

CAPÍTULO I

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

SUMÁRIO • 1. Origem e conceito de Constituição – 2. Concepções sobre a Constituição: 2.1. A concepção sociológica. 2.2. A concepção política; 2.3. A concepção jurídica; 2.4. A concepção cultural (conexão das concepções anteriores) – 4. Supremacia da Constituição – 5. Objeto e conteúdo das Constituições – 6. Classificação das Constituições: 6.1. Quanto ao conteúdo: *Material* e *Formal*; 6.2. Quanto à forma: *Escrita* e *Não-Escrita*; 6.3. Quanto à origem: *Democrática* e *Outorgada*; 6.4. Quanto à estabilidade ou consistência ou mutabilidade: *Imutável*, *Fixa*, *Rígida*, *Flexível* e *Semi-rígida* ou *Semiflexível*; 6.5. Quanto à extensão: *Sintética* e *Analítica*; 6.6. Quanto à finalidade: *Garantia* e *Dirigente*; 6.7. Quanto ao modo de elaboração: *Dogmática* e *Histórica*; 6.8. Quanto à ideologia: *Ortodoxa* e *Eclética*; 6.9. Classificação da Constituição brasileira de 1988 – 7. Estrutura das Constituições – 8. Elementos das Constituições.

1. ORIGEM E CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

Desde a Antigüidade já se constatava que, entre as leis, pelo menos uma delas se destacava em face de seu propósito de organizar o próprio poder, fixando os seus órgãos, estabelecendo as suas atribuições e seus limites, enfim, definindo a sua Constituição. A noção de Constituição, pois, já existia entre os gregos e romanos, no domínio do pensamento filosófico e político.

A Constituição do Estado é a sua Lei Fundamental; a Lei das leis; a Lei que define o modo concreto de ser e de existir do Estado; a Lei que ordena e disciplina os seus elementos essenciais (poder-governo, povo, território e finalidade). Em linguagem simples e objetiva, podemos conceituar a Constituição como um conjunto de normas jurídicas supremas que estabelecem os fundamentos de organização do Estado e da Sociedade, dispondo e regulando a forma de Estado, a forma e sistema de governo, o seu regime político, seus objetivos fundamentais, o modo de aquisição e exercício do poder, a composição, as competências e o funcionamento de seus órgãos, os limites de sua atuação e a responsabilidade de seus dirigentes, e fixando uma declaração de direitos e garantias fundamentais e as principais regras de convivência social.

O conceito de Constituição, todavia, não pode ficar desvinculado do exame do sentido ou concepção que ela pode apresentar. Assim, sintetizando as

diversas teorias da constituição, cumpre verificar em que sentido se deve conceber e compreender a Constituição estatal: no sentido *sociológico*, *político* ou *jurídico*? Ou numa *conexão* (união) de todos esses sentidos (sentido *cultural*)? Vejamos as concepções a seguir.

2. CONCEPÇÕES SOBRE A CONSTITUIÇÃO

A Constituição pode ser sentida e compreendida a partir de perspectivas ou concepções diversas, segundo o ângulo de visão de seu observador. Efetivamente, o sociólogo vai conceber a Constituição como um fato social ou produto da realidade social, dotada de força própria extraída dos elementos da mesma realidade da qual proveio; o adepto da concepção política certamente verá na Constituição a síntese de uma decisão política fundamental de um povo acerca do modo e da forma concreta de existência de sua comunidade; enquanto para o jurista a Constituição é uma lei pura, que se distingue das demais em razão de sua superioridade jurídica.

Eis algumas considerações sobre as concepções da Constituição:

2.1. A concepção sociológica

Numa concepção sociológica, a Constituição haure a sua origem na própria realidade social. A Constituição, nesse sentido, não é produto da Razão, mas sim *resultado das forças sociais*; não é algo criado ou inventado pelo homem, mas sim realidade política e social do presente; não é pura forma de “dever ser”, mas de “ser”.

Ferdinand Lassalle, na sua significativa obra *A Essência da Constituição*, revelou os fundamentos sociológicos das Constituições: os *fatores reais do poder que regem uma determinada sociedade*. Constituem esses fatores reais do poder: a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros e, com especial conotação, a pequena burguesia e a classe operária, todos, sem exceção, compondo parte da Constituição, que ele denomina de *Constituição real e efetiva*. Ele distinguia entre a *Constituição real* (realidade social) e a *Constituição jurídica* (Constituição escrita pelo Homem), afirmando que a verdadeira Constituição é a soma dos fatores extraídos da realidade social, enquanto a Constituição escrita não passa de uma mera *folha de papel*.

2.2. A concepção política

Carl Schmitt, em sua clássica obra *Teoria da Constituição*, sustentou que a Constituição significa, essencialmente, *decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e a forma de existência da unidade política*.

Por isso mesmo, para o autor, a Constituição corresponde apenas a um conjunto de normas (escritas ou não-escritas) referentes aos aspectos fundamentais do Estado, que ele denomina de *decisões políticas fundamentais*. Tudo

o mais, por não se relacionar com aqueles aspectos, está fora do conceito político de Constituição.

2.3. A concepção jurídica

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.

Foi em Hans Kelsen que encontramos a figura do defensor intransigente do conceito puramente jurídico de Constituição. Para ele, a Constituição pode ser concebida em dois sentidos: no *lógico-jurídico*, como a *norma hipotética fundamental* (*Grundnorm*), pressuposta, que serve de fundamento lógico transcendental de validade da própria Constituição jurídico-positiva; e no *jurídico-positivo*, como a *norma positiva suprema*, fundamento de validade para todas as outras normas positivas, ocupando, assim, o vértice do ordenamento jurídico do Estado. Nesse sentido, pois, “a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado”.

2.4. A concepção cultural (conexão das concepções anteriores)

Tal concepção parte da afirmação do Direito como *objeto cultural*. Isto porque, assim como a cultura, o Direito é produto da atividade humana. Tudo que existe, ou sucede, por intervenção do homem, e em que se incorpora ou procura incorporar-se um valor, é cultura.

Assim, um conceito adequado de Constituição deve partir da sua compreensão como um *sistema aberto de normas em correlação com os fatos sociopolíticos*, ou seja, como uma conexão das várias concepções desenvolvidas no item anterior, de tal modo que importe em reconhecer uma interação necessária entre a Constituição e a realidade a ela subjacente, indispensável à sua força normativa. Konrad Hesse, na sua famosa obra *A Força Normativa da Constituição*, afirma que a Constituição, para irradiar a sua força ativa, motivadora e ordenadora da vida do Estado e da sociedade, ou seja, para produzir e manter a sua força normativa, deve interagir com a realidade político-social, num condicionamento recíproco.

3. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Todas as normas constitucionais das Constituições rígidas, independentemente de seu conteúdo, têm estrutura e natureza de *normas jurídicas*, ou seja, são *normas providas de juridicidade*, que encerram um *imperativo*, vale dizer, uma *obrigatoriedade de um comportamento*. São, pois, verdadeiras normas jurídicas.

Sucede que, além de imperativas, as normas constitucionais são dotadas de *supremacia*, ostentando posição de proeminência em relação às demais

normas, que as elas deverão se conformar, seja quanto ao modo de sua elaboração (conformação formal), seja quanto à matéria de que tratam (conformação material).

4. OBJETO E CONTEÚDO DAS CONSTITUIÇÕES

O objeto e conteúdo *mínimo* de toda Constituição é a *organização fundamental do Estado*. Nesse contexto, toda Constituição, em qualquer época e em qualquer lugar, tem por objeto o Estado, dispondo a fixar-lhe os fundamentos de sua organização. Esse objeto, porém, *mantido aquele conteúdo mínimo*, pode variar de *tempo* (objeto de diferentes constituições do mesmo Estado) e *espaço* (objeto de constituições vigentes de Estados distintos).

As Constituições contemporâneas tendem a constitucionalizar um maior número de matérias, ampliando os seus conteúdos. Assim, as Constituições atuais, entre as quais é exemplo a Constituição Federal de 1988, têm por *objeto* definir a estrutura do Estado, os seus princípios fundamentais e a organização do poder político; disciplinar o modo de aquisição, a forma de exercício e os limites de atuação do poder político; declarar os direitos e garantias fundamentais; estabelecer as principais regras de convivência social e implementar a idéia de Direito a inspirar todo o sistema jurídico; fixar os fins sócio-econômicos do Estado e as bases da Ordem Econômica e Social.

5. CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

As Constituições nem sempre se apresentam de maneira idêntica, seja no domínio do mesmo Estado, seja entre Estados distintos. Assim, surge a necessidade de classificar as Constituições, visando identificar os seus vários tipos ou espécies.

5.1. Quanto ao conteúdo: Material e Formal

a) *Constituição material*

A Constituição material é o conjunto de normas, escritas ou não escritas (costumeiras), que regulam a estrutura do Estado, a organização do poder e os direitos e garantias fundamentais, inseridas ou não no texto escrito. *O fundamental é a matéria ou conteúdo objeto da norma, sendo irrelevante a localização desta.*

b) *Constituição formal*

A Constituição formal é o conjunto de normas escritas reunidas num documento solenemente elaborado pelo poder constituinte, tenham ou não valor constitucional material, ou seja, digam ou não respeito às matérias tipicamente constitucionais (estrutura do Estado, a organização do poder e os direitos e garantias fundamentais). *O que se afigura relevante aqui é a formalidade que caracteriza essas normas.*

5.2. Quanto à forma: Escrita e Não-Escrita

a) *Constituição escrita*

Constituição escrita, ou *instrumental*, é aquela cujas normas – *todas escritas* – são codificadas e sistematizadas em *texto único e solene*, elaborado racionalmente por um órgão constituinte.

b) *Constituição não-escrita ou costumeira*

Constituição não-escrita, ou *costumeira*, é aquela cujas normas não estão plasmadas em texto único, mas que se revelam através dos costumes, da jurisprudência e até mesmo em textos constitucionais escritos, porém esparsos, como é exemplo a Constituição da Inglaterra.

5.3. Quanto à origem: Democrática e Outorgada

a) *Constituição democrática (ou promulgada ou popular ou votada)*

Constituição democrática é aquela elaborada por representantes legítimos do povo, que compõem, por eleição, um órgão constituinte. Na sua origem se verifica a efetiva participação popular, sendo fruto da soberana manifestação de vontade de um povo, que elege com liberdade os seus representantes para a tarefa fundamental de elaborar uma Constituição.

b) *Constituição outorgada*

Já a Constituição outorgada é aquela cuja elaboração se processa sem qualquer participação do povo. É fruto do autoritarismo, do abuso, da usurpação do poder constituinte do povo. São impostas pelo governante e normalmente são designadas pela doutrina de *Cartas*.

► COMO O ASSUNTO FOI TRATADO PELA FGV?

(Sefaz/MS/Agente/2006) Quanto à origem, as Constituições são:

- a) rígidas e flexíveis.
- b) escritas e analíticas.
- c) escritas e democráticas.
- d) democráticas e outorgadas.
- e) democráticas e promulgadas.

Obs: A resposta correta é a letra "D".

Existem, ainda, outras duas espécies, segundo este critério de classificação.

c) *Constituição cesarista*

Segundo José Afonso da Silva, as chamadas constituições cesaristas, que são aquelas que, não obstante impostas, dependem da ratificação popular por meio de referendo. A participação popular, nesse caso, não é democrática, pois visa tão-somente ratificar a vontade do detentor do poder (Ex.: plebiscitos napoleônicos; e plebiscito de Pinochet, no Chile).

d) *Constituição pactuada*

A Constituição pactuada é aquela que oficializa um compromisso político instável de duas forças políticas opostas: a realeza absoluta debilitada, de um lado, e a nobreza e a burguesia, em ascensão, de outro. Surge, assim, como termo dessa relação de equilíbrio a monarquia limitada. Exa.: a Constituição francesa de 1791.

5.4. Quanto à estabilidade ou consistência ou mutabilidade: Imutável, Fixa, Rígida, Flexível e Semi-rígida ou Semiflexível

a) *Constituição imutável*

A Constituição imutável é aquela que não prevê nenhum processo de alteração de suas normas, sob o fundamento de que a vontade do poder constituinte exaure-se com a manifestação da atividade originária.

b) *Constituição fixa*

Diz-se daquela que só pode ser alterada pelo próprio poder constituinte originário, circunstância que implica, não em alteração, mas em elaboração, propriamente, de uma nova ordem constitucional.

c) *Constituição rígida*

Constituição rígida é aquela que não pode ser alterada com a mesma simplicidade com que se modifica uma lei. Caracteriza-se por estabelecer e exigir procedimentos especiais, solenes e formais, necessários para a reforma de suas normas, distintos e mais difíceis, do que aqueles previstos para a elaboração ou alteração das leis.

Da rigidez constitucional decorre, como corolário lógico, a *supremacia da Constituição*, que é atributo de que se revestem as Constituições rígidas e em face do qual passam elas a exercer uma força subordinante de todo o ordenamento jurídico, condicionando a validade de todas as suas normas.

► **COMO O ASSUNTO FOI TRATADO PELA FGV?**

(TCM/RJ/Procurador/2008) É consequência da rigidez constitucional:

- a) o princípio do Estado Democrático de Direito.
- b) o princípio da Supremacia da Constituição.
- c) a inalterabilidade do texto constitucional.
- d) o controle concentrado da constituição.
- e) a presença, em seu texto, de normas fundamentais.

Obs: A resposta correta é a letra "B".

d) *Constituição flexível*

Já a Constituição flexível é aquela que, em sentido oposto, pode ser alterada pelo mesmo procedimento observado para as normas legais. A Constituição não exige, para sua alteração, qualquer processo mais solene.

e) *Constituição semi-rígida ou semiflexível*

Cuida-se de uma Constituição parcialmente rígida e parcialmente flexível, ou seja, uma parte é rígida (exigindo-se, pois, para sua alteração procedimentos especiais) e outra é flexível (podendo ser alterado por processos mais fáceis, à semelhança das leis). É exemplo deste tipo de Constituição, a Constituição imperial de 1824.

5.5. Quanto à extensão: Sintética e Analítica

a) *Constituição sintética (ou concisa)*

São Constituições breves que regulam sucintamente os aspectos básicos da organização estatal. Limitam-se a prever os princípios gerais de organização e funcionamento do Estado, cuidando exatamente da *matéria essencialmente constitucional*. Exemplo admirável de Constituição concisa é a Constituição dos EUA, de 17 de setembro de 1787, que dispõe de apenas sete artigos.

b) *Constituição Analítica (ou prolixa)*

São Constituições extensas que disciplinam longa e minuciosamente todas as particularidades ocorrentes e consideradas relevantes no momento para o Estado e para a Sociedade, definindo largamente os fins atribuídos ao Estado. A Constituição Federal de 1988 é modelo exemplar de Constituição analítica. Compõe-se de 250 artigos só na parte permanente.

5.6. Quanto à finalidade: Garantia e Dirigente

a) *Constituição garantia (ou liberal ou defensiva ou negativa)*

A Constituição garantia foi o paradigma de Constituição adotado após as revoluções do século XVIII para servir de instrumento de *garantia* das liberdades públicas individuais, visando limitar o poder. Assim, a finalidade maior desta Constituição é garantir as liberdades públicas contra a arbitrariedade estatal, limitando-se praticamente a isso.

b) *Constituição dirigente (ou social)*

A Constituição dirigente é uma consequência do constitucionalismo social do século XX, que provocou a evolução do modelo de Estado, de Estado liberal (passivo) para Estado social (intervencionista). Observa Canotilho que a Constituição dirigente se volta à *garantia do existente*, aliada à *instituição de um programa ou linha de direção para o futuro*, sendo estas as suas duas finalidades.

5.7. Quanto ao modo de elaboração: Dogmática e Histórica

a) *Constituição dogmática (ou sistemática)*

A Constituição dogmática, também denominada de sistemática, consiste num documento escrito e sistematizado, elaborado por um órgão constituinte em determinado momento da história político-constitucional de um País, a

partir de *dogmas* ou idéias fundamentais da ciência política e do direito dominantes na ocasião.

b) *Constituição histórica*

A Constituição histórica, sempre não escrita, é aquela cuja elaboração é lenta e ocorre sob o influxo dos costumes e das transformações sociais. Exemplo maior de Constituição histórica é a Constituição Inglesa.

5.8. Quanto à ideologia: Ortodoxa e Eclética

a) *Constituição ortodoxa*

Constituição ortodoxa é aquela que resulta da consagração de uma só ideologia. São exemplos dela as Constituições da União Soviética de 1923, 1936 e 1977.

b) *Constituição eclética (ou pluralista)*

Já a Constituição eclética, ou pluralista, é aquela que logra contemplar, plural e democraticamente, várias ideologias aparentemente contrapostas, conciliando as idéias que permearam as discussões na Assembléia Constituinte.

5.9. Classificação da Constituição brasileira de 1988

A Constituição brasileira de 1988 é *formal*, quanto ao conteúdo; *escrita*, quanto à forma; *democrática*, quanto à origem; *rígida*, quanto à consistência ou estabilidade; *analítica*, quanto à extensão; *dirigente* ou *social*, quanto à finalidade; *dogmática*, quanto ao modo de elaboração; e *eclética*, quanto à ideologia.

► COMO O ASSUNTO FOI TRATADO PELA FGV?

(TJ/PA/Juiz/2007) A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deve ser classificada como:

- a) material, quanto ao conteúdo; escrita, quanto à forma; histórica, quanto ao modo de elaboração; promulgada, quanto à origem; flexível, quanto à estabilidade.
- b) formal, quanto ao conteúdo; escrita, quanto à forma; dogmática, quanto ao modo de elaboração; promulgada, quanto à origem; semiflexível, quanto à estabilidade.
- c) formal, quanto ao conteúdo; escrita, quanto à forma; histórica, quanto ao modo de elaboração; outorgada, quanto à origem; rígida, quanto à estabilidade.
- d) material, quanto ao conteúdo; escrita, quanto à forma; dogmática, quanto ao modo de elaboração; outorgada, quanto à origem; semiflexível, quanto à estabilidade, haja vista as inúmeras emendas constitucionais existentes.
- e) formal, quanto ao conteúdo; escrita, quanto à forma; dogmática, quanto ao modo de elaboração; promulgada, quanto à origem; rígida, quanto à estabilidade.

Obs: A resposta correta é a letra "E".

6. ESTRUTURA DAS CONSTITUIÇÕES

As Constituições, de um modo geral, apresentam a seguinte estrutura:

a) O Preâmbulo

O preâmbulo da Constituição é a parte *precedente* do texto constitucional que *sintetiza* a carga ideológica que permeou todo o documento constitucional, prenunciando os valores que a Constituição adota e objetivos aos quais ela está vinculada. O Supremo Tribunal Federal firmou sua posição no sentido da *inexistência de força obrigatória* do preâmbulo da Constituição, limitando a reconhecê-lo como um importante vetor para soluções interpretativas (ADI 2.076-AC, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 23.8.2002).

b) A Parte Dogmática

A parte dogmática da Constituição é o seu texto articulado, que acolhe e reúne os direitos civis, políticos, sociais e econômicos, que, modernamente, por ela são veiculados.

c) As Disposições Transitórias

Cuida-se da parte transitória da Constituição, que têm por finalidade, basicamente, realizar a integração entre a nova ordem constitucional e a que foi substituída ou disciplinar provisoriamente sobre determinadas situações enquanto não regulamentas em definitivo por leis.

7. ELEMENTOS DAS CONSTITUIÇÕES

As Constituições, não obstante se apresentem como um todo unitário e orgânico, contêm normas que incidem sobre as mais variadas matérias e que têm finalidades diversas. Em razão disso, a doutrina vem distinguindo, dentro de cada Constituição, os seus *elementos formativos*, que compreendem:

- 1) *elementos orgânicos* – contidos nas normas que regulam o Estado e o poder, como as normas que disciplinam a divisão dos poderes e o sistema de governo. Ex.: Título III (organização do Estado) e IV (organização do poder) da CF/88.
- 2) *elementos limitativos* – correspondem às normas que formam o catálogo de direitos e garantias fundamentais, limitadoras do poder estatal. Ex.: art. 5º da CF/88.
- 3) *elementos sócio-ideológicos* – revelam o comprometimento das Constituições modernas entre o Estado individual e o Estado social. Ex.: os direitos sociais (art. 6º e 7º da CF) e os Títulos VII (ordem econômica e financeira) e VIII (ordem social) da CF/88.
- 4) *elementos de estabilização constitucional* – contêm-se nas normas que visam garantir a solução dos conflitos constitucionais, a defesa da Constituição,

do Estado e das instituições democráticas. Ex.: art. 34/36 (intervenção nos Estados-membros e nos municípios), art. 60 (processo legislativo das emendas constitucionais), art. 102, I (controle direto de constitucionalidade), art. 136/137 (estado de defesa e de sítio), todos da CF/88.

- 5) *elementos formais de aplicabilidade* – encontram-se nas normas que prescrevem regras de aplicação das Constituições. Ex.: o preâmbulo, as disposições transitórias e o § 1º do art. 5º da CF/88.

► **COMO O ASSUNTO FOI TRATADO PELA FGV?**

(Sefaz/RJ/Fiscal/2008) São elementos orgânicos da Constituição:

- a) a estruturação do Estado e os direitos fundamentais.
- b) a divisão dos poderes e o sistema de governo.
- c) a tributação e o orçamento e os direitos sociais.
- d) as forças armadas e a nacionalidade.
- e) a segurança pública e a intervenção.

Obs: A resposta correta é a letra "B".