pela Constituição real, resultante dos fatores reais do poder que imperaram numa sociedade, em uma determinada época. Caso isso não aconteça, a Constituição escrita não passará de uma “folha de papel” e cederá espaço para a Constituição real, que demonstrará a vontade resultante dos fatores reais de poder, representado pelas forças políticas de uma determinada sociedade.

⁵⁶ Ibidem, p. 52.

⁵⁷ Ibidem, p. 63.

⁵⁸ Ibidem, p. 52-53.

⁵⁹ Ibidem, p. 63.

3.2 KONRAD HESSE E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Konrad Hesse nasceu em Königsberg, Prússia Oriental, em 29 de janeiro de 1919. Foi Professor de Direito Público e Eclesiástico da Universidade de Freiburg na Alemanha. Hesse também foi magistrado do Tribunal Constitucional alemão entre 1975 e 1987. Publicou diversas obras, dentre as quais ganhou maior destaque a obra intitulada “*Die normative Kraft der Verfassung*”, traduzida para o português por Gilmar Ferreira Mendes sob o título “A força normativa da constituição”.

Nessa obra, baseada em sua aula inaugural na Universidade de Freiburg no ano de 1959, Hesse combate ideias como as de Lassalle, que considerava a Constituição como sendo uma simples folha de papel, que dependeria de sua semelhança com as vontades políticas para ser ou não cumprida, e, lança base da teoria intitulada Força Normativa da Constituição.

Segundo a tese desenvolvida pelo autor, a constituição não deve ser considerada como o produto resultante das relações fáticas de poder predominante em determinada sociedade em dado momento, não deve estar voltada, unicamente, para descrever à realidade, mas, ao contrário, a constituição possui uma força capaz de influenciar na realidade dos fatos, podendo operar uma mudança na sociedade.

Hesse inicia sua obra fazendo um resumo da teoria desenvolvida por Ferdinand Lassalle, e ressalta que o pensamento de Lassalle não pertence apenas ao passado, mas se manifesta também no presente. No entanto, chama atenção para o fato de que “[...] a coincidência de realidade e norma, constitui apenas um limite hipotético extremo”⁶⁰. Assim, Hesse não afasta totalmente a influência do meio social na norma, no entanto não trata esse fenômeno sob o mesmo ângulo que Lassalle.

Segundo o jurista alemão “A ideia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica”⁶¹. Dessa forma, o pensamento desenvolvido por Lassalle, segundo Hesse, seria a negação da própria Constituição jurídica.

⁶⁰ HESSE, Konrad, **A Força Normativa da Constituição**. p. 3. Disponível em <http://search.4shared.com/postDownload/_QYHDnSw/Konrad_Hesse_-_A_Fora_Normativ.html>. Acesso em: 10/02/2014.

⁶¹ Idem.

A Constituição não deve apenas justificar as relações de poder dominantes, retratando fielmente os fatores reais de poder, como pretende Lassalle. Caso isso acontecesse, ou seja, se as normas constitucionais estivessem voltadas apenas para descrever as relações fáticas, a ciência da Constituição jurídica estaria esvaziada de qualquer fundamento jurídico. Descrevendo fielmente as palavras do autor:

Se as normas constitucionais nada mais expressam do que as relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela *Realpolitik*. Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprido-lhe tão somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominante.⁶²

Hesse afirma, em seu trabalho, que essa negação da ciência constitucional não poderia ser sustentada caso se admitisse que a Constituição jurídica contém, mesmo que de forma limitada, uma força capaz de motivar e ordenar a vida do Estado.

Para justificar a existência dessa força motivadora e ordenadora do Estado, Hesse, faz algumas perguntas que serão respondidas ao longo do desenvolvimento de sua tese. Faz-se mister destacar as indagações feitas pelo autor:

Existiria, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do Direito Constitucional? Qual o fundamento e alcance dessa força do Direito Constitucional? Não seria essa força uma ficção necessária para o constitucionalista, que tenta criar a suposição de o direito domina a vida do Estado, quando, na verdade, outras forças mostram-se determinantes? (...). O conceito de Constituição jurídica e a própria definição da ciência do Direito Constitucional enquanto ciência normativa dependem da resposta a essas indagações.⁶³

Hesse sugere que o melhor ponto de partida para obter as respostas para suas indagações é considerar a existência de um condicionamento recíproco entre a

⁶² Idem.

⁶³ Idem.

Lei Fundamental e a realidade político-social subjacente. Diz que devem, também, ser considerados, nesse contexto, os limites e as possibilidades de atuação da Constituição Jurídica e finalmente, não se ser investigados os pressupostos de eficácia da constituição.⁶⁴

A tese desenvolvida pelo jurista alemão propõe o estudo conjunto da norma e da realidade social. Dessa forma, o autor explica que o significado da ordenação jurídica não pode ser obtido buscando-se apenas uma análise isolada da realidade política e social ou apenas da norma jurídica, ao contrário, essa análise deve ser feita de forma conjunta em seu inseparável contexto⁶⁵. Esse ponto afigura-se muito importante, pois o pensamento constitucional desenvolvido até então levava em consideração esses dois aspectos de maneira isolada.

Hesse adverte que “Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento jurídico”⁶⁶. Portanto, não se deve analisar a norma despida de realidade nem a realidade sem a presença da normatividade.

A constituição, segundo Hesse, não configura apenas a expressão do ser, mas também do dever ser. Seu significado vai além dos reflexos da realidade política social vigente. De acordo com esse pensamento, a normatividade e a realidade social não poder ser definitivamente separadas ou confundidas.⁶⁷

Para Hesse a Constituição real e a Constituição jurídica estão condicionadas mutuamente, no entanto, não dependem pura e simplesmente uma da outra. Dessa forma a Constituição jurídica possui significado próprio, e sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças de que resulta a realidade política social vigente. A força normativa da constituição é adquirida no momento em que esta logra realizar essa pretensão de eficácia.⁶⁸

Os limites e as possibilidades de atuação da Constituição Jurídica somente podem ser extraídos da relação desta com a realidade. Hesse, citando Humboldt, assevera:

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Ibidem, p. 4.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Ibidem.

Nenhuma Constituição política completamente fundada num plano racionalmente elaborado – afirma Humboldt num de seus primeiros escritos – pode lograr êxito; somente aquela Constituição que resulta da luta do acaso poderoso com a racionalidade que se lhe opõe consegue desenvolver-se.⁶⁹

Assim, Hesse reafirma que uma Constituição não pode desprezar os fatores culturais, sociais, políticos e econômicos presentes em uma sociedade. São nesses fatores que se encontram os limites da força normativa da constituição. Faz-se, mais uma vez, necessário descrever as palavras do grande jurista alemão:

Se lhe faltam esses pressupostos, a constituição não pode emprestar “forma e modificação” à realidade; onde inexiste força a ser despertada – força esta que decorre da natureza das coisas – não pode a Constituição emprestar-lhe direção; se as leis culturais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas pela Constituição, carece ela do imprescindível germe de sua força vital.⁷⁰

Hesse adverte que a força normativa da Constituição não resulta unicamente da adaptação desta aos fatores reais de poder. A própria Constituição pode converter-se em força ativa, e, portanto, impor tarefas, sendo capaz de realizar a pretensão de eficácia. Para o autor:

[...] a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de constituição (Wille zur Verfassung).⁷¹

Essa vontade de constituição, apontada por Hesse, tem origem em três vertentes diversas, quais sejam: a compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio, também na compreensão de que esta ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos e, por fim, a consciência de que essa ordem não será eficaz sem a presença da vontade humana.⁷²

⁶⁹ Ibidem, p. 6.

⁷⁰ Ibidem, p. 7.

⁷¹ Idem

⁷² Ibidem.

De acordo com a tese desenvolvida por Hesse, como citado alhures, a Constituição pode transforma-se em força ativa, e embora não possa fazer nada sozinha, ela pode impor tarefas que serão realizadas em razão dessa força por ele intitulada de força normativa. Para que isso possa acontecer, ou seja, para que a Constituição desenvolva de forma ótima a sua força normativa, o autor destaca a necessidade de alguns pressupostos.⁷³

Hesse, em sua obra, enuncia alguns desses requisitos, que segundo ele, são os principais, vejamos: quanto mais o conteúdo de uma constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais segura há de ser o desenvolvimento de sua força normativa; além disso, é necessária uma boa práxis, ou seja, a vontade constitucional deve ser compartilhada por todos os partícipes da vida constitucional.⁷⁴

A vontade constitucional, de acordo com a teoria desenvolvida pelo jurista, deve ser preservada a todo custo. Hesse, citando Walter Burckhardt, ratifica que a vontade da Constituição:

[...] deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos que renunciar alguns benefícios, ou até algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático.⁷⁵

Hesse direciona os olhares para outro ponto que causa perigo à força normativa da Constituição, a constante revisão constitucional sob o argumento de necessidade política. Para o autor, essa tendência para frequentes revisões fortalece a ideia de que as exigências fáticas possuem maior valor que a normatividade vigente, e, conseqüentemente, abala a força normativa.⁷⁶

A interpretação constitucional, segundo o autor, também é muito importante para preservação e consolidação da força normativa da Constituição. Para Hesse,

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Ibidem, p. 9.

⁷⁶ Ibidem.

boa interpretação deve adequar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa às condições reais predominantes na sociedade.⁷⁷

Assim, Hesse não nega a influência dos fatos na Constituição, ao contrário, ele aponta que as relações fáticas não apenas podem como devem provocar mudanças na interpretação constitucional. Essa interpretação, todavia, não pode ser feita de maneira desordenada, existe um limite estabelecido pela própria norma. Conforme explica o autor “[...], o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa”.⁷⁸

A constituição jurídica, segundo o pensamento desenvolvido por Konrad Hesse, está condicionada pela realidade, de forma que não é possível dissociá-la das relações sociais, no entanto, isso não significa dizer que ela está voltada, unicamente, a descrevê-las, como defendido por Lassalle. Ao contrário, constituição jurídica possui uma força capaz de conferir forma e modificar a realidade social. Segundo o autor: “Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social”.⁷⁹

Para Hesse a força normativa da Constituição, torna-se mais forte à medida que a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição aumenta entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Apresentando-se, portanto, como vontade normativa, vontade de Constituição. Quanto maior for essa vontade da constituição, menos significativas serão as restrições e os limites impostos à força normativa da constituição. Destaque-se, porém, que nem a força normativa, nem mesmo a própria constituição é capaz de eliminar tais limites. Enquanto, mesmo em tempos difíceis, a Constituição apresentar-se em conformidade com esses limites, os pressupostos da força normativa puderem ser satisfeitos, e, lograr preservar essa força ativa, ela se apresentará capaz de defender o Estado contra os arbítrios do poder.⁸⁰

Apenas quando esses pressupostos não puderem ser cumpridos é que os problemas constitucionais se converteram de questões jurídicas em questões de poder, e, nesse caso, a constituição jurídica sucumbirá em relação à real. Mas ainda assim não é possível que se negue o significado de Constituição jurídica.⁸¹

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Ibidem, p. 9.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Ibidem.

Para Hesse o Direito Constitucional deve preservar seus limites. A ele cumpre a difícil tarefa de concretizar a força normativa da Constituição, e evitar que as questões constitucionais se transformem em questões de poder. Deve, portanto, explicitar as melhores condições para que as normas constitucionais possam adquirir maior eficácia, possibilitando, assim, o desenvolvimento da dogmática e interpretação constitucional. Em síntese, a ele compete preservar, realçar e despertar a vontade da constituição.⁸²

A Constituição, segundo a teoria desenvolvida por Hesse, é bem mais que uma folha de papel. Ela possui uma força capaz de mudar a realidade, ao invés de apenas descrevê-la. Guarda uma forte ligação com os fatos sociais, no entanto, não está sujeita a indigna tarefa de apenas refleti-los.⁸³

É necessário, portanto, preservar a força normativa da Constituição e seu principal pressuposto, a vontade de Constituição. Para Hesse a resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento dessa força normativa, assim como da vontade da constituição.⁸⁴

⁸² Ibidem.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Ibidem.

4 DA AÇÃO PENAL 396 E DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 37 À LUZ DAS TEORIAS DE HESSE E LASSALE

Com o objetivo de reforçar o que já foi exposto e demonstrar uma aplicação prática do estudo aqui desenvolvido, cumpre fazer uma análise do caso do ex-Deputado Federal Natan Donadon, réu na Ação Penal 396, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal, e da Proposta de Emenda à Constituição nº 37, que visava o poder de investigação criminal conferido ao ministério público e a outras instituições.

4.1 DA AÇÃO PENAL 396 (CASO NATAN DONADON)

4.1.1 Do breve histórico do caso

Ressalte-se, desde logo, que este caso não tem relação direta com o famoso “mensalão”, como ficou conhecido e noticiado pela mídia o esquema de corrupção objeto da Ação Penal 470, que tramitou perante aquela corte.

Primeiramente, é necessário relembrar o ano de 1994, quando foi eleito o irmão de Natan Donadon, Antônio Donadon, ao cargo de Deputado Estadual de Rondônia. No ano seguinte, 1995, Natan foi nomeado para o cargo de Diretor Financeiro da Assembleia Legislativa de Rondônia.

A partir daí, no período compreendido entre 31 de julho de 1995 a 19 de janeiro de 1998, Natan Donadon haveria emitido diversos cheques à empresa MPJ Marketing Propaganda e Jornalismo Ltda., supostamente destinados ao pagamento de serviços de publicidade prestados ao aludido órgão legislativo. Os serviços, contudo, nunca teriam sido prestados pela empresa e, menos ainda, emitiu notas fiscais, de forma que teria havido um grande esquema de desvio de verbas.

Em 24 de Junho de 1999 a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Rondônia propôs ação penal perante o Tribunal de Justiça do aludido estado, contra sete pessoas inclusive imputando a Natan Donadon a prática dos crimes de peculato

(art. 312 do Código Penal) e formação de quadrilha (art. 288 do mesmo diploma legal). A denúncia só foi recebida em 2002⁸⁵.

Em um segundo momento, por não haver a Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia se manifestado acerca do pedido de licença para julgamento dos parlamentares envolvidos, em virtude do art. 53, §2º da CRFB, aplicável por simetria às assembleias legislativas, o processo foi desmembrado e, no que toca a Natan Donadon, remetido para a 3ª Vara Criminal da Comarca de Porto Velho/RO. Veja-se a redação do aludido dispositivo:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.
 § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.⁸⁶

Posteriormente, Natan, que era suplente do Deputado Federal Confúcio Aires Moura, assumiu o cargo após este ter vencido as eleições de 2004 para Prefeito no Município de Ariquemes/RO e tomar posse⁸⁷.

Por este motivo, a competência para julgamento do caso em tela foi deslocada do TJ-RO para o STF, conforme preceitua o art. 102, I, b, da CRFB, *in verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República.⁸⁸

⁸⁵ NOTÍCIAS STF. **Ex-deputado Natan Donadon é condenado pelo STF a 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão.** 28/10/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=164960>>. Acesso: 20 fev. 2014.

⁸⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em : 20/02/2014

⁸⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resultado da Eleição 2004.** Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-anteriores/eleicoes-2004/resultado-da-eleicao-2004>>. Acesso: 20 fev. 2014.

⁸⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em : 20/02/2014

Antes do julgamento, o acusado renunciou ao mandato, como subterfúgio tendente a protelar a condenação então quase certa, objetivando com isso, perder o foro por prerrogativa de função, levando o processo de volta ao Tribunal de Justiça de Rondônia. O STF entendeu, entretanto, que sua competência é dada por força da Constituição e não pode ser afastada por mera renúncia do réu, notadamente quando tendente a burlar a aplicação da lei. É importante notar que todas estas informações podem ser extraídas da decisão do STF.⁸⁹

Assim, em 28 de outubro de 2010, a Corte Suprema julgou procedente a ação penal, condenando Natan Donadon à pena de 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão a serem cumpridos, inicialmente, no regime fechado⁹⁰. Depois disso, Donadon logrou novamente, em 2010, o cargo de Deputado Federal, desta vez, eleito, tomando posse em 2011.⁹¹

Já em 26 de junho de 2013, decidindo, questão de ordem na referida ação penal, o STF decidiu que a condenação de parlamentar traz como consequência a cassação ou suspensão do cargo político, visto ser este incompatível com indivíduo que perdeu seus direitos políticos:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL. CONSTITUCIONAL. PERDA DE MANDATO PARLAMENTAR. SUSPENSÃO E PERDA DOS DIREITOS POLÍTICOS. 1. A perda do mandato parlamentar, no caso em pauta, deriva do preceito constitucional que impõe a suspensão ou a cassação dos direitos políticos. 2. Questão de ordem resolvida no sentido de que, determinada a suspensão dos direitos políticos, a suspensão ou a perda do cargo são medidas decorrentes do julgado e imediatamente exequíveis após o trânsito em julgado da condenação criminal, sendo desimportante para a conclusão o exercício ou não de cargo eletivo no momento do julgamento (STF, QO AP 396/RO).⁹²

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 396/RO**. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 28/10/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000173277&base=baseAcordaos>>. Acesso: 20/02/2014.

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 396/RO**. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 28/10/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622288>>. Acesso: 20/02/2014.

⁹¹ Câmara dos Deputados. Informações do Deputado. Natan Donadon. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/deputado/dep_Detalhe.asp?id=522928>. Acesso: 20 mar. 2014.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 396 QO/RO**. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 26/06/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000216420&base=baseAcordaos>>. Acesso: 20/02/2014.

A despeito dessa decisão, a Câmara dos Deputados se recusou a cassar o mandato do parlamentar condenado, em votação com escrutínio secreto dos demais parlamentares, na data de 28/08/2013, mesmo com os vários protestos ocorridos no País alguns meses antes. Seriam necessários 257 votos para a cassação, mas apenas 233 deputados votaram a favor⁹³.

Apenas em 12 de fevereiro de 2014, inaugurando a regra do voto aberto, a Câmara cassou, enfim, o mandato de Donadon, tendo 467 deputados votado a favor e apenas uma abstenção⁹⁴.

Dessa forma, o que se conclui é que, apesar de condenado Natan Donadon e já tendo decidido o STF que a suspensão dos direitos políticos constitui-se em norma constitucional de eficácia imediata, o que justificaria a determinação pelo próprio órgão que impõe sentença penal condenatória, no plano dos fatos, o que ocorreu foi que a Câmara dos Deputados, valendo-se de interpretação puramente gramatical do art. 55, IV e §1º da CRFB, impediu, por longo período, a cassação de mandato de parlamentar já condenado com trânsito em julgado.

Assim, clara a diferença entre o que foi determinado pelo Poder Judiciário e o que prevaleceu na prática. É justamente esse paradoxo constitucional que se pretende abordar, tomando como parâmetros os modelos teóricos propostos por Konrad Hesse e Ferdinand Lassale.

4.1.2 Da superação dos paradigmas clássicos de interpretação

Após o advento do que se convencionou chamar como Neoconstitucionalismo, a forma de interpretação dada pela hermenêutica clássica começou a mostrar-se manca, deficiente, pois trazia um excessivo apego à

⁹³ **CÂMARA mantém mandato de Donadon, condenado a prisão.** O Globo. 28 ago. 2013. Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/pais/camara-mantem-mandato-de-donadon-condenado-prisao-9724715>>. Acesso: 20 fev. 2014.

⁹⁴ **NA ESTREIA do voto aberto, 467 deputados cassam Donadon e apenas um se abstém.** Estadão. 12 fev. 2014. Disponível em: < <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,na-estrela-do-voto-aberto-467-deputados-cassam-donadon-e-apenas-um-se-abstem,1129611,0.htm>>. Acesso: 20 fev. 2014.

literalidade da norma e à vontade do legislador, na Escola da Exegese⁹⁵, ou a vontade da lei, na Escola Histórica.⁹⁶

De acordo com Sarmiento, os atuais moldes de aplicação do direito exigem do intérprete que se proponha a buscar os valores que fundamentaram uma determinada norma, para que se verifique se a sua aplicação no caso concreto, ao invés de protegê-los, fere-os ou impede sua concretização, hipótese em que não deve ser aplicada tal norma. Trata-se de clara carga axiológica do direito.⁹⁷

Assim, passa-se a ter a preocupação de aplicar o direito como um sistema com carga valorativa que aponta em um sentido harmônico e unitário. É nesse sentido que o americano Ronald Dworkin desenvolveu sua teoria. Argumenta o autor que quando se mostrarem conflitantes um ou mais princípios ou valores, apenas um deles terá aplicação para resolver a situação.

Azevedo, tratando sobre o pensamento de Dworkin, assevera que não é possível determinar abstratamente quais valores são mais importantes ou merecedores de proteção, motivo pelo qual o intérprete deve buscar, no momento da aplicação, aquele que mais preserve a unidade e integridade do sistema, analisando as peculiaridades do caso concreto.⁹⁸

No âmbito desta nova forma de interpretação, é importante, ainda, fazer referência ao trabalho de Robert Alexy, que se mostra dissonante em relação a Dworkin no que tange à forma como devem ser utilizados os princípios no momento da aplicação.

⁹⁵ MELO, Liana Holanda de. **Hermenêutica jurídica: a escola da exegese e o mito da neutralidade.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9031>. Acesso: 23 fev. 2014.

⁹⁶ MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. **Interpretação da norma jurídica.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25000-25002-1-PB.html>>. Acesso: 23 fev. 2014.

⁹⁷ SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil.** Disponível em: <<http://www.danielsarmiento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso: 23 fev. 2014.

⁹⁸ AZEVEDO, Damião Alves. **Crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas** in Revista de Direito da ADVOCEF. Disponível em: <http://www.advocef.org.br/_arquivos/42_1535_rd11.pdf>. Acesso: 23 fev. 2014

Alexy, em seu livro, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, publicada primeiramente na Alemanha, em 1985, defende que os princípios são mandamentos de otimização do sistema, devendo ser aplicados na medida do possível. Vejamos importante trecho da obra:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.⁹⁹

Partindo desse conceito, mais adiante, Alexy propõe uma solução diferente da que Dworkin visualiza para decidir qual princípio aplicar. Para Alexy, não se deve escolher um princípio para resolver o caso isoladamente, mas sopesá-los, tendo em mente que não se obedece à lógica do tudo ou nada.

É possível, sim chegar a um meio termo, onde não se pode sacrificar totalmente ambos os princípios. Para isto, estabelece três critérios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Juntos, são chamados, simplesmente de critério da proporcionalidade. Nesse sentido, Alexy:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.¹⁰⁰

Assim, para o referido autor, primeiro é necessário se avaliar quais os princípios são, em tese, aplicáveis, ou afins ao caso em análise, o que chamou de adequação. Em seguida, deve-se buscar a forma menos gravosa possível para resolver o conflito, diga-se, aquela que sacrifica menos, no geral, os valores

⁹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 116-117

envolvidos, o que foi chamado de necessidade. Por fim, deve-se averiguar o quanto cada princípio cederá, nas palavras do autor, verificar o “peso” de cada um.

O hoje Ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes, é um grande entusiasta desse pensamento, citando o autor como referência em boa parte de suas decisões. Na verdade, desde que era Advogado Geral da União, já demonstrava a grande influência que recebeu de Alexy, quando escreveu sobre a proporcionalidade nas decisões da mencionada corte ¹⁰¹. Na verdade, o próprio STF vem adotando as ideias de Alexy. Veja-se, a propósito: ADI 1842 / RJ, HC 104410 / RS e HC 102087 / MG.

4.1.3 Da separação dos poderes e o sistema dos freios e contrapesos

Já é consenso na doutrina constitucionalista que o modelo de tripartição entre os poderes tal como idealizado por Montesquieu não subsiste nos Estados atuais naqueles mesmos termos¹⁰². Apesar de ainda existirem três poderes, estes não mais são apenas independentes, mas harmônicos, ou seja, devem guardar relação de harmonia entre si, já que sendo a soberania uma, não há como dividir ou segregar de maneira matemática as funções da república. ¹⁰³

De nada adianta separar determinadas tarefas entre órgãos ou poderes diferentes e não possibilitar o efetivo controle das ações de cada um deles. De nada adiantaria atribuir à Câmara a tarefa de cassar o mandato do deputado federal que teve suspensos os direitos políticos se não houvesse como controlar o exercício, ou melhor, o não exercício dessa tarefa.

É o que se vê na prática. Ao Poder Judiciário foi dado o poder pela Constituição para controlar a validade de uma lei, ato legislativo político. Igualmente, vem-se permitindo que o Judiciário obrigue o Executivo a implantar algumas políticas públicas em decorrência de mandamentos constitucionais.

¹⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: novas leituras**. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, 2009.

¹⁰² SARMENTO, Daniel.

¹⁰³ DIMOULIS, Dimitri. **Princípio da Separação de Poderes**, in DIMOULIS, Dimitri (Coordenador Geral). *Dicionário de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

Exemplo clássico disto foi o Mandado de Injunção em que o STF reconheceu a aplicação da lei de greve dos trabalhadores celetistas (L. 7.783/89) aos servidores públicos diante da omissão do legislativo em editar diploma legal específico para estes últimos. Utilizou-se como parâmetro o art. 37, VII, CRFB (STF, MI 396/PA).¹⁰⁴

Essa ideia será deveras importante para o presente trabalho, como ver-se-á adiante.

4.1.4 Do pensamento de Konrad Hesse aplicado ao caso

Como já exposto, para Konrad Hesse, a Constituição de um Estado é dotada de força normativa, que a torna viva e a faz preponderar, inclusive, sobre as forças políticas e sociais que a deram origem, sobrepujando a vontade das classes dominantes pelo poder e impondo a “Vontade de Constituição” conhecida pelos alemães como *Wille zur Verfassung*.¹⁰⁵

Assim, à Constituição deve ser conferida a exegese que mais lhe aprover em termos de eficácia e normatividade, é dizer, não pode ser a Carta Magna interpretada e, menos ainda, utilizada como mera “folha de papel”, nos dizeres de Ferdinand Lassale¹⁰⁶, servindo de alibi ou instrumento de retórica nas mãos das classes que tem mais acesso ao poder.

Em consonância do que foi exposto no tópico supra, o Supremo Tribunal Federal adotou o posicionamento de que condenado penalmente o parlamentar e tendo seus direitos políticos suspensos, é medida imediata e automática a perda do mandato eletivo do qual o réu seja titular. Na verdade, esse posicionamento não foi inovação na AP 396. Já houve caso precedente, notadamente no caso do famoso “mensalão”. Veja-se importante trecho do julgado:

¹⁰⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 396/PA**. Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000002458&base=baseAcordaos>>. Acesso: 23 fev. 2014.

¹⁰⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, apud NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2008.

¹⁰⁶ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007

[...] Ao Poder Legislativo cabe, apenas, dar fiel execução à decisão da Justiça e declarar a perda do mandato, na forma preconizada na decisão jurisdicional. 4. Repugna à nossa Constituição o exercício do mandato parlamentar quando recaia, sobre o seu titular, a reprovação penal definitiva do Estado, suspendendo-lhe o exercício de direitos políticos e decretando-lhe a perda do mandato eletivo. A perda dos direitos políticos é “consequência da existência da coisa julgada”. Consequentemente, não cabe ao Poder Legislativo “outra conduta senão a declaração da extinção do mandato” (RE 225.019, Rel. Min. Nelson Jobim). Conclusão de ordem ética consolidada a partir de precedentes do Supremo Tribunal Federal e extraída da Constituição Federal e das leis que regem o exercício do poder político-representativo, a conferir encadeamento lógico e substância material à decisão no sentido da decretação da perda do mandato eletivo. Conclusão que também se constrói a partir da lógica sistemática da Constituição, que enuncia a cidadania, a capacidade para o exercício de direitos políticos e o preenchimento pleno das condições de elegibilidade como pressupostos sucessivos para a participação completa na formação da vontade e na condução da vida política do Estado. 5. No caso, os réus parlamentares foram condenados pela prática, entre outros, de crimes contra a Administração Pública. Conduta juridicamente incompatível com os deveres inerentes ao cargo. Circunstâncias que impõem a perda do mandato como medida adequada, necessária e proporcional. 6. Decretada a suspensão dos direitos políticos de todos os réus, nos termos do art. 15, III, da Constituição Federal. Unânime. 7. Decretada, por maioria, a perda dos mandatos dos réus titulares de mandato eletivo.¹⁰⁷ (grifo nosso).

Nesse mesmo julgado, entendeu o Pretório Excelso que a perda do mandato eletivo constitui-se em verdadeira pena acessória à pena principal, que assim como esta, deve ser decretada pelo Judiciário. Cabe, portanto, à Câmara, apenas declarar a pena já decretada. É importante notar que a tarefa declaratória tem o papel, nesse caso, apenas de denotar a cooperação entre os poderes, pois declarar é diferente de condenar ou determinar. Quando se declara algum fato ou situação, estes já existiam. Dessa forma, tem-se que a declaração da perda do mandato do parlamentar é ato vinculado segundo o STF.

Ademais, reconheceu a Suprema Corte que o art. 15, III, CRFB é norma constitucional dotada de eficácia plena, vez que diferentemente do ordenamento anterior, não necessita de norma superveniente que lhe possibilite a aplicação. Por

¹⁰⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 470/MG**. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000203677&base=baseAcordaos>>. Acesso: 21/02/2014.

esse motivo, aquele que tiver contra si decisão judicial transitada em julgado, tem imediatamente, seus direitos políticos suspensos pelo período de tempo em que se protraírem os efeitos da condenação.

Partindo desse ponto e procedendo-se à leitura do art.92, I e II, do Código Penal, o Supremo Tribunal Federal enfatizou que caberá ao Poder Judiciário decretar a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo do condenado.

Assim, percebe-se que, nesse desiderato, o Supremo tem, se não andado de mãos dadas, pelo menos dialogado com as ideias de Hesse, tomando posição firme frente àqueles que, a exemplo da classe política, detêm maior acesso ao poder.

Nada obstante as considerações tecidas, a decisão tomada no caso não foi posta na prática pela Câmara dos Deputados, como já dito, frustrando as expectativas de diversos setores sociais, que após as manifestações ocorridas em meados de 2013, ansiavam por medidas moralizadoras, principalmente no âmbito do Congresso Nacional.

O pecado da Corte Guardiã da Constituição, residiu, portanto, não no que declarou em suas decisões, mas no que deixou de fazer: não usou do poder que lhe foi atribuído pela própria Carta Magna para fazer valer suas decisões. Se não cabia à Câmara manter o mandato do deputado condenado, muito menos ao STF cabia calar-se diante do erro daquela.

Mendes pontifica que, para Hesse, a Constituição é elemento regulativo do sistema político, não podendo, portanto, ficar a mercê de suas vontades e cita ainda Niklas Luhmann, autor que segue a mesma linha de pensamento¹⁰⁸. Tomando por base este pensamento é que se afirma que o Supremo Tribunal Federal tinha e tem legitimidade para impor sua decisão, mesmo à contragosto da Câmara dos Deputados.

Retomando o que já foi exposto, se mesmo a edição de leis, que, ato que carrega grande carga política, tem ampla possibilidade de controle judicial, deve também ser passível de controle a declaração da perda do mandato do parlamentar pela Câmara dos Deputados, que não pode escudar-se no Princípio da Separação dos Poderes.

Por outro ângulo, invocando-se o que já foi pontuado sobre o pensamento de Dworkin, pode-se dizer que no caso em tela, contrapõem-se, aparentemente, de um

¹⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit.

lado, o Princípio da Separação dos Poderes e do outro, o Princípio da Efetividade das Normas Constitucionais. Coube ao STF analisar qual deles teria uma aplicação que corresponderia à unidade e integridade da Constituição, que entendeu, em outras palavras, que a não efetividade do sistema, no caso concreto é algo que põe em cheque a própria separação dos poderes, que não é um fim em si, mas uma forma de evitar abusos por parte dos detentores do poder.

Assim, se o sistema permite que aquele que claramente abusou do poder não seja punido com fundamento exatamente no meio de se evitar os abusos, não se teria um resultado que privilegiasse a unidade e integridade da Constituição.

Ocorre que, claramente, o Supremo adotou a teoria de Alexy, quando, expressamente mencionou a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, como já destacado na decisão colacionada.

Então, sob a ótica adotada, pode-se dizer que analisando os princípios em tese aplicáveis ao caso, como a moralidade, a separação de poderes e a máxima efetividade, então entendidos como adequados, a Corte Máxima entendeu ser necessária a medida de decretação da perda do mandato eletivo do parlamentar.

Numa terceira etapa de raciocínio, e aplicando a proporcionalidade em sentido estrito, decidiu que, para não sacrificar por inteiro a separação dos poderes, caberia à Câmara dos Deputados, apenas declarar a perda do mandato, o que seria feito, entretanto de forma vinculada. A casa legislativa estaria, então obrigada à tal declaração, não lhe cabendo mais um juízo de valoração acerca do caso.

O que importa salientar é que, de toda forma, aplicando o pensamento de Alexy ou de Dworkin quanto à escolha e aplicação dos princípios cabíveis, chega-se a um mesmo resultado que viabiliza a força normativa da Constituição, tal como idealizada por Konrad Hesse.

4.1.5 Do pensamento de Ferdinand Lassale aplicado ao caso

Como já foi explanado neste trabalho, para Ferdinand Lassale, há duas constituições: a real, que exprime o somatório de todos os fatores de poder em voga

em uma dada sociedade, e a escrita, que para o autor prussiano, representava nada mais que uma folha de papel, um retrato formal da constituição real.¹⁰⁹

Nesse sentido, apenas a vontade sócio-política dos setores que podem influenciar as tomadas de decisão em relação ao poder estatal é que tem força, subvalorizando-se, então, o poder normativo e verdadeiramente autônomo que goza a constituição.

No caso em pauta, valeu, na prática, esse pensamento. Através de alianças políticas e trocas de favores entre as lideranças dos principais partidos, foi mantido no plano fático, pelo plenário da Câmara, por voto fechado, o mandato do ex-Deputado Federal Natan Donadon. Prevaleceu, assim, entre os demais parlamentares a vontade de poder e não a vontade de constituição, nos termos usados por Konrad Hesse. Ressalte-se que o próprio Natan votou na sessão que decidiu sobre a perda do seu mandato.

Cada partido ou parlamentar que votou contra a cassação representava, naquele momento, além da própria classe política, um determinado setor dominante da sociedade, notadamente aqueles que financiaram as campanhas eleitorais.

Embora, posteriormente, o ex-deputado, de fato, teve o seu mandato declarado pela Câmara como cassado, isto só ocorreu após pressões de outros setores, como a mídia, que com o trunfo do voto aberto para cassação, canalizou a indignação dos setores sociais menos abastados. Assim, mesmo a cassação posterior do mandato de Natan Donadon, representou, também o resultado de superposição de vetores sociais e políticos, tal como preconizado por Lassale.

Ao determinar a manutenção do mandato do parlamentar, a Câmara dos Deputados se valeu da interpretação literal do art. 55, IV e §1º da CRFB, esquecendo-se de que, como já explicado, esta forma de interpretação, hoje, é manca, carecendo de apoio na interpretação axiológica dada pelo Neoconstitucionalismo.

Quis ainda, utilizar-se do manto da separação dos poderes para albergar uma pretensa intangibilidade da sua atuação política pelo controle judicial, o que é uma lógica falha, como já demonstrado.

¹⁰⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo.** 13ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

Assim, apesar de um grande marco na jurisprudência, e sobretudo na história do Supremo Tribunal Federal, o caso Natan Donadon ainda mostrou um aspecto retrógrado de como a Constituição Federal de 1988 ainda é utilizada nas mãos daqueles que foram eleitos pelo povo como instrumento de retórica espúria, servil apenas aos interesses de poder e impunidade dos governantes.

Talvez nem mesmo o próprio Ferdinand Lassale imaginasse a aplicação tão latente de sua teoria cento e cinquenta anos depois de escrita, notadamente em um País cujos juristas tem, exaustivamente, clamado pela força normativa da Constituição e que é tomado por uma onda de ativismo judicial, que busca a plena concretização do Estado Democrático de Direito.

4.2 DA PROPOSTA DE EMENDA A CONSTITUIÇÃO Nº 37

4.2.1 Breve Histórico do caso

A proposta de emenda constitucional 37/2011 foi um projeto legislativo tendente a abolir o poder de investigação criminal conferido ao ministério público e a outras instituições, limitando esse poder às polícias federais e civis.

Proposta em junho de 2011, a PEC 37 teve como autor o deputado e delegado de polícia Lourival Mendes (PT do B do Maranhão). Essa emenda, caso aprovada, acrescentaria ao art. 144 da constituição o § 10, que teria a seguinte redação: “A apuração das infrações penais de tratam os §§ 1º e 4º deste artigo, incumbem privativamente às polícias federais e civis dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente”.

Dentre as justificativas favoráveis à sua aprovação, apresentadas pelo Deputado Lourival Mendes, encontra-se o fato de que, segundo ele, competências e atribuições confiadas pelo nosso texto constitucional, como o poder conferido às comissões parlamentares de inquérito (CPIs) não seria prejudicadas, vejamos:

Preliminarmente, devemos ressaltar que as demais competências ou atribuições definidas em nossa Carga Magna, como, por exemplo, a

investigação criminal por comissão parlamentar de inquérito, não estão afetadas, haja vista o princípio que não há revogação tácita de dispositivos constitucionais, cuja interpretação deve ser conforme. Dessa forma, repetimos que, com a regra proposta, ficam preservadas todas as atuais competências ou atribuições de outros segmentos para a investigação criminal, conforme já definidas na Constituição Federal.¹¹⁰

No entanto, as justificativas apresentadas no texto da referida proposta não foram suficientes para convencer o povo brasileiro da plausibilidade dessa mudança em nossa carta constitucional. Assim, intitulada por seus acirrados opositores de “PEC da impunidade”, a PEC 37 ganhou enorme repercussão, sua reprovação social superou sua aprovação, espelho disso foram os protestos ocorridos no ano de 2012, quando as ruas foram estampadas por protestos que refletiam o grito de clamor da sociedade que lutava, dentre outras causas, pela rejeição da “PEC da impunidade”.

Foi nesse cenário de revolta social que no dia 25 de junho de 2013, a PEC 37 foi votada e rejeitada com uma esmagadora maioria de quatrocentos e trinta votos contrários a nove favoráveis, registrando-se apenas duas abstenções.

4.2.2 Ministério Público e o Estado Democrático de Direito

Com o advento da Constituição Federal de 1988, e, também do Estado democrático de direito e o conseqüente fortalecimento dos direitos e garantias fundamentais o ordenamento jurídico brasileiro ganhou um novo paradigma, quebrando completamente com a ordem jurídica anterior.

Assim, o ministério público foi fortalecido e instituído pela primeira vez como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF/88).

¹¹⁰ BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 37-a**, de 2011. Disponível em <<https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/76/PEC%2037%20GERAL.pdf>>. Acesso em: 24/02/2014.

Bulos:

Pela primeira vez um texto constitucional brasileiro disciplinou, enfaticamente, a estrutura orgânico-funcional da instituição, as principais regras relativas ao seu funcionamento de atribuições. Acresça-se a isso o alargamento de seu corpo funcional, que ocupou lugar destacado no panorama do Estado brasileiro.¹¹¹

Desta forma, o ministério público passou a assumir um novo e relevante papel perante a sociedade, e foi, inclusive, investido de novas funções destinadas à garantia dos interesses individuais indisponíveis, sociais e coletivos.

Na lição de Moraes: “A Constituição Federal de 1988 ampliou sobremaneira as funções do Ministério Público, transformando-o em um verdadeiro defensor da sociedade [...]”.¹¹²

Silva, discorrendo sobre o tema, afirma: “O Ministério Público vem ocupando lugar cada vez mais destacado na organização do Estado, dado o alargamento de suas funções de proteção de direitos indisponíveis e de interesses coletivos”.¹¹³

Percebe-se, assim, que o ministério público deixou de ser um órgão eminentemente acusador, incumbido-lhe, primitivamente, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme estabelecido por nossa Constituição em seu art. 127.

4.2.3 Das Atribuições do Ministério Público

Já foi dito no tópico anterior que com o advento da Constituição Federal de 1988 o Ministério Público assumiu uma postura diversa daquela que assumira anteriormente, destaque-se, novamente, o alargamento de suas funções institucionais.

Essas funções, conferidas ao ministério público pelo constituinte de 88, estão elencadas no artigo 129 de nossa Carta Magna, dentre elas, destaca-se: o poder privativo de promover a ação penal pública; adotar medidas necessárias a proteção

¹¹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. Op. Cit., p. 1392.

¹¹² MORAES, Alexandre de. Op. Cit., p. 615

¹¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso**..., p. 597

dos poderes públicos; expedir notificações e requisitar informações e documentos necessários aos procedimentos administrativos de sua competência; exercer controle externo da atividade policial; requisitar diligências em procedimentos investigatórios e a instauração inquérito policial.

Senão vejamos:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

- I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nessa Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
- III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI – Expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
- IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.¹¹⁴ (Grifos nossos).

O inciso I do artigo supracitado confere ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, e como detentor de tal poder está autorizado a utilizar de todos os meios necessários à formação da sua *opinio delicti*, como, por exemplo, requisitar a instauração de inquérito policial.

Além disso, pode, também, recorrer a outros elementos probatórios que não estejam presentes em inquérito policial, conforme decisão proferida pelo STF em novembro de 2005:

¹¹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em : 20/02/2014

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO: INVESTIGAÇÃO: INQUÉRITO POLICIAL. CRIME DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. LEI 8.666/93, art. 24, XIII, art. 89, art. 116. I. - A instauração de inquérito policial não é imprescindível à propositura da ação penal pública, podendo o Ministério Público valer-se de outros elementos de prova para formar sua convicção. II. - Não há impedimento para que o agente do Ministério Público efetue a colheita de determinados depoimentos, quando, tendo conhecimento fático do indício de autoria e da materialidade do crime, tiver notícia, diretamente, de algum fato que merecesse ser elucidado. III. - Convênios firmados: licitação dispensável: Lei 8.666/93, art. 24, XIII. Conduta atípica. IV. - Ação penal julgada improcedente relativamente ao crime do art. 89 da Lei 8.666/93. ¹¹⁵ (grifo nosso)

O inciso VI, deste mesmo artigo, atribui ao Ministério Público o poder de expedir notificações nos procedimentos administrativos, e, de requisitar informações e documentos para instruí-los. A doutrina, fazendo um estudo lógico e esquematizado desse inciso em consonância com os demais, defende que tal atribuição abre a possibilidade de que o *parquet* exerça a função investigativa também no inquérito policial. ¹¹⁶

Tal posicionamento, também, encontra respaldo em nossos tribunais, nesse sentido já decidiu a Suprema Corte, vejamos:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – CONHECIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL – PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE- TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL – IMPOSSIBILIDADE- DENÚNCIA QUE DESCREVE CRIME EM TESE E CONTÉM OS ELEMENTOS INDISPENSÁVEIS À AMPLA DEFESA – PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME E INDÍCIOS DA AUTPRIA – RECURSO CONHECIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL, SENDO-LHE NEGADO PROVIMENTO. RESSALVANDO-SE POSICIONAMENTO CONTRÁRIO A RELATORA. 1. Na esteira dos precedentes dessa corte, o mistério público, como titular da ação penal pública, pode realizar

¹¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 1.957**. Relator(a):Min. Carlos Velloso, Dj de 11/11/2005. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325424>>. Acesso: 24 fev. 2014.

¹¹⁶ BONFIN, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

investigações preliminares ao oferecimento da denúncia. [...].¹¹⁷(grifo nosso)

Em 2010, a segunda turma do Supremo teve a oportunidade de reiterar seu posicionamento no HC 93.930/RJ:

CRIMINAL. HC. TORTUTA. CONCUSSÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. TOS INVESTIGATÓRIOS. LEGITIMIDADE. ATUAÇÃO PARALELA A POLÍCIA JUDICIÁRIA. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL. ÓRGÃO MINISTERIAL QUE É TITULAR DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO OU SUSPEIÇÃO. SÚMULA 234 DO STJ. ORDEM DENEGADA. 1. São válidos os atos investigatórios realizados pelo ministério público, na medida em que a atividade de investigação é consentânea com sua finalidade constitucional (art. 129, inciso IX da Constituição Federal), a quem cabe exercer, inclusive, o controle externo da atividade policial. 2. Esta Corte mantém a posição no sentido da legitimidade da atuação paralela do Ministério Público à atividade da polícia judiciária, na medida em que, conforme preceitua o parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Penal, sua competência não exclui a de outras autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. Precedentes. [...]. 5. 'A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia' (Súmula nº 234/STJ). [...].¹¹⁸(grifos nossos)

Machado, examinando a matéria, assevera:

Portanto, é mesmo da natureza do Ministério Público a realização de investigações, seja em inquérito civil, seja em outras medidas ou procedimentos administrativos em que são apuradas irregularidades, como, por exemplo, os crimes ambientais, os crimes contra o consumidor ou contra o patrimônio artístico estético, histórico e paisagístico, os quais normalmente são investigados também no âmbito de inquéritos civis. Por isso que o Ministério Público está mesmo encarregado também da tarefa de investigar crimes, sobretudo aqueles que tenham um grande potencial ofensivo e lesam

¹¹⁷ BRASIL, STF, **Habeas Corpus 91.661 /PE**, Relator(a): Min. Ellen Gracie, j. em 10-03-2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=584784>>. Acesso em: 25/02/2014.

¹¹⁸ BRASIL, STF, **Habeas Corpus 93.930/RJ**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 07-12-2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618675>>. Acesso em: 25/02/2014

diretamente os direitos difusos e coletivos de toda a comunidade, como é o caso dos crimes já mencionados e também dos crimes de corrupção, lavagem de dinheiro, contrabando, tráfico de drogas, sonegação fiscal, evasão de dívidas e etc.¹¹⁹

A possibilidade de investigação criminal direta pelo Ministério Público não se encontra explícita na Constituição de 88, mas, implícita. O que não pode ser reprovado, já que o próprio inciso XIX do art. 129 da CF/88 admite a atribuição de outros encargos ao *parquet*, desde que compatíveis com sua finalidade.

Assim, é possível afirmar que o ministério público pode, não apenas requisitar a instauração de inquérito policial, mas, instaurar de forma direta a investigação criminal. Esse entendimento resulta de uma análise concatenada do artigo 129 e seus incisos e da aplicação da teoria dos poderes implícitos, nesse sentido, Bulos:

O poder de investigação do ministério público encontra-se implícito nas próprias normas constitucionais explícitas, que norteiam a instituição, a exemplo do artigo 129, I, VI, VII, VIII e IX. Significa dizer que nessa seara, incide a Teoria dos Poderes Implícitos do *Parquet*, pela qual o reconhecimento do poder investigatório do Ministério Público em nada frustra, muito menos compromete a garantia do contraditório e da ampla defesa do investigado.¹²⁰

Ainda de acordo com Bulos:

[...] o poder investigatório conferido ao Ministério Público é uma garantia de todos, porque a República Federativa do Brasil não é um Estado de Polícia, e sim um Estado democrático de Direito, segundo o art. 1º, *caput*, da Carta Magna.¹²¹

Registre-se que a discussão acerca da legitimidade investigativa ou não do órgão ministerial somente surgiu depois que esse órgão passou a atuar efetivamente nos famosos “crimes de colarinho branco”, passando a investigar não apenas aquelas pessoas de baixa renda, mas, principalmente, criminosos de alta renda.¹²²

¹¹⁹ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 4ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 122-123

¹²⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. Op. Cit., p. 1413

¹²¹ *Ibidem*. p. 1412

¹²² MACHADO, Antônio Alberto.

A possibilidade de investigação pelo Ministério Público resta clara em nossa Constituição Federal, a Lei maior de nosso país, encontra respaldo em nossos tribunais, que a cada dia vêm reforçando esse posicionamento em seus julgados, a doutrina também tem prestigiado tal entendimento.

4.2.4 Do pensamento de Konrad Hesse aplicado ao caso

Como já dito alhures, para Hesse a Constituição de um país constitui a ordem fundamental da sociedade, dotada de uma força normativa, e, como norma maior, regulamenta todo o núcleo do poder político estabelecido.¹²³

Dessa forma, a Constituição jurídica é bem mais que uma folha de papel, como sugerido por Lassalle. Ela é dotada de uma força capaz de influir de forma determinante na sociedade e mudar a realidade.

A força normativa da Constituição torna-se mais forte à medida que a convicção de inviolabilidade aumenta entre os principais responsáveis da vida constitucional. A vontade de Constituição presente no meio social fortalece essa força à medida que minimiza as restrições a ela impostas.¹²⁴

O texto constitucional não pode, segundo a Força Normativa da Constituição, ser usado para justificar o desejo de uma camada dominante da sociedade. Não deve uma Constituição servir aos fatores reais de poder, como defendido por Lassalle.

Em conformidade com o que fora exposto acima, o Congresso Nacional, em decisão histórica, rejeitou a Proposta de Emenda a Constituição nº 37 (PEC37), reforçando, desta maneira, a Força Normativa da Constituição, a defesa dos princípios constitucionais e do Estado Democrático de Direito.

Nossos tribunais e nossa doutrina, como apontado anteriormente, também estão em consonância com a teoria desenvolvida por Hesse, ao passo que defendem a boa interpretação do texto constitucional e o conseqüente fortalecimento de sua eficácia e da sua Força Normativa.

¹²³ MOURA, Walber de. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: forense, 2010.

¹²⁴ HESSE, Konrad. Op. Cit.

A aprovação de tal emenda representaria um retrocesso para o país. Uma vez aprovada, a PEC 37 vedaria a possibilidade de instituições sérias como o Ministério Público, Receita Federal e o COAF, entre outros órgãos, de procederem a investigações criminais, situação que enfraqueceria o combate à criminalidade organizada e à corrupção.

Ademais, conforme já explanado, a Constituição Federal de 1988 prevê que o Ministério Público é o órgão legítimo para ajuizar as ações em crimes de ação penal pública. Isto é, para que uma denúncia possa ser ajuizada, a polícia necessariamente tem que encaminhar a investigação ao Ministério Público, que, por sua vez, analisará as provas e indicará as providências cabíveis, apresentado denúncia, ou determinando complementação de provas; ou, ainda, seu arquivamento, em caso de falta de indícios da autoria ou de prova da materialidade do crime.

Com efeito, seria incoerente que a instituição que deve proteger a sociedade e promover a persecução criminal seja impedida de apurar e de investigar, por si própria, nos casos em que entender necessário. A PEC 37 submeteria o Ministério Público aos alvedrios da investigação policial, comprometendo a ordem pública e causando sérios prejuízos à sociedade, o que afrontaria o Estado Democrático de Direito, assim como enfraqueceria a eficácia dos direitos alcançados com a Constituição Federal de 1988.

4.2.5 Do pensamento de Ferdinand Lassale aplicado ao caso

Conforme dito alhures, Ferdinand Lassale defende a existência de duas constituições: a real, que exprime o somatório de todos os fatores de poder em voga em uma dada sociedade, e a escrita, que para o autor prussiano, representava nada mais que uma folha de papel, um retrato formal da constituição real.¹²⁵

A vontade sócio-política dos setores que podem influenciar as tomadas de decisão em relação ao poder estatal é que tem força, subvalorizando-se, então, o poder normativo e verdadeiramente autônomo que goza a constituição.

¹²⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Op. Cit.

No caso da PEC 37, observa-se, a priori, que a linha de pensamento de Lassale concedeu espaço para a Teoria de Konrad Hesse, pois, a rejeição da proposta deu-se com forte base constitucional.

Os segmentos da sociedade que lutaram contra a PEC 37, utilizaram-se do direito comparado, alegando que apenas três países em todo o mundo vedam a investigação do MP, a saber, Quênia, Indonésia e Uganda. Sustentou-se, ainda, que a PEC vai contra decisões consolidadas dos Tribunais Superiores, que já garantem os poderes de investigação pelo Ministério Público, com forte influência da Teoria dos Poderes Implícitos, além de ficar patente que o conteúdo da proposta encontrava-se na contramão de tratados internacionais assinados pelo Brasil.

Tudo isso geraria grave insegurança jurídica e desorganizaria o sistema de investigação criminal, enfraquecendo as instituições e desatendendo o interesse da sociedade, que não teria a quem recorrer em caso de omissões da polícia.

Portanto, nota-se que a defesa da manutenção dos poderes do Ministério Público teve suporte em postulados constitucionais, dado que comprova a atuação da força normativa da nossa Constituição Federal de 1988 e sedimenta os argumentos teóricos de Konrad Hesse.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constituição é a Lei Maior de uma nação e têm como objetivo disciplinar a organização do Estado e seu povo, estruturar o poder político e garantir os direitos fundamentais.

Durante toda a história do constitucionalismo, buscou-se saber qual a verdadeira essência de uma Constituição, qual a força impulsionadora desta.

Com o fito de esclarecer a tal indagação, os juristas Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse desenvolveram suas teorias, que se encontram, ainda hoje, vivas em nosso meio.

De acordo com o pensamento de Lassalle, o somatório dos fatores reais de poder que regem um determinado país, é, em síntese, a essência de uma constituição.

Hesse, por sua vez, rebate a tese desenvolvida por Lassalle. Para o autor a essência de uma Constituição não reside nos fatores de poder predominantes em dado lugar e momento, ou seja, a Constituição não deve ser considerada como o produto da realidade. Ao contrário, Hesse defende a existência de uma força capaz de influenciar na realidade dos fatos, nessa reside a essência de uma constituição.

Com relação à aplicação dessas teorias no constitucionalismo brasileiro, a análise dos casos concretos resultantes da jurisprudência e do processo legislativo brasileiro nos mostrou o quanto essas teorias se encontram presentes em nossa história.

Nossos tribunais, sobretudo o Supremo Tribunal Feral, e a nossa doutrina são severas ao defender a aplicabilidade da nossa Constituição, mediante a utilização de técnicas de interpretação consolidadas, preservando, assim, a vontade de Constituição, e, conseqüentemente, a Força Normativa da Constituição, como defendido por Hesse.

No entanto, no plano prático, em algumas situações, há sinais de que prevalece a teoria defendida por Lassalle, a vontade de poder se sobrepõe à vontade de Constituição. Infelizmente, a Constituição ainda é utilizada nas mãos daqueles que foram eleitos pelo povo como instrumento de retórica espúria, servil apenas aos interesses de poder e impunidade dos governantes.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em : 20/02/2014

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de Março de 1824**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 11/02/2014

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 37-a**, de 2011. Disponível em <<https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/76/PEC%2037%20GERAL.pdf>>. Acesso em: 24/02/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 396/RO**. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 28/10/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000173277&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20/02/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 396/RO**. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 28/10/2010. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622288>>. Acesso em: 20/02/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 396 QO/RO**. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 26/06/2013. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000216420&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20/02/ 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 396/PA**. Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em: 25/10/2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000002458&base=baseAcordaos>>. Acesso: 23/02/2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 470/MG**. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000203677&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21/02/2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 1.957**. Relator(a):Min. Carlos Velloso, Dj de 11/11/2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325424>>. Acesso em: 24/02/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Habeas Corpus n. 91.661 /PE**. Relator(a): Min. Ellen Gracie, j. em 10-03-2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=584784>>. Acesso em: 25/02/2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resultado da Eleição 2004**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-anteriores/eleicoes-2004/resultados-da-eleicao-2004>>. Acesso: 20 fev. 2014.

AZEVEDO, Damião Alves. **Crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas** in Revista de Direito da ADVOCEF. Disponível em: < http://www.advocef.org.br/_arquivos/42_1535_rd11.pdf >. Acesso: 23 fev. 2014

BONFIN, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. Princípio da Separação de Poderes. In:_____. (Coordenador Geral). **Dicionário de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

Câmara dos Deputados. **Informações do Deputado. Natan Donadon**. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/internet/deputado/dep_Detalhe.asp?id=522928>. Acesso: 20 mar. 2014

CÂMARA mantém mandato de Donadon, condenado a prisão. Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/pais/camara-mantem-mandato-de-donadon-condenado-prisao-9724715>>. Acesso: 20 fev. 2014.

HESSE, Konrad, **A Força Normativa da Constituição**. Disponível em <http://search.4shared.com/postDownload/_QYHDnSw/Konrad_Hesse_-_A_Fora_Normativ.html>. Acesso em: 10/02/2014

LASSALE, Ferdinand. **O que é Constituição**. Disponível e<<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicaool.html> > Acesso em: 04/12/2013

LENZA, Pedro.**Direito constitucional esquematizado**.17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012.

MELO, Liana Holanda de. **Hermenêutica jurídica: a escola da exegese e o mito da neutralidade**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9031>. Acesso: 23 fev. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: novas leituras**. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. **Interpretação da norma jurídica**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25000-25002-1-PB.html>>. Acesso: 23/02/2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas S.A., 2010.

MOURA, Walber de. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: forense, 2010.

NA ESTREIA do voto aberto, 467 deputados cassam Donadon e apenas um se abstém. Estadão. 12 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,na-estreia-do-voto-aberto-467-deputados-cassam-donadon-e-apenas-um-se-abstem,1129611,0.htm>>. Acesso: 20 fev. 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2008.

NOTÍCIAS STF. **Ex-deputado Natan Donadon é condenado pelo STF a 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão**. 28/10/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=164960>>. Acesso: 20 fev. 2014.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil**. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso: 23 fev. 2014.

SILVA, José Afonso. **O constitucionalismo Brasileiro**. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1960/4.pdf>>. Acesso em: 11/02/2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

SHIMITT, Carl. **A teoria de uma Constituição**, 2003. *Apud*. KAMPMANN, Fábio Roberto; PERAZZOLI, Fernando David; OLIVEIRA NETO, Orleans Antunes de; BOSTELMANN, Elisa Mayara; VIEIRA, Cainã Domit. **A Teoria de Constituição na**

Obra de Carl Schmitt. Disponível em <
<http://www.abdconst.com.br/revista3/portouniao.pdf>>. Acesso em 05/02/2014.

VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado.** 6ª ed. São Paulo: Método, 2010