



UNIVERSIDADE DE LISBOA
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - FDUL

Eline Brito Monteiro

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DOS
MECANISMOS DE ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL EM TEMPOS DE CRISE

Lisboa – PT



UNIVERSIDADE DE LISBOA
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - FDUL

Eline Brito Monteiro

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DOS
MECANISMOS DE ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL EM TEMPOS DE CRISE
THE FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE NEED FOR THE APPLICATION OF THE
CONSTITUTIONAL CHANGE MECHANISMS IN CRISIS TIMES

Dissertação correspondente ao curso de
Mestrado em Direito e Ciência Jurídica com
perfil em Direitos Fundamentais da Faculdade
de Direito da Universidade de Lisboa em
conclusão no ano letivo de 2018.

Orientador(a): Prof.^a Dr.^a Ana Fernanda
Ferreira Pereira Neves

Lisboa – PT
2018

Aos administradores públicos, membros dos Poderes Estatais, os quais estão diretamente ligados à obrigação de zelar pela manutenção ou pela restauração da “normalidade” do Estados, frente às crises que assolam a humanidade, e aos aplicadores do Direito, que assumem honrosamente o papel de contribuir na orientação da construção contínua dos Estados Democráticos de Direito.

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação de mestrado é o resultado de muitas horas de trabalho, por isso é importante expressar os meus sinceros agradecimentos a algumas pessoas que, de alguma forma, contribuíram em mais uma etapa de minha vida.

Primeiramente agradeço a Deus, que pela sua infinita misericórdia me concede a chance de viver e conviver com pessoas que colaboram para minha evolução diária.

Ao meu companheiro Cássio pelo apoio e paciência em todos os momentos, principalmente naqueles de insegurança, que por sinal são muito corriqueiros durante essa jornada.

Aos meus pais, Zilda e Edilson, que sempre estiveram presentes ao meu lado em todas as jornadas que me proponho. Em especial, a minha “Rainha”, que, além de mãe sempre foi minha melhor amiga.

Aos meus irmãos, Josy, Erivelton e Geysse Laila, que, de alguma forma, contribuíram para a realização desse projeto.

Aos Sotões, grandes mestres os quais tive a honra de conhecer, com os quais tive o prazer de conviver e pelos quais tive a oportunidade de aprender, e, em especial, à minha orientadora, Dr.^a Ana Fernanda Ferreira Pereira Neves. Eles se tornaram modelo de inspiração em minha vida acadêmica e profissional.

Ao meu filho, Bernardo, que, em tão pouco tempo de vida, tornou-se uma grande motivação que me impulsiona a alcançar meus objetivos.

E, enfim, a todos que fizeram parte dessa trajetória e, senão diretamente, ajudaram-me desde o amparo emocional até a colaboração com os afazeres do dia-a-dia.

“A menos que modifiquemos a nossa forma de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos ver eo mundo.”.

(Albert Eistein)

RESUMO

Com o presente trabalho pretende-se pesquisar a observância das normas constitucionais em contextos de crises, constatando-se que as constituições sofrem alterações, não necessariamente eficazes, especialmente perante os direitos e garantias fundamentais. Assim, verifica-se que a Constituição, como conjunto sistematizado de normas dotadas de soberania, é criada pelo poder constituinte originário no intuito de regular as relações sociais, buscando limitar os poderes dos governantes e garantir os direitos dos governados. Esse poder constituinte, além de criar e positivizar normas jurídicas de valor constitucional, tem o poder de reformar e revisar toda a Carta Magna. Estas funções do poder constituinte necessariamente determinam os seus tipos, os quais são, portanto: originário e derivado. O poder constituinte derivado, por sua vez, conta com mecanismos capazes de promover a alteração constitucional, a qual, pois, deverá seguir todos os procedimentos descritos na Constituição para se revestir de constitucionalidade. Os mecanismos de alteração constitucional mais relevantes são: a reforma, a revisão e a mutação. A reforma constitucional, muitas vezes externada por emendas constitucionais, tem a função de adequar a Constituição à realidade jurídica, política e social. Já a revisão propõe a mudança formal em maior grau de extensão e profundidade do texto constitucional. A mutação, por fim, é a alteração informal, dada por interpretações jurisprudenciais, legislativas e outras. Diante de situações de crise, seja esta de caráter financeiro, político ou outro possível, a solução para os problemas delas decorrentes frequentemente tem sido a mudança da norma constitucional por quaisquer desses mecanismos de alteração. Em alguns casos, todavia, a efetivação destas mudanças viola princípios e direitos fundamentais. Inclusive, alguns Estados têm efetivado mudanças sem considerar determinadas limitações previstas no texto constitucional. Desse modo, a alteração da Constituição Espanhola, por meio da mudança formal do artigo 135, dividiu opiniões acerca da possibilidade de limitar os gastos da Administração Pública de modo que não se viole a separação e a independência dos poderes. Também no Brasil, a aplicação da teoria da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, vista como inobservância ao princípio da presunção de inocência, proporcionou a alteração constitucional através de mutação e, com isso, causou uma grande discussão doutrinária acerca da constitucionalidade da medida. Cediço é que as mudanças constitucionais válidas são aquelas que observam e resguardam todos os princípios, direitos e normas delimitadoras presentes na Constituição.

Palavras-chave: Direito. Direito Constitucional. Constituição. Poder Constituinte. Poder Constituinte Originário. Poder Constituinte Reformador. Direitos Fundamentais. Princípios Fundamentais. Crises. Crise Financeira. Crise Política. Alteração Constitucional. Mecanismos de Alteração Constitucional. Reforma. Revisão. Mutação. Emenda Constitucional. Violação Constitucional. Violação de Princípios e Direitos Fundamentais. Segurança Jurídica. Separação de Poderes. Princípio da Presunção de Inocência.

ABSTRACT

The present work intends to investigate the observance of constitutional norms in crisis contexts, being verified that the constitutions undergo changes, not necessarily effective, especially in the fundamental rights and guarantees. In this way, the Constitution, as a systematized set of rules endowed with sovereignty, is created by the original constituent power in order to regulate social relations, seeking to limit the powers of the rulers and guarantee the rights of the governed. This granted power, in addition to creating and enforcing legal norms of constitutional value, has the power to reform and revise the entire Magna Letter. These functions of the constituent power necessarily determine their type, which are: originating and derived. The constituent power derived has mechanisms capable of promoting the constitutional change, which should follow all the procedures described in the Constitution to take over constitutionality. The most relevant mechanisms of a constitutional change are: reform, revision and mutation. The constitutional reform, often externalized by constitutional amendments, has the function of adapting the constitution to the legal, political and social reality. The revision proposes the formal transition in a greater degree of extension and depth of the constitutional text. The mutation is the informal modification, given by jurisprudential, legislative and other interpretations. In the face of crisis situations, be it financial, political or otherwise, the solution of resulting problems has often been the modification of the constitutional norm by any of these alteration mechanisms. However, in some cases the implementation of these modifications violates principles and fundamental rights. In the same direction, some states have even made changes without considering certain limitations provided by the constitutional text. Thus the modifications of the Spanish Constitution through the formal change of article 135 divided opinions on the possibility of limiting public administration spending's in a way that didn't violate the separation and independence of powers. Also in Brazil, the application of the theory of the provisional execution of the criminal sentence before the final *res judicata*, seen as non-observance with the principle of innocence presumption, provided the constitutional modification through mutation and caused a great doctrinal discussion about the constitutionality of the measure. Anyway, it is certain that valid constitutional modifications are those that observe and safeguard all the principles, rights and boundary norms present in the Constitution.

Keywords: Law. Constitutional Law. Constitution. Granted Power. Original Constituent Power. Reform Constituent Power. Fundamental Rights. Fundamental Principles. Crisis. Financial Crisis. Political Crisis. Constitutional Mutation. Constitutional Change Mechanisms. Reform. Review. Mutation. Constitutional Amendment. Constitutional Violation. Violation of Principles and Fundamental Rights. Legal Security. Powers Separation. Principle of Innocence Presumption.

LISTA DE ABREVIATURAS

a.	Ano
ampl.	Ampliado
<i>apud</i>	Citado por
art.	Artigo
atual.	Atualizado
<i>Cf.</i>	Confira, conferir
Coord.	Coordenador
ed.	Edição
<i>etc.</i>	<i>Et coetera</i> = e outras coisas
n.º	Número
Org.	Organizador
p.	Página
<i>Passim</i>	Aqui e ali, em diversas passagens
pp.	Páginas
Rel.	Relator
rev.	Revisado
s.	Seguinte
s.l.	Sem local
s.n.	Sem nome
s.s.	Seguintes
<i>sic.</i>	Assim mesmo
t.	Tomo
v.	Volume
<i>vs.</i>	<i>Versus</i>

LISTA DE SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Preceitos Fundamentais
AMB	Associação Médica Brasileira
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i> = Boletim Oficial do Estado
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CE	Constituição Espanhola
CN	Congresso Nacional
CPB	Código Penal Brasileiro
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CRP	Constituição da República Portuguesa
DJ	Diário do Judiciário
DO	Diário Oficial
DOU	Diário Oficial da União
EC	Emenda Constitucional
EU	<i>European Union</i> = União Europeia
HC	<i>Habeas Corpus</i>
IQSC	Instituto de Química de São Carlos
LEP	Lei de Execuções Penais
MC	Medida Cautelar
ONU	Organização das Nações Unidas
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PEN	Partido Ecológico Nacional
PIB	Produto Interno Bruto
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PP	Partido Popular

PSOE	Partido Socialista Obrero Español
PT	Partido dos Trabalhadores
QO	Questão de Ordem
RE	Recurso Extraordinário
RE-AgR	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ-SP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	PANORAMA DE CONSTITUIÇÃO	16
2.1	Classificação das constituições	19
2.1.1	Quanto ao conteúdo	19
2.1.2	Quanto à forma	19
2.1.3	Quanto ao modo de elaboração	20
2.1.4	Quanto à origem	20
2.1.5	Quanto à estabilidade	22
2.1.6	Quanto à extensão e à finalidade	23
2.2	Aplicabilidade das normas constitucionais	24
2.2.1	Normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada	24
2.2.2	Normas programáticas	25
3	PODER CONSTITUINTE	27
3.1	Titularidade do poder constituinte	29
3.2	Tipos de poder constituinte	31
3.2.1	Poder constituinte originário	31
3.2.1.1	Classificação do poder constituinte originário	33
3.2.1.1.1	Poder constituinte originário quanto ao momento de manifestação	34
3.2.1.1.2	Poder constituinte originário quanto às dimensões	34
3.2.1.2	Formas de expressão do poder constituinte originário	35
3.2.2	Poder constituinte derivado	35
3.2.2.1	Espécies de poder constituinte derivado	37
3.2.2.1.1	Poder constituinte decorrente	38
3.2.2.1.2	Poder constituinte reformador	38
3.2.2.1.3	Poder constituinte revisor	40
3.2.2.2	Poder ou competência de modificar a Constituição	40
3.2.2.3	Limitações ao poder constituinte derivado	42
3.2.2.3.1	Limitações expressas	42
3.2.2.3.2	Limitações implícitas	45
4	MECANISMOS DE ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO	47
4.1	Reforma constitucional	48
4.1.1	Emenda constitucional	50
4.2	Revisão constitucional	52
4.3	Mutação constitucional	54

4.3.1	Mutação constitucional judicial e administrativa	58
4.3.2	Mutação constitucional pela atuação do legislador	60
4.3.3	Mutação constitucional por via de costume	60
5	DIREITOS FUNDAMENTAIS	62
5.1	Dimensões dos direitos fundamentais	63
5.2	Características dos direitos fundamentais	66
5.3	Funções dos direitos fundamentais	69
5.4	Titularidade dos direitos fundamentais	71
5.5	Organização dos direitos fundamentais na Constituição brasileira	72
5.6	Aplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.....	73
5.7	Direitos sociais como direitos fundamentais	74
5.8	Reserva do possível.....	78
5.9	Mínimo existencial.....	82
5.10	Vedação do retrocesso	86
6	ALTERAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL EM TEMPOS DE CRISE	88
6.1	Estado de exceção como meio de se aplicar medidas de austeridade que alteram a Constituição em situação de crise	88
6.2	Estabilidade da Constituição sob contexto de crise	92
6.3	Alguns tipos de situações de anormalidade vivenciada pelos Estados	94
6.3.1	Crise econômico-financeira mundial	95
6.3.2	Crise política no Brasil.....	99
7	ANÁLISE DE CASOS DE ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL EM TEMPOS DE CRISE	103
7.1	Alteração constitucional diante da crise financeira na Espanha	106
7.1.1	Análise crítica sobre a alteração constitucional pelo mecanismo de reforma	112
7.2	Execução provisória da pena antes do trânsito em julgado e a alteração informal da Constituição da República Federativa do Brasil	117
7.2.1	A presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro	119
7.2.1.1	Aplicação do princípio da presunção de inocência	123
7.2.2	Mutação constitucional: STF e a nova interpretação dada ao princípio da presunção de inocência	125
7.2.2.1	Análise crítica sobre a mutação constitucional	131
8	CONCLUSÃO	142
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	146
	Artigos, obras e relatórios	146
	Jurisprudências.....	158
	Atos normativos	161

1 INTRODUÇÃO

A Constituição apresenta-se no Estado Democrático de Direito como um dos pilares basilares de sua estrutura. Por meio das constituições estatais alcançamos a estabilidade jurídica e social para a manutenção da vida em sociedade. Daí a necessidade de se estudar, teorizando-a sob a perspectiva jurídica, de maneira tal que se desenvolva também o estudo específico dos instrumentos e institutos jurídicos que se preocupam em lhe dar, dentre outras coisas, estabilidade e meios de manutenção para a obtenção da segurança jurídica própria do Estado moderno.

Nessa perspectiva, o presente trabalho acadêmico apresenta uma abordagem acerca da classificação das constituições e, especificamente, acerca das possíveis alterações do texto constitucional.

Pretende-se aqui, inicialmente, fazer uma análise sobre o significado de Constituição, as formas de constituições existentes e as suas funções, de modo que seja possível demonstrar as condições necessárias para garantir a alteração do texto constitucional, respeitando os princípios e normas constitucionais.

Posteriormente, buscando uma melhor compreensão sobre o objeto do presente trabalho, os direitos fundamentais e a necessidade de aplicação dos mecanismos de alteração constitucional em tempos de crise, apresentar-se-á o estudo sobre o poder constituinte, sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, abordando as particularidades de cada espécie desse poder, assim como as limitações, sejam estas expressas ou implícitas, que ele deverá observar para alcançar o seu fim.

A partir dessa análise introdutória, iniciaremos o estudo sobre os mecanismos de alteração da Constituição. Notar-se-á que o uso do termo “mecanismos” será usado no sentido de instrumentos, os quais estão previstos no texto constitucional como ferramentas para adequar as normas superiores à realidade do tempo hodierno.¹

Insta salientar que os mecanismos, reforma, revisão e mutação; apresentados neste trabalho, são aqueles considerados pelo ordenamento jurídico brasileiro, todavia, buscar-se-á,

¹ Alguns doutrinadores, como LUÍS ROBERTO BARROSO, usam o termo mecanismos institucionais para se referirem a instrumentos usados para alteração e adaptação do texto constitucional a novas realidades. (LUÍS ROBERTO BARROSO, *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*, Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 6.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 159.)

a título de exemplo, sempre que possível, apresentar comparações com a legislação de outros países.

Desse modo, cada mecanismo de alteração constitucional será caracterizado para facilitar a compreensão sobre a legalidade de algumas alterações efetivadas por determinados Estados. Na prática, adianta-se que, quando a ilegalidade da mudança do texto constitucional não está na forma da efetivação da alteração (ilegalidade formal), pode-se encontrar na violação de direitos essenciais à dignidade da pessoa humana (ilegalidade material).

Pretende-se, assim, trazer a este estudo a abordagem sobre os gêneros de direitos fundamentais comumente existentes nas ordens jurídicas constitucionalmente positivadas, quais sejam os direitos à liberdade e os direitos sociais, que são dotados de essencialidade para garantir o mínimo necessário ao ser humano. No caso dos direitos sociais, como direitos prestacionais e vinculados diretamente ao custo financeiro, percebe-se mais facilmente a preterição deles nas situações de crise, porém, para garantir a observância das exigências constitucionais, faz-se necessário compreender o princípio do não retrocesso e, juntamente, as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial.

Assim, para garantir a melhor compreensão sobre a gravidade das medidas efetivadas em tempos de crise, falaremos do surgimento dos direitos fundamentais, de suas características mais importantes e da sua aplicabilidade, para compreender que a necessidade da proteção desses direitos deve ser sempre prioridade, sob pena de instauração de retrocesso social.

Acerca das possíveis situações de crise que os Estados poderão vivenciar, como crise financeira, política, social e outras, surgem as dúvidas e questionamentos sobre o papel da Carta Magna. Muitos defendem a suspensão da aplicabilidade das normas superiores, enquanto outros apoiam a criação de normas e princípios apropriados para tempos de anormalidade. Não suficiente, enriquecendo ainda mais essa discussão, há aqueles que são pontuais em dizer que a melhor maneira de superar a instabilidade, seja qual for, é a observância e aplicabilidade dos preceitos constitucionais.

Independentemente da teoria melhor aceita, na maioria dos casos, a medida mais usada, em tempos de crise, é a efetivação de mudança constitucional ou infraconstitucional.

O grande perigo, entretanto, mora justamente na necessidade de adaptação à realidade social, isto porque, em meio ao caos, pela urgência, pouco se discute sobre as possibilidades e consequências, especialmente jurídicas, dos meios usados para implantar mudanças no ordenamento jurídico pátrio.

Feito isso, analisar-se-á algumas situações de anormalidade vivenciada pelos Estados, em especial, a crise financeira, que, além de ter ganhado proporções gigantescas, atingindo vários países, desencadeou, em determinados Estados, outras crises, como por exemplo, a crise política, a qual, por sua vez, também é apresentada aqui como uma das anormalidades enfrentadas pelos Estados.

Isto posto, considerando as particularidades das constituições, as formas e os mecanismos de alteração das normas superiores, os direitos que exigem sua aplicabilidade para garantir mínimo de dignidade da pessoa humana e as situações de crise vivenciadas pelos Estados, serão apresentados dois casos de alteração constitucional, a fim de demonstrar como os mecanismos de reforma têm sido aplicados na prática.

O primeiro caso refere-se à segunda alteração da Constituição da Espanha, doravante CE², que, em razão de seu compromisso com a EU e visando a confiança do mercado externo perante o adimplemento de suas dívidas, priorizou a estabilidade orçamentária frente às demais, inclusive aos gastos sociais, que proporcionariam maior “bem estar” a sua população, ao publicar o novo texto do artigo 135 da Carta Magna, promovendo a chamada “*Reforma exprés*”, que desencadeou grandes discussões sobre a constitucionalidade da mudança.

Para se analisar a constitucionalidade desta alteração na Carta espanhola, deve-se a ponderar frente aos princípios e demais normas estabelecidas em seu texto, para concluir essa alteração é ou não constitucionalmente aceita.

Sem pretensão de exaurir o assunto, analisando a ação de constitucionalidade no Tribunal espanhol, a doutrina e as notícias da época da alteração, foi possível apresentar algumas fundamentações favoráveis à reforma, as quais são baseadas no princípio da estabilidade orçamentária, para alcançar bem estar econômico, crescimento do Produto Interno Bruto, doravante PIB, diminuição das taxas de desemprego e reestabelecimento da confiança dos investidores. Por outro lado, pôde-se dizer que a preocupação dos críticos está na deficiência do debate, no princípio da intervenção mínima e na preservação da constituição do Estado espanhol e da soberania deste frente à União Europeia, doravante EU.

De tudo, após tal análise de pontos favoráveis e contrários, apresentou-se brevemente algumas concordâncias com a alteração do artigo 135, como a necessidade da implantação de medidas controladoras, e também algumas objeções, como a falta de

² Constitución Española (1978), Boletín Oficial del Estado, Madri-Espanha, 27 dic. 1978, pesquisável em: <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/index.html>.

amadurecimento do debate, a fim de que se pudesse, ao final, sugerir uma possível e melhor forma de se alcançar uma alteração legal e socialmente satisfatória.

O outro caso que será analisado trata-se de uma alteração constitucional no Brasil, efetivada pelo judiciário, por meio do mecanismo de mutação, que aparentemente contraria preceitos constitucionais, como a presunção de inocência.

Ocorre que o precedente que o judiciário brasileiro abriu prevê a execução da pena após a condenação em segundo grau, mas antes de trânsito em julgado, sob o fundamento baseado no princípio da proibição da proteção deficiente³, no princípio da igualdade⁴ e na credibilidade da justiça⁵.

Perante esses argumentos favoráveis à decisão, pretendeu-se fazer uma análise do caso, de modo a apontar todos os argumentos defendidos pelos críticos, os quais declaram que a decisão tomada sob a comoção social em um cenário de instabilidade não somente violou o princípio da presunção de inocência como também feriu o direito fundamental à liberdade, o princípio da segurança jurídica, o princípio do devido processo legal; para depois apresentar algumas objeções à referida teoria.

Por fim, com a sutilidade e modéstia devida, apontou-se uma possível solução, capaz de impedir a violação da Constituição e a conseqüente desconsideração de direitos fundamentais.

³ Neste caso, adotam garantismo penal ou processual, que corresponde ao princípio que repudia o excesso, como prender alguém sem indício ou materialidade, e a hipertrofia da punição, como a proteção deficiente do Estado. Para os defensores, no Brasil enquanto não houver o duplo grau de jurisdição sobre matéria fática ou de provas não cabe execução penal, mas, a partir do esgotamento da matéria fática e análise probatória, não é necessário aguardar o julgamento de eventuais recursos constitucionais, sob pena de se figurar proteção ineficiente do Estado.

⁴ Refere-se à exigência de julgamento de recursos constitucionais para se iniciar a execução da pena, pois essa exigência violaria o princípio da igualdade, haja vista que os indivíduos que contam com maior capacidade financeira podem interpor recursos até os Tribunais Superiores e, assim, protelar o início do cumprimento sentença condenatória, enquanto os desafortunados estariam fadados, pois, a iniciarem o cumprimento de suas penas em momento sempre precedente ao daqueles abastados, justamente por não gozarem dos mesmos meios “protelatórios”.

⁵ Diante do crescimento da criminalidade a possibilidade de interpor vários recursos antes do cumprimento de pena fortalece a insegurança jurídica, de modo que a justiça perde a sua credibilidade.

2 PANORAMA DE CONSTITUIÇÃO

Primeiramente, para melhor compreensão, antes de adentrarmos no estudo que envolve os direitos fundamentais e a aplicação dos mecanismos de alteração constitucional em tempos de crise, faz-se necessário apresentar um breve relato sobre o que significa a Constituição de um Estado e os limites existentes para garantir a reforma de seu texto.

Desse modo, vale salientar que nos dicionários de língua portuguesa “Constituição” significa “lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas respeitantes à formação dos poderes públicos, forma de governo, distribuição de competências, direitos e deveres dos cidadãos, *etc.*; carta constitucional, carta magna”.⁶

Nessa linha, MARCELO NOVELINO conceitua Constituição 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”, sendo, pois, essas referidas normas um meio de vinculação do Estado à sociedade, e virse-e-versa, na relação entre eles.⁷

Dessa forma, pode-se concluir que não há como falar em Constituição sem mencionar o princípio da separação dos poderes e os direitos fundamentais.

Historicamente, vale destacar que essa ideia de proteger os direitos fundamentais, respeitando a competência de cada poder estatal, vem, basicamente, das revoluções liberais do final do século XVIII⁸ e do conceito definido para eles pela Declaração dos Direitos do Homem

⁶ AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, *Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, 3.ª ed., Curitiba: Positivo, 2004, p. 56.

⁷ MARCELO NOVELINO, *Manual de Direito Constitucional*, 8.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 104, pesquisável em: [http://minhateca.com.br/laerte.fagundes/Documents/Livros/D.+Constitucional/Manual+de+Direito+Constitucional+-+Marcelo+Novelino+\(8*c2*aa+edi*c3*a7*c3*a3o*2c+2013\),159720896.epub](http://minhateca.com.br/laerte.fagundes/Documents/Livros/D.+Constitucional/Manual+de+Direito+Constitucional+-+Marcelo+Novelino+(8*c2*aa+edi*c3*a7*c3*a3o*2c+2013),159720896.epub).

⁸ Neste sentido, J. J. GOMES CANOTILHO: “conceito ideal identifica-se fundamentalmente com os postulados políticos-liberais, considerando-os como elementos materiais caracterizadores e distintivos os seguintes: (a) a constituição deve consagrar um sistema de garantias da liberdade (esta essencialmente concebida no sentido do reconhecimento de direitos individuais e da participação dos cidadãos nos actos do poder legislativo através do parlamento); (b) a constituição contém o princípio da divisão de poderes, no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estatais; (c) a constituição deve ser escrita (documento escrito).” (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional*, 6.ª ed., Coimbra: Almedina, 1993, *passim.*). Ainda, segundo ANDRÉ RAMOS TAVARES, “com a vitória do constitucionalismo surge, no século XIX, a ideia de Constituição Ideal, com Carl Schmitt. Seu conceito está atrelado à ideologia político-liberal, considerando-se essencial: a garantia das liberdades, com a participação política; a divisão dos poderes; a constituição como documento político.” (ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Curso de Direito Constitucional*, 7.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 63.)

e do Cidadão⁹, os quais fizeram emergir o Estado de Direito e o aparecimento do constitucionalismo moderno.

Ainda hoje, quando os direitos fundamentais são ampliados para além dos direitos individuais, como os sociais e os políticos, a Constituição permanece definida como um conjunto de normas que intitulam e delimitam a competência dos órgãos, protegendo o indivíduo no que diz respeito aos seus direitos fundamentais.¹⁰

Diante do conceito que é dado à Constituição, é fácil verificar que a supremacia de suas normas é algo óbvio para o Direito Constitucional contemporâneo. Razão pela qual a Constituição é considerada norma superior a todas as leis e possui atributo de única norma primária diretamente emanada do poder constituinte, de onde decorre, pois, tanto a sua validade como o seu caráter imperativo¹¹. Logo, nota-se também que todas as outras normas integrantes do ordenamento jurídico são secundárias, isto é, dependentes da própria Constituição em relação à validade.¹²

Destarte, a passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico e essa submissão de todo ordenamento infraconstitucional configuraram um processo de constitucionalização do Direito. Nesse processo, potencializou-se a centralidade da ideia da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, além de se impulsionar discussões acerca do papel do Estado, do futuro da Constituição, dentre outros.¹³

Não obstante, a interpretação e aplicação das normas constitucionais decorrentes desse processo originam tensões e conflitos cujas soluções demandam que se entenda por qual motivo a Constituição fora criada ou qual função fora designada a ela.

⁹ Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Artigo 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” (Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, França, 1789, pesquisável em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>.) (JORGE REIS NOVAIS, *Em defesa do tribunal constitucional*, Resposta aos críticos, Coimbra: Almedina, 2014, *passim*.)

¹⁰ ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Curso*, 7.ª ed., *passim*.

¹¹ HANS KELSEN refere-se à Constituição como “*l’assise fondamentale de l’ordre étatique*”, de onde deriva “*l’idée de lui assurer la plus grande stabilité possible*”. (HANS KELSEN, *La garantie juridictionnelle de la Constitution, La Justice constitutionnelle*, in, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*, t. XLV, n.º 1, pp. 197-257, Paris: Marcel Giard, 1928, p. 205, pesquisável em: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9355286/f205.item>.)

¹² MANUEL AFONSO VAZ, *Teoria da Constituição*, O que é a Constituição, hoje?, 1.ª ed., Coimbra: Coimbra, 2012, *passim*.

¹³ LUÍS ROBERTO BARROSO, *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*, Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 4.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, *passim*.

Nesse sentido, vale destacar, dentre outras razões, que a Constituição foi criada para limitar os poderes dos governantes e para garantir os direitos dos governados¹⁴, competindo a ela estabelecer limites com o fim de garantir a dignidade da pessoa humana, de maneira a impedir que as políticas públicas implantadas pelo governo violem os direitos mínimos e necessários para a sociedade.¹⁵

Pode-se citar ainda como função da Constituição a garantia de instrumentos democráticos – movimentos sociais, meios de comunicação social, participação popular, deliberação legislativa majoritária –, os quais são considerados para ponderação da liberdade necessária e análise do alcance desta.¹⁶

Ademais, a Constituição, além de instituir órgãos supremos, de regular suas competências, garantir direitos fundamentais e manter o sistema democrático, também estabelece princípios, os quais são capazes de superar conflitos que venham a surgir na sociedade, proporcionando uma maior estrutura jurídica à comunidade.¹⁷

Essas normas e princípios constitucionais, por sua vez, devem ser suficientemente capazes de regular fatos mutáveis, pois, quando ocorrer grave desequilíbrio entre a Constituição e os fatos, será necessário usar de mecanismos de reforma para reestabelecer a normalidade, observando-se sempre o procedimento e as limitações constitucionais, para se garantir a continuidade da supremacia do Texto Maior e a segurança jurídica.

Assim, considerando que a Constituição visa a estabilidade das instituições e a segurança na vida individual e coletiva; e que os fatos da existência do homem são variáveis no espaço e no tempo, concluímos que o texto constitucional não poderá revestir-se de inalterabilidade, pois, para que suas normas sejam eficazes e garantam a estabilidade política e social, é necessário que haja mudanças formais e materiais.

¹⁴ MARCELO NOVELINO, *Manual, passim*.

¹⁵ J. J. GOMES CANOTILHO afirma que o conceito de Constituição tem “multifunções”, as quais resumem-se em cinco: função de revelação de consensos fundamentais, função de legitimação da ordem política, função de garantia e de proteção, função de organização do Poder político e função de ordem e ordenação. (*apud* ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Curso*, 7.^a ed., p. 76.) Para MANUEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, no Brasil, a Constituição indica dez funções: a função de garantia, a função organizativa ou estruturante, a função limitativa, a função procedimental, a função instrumental, a função conformadora da ordem sociopolítica, a função legitimadora (por vez legitimante), a função legalizadora, a função simbólica e a função prospectiva. (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, 26.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 64-75.)

¹⁶ De fato, na Constituição de 1988, determinadas decisões políticas fundamentais do constituinte originário são intangíveis (§ 4.^o do artigo 60) e nela se estabeleceu um procedimento legislativo especial para a aprovação de emendas constitucionais (artigo 60). De outra parte, o texto faz expressa opção pelo princípio democrático e majoritário (*caput* e parágrafo único do artigo 1.^o), define como princípio fundamental o pluralismo político (inciso V do artigo 1.^o) e distribui competências pelos órgãos dos diferentes poderes e estruturas constitucionais (Título IV, artigos 44 ss.). (LUÍS ROBERTO BARROSO, *Curso*, 4.^a ed., p. 127.)

¹⁷ KONRAD HESSE, *Temas fundamentais do Direito Constitucional*, Tradução Carlos dos Santos Almeida *et al.*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4.

2.1 Classificação das constituições

A doutrina adota vários critérios para classificar as constituições. Para facilitar a compreensão sobre a possibilidade de aplicar os mecanismos de alteração do texto constitucional em tempos de crise, analisaremos alguns desses critérios, sem qualquer intenção de esgotar o estudo sobre a classificação das constituições.

2.1.1 Quanto ao conteúdo

A doutrina expõe que, pelo conteúdo das constituições, pode-se as dividir em Constituição material e Constituição formal. A Constituição material consiste em um conjunto de regras materialmente constitucionais, codificadas ou não em um único documento, que contém as normas fundamentais e estruturais do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos e as garantias fundamentais. Já a Constituição formal é aquela consubstanciada de forma escrita, por meio de um documento solene estabelecido pelo poder constituinte originário, que, neste caso, elege como critério de legitimidade constitucional o processo de formação da Constituição, e não o conteúdo das normas desta.¹⁸

2.1.2 Quanto à forma

O critério de classificação das constituições divide a forma da Constituição em escrita e não escrita.¹⁹

¹⁸ PEDRO LENZA, *Direito constitucional esquematizado*, 15.ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 84-85.

¹⁹ Para JAMES BRYCE, em um Estado dotado de Constituição não escrita. todas as leis, de um modo geral, são do mesmo nível e exercem a mesma força. Para o autor, além disso, uma única autoridade legislativa tem o poder de promulgar leis sobre todos os assuntos e para todos os propósitos. No caso dos Estados dotados de uma Constituição escrita, por sua vez, observa-se a presença de dois tipos de leis, que são elaboradas por duas autoridades legislativas diferentes. A autoridade legislativa com poder para legislar sobre todos os propósitos promulga leis superiores, ao passo que a autoridade legislativa, que tem sua competência limitada por aquela,

O conceito dado pela doutrina se resume basicamente em afirmar que as constituições escritas apresentam um texto sistematizado e organizado em um único documento, estabelecendo as normas fundamentais de um estado, e que as constituições não escritas são consideradas a partir de textos esparsos, abrangendo, em alguns casos, os costumes e convenções sedimentados ao longo da história de dado país ou nação.

Observe-se que mesmo os Estados que não apresentam o texto escrito ou catalogado em um único documento, hoje, têm assentado ao menos princípios constitucionais em textos escritos, motivo pelo qual os doutrinadores referem-se às constituições destes Estados como “parcialmente escritas”.

Relevante é que, naqueles Estados basicamente dotados de Constituição escrita e rígida, a Carta Magna está no ápice do ordenamento jurídico, como uma norma fundamental de alto estatuto jurídico.

2.1.3 Quanto ao modo de elaboração

A doutrina esclarece que o modo de elaboração das constituições divide-as em dogmáticas e históricas. A Constituição dogmática se apresenta como produto sempre escrito e sistematizado por um órgão constituinte, a partir de princípios e ideias fundamentais da teoria política e do direito dominante, ao passo que a Constituição histórica é fruto da lenta e contínua síntese da história e das tradições de um determinado povo.²⁰

2.1.4 Quanto à origem

Quanto à origem as constituições podem ser promulgadas, outorgadas, cesaristas ou dualistas.

exercerá sua atribuição dentro dos limites estabelecidos. (JAMES BRYCE, *Constitutions souples et constitutions rigidez*, in, *Studies in History and Jurisprudence*, vol. I, New York: Oxford University, 1901, pp. 124-213, pesquisável em: <http://juspolicum.com/article/Constitutions-souples-et-constitutions-rigides-1884-831.html>.)

²⁰ PEDRO LENZA, *Direito*, 15.^a ed., p. 85.

As constituições promulgadas, também conhecidas como constituições populares, votada ou promulgada, são constituições criadas por uma Assembleia Nacional Constituinte, composta por representantes eleitos pelo povo. Neste caso, a promulgação da Constituição conta com a participação direta ou indireta do povo. Citemos, como exemplo, as Constituições brasileiras de 1891, 1934, 1946 e 1988²¹ e a primeira Constituição da Europa, que se originou da supremacia dos representantes da nação francesa, na Assembleia Constituinte, em 1791²².

As constituições outorgadas, conhecidas como impostas, ditatoriais, autocráticas ou cartas constitucionais, são elaboradas e estabelecidas sem a participação do povo e consistem em uma Constituição imposta pelo poder da época. KILDARE GONÇALVES CARVALHO esclarece que “outorgada é a Constituição em que não há colaboração do povo na sua elaboração: o governo a concede graciosamente”²³.

As constituições cesaristas correspondem àquelas elaboradas sem a participação do povo e que, no entanto, depois de prontas, dependerão da aprovação popular para entrar em vigor. À vista disso, esse tipo de Constituição nega qualquer possibilidade de inserção de conteúdo novo, pois o detentor do poder a submete ao povo apenas para ratificar sua vontade²⁴.

E, por fim, as constituições dualistas correspondem a constituições também chamadas de “pactuadas”, por se originarem das mãos de mais de um titular²⁵, tratando-se, nos dizeres de ANDRÉ RAMOS TAVARES, “de um ‘compromisso estável de duas forças políticas rivais’, de maneira que o equilíbrio fornecido por tal espécie é precário”. Como exemplo para o caso, o autor cita a Constituição da Grécia, de 1844, elaborada por Assembleia Popular e ratificada pelo Rei.²⁶

²¹ PEDRO LENZA, *Direito*, 15.^a ed., p. 81.

²² ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Curso de Direito Constitucional*, 10.^a ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 93.

²³ KILDARE GONÇALVES CARVALHO, *Direito Constitucional: teoria do estado e da Constituição*, Direito Constitucional positivo, 14.^a ed. rev., atual. e ampl., Belo Horizonte, Del Rey, 2008, p. 273.

²⁴ ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Curso*, 10.^a ed., p. 94.

²⁵ PEDRO LENZA, *Direito*, 15.^a ed., p. 81.

²⁶ ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Curso*, 10.^a ed., p. 94.

2.1.5 Quanto à estabilidade

A classificação quanto à estabilidade, sendo uma das mais importantes para nosso estudo, apresenta a Constituição como imutável, rígida, flexível ou semirrígida. Note-se que essa classificação está diretamente relacionada à possibilidade de alteração do texto constitucional.²⁷

Nas constituições imutáveis, também conhecidas por graníticas, intocáveis e permanentes, é vedada qualquer alteração, por não haver qualquer previsão sobre procedimento de reforma. Atualmente essa modalidade está em desuso, sendo apenas uma lembrança histórica, pois, atualmente, pode-se dizer que é inimaginável um documento que ignore os influxos sociais e políticos.²⁸

As constituições rígidas, as quais são escritas, poderão ser alteradas através de um processo legislativo complexo e solene. A exigência por um processo mais dificultoso, em comparação com as normas infraconstitucionais, visa garantir a estabilidade jurídica do país.

As constituições flexíveis, por regra, não são escritas, ou seja, são excepcionalmente escritas, poderão ser alteradas pelo processo legislativo ordinário, sem que haja qualquer exigência específica para efetuar a alteração constitucional.

De acordo com NATHALIA MASSON, o ponto mais relevante de um texto classificado como flexível é a inexistência de supremacia formal da Constituição sobre as demais normas, pois todas são elaboradas, modificadas e revogadas por rito idêntico. Assim, a própria lei ordinária contrastante com o teor do texto constitucional, o altera.²⁹

PEDRO LENZA acrescenta à classificação das constituições quanto à estabilidade:³⁰

- a) as constituições fixas, que são aquelas que podem ser alteradas por um poder de competência igual ao poder que inicialmente criou a primeira Constituição, ou

²⁷ O autor JAMES BRYCE apresenta a distinção entre Constituição flexível e rígida. Para ele flexível é a Constituição que tem certa elasticidade, que permite alterar a forma do texto constitucional, mantendo suas principais características, e rígida é a Constituição que não pode ser alterada, porque suas disposições são fixas. (JAMES BRYCE, *Constitutions*.)

²⁸ Nesse sentido JOSÉ AFONSO DA SILVA diz que: “não há Constituição imutável diante da realidade social cambiante, pois não é ela apenas um instrumento de ordem, mas deverá-sê-lo, também, de progresso social. Deve-se assegurar certa estabilidade constitucional, (...) mas sem prejuízo da constante, tanto quanto possível, perfeita adaptação das constituições às exigências do progresso, da evolução e do bem-estar social”. (JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional positivo*, 28.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 41-42.)

²⁹ NATHALIA MASSON, *Manual de Direito Constitucional*, 3.ª ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 39.

³⁰ PEDRO LENZA, *Direito*, 15.ª ed., p. 87.

seja, são aquelas que permitem a alteração somente através do procedimento realizado pelo poder constituinte originário; e

b) as constituições imutáveis, que são as constituições inalteráveis.

Por fim, são semirrígidas, ou também chamadas semiflexíveis, as constituições cujo nível de dificuldade de alteração de suas matérias varia conforme o tipo de tal matéria, de modo que algumas exigem maior complexidade no processo de alteração que outras, que podem ser alteradas conforme o processo destinado às leis infraconstitucionais. A Constituição Imperial, de 1824, do Brasil, é o exemplo comum na doutrina.³¹

Neste contexto, ressalte-se que a Constituição brasileira é considerada superrígida, por possuir um processo legislativo complexo e excepcionalmente imutável, pela existência de cláusulas pétreas. Entretanto, ver-se-á no decorrer deste trabalho que o Supremo Tribunal Federal, doravante STF, atualmente não considera pragmaticamente esta classificação para a Constituição da República Federativa do Brasil, doravante CRFB, pois tem efetivado mudanças que mitigam os direitos fundamentais, considerados até então como direitos inalteráveis, tais como o princípio da presunção de inocência que tem sido relativizado por suas decisões.³²

2.1.6 Quanto à extensão e à finalidade

Neste caso tratam-se as constituições como sintéticas e analíticas, quanto à extensão e à finalidade das constituições.

As primeiras, também conhecidas como prolixas, longas, amplas, largas e extensas, examinam e regulamentam todos os assuntos que se entendem relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado.

Diferentemente das constituições analíticas, as constituições sintéticas preveem um menor nível de detalhamento, que muitas vezes se resume na disposição de princípios e normas

³¹ PEDRO LENZA, *Direito*, 15.^a ed., p. 86. / O autor cita o texto do artigo 178 da referida Constituição: “é só constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo o que não é Constitucional, pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias”.

³² Ementa: “CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.” (Acórdão do Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* n.º 126.292-SP, Brasil, 17 de fevereiro de 2016, pesquisável em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>.)

gerais de regência do Estado. A liberdade de interpretação frente a uma falta de regulamentação no assunto dentro do próprio texto destas constituições permite que os operadores do Direito tenha um trabalho de interpretação mais livre.

Para ANDRÉ RAMOS TAVARES, vários motivos, como a desconfiança quanto ao legislador ordinário, a necessidade de proteção diferenciada a certos direitos, o sentimento de segurança jurídica diante da rigidez constitucional e a necessidade de se proteger das arbitrariedades e dos desvios de poder, têm favorecido a elaboração de uma Constituição mais analítica.³³

2.2 Aplicabilidade das normas constitucionais

Do exposto até então é inegável que a norma constitucional deva ser vigente e eficaz. Contudo, algumas normas, presentes nos textos constitucionais, necessitam de complementação para garantir sua concretização. Daí a existência de diferentes tipos de normas constitucionais.

2.2.1 Normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada

O estudo da aplicabilidade das normas constitucionais trata da capacidade e da potencialidade de uma norma constitucional produzir os efeitos jurídicos esperados. Todas as normas constitucionais, por sua vez, são dotadas de eficácia; porém a aplicabilidade delas possui graus diferenciados, que levam a doutrina a classificar a eficácia das normas de aplicabilidade como plena, contida e limitada.³⁴

As normas de aplicabilidade plena são aquelas que desde sua validade produzem ou são capazes de produzir de forma plena todos os efeitos essenciais pela qual foram criadas.

³³ ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Curso de Direito Constitucional*, 6.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 73.

³⁴ Nesse sentido, por exemplo, ANDRÉ RAMOS TAVARES, NATÁLIA MASSON e PEDRO LENZA. (ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Curso*, 10.^a ed. / NATHALIA MASSON, *Manual*. / PEDRO LENZA, *Direito*, 15.^a ed.)

As normas constitucionais de eficácia contida são aquelas que foram criadas para regular determinada matéria, porém, embora tenham condições plenas de produzir todos seus efeitos, contêm margem de atuação discricionária do poder público e de caráter restritivo quanto à eficácia e aplicabilidade suas que pode reduzir o respectivo alcance, nos termos que estabelecerem a lei, outros conceitos gerais enunciados no próprio texto destas normas ou ainda outras normas da Constituição.³⁵

Já as normas de eficácia limitada são aquelas que apresentam uma aplicabilidade indireta, mediata ou reduzida. Neste caso, a eficácia dessas normas depende de uma norma ulterior e, portanto, infraconstitucional que lhe desenvolva a aplicabilidade.

2.2.2 Normas programáticas

As normas programáticas são normas de aplicação diferida que garantem uma elasticidade ao ordenamento constitucional. Sua aplicabilidade, contudo, depende de outras normas que as implementem, que, pois, tenham caráter específico e sejam tendencialmente infraconstitucionais.

Essas normas preveem políticas públicas que serão desenvolvidas mediante a vontade do legislador infraconstitucional. Assim, por exemplo, o artigo 205 da Carta Magna brasileira dispõe que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família; logo, seu texto apresenta o direito à educação, mas deixa liberdade para o Estado e a família desenvolverem as políticas necessárias.³⁶

Para J. J. GOMES CANOTILHO as normas programáticas têm o mesmo valor jurídico que os restantes preceitos constitucionais. Ele entende que todas as normas constitucionais, incluindo as normas programáticas, devam ser consideradas obrigatórias perante quaisquer órgãos do poder político, pois são elas dotadas de positividade jurídica.³⁷

³⁵ PEDRO LENZA, *Direito*, 15.^a ed., pp. 200-201.

³⁶ “CAPÍTULO III, DA EDUCAÇÃO, DA CULTURA E DO DESPORTO; SEÇÃO I, DA EDUCAÇÃO [...] Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” (Constituição da República Federativa do Brasil (1988), Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília-Brasil, 5. Out. 1988, pesquisável em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm.)

³⁷ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito*, 6.^a ed., p. 146.

Não obstante, JOSÉ AFONSO DA SILVA afirma que as normas programáticas não impõem ao legislador a ordem e a tarefa de atuar frente a esse preceito, pois tais normas apenas trazem a finalidade e o princípio, o qual deverá ser observado quando da criação das políticas pertinentes.³⁸

Sobre esse tema há grandes divergências, pois, enquanto alguns declaram a obrigatoriedade apesar da necessidade de complementação, outros afirmam a inexistência de imposição, mas acreditam que esse tipo de norma deve, ao menos, assegurar o mínimo que se propõe. Diante desse impasse, pode-se dizer que a concepção mais acertada é aquela que considera as normas programáticas obrigatórias, apesar de ainda dependerem de complementação. Isso porque a obrigação está tanto no preceito quanto na atuação do legislador.

³⁸ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 8.^a ed., São Paulo: Medeiros, 2012, *passim*.

3 PODER CONSTITUINTE

Historicamente falando, o poder constituinte manifesta-se, originariamente, na famosa Convenção da Filadélfia, em maio de 1787, quando dezenas de delegados das ex-colônias britânicas reúnem-se em assembleia.

O poder constituinte basicamente pode ser considerado como um poder que visa constituir, criar e positivizar normas jurídicas de valor constitucional e que manifesta a vontade de um povo de estabelecer e disciplinar as bases organizacionais da comunidade política.³⁹ Seria, portanto, segundo ANDRÉ RAMOS TAVARES, “o supremo fornecedor das diretrizes normativas que constarão desse documento supremo”.⁴⁰

Note-se que o significado literal da palavra “constituinte”, além de revelar a competência atribuída a este poder; ou seja, a competência de criar, positivizar e construir as normas constitucionais; remete-nos à ideia de que sua existência ultrapassa a técnica de formação do texto constitucional. Pois, até através dos atos sociais de fundação e estruturação de uma comunidade, por mais arcaicos que sejam, percebe-se a manifestação de um poder constituinte.⁴¹

A competência de instituir normas superiores que inicia a ordem jurídica e lhe confere fundamento de validade está baseada em uma vontade política, capaz de não somente criar normas iniciais, mas também de conduzir um eventual e oportuno processo de reforma ou revisão.⁴²

Por seu turno, a competência de reformar ou revisar garante ao poder constituinte o poder de alterar o texto constitucional para o adequar à necessidade social. Não suficiente, para IVO DANTAS, as mudanças ou alterações, por ele também chamadas de hiato Constitucional ou

³⁹ EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers état?*, Paris: Éditions du Boucher, 2002, p. 50, pesquisável em: <http://www.leboucher.com/pdf/sieyes/tiers.pdf>.

⁴⁰ ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Curso*, 10.^a ed., p. 53. / Na mesma linha, MAURÍCIO ANTÔNIO RIBEIRO LOPES (MAURÍCIO ANTÔNIO RIBEIRO LOPES, *Poder constituinte reformador*, Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, *passim*.) e ainda JOÃO LUSTOSA CANTARELLI que conceitua o poder constituinte como um “poder estabelecente de um conjunto de regras jurídicas relativas à forma do Estado, ao modo de aquisição e exercício do governo, aos limites de sua ação e fixador de diretrizes do ordenamento econômico e social.” (JOÃO LUSTOSA CANTARELLI, O poder de reforma constitucional, *in*, *Revista Justitia*, vol. XLVIII, n.º 134, abr./jun., São Paulo: Ministério Público de São Paulo, 1986, pp. 85-101.)

⁴¹ NATHALIA MASSON, *Manual*, p. 99.

⁴² J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6.^a ed., *passim*.

Revolução, serão necessárias quando houver choque ou incompatibilidade entre o conteúdo da Constituição política e a realidade social.⁴³

A revolução aqui apresentada não se confunde com o golpe de Estado – que provoca mudança através de “meios inconstitucionais”, usurpando o poder para o interesse individual do “golpista” - pois nesse caso ela seria apenas a alteração nas regras jurídicas relativas à organização do Estado e de sua Constituição.⁴⁴

Para o referido autor, a alteração constitucional causa uma interrupção no processo político e histórico normal da organização política, de modo que se poderá demandar a convocação de uma assembleia nacional constitucional ou do órgão competente para a elaboração de uma nova Constituição, ou uma mutação constitucional ou ainda uma reforma constitucional.

O autor assevera que o poder constituinte pode ser entendido de modo restrito. Nesse sentido, pode-se dizer que, nos países onde a Constituição é escrita, o poder constituinte é transitório e se limita à elaboração da Carta Magna, partindo-se do pressuposto de que a assembleia constituinte é dissolvida e somente volta a se manifestar quando ocorre movimento revolucionário ou convocação pacífica. Nesse caso, o exercício de reformas ou mutações constitucionais seria mera decorrência de competência atribuída aos poderes pelo poder constituinte originário, mas com este não se confundiria.

Por outro lado e na mesma linha de entendimento, em países de Constituição flexível comumente se encontra uma organização permanente de poder constituinte, porque ele se exercita através do órgão competente do Estado, tanto para a elaboração de leis e da própria Constituição quanto para a reforma desta e até sua substituição.⁴⁵

De todo modo, percebe-se que o poder constituinte, dotado de característica específicas, situa-se no ponto de partida do ordenamento jurídico-positivo, isso porque, sua finalidade está ligada à elaboração da Constituição.

⁴³ IVO DANTAS, *Poder constituinte e revolução*, breve introdução à teoria sociológica do direito constitucional, Rio de Janeiro: Rio, 1978, cap. IV, *passim*. Apud. PEDRO LENZA, *Direito*, 15ª ed., p. 172. / Segundo J. J. GOMES CANOTILHO, os fatores responsáveis pela criação de uma nova Constituição estão ligados a momentos constitucionais extraordinários. Citamos como exemplos golpes de Estado, revolução, transição e outros. (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 77.)

⁴⁴ KILDARE GONÇALVES CARVALHO, *Direito Constitucional: teoria do estado e da constituição*, Direito Constitucional Positivo, 17.ª ed., rev., atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

⁴⁵ JOÃO LUSTOSA CANTARELLI, *O poder*, pp. 85-101.

3.1 Titularidade do poder constituinte

Historicamente falando, abade EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS, precursor dos estudos sobre o poder constituinte e autor da obra intitulada como “*Qu’est-ce que le Tiers-État?*”⁴⁶, que na tradução significa: “O que é o terceiro estado?” e cuja publicação é datada no ano de 1789, apresentou a ideia da titularidade do poder constituinte pertencente à nação.⁴⁷

Resumidamente, SIEYÈS defendia a ideia de participação política do Terceiro Estado (a rigor, a burguesia), o qual era responsável pelas atividades de produção que culminavam na formação da riqueza do país. Em tempos que apenas os nobres e o alto clero dominava as questões políticas, SIEYÈS manifestou-se sobre a necessidade de delegação das decisões a alguns poucos indivíduos, apresentando o conceito de representação política e apontando, pois, na citada obra, a nação como titular do poder constituinte.

Hoje, a doutrina, partindo da ideia do renomado precursor, afirma que a titularidade do poder constituinte é dada ao povo, reconhecendo, porém, que quem de fato a exerce são os representantes deste, que através da delegação popular são competentes para garantir a criação de uma Constituição ou as mudanças necessárias nela.

Note-se que, ao longo do tempo, a doutrina moderna substituiu o conceito de nação pelo conceito de povo, a fim de firmar uma ideia mais jurídica do que sociológica. Neste passo, pelo seu conceito puramente jurídico, povo é um grupo de pessoas entendidas em sua integração em uma ordem estatal, ou seja, é o mesmo que a população de um Estado. Já o conceito de nação é mais amplo e complexo, porque está ligado à ideia de comunidade ou agrupamento político independente, com território demarcado, sendo suas instituições partilhadas pelos seus membros. Neste caso, tem-se que nação é constituída por uma população que partilha da mesma origem, língua, religião *etc.*⁴⁸, podendo ser identificada tanto aquém quanto além da identificação de um povo.

⁴⁶ EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS, *Qu’est-ce, passim*.

⁴⁷ A evolução histórica da sociedade contém a origem do poder constituinte desde o período medieval, quando o chamado *potesta constituens* era atribuído somente a Deus. Em seguimento, nos governos teocráticos o poder era da casta sacerdotal e durante o absolutismo monárquico era do rei. A ideia da titularidade do poder ser do povo começou com a Revolução Francesa e se formalizou com a Declaração dos Direitos Humanos. Adiante, as constituições dos Estados passaram a reconhecer a titularidade do povo. Observando a evolução histórica de vários Estados, pode-se notar que, após a criação da Constituição, o povo era consultado através do *referendum*. (JOÃO LUSTOSA CANTARELLI, O poder, pp. 85-101.)

⁴⁸ CARLOS ROBERTO M. PELLEGRINO, Concepção jurídica de povo, Estado do povo ou povo do estado, *in*, *Revista de Informação Legislativa*, a. 37, n.º 148, out./dez., Brasília, 2000, pp. 167-176.

Nessa linha, NATHALIA MASSON assevera que “o titular do poder é aquele que detém o poder, estando apto a elaborar os contornos normativos de um Estado, definindo o conteúdo e a estrutura organizacional da ordem jurídica”.⁴⁹ Acrescentando, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO adverte que, embora a titularidade do poder constituinte possa ser reconhecida ao povo, este nunca a exerce, porque tal titularidade é passiva, uma vez que exercida ativa e diretamente por representantes que manifestam sua vontade constituinte.⁵⁰

Logo, sabendo que a titularidade do povo é inalienável, pode-se afirmar que o poder constituinte perdura ao longo da história de um povo e pode ser exercido a todo tempo, pois, prevalecendo a soberania deste povo, caberá a ele decidir sobre a subsistência ou não da Constituição positiva, a sua alteração ou a sua substituição por outra.⁵¹

Nesse sentido, pode-se concluir que a Constituição, como regra, é elaborada por um órgão cujos membros são eleitos para garantir esse fim. Enquanto em alguns países, como no Brasil, a assembleia age diretamente em nome do povo e a Constituição é, pois, o produto de sua deliberação; em outros países, após aprovado o texto constitucional pela assembleia ou convenção, deve ele ser submetido à ratificação popular (modelo iniciado com a Constituição americana).

Destarte, tomado o povo como titular do poder constituinte, cite-se, como exemplo, a previsão expressa na CRFB, através do seu preâmbulo⁵² e do parágrafo único do artigo 1.^o⁵³, que demonstram expressamente a opção pela soberania popular, atribuindo ao cidadão parte do poder designado ao constituinte. Observe-se, como já dito, que essa opção redacional é parâmetro determinante na organização jurídica da vida estatal do país.

⁴⁹ NATHALIA MASSON, *Manual*, p. 104.

⁵⁰ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso*, 26.^a ed., *passim*.

⁵¹ Nesse sentido ANDRÉ RAMOS TAVARES declara em sua obra que “[...] o poder constituinte não desaparece com o surgimento da Constituição, nem se transfere a esta; ao contrário, permanece ínsito em seu titular, ainda que em estado de letargia, como um todo, como energia constituinte, energia para constituir.” (ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Curso*, 10.^a ed., p. 77.)

⁵² Preâmbulo da CRFB: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (Constituição da República Federativa do Brasil (1988), Diário.)

⁵³ Artigo 1.^o da CRFB: “Art. 1.^o A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.” (Constituição da República Federativa do Brasil (1988), Diário.)

3.2 Tipos de poder constituinte

Considerando que as funções do poder constituinte são ora de criar texto constitucional genuíno, ora de promover alterações constitucionais, notar-se-á que os tipos desse poder estão diretamente ligados a suas funções.

Tradicionalmente distinguem-se dois tipos de poder constituinte, quais sejam Poder Constituinte Originário, também denominado poder genuíno, e Poder Constituinte Reformador, também chamado de poder instituído, constituído, remanescente ou de revisão.⁵⁴

Conforme definição da doutrina clássica, o poder constituinte originário visa elaborar e colocar em vigência uma Constituição, garantindo a organização do Estado, através da divisão dos poderes e das competências, do estabelecimento de segurança jurídica, da necessária proteção aos direitos e às garantias fundamentais dos indivíduos e da normatização de regras gerais necessárias.

Por outro lado, o poder constituinte derivado promove as alterações do texto constitucional. Geralmente essa competência é dada ao corpo legislativo, porém poderá ser atribuída tanto ao Poder Executivo como ao Poder Judiciário, desde que estes poderes observem os limites impostos pela Carta Magna para o exercício de tal mistér.

Vejamos então os tipos de poder constituinte e todas as particularidades para desenvolver o estudo que se pretende.

3.2.1 Poder constituinte originário

O poder constituinte originário, de natureza essencialmente política, corresponde à possibilidade de elaborar e colocar em vigência uma Constituição em sua globalidade. A doutrina moderna o conceitua como poder inicial⁵⁵, que estabelece uma nova ordem jurídica, de modo que a ordem jurídica precedente não vigora no novo ordenamento jurídico

⁵⁴ JOÃO LUSTOSA CANTARELLI, O poder, pp. 85-101.

⁵⁵ Para J.J GOMES CANOTILHO “não existe, antes dele [o poder constituinte], nem de facto nem de direito, qualquer outro poder. É nele que se situa, por excelência, a vontade do soberano (instância jurídica-política dotada de autoridade suprema)”. (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito*, 6.^a ed., p. 94.)

instaurado.⁵⁶ Além de inicial, esse poder pode ser caracterizado como autônomo⁵⁷, incondicionado⁵⁸ e permanente.⁵⁹

Como poder original, extraordinário e autônomo⁶⁰, o poder constituinte tem a capacidade de sustentar ou extinguir uma Constituição, a qual dita as normas fundamentais para a organização e funcionamento do Estado, após um processo de reforma pacífico ou revolucionário.

Insta salientar que, pela doutrina majoritária, o poder constituinte originário não se esgota quando da conclusão da Constituição. Para NATHALIA MASSON⁶¹, ele permanece com o povo, porém em situação “hibernação”, de modo que a qualquer momento poderá ser ativado, se necessário a ruptura com a ordem estabelecida surgir.

PEDRO LENZA acrescenta que, além do poder constituinte ser inicial, autônomo e incondicionado juridicamente, ele também é ilimitado⁶² e soberano na tomada de suas decisões.⁶³ Esclarece ainda que, do ponto de vista jurídico, nem mesmo o direito natural ou o direito suprapositivo é capaz de limitar a atuação do poder constituinte originário.

Note-se que essa afirmativa parece nos remeter a uma ideia de que o poder constituinte originário é absoluto e arbitrário. Ocorre que “o fático, o critério justo, o tempo em que se vive, a interdependência dos povos, o sentido comum e o pragmático, os costumes, os

⁵⁶ PEDRO LENZA, *Direito constitucional esquematizado*, 19.^a ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2015, *passim*.

⁵⁷ Nesse sentido J. J. GOMES CANOTILHO, em sua obra, assevera que o poder constituinte tem a capacidade de definir o conteúdo, a estruturação, e os termos que serão estabelecidos na nova Constituição, assim disse: “a ele e só a ele compete decidir se, como e quando, deve «dar-se» uma Constituição à Nação”. (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito*, 6.^a ed., p. 94.)

⁵⁸ Não se submete a qualquer regra ou procedimento fixado anteriormente. O poder constituinte atua livremente, sem qualquer obrigação de observar o ordenamento jurídico que o antecede.

⁵⁹ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *O poder constituinte*, 5.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13-14.

⁶⁰ O poder constituinte originário é extraordinário, por não ser um poder do Estado que opera regularmente, mas apenas nos momentos de crise, os quais exigem uma nova ordem constitucional, e autônomo, por ser um poder que opera baseado em um direito válido que emana da vontade do povo, a qual se manifesta organicamente em forma democrática. (HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, Poder constituyente, reforma de la constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad, *in*, *Cuestiones Constitucionales* Revista Mexicana de Derecho Constitucional, n.º 36, enero-junio, 2017, pp. 327-349, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 329, pesquisável em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/viewFile/10868/12955>.)

⁶¹ NATHALIA MASSON, *Manual*, p. 110.

⁶² O Poder Constituinte Originário é ilimitado, por não se submeter ao regramento posto pelo direito precedente. Esse poder tem uma ampla liberdade na sua atuação. (NATHALIA MASSON, *Manual*, p. 110.)

⁶³ PEDRO LENZA, *Direito*, 19.^a ed., *passim*. / Seguindo o mesmo entendimento, J. J. GOMES CANOTILHO caracterizou o poder constituinte, na teoria de SIEYÉS, como poder inicial, autónomo e omnipotente. (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito*, 6.^a ed., p. 62.)

ideais e as crenças, as forças resistentes que cumprem a função de contrapoderes, moderam e neutralizam o mais entusiasmado ímpeto revolucionário”.⁶⁴

Deste modo, tem-se que o objetivo fundamental e jurídico desse poder inaugural é a criação de um novo Estado, que, além de estruturado, deve basear-se nos padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais presentes na consciência jurídica geral da comunidade, considerando que correspondem à “vontade do povo”.⁶⁵

3.2.1.1 Classificação do poder constituinte originário

Alguns doutrinadores, para facilitar o estudo sobre o poder constituinte originário e identificar os diferentes momentos e as distintas vertentes de manifestação deste poder, classificam-no da seguinte maneira:

c) quanto ao momento de manifestação:

- _ fundacional; ou
- _ pós-fundacional.

d) quanto às dimensões:

- _ material; ou
- _ formal.

⁶⁴ KILDARE GONÇALVES CARVALHO. *Direito*, 17.^a ed., p. 236. / Nesse sentido, parte da doutrina entende que, embora inexistas regras positivas que subjuguem a força construtora, acredita-se que existam valores extrajurídicos que, por condicionarem seu exercício, acabam por limitá-lo. Dessa forma declaram que o movimento originário é ilimitado somente no que se refere a ditames jurídicos. (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria*, 7.^a ed., p. 81.) / Para HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, o poder constituinte originário não é um poder ilimitado, pois esse deve respeitar os princípios imperativos do Direito Internacional, o qual o Estado está vinculado, e os direitos fundamentais do indivíduo. (HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, *Poder*, p. 328.)

⁶⁵ Para o renomado autor JORGE MIRANDA existem 3 (três) ordens passíveis de limites, os quais podem ser, portanto: transcendentais, imanentes e heterônimos. Os limites transcendentais são os que advêm dos imperativos de direito natural e dos valores éticos superiores, os quais impedem de suprimir ou reduzir os direitos fundamentais diretamente ligados à noção de dignidade da pessoa humana. Já os limites imanentes referem-se à soberania e à forma de Estado, de modo que o poder constituinte está limitado a sua origem e finalidade. Por fim, os limites heterônimos são decorrentes da conjugação do Estado com outros ordenamentos jurídicos. Referem-se estes a regras, obrigações e princípios provenientes do Direito internacional. (JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, t. II, 3.^a ed., Coimbra: Coimbra, 1996, p. 107.)

3.2.1.1.1 *Poder constituinte originário quanto ao momento de manifestação*

Entende-se que o poder constituinte originário pode ser intitulado como fundacional e pós-fundacional.

A ideia de fundacional nos remete à questão histórica, de modo que o poder constituinte, neste caso, produz a primeira Constituição de um Estado, isto é, ocorre quando houver a criação ou fundação da estrutura do Estado através da Constituição.

Por outro lado, o momento pós-fundacional é aquele que modifica, através de uma nova Constituição, uma ordem estatal já existente, reordenando esta. Essa manifestação, portanto, está presente na elaboração de todas as constituições subsequentes à primeira, seja de maneira revolucionária (golpe de Estado ou insurreição) ou a partir de uma transição constitucional (transição pacífica).

3.2.1.1.2 *Poder constituinte originário quanto às dimensões*

Quanto à dimensão, o poder originário poderá ser considerado material ou formal.

O poder constituinte material precede ao poder constituinte formal, delimitando os valores que serão observados pela Constituição. NATHALIA MASSON, parafraseando KILDARE GONÇALVES CARVALHO, explica de forma clara que o poder originário em sua dimensão material “traduz-se como o conjunto de forças político-sociais, geradoras da mudança institucional, que explicitam a ideia de direito e produzem o conteúdo de uma nova Constituição”⁶⁶. Tal materialidade corresponde ao lado substancial do poder constituinte originário e aponta o que ontologicamente são normas de *status* constitucional.

Já o poder constituinte em dimensão formal é aquele que manifesta a criação em si e, neste caso, é, portanto, a efetivação da ideia de Direito Constitucional construída pelo poder constituinte material. Tal formalidade constitui-se pela criação ou atribuição de valor constitucional à normas constituídas, através da “roupagem” desse *status*. Para JORGE

⁶⁶ KILDARE GONÇALVES CARVALHO, *Direito Constitucional: teoria do estado e da constituição*, Direito Constitucional Positivo, 15.^a ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 265. *Apud* NATHALIA MASSON, *Manual*, p. 106.

MIRANDA⁶⁷, o poder constituinte formal é o nascimento e a formalização de certa ideia ou regime, que assegura estabilidade e garante permanência e supremacia hierárquica ou sistemática ao princípio normativo inerente à Constituição material.

Deste modo, pode-se dizer que enquanto o poder constituinte material apresenta o que é constitucional, o poder constituinte formal atribui a forma constitucional ao seu objeto para o acrescentar ao conjunto normativo.

3.2.1.2 Formas de expressão do poder constituinte originário

A forma de expressão do Poder Constituinte originário não está prefixada, porém, parte da doutrina, através de uma análise histórica das constituições de diversos países, aponta duas formas básicas de expressão do poder constituinte originário, a qual pode se dar, pois, mediante assembleia nacional constituinte (forma adotada pelas constituições subsequentes à primeira) e mediante movimento revolucionário ou outorga (forma adotada pela primeira Constituição de um novo país, como a primeira forma de expressão).

Basicamente a diferença entre as duas formas de expressão está no próprio conceito delas, pois o movimento revolucionário, como modo de estabelecimento da Constituição por declaração unilateral do agente revolucionário, que autolimita seu poder, diferencia-se do modo de estabelecimento por meio da assembleia nacional constituinte, porque este, ao contrário, nasce da deliberação da representação popular para estabelecer o texto organizatório e limitativo de poder.

3.2.2 *Poder constituinte derivado*

O Poder constituinte derivado é também conhecido por poder instituído, constituído, secundário, de segundo grau ou remanescente. Esse poder está previsto na própria

⁶⁷ JORGE MIRANDA, *Manual*, 3.^a ed., pp. 91-92. / Na mesma linha, PEDRO LENZA assevera que “é o ato de criação propriamente dito e que atribui a «roupagem» com *status* constitucional a um «complexo normativo»”. (PEDRO LENZA, *Direito*, 19.^a ed., p. 1345.)

Constituição, de modo, portanto, que uma norma constitucional o estabelece, fixando suas limitações.⁶⁸

O nome “derivado” claramente demonstra que este poder é oriundo de outro, que neste caso trata-se do poder constituinte originário, pois através da criação de uma Constituição o poder constituinte derivado é então constituído, de maneira que seu exercício está limitado e condicionado aos parâmetros impostos pelo texto constitucional.

Já em relação à finalidade do poder constituinte derivado, pode-se acrescentar que está “intimamente” ligada à manutenção das constituições adaptadas aos novos ambientes políticos e jurídicos que a dinâmica social cria. A atuação do poder derivado, portanto, deve garantir que a realidade social nunca invalide o texto constitucional.

Nesse sentido, PEDRO LENZA esclarece que o poder de reforma constitucional exercido pelo poder constituinte derivado é de natureza jurídica, ao passo que o poder originário é, de fato, um poder de natureza política.⁶⁹

De acordo com a Constituição da República Portuguesa⁷⁰, doravante CRP, o poder constituinte derivado poderá ocorrer com a revisão, que é mecanismo de alteração do texto constitucional, e que pode ser aplicada de duas formas: ordinariamente a cada cinco anos, contados a partir da data da publicação da última lei de revisão ordinária, ou por necessidade extraordinária, mediante processo legislativo próprio.

Diferentemente da CRP, que aponta somente a revisão, a CRFB considera que a modificação do texto constitucional ocorre sob dois mecanismos: o primeiro é o da reforma, o qual se externa por meio de Emenda Constitucional, doravante EC; e o segundo o da revisão, que está prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, doravante ADCT (parte integrante da CRFB).

A reforma é o mecanismo usado para atualizar o conteúdo difundido por seus dispositivos.

No caso da revisão, o ADCT, no seu artigo 3.º, dispõe que “a revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional [doravante CN], em sessão unicameral.” Por tal texto, dada a previsão de uma única revisão, vê-se que este mecanismo foi criado no

⁶⁸ PEDRO LENZA, *Direito*, 15.ª ed., p. 177.

⁶⁹ PEDRO LENZA, *Direito*, 19.ª ed., p. 1362.

⁷⁰ Constituição da República Portuguesa (1976), Diário da República Eletrónico, Lisboa-Portugal, 2. abr. 1976, pesquisável em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

ordenamento brasileiro para evitar eventuais dissidências e contradições iniciais da então recém promulgada Constituição.

Assim, pode-se afirmar que o poder constituinte derivado, por meio dos mecanismos de alteração formais, quais sejam a reforma e revisão (considerando-se que é possível a alteração informal das constituições escritas por meio de mutação, da qual se falará adiante), busca adaptar as disposições normativas à realidade, a fim de assim alcançar segurança jurídica.

Ademais, para melhor compreensão sobre o tema, analisaremos, de acordo com o a doutrina brasileira, as duas espécies de poder constituinte derivado: o poder derivado reformador e o poder derivado decorrente.

3.2.2.1 Espécies de poder constituinte derivado

O poder constituinte derivado⁷¹ subdivide-se em reformador, que tem a função de alterar a Constituição, garantindo que o seu texto esteja em conformidade com os novos ambientes formatados pela dinâmica social, e em decorrente, que resume-se na capacidade conferida aos estados membros, enquanto entidades integrantes da federação, de elaborarem suas próprias constituições.

⁷¹ Para alguns doutrinadores o termo apropriado para se referir a esse poder deveria ser “competência derivada”, pois para eles a terminologia “poder constituinte” deriva diretamente da soberania popular sem haver qualquer limitação. (NATHALIA MASSON, *Manual*, p. 117.) Nesse sentido, outro apoiador dessa teoria é o atual Presidente da República Federativa do Brasil MICHEL TEMER que diz: “parece-nos mais convincente a expressão «Poder Constituinte» para o caso de emanção normativa direta da soberania popular. O mais é fixação de competências: a reformadora (capaz de modificar a constituição); a ordinária (capaz de editar a normatividade infraconstitucional)”. (MICHEL TEMER, *Elementos de direito constitucional*, 17.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2001 p. 35.) CARLOS AYRES BRITTO preceitua não existir “um poder constituinte derivado, pela consideração elementar de que, se é um poder derivado, é porque não é constituinte. Se o poder é exercitado por órgãos do Estado, ainda que para o fim de reformar a Constituição, é porque sua ontologia é igualmente estatal. E sendo estatal, o máximo que lhe cabe é retocar o Estado, nesse ou naquele aspecto, mas não criar um Estado «zero quilômetro». E sem esse poder de plasmar *ex novo* e *ab novo* o Estado (que é correlato poder de desmontar, desconstituir por inteiro o Estado pré-existente) então de poder constituinte já não se trata.” (CARLOS AYRES BRITTO, *Teoria da constituição*, 1.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 96.)

3.2.2.1.1 *Poder constituinte decorrente*

O poder constituinte decorrente corresponde à capacidade conferida pelo poder originário aos Estados-membros de, enquanto entidades integrantes da federação, elaborarem suas próprias constituições, de modo que estes possam cumprir sua capacidade de auto-organização, fruto da autonomia política a eles conferida pelo sistema constitucional federado.

Quando o poder decorrente cria a Constituição Estadual, a doutrina o chama de poder decorrente instituidor, mas quando realiza apenas alterações em seu texto, ajustando-o à realidade, recebe o nome de poder decorrente reformador.

O poder derivado decorrente, sendo criado pelo poder constituinte originário, é um poder limitado, condicionado e secundário. Mas, por ser institucionalizado pela Constituição, é um poder de direito, isto é, possuidor de natureza jurídica.

Com sua atuação limitada às normas constitucionais que institui; o poder decorrente tem a obrigação de garantir a perfeita consonância entre o texto constitucional do ente federado e o texto presente na Constituição da união federativa, pois ele complementa esta, perfazendo a obra do poder constituinte originário ao estabelecer a Constituição dos Estados componentes da federação.⁷² Assim, observando o princípio norteador da federação, conhecido por princípio da simetria, o poder constituinte decorrente tem sua competência limitada pelas normas constitucionais.

3.2.2.1.2 *Poder constituinte reformador*

Como apresentado anteriormente, o poder constituinte derivado reformador tem como competência promover a alteração do texto constitucional, conformando-o às exigências sociais contemporâneas, decorrentes da evolução histórica, sem deixar de respeitar os princípios e limites presentes nesse texto.⁷³

⁷² PEDRO LENZA, *Direito*, 15.^a ed., pp. 178-179.

⁷³ LUÍS ROBERTO BARROSO nos acrescenta que “na Europa, a doutrina tradicional, originária da teoria constitucional francesa, só admitia modificações na Constituição por via do procedimento próprio de reforma do seu texto. Coube à teoria constitucional alemã, em elaborações sucessivas, e à própria jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, [*sic*] o desenvolvimento e comprovação da tese da ocorrência de alterações na Constituição

Caso essa função de adaptação do texto constitucional às mudanças sociais não seja devidamente cumprida, tal texto tornar-se-á um conjunto de recomendações sem sentido. Nessa linha, J. J. GOMES CANOTILHO, mencionando o trinómio identidade, evolução e adaptação, acrescenta que essa importante tarefa do poder constituinte derivado reformador equivale a um “compromisso pleno de sentido entre a estabilidade e dinamicidade das normas constitucionais”,⁷⁴ que impede a dissonância destas com a realidade social contextual.

Observa-se que é neste cenário de tensões entre a estabilidade e a adaptabilidade, entre a permanência e a mudança, que se situa a problemática envolvendo a reforma constitucional, que se dá por se evitar a insegurança de uma profunda volatilidade constitucional ou o anacronismo de uma intensa rigidez constitucional. É por isso que muitos países buscam, na rigidez, o equilíbrio entre esses valores.

Como já exposto, a rigidez constitucional pressupõe uma alteração constitucional mais solene, complexa e sofisticada,⁷⁵ de modo a conceder certa flexibilidade para a manutenção da ordem vigente, sem renunciar à conveniente segurança jurídica. Dessa forma, visando afastar a ingerência de direitos e garantias, arduamente conquistados, o constituinte originário preocupou-se em impor maiores obstáculos a sucessivas alterações, para não desfigurar o cerne constitucional.

Destarte, por intermédio da Lei Maior, o poder constituinte reformador institucionaliza os interesses populares, cujos valores se extraem na pauta da política estatal. Com isso, busca-se um efetivo corolário democrático reconhecedor e protetor de direitos fundamentais, que ultrapassa a própria Constituição.

material de um Estado, sem qualquer mudança no texto formal. Essa admissão, é bem de ver, precisou superar a separação metodológica rígida entre o mundo do Direito (o ser) e a realidade fática (o dever-ser) imposta pelo positivismo jurídico. O impacto da passagem do tempo e das transformações históricas, políticas e sociais levou ao reconhecimento dessa específica categoria teórica que é a mutação constitucional.” (LUÍS ROBERTO BARROSO, *Curso*, 6.ª ed., p. 148.)

⁷⁴ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito*, 6.ª ed., p. 95.

⁷⁵ OSCAR VILHENA VIEIRA diz que “quanto mais detalhista e substantivo for o texto constitucional, maior a possibilidade de ele se inviabilizar em face das ideologias, tendências e imperativos econômicos daqueles que o estabeleceram. Quanto mais sintético e processual, limitando-se a traçar os procedimentos para tomada de decisão, maior sua possibilidade de sobrevivência através dos tempos.” (OSCAR VILHENA VIEIRA, *A constituição e sua reserva de justiça*, um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 139.)

3.2.2.1.3 Poder constituinte revisor

Autores como NATHALIA MASSON⁷⁶ e PEDRO LENZA⁷⁷ consideram esse tipo de poder, assim como os poderes reformador e decorrente, como poder constituinte derivado, dizendo ser ele condicionado, limitado e vinculado ao poder constituinte originário. Outros autores, por sua vez, como J. J. GOMES CANOTILHO⁷⁸, reconhece seu tratamento dominante como um poder constituinte derivado, mas diz o ser constituinte em sentido impróprio.

Entendemos que, alheios à esta celeuma classificatória, o poder revisor, revisional ou de revisão, com certeza não é um poder constituinte originário, motivo pelo qual o tratamos como poder constituinte derivado, já que proveniente do texto constitucional.

De qualquer forma, o poder de revisão corresponde àquelas faculdades de poder constituinte conferidas, a título de exemplo, pelos artigos 3.º e 284.º e seguintes do ADCT da CRFB⁷⁹ e da CRP⁸⁰, respectivamente.

3.2.2.2 Poder ou competência de modificar a Constituição

Seguindo parte da doutrina brasileira, analisaremos, sem esgotar todo o assunto, algumas limitações expressas e implícitas ao poder constituinte derivado. Mas, antes e sucintamente, como já prenunciado, vale apresentar a divergência que existe na doutrina sobre os termos “poder” e “competência” no que se refere à natureza do poder constituinte derivado como um todo.

Atualmente a doutrina se divide sobre esse assunto. Alguns preferem a utilização a terminologia “competência” à “poder constituinte derivado”, por entenderem que esse “poder”, não seria um poder propriamente dito, mas sim uma simples competência para modificar a Constituição existente. Neste caso, justificam que o poder constituinte é sempre aquele

⁷⁶ NATHALIA MASSON, *Manual*, pp. 116 -117.

⁷⁷ O autor PEDRO LENZA, apesar de considerar o poder revisor como constituinte, observa que melhor seria a utilização da nomenclatura “competência de revisão”, pois esse poder revisor está limitado ao poder constituinte originário, o qual seria o verdadeiro poder. (PEDRO LENZA, *Direito*, 15.ª ed., p. 183.)

⁷⁸ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito*, 6.ª ed., p. 95.

⁷⁹ Constituição da República Federativa do Brasil (1988), Diário.

⁸⁰ Constituição da República Portuguesa (1976), Diário.

originário, que tem finalidade de elaborar e dar vigência a uma Constituição.⁸¹ Já outros utilizam a expressão “poder constituinte derivado”, por entenderem ser esta a terminologia correta para o poder que garante a criação de novas de normas constitucionais e que, por isso, continuaria sendo um poder constituinte.

Ocorre que os doutrinadores que alegam ser a expressão “poder constituinte derivado” um termo impróprio e indevido, não negam a similitude entre o poder constituinte e o poder de reforma constitucional, mas afirmam que essas funções são diversas e a natureza é dessemelhante.⁸²

Nesse sentido, J. J. GOMES CANOTILHO reconhece que o poder de modificar a Constituição em vigor é também considerado como constituinte, embora, por outro lado – adverte –, este seja instituído pela própria Constituição. Afirma que “verdadeiramente, o poder de revisão só em sentido impróprio se poderá considerar constituinte; será, quando muito, ‘uma paródia do poder constituinte verdadeiro’”. O renomado autor nomeia o poder constituinte derivado “poder de revisão” ou “poder constituinte em sentido impróprio”⁸³.

De fato, a questão terminológica cria uma contradição de termos ao formular que um mesmo poder seria simultaneamente “constituinte e constituído”⁸⁴, mas é um problema para uma minoria. Dessarte, para este trabalho, sem entrar em delonga sobre a divergência doutrinária que paira sobre esse assunto, consideraremos a doutrina que afirma o uso da terminologia “poder constituinte derivado”, isso porque essa expressão é tradicional e majoritária, por indicar que a criação de normas de caráter constitucional decorre de um poder que o antecede (o poder constituinte originário).

⁸¹ Autores que se posicionam no sentido da dessemelhança: INGO WOLFANG SARLET (INGO WOLFANG SARLET, Algumas notas sobre o poder de reforma da constituição e os seus limites materiais no Brasil, *in*, HELENO TAVEIRA TORRES, *Direito e Poder*, São Paulo: Manole, 2005, p. 297.), NELSON SALDANHA (NELSON SALDANHA, *O poder constituinte*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986m, p. 70-71.), PEDRO DE VEGA (PEDRO DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madri: Tecnos, 2007, p. 18.) e CARLOS AYRES BRITTO (CARLOS AYRES BRITTO, *Teoria, passim.*)

⁸² PEDRO LENZA, *Direito*, 15.^a ed., p. 182.

⁸³ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito*, 6.^a ed., p. 95.

⁸⁴ NATHALIA MASSON, *Manual*, p. 115.

3.2.2.3 Limitações ao poder constituinte derivado

Como visto anteriormente, o poder constituinte derivado tem a função de modificar as normas constitucionais para adequá-las à necessidade social. Acontece que o processo de alteração, para alcançar esta finalidade pretendida, deverá seguir algumas limitações, sejam elas expressas ou implícitas, presentes na própria Carta Magna, com o fim também de se assegurar a estabilidade constitucional e a consequente segurança jurídicas devidas. Dessa maneira, ainda que sem a pretensão de se esgotar o assunto, oportuno discorrer sobre essas limitações.

3.2.2.3.1 *Limitações expressas*

O poder constituinte originário fez constar expressamente na Constituição algumas regras que o poder reformador deve obedecer irrestritamente, sob pena de a eventual mudança ser declarada inconstitucional e se tornarem imprestáveis as modificações realizadas.

Várias são as restrições que podem obstar as reformas. Mencionemo-las para a melhor compreensão sobre o tema.

A primeira restrição corresponde às limitações temporais, inexistentes no texto constitucional brasileiro de 1988, mas presentes na CRP, em seu artigo 284.⁸⁵ Essas limitações consistem em limites construídos no intuito de impedir alterações na Constituição durante um certo período de tempo, a fim de que seu regramento (inicial ou último) se consolide, para depois as mudanças serem formadas.⁸⁶

⁸⁵ “Título II, Revisão constitucional, Artigo 284.º (Competência e tempo de revisão), 1. A Assembleia da República pode rever a Constituição decorridos cinco anos sobre a data da publicação da última lei de revisão ordinária. 2. A Assembleia da República pode, contudo, assumir em qualquer momento poderes de revisão extraordinária por maioria de quatro quintos dos Deputados em efectividade de funções.” (Constituição da República Portuguesa (1976), Diário.)

⁸⁶ Sobre a importância do tempo no processo de reforma, RICHARD ALBERT afirma que não podemos entender as mudanças constitucionais sem investigar sua relação com o tempo, pois, além dos textos constitucionais trazerem essas limitações temporais quanto ao tempo, o próprio texto reformado, na maioria das vezes, também apresenta especificações sobre condições ligadas ao tempo. (RICHARD ALBERT, *Temporal Limitations in Constitutional Amendment*, March. 21, rev. Dec. 14, 2016, in, *21 Review of Constitutional Studies*, n.º 37, issue 1, pp. 37-62, postado em: Mar. 19, 2016, rev. Sep. 14, 2017, artigo de estudos jurídicos da Faculdade de Direito de *Boston College* n.º 390, p. 38 ss., pesquisável em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2749288.)

A segunda restrição corresponde às limitações materiais. Elas proíbem a alteração de determinado assunto que a Constituição visa proteger. Podemos citar, como exemplo, a norma presente na CRFB, no §4.º do seu artigo 60⁸⁷, onde estão disciplinadas algumas matérias – como a forma federativa do país, os direitos e as garantias individuais, a separação de poderes e o voto secreto, universal e periódico – que a CRFB intitula como cláusulas pétreas⁸⁸ e, dado isto, proíbe, literalmente, que sejam abolidas por reforma emendacional ou, implicitamente, por quaisquer mecanismos do poder constituinte derivado.

Na Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 288.º, está disciplinado os limites materiais da alteração constitucional, sendo eles: a independência nacional e a unidade do Estado; a forma republicana de governo; a separação das Igrejas do Estado; os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos; os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais; a coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção; a existência de planos económicos no âmbito de uma economia mista; o sufrágio universal, direto, secreto e periódico na designação dos titulares eletivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como o sistema de representação proporcional; o pluralismo de expressão e organização política, incluindo partidos políticos, e o direito de oposição democrática; a separação e a interdependência dos órgãos de soberania; a fiscalização da constitucionalidade por ação ou por omissão de normas jurídicas; a independência dos tribunais; e a autonomia das autarquias locais e a autonomia político-administrativa dos arquipélagos dos Açores e da Madeira.⁸⁹

Observe que toda proteção garantida à matéria constitucional justifica-se pela necessidade de preservar a identidade básica do projeto constitucional, assegurando a manutenção da essência da Constituição e do núcleo de decisões políticas e de valores fundamentais que legitimaram sua criação.⁹⁰

⁸⁷ “Subseção II, Da Emenda à Constituição, Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.” (Constituição da República Federativa do Brasil (1988), Diário.)

⁸⁸ Vale dizer que a limitação material ao poder derivado têm sido muito discutida nos últimos anos. Diante do estado de crise, os poderes, seja Executivo, Legislativo e o Judiciário, no intuito de voltar ao estado de normalidade, tem colocado essa restrição de lado. Mais à frente, exemplificaremos, através da implantação da execução provisória antes do trânsito em julgado, a posição do STF, quando a situação de crise exige uma mudança constitucional.

⁸⁹ Constituição da República Portuguesa (1976), Diário.

⁹⁰ As emendas que afetam ou violam determinadas matérias não passíveis de alteração, podem ser consideradas inconstitucionais, por estar em contradição com o texto constitucional vigente. (YANIV ROZNAI, Towards a theory of unamendability, June, 2015, in, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, n.º 515,

Em continuidade, a terceira restrição corresponde às limitações circunstanciais, as quais proíbem qualquer alteração no texto constitucional quando houver circunstâncias anormais e excepcionais. Essa restrição visa preservar a autonomia e a livre manifestação do poder reformador, evitando que maiorias ocasionais destruam o projeto constitucional, diante de contingências de crise, com transformações precipitadas e impensadas da Constituição. Como exemplo podemos citar o artigo 60, §1.º, da CRFB, que veda a modificação da Constituição na vigência de estado de sítio, de estado de defesa e de intervenção federal.⁹¹

A quarta restrição corresponde às limitações formais, que se baseiam na rigidez constitucional, exigindo, para a alteração de dispositivos constitucionais, um procedimento mais solene e dificultoso que o próprio para a alteração de normas ordinárias. Neste caso, a alteração constitucional deve observar todo o procedimento exigido na Carta Magna. Assim o processo legislativo deve observar também os limites formais, que se subdividem em limitações formais subjetivas e limitações formais objetivas⁹².

O *caput* do artigo 60⁹³, ora previsto na CRFB, é um dispositivo cuja leitura facilita a compreensão sobre a limitação formal subjetiva, apresentando os legitimados a propor emenda constitucional. Observa-se nesse dispositivo que o texto constitucional apresenta de forma organizada e restrita as pessoas que poderão propor a mudança constitucional através da Proposta de Emenda Constitucional (doravante PEC), a qual, portanto, dar-se-á mediante iniciativa:

- a) de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
- b) do Presidente da República; ou

pp. 1-60, artigo de estudo jurídico da Universidade de Direito de New York, p. 4, pesquisável em: [http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/515/.](http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/515/))

⁹¹ “Subseção II, Da Emenda à Constituição, Art. 60. [...] §1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.” (Constituição da República Federativa do Brasil (1988), Diário.) Outro exemplo de limitações circunstanciais à reforma está previsto na CRP, que, em seu artigo 289.º, estabelece que, na vigência de estado de exceção, não poderá haver qualquer alteração no texto constitucional: “Artigo 289.º (Limites circunstanciais da revisão) Não pode ser praticado nenhum acto de revisão constitucional na vigência de estado de Sítio ou de estado de emergência.” (Constituição da República Portuguesa (1976), Diário.)

⁹² Os limites formais na Constituição da República Portuguesa estão elencados nos artigos 285.º a 287.º, com o seguinte texto: “Artigo 285.º (Iniciativa da revisão) 1. A iniciativa da revisão compete aos Deputados. 2. Apresentado um projeto de revisão constitucional, quaisquer outros terão de ser apresentados no prazo de trinta dias. Artigo 286.º (Aprovação e promulgação) 1. As alterações da Constituição são aprovadas por maioria de dois terços dos Deputados em efetividade de funções. 2. As alterações da Constituição que forem aprovadas serão reunidas numa única lei de revisão. 3. O Presidente da República não pode recusar a promulgação da lei de revisão. Artigo 287.º (Novo texto da Constituição) 1. As alterações da Constituição serão inseridas no lugar próprio, mediante as substituições, as supressões e os aditamentos necessários. 2. A Constituição, no seu novo texto, será publicada conjuntamente com a lei de revisão.” (Constituição da República Portuguesa (1976), Diário.)

⁹³ Constituição da República Federativa do Brasil (1988), Diário.

- c) de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Atente-se que o citado dispositivo apresenta exigências quanto à qualidade dos proponentes de EC e à quantidade (quórum) de membros das casas legislativas, isto por se pressupor, por exemplo, que a concordância de um terço dos legisladores dificultaria a propositura de PECs desnecessárias. Nesse mesmo sentido, por se entender que a restrição quanto às pessoas protegeria os direitos fundamentais, o constituinte permitiu que o Presidente da República pudesse também propor a reforma constitucional através da PEC.

Voltando a classificação das restrições, as limitações formais objetivas visam dificultar o processo de modificação do texto constitucional por meio da relação de procedimentos que deverão ser rigorosamente seguidos.

Seguindo o texto constitucional brasileiro (§2.º do artigo 60), que diz quanto à proposta de emenda constitucional: “a proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”; percebe-se que o procedimento exigido para a aprovação da PEC é um ato complexo, que dificulta a desordem constitucional, porque exige maiores quórum e quantidade de turnos de votação que aqueles próprios do processo legislativo ordinário.

Com isso, após se analisar as limitações expressas do poder constituinte derivado e se confirmar a constatação de que as normas constitucionais, dotadas de soberania, são essenciais para se garantir a ordem de um Estado, é possível concluir pela necessidade de se estabelecer limites que evitem possíveis desvios de finalidade e de arbitrariedade no exercício desse poder.

3.2.2.3.2 Limitações implícitas

As limitações implícitas, não escritas no texto constitucional, mas essenciais ao processo de alteração constitucional, quando não observadas, podem causar desordem jurídica e social. Sendo implícitas, não são taxativas e variam conforme o regramento do poder constituinte derivado.

Assim é necessário que o poder reformador observe todas as limitações implícitas, sob pena de se alterar todo o projeto criado pelo poder originário. Neste caso, permitir que o poder reformador usasse de atribuições que são destinadas somente ao poder originário seria o mesmo que consentir que “criatura” alterasse a identidade do “criador”.⁹⁴

Nesse sentido, para NIVALDO SALDANHA, “o constituinte que transpuser os limites expressos e tácitos de seu poder de reforma estaria usurpando competência ou praticando ato de subversão e infidelidade aos mandamentos constitucionais, desferindo, em suma, verdadeiro golpe de Estado contra a ordem constitucional.”⁹⁵

Para se constatar os limites implícitos é necessário analisar as regras que perpassaram as condições atinentes ao processo constituinte. Por exemplo, no artigo 1.º da Constituição brasileira, está disciplinado os fundamentos da República Federativa do Brasil, como a soberania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, os quais, apesar de não serem expressamente considerados limitadores do poder de reforma, são considerados cláusulas pétreas, com valores supremos e essenciais à ordem constitucional, que, por isso, são imutáveis.

Além dos fundamentos presentes no artigo 1.º da Constituição brasileira, também podemos exemplificar, como limites implícitos ao poder de reforma, a intangibilidade dos direitos fundamentais, da forma e do sistema de governo,⁹⁶ a própria titularidade do poder constituinte⁹⁷ e outros.

Dado o exposto, frisa-se que as limitações, sejam expressas ou implícitas, deverão ser observadas e aplicadas, sob pena de violação aos direitos fundamentais.

⁹⁴ NATHALIA MASSON, *Manual*, p. 141.

⁹⁵ NIVALDO BRUM VILAR SALDANHA, Poder constituinte e poder de reforma, in, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n.º 34, jan./mar., São Paulo, 2001, p. 240.

⁹⁶ Sobre a intangibilidade dos direitos fundamentais que não são individuais, em especial os direitos sociais, há um dissenso na doutrina. Parte da doutrina entende que os direitos fundamentais, sejam eles individuais ou sociais, não poderão sofrer qualquer alteração, no sentido de redução, por ser um direito essencial protegido pela Constituição federal; outra parte entende que a intangibilidade há somente para os direitos fundamentais que são individuais, e não para os demais. (INGO WOLFGANG SARLET (Coord.) / GEORGE SALOMÃO LEITE (Coord.), *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*, São Paulo: RT, Coimbra: Coimbra, 2009, p. 228.)

⁹⁷ PEDRO LENZA, *Direito*, 15.ª ed., p. 178.

4 MECANISMOS DE ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição, dentre outras competências, deve garantir a segurança jurídica, evitando a instauração do caos social. Ocorre que, para garantir a estabilidade do texto constitucional, é necessário que haja instrumentos capazes de adequar suas normas ao contexto social hodierno.

Esses mecanismos de alteração constitucional têm a função, portanto, de modificar a norma, garantindo ao mesmo tempo sua estabilidade jurídica. Essa função, aparentemente paradoxal perante tal finalidade, encontra fundamento na modificação social e na necessidade de atualização do texto constitucional, ora destinada à estabilidade das estruturas do próprio Estado de Direito quando conveniente este ao seu povo.

Destarte, o ponto chave para garantir uma alteração constitucional ideal, seja em uma Constituição rígida ou flexível⁹⁸, é a observância dos limites expressos e implícitos. Vale destacar que é no âmbito da rigidez que é dada maior importância a [ou que melhor desenvolve] a temática da reforma constitucional e das limitações que lhe são inerentes, pois, além da conveniência de adaptabilidade social, rigidez e reforma interagem dialeticamente, quando se verifica que uma justifica a outra.

Assim, tomando-se a CRFB como referência, apresentemos os mecanismos ou instrumentos usados para adequar a norma do texto constitucional à realidade social, ora destinados à garantia da permanência deste como meio de estruturação do Estado e da sociedade.

⁹⁸ Nesse sentido, vale destacar que tanto na Constituição rígida como na Constituição flexível há previsão de alteração de seu respectivo texto. Ocorre que a diferença, neste assunto, entre a Constituição rígida e a Constituição flexível repousa na previsão de um processo agravado de reforma, em relação à legislação ordinária, que garante uma maior permanência da Constituição. Assim, a Constituição será rígida se seu processo de reforma for mais dificultoso do que aquele previsto para o processo legislativo ordinário e flexível se for possível sua reforma do mesmo modo que pode ser a lei comum.

4.1 Reforma constitucional

A Constituição, quando elaborada, busca reger a vida jurídica e política do Estado e da sociedade correspondentes. Todavia, a permanência e a estabilidade da Constituição não impedem a modificação natural da sociedade, dos valores e das forças sociais.

Diante dessas mudanças sociais surge a necessidade de adequar o ordenamento jurídico à modernidade social, que será concretizada através da reforma constitucional.

Pode-se dizer que a reforma constitucional, externada no ordenamento jurídico através de emendas constitucionais – ora referidas no inciso I do artigo 59 e no artigo 60 da CRFB⁹⁹ – é um mecanismo capaz de alterar o texto constitucional, no sentido de se atualizar os valores incorporados pela Carta Magna em suas normas, resguardando, porém, todos os princípios e normas básicos necessários à ordem social.¹⁰⁰

Nessa linha, JOSÉ AFONSO DA SILVA esclarece que a reforma constitucional tem a função de adequar a Constituição à realidade jurídica e política, de articular a continuidade jurídica do Estado e de ser uma instituição básica de garantia.¹⁰¹ Reforce-se que a reforma constitucional tem uma relação de complementariedade e manutenção, no sentido de que é a atuação do poder de reforma constitucional que permitirá a permanência da Constituição se suas normas forem alteradas.

Para exemplificar, citemos um fato que ocorreu no Brasil, no ano de 2013, em um cenário de várias manifestações populares por descontentamento político, no qual a então

⁹⁹ CRFB: “Subseção II, Da Emenda à Constituição, Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. §1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. §2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. §5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.” (Constituição da República Federativa do Brasil (1988), Diário.)

¹⁰⁰ Na mesma linha MAURÍCIO ANTÔNIO RIBEIRO LOPES diz que “a Reforma Constitucional é um processo político e institucional de reconstrução da ordem constitucional por afetação da superestrutura do Estado”. (MAURÍCIO ANTÔNIO RIBEIRO LOPES, *Poder*, p. 160.) E ainda: OCTAVIANO BUENO MAGANO (OCTAVIANO BUENO MAGANO, *Revisão constitucional*, in, *RDCN*, Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, vol. II, n.º 7, São Paulo, [s.n.], pp. 102-108.)

¹⁰¹ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Poder constituinte e poder popular*, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 265.

Presidente da República, Dilma Rousseff, em seu discurso¹⁰², sugeriu a convocação de uma assembleia nacional constituinte exclusiva e específica para efetivar a necessária reforma política. A presidente, à época, sugeriu que a reforma política fosse implementada por uma constituinte exclusiva, autorizada por plebiscito popular.

Ocorre que CRFB dispõe que a alteração constitucional, através da reforma, somente ocorre por meio da aprovação de uma PEC, com a observância de todos os limites explícitos e implícitos que decorrem do sistema constitucional.

Posto isso, pode-se dizer que permitir a convocação de uma constituinte específica seria, como pretendeu a presidente, o mesmo que retirar a titularidade do poder originário e/ou retirar o poder de reforma que se implementa por ato exclusivo do Congresso Nacional (ou, excepcionalmente e no caso da CRFB, pela PEC por meio de iniciativa popular).

Seguindo o caminho legal, o poder constituinte originário somente poderá ser convocado a sair de seu estado de “hibernação” para romper por completo com a ordem precedente. Dessa forma, não se pode concordar com a ideia de uma convocação que visa apenas alterar parcialmente o texto constitucional, a fim de garantir uma certa “adequação social”.¹⁰³

Dito isso, a mudança constitucional proposta pela então presidente seria possível somente através da aprovação de uma PEC, com a observância de todos os limites estabelecidos na Carta Magna ou de outros instrumentos de soberania popular, como o plebiscito e o referendo; isso, desde que o modelo constitucional fosse observado.

Como já mencionado, o poder reformador encontra limitações¹⁰⁴ que não estão expressas. E a grande preocupação, no caso da reforma, está na possibilidade de haver qualquer alteração, quando o objeto contrariar os princípios ou carga axiológica fundamentais para garantir a segurança jurídica, que se apresentam, logo, como limites implícitos à este poder.

¹⁰² O referido discurso aconteceu no dia 24 de junho de 2013, na reunião com governadores e prefeitos, no Palácio do Planalto. A reunião foi realizada para discutir as possíveis soluções para a crise que se instaurava no país. Insta salientar que posteriormente a presidente desconsiderou a possível convocação da Assembleia Nacional Constituinte exclusiva e específica, por ser esta uma proposta inconstitucional. (Discurso da Presidenta da República, Dilma Rousseff, durante reunião com governadores e prefeitos de capitais, *in*, *Biblioteca da presidência da república*, Brasília, 23 jun. 2013, *online*, discurso realizado no Palácio do Planalto, pesquisável em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/dilma-rousseff/discursos/discursos-da-presidenta/discurso-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-durante-reuniao-com-governadores-e-prefeitos-de-capitais>.)

¹⁰³ PEDRO LENZA, *Direito*, 19.^a ed., *passim*.

¹⁰⁴ Faz-se necessário observar que, embora parte da doutrina reconheça a existência de limites ao Poder Constituinte, existem diferenças entre estes limites e aqueles impostos ao poder de reforma constitucional. A limitação ao Poder Constituinte, considerada por alguns, é determinada pelos Direitos Humanos e pelo Direito internacional. Por outro lado, a limitação ao poder de reforma constitucional está contida naquelas limitações que estão presentes na Constituição federal, sejam estas expressas ou implícitas.

Pois, considerando-se um risco maior de se violar uma restrição implícita, não restam dúvidas sobre a necessidade de se vetar qualquer tentativa de reforma, seja parcial ou total, capaz de restringir ou abolir, inclusive, direito fundamental implícito.

Em verdade, o que se espera de uma reforma é a modernização da Carta Magna, para evitar a discrepância entre a sua estrutura formal e material e a realidade social, sem se ultrapassar os limites garantidores da segurança constitucional. Seguindo esse parâmetro, a alteração constitucional, viabilizada pelo poder constituinte derivado reformador, poderá atender à necessidade de atualização apresentada pelas modificações sociais.

Assim, tomando-se a reforma constitucional que modifica o texto de uma Constituição, mediante mecanismos definidos pelo poder constituinte originário que alteram, suprimem ou acrescentam texto à redação original da Constituição, faz-se necessário analisar o mecanismo de reforma conhecido por emenda constitucional.

4.1.1 *Emenda constitucional*

Um instrumento usado para garantir a adaptação do texto constitucional à realidade social são as emendas à Constituição, introduzidas no texto pelo processo de reforma, que, além de efetivar a mudança texto-normativa da Constituição, possibilitam, ainda, uma adequação dos valores constitucionais aos valores sociais.

Em uma visão bem ampla, considerando vários Estados, pode-se observar uma distinção muito confusa entre alteração e revisão. Em alguns casos o conceito de emenda se confunde com o de revisão.

Nessa confusão, sugere-se a ideia de a emenda ser uma mudança constitucional formal que ocorre dentro dos pressupostos existentes da Carta Magna. Essa alteração, portanto, deverá estar em consonância com a estrutura do texto constitucional para seguir com o projeto criado pelo poder constituinte originário.¹⁰⁵

¹⁰⁵ RICHARD ALBERT defende a diferença entre os dois mecanismos de alteração formal, o mecanismo da reforma, através da emenda, e o mecanismo da revisão. Ele esclarece que a emenda constitucional é toda e qualquer mudança formal do texto constitucional que não contrarie os fundamentos e a base do Estado Democrático de Direito, em contraponto, argumenta que a mudança que contraria a essência da Constituição, destruindo o sentido vigente, é chamada de revisão. Assim, na ideia do autor, o Estado que acaba por confundir os mecanismos ou que usa apenas um termo para qualquer alteração, deverá partir deste conceito. (RICHARD ALBERT, Amendment and Revision in the Unmaking of Constitutions, Oct. 26, 2016, *in*, DAVID LANDAU, HANNA LERNER (eds.), *Edward*

Noutro giro, a revisão é um procedimento de mudança formal, que se afasta do que o atual texto constitucional estabelece. É um mecanismo que transforma a Constituição em algo diferente do que ela é, desfazendo todo o seu espírito.

A diferenciação apresentada sobre os dois mecanismos de alteração, não é um conceito absoluto, porém, por não ser objeto desse estudo, consideraremos essa distinção, mesmo sabendo que o assunto é suscetível a grande exploração.

Para garantir uma alteração constitucional, através da emenda, é necessário seguir a rigor o procedimento estabelecido pela Carta Maior. Nesse sentido, para melhor exemplificar, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece no inciso I do artigo 59 de sua Constituição que o processo legislativo compreende, além de outras formas, a elaboração das emendas constitucionais.¹⁰⁶

O artigo seguinte, ou seja, o artigo 60 da Carta Magna brasileira, dispõe sobre o procedimento do poder de emendar e as limitações a ele aplicáveis. Por se tratar a EC de um mecanismo delicado e com grande poder de alterar a lei maior, estabeleceu-se um procedimento mais dificultoso, como a exigência de a proposta ser apresentada por no mínimo um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; pelo Presidente da República; por mais da metade das Assembleias das unidades da Federação, desde que se manifestem, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Não suficiente, a PEC, para ser válida, deverá ser discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambas, três quintos dos votos dos respectivos membros. Ainda, deverá ser promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nesta ordem, e a matéria constante da proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não poderá ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. Visto isso, fica fácil notar que a dificuldade em aprovar uma emenda constitucional está ligada à ideia de ser esta um mecanismo capaz de criar ou suprimir direitos fundamentais.¹⁰⁷

Elgar Handbook on Comparative Constitution-Making, 2017, artigo de estudos jurídicos da Faculdade de Direito de Boston College n.º 420, minuta, postado em: Sep. 25, 2016; pesquisável em: <https://ssrn.com/abstract=2841110> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2841110>.)

¹⁰⁶ “SEÇÃO VIII - DO PROCESSO LEGISLATIVO - SUBSEÇÃO I - DISPOSIÇÃO GERAL - Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.” (Constituição da República Federativa do Brasil (1988), Diário.)

¹⁰⁷ No mesmo sentido, citemos o texto constitucional da República Tcheca, que proíbe qualquer alteração do texto constitucional capaz de mudar a essência do Estado democrático, ou seja, é proibido qualquer emenda constitucional que elimine ou comprometa as bases democráticas do Estado democrático. Assim foi a decisão do

Ademais, o texto constitucional em comento estabelece outros limites ao poder de emendar, como a proibição de alterar o texto constitucional, por meio de emenda, em tempo de estado de exceção (intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio) e a proibição de propor emenda tendente a abolir: a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto e universal; a separação dos Poderes e os direitos e garantias Individuais.¹⁰⁸

No entanto, hoje tem se observado, no Brasil, que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, por diversas formas, tem efetivado algumas mudanças, através de outros meios, como a mutação constitucional, menos complexos e burocráticos, para impor suas perspectivas em detrimento da obrigação do uso do mecanismo adequado – como a emenda constitucional – e da aplicação dos princípios fundamentais.

4.2 Revisão constitucional

A revisão constitucional é um mecanismo excepcional, precário, mais profundo ou com maior extensão quanto à alteração da Carta Magna e que depende da observância dos critérios constitucionais para se tornar legítimo.¹⁰⁹ Não obstante, o poder revisor, assim como o poder reformador, é um poder subordinado, restrito e condicionado às regras impostas pelo poder originário.

Algumas constituições, além de prever a possibilidade de haver a revisão constitucional, elencam todos os procedimentos que deverão ser observados para a legitimação do ato.¹¹⁰ Na Constituição brasileira, por exemplo, o mecanismo da revisão constitucional está disciplinado no artigo 3.º do ADCT¹¹¹ e é concebido como processo extraordinário da mudança

Tribunal Tcheco, que declarou a inconstitucionalidade da emenda que buscava encurtar o mandato dos representantes da Câmara dos Deputados. (RICHARD ALBERT, Amendment.)

¹⁰⁸ Constituição da República Federativa do Brasil (1988), Diário.

¹⁰⁹ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional positivo*, 20.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 62.

¹¹⁰ Algumas constituições não distinguem a revisão e a reforma, esta por emenda constitucional, como é o caso da Constituição da República Portuguesa, a qual prevê que se deverá observar se a mudança proposta qualifica-se como uma alteração ou se trata de uma revisão. Logo, será alteração por emenda se não houver qualquer irregularidade processual, conforme autorização constitucional; de outro modo será revisão se houver a quebra das diretrizes constitucionais. (RICHARD ALBERT, Amendment.)

¹¹¹ ADCT da CRFB: “Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.” (Constituição da República Federativa do Brasil (1988), Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, Diário

constitucional, esse dispositivo se distingue do processo ordinário e normal que é o da emenda à Constituição.

Espera-se que a revisão não configure uma ruptura da Constituição tal como pode factualmente fazer, mas seja sim o procedimento de alteração material, que observa as normas, os fundamentos e os princípios constitucionais para implantar essa mudança mais complexa e completa, se assim se pode dizer.¹¹²

Alguns doutrinadores acreditam que a revisão constitucional é um mecanismo, majoritariamente refutado pela doutrina¹¹³, pois, em sua potência, ela tende a favorecer a supressão da Carta Maior, confundindo o que seria a esfera inicial do poder constituinte com o que seria a esfera secundária. Logo, vale seguir a ideia de GUILHERME VASCONCELOS VILAÇA, segundo o qual “devemos relativizar a nossa obsessão pela revisão da Constituição federal, já que esta, por si só, nada resolve”.¹¹⁴

O referido autor defende que a mudança, de modo geral, nem sempre é a melhor alternativa para superar uma crise. Acredita que o poder constituinte criou a Carta Magna para garantir a ordem e a paz social e, por isto, em muitos casos, o texto constitucional não só prevê dispositivos aptos para superar tempo de anormalidade, como também apresenta dispositivos capazes de regular essas situações extraordinárias.

Como já aduzido, vê-se que a linha entre o poder de reforma e a poder de revisão é bem tênue. Por isso defendemos a ideia de que a revisão não tem o compromisso de se manter coerente com os valores estruturais e operacionais do texto constitucional¹¹⁵, pois pretende-se – ou no mínimo se pode – [na revisão] efetivar uma reforma mais profunda e extensa, de modo que podem ser desconsiderados alguns princípios tidos anteriormente como essenciais.

É inegável que a mudança pretendida através da revisão poderá até mesmo ir contra os princípios e os objetivos da Constituição vigente. Por esse motivo, como exemplo, a Constituição brasileira, no inciso I do §4.º do artigo 60, já prevendo tal possibilidade, dispõe sobre o impedimento de aprovação de emenda constitucional tendente a abolir a forma

Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília-Brasil, 5. Out. 1988, pesquisável em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.)

¹¹² RAUL MACHADO HORTA, Natureza, limitações e tendências da revisão constitucional, in, *Revista de informação legislativa*, a. 31, n.º 121, jan./mar., Brasília, 1994, pp. 45-54. / Encontrável também em: RAUL MACHADO HORTA, Natureza, limitações e tendências da revisão constitucional, in, *Revista brasileira de estudos políticos*, n.º 78, jan./jul., Brasília, 1994, pp. 7-25, pesquisável em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176223>.

¹¹³ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, t. II, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra, 2000, p. 196.

¹¹⁴ GUILHERME VASCONCELOS VILAÇA, *Revisão constitucional*, Ideologias & Vouchers políticos, Lisboa: A Constituição Revista, 2011, e-book da Fundação Francisco Manuel dos Santos, p. 19.

¹¹⁵ RICHARD ALBERT, Amendment.

federativa de Estado. Suponha-se que se apresentasse uma proposta de alteração mudando do sistema presidencialista do Brasil para o sistema parlamentarista. Neste caso, considerando a norma acima mencionada, ter-se-ia uma mudança formalizada pela revisão constitucional, já que, além de alterar a cláusula pétrea, essa revisão conseqüentemente determinaria outras várias mudanças no texto constitucional.

É então, à vista de tudo isso, que o mecanismo de revisão tem um poder mais preocupante que o poder dado ao mecanismo de reforma, por se tratar de um mecanismo que, muitas vezes, não se obriga a seguir diretrizes, normas ou princípios presentes no texto constitucional.

4.3 Mutação constitucional

Sob o argumento de que a Constituição não é imutável e de que uma geração não poderá submeter a outra ou aos seus desígnios, a Constituição poderá sofrer alterações por meio da via formal, mencionada anteriormente, e/ou através da via informal.¹¹⁶

A título de esclarecimento, e para lembrar, a via formal de reforma constitucional trata-se de processo mais dispendioso e mais complexo que a edição de norma ordinária. Por outro lado, a via informal¹¹⁷, que ocorre através da mutação constitucional, embora mais rápida, proporciona a transformação do sentido e do alcance das normas da Constituição, sem que se opere qualquer alteração em seu texto, o que não é necessariamente tão seguro quanto o outro caminho.¹¹⁸

¹¹⁶ CARLOS BLANCO DE MORAIS, As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos, autópsia de um acórdão controverso, in, *Revista jurídica Jurismat*, n.º 03, ISSN: 2182-6900, Portimão, 2013, pesquisável em: <http://recil.ulusofona.pt/handle/10437/5027>.

¹¹⁷ JORGE MIRANDA utiliza a expressão “vicissitudes constitucionais”, que divide em expressas e tácitas. Essa categoria de vicissitudes constitucionais tácitas aloca o costume constitucional, a interpretação evolutiva e a revisão indireta (que identifica como sendo o reflexo sofrido por uma norma em razão da alteração formal de outra por via de revisão indireta). (JORGE MIRANDA, *Manual*, 4.ª ed., p. 131) Por outro lado J. J. GOMES CANOTILHO usa a locução transição constitucional, que seria a revisão informal. Essa revisão informal corresponde à alteração do sentido sem mudar o texto, com observância dos preceitos constitucionais. (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria*, 7.ª ed., p. 1228.)

¹¹⁸ PEDRO LENZA assevera que as “mutações, por seu turno, não seriam alterações «físicas», «palpáveis», materialmente perceptíveis, mas sim alterações no significado e sentido interpretativo de um texto constitucional. [...] O texto permanece inalterado.” (PEDRO LENZA, *Direito*, 15.ª ed., p. 136).

Como mutação constitucional ocorre em razão de mudanças no âmbito normativo, porque este está sujeito às alterações provenientes do passar do tempo, os resultados da concretização da norma podem se modificar também. Logo, a mutação constitucional pode se manifestar sob os formatos de interpretação hermenêutica jurisprudencial, de usos e costumes, além de outros mais, decorrentes do dinamismo social.¹¹⁹

Uma vez que a mutação constitucional está associada à flexibilidade ou “plasticidade” de que são dotadas inúmeras normas constitucionais, mesmo frente a complexidade do processo de alteração da norma constitucional, para que essa interpretação mutacional, feita pelos órgãos estatais ou por costumes e práticas políticas, seja válida, deve-se buscar o ponto de equilíbrio entre a rigidez da Constituição e a plasticidade das normas, pois que a rigidez proporciona a preservação da estabilidade da ordem e da segurança constitucional e a plasticidade adapta as normas ao tempo e às novas demandas.

Dessa forma, por se tratar a mutação constitucional de um instituto sensível, capaz de instaurar a insegurança jurídica, a usurpação do poder e até mesmo um golpe de Estado, é necessário que todos os princípios constitucionais sejam observados antes de se firmar qualquer mudança através da mutação, pois o direito deverá ser compreendido de forma que não possa ser considerado como um espaço de livre atribuição de sentido, principalmente em se tratando do texto constitucional, sob pena de essa mudança informal proporcionar a substituição do poder constituinte pelo poder judiciário, que é mais comumente efetiva as mutações, pelo poder legislativo, que pode interpretar a Constituição por meio da legislação inferior, e ainda, com menos probabilidade, pelos demais agentes de mutação.

A mutação constitucional é realizada por um poder difuso, pois nunca se sabe de modo preciso “quando” e “como” se iniciou o processo de alteração informal do texto constitucional.¹²⁰

Pode-se citar vários exemplos de alteração da CRFB, presentes no âmbito constitucional, legislativo e jurisprudencial, decorrente do mecanismo da mutação constitucional. Mas, sem intenção de exaurir o assunto, para melhor compreensão, analisaremos

¹¹⁹ UADI LAMMÊGO BULOS, Da reforma à mutação constitucional, *in*, *Revista de Informação Legislativa*, a. 33, n.º 129, jan./mar., Brasília, 1996, pp. 25-43, p. 28.

¹²⁰ Para CLÊMERTON MERLIN CLÈVE e BRUNO MENESES LORENZETTO, a mutação constitucional é o “ato de explorar uma nova semântica dentro do texto [...] a mutação acontece, por isso, por meio das interpretações judiciais, quando uma Corte atribui a certa norma um significado que ainda não havia sido utilizado previamente.” (CLÊMERTON MERLIN CLÈVE / BRUNO MENESES LORENZETTO, *Mutação constitucional e segurança jurídica, entre mudança e permanência*, *in*, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. VII, pp. 136-146, São Leopoldo: RECHTD, 2015, pesquisável em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.04/4721>.)

a teoria da abstrativização do controle de constitucionalidade difuso, adotada pelo judiciário brasileiro para alterar o texto constitucional através do mecanismo de mutação da Norma Superior.¹²¹

No Brasil, qualquer dos poderes (Executivo, Legislativo ou Judiciário) poderá exercer o controle de constitucionalidade, que pode ser considerado conforme a natureza do órgão que o exerce, o momento em que é exercido e o sistema, vias ou meio pelo qual é exercido.

De acordo com o órgão encarregado de exercer o controle de constitucionalidade, esse poderá ser classificado como político, judiciário e misto. No Brasil vigora o sistema misto, exercido tanto pelo órgão político quanto pelo órgão jurisdicional, e, conforme as vias de controle, o sistema concreto e abstrato.

O controle concreto ou subjetivo, quando exercido durante determinado processo jurisprudencial, apresenta a inconstitucionalidade como um incidente processual. Nesse tipo de controle, o objetivo principal é a resolução de uma controvérsia intersubjetiva e, pois, o efeito da decisão saneadora da problemática apresentada será *inter partes*.

Por outro lado, o controle abstrato, ou concentrado, também conhecido por modelo austríaco, ocorre quando a análise de constitucionalidade da norma independe de um caso concreto e for, pois, exercida por via direta e principal, isto é, por meio de ações diretas no Poder Judiciário, motivo pelo qual, além disso, o efeito da decisão será *erga omnes*.

Pela teoria chamada de abstrativização do Controle de Constitucionalidade Concreto¹²² é possível a modulação dos efeitos da decisão no controle difuso dando-lhes abrangência *erga omnes*. Essa teoria proporciona a aproximação das características do controle concentrado ao controle difuso. Logo, essa tendência, também conhecida por objetivação do

¹²¹ No Brasil, a teoria da abstrativização do controle de constitucionalidade difuso foi aplicada em alguns casos práticos. Citemos dois casos, muito conhecidos no meio jurídico, que chamamos de caso “Mira Estrela”, apresentado no Recurso Extraordinário n.º 197.917-SP, e caso “Oseas”, apresentado nos julgamentos do *Habeas Corpus* n.º 82.859-SP e do *Habeas Corpus* n.º 23.920. (Acórdão do Supremo Tribunal Federal, RE n.º 197.917-SP, Brasil, 06 de junho de 2013, pesquisável em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>. / Acórdão do Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* n.º 82.859-SP, Brasil, 23 de fevereiro de 2006, pesquisável em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>.)

¹²² São diversas as denominações dadas ao fenômeno da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, uma delas é “transcendência dos motivos determinantes da sentença do controle difuso”, assim como a predominância do controle concentrado em relação ao controle difuso. (FREDIE DIDIER JÚNIOR, O Recurso Extraordinário e a Transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, *in*, *Revista Páginas de Direito*, a. 13, n.º 1085, 09 out., Porto Alegre, 2013, pesquisável em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/176-artigos-out-2013/6309-o-recurso-extraordinario-e-a-transformacao-do-controle-difuso-de-constitucionalidade-no-direito-brasileiro>.) No mesmo sentido PEDRO LENZA (PEDRO LENZA, *Direito*, 15.ª ed., p. 255.)

controle difuso/concreto, é caracterizada pela alteração das premissas basilares do processo intersubjetivo, em que a limitação dos efeitos da coisa julgada às partes integrantes da relação processual deixa de ser um dogma intransponível e passa a ceder espaço a uma eficácia *erga omnes* com efeito vinculante das decisões proferidas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concreto.¹²³

Nesse sentido, em julgamentos do STF de grande repercussão,¹²⁴ ocorridos em 2006 e em 2013, na aplicação da teoria da abstrativização, o poder judiciário brasileiro, além de modular os efeitos das decisões, desconsiderou a função de determinado órgão legislativo (o Senado Federal), presente no inciso X do artigo 52 da CRFB,¹²⁵ para tornar os julgamentos mais céleres e mais seguros. Nestes julgamentos o STF alterou o texto constitucional através do mecanismo da mutação constitucional.

De acordo com o texto constitucional do Brasil, a declaração de inconstitucionalidade que ocorrer incidentalmente não terá autoridade sobre coisa julgada, nem se projetará fora do processo no qual foi proferida, tudo isso por não gerar efeitos *erga omnes*. Isso falando-se em regra geral, pois a CRFB trouxe expressamente em seu artigo 52, no inciso X, a possibilidade excepcional de ampliação dos efeitos da decisão, através de resolução editada pelo Senado Federal, o qual, para isso, é dotado de poder discricionário – conforme o entendimento aqui assumido – para suspender lei ou ato normativo, no todo ou em parte.

No entanto verifica-se, atualmente, que relevante parte da doutrina e alguns julgados do Supremo Tribunal Federal têm adotado uma nova interpretação, pela qual os efeitos do controle difuso podem alcançar a todos, pela simples decisão modular da suprema corte, sem a necessidade da resolução. É que, para esses defensores da teoria da Abstrativização do controle difuso, a resolução editada pelo Senado tem a função somente de dar publicidade à decisão jurisdicional, porque o órgão legislativo teria a obrigação de proceder à suspensão.

Percebe-se assim que esse mecanismo de alteração, a mutação constitucional, é uma forma de alteração bastante acessível e sensível, pois o judiciário pode acessá-la via abstrativização de controle de constitucionalidade difuso e isso tanto poderá garantir a ordem jurídica como poderá favorecer a ruptura da ordem constitucional.

¹²³ FILIPO BRUNO SILVA AMORIM, *O amicus curiae e a objetivação do controle difuso de constitucionalidade*, 1.ª ed., Brasília: Athalaia, 2010, p. 14.

¹²⁴ Acórdão do Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* n.º 82.859-SP. / Acórdão do Supremo Tribunal Federal, RE n.º 197.917-SP.

¹²⁵ CRFB: “[...] SEÇÃO IV - DO SENADO FEDERAL - Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; [...]” (Constituição da República Federativa do Brasil (1988), Diário.)

Destarte, no exemplo apresentado, sobre a teoria da abstrativização constitucional, pode-se concluir que a modulação dos efeitos da decisão viola os princípios da separação de poderes, a segurança e a ordem jurídicas, porque o poder judiciário alterou a disposição constitucional do inciso X do artigo 52 da CRFB, reinterpretao e mudando a função de uma das casas do Poder Legislativo.

Acrescentando o estudo sobre o mecanismo de alteração constitucional da mutação, LUÍS ROBERTO BARROSO¹²⁶ classifica os tipos de mutação, esclarecendo inicialmente, que a adaptação da Constituição a novas realidades poderá ocorrer por ações estatais ou por comportamentos sociais. À vista disso, tem-se as jurisprudências de bases interpretativa, via mais comum, os atos administrativos e o costume constitucional como fontes de mutações.

A interpretação constitucional, normalmente realizada por órgãos e agentes públicos dos três poderes do Estado, é a interpretação realizada pelo legislador, administrador ou membro do judiciário para adaptar o texto constitucional à rotina de suas funções. Por outro lado, o costume constitucional, consiste em práticas observadas por cidadãos e agentes públicos que, de maneira reiterada e socialmente aceita, criam um padrão de conduta válido e muitas vezes obrigatório.¹²⁷

Com isso, considerando a subjetividade na aplicação do direito e o sujeito ativo da mutação em si, teremos uma diferença na atuação do poder de interpretar e alterar o texto constitucional, através do mecanismo de mutação constitucional. Dessa forma, para facilitar a compreensão sobre a mutação constitucional, LUÍS ROBERTO BARROSO apresenta uma comum sistematização dos seus meios de efetivação, quais sejam: interpretação judicial e administrativa, atuação do legislador e costumes.

4.3.1 Mutação constitucional judicial e administrativa

Como dito, a interpretação constitucional consiste na interpretação do texto constitucional, que por sua vez, “consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com o entendimento preexistente”¹²⁸. Embora os métodos de interpretação sejam diversos, a aplicação da interpretação poderá ocorrer de forma direta, quando se busca um direito previsto

¹²⁶ LUÍS ROBERTO BARROSO, *Curso*, 6.^a ed., p. 159.

¹²⁷ LUÍS ROBERTO BARROSO, *Curso*, 6.^a ed., p. 153.

¹²⁸ LUÍS ROBERTO BARROSO, *Curso*, 6.^a ed., p. 155.

na Constituição, interpretando-se seus próprios dispositivo, ou de forma indireta, quando a pretensão interpretativa se der sobre norma infraconstitucional, caso em que se dependerá dos parâmetros constitucionais para se declarar válida a nova norma infraconstitucional decorrente de interpretação.

Nesse diapasão, a mutação constitucional por via de interpretação, seja direta ou indireta, significa alteração no sentido da norma da Constituição, em discordância com o entendimento preexistente. É, portanto, a interpretação de um texto constitucional anteriormente interpretado de forma distinta que pode se dar tanto judicial quanto administrativamente.

A interpretação judicial ocorrerá quando o judiciário interpretar determinado texto constitucional, por qualquer método de interpretação, e firmar um novo entendimento sobre aquele texto sem o alterar formalmente, para se adequar o texto constitucional à realidade social ou, além mesmo, a uma nova percepção do Direito.¹²⁹ Neste caso, o exemplo seria o do uso da Teoria da Abstrativização, do qual já se discorreu.

Já a interpretação administrativa, muitas vezes com referência expressa na legislação positiva, favorece a mudança do texto constitucional para atender à necessidade social. Como exemplo, pode-se citar a Lei n.º 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo Federal), do Brasil, cujo artigo 2.º diz que “a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”; e ainda – no parágrafo único deste dispositivo – que “nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.¹³⁰

¹²⁹ BRANDON J. MURRILL cita alguns métodos usados por Juízes para discutir e determinar o melhor significado das normas, tais como: análise de precedente judicial, a análise textual, o pragmatismo, que considera as prováveis consequências práticas da nova interpretação, as práticas históricas, análise da identidade nacional, análise sistemática e ainda a análise baseada no raciocínio moral ou ético. (BRANDON J. MURRILL, *Modes of Constitution Interpretation*, in, *Congressional Research Service Reports* [of Federation of American Scientists], n.º 7-5700, R45129, Mar. 15, 2018, p. 3 ss., pesquisável em: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45129.pdf>.)

¹³⁰ Lei Ordinária n.º 9.784 de 29 de janeiro de 1999, Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, Brasil, pesquisável em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm.

4.3.2 *Mutação constitucional pela atuação do legislador*

Considerando a função ordinária do legislador de elaborar leis que atendam às necessidades sociais, pode-se dizer que esses atuam nas situações expressamente autorizadas ou determinadas pela Constituição para desenvolver e complementar o conjunto de normas constitucionais. Neste caso, a atuação do legislador é genuína e não se configura, por isso, como efetivação de mutação constitucional.

Não obstante, a mutação constitucional, por via legislativa, ocorrerá quando, “por ato normativo primário, procura-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional”.¹³¹ Essa interpretação decorrente do ato normativo do legislador tanto pode trazer uma interpretação originária quanto ser reflexo de costumes constitucionais já pré-estabelecidos.

Para exemplificar, suponhamos que uma determinada norma constitucional apresenta duas opções de interpretação. Quando o legislador opta por uma delas e elabora outra lei confirmando a interpretação por ele escolhida, ocorrerá a mutação constitucional pela atuação do legislador.

Insta salientar que, o novo entendimento decorrente de lei, que interpretou a Constituição e, pois, efetivou a mutação da interpretação anteriormente adotada, poderá ainda ser objeto de controle de constitucionalidade exercido pela Suprema Corte, à qual, como guardião da Constituição, compete a última palavra sobre a validade ou não da alteração informal que reinterpreto a Constituição por meio do mecanismo da mutação constitucional por atuação do legislador.

4.3.3 *Mutação constitucional por via de costume*

Considerando-se um país de Constituição rígida e escrita, afirma-se não ser pacífica a ideia da existência de costumes constitucionais. Porém, no direito positivo, aceita-se o costume como fonte do direito quando, por reiteradas vezes, em certos casos, a interpretação decorrente do costume foi declarada válida.

¹³¹ LUÍS ROBERTO BARROSO, *Curso*, 6.^a ed., p. 155.

Não obstante, oportuna é a observação de LUÍS ROBERTO BARROSO, segundo o qual o costume “muitas vezes terá em si a interpretação informal da Constituição; de outras, terá papel atualizador de seu texto, à vista de situações não previstas expressamente; em alguns casos, ainda, estará em contradição com a norma constitucional.”¹³² Em verdade, o costume constitucional pode consubstanciar-se por práticas e convenções constitucionais consolidadas, pelo desuso de princípios e regras, que gera a nominalização ou a caducidade destes; e de omissões constitucionais, que podem ser refletidas pelo legislador, pela Administração ou pelos tribunais.¹³³

Portanto, considerando que a mutação constitucional é um mecanismo de reforma informal, tem-se que é necessário que essa nova interpretação decorrente da declaração reiterada de dado costume encontre apoio nos dizeres do poder constituinte, sem violar ainda os direitos fundamentais e os princípios estruturantes da Carta Magna, sob pena se verificar factualmente uma interpretação inconstitucional.¹³⁴

¹³² LUÍS ROBERTO BARROSO, *Curso*, 6.^a ed., p. 162.

¹³³ CARLOS BLANCO DE MORAIS, *As mutações*, p. 63.

¹³⁴ GILMAR FERREIRA MENDES / PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, 9.^a ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2014, *passim*.

5 DIREITOS FUNDAMENTAIS

A previsão dos direitos fundamentais nas constituições garante a organização e a segurança do Estado Democrático de direito. Dada a importância de tais direitos, pode-se afirmar então que a Constituição, como norma suprema do ordenamento jurídico, tem toda a competência para resguardar os valores mais caros da existência humana.¹³⁵

A doutrina costuma abordar várias expressões para referir-se aos direitos fundamentais, como “liberdades individuais”, “liberdades públicas”, “direitos do homem”, porém a expressão mais usada são “direitos humanos” e “direitos fundamentais”.

Alguns doutrinadores tratam estas expressões mais usadas como sinônimas, entretanto, apesar de se assemelharem quanto à finalidade de seus significados, pois ambas referem-se àqueles direitos de maior importância, os quais se busca assegurar e promover – como o direito à dignidade da pessoa humana ou o direito à vida –, elas tem valores diferentes.

Assim, a doutrina majoritária¹³⁶ aponta que a diferença entre as designações “direitos fundamentais” e “direitos humanos” encontra-se basicamente no plano em que os direitos a que se referem são consagrados, ou seja, na positivação destes direitos, pois, enquanto os direitos humanos são exigíveis no plano do Direito Internacional, os direitos fundamentais são exigíveis no âmbito estatal, isto é, no plano do Direito interno de determinado Estado.¹³⁷

A partir disso, sem necessidade de se estender este assunto, seguir-se-á aqui o posicionamento majoritário, pelo qual os direitos fundamentais correspondem a um conjunto de direitos estabelecidos por determinada ordem jurídica organizada e concreta, com o objetivo de satisfazer ideais ligados à dignidade da pessoa humana, sobretudo à liberdade, à igualdade e à fraternidade; e os direitos humanos correspondem ao conjunto de direitos reconhecidos pela

¹³⁵ Seguindo a ideia de essencialidade dos direitos fundamentais, J. J. GOMES CANOTILHO assevera que “a importância das normas de direitos fundamentais deriva do facto de elas, directa ou indirectamente, assegurarem um *status* «jurídico-material» aos cidadãos.” (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito*, 6.^a ed., p. 111.)

¹³⁶ MARCELO ALEXANDRINO / VICENTE PAULO, *Direito constitucional descomplicado*, 12.^a ed., rev. e atual., São Paulo: Método, 2014, p. 99.

¹³⁷ De acordo com PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, a distinção conceitual entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais não significa que eles sejam opostos, distantes e incommunicáveis: “há uma interação recíproca entre eles. Os direitos humanos internacionais encontram, muitas vezes, matriz nos direitos fundamentais consagrados pelos Estados e estes, de seu turno, não raro acolhem no seu catálogo de direitos fundamentais os direitos humanos proclamados em diplomas e declarações internacionais. É de ressaltar a importância da Declaração Universal de 1948 na inspiração de tantas constituições do pós-guerra.” (PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, Teoria geral dos direitos fundamentais, direitos fundamentais, tópicos de teoria geral, *in*, GILMAR FERREIRA MENDES / PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, 9.^a ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 152.)

ordem jurídica internacional para todos os povos e, pretensamente, em todos os tempos, por serem considerados inerentes à própria condição humana.¹³⁸

Noutro prisma, sob uma perspectiva histórica, tem-se que a formação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias decorre da evolução e do desenvolvimento civilizacional, motivo pelo qual pode-se compreender também que esses direitos fundamentais nem sempre foram os mesmos em todas as épocas.

Compreendendo-se a evolução da sociedade como um todo, especialmente a ocidental, a qual recebeu inúmeras influências, como a advinda do cristianismo, que erigiu um sistema moral próprio, a advinda do direito romano, que trouxe o reconhecimento das teorias contratualistas, e a advinda da filosofia grega, que gerou as primeiras ideias relativas à concepção atual do homem como um ser individual dotado de direitos e deveres, pode-se constatar que os direitos fundamentais não são imutáveis e que estão diretamente ligados às necessidades do seu tempo.

Some-se a isso a compressão devida aos direitos fundamentais perante os Estados modernos, por se consubstanciarem estes nas mais altas e complexas formas de organização social hodierna, tal como PAULO GUSTAVO GONET BRANCO explica, dizendo que “os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.”¹³⁹

Assim, os direitos fundamentais, por se tratarem de direitos essenciais e inerentes à condição humana, devem receber uma proteção jurídico-constitucional do Estado, que os coloca em uma posição superior no ordenamento jurídico.

5.1 Dimensões dos direitos fundamentais

A doutrina sempre usou o termo “geração” para classificar os direitos fundamentais em categorias relacionadas ao momento que dada classe de direitos surgiu. Não obstante, sob a

¹³⁸ JULIANO TAVEIRA BERNARDES / OLAVO AUGUSTO VIANNA ALVES FERREIRA, *Direito constitucional*, Teoria da constituição, t. I, 4.^a ed., rev., ampl. e atual., Bahia: Juspodvm, 2014, pp. 604-605. / No mesmo sentido: J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito*, 6.^a ed., p. 517.

¹³⁹ Paulo Gustavo Gonet Branco, Teoria, p. 143.

alegação de que a palavra geração traz consigo a ideia de mutação, atualmente parte da doutrina prefere a expressão “dimensão” à “geração”. De fato, o que verdadeiramente ocorre no campo dos direitos fundamentais é a expansão desses direitos a cada nova classe sua, e não a substituição de uma pela outra.

Considerando-se, portanto, que os direitos previstos em determinado momento não necessariamente foram suplantados por outros que surgiram em diferente momento, entendemos que os direitos de cada geração persistem válidos coexistindo uns com os outros, ainda que sejam de dimensões diferentes.¹⁴⁰

A classificação dada pela doutrina majoritária demonstra a evolução dos direitos fundamentais em 3 (três) dimensões.

Com as revoluções liberais surge a 1.^a Geração de Direitos Fundamentais, direitos esses ligados ao valor “liberdade”. Trata-se dos direitos civis e políticos, reconhecidos nas Revoluções Francesa e Americana.

Observa-se que os direitos dessa 1.^a dimensão são aqueles que exigem uma abstenção Estatal, motivo pelo qual tem caráter e/ou *status* negativo. Porém, naquele cenário de revoluções, ocorreu a institucionalização do Estado de Direito, caracterizado também por ser liberal e por nele viger o império da lei.

Não suficiente, as principais características do Estado liberal são: o liberalismo político (Estado Limitado), que diz respeito aos limites dos poderes públicos, como a limitação do Estado pelo Direito – a qual se estende ao soberano, a limitação da Administração Pública pela lei e a oponibilidade dos direitos fundamentais do indivíduo ao Estado; e o Liberalismo Econômico (Estado Mínimo), que limita a atuação do Estado à defesa da ordem e da segurança pública, de modo que ele deve intervir minimamente na esfera econômica e social, figurando-se, portanto, como um Estado abstencionista.

No período de transição da 1.^a para a 2.^a dimensão, vivenciava-se um constitucionalismo moderno ou social que surgiu com o fim da 1.^a Guerra Mundial (início do século XX) e se estendeu até o fim da 2.^a Guerra Mundial (1945).

Com a conquista de liberdade e da igualdade formal nesse período, surgiram várias inovações no campo dos direitos fundamentais, como a liberdade de se pactuar nas relações contratuais. Entretanto, tal conquista trouxe também relevantes consequências ruins, como o

¹⁴⁰ Nesse sentido, PATRICK MACKLEM esclarece que os Direitos civis e políticos e os Direitos sociais, econômicos e culturais, bem como os Direitos de terceira geração, compreendem apenas uma geração, uma única população de Direitos que visam proteger o indivíduo. (PATRICK MACKLEM, *Human rights in international law, three generations or one?*, March 1, 2015, in, *London Review of international Law*, vol. 3, issue 1, 2015, pp. 61-92, pesquisável em: <https://academic.oup.com/lril/article/3/1/61/2413099>.)

impacto do crescimento demográfico, o agravamento das disparidades no interior da sociedade e a crescimento desenfreado da industrialização, que provocaram grande empobrecimento dos operários e das classes menos abastadas.

Diante desse crescimento das desigualdades, favoreceu-se o assistencialismo público, pelo qual o Estado passou a garantir a efetivação dos direitos sociais. Assim, com o esgotamento do aspecto fático da ideia liberal, surgiram constituições federais, como a Constituição do México (1917) e a Constituição da Alemanha (1919), que, como representativas que são, assumiram o papel da concretização de direitos sociais.¹⁴¹

É justamente essa necessidade de intervenção estatal para garantir direitos sociais ao indivíduo que favoreceu o surgimento da 2.^a Geração de Direitos Fundamentais. Essa dimensão que tem ligação com o valor “igualdade” em sentido material, exige do Estado uma atuação positiva, tanto por meio de prestações jurídicas como por prestações materiais,¹⁴² direcionada à realização da igualdade material.

Este novo Estado, como intervencionista que é, supre o lugar do Estado abstencionista, surgindo então o novo Estado Social, destinado a superar o antagonismo existente entre a igualdade política e a desigualdade social.

As características do Estado Social podem ser resumidas em: intervenção no âmbito social, econômico e laboral; papel estatal decisivo na produção e distribuição de bens; garantia de um mínimo de bem-estar (salário social – assistencial) e Estado do bem-estar Social.

Passada essa fase, na época após a 2.^a Grande Guerra, quando várias atrocidades cometidas pelos nazistas foram vistas, começou-se a se falar, em razão disso, em direito moral, dando espaço ao surgimento do constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo.

PAULO BONAVIDES¹⁴³ assevera que durante a fase dos direitos fundamentais de 2.^a dimensão destacou-se o pós-positivismo jurídico, que tentou equilibrar o Direito material e o positivismo. Com a 2.^a dimensão de direitos fundamentais findou-se a dicotomia

¹⁴¹ As constituições representativas da concretização de direitos sociais são: A Constituição do México (1917), que surgiu pouco antes do fim da 2.^a Guerra Mundial e concedeu ao lado dos direitos individuais e políticos os direitos trabalhistas, como limitação da jornada de trabalho, salário mínimo, previdência social e outros; e a Constituição da Alemanha (1919), que é conhecida como Constituição de Weimar e a qual consagrou os direitos econômicos e sociais relacionados ao trabalho, educação e seguridade social. (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917), Diario Oficial de la Federación, Cidade do México-México, 5. feb. 1917, pesquisável em: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf. / Weimar Constitution (1919), Weimar Republic (Germany), Aug. 11, 1919, pesquisável em: http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php#Second%20Part.)

¹⁴² Nesse paradigma surgem as garantias institucionais, que são as garantias de determinadas instituições, fundamentais para a sociedade, como, por exemplo, a família, a imprensa livre, o funcionamento público e *etc.* (PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, Teoria, p. 145.)

¹⁴³ PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 15.^a ed., atual., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 570.

“jusnaturalismo x positivismo jurídico”; de modo que a moral e o direito se reaproximaram; e a norma passou a ser tratada como gênero das espécies princípios e regras.

Em seguida, ocorreu o surgimento da 3.^a Geração de Direitos Fundamentais, que está ligada aos direitos à fraternidade ou à solidariedade, ou seja, aos direitos transindividuais.

Para alguns doutrinadores, foi essa a geração de direitos que passou a proteger o direito coletivo, ou seja os direitos que vão além dos interesses dos indivíduos, como o direito ao progresso ou desenvolvimento, o direito à determinação dos povos, o direito ao meio ambiente e o direito de propriedade sobre o patrimônio histórico cultural comum na humanidade.

Não suficiente, modernamente, a doutrina reconhece a quarta e a quinta dimensão de direitos fundamentais, complementando as três dimensões já consagradas. Ocorre que não há consenso entre os constitucionalistas sobre os bens protegidos por essas novas gerações.¹⁴⁴

É que, por exemplo, parte dos doutrinadores entendem que a quarta dimensão constitui o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo jurídico, ao passo que outros entendem que essa dimensão decorre dos avanços da engenharia genética, que colocam em risco a própria existência humana, pela manipulação do patrimônio genético.¹⁴⁵

Quanto a quinta dimensão, afirmam ainda que nesta foi constituído o direito à paz, como axioma da democracia participativa moderna, ou ainda como supremo direito da humanidade.¹⁴⁶

De todo modo, apesar da classificação adotada pela doutrina, como bem observa PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade. Cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dá-se à compreensão.”¹⁴⁷

5.2 Características dos direitos fundamentais

Caracterizar os direitos fundamentais é uma tarefa muito complexa, visto que esses direitos são tratados de forma diferente, a depender de cada Estado.

¹⁴⁴ Juliano Taveira Bernardes / Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, *Direito*, p. 614.

¹⁴⁵ PEDRO LENZA, *Direito*, 15.^a ed. p. 862.

¹⁴⁶ PEDRO LENZA, *Direito*, 15.^a ed. p. 863.

¹⁴⁷ Paulo Gustavo Gonet Branco, *Teoria*, p. 145.

A doutrina afirma que a universalidade dos direitos fundamentais não supõe uniformidade, por depender de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente das peculiaridades da cultura e da história dos povos.¹⁴⁸ Assim cita-se algumas características, sem pretensão de as exaurir, que são associadas aos direitos fundamentais com mais frequência:

- a) imprescritibilidade: essa característica está ligada a ideia de que os direitos fundamentais não desaparecem pelo decurso do tempo e pelo seu exercício;
- b) inalienabilidade: os direitos fundamentais são inalienáveis, por não se admitir que o seu titular o torne impossível de ser exercitado para si mesmo, seja fisicamente ou juridicamente. Essa característica exclui quaisquer atos de disposição, como renúncia, compra e venda ou doação. Nesse sentido, por exemplo, o direito à integridade física, sendo inalienável, proíbe a comercialização pelo indivíduo de partes do seu corpo ou de qualquer função vital. Não obstante, apesar da inalienabilidade, nada impede que o exercício de certos direitos fundamentais seja restringido, em prol de uma finalidade acolhida ou tolerada pela ordem constitucional. Imagine-se um determinado indivíduo que, pelo exercício de sua profissão tem acesso a informações sigilosas da empresa onde trabalha. Em razão disso ele não poderá divulgar essas informações, sob o amparo do direito à liberdade de expressão, pois violaria outros direitos constitucionais vigentes na carta magna. Destarte, apesar dos direitos fundamentais serem inalienáveis, deve-se considerar, em determinados casos, a flexibilização desses direitos, que podem estar, pois, conforme o caso, sujeitos a certa mitigação;
- c) irrenunciabilidade: a irrenunciabilidade é uma característica dos direitos fundamentais que impede que o indivíduo abra mão irrevogavelmente dos direitos essenciais à dignidade da pessoa humana. Entretanto, essa característica não impede a restrição de determinados direitos, em prol de uma finalidade tolerada pela ordem constitucional;
- d) inviolabilidade: essa característica apresenta a impossibilidade de desrespeito aos direitos constitucionais por determinação infraconstitucional ou por atos de autoridade. Caso isso ocorra, poderá haver a penalização civil, administrativa e criminal dos responsáveis;

¹⁴⁸ NATHALIA MASSON, *Manual*, p. 192.

- e) universalidade e absolutabilidade: em regra, o conceito de universal nos remete a ideia de que os direitos devem abranger todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, raça, sexo e convicção filosófica. Ocorre que esse conceito deverá ser compreendido em termos. Compreendendo o verdadeiro significado de universalidade, apontamos a existência de um núcleo mínimo de direitos que deverão estar presentes em qualquer lugar e para qualquer pessoa, independentemente da condição jurídica desta ou do local onde ela se encontra, bastando ser humano para receber a titularidade destes direitos fundamentais. Não obstante, decorre também dessa compreensão que, apesar de todas as pessoas serem titulares de direitos fundamentais, alguns desses direitos são específicos e não são designados a todos. Nesse sentido, enquanto o direito à vida, por exemplo, é destinado a todos os homens, os direitos trabalhistas são designados a determinadas pessoas, ora trabalhadores. Ademais, parte da doutrina também considera os direitos fundamentais como absolutos, por estarem em um patamar máximo na hierarquia jurídica. Porém, deve se admitir que mesmo os direitos fundamentais poderão encontrar limitações em outros direitos de ordem constitucional de igual patamar. Assim, compreendemos que não há razões para caracterizar os direitos fundamentais como direitos de prioridade absoluta;¹⁴⁹
- f) efetividade: a efetividade dos direitos fundamentais está na atuação do Poder Público, o qual deve priorizar a aplicação dos direitos essenciais, podendo usar até mesmo de mecanismos coercitivos para garantir a aplicação e observância destes direitos;
- g) interdependenciabilidade: a interdependência diz respeito às previsões constitucionais dos direitos fundamentais ligadas aos mecanismos de proteção deles. O direito de liberdade de locomoção, por exemplo, usa a garantia fundamental, no caso o *habeas corpus*, doravante HC, para impedir o cumprimento de ordem de prisão que se entenda ilegal;
- h) complementaridade: a ideia de complementariedade está no fato de se interpretar os direitos fundamentais levando em conta todo o sistema constitucional. A complementariedade deve ser assegurada para garantir a máxima proteção ao valor da dignidade da pessoa humana; e

¹⁴⁹ Marcelo Alexandrino / Vicente Paulo, *Direito*, p. 101.

- i) relatividade e/ou limitabilidade: conforme explicado na característica da universalidade, os direitos fundamentais não são absolutos e, em muitos casos, esses direitos entram em conflito com outros direitos constitucionais. Dessa maneira, a relativização de direitos, visando, acima de tudo, a proteção do direito à dignidade da pessoa humana, será necessária.¹⁵⁰

Por todas essas características confirma-se que os direitos fundamentais são inerentes à pessoa humana, de modo que a sua concretização é essencial tanto para manutenção da dignidade da população como um todo quanto para a preservação do Estado Democrático de Direito.

5.3 Funções dos direitos fundamentais

Para garantir uma melhor compressão sobre as funções dos direitos fundamentais, faz-se necessário apresentar algumas classificações usadas pela doutrina moderna, como prenunciado no início deste capítulo.

Primeiramente, a doutrina organiza os direitos fundamentais a partir de duas perspectivas: subjetiva e objetiva.

Sob a perspectiva dos direitos fundamentais na dimensão subjetiva, ora relativa aos sujeitos da relação jurídica, os direitos dividem-se em direitos de proteção (negativos) dos indivíduos perante o poder público e direitos de exigência de prestação (positivos) por parte dos indivíduos em face do poder público.

Noutra perspectiva, sobre a dimensão objetiva, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, operando como limite do poder e como diretriz para a ação deste. Nessa dimensão, apresenta-se a capacidade dos direitos fundamentais de alcançar os poderes públicos e orientar o exercício de suas atividades principais, revelando-se eles como um verdadeiro “norte de ‘eficácia irradiante’ para o ordenamento jurídico”.¹⁵¹

¹⁵⁰ NATHALIA MASSON, *Manual*, p. 195.

¹⁵¹ MARCELO ALEXANDRINO / VICENTE PAULO, *Direito*, p. 102. / Com a mesma ideia: BERNARDO GONÇALVES FERNANDES (BERNARDO GONÇALVES FERNANDES, *Curso de Direito Constitucional*, 1.ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 230.)

Em suma, a doutrina esclarece que o reconhecimento dessas dimensões, subjetivas e objetivas, são fundamentais para o reconhecimento dos direitos fundamentais como valores supremos a serem preservados dentro do ordenamento jurídico.

Ao se analisar as funções dos direitos fundamentais, percebe-se que sua atuação dependerá do campo específico de proteção, pois, ora assegurarão aos indivíduos o direito de defesa frente aos atos abusivos do Estado, ora permitirão a exigência de atuação positiva do Estado e ora assegurarão ao indivíduo o direito de participação nas ações do Estado.

Nessa direção, também de acordo com a teoria dos quatro *status*¹⁵² de GEORGE JELLINEK, os direitos fundamentais cumprem diferentes funções na ordem jurídica. Essa teoria apresenta as distintas posições dos indivíduos perante o Estado, as quais são: *status* passivo, *status* ativo, *status* negativo e *status* positivo. Desse modo, a teoria apresenta as seguintes particularidades:

- a) *status* passivo: apresenta o indivíduo como detentor de deveres para com o Estado, numa posição de subordinação. Logo, o Estado tem a competência de vincular-se ao indivíduo, através de mandamentos e proibições;
- b) *status* negativo: o indivíduo, neste caso, tem liberdade de atuação, livre da ingerência dos poderes públicos, pois o Estado não deve interferir em algumas de suas escolhas;
- c) *status* positivo: o Estado, neste caso, tem a obrigação de atender às exigências apresentadas pelo indivíduo e deve, portanto, atuar positivamente através da oferta de bens e serviço essenciais à subsistência deste; e
- d) *status* ativo: o indivíduo contribui na formação da vontade estatal, através de competências dada a ele, como, por exemplo, o exercício dos direitos políticos.

Dessa forma, os direitos fundamentais, ao desempenharem diversas funções, as quais podem se resumir, pois, em função de defesa ou de liberdade, função de prestação social, função de proteção perante terceiros e função de não discriminação, conseqüentemente determinam a postura do indivíduo em face do Estado.

¹⁵² A teoria dos quatro *status* de GEORGE JELLINEK auxilia a compreensão do conteúdo e alcance dos direitos fundamentais. O referido professor alemão desenvolveu, no final do século XIX, a doutrina dos quatro *status* em que o indivíduo pode encontrar-se diante do Estado. (MARCELO ALEXANDRINO E VICENTE PAULO, *Direito*, p. 98.) Nesse sentido também: NATHALIA MASSON (NATHALIA MASSON, *Manual*.) e GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (GILMAR FERREIRA MENDES / PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso*.)

5.4 Titularidade dos direitos fundamentais

Considerando todas as particularidades dos direitos fundamentais, acredita-se na sua titularidade designada a todos seres humanos.

Não obstante, a CRFB apresenta algumas restrições, quanto à titularidade dos direitos fundamentais.¹⁵³

Nesse sentido, por exemplo, o *caput* do artigo 5.º da CRFB, de modo expresso, garante somente a brasileiros, natos ou naturalizados, e aos estrangeiros residentes no país a titularidade dos direitos fundamentais. Ainda, no inciso LXXIII do artigo 5.º da CRFB, ficou determinado que somente os cidadãos que exercem os direitos políticos poderão propor ação popular (garantia ou “remédio” constitucional).

Não obstante, atualmente a jurisprudência e a doutrina têm interpretado o referido dispositivo de modo a garantir a todos, inclusive os estrangeiros não residentes no Brasil e os apátridas, os direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana.

Além disso, no Brasil houve um tempo em que somente a pessoa física poderia ser titular de direitos fundamentais. Contudo, hodiernamente, a doutrina e a jurisprudência pacificaram o entendimento de que as pessoas jurídicas também são titulares de direitos fundamentais, de modo que, embora haja direitos fundamentais exclusivos das pessoas físicas, existem direitos que são direcionados àquelas.¹⁵⁴

Na Carta Magna brasileira, muitos são os direitos fundamentais direcionados à pessoa jurídica, como os direitos que decorrem dos princípios da isonomia e da legalidade, o direito de resposta, o direito de propriedade, o direito ao sigilo das correspondências e das comunicações em geral *etc.*

Assim, mesmo havendo direitos direcionados a pessoa jurídica, há, sem sombra de dúvida, direitos exclusivos das pessoas físicas.

¹⁵³ NATHALIA MASSON, Manual, pp. 198-199.

¹⁵⁴ Assim, por exemplo, é a Súmula n.º 227 do Superior Tribunal de Justiça: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.” (Súmula n.º 227 do Superior Tribunal de Justiça, Brasil, 08 de setembro de 1999, pesquisável em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>.)

5.5 Organização dos direitos fundamentais na Constituição brasileira

No ordenamento jurídico brasileiro os direitos fundamentais estão elencados no Título II (Dos direitos e garantias fundamentais) da CRFB. Essa sistematização do texto garantiu a organização e a identificação dos direitos fundamentais, mas, por não conter um rol taxativo, não esgotou os direitos fundamentais desta Constituição, pois existem outros direitos fundamentais que não estão elencados na referida seção, mas sim noutros dispositivos espalhados por todo o texto constitucional.

Por oportuno, vale mencionar algumas espécies de direitos fundamentais conforme a ordenação da Carta brasileira, quais sejam aquelas que estão contidas no referido título II:

- a) capítulo I – direitos e deveres individuais e coletivos: estes direitos estão ligados diretamente ao conceito de pessoa humana e de sua personalidade, são destinados à proteção dos indivíduos, mas também dos diferentes grupos sociais;
- b) capítulo II – direitos sociais: estes direitos tem por finalidade a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, objetivando a concretização da igualdade social;
- c) capítulo III – direitos de nacionalidade: são direitos básicos que favorecem as exigências dos indivíduos para com o Estado, vinculando determinado Estado ao indivíduo;
- d) capítulo IV – direitos políticos: são os direitos que conferem ao indivíduo atributos da cidadania e permitem que ele exerça, de forma livre e consciente, os mais diversos atos que compõe seu direito de participação nos negócios políticos do Estado; e
- e) capítulo V – direitos dos partidos políticos: direitos que se referem à organização dos instrumentos necessários para se concretizar o sistema representativo.

Note-se que a CRFB apresenta em seu título II os bens e vantagens considerados direitos fundamentais, assim como os instrumentos, chamados de garantias, que asseguram o exercício desses direitos; logo, nos dispositivos do título em comento, percebe-se que a CRFB não deixou qualquer dúvida ou margem quanto à fundamentalidade atribuída aos direitos sociais.

5.6 Aplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais

Considerando o §1.º do artigo 5.º da CRFB¹⁵⁵, pode-se dizer que, em regra, a aplicação das normas definidoras dos direitos e garantias é imediata¹⁵⁶. Pela essencialidade dos direitos, o sistema buscou, através da aplicação imediata, alcançar a efetividade e a segurança jurídica esperada.

A aplicação imediata, segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, é própria das “[...] normas dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos que elas regulam.”¹⁵⁷

Assim, pode-se dizer que, em consonância com a doutrina majoritária, os direitos fundamentais democráticos e individuais são de caráter normativo, e não meramente programático. Por outro lado, os doutrinadores concedem que existem normas relativas a direitos e garantias fundamentais que não são autoaplicáveis, isto é, que carecem de regulamentação para produção integral de seus efeitos, pois grande parte dos direitos sociais tende pela aplicabilidade indireta, mediata e limitada, já que, em regra, depende de providências ulteriores para completar sua eficácia.¹⁵⁸

De fato, como explica ANDRÉ RAMOS TAVARES, não se pode exigir uma aplicação imediata e irrestrita para uma norma que expressamente declara a necessidade de complementação por meio de outra lei.¹⁵⁹

Visto isso, é afirmável que as normas que positivam direitos fundamentais tem e devem ter aplicabilidade direta, salvo algumas (que não são poucas) que necessariamente demandam regulamentação posterior para a efetivação dos direitos que definem.

¹⁵⁵ Assim prescreve o dispositivo: “[...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. [...]” (Constituição da República Federativa do Brasil (1988), Diário).

¹⁵⁶ Além da Constituição brasileira (1988), a Constituição espanhola, em seu artigo 33.º, a Constituição portuguesa, em seu artigo 18.º, a Constituição alemã, em seu artigo 1.º, n.º 3, e outras adotaram, expressamente, o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. (GILMAR FERREIRA MENDES / PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso*, p. 157.)

¹⁵⁷ NATHALIA MASSON, *Manual*, p. 203.

¹⁵⁸ Marcelo Alexandrino / Vicente Paulo, *Direito*, pp. 113-114.

¹⁵⁹ ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Curso*, 6.ª ed., p. 484.

5.7 Direitos sociais como direitos fundamentais

Inserindo-se na 2.^a dimensão dos direitos fundamentais, os direitos sociais surgiram, pois, a partir da necessidade da atuação positiva dos Estados em meio à crise do Estado Liberal que ocorreu em meados do século XX. Nessa época, a sociedade aclamava pela redução da desigualdade social, pois vivia-se um período em que a falta da intervenção estatal agravava ainda mais os problemas sociais.

Como marco inaugural desta esperada intervenção estatal, as Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919 positivaram os direitos sociais, representando, assim, uma verdadeira revolução que se iniciava nos campos do Direito Constitucional e dos Direitos Humanos.¹⁶⁰

Hodiernamente, independentemente da diferenciação existente em cada sistema constitucional, os direitos sociais são reconhecidos como direitos que guardam um certo núcleo essencial e um mínimo de aplicabilidade imediata [do qual se falará adiante] e correspondem, basicamente e dentre outros, ao direito à saúde, ao direito à habitação, ao direito à segurança social, ao direito ao trabalho, ao direito à educação *etc.*¹⁶¹

Porém, a conceituação dos direitos sociais não é pacífica. Sobre a natureza, o regime e a aplicação destes existem discussões doutrinárias¹⁶² dispensáveis aqui, apesar de oportuna a síntese sobre esse tema.

Partindo-se do entendimento de que os direitos sociais são direitos que atendem às necessidades básicas do indivíduo e do atributo pelo qual muitos deles (pelo menos os principais) exigem um mínimo vital, pode-se afirmar que estes direitos devem ser considerados materialmente fundamentais, pois são meios para evitar privações severas e desmedidas.¹⁶³ Por

¹⁶⁰ ANA CRISTINA COSTA MEIRELES, *A eficácia dos direitos sociais*, Salvador: JusPodivm, 2008. / A Constituição Mexicana dentre outros mantém, por exemplo, no seu título sexto, a positivação de direitos sociais relativos ao trabalho; do mesmo modo, a histórica e conhecida Constituição de Weimar, em sua segunda parte, positivou, dentre outros, direitos sociais relativos ao trabalho. (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917), Diario. / Weimar Constitution (1919), Weimar.)

¹⁶¹ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais, 1.^a ed., Coimbra: Coimbra, 2010, pp. 40-41.

¹⁶² Pode-se dizer que toda essa discussão acerca da fundamentalidade dos direitos sociais ocorre por três motivos: primeiro (motivo de caráter financeiro), pelo fato de serem submetidos sob à reserva do possível; segundo, pelo fato de apresentarem uma estrutura de direitos positivos, prestacionais; e, por último, por terem conteúdo constitucional indeterminado. (JORGE REIS NOVAIS, *Direitos*, *passim*.)

¹⁶³ DANIEL SARMENTO afirma que “a liberdade é esvaziada quando não asseguradas as condições materiais mínimas para que as pessoas possam desfrutá-la de forma consciente.” (DANIEL SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2006, p. 154.) Nesse sentido, também VIRGINIA MANTOUVALOU. (VIRGINIA MANTOUVALOU, *The case for social rights*, Georgetown Law Faculty Publications and others works,

isso também são frequentemente inseridos nos textos constitucionais como direitos fundamentais.

Considerando essas particularidades dos direitos sociais, tanto no direito brasileiro como no direito português, as respectivas e atuais constituições consagraram os direitos sociais como direitos fundamentais, quando a CRFB insere o capítulo de seu texto que trata dos direitos sociais (Capítulo II Dos Direitos Sociais) como subseção do título (seção maior) que estabelece os direitos e garantias fundamentais (Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais) e quando a CRP insere na primeira parte (seção de primeiro nível) de seu texto, que trata dos direitos e deveres fundamentais (Parte I Direitos e deveres fundamentais), como subseção, o título III, que estabelece direitos e deveres econômicos, “sociais” e culturais (Título III Direitos e deveres econômicos, sociais e culturais) e que, por sua vez, contém o capítulo específico para os direitos e deveres sociais (Capítulo II direitos e deveres sociais).

Não suficiente, no caso do Brasil,¹⁶⁴ a desconsideração da fundamentalidade dos direitos sociais não tem cabimento¹⁶⁵, pois, além de, do ponto de vista formal, estarem estabelecidos dentro da designação dos direitos fundamentais¹⁶⁶ – que contém inclusive os direitos individuais (indiscutivelmente fundamentais) –, na qual são submetidos a um regime especial que garante a plena eficácia e a direta aplicabilidade suas¹⁶⁷ e na qual estão

n.º 331, Apr. 12, 2010, in, CONOR GEARTY (Ed.) / VIRGINIA MANTOUVALOU (Ed.), *Debating Social Rights*, Oxford: Hart Publishing, Apr. 2010, artigo da Faculdade de Direito Público de *Georgetown*, n.º 10-18, pesquisável em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/331>.)

¹⁶⁴ No direito brasileiro não há dúvida acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, por se enquadrarem no conceito de direito fundamental. Dessa forma JANE GONÇALVES PEREIRA assevera que: “do ponto de vista formal, direitos fundamentais são aqueles que a ordem jurídica constitucional qualifica expressamente como tais. Já do ponto de vista material, são direitos fundamentais aqueles direitos que ostentam maior importância, ou seja, os direitos que devem ser reconhecidos por qualquer constituição legítima”. (JANE REIS GONÇALVES PEREIRA, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 77). Nessa mesma linha, defende ANA CRISTINA COSTA MEIRELES que os direitos sociais têm a mesma aplicabilidade imediata que os direitos à liberdade. (ANA CRISTINA COSTA MEIRELES, *A eficácia*, p. 94.)

¹⁶⁵ Mesmo havendo uma parte bastante considerável dos doutrinadores que entendem serem os direitos sociais também direitos fundamentais, há entendimentos que divergem, como o de RICARDO LOBO TORRES, que acredita não serem fundamentais os direitos sociais, mas somente o mínimo existencial desses direitos, argumentando que a fundamentalidade de todo direito teria migrado para essa parcela do mínimo. (RICARDO LOBO TORRES, *A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial*, in, INGO WOLFGANG SARLET (Org.), *Direitos Fundamentais Sociais*, estudos de direito constitucional, internacional e comparado, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, *passim*.) Cf. RICARDO LOBO TORRES, *O mínimo existencial*, São Paulo: Renovar, 2008, *passim*.

¹⁶⁶ Para ALEXANDRE DE MORAES “a definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas consequências imediatas: subordinação à regra da autoaplicabilidade prevista, no § 1º, do art. 5º e suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver a omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social e, conseqüentemente, inviabilize seu exercício.” (ALEXANDRE DE MORAES, *Direito Constitucional*, 32.ª ed., rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2016, *e-book*, p. 350.)

¹⁶⁷ Destarte no Brasil não há um regime diferenciado para os direitos fundamentais sociais, pois tanto para os direitos de defesa quanto para os direitos a prestações vigora o regime de aplicabilidade imediata e eficácia plena

subordinados a um elevado grau de proteção contra a mutação constitucional, que impede eventuais tentativas de retrocesso social através de emendas constitucionais (inciso IV do §4.º do artigo 60 da Constituição brasileira)¹⁶⁸; do ponto de vista material, guardam valores, objetivos e princípios que conferem ao indivíduo meios de efetivação da dignidade e do bem-estar mínimos da pessoa humana.

Em sede de direito comparado, na mesma direção, mas em sentido diferente do que ocorre no direito brasileiro, Portugal, já há muito tempo, enfrenta uma discussão a respeito do regime e da força vinculativa dos preceitos constitucionais consagradores dos direitos sociais. Tal divergência surgiu quando a Constituição Portuguesa, aparentemente, estabeleceu dois regimes diferentes de eficácia, a serem atribuídos, cada qual, aos direitos sociais e aos direitos à liberdade, de modo que os direitos sociais não seriam passíveis de uma aplicabilidade imediata, pelo motivo de não ser atribuído a eles o regime especial próprio dos direitos de liberdade.

Não bastando, no país lusitano, houve um tempo em que uma primeira visão chegou a considerar os direitos sociais como meras proclamações sem força jurídica vinculativa, isto é, como apenas normas programáticas,¹⁶⁹ mas, em caso concreto,¹⁷⁰ o tribunal português veio a declarar que o direito à saúde, como um direito social, não pode ser considerado como uma norma meramente programática, apesar de não ter aplicabilidade imediata [como se entendeu], por se inserir em meio às normas que tem força jurídica capaz de vincular efetivamente o legislador e, no caso de haver qualquer omissão por parte do poder legislativo, como a não apresentação das normas necessárias para a efetivação desse direito social, por ser capaz de promover até a declaração de inconstitucionalidade por omissão.

De modo geral, as objeções ao reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais, dentre outras, fundam-se nas seguintes pretensas características daqueles: “o facto de os direitos sociais valerem sob reserva do (financeiramente) possível; o facto de os direitos sociais apresentarem uma estrutura de direitos positivos; e a indeterminabilidade do conteúdo constitucional dos direitos sociais.”¹⁷¹

(§1.º do artigo 5.º da CRFB). (GIOVANI BIGOLIN, A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais, *in*, *Revista do Ministério Público*, n.º 53, maio/set., Porto Alegre: Nova Fase, 2004, p. 52.)

¹⁶⁸ Assim rege o dispositivo: “[...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais. [...]” (Constituição da República Federativa do Brasil (1988), Diário.)

¹⁶⁹ JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II – A construção dogmática, Coimbra: Almedina, 2006, p. 297.

¹⁷⁰ Acórdão n.º 731/95 do Tribunal Constitucional, Processo n.º 274/90, Rel. Cons. Alves Correia, Portugal, 26 de março de 1996, pesquisável em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950731.html>.

¹⁷¹ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, p. 87.

Para a linha que aqui se segue, a qual aliás é corrente majoritária no direito brasileiro e está estabelecida na Carta Magna de 1988, apesar de se reconhecer que a dimensão positiva (direitos à prestação) é a principal dimensão dos direitos sociais, estes apresentam também uma dimensão negativa (direitos de defesa) e podem ser tratados como direitos fundamentais, portanto.¹⁷²

Argumenta-se mais que aos direitos à liberdade também é atribuída uma certa dimensão positiva, ora em maior, ora em menor grau, de todos os tipos de direitos. A título de exemplo, note-se o direito à vida, o qual exige do Estado, por um lado, um dever de defesa (dimensão negativa) pelo qual a abstenção estatal impedirá de prejudicar ou colocar fim à vida do indivíduo e, por outro, um dever prestacional (dimensão positiva) pelo qual o Estado deverá se posicionar ativamente para promover meios e garantir condições para que se alcance não só o direito à vida, mas também o direito a uma vida que seja digna.

A partir dessa consideração, é cediço que não se pode negar as diferenças existentes entre os direitos à liberdade e os direitos sociais, pois aqueles têm por natureza, em geral, uma dimensão negativa, ao passo que estes, evidentemente, estão condicionados mais à dimensão positiva, que é de índole prestacional, ou seja, são subordinados à premissa material e financeira do poder público, apesar de também não se apartarem da obrigação de abstenção por parte do Estado; mas ambos tipos de direitos guardam em comum, pois, mesmo que em menor grau (caso dos direitos sociais) um mínimo de exigibilidade imediata e direta que justificaria reconhecer fundamentalidade aos direitos sociais.

Dessa forma, deve-se entender que os direitos sociais não estão somente ligados a uma atuação positiva do Estado, mas também a uma atuação negativa que implemente e garanta a segurança social, como nos casos de exercício dos direitos de greve, de liberdade e de associação, da proibição de discriminação entre trabalhadores¹⁷³ e de outros. O que quer dizer que, frisando-se, tanto os direitos à liberdade como os direitos sociais são dotados de dimensões positivas e negativas, mesmo com todas as diferenças e particularidades que existem entre esses dois tipos de direitos.

¹⁷² A noção de que tanto os direitos à liberdade quanto os direitos sociais são condicionados à questão econômica e financeira também é conhecida por J. CASALTA NABAIS em “A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos” (*apud* JORGE REIS NOVAIS, *Direitos*, p. 93.)

¹⁷³ INGO WOLFGANG SARLET e MARIANA FILCHTNER FIGUEIREDO justificam essa consideração afirmando que “são sociais direitos que asseguram e protegem um espaço de liberdade e a proteção de determinados bens jurídicos para determinados segmentos da sociedade, em virtude justamente de sua maior vulnerabilidade em face do poder estatal, mas acima de tudo social e econômico, como demonstram justamente os direitos dos trabalhadores”. (INGO WOLFGANG SARLET / MARIANA FILCHTNER FIGUEIREDO, *Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*, in INGO WOLFGANG SARLET (Org.) / LUCIANO BENETTI TIMM (Org.), *Direitos Fundamentais, Orçamento e “reserva do possível”*, 2.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 17.)

Essas ponderações levam a concluir que a fundamentalidade pode e deverá ser analisada a partir da posição do direito em questão no sistema jurídico normativo, e não somente por conta de seu aspecto positivo ou negativo perante o Estado. Logo, para o direito ser considerado fundamental, deve ele aparecer como uma representação jurídica da cidadania, apresentável não necessariamente no texto constitucional, através da qual o princípio da dignidade da pessoa humana se exterioriza.

5.8 Reserva do possível

Diante das discussões existentes sobre a fundamentalidade dos direitos sociais, percebe-se que não se nega a característica especial desses direitos que é a exigência de uma prestação estatal fática, com um custo financeiro direto.

Com essa ligação entre os direitos sociais e a realidade financeira e econômica do Estado, passou-se a discutir sobre a escassez de recursos perante as imensas necessidades sociais. Assim, enfrentando-se a problemática questão da impossibilidade de atender todas as demandas sociais, quando as políticas públicas, foram definidas com base nas prioridades do momento, desenvolveu-se a teoria da reserva do possível.

Essa teoria passou a ser uma limitação jurídico-fática para a implementação de políticas públicas pelos Estados e uma justificativa deles em razão da impossibilidade de se atender as demandas sociais por conta da escassez de recursos e de restrições orçamentárias.

Segundo INGO WOLFGANG SARLET, a teoria da reserva do possível tem por base uma tríplice dimensão que se resume em:

- a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais sociais;
- b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a determinação das prioridades na alocação das receitas; e
- c) a proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

A primeira dimensão coloca em dúvida uma questão bastante discutida pela doutrina e que se baseia na atuação do Estado frente a uma demanda específica, considerando toda a coletividade e os recursos financeiros disponíveis: poderia o Estado satisfazer somente a

demanda específica (e não a geral)? O atendimento de dada demanda implicaria no atendimento das demais para todos ou somente para os que comprovassem a necessidade?

A doutrina, para este caso, esclarece que o princípio da isonomia e proporcionalidade devem ser primeiramente observados antes de qualquer decisão. Primeiro porque não se sustenta a ideia de atender somente determinada demanda e segundo porque a atuação do Estado deve basear-se no bem coletivo.

Seguindo-se, a segunda dimensão traz a questão da possibilidade ou não de o Poder Judiciário intervir na competência dos órgãos encarregados de formular e efetivar as políticas públicas. A doutrina majoritária opta pela impossibilidade de intervenção do judiciário na efetivação das políticas públicas, as quais garantem a efetivação dos direitos sociais, porque isso violaria o princípio da separação dos poderes, porém defende o exercício de fiscalização pelo judiciário, em caso de pressuposto descumprimento das normas constitucionais, e, a depender do caso, aceita também a intervenção baseada no princípio da proporcionalidade, que visa garantir a mínima proteção da dignidade da pessoa humana.¹⁷⁴

Por fim, na última e terceira dimensão, está a ideia do equilíbrio entre a necessidade social e a possibilidade de a atender conforme as reservas orçamentárias. A problemática factual existente nessa dimensão está no uso da teoria da reserva do possível pelo Estado para exonerar-se do cumprimento das obrigações firmadas no texto constitucional. Na verdade, tal uso só é possível quando o Estado demonstrar um motivo justo e objetivamente verificável.¹⁷⁵

Para melhor compreensão sobre o tema, historicamente, têm-se o *leading case* da Teoria da Reserva do Possível que se deu pelo julgamento do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no ano de 1972, de “dois Controles concretos, apresentados pelos Tribunais Administrativos de *Hamburg* e da *Baviera*”,¹⁷⁶ que por sua vez se deram em 1969 e em 1970 e cujos objetos foram regulamentações de admissão (vestibular) para o curso de medicina humana nas universidades das referidas cidades.

Em um dos casos, um estudante ajuizou ação para obter o direito de cursar o ensino superior, sob o fundamento de que a Constituição Alemã assegurava a livre escolha do trabalho, ofício ou profissão, tendo em vista que não havia disponibilidade de vagas em número

¹⁷⁴ NATHALIA MASSON, *Manual*, p. 292.

¹⁷⁵ GEORGE MARMELESTEIN, *Curso de Direitos Fundamentais*, São Paulo: Atlas, 2008.

¹⁷⁶ Decisão do Tribunal Constitucional Federal, BverfGE n.º 33, 303 [*numerus clausus*], Controle concreto, Alemanha, Juli 18, 1972, in, LEONARDO MARTINS (Org.), *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*, Tradução Beatriz Henning et al., Uruguai: Fundación Konrad-Adenauer=Konrad-Adenauer-Stiftung E.V, 2005, Coletânea original *Jügen Schwabbe*, pp. 656 ss., pesquisável em: http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-4-30.pdf.

suficiente para todos os interessados em frequentar as universidades públicas que propiciavam o curso de interesse do pleiteante. O tribunal inferior, com base no princípio da proporcionalidade, entendeu que o Estado não poderia fornecer aquilo que ultrapassasse o limite razoável dos recursos disponíveis, da mesma forma que não poderia fornecer o benefício a quem não faz jus, como o indivíduo que seria capaz de obter recurso suficiente para garantir o seu sustento.¹⁷⁷

Assim, o Tribunal Constitucional Alemão afirmou a existência de uma limitação fática à atuação estatal positiva e obrigatória, condicionada, pois, à reserva do possível, no sentido de que um mandamento constitucional não é suficiente para o obrigar o Estado ao fornecimento de considerado direito sem haver uma ponderação acerca da razoabilidade do pedido sobre as reais condições financeiras do Estado.

Com fulcro na premissa de que os direitos sociais, como direitos fundamentais (que também são) a prestações estatais vinculadas a bens materiais, possuem uma dimensão economicamente relevante, pode-se sustentar que a reserva do possível deve considerar a disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais e a disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos dispensáveis (ordem fática e ordem jurídica, respectivamente¹⁷⁸); e ainda a proporcionalidade das prestações, especialmente quanto a sua exigibilidade e razoabilidade.¹⁷⁹

A partir dessa análise, a reserva do possível não pode ser entendida unicamente como um instrumento de se limitar os direitos fundamentais, porque quando se observa os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade através da ponderação, garante-se o mínimo existencial presente no âmbito comum da aplicação destes princípios, conduzindo-se a teoria da reserva do possível para, além de uma limitação jurídica e fática, também uma forma de garantia dos direitos fundamentais pleiteados em um caso concreto.¹⁸⁰

¹⁷⁷ NATHALIA MASSON, *Manual*, p. 290. Na mesma linha, INGO WOLFGANG SARLET (INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 265.)

¹⁷⁸ Entende a autora ANA PAULA DE BARCELLOS que a dimensão da reserva do possível deve ser compreendida apenas por ordem fática (falta de recursos) e ordem jurídica (orçamentária). (ANA PAULA DE BARCELLOS, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, o princípio da dignidade da pessoa humana, 3.^a ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 276.)

¹⁷⁹ A estrutura da dimensão defendida nesse trabalho segue a ideia de INGO WOLFGANG SARLET e MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO. Os autores notam que a efetiva disponibilidade jurídica “guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e [...], além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo”; e que a proporcionalidade é envolvida pela reserva do possível “na perspectiva [...] do eventual titular de um direito a prestações sociais”. (INGO WOLFGANG SARLET / MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO, *Reserva*, p. 30.)

¹⁸⁰ Ingo Wolfgang Sarlet / Mariana Filchtiner Figueiredo, *Reserva*, p. 30.

Apoiados nessa conceituação, com a experiência de casos como o citado *leading case*, a partir dos anos 70, a doutrina e a jurisprudência passou a entender que somente se exige do Estado o atendimento de um interesse ou da prestação de um serviço se forem observados também os limites da razoabilidade no contexto do princípio da reserva do possível.

Sobre esse posicionamento, J. J. GOMES CANOTILHO menciona que este foi rapidamente atendido para firmar que os direitos sociais estão condicionados à condição financeira do Estado, ou seja, que os direitos sociais somente serão observados se existir dinheiro nos cofres públicos. Porém, o renomado autor objeta que “um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica”.¹⁸¹ Em outras palavras, isso quer dizer que os direitos sociais, dotados de natureza fundamental, cuja obrigação é imediata, perderiam todo o sentido e significado, caso estivessem limitados às condições financeiras do Estado.

Nesta linha, então, muitos doutrinadores e a jurisprudência brasileira veem a reserva do possível como uma teoria que não condiz com o contexto brasileiro, primeiro por se tratar de uma teoria que não poderá ser aplicada nas demandas que pleiteiam o mínimo existencial e segundo por ter o direito social, no Brasil, com mais assertividade, *status* constitucional, diferentemente do que ocorre, por exemplo, na Alemanha.¹⁸²

É que, enquanto na Alemanha esta teoria foi desenvolvida levando em consideração a necessidade de se disponibilizar vaga no ensino superior, no Brasil a maioria das questões levadas ao judiciário é basicamente ligada ao mínimo existencial, como o caso de um cidadão pleitear um medicamento essencial para sua sobrevivência. Assim, para os brasileiros, aplicar a teoria da reserva do possível poderia provocar um desastre, já que se colocaria em risco a

¹⁸¹ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria*, p. 481.

¹⁸² Autores como ANA PAULA DE BARCELLOS e RICARDO LOBO TORRES e, bem assim, a jurisprudência brasileira acreditam que a cláusula da Reserva do Possível criada na Alemanha é inadequada para o contexto brasileiro, já que o direito social, como o direito à saúde, tem *status* constitucional. (ANA PAULA DE BARCELLOS, *A eficácia*, 3.^a ed., *passim*. / RICARDO LOBO TORRES, *O mínimo*, *passim*.) Exemplifique-se com parte do entendimento do STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (doravante ADPF) n.º 45, na qual se afirmou que “[...] a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação, ou até mesmo aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.” (Decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal, ADPF n.º 45-9, Rel. Min. Celso de Mello, Brasil, 29 de abril de 2004, publicado no Diário do Judiciário de 04 de maio de 2004, pesquisável em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000072044&base=baseMonocraticas>.) Cite-se também a decisão da Suprema Corte brasileira no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário (doravante RE-AgR) n.º 410.715-5-SP. (Acórdão do Supremo Tribunal Federal, RE-AgR n.º 410.715-0-SP, Rel. Min. Celso de Mello, Brasil, 22 de novembro de 2005, publicado no Diário do Judiciário de 03 de fevereiro de 2006, pesquisável em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>.)

própria dignidade humana, quando, por exemplo, o direito à saúde, em seu núcleo essencial, deva ser satisfeito independentemente da existência de lei ou de previsão orçamentária.

À vista disso, como crítico à teoria da reserva do possível, VICENTE DE PAULO BARRETO interpreta três falhas ocasionadas por sua aplicação: primeiro que ela geraria a afirmação de ser o direito social, em seu gênero, um direito de segunda importância, segundo que consideraria os direitos sociais como decorrentes de um Estado de economia forte, podendo, por isso, serem excluídos no caso de um país de desenvolvimento tardio, e terceiro e último que negaria a essência do Estado Democrático de Direito, sob o fundamento de que pelo custo nega-se os direitos fundamentais,¹⁸³ ou noutras palavras, pela ordem fática nega-se a jurídica, ou ainda, pelo ser nega o dever ser, quando deveriam coexistir dialeticamente.

Por isto, conclui-se que não pode o Estado permitir que qualquer medida legislativa ou administrativa reduza, anula ou revogue qualquer núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, de forma que se possibilite um retrocesso social. Pois, uma vez garantido determinado nível de direito, não mais poderá ser suspenso, sob pena de violação do princípio da proibição do retrocesso, do qual discorrerá à frente.¹⁸⁴

De tudo, a teoria da reserva do possível, apesar de relativizar a eficácia e a efetividade dos direitos sociais, não poderá significar indeferimento ou perecimento de direitos fundamentais e inclusive sociais, como o direito à vida, à saúde ou até à dignidade humana; muito menos poderá ser fundamento para permitir a redução do mínimo existencial exigido na Constituição federal.

5.9 Mínimo existencial

Como visto, há direitos que exigem uma efetivação por parte do Estado, sendo que parte desses direitos não poderá, de forma alguma, ser objeto de omissão estatal, por se tratar

¹⁸³ VICENTE DE PAULO BARRETO, Reflexões sobre os direitos sociais, *in*, INGO WOLFGANG SARLET (Org.), *Direitos fundamentais sociais*, estudos de direito constitucional, internacional e comparado, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 117-121.

¹⁸⁴ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra, 1991, p. 93. / Na mesma linha, JORGE REIS NOVAIS assevera que a reserva do possível deve atuar como mandado de otimização dos direitos fundamentais, o qual deverá preservar o nível de direito já reconhecido, principalmente no que diz respeito ao mínimo existencial. (JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra: Coimbra, 2004, p. 295.)

de uma parcela cuja ausência de prestação é capaz de violar a dignidade da pessoa humana. Isso implica dizer que o cidadão tem direito a prestações positivas frente ao Estado no que diz respeito às condições mínimas de uma sobrevivência digna e que essa parte intocável do direito subjetivo, ora chamada de mínimo existencial ou condições mínimas de existência humana, deverá ser garantida sempre¹⁸⁵.

Essa noção do mínimo existencial foi desenvolvida na Alemanha, ganhando maior expressão após a Segunda Guerra Mundial, quando os estudiosos passaram a considerar como obrigação do Estado a garantia de uma existência física e digna ao cidadão. Tal consideração teve como embasamento os princípios da dignidade da pessoa humana, do direito à vida, da integridade física e dos demais direitos positivados na lei fundamental, de forma que a jurisprudência passou a ser influenciada pela obrigação estatal de garantir o mínimo existencial.

Na Constituição brasileira, assim como na Constituição portuguesa, não há uma menção literal sobre o direito ao mínimo existencial, mas é possível observar que, de forma indireta, estas referidas constituições costumam assim estabelecer, principalmente, quando tratam dos objetivos do Estado. Cite-se como exemplo a Constituição brasileira que apresenta a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades, como objetivos,¹⁸⁶ e ainda alguns casos em que se aplica imunidade na incidência de tributos para se garantir uma condição mínima a fim de que o indivíduo possa viver dignamente.¹⁸⁷

Por outro lado, nota-se que hoje tem sido mais frequente o uso da expressão “mínimo existencial” em legislação infraconstitucional, assim como o faz o Direito internacional, em que o referido princípio também tem se apresentado com mais frequência,

¹⁸⁵ J. J. GOMES CANOTILHO dispõe que “das várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem econômico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (*minimum core of economic and social rights*) na ausência do qual o Estado português deve se considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas.” (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2001, p. 203.)

¹⁸⁶ CRFB: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; [...]” (Constituição da República Federativa do Brasil (1988), Diário.)

¹⁸⁷ RICARDO LOBO TORRES informa que a Constituição do Japão, em seu artigo 25, dispõe que “todos terão direito a manutenção de padrão mínimo de subsistência cultural e de saúde” e ainda que na Alemanha falam que o mínimo existencial é imune a impostos, observando, porém, que a maioria das constituições do ocidente não mencionam de forma direta o direito ao mínimo existencial. (RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia, vol. III, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 149.)

visto que em diversos tratados e convenções fala-se de um nível suficiente para o bem-estar, seja no âmbito da saúde, da moradia, da família ou de outros.¹⁸⁸

Insta salientar que o Tribunal Constitucional Português reconheceu o direito ao mínimo existencial no acórdão n.º 509/2002, em que se afirmou que “o respeito pela dignidade humana implica o reconhecimento do direito ou garantia a um mínimo de subsistência condigna, mas o legislador goza de margem de autonomia necessária para escolher os instrumentos adequados para garantir esse direito [...]. Ponto é que as escolhas assegurem, com um mínimo de eficácia jurídica, a garantia do direito a um mínimo de existência condigna para todos os casos [...]”.¹⁸⁹

Dessa maneira, como não há uma definição expressa nos textos constitucionais, o conceito de mínimo existencial pode ser delimitado a partir de uma análise acerca das ideias de liberdade, igualdade, devido processo legal, livre iniciativa, direitos humanos e imunidades e privilégios dos cidadãos.¹⁹⁰

Fazendo isso, LUÍS ROBERTO BARROSO afirma o mínimo existencial ser o “conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado”.¹⁹¹

No direito brasileiro, essa teoria divide a doutrina em basicamente duas posições. Enquanto alguns entendem que o mínimo existencial não possui um conteúdo definitivo,

¹⁸⁸ A Declaração Universal dos Direitos do Homem diz, em seu art. 25.º, que “toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários.” São outros exemplos: o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1996), a Carta Europeia de Direitos Humanos (2000) e a Declaração do Milênio das Nações Unidas (2000). (Universal Declaration of Human Rights, Resolution 217A General Assembly [of United Nations], Paris-França, Dec. 10, 1948, pesquisável em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. / International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Resolution 2200A General Assembly [of Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights], Jan. 3, 1976, pesquisável em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. / Charter of Fundamental Rights of The European Union, Council of the European Union, Nice-França, Dec. 7, 2000, pesquisável em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf. / United Nations Millennium Declaration (2000), Resolution 55/2A General Assembly [of United Nations], New York-United States of America, Dec. 14, 2000, pesquisável em: <http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.htm>.)

¹⁸⁹ Acórdão n.º 509/02 do Tribunal Constitucional, Processo n.º 768/2002, Rel. Conselheiro Luís Nunes de Almeida, Portugal, 19 de dezembro de 2002, pesquisável em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>.

¹⁹⁰ Para o autor RICARDO LOBO TORRES, a definição do que possa ser o mínimo é muito importante para que haja uma existência humana digna, mesmo porque essa qualidade é uma característica essencial e inalienável que abrange todos os direitos, sejam eles de caráter fundamental ou não. Por outro lado, como assevera o autor, a falta dessa definição traz um grande problema para a efetivação do direito; o que dificulta a sua concretização, porque o conceito do mínimo existencial está relacionado à ideia de qualidade de vida e ao princípio de justiça e de redistribuição da riqueza. (RICARDO LOBO TORRES, *Tratado, passim*.)

¹⁹¹ LUÍS ROBERTO BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 3.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 202.

variando de acordo com as contingências de tempo e local; outros afirmam que o mínimo existencial engloba os direitos sociais, como direito à educação fundamental, direito à saúde, direito a assistência aos desamparados e direito ao acesso à justiça. Para esta parte da doutrina, a teoria do mínimo existencial orienta a concretização das políticas pública e define os objetivos primários do orçamento público.¹⁹²

Contudo, deve-se reconhecer, por ser um conceito dependente do espaço, do tempo e principalmente do padrão socioeconômico vigente, não parece ser possível haver uma única definição objetiva e universal do que seja o mínimo existencial, pois o que será necessário em um determinado espaço ou tempo não será necessário em outro.

Noutro ângulo, quanto à possibilidade de aplicação da teoria da reserva do possível diante de direitos fundamentais, que compõe o mínimo existencial, a doutrina brasileira se divide entre:

- a) aqueles que defendem que os direitos que integram o mínimo existencial, imprescindíveis para uma existência digna, não se sujeitam à cláusula da reserva do possível¹⁹³ – nessa linha, RICARDO LOBO TORRES esclarece que o mínimo existencial corresponde aos direitos fundamentais sociais e é exigível, portanto, diretamente, pois não depende da concessão do legislador e, tão menos, de previsão orçamentária, de modo tal que a pretensão do cidadão seria a adjudicação individual de bens públicos. O autor constata também que o mínimo existencial não está submetido à reserva do possível, ou seja, às políticas públicas que asseguram os direitos fundamentais, e que demanda que se proporcione ao cidadão uma condição digna independente do orçamento público. Assim, conclui ele que poderá sim o judiciário determinar a entrega da prestação estatal, pois esses direitos não estão sob a discricionariedade da Administração Pública ou do Legislativo –;¹⁹⁴ e

¹⁹² ANA PAULA DE BARCELLOS, *A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais*, o princípio da dignidade da pessoa humana, 1.ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245-246.

¹⁹³ O Ministro do Supremo Tribunal Federal CELSO DE MELO defende a “impossibilidade de invocação, pelo Poder Público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial”. (Acórdão do Supremo Tribunal Federal, RE n.º 482.611-SC, Brasil, 23 de março de 2010, pesquisável em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE482611CM.pdf>.)

¹⁹⁴ RICARDO LOBO TORRES, O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária, *in*, INGO WOLFGANG SARLET (Org.) / LUCIANO BENETTI TIMM (Org.), *Direitos Fundamentais*, Orçamento e “reserva do possível”, 2.ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 80-81. / Com posicionamento parecido, INGO WOLFGANG SARLET explica que, ainda que os direitos sociais tenham certos limites de eficácia condicionados à reserva do possível, o mínimo existencial exigido, presente inclusive nesta categoria de direitos [sociais], não estará submetido à condição financeira do Estado, tendo, portanto, sua aplicabilidade imediata, sem

- b) aqueles que defendem não haver direito definitivo ao mínimo existencial, concedendo, porém, que o Estado tem o dever de fundamentar sua decisão, nos parâmetros do direito postulado, quando da necessidade de se sujeitar à cláusula da reserva do possível direitos imprescindíveis para a dignidade humana.

Destarte, deve-se reconhecer que o mínimo existencial não é uma categoria universal, varia de lugar para lugar, até mesmo dentro de um mesmo país, porém certos direitos fundamentais, como o direito a saúde, que contribuem diretamente para a qualidade de vida, em seu núcleo essencial, não serão submetidos a qualquer condição ou à cláusula restritiva da reserva do possível, sendo cediço que a disponibilidade da prestação do direito social como um todo e além de um parâmetro mínimo está condicionada a limite que não prejudique o processo econômico e as finanças do Estado, ou seja, que a reserva do possível é oponível quanto àquilo que ultrapassa o mínimo existência de considerado direito social.

5.10 Vedação do retrocesso

De acordo com todo estudo até aqui abordado, podemos afirmar que em um Estado Social de Direito exige-se do poder público um comportamento positivo para garantir a implementação dos direitos fundamentais, principalmente, quanto aos direitos sociais, por meio das políticas públicas.

O Poder Público deve implementar as políticas pública, respeitando as normas constitucionais, o mínimo existencial e a reserva do possível. Nesse contexto, além de observar todos os dizeres constitucionais, deverá garantir que o direito, uma vez concretizado, não seja diminuído ou esvaziado. Aliás, nem mesmo a lei ordinária, através do poder de reforma, poderá retroceder naquilo que anteriormente já havia sido consagrado.¹⁹⁵

Justamente, essa proibição de retrocesso, que se transformou em um importante tema no estudo dos direitos sociais, passou a ser chamada pela doutrina de Teoria da Proibição

a necessidade de intervenção legislativa. (INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 318.)

¹⁹⁵ Um caso bem conhecido, no direito português, capaz de ilustrar o princípio do retrocesso ocorreu no Acórdão n.º 509, de 2002, do Tribunal Constitucional de Portugal, que reconheceu a inconstitucionalidade de lei que, ao regular prestação social imposta pela Constituição, reduziu injustificadamente o âmbito de beneficiários do chamado “rendimento mínimo”. (Acórdão n.º 509/02.)

ou Vedação do retrocesso. Assim, para JORGE REIS NOVAIS, esse princípio é a chave para resolver a maioria dos problemas existentes nos direitos fundamentais.¹⁹⁶

A teoria da proibição do retrocesso não está expressamente prevista no texto constitucional brasileiro, entretanto o princípio por ela guardado decorre do sistema jurídico-constitucional e visa “impedir a edição de qualquer medida tendente a revogar ou reduzir direitos sociais já regulamentados e efetivados, sem que haja a criação de algum outro mecanismo alternativo apto a compensar a anulação dos benefícios já conquistados.”¹⁹⁷

Insta salientar que a proibição de retrocesso se encontra diretamente ligada aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e das garantias constitucionais, assim como tem conexão com os limites materiais à reforma constitucional, considerando-se que esses princípios objetivam a tutela dos direitos constitucionais em face de atos e medidas de caráter retroativo.¹⁹⁸

Logo, nesse contexto, o princípio da proibição do retrocesso garante a proteção dos direitos fundamentais, principalmente os direitos fundamentais sociais (cuja maioria demanda uma ação positiva do Estado), contra a atuação do legislador e de toda administração pública.

Assim, resulta perceptível que a proibição de retrocesso atua como baliza para a impugnação de medidas que impliquem supressão ou restrição de direitos fundamentais, os quais, por sua vez, também não dispõem de uma autonomia absoluta no sistema constitucional, sendo, em boa parte e em níveis diferenciados, concretizações da própria dignidade da pessoa humana.

Em outras palavras, as limitações existentes nesse princípio não quer dizer que exista a proibição total de alteração das normas que prevê os direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, o quer realmente se propõe é a garantia de um direito instituído, incorporado ao patrimônio jurídico e que ainda tem grande relevância para a ordem social.

¹⁹⁶ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos fundamentais*, Trunfos contra a maioria, Coimbra: Coimbra, 2006, p. 101.

¹⁹⁷ NATHALIA MASSON, *Manual*, p. 295. / Nos dizeres do renomado autor JORGE MIRANDA: “[...] não é possível eliminar, pura e simplesmente, as normas legais e concretizadoras, suprimindo os direitos derivados a prestações porque eliminá-las significaria retirar eficácia jurídica às correspondentes normas constitucionais.” (JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, Coimbra: Coimbra, 2000, pp. 397-398.)

¹⁹⁸ INGO WOLFGANG SARLET, Direitos fundamentais a prestações sociais e crise, algumas aproximações: Fundamental rights to social benefits and crisis, some remarks, in, *Espaço Jurídico Jornal of Law (EJL)*, vol. XVI, n.º 2, jul./dez., Joaçaba: Unoesc, 2015, pp. 459-488, pesquisável em: <http://dx.doi.org/10.18593/ejil.v16i2.6876>.

6 ALTERAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL EM TEMPOS DE CRISE

De acordo com estudo até aqui apresentado, vimos que a alteração constitucional é necessária para se garantir a validade e a permanência da Constituição ao longo do tempo, mas para isso se exige que o processo de alteração “caminhe” de acordo com a direção e o sentido nela estabelecidos, visto que uma mudança inconstitucional pode agravar eventual situação de instabilidade.

6.1 Estado de exceção como meio de se aplicar medidas de austeridade que alteram a Constituição em situação de crise

Considerando que o processo de alteração, por si só, é algo bastante delicado para o ordenamento jurídico, porque pode gerar instabilidade não só constitucional, mas até institucional, deve-se ter em mente que, em situação de crise – na qual, possível, provável e frequentemente, se demanda uma alteração imediata –, o risco de este processo causar graves danos à ordem estabelecida é alto, haja vista que a crise, seja ela política, econômica, financeira, social ou de outro caráter, por si só, já caracteriza algum tipo de instabilidade estatal.

Vejamos a crise financeira global, por exemplo, que trouxe vários desastres e dificuldades sem precedentes. Em muitos casos, os Estados consideraram que as normas presentes na Constituição não se aplicavam às situações de anormalidade instauradas pela referida crise, justificando-se assim, entre outras coisas, uma mudança, ainda que informal, da norma constitucional, conforme a nova interpretação considerada.

Nessa linha, muito se discutiu sobre a possibilidade de se considerar a crise financeira como realidade fática de um estado de excepcionalidade instituído fortuitamente ou por força maior, e assim a considerar como motivo para a decretação de estado de emergência financeira com fins de se aplicar eventuais e oportunas medidas de austeridade, as quais, contudo, não ferissem as normas que temporariamente estivessem suspensas pela decretação do estado de exceção.¹⁹⁹

¹⁹⁹ Nesse sentido, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, em respeitável artigo, já nos idos da década de 1990, informa que, na experiência de diversos países pelo mundo, durante o século XX, vê-se situações de decretação

Ocorre que na maioria dos Estados, o texto constitucional não permite a decretação do estado excepcional de emergência financeira, embora possam permitir outras excepcionalidades estatais, pois, é comum, por exemplo, a previsão de estado de sítio ou de estado de defesa, mas não há previsão constitucional em determinadas cartas constituintes que possibilite a medida por razões econômico-financeiras.

Assim, na legislação Brasileira, a possibilidade de se decretar o estado de exceção está disciplinada no artigo 136 da Constituição federal, o qual afirma que o Presidente da República poderá decretar o estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.²⁰⁰ No mesmo sentido, a Constituição portuguesa dispõe que o estado de emergência poderá ser decretado se houver “agressão efectiva ou iminente por força estrangeira, de grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática ou de ordem pública”, conforme dispõe o n.º 3 do artigo 19.²⁰¹

Note-se que as disposições constitucionais acima mencionadas não estabelecem de forma expressa a questão econômica como motivo para a decretação do estado de emergência, razão por que alguns constitucionalistas portugueses, como JORGE REIS NOVAIS, desconsideram a proclamação do estado de emergência por motivo de crise econômica.²⁰² Outros defendem que a crise financeira, seja ela ou não constituidora de um estado permanente de crise, é uma condição extraordinária, que, por se prolongar no tempo, não apresenta o caráter provisório necessário para a decretação do estado de exceção.²⁰³

de emergência ou de estado de necessidade por motivos econômicos decorrentes de guerras (especialmente a I e a II Guerra Mundial). Assim, por exemplo, o autor cita que alguns países, como a Grã-Bretanha, a Alemanha, a Áustria, a Itália e até a Suíça e a França e, inclusive, os Estados Unidos da América ampliaram as faculdades, seja em maior ou menor grau, dos respectivos poderes executivos, os quais poderiam diretamente, via de regra, tomar medidas de caráter econômico-financeiro como a regulação de importações, manufaturas, armazenamentos e atividades de mineração; a distribuição, compra e venda de bens como alimentos, combustíveis e outros; a fixação de preços mínimos para bens de primeira necessidade; a tomada de gerenciamento de indústrias e outras instituições pertencentes a setores estratégicos da economia; *etc.* Os Estados Unidos, com o *New Deal* na década de 1930, tomou medidas contra a depressão econômica consideradas pelo respeitável jurista como a “mais ousada” tentativa de intervenção estatal, uma vez que concedeu-se ao executivo poderes tamanhos que foram, por isso, fortemente questionados em sede de controle constitucionalidade. (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras, *in*, *Revista de Informação Legislativa*, a. 27, n.º 108, out./dez., Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1990, pp. 33-48, pesquisável em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175810>.)

²⁰⁰ Constituição da República Federativa do Brasil (1988), Diário.

²⁰¹ Constituição da República Portuguesa (1976), Diário.

²⁰² JORGE REIS NOVAIS, *Em defesa, passim*.

²⁰³ XENOPHON CONTIADES / ALKMENE FOTIADOU, On resilience of constitutions, What makes constitutions resistant to external shocks?, *in*, *Journal of International Constitutional Law*, vol. 9, issue 1, Viena, mar. 7, 2015, pp. 3-26, pesquisável em: <http://ssrn.com/abstract=2603164>.

Não obstante, como exemplo de alguns Estados onde existe essa previsão, há a Nicarágua, cuja Constituição declara, em seu artigo 185, a competência do presidente da república no conselho de ministros para decretar o estado de emergência sobre todo ou sobre parte do país por tempo determinável e renovável com a suspensão de direitos e garantias, quando assim demande a segurança social, as condições econômicas ou eventual catástrofe nacional²⁰⁴; e também a Venezuela, cuja Constituição afirma, no seu artigo 337, que o estado de exceção poderá ser decretado em circunstâncias que atrapalhem a ordem pública social, econômica, política, natural ou orgânica e que afetem a sério a segurança da nação.²⁰⁵

Como em Portugal não é permitido expressa e literalmente que o Estado de exceção possa ser decretado em caso de crise financeira, alguns constitucionalistas²⁰⁶ consideram que a possibilidade de instauração de um estado de emergência neste caso não procede, já que, dentre outros argumentos, os requisitos da temporariedade e da legalidade, os quais são essenciais, não estariam presentes.

Por outro lado, opositores a essa ideia, como MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO,²⁰⁷ defendem que a decretação do estado de exceção por motivo financeiro não é novidade histórica, pois acontecera na experiência de diversos países pelo mundo por motivos econômicos que decorreram de guerras, e, além disso, favoreceria a segurança jurídica, no sentido de que não põe em risco a estabilidade jurídica de determinado país.

Para isto, argumenta-se que, por consequenciar condições gravíssimas, a crise financeira também necessita de algumas medidas extraordinárias, que poderiam ir de encontro dos direitos estabelecidos ou garantidos pelas normas vigentes, mas que, por serem o único meio de se alcançar novamente o estado de normalidade, deveriam ser efetivadas pelo poder público e, por isso, serem disciplinadas, tal como ocorreria sob a égide instituto-excepcional.

²⁰⁴ Assim dispõe o artigo 185 da Constituição da Nicarágua em seu vernáculo: “Suspensión de derechos y garantías. [título] El Presidente de la República en Consejo de Ministros podrá decretar para la totalidad o parte del territorio nacional y por tiempo determinado y prorrogable, la suspensión de derechos y garantías cuando así lo demande la seguridad de la nación, las condiciones económicas o en caso de catástrofe nacional. La ley de Emergencia regulará sus modalidades.” (Constitución Política de la Nicaragua (1987), La Gaceta, n.º 5, Ciudad de Managua-Nicaragua, 09. enero, 1987, pesquisável em: [http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/archivos/documentos/LA_CONSTITUCION_POLITICA_Y_SUS_REFORMAS\(3\).pdf](http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/archivos/documentos/LA_CONSTITUCION_POLITICA_Y_SUS_REFORMAS(3).pdf).)

²⁰⁵ “[...] Capítulo II De los Estados de Excepción [título] Artículo 337. El Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, podrá decretar los estados de excepción. Se califican expresamente como tales las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación [...] Artículo 338. [...] Podrá decretarse el estado de emergencia económica cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación. Su duración será de hasta sesenta días, prorrogable por un plazo igual [...]” (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), Gaceta Oficial, n.º 36.860, Caracas-Venezuela, 30 dic. 1999, pesquisável em: http://www4.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion/indice.php.)

²⁰⁶ JORGE REIS NOVAIS, *Em defesa, passim*.

²⁰⁷ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, A disciplina.

Dado isso, um contexto excepcional e oficializado seria conveniente, porque, ao se estabelecer medidas que suspendem ou restrinjam certos direitos protegidos pelo ordenamento sem qualquer justificativa ou regulação que limite a atuação do poder público, poder-se-ia ocasionar uma instabilidade ainda maior.

Não obstante, esses argumentos tem apelos mais sociais que jurídicos, pois visam à finalidade de se enfrentar os problemas do contexto crítico instaurado. Afinal, a decretação do estado de exceção econômico, sob a perspectiva jurídica, seria uma situação contrária ao Estado de direito que não a prevê, já que possibilita a suspensão direitos e garantias constitucionais em prol do Estado.

De tudo, portanto, tendo em vista os riscos da decretação de estado de exceção econômico, a doutrina majoritária considera que a medida mais eficaz para superar o estado de crise seria a aplicação das normas constitucionais, principalmente no que diz respeito às limitações do poder de reformar e à proteção dos direitos fundamentais, mesmo que, na maioria das vezes, o que se observa seja a violação dos dispositivos constitucionais e dos direitos fundamentais em um contexto que não se legaliza a medida mutacional através da decretação de estado de exceção, para se preservar a supremacia da Constituição.

Nessa perspectiva, nos últimos anos, a maioria dos países sentiram os efeitos da crise financeira, em cujo cenário observou-se uma preterição dos direitos fundamentais, no sentido de que vários direitos incorporados ao sistema jurídicos foram reduzidos e/ou extintos. Inclusive os direitos fundamentais sociais, por dependerem da disponibilidade de recursos, foram os direitos mais afetados pelas limitações orçamentárias.

De fato, torna-se mais difícil garantir bem estar social e estado de normalidade, que preservam a dignidade humana e são protegidos por uma Constituição estável, quando se limita ou se suprime direitos condicionantes deste bem estar e essenciais à dignidade, isto é, quando se instaura faticamente, em decorrência de dada crise, um retrocesso social no que diz respeito a um núcleo mínimo de alguns direitos que se deveria cumprir.

É por isso que, diante de tal dificuldade, os Estados tem buscado por meio de mudanças constitucionais – seja formalmente, através de revisões, reformas ou ajustes, e/ou mudanças constitucionais; seja informalmente, através de interpretações legislativas, administrativas e judiciais – a estabilidade social pretendida em tempos de crise.²⁰⁸ Neste caso,

²⁰⁸ XENOPHON CONTIADES / ALKMENE FOTIADOU, *Constitutional adaptability, bouncing back after the financial crisis*, in, World Congress of Constitutional Law [of the International Association of Constitutional Law-IACL], IXth, June 16-20, 2014, Oslo, minuta para o *workshop* n.º 12: Constitutions and financial Crisis, apresentado em: 18 jun., 2014, pesquisável em: <http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws12/w12-contiades&fotiadou%20.pdf>.

as alterações constitucionais apresentam-se como uma opção para possivelmente superar o momento de crise vivenciado, embora se exija a devida observância dos limites estabelecidos na Carta Magna para garantir a resiliência constitucional necessária.

Mesmo com essas mudanças, espera-se do Estado uma atitude que permita a restauração da situação anterior, isto visando sempre o menor impacto, já que este é inevitável. Daí sugerir sempre a aplicação do princípio da proporcionalidade e do mínimo existencial em todos os atos estatais de mutação, que tem potencialidade de restringir ou suprimir direitos.

Isso não significa que se pretenda firmar a ideia da proibição absoluta da limitação de certos direitos em situações de crise, mas a decisão pela suspensão dos direitos fundamentais deve ser pautada em uma avaliação racional e proporcional, de modo que os mecanismos usados em face da instabilidade garantam que essas alterações sejam adequadas para a finalidade esperada, sob pena de se tornarem ilegítimas e inconstitucionais.

Assim, além de se esperar que o Estado se baseie na observância das normas constitucionais, é necessário que o Judiciário, por ser mais ativo nesses momentos de crise, principalmente com relação às demandas pelos direitos sociais; como saúde, educação, alimentação e moradia; use os princípios da proporcionalidade e da separação dos poderes em para garantir o equilíbrio e a segurança aos cidadãos, lançando mão até, se necessário for, do mecanismo de mutação constitucional.

6.2 Estabilidade da Constituição sob contexto de crise

Para inaugurar o estudo sobre as constituições nas situações de crise, cite-se DALMO DE ABREU DALLARI, o qual afirma que, em tempos de crise, a prática da Constituição é necessária para vencer as dificuldades. Para ele, todas as constituições estão preparadas para superar situações extraordinárias, pois, caso contrário, o Estado estaria à mercê de um poder arbitrário, oportunista e autoritário.²⁰⁹

Partindo-se do pressuposto de que toda Constituição é dotada de normas aplicáveis em tempos de instabilidade, uma administração “justa” buscará somente na Constituição a solução para reestabelecer a segurança social em contexto de crise, sem necessidade de utilizar de “subterfúgios” juridicamente dúbios. Aliás, por mais grave que sejam as realidades

²⁰⁹ DALMO DE ABREU DALLARI, *Constituição e constituinte*, 3.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1985.

vivenciadas, pode-se afirmar que toda Constituição estabelece normas para situações de crise, de modo que no mínimo uma delimitação ou norte para o caminho jurídico-político a ser tomado na crise sempre estará disponível como solução constitucional e será a medida mais eficaz e correta.

Opondo-se a isto, aqueles que apoiam a alteração constitucional justificam que a norma criada para um estado de normalidade não é adequada para uma situação anormal, por não ser suficiente para esta.²¹⁰ Inclua-se que faticamente o que se encontra são muitas decisões político-econômicas desregradas e sem fundamentos. Mas, daquela parte, em nome da supremacia constitucional, objeta-se que o referido discurso, de que a Constituição nem sempre está preparada para situações extraordinárias, deve ser absorvido com muito cuidado, pois essa visão poderá garantir que se instale um poder arbitrário, pelo que oportunistas procurarão obter proveitos ilícitos, sem respeito à dignidade e aos direitos dos demais.

Por outro ângulo, a partir da premissa da supremacia constitucional no Estado de Direito, conceda-se também que, sob uma perspectiva jurídica, até mesmo quando a crise tiver como uma de suas causas a inadequação da Constituição, a prática desta como um todo deve ser sempre aplicada, para que a instabilidade do ordenamento não se agrave ainda mais, desestabilizando a própria instituição estatal (se esta já não estiver abalada) e piorando a crise.

Ainda assim, caso a norma constitucional vigente não propicie, de modo algum, uma solução satisfatória à crise, a saída para o problema, como melhor medida, deverá ser a aplicação dos mecanismos de alteração, de modo que não se viole os princípios basilares do Estado e não se “destitua” a Constituição. Afinal, se um Estado Democrático de direito, em tempos de normalidade, tem como parâmetro a Constituição, deverá ainda mais, em tempos de anormalidade, tê-la como lei maior, geral e garantidora dos direitos fundamentais constitucionais, para alcançar uma concreta estabilidade (social, política e/ou econômica), ora desejada.

²¹⁰ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO pondera que “toda e qualquer tentativa de limitar o poder, a fim de, impedindo-lhe os abusos, assegurar a liberdade e outros direitos fundamentais, esbarra sempre num problema: a organização limitativa do poder própria para momentos de normalidade é inadequada para os períodos de grave crise.” (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *A disciplina*, p. 33.)

6.3 Alguns tipos de situações de anormalidade vivenciada pelos Estados

Como se viu, várias são as situações e os motivos das instabilidades que podem atingir os Estados. Dada a facilidade da comunicação, assistimos diariamente notícias sobre as crises que os países têm suportado, como a crise financeira mundial, a crise política brasileira, a crise financeira e política na Venezuela²¹¹ e outras. Porém, muitas vezes, não dimensionamos a gravidade das consequências dessas crises.

Algumas consequências são tão graves, que podem violar os direitos mais essenciais do homem, como os direitos à vida, saúde, alimentação, liberdade entre outros. Nesse sentido, citamos a crise financeira e política, que se prolonga desde o início de 2014, na Venezuela, cuja população sofre com escassez até de bens de consumo básicos, como alimentos e remédios. A situação vivenciada no país provoca grandes manifestações por parte dos cidadãos venezuelanos, os quais, não satisfatoriamente, além de todas as limitações suportadas, também tem sido reprimidos com medidas governamentais extremas e violentas, as quais, por seu turno, tem resultado em cidadãos mortos, feridos e presos.²¹²

Outras consequências que figuram no plano jurídico são as alterações constitucionais. Como analisado, as mudanças sociais geralmente exigem que o ordenamento jurídico sofra alterações para garantir o equilíbrio entre o Direito e a sociedade, porém, em muitos casos, em situações de anormalidade, essas alterações são realizadas sem observância aos princípios basilares do direito.

Assim, para melhor compreensão sobre a concreta aplicação dos mecanismos de alteração constitucional e os resultados reais desta advindos, convém também explanar previamente a respeito de situações de crise reais, cuja probabilidade nos dias de hoje é maior e que poderão, portanto, influenciar as mudanças no ordenamento jurídico dos Estados, a fim de que depois se apresente dois casos de alteração constitucional nesses contextos de extraordinariedade.

²¹¹ Venezuela, entenda a crise que ampliou fluxo imigratório da população, *in*, *GaúchaZH*, Mundo, América Latina, 13 abr. 2018, 19h43, *online*, pesquisável em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/mundo/noticia/2018/04/venezuela-entenda-a-crise-que-ampliou-fluxo-imigratorio-da-populacao-cjfyjdi5s0a9r01phx3xf4zp5.html>.

²¹² PATRICK D. DUDDY, *Political crisis in Venezuela*, Contingency planning memorandum n.º 16, *in*, Council on foreign relations, from Center for preventive action, Sept. 6, 2012, *online*, pesquisável em: <https://www.cfr.org/report/political-unrest-venezuela>. / PATRICK D. DUDDY, *Political crisis in Venezuela*, Contingency planning memorandum update, *in*, Council on foreign relations, from Center for preventive action, Mar. 30, 2015, *online*, pesquisável em: <https://www.cfr.org/report/political-crisis-venezuela>.

6.3.1 Crise econômico-financeira mundial

Nos últimos anos, desde 2007, a crise financeira tem sido assunto presente na pauta global, especialmente desde o colapso no mercado imobiliário dos Estados Unidos da América, que trouxe consequências tanto para os países desenvolvidos, como para os países em desenvolvimento, das quais se pode citar como exemplo o crescimento das taxas de desemprego, a perda de rendas, a perda de benefícios previdenciários e outros.

A interdependência hodierna que existe entre as economias e os sistemas financeiros do mundo inteiro facilitou a ampliação da crise para o nível mundial, trazendo a cada país, de forma diferente, as consequências do impacto desta, e demandando, portanto, a efetivação de medidas conforme a realidade vivenciada por cada Estado.

Não é novidade a ideia de que a crise de inadimplemento de crédito, chamada crise do *sub-prime*, seja o detonador da atual crise financeira, isso porque, no auge da bolha imobiliária, as famílias norte-americanas foram convencidas a contrair uma vastidão de créditos imobiliários, tanto pela baixa taxa de juros como pela facilidade ocasionada pela concorrência desenfreada entre os bancos. Estes, no intuito de aumentarem sua quota de mercado, permitiram grandes empréstimos a essas famílias, que futuramente não tiveram possibilidade de pagar os respectivos encargos, favorecendo assim um aumento no valor dos prédios, que, por consequência, tornou-se excessivo e ocasionou uma dificuldade generalizada de solvência e até a falência de alguns bancos.²¹³

Porém, sob um ângulo tecnicista, para ANTÓNIO ROMÃO, a atual crise resultou-se de três fatores essenciais: “[da] natureza intrínseca ao funcionamento do sistema de economia de mercado; da crescente financeirização da economia globalizada e desregulada; [e] de desajustamentos, acrescidos pela acção e/ou omissão de Agentes políticos, económicos e financeiros – públicos e privados – num quadro em que o pensamento liberal (neoliberal, dirão muitos) se tornou dominante nas três últimas décadas.”²¹⁴

²¹³ JOÃO FERREIRA DO AMARAL, A crise e as instituições, in, *Instituto Português de Relações Internacionais*, A grande crise, n.º 22, Lisboa, jun. 2009, trimestral, pesquisável em: http://www.ipri.pt/images/publicacoes/revista_ri/pdf/ri22/RI22_Artigo1_JFAmaral.pdf.

²¹⁴ ANTÓNIO ROMÃO, Crise actual, algumas notas e reflexões, in, JOAQUIM RAMOS SILVA (Org.), *Portugal, a Europa e a crise económica e financeira internacional*, n.º 21, Coimbra: Coimbra, 2012, pp. 37-38, (coleções económicas).

Para o Conselho de Direitos Humanos, por sua vez, a origem e as causas da crise são complexas e possuem múltiplas faces, mas há de se notar que as causas também estão ligadas à fragilidade e ao desequilíbrio econômico-financeiro visto no atual sistema mundial.²¹⁵

Observe-se que a crise econômica, além de acarretar a falta de confiança, endividamento, incumprimento, falências, redução da procura, dificuldades de crédito, desemprego *etc.*, provoca uma redução nos níveis de qualidade de vida da população capaz de promover instabilidade ou crise sociais, pois, diante de um aumento dos défices orçamentais e de dívidas públicas, o Estado fica cada vez mais limitado a fazer somente aquilo que está contido nos patamares de seus recursos disponíveis, não restando-lhe outra alternativa senão se justificar perante seus cidadãos sob o amparo da reserva do possível.

De fato, são tão sérios esses possíveis resultados que, como se tem percebido, com os Estados acuados orçamentalmente, as pessoas que se encontravam em situação de limitação de direitos básicos, como o direito à alimentação, à habitação e à saúde, pleiteando um mínimo de dignidade através do exercício das respectivas prerrogativas desejadas, agora tem lutado para garantir esses mesmos direitos, mas por razões que não são outras senão a própria sobrevivência (relembre-se o caso da Venezuela²¹⁶). Isso, por óbvio, contraria as normas constitucionais que asseveram como dever do Estado a obrigação de tomar todas as medidas necessárias para alocar o máximo de recursos disponíveis nas implementações dos direitos sociais, de forma que se possa aliviar os impactos da crise financeira.²¹⁷

²¹⁵ “The origins and causes of the crisis are complex and multifaceted, but it is widely recognized that many of the main causes of the crisis are linked to systemic fragility and imbalances that contributed to the inadequate functioning of the global economy.” (United Nations Human Rights Council, *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the impact of the global economic and financial crises on the realization of all human rights and on possible actions to alleviate it*, Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development, General Assembly, 13th session, Feb. 18, 2010, A/HRC/13/38, pesquisável em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/13session/A-HRC-13-38.pdf>.)

²¹⁶ Venezuela, entenda. / PATRICK D. DUDDY, *Political crisis in Venezuela*, Contingency planning memorandum n.º 16. / PATRICK D. DUDDY, *Political crisis in Venezuela*, Contingency planning memorandum update.

²¹⁷ Cite-se o caso em que uma criança carente, que padece de Leocoma e aguarda transplante de córnea, recorreu ao judiciário para garantir tratamento médico à ela, no intuito de manter o mínimo de dignidade humana. O judiciário, portanto, decidiu pela indisponibilidade do direito à vida e à saúde, assegurando então a necessidade da menor. Veja a ementa da decisão: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. SÚMULA 284/STF. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO MÉDICO A MENOR. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88”. (Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 871.215, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Brasil, 17 de outubro de 2006, publicado no Diário do judiciário de 07 de novembro de 2006, pesquisável em: <http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp?livre=+871.215+&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>.)

Assim, considerando a obrigação do Estado perante a sociedade, várias medidas de política orçamentária, as quais são bastante restritivas, foram e tem sido criadas para novamente se reestabelecer um estado de normalidade em relação ao pleno exercício de direitos subjetivos no contexto da atual crise mundial e, especialmente, da Europa. Cite-se como exemplo o “*Memorandum de entendimento com a Troika*”,²¹⁸ acordo pelo qual os vários países europeus signatários, representados pela União Europeia, e o Fundo Monetário Internacional solicitaram a Portugal o cumprimento de uma série de medidas, como contrapartida do empréstimo concedido ao país em face do incremento da dívida pública e da subida da taxa de juros exigida pelos financiadores internacionais, objetivando com isso a redução dos défices orçamentais, através de programas de cortes na despesa pública e de aumento de impostos.²¹⁹

Nesse quadro, todavia, embora tenham sido firmadas várias medidas de ordem financeira para se estabilizar a crise atual e se promover o crescimento, analisando algumas situações, é possível notar que muitas vezes as medidas aplicadas têm provocado consequências contrárias ao objetivo pretendido, pois até mesmo alguns direitos fundamentais chegaram a ser violados. Isso se dá porque as medidas aplicadas no estado de crise financeira, visando reduzir os gastos públicos, ocasionam a afetação na vida social da população, como a redução dos benefícios assistenciais (pensões, subsídio de desemprego *etc.*) e os cortes na qualidade de serviços sociais em geral (saúde, educação, acolhimento de crianças *etc.*), e, por isso, se não devidamente controladas e gerenciadas pelo poder público, podem implicar num verdadeiro cerceamento de direitos o qual ultrapassa os patamares mínimos destes.

Essa violação de direitos fundamentais sociais em situação de crise financeira tem sido muito discutida, mas é notório que determinados Estados continuam desrespeitando tanto suas normas internas, incluindo as próprias constituições, como as disposições presentes nos pactos e convenções internacionais. As medidas aplicadas têm demonstrado um completo desrespeito aos princípios da igualdade e da não-discriminação. Note-se, por exemplo, o caso da Grécia, no qual o país permitiu, através de legislação, o despedimento de trabalhadores, com contrato indeterminado, sem qualquer aviso prévio, violando o n.º 4 do artigo 4 da Carta Social

²¹⁸ European Union, *Memorandum of understanding on specific economic policy conditionality*, May 17, 2011, pesquisável em: http://ec.europa.eu/economy_finance/eu_borrower/mou/2011-05-18-mou-portugal_en.pdf.

²¹⁹ PAUL P. CRAIG, *Economic Governance and the Euro Crisis, constitutional Architecture and Constitutional Implications*, May 5, 2014, in MAURICE ADAMS (Ed.) / FEDERICO FABBRINI (Ed.) / PIERRE LAROCHE (Ed.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford: Hart Publishing, 2014, Oxford Legal Studies Research Paper No. 30/2014=artigo de pesquisa de estudos jurídicos da Universidade de Oxford, n.º 30/2014, pp. 22-24, 32, 34-35, 39, pesquisável em: <http://ssrn.com/abstract=2433071> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2433071>.

Europeia²²⁰. Também é possível observar o desrespeito através dos cortes de pensões de velhice, conforme o citado acordo de *Troika*, os quais também violaram o n.º 3 do artigo 12 da referida carta, que prevê a obrigação de, progressivamente, elevar-se o nível do regime de segurança social.²²¹

Ademais, o que se pode constatar, diante da ação dos tribunais, é que estes tem permitido uma certa margem de liberalidade do Estado, enquanto as constituições apresentam uma posição clara de proteção dos direitos fundamentais.²²² O grande problema dessa questão traduz-se no surgimento de manifestações populares capazes de gerar instabilidade política e social e na postura das autoridades políticas que muitas vezes, sob o argumento da urgência, da necessidade e da reserva do possível, tem atuado de forma desrazoável, negligenciando as obrigações formais, como a transparência e o devido processo legal e democrático, e as obrigações materiais, como o atendimento ao mínimo existencial na concretização de vários direitos fundamentais sociais.

Assim, deve-se levar em conta que uma crise, tal como o é aquela por ordem financeira, pode demandar ações estatais emergenciais e restritivas. Todavia qualquer medida apresentada ou instaurada em uma situação de crise, incluindo-se a de caráter econômico-financeiro, deverá estar em conformidade com os princípios legais nos textos constitucionais, assim como deverá estar em perfeita consonância com os pactos e convenções internacionais, para se evitar que a busca pelo estado de normalidade se transforme em um verdadeiro caos. Isso significa que as ações governamentais efetivadas não podem, dentre outras coisas, reduzir a manutenção da prestação de serviços, especialmente dos que são básicos, como fornecimento da de saúde, educação e segurança nos termos da respectiva Constituição, tolhendo-se a fruição de direitos sociais fundamentais.

²²⁰ Assim dispõe o referido dispositivo ao tratar sobre o direito a uma remuneração justa: “Artigo 4.º [...] Com vista a assegurar o exercício efectivo do direito a uma remuneração justa, as Partes Contratantes comprometem-se: [...] 4) A reconhecer o direito de todos os trabalhadores a um prazo razoável de pré-aviso no caso de cessação de emprego [...]”. (Carta Social Europeia [Revista] do Comitê Europeu de Direitos Sociais [do Conselho da Europa], Estrasburgo-França, 03 maio, 1996, pesquisável em: http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/carta_social_europeia_revista.pdf.)

²²¹ European Committee of Social Rights of the Council of Europe, Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development, *Austerity measures, a danger for democracy and social rights*, Parliamentary Assembly, Rapporteur Mr. Andrej Hunko, AS/Soc (2012) 06, Asocdoc06_2012, Germany, Jan. 20, 2012, pesquisável em: http://www.andrej-hunko.de/start/download/doc_view/198-austerity-outline-report.

²²² Auto n.º 9/2012 del Tribunal Constitucional de España de 13 de enero de 2012, Recurso de amparo n.º 5241-2011, Espanha, BOE n.º 36, BOE-A-2012-2148, 11 feb. de 2012, pp. 152-164, pesquisável em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-2148.

6.3.2 Crise política no Brasil

Diversos países vivenciam o estado de crise política, por inúmeras razões, cada um com suas particularidades²²³. Várias teorias sobre as razões dessas crises foram levantadas, como, por exemplo, a ideia de que a crise política gira em torno da falta de direção política frente à globalização das civilizações²²⁴, porém, analisando as crises em geral, hodiernamente suportadas pelos Estados, concluímos que a origem da crise política, muitas vezes, está além de um simples motivo como esse. As razões dessa instabilidade podem estar também noutras crises, como crise financeira, religiosa, social, jurídica *etc.*²²⁵

O Brasil é um país em crise de ordem econômica e política e esta advém possível e provavelmente de diversos fatores outros. Até o ano de 2012, o Brasil era visto como um país com grandes expectativas. No âmbito internacional, chegou a ser visto uma peça importante para o reordenamento político do mundo, razão pela qual, entre outras, foi escolhido para sediar dois dos maiores eventos do mundo, a Copa do mundo de futebol (2014) e as Olimpíadas (2016).

Alguns críticos afirmam que a crise brasileira está ligada ao cenário econômico mundial e à queda vertiginosa dos preços internacionais das matérias-primas. Ocorre que, além dessas questões bastante delicadas, a situação financeira foi agravada pelo contexto interno de

²²³ Cite-se a crise política na Eslováquia, onde os cidadãos, no dia 09 de março de 2018, reuniram-se para manifestar contra o estado de anormalidade. Nessa manifestação, milhares de pessoas foram às ruas para pedir uma Eslováquia melhor sob o lema “for a decent Slovakia”. Para se ter uma ideia, somente em Bratislava aproximadamente 60.000 pessoas estiveram manifestando contra a corrupção no governo. Diante do clamor social, em 12 de março 2018 o primeiro-ministro Kaliňák renunciou ao mandato. (NICOLETTE M. MAKOVICKY, Slovakia’s political crisis, the murder that forced a whole government to resign, *in*, *The Conversation*, Politics + Society, Mar. 29, 2018, 7.50am, EDT, *online*, pesquisável em: <https://theconversation.com/slovakias-political-crisis-the-murder-that-forced-a-whole-government-to-resign-93756>.) Enfrentando também a crise política, os cidadãos da Armênia manifestaram por um país melhor, de modo que a pressão realizada por dezena de milhares de pessoas provocou a renúncia do líder Serzh Sargsyan. (ALASDAIR SANDFORD, Armenia’s parliament to vote for new prime minister as protests continue, *in*, *Euronews*, World, Apr. 26, 2018, *online*, pesquisável em: <http://www.euronews.com/2018/04/26/call-for-more-protests-in-armenia-after-talks-break-down>.)

²²⁴ O ex-presidente do Uruguai José Mujica, na 72.^a Assembleia Geral da Sociedade Interamericana de Imprensa (SIP), realizada na Cidade do México, afirmou que a razão da crise política está na falta de liderança frente a globalização da civilização. Nesse sentido, o ex-presidente disse: “acredito que no mundo há uma brutal crise política porque esta é uma civilização cada vez mais global, mas não tem direção política. Está funcionando sob o impulso do mercado e isso é trágico.” E acrescentou que: “a globalização impõe que olhemos pelo mundo inteiro. Há problemas que nenhum país pode regular e que necessitam de políticas mundiais [...]” (Mundo vive crise política por falta de liderança, diz Mujica, *in*, *Exame*, Mundo, 15 out., 2016, 00h00, *online*, pesquisável em: <https://exame.abril.com.br/mundo/mundo-vive-crise-politica-por-falta-de-lideranca-diz-mujica/>.)

²²⁵ Citamos a crise política na Venezuela, que iniciou em 2014, através da escassez de bens de consumo básicos e da disparada da inflação que atingiu 68% em 2014 dado o colapso dos preços internacionais do petróleo. A frustração pública, diante das medidas políticas frente às dificuldades sociais e econômicas, desencadeou a brusca queda dos índices de aprovação do governo. (PATRICK D. DUDDY, *Political*, Contingency planning memorandum n.º 16, *passim*. / PATRICK D. DUDDY, *Political*, Contingency planning memorandum update, p. 2.)

crise política, que está diretamente ligada à disputa pelo controle do poder político e à falta de credibilidade governamental pela população, em razão dos sucessivos e contínuos escândalos de corrupção, cuja aparição midiática não cessa.

Nesse cenário, no ano de 2013 e 2014, o Brasil foi palco de várias manifestações populares, que demonstravam a insatisfação com o governo da época, que tinha como chefe do poder executivo a presidente Dilma Rousseff. Assim, aproveitando da queda da popularidade do então governo, a oposição, insatisfeita com a reeleição da presidente em 2014, se empenhou para propagar a ideia de que o governo impedia a retomada ao crescimento econômico. Essa ação foi também acompanhada por importantes setores da mídia e a opinião pública, segundo a mesma mídia, aderiu fortemente à ideia.

Complicando ainda mais o quadro político do país, no dia 14 de março de 2014, a polícia federal iniciou uma operação policial para investigar a prática de crimes dentro da administração pública. Essa operação, que iniciou com o simples objetivo de investigar a ação ilegal de doleiros que praticavam crimes contra o sistema financeiro nacional, tomou proporção gigantesca.

A referida operação, denominada como “Operação Lava-jato”, acabou por desdobrar-se, atingindo diversas áreas, no cenário político e econômico.²²⁶ Na oportunidade da insatisfação popular e da prisão de diversos empresários, ex-governadores, ex-ministros e parlamentares, por meio da operação lava-jato, foi apresentado, pelos juristas HÉLIO BICUDO, MIGUEL REALE JÚNIOR e JANAÍNA PASCHOAL, perante o Congresso Nacional, o pedido de *impeachment* da presidente Dilma Rousseff, sob a alegação de que ela havia cometido crimes

²²⁶ A operação “Lava-Jato” se tornou a maior investigação sobre corrupção conduzida até hoje no Brasil. Com início no Estado do Paraná, em 17 de março de 2014, a operação foi criada para apurar redes operadas por doleiros que praticavam crimes financeiros com recursos públicos. No desenrolar da investigação foi descoberto um imenso esquema de corrupção na Petrobras, empresa com seguimentos de exploração e produção de petróleo, o qual envolvia vários partidos políticos, grandes empresas, empreiteiras e políticos. (Operação Lava-Jato, *in*, *Folha de São Paulo*, São Paulo, publicado em 29 de maio de 2017, *online, passim*, pesquisável em: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/>.)

de responsabilidade fiscal, através da expedição de decretos de suplementação orçamentária e das chamadas “pedaladas fiscais”^{227, 228}.

Conforme o esperado, o ex-presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, manifesto adversário político da então presidente e hoje preso através da Operação Lava-Jato, autorizou o prosseguimento do pedido de *impeachment* da presidente. Logo, em agosto de 2016, o Senado Federal, após a votação favorável na Câmara dos Deputados,²²⁹ confirmou a perda do mandato.

Com todos esses acontecimentos políticos, o país assistiu a saída da presidente Dilma e a posse do vice-presidente, ora jurista, Michel Temer, o qual por sua vez, em meio a diversas denúncias, no ano de 2017, teve pedido de admissibilidade de denúncia perante o STF negado pela Câmara dos Deputados.

A substituição da presidente causou o fim da aliança entre o Partido dos Trabalhadores, doravante PT, partido que Dilma Rousseff integra, e o Partido do Movimento Democrático Brasileiro, doravante PMDB, que Michel Temer faz parte.²³⁰ Curioso ou não, insta salientar, que o vice-presidente Michel Temer assumiu o mandato, após a decretação do *impeachment* da presidente Dilma Rousseff, sustentado por uma base política que havia sido derrotada nas eleições de 2014.²³¹

Os brasileiros, então, em um lapso temporal pequeno, assistiram, em meio a crise financeira e junto a outros diversos acontecimentos: o líder do governo no Senado, Delcídio do

²²⁷ Usa-se o “termo pedaladas fiscais” para manobras de efetivação de operações orçamentárias, realizadas pelo Tesouro Nacional, que não estão previstas em lei. Essas operações consistem em atrasar o repasse de verbas a Bancos públicos e privados com a intenção de “suavizar” a situação fiscal do governo em determinado mês ou ano. A prática das pedaladas fiscais é ilegal, tida como um crime contra a Lei de responsabilidade fiscal (Lei Complementar n.º 101/2000). (FELIPE MOURA BRASIL, Entenda por que Dilma cometeu o crime das “pedaladas fiscais” – e FHC e Lula, não, *in*, *Veja, Blog*, 4 abr. 2011, 19h50, *online*, disponibilizado em 9 fev. 2017, pesquisável em: <https://veja.abril.com.br/blog/felipe-moura-brasil/entenda-por-que-dilma-cometeu-o-crime-das-8220-pedaladas-fiscais-8221-8211-e-fhc-e-lula-nao/>. / Lei Complementar n.º 101 de 4 de maio de 2000, Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, Brasil, pesquisável em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/lcp/Lcp101.htm.)

²²⁸ Impeachment de Dilma Rousseff marca ano de 2016 no Congresso e no Brasil, *in*, *Agência Senado*, Senado Notícias, Especial, 28 dez. 2016, 12h01, *online*, pesquisável em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/28/impeachment-de-dilma-rousseff-marca-ano-de-2016-no-congresso-e-no-brasil>.

²²⁹ O congresso legislativo do Brasil, chamado Congresso Nacional, é uma casa bicameral, composta pela Câmara dos Deputados, cujos deputados representam o povo e pelo Senado Federal, cujos senadores representam as unidades federativas.

²³⁰ O processo de impeachment de Dilma Rousseff iniciou no dia 02 de dezembro de 2015 e terminou no dia 31 de agosto de 2016. Neste tempo, conta-se que todo o procedimento durou exatamente 273 dias. Insta salientar que ao fim do processo a presidente Dilma Rousseff teve seu mandato cassado, entretanto não perdeu seus direitos políticos. (Impeachment de Dilma Rousseff marca ano de 2016 no Congresso e no Brasil, *in*.)

²³¹ JOSÉ MEDEIROS DA SILVA / RAFAEL GONÇALVES LIMA, Para se entender a crise política do Brasil, *in*, *Portal Vermelho*, 25 maio, 2017, 08h59’48”, fonte: Diário do Povo, China, *online*, pesquisável em: <http://www.vermelho.org.br/noticia/297359-1>.

Amaral, ser preso em pleno exercício do cargo; o *impeachment* da presidente Dilma Rousseff pelo Congresso; Eduardo Cunha, então presidente da Câmara, ser preso e ter seu mandato cassado; o novo presidente, Michel Temer, sofrer dois pedidos perante o congresso de autorização para ser processado criminalmente perante o STF; o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva ser condenado criminalmente e ser preso; várias outras prisões de personalidades importantes no cenário política e econômico do país e vários outros escândalos de corrupção serem descobertos e denunciados.

Tudo isso ocorrendo num contexto de graves problemas estruturais e sistêmicos já existentes no país, que sofre, portanto, várias mudanças sociais ocasionadas pela crise financeira e política, como o alto índice de desemprego, o caos no sistema público de saúde,²³² o aumento da criminalidade, a insegurança financeira, a sensação de impunidade.

Portanto, sendo fácil perceber por mero juízo uma quase caótica realidade brasileira, certamente seria de se esperar que o ordenamento do país fosse atingido por todos esses problemas. Tanto o é, que, diante desses fatores de crise, diversas alterações no ordenamento jurídico do Brasil foram realizadas como medidas necessárias para enfrentar as “crises” na busca do estado de normalidade. Por óbvio, nessa cena, as alterações vieram acompanhadas de insegurança social, de um colapso na confiança do povo na credibilidade da classe política, e de um sofrimento real da população que vê, ainda hoje, os níveis de pobreza e desigualdade social aumentarem consideravelmente e o exercício de seus direitos mínimos ser mitigado para aquém da dignidade humana.

²³² Nesse período de instabilidade, os hospitais públicos brasileiros têm enfrentado situações de crise insustentáveis. Os cidadãos que procuram assistência médica no Sistema Único de Saúde encontram, na maioria das vezes, hospitais totalmente despreparados para atendê-los. Pasmem que essa despreparação dos hospitais está na ausência de profissionais da saúde e na falta de remédios e de um mínimo de estrutura para funcionar. (ANA CLARA VELOSO, Hospitais do Rio Sofrem sem médicos, remédios e macas, *in*, *O Globo*, Rio, 27 dez. 2017, 04h30, *online*, pesquisável em: <https://oglobo.globo.com/rio/hospitais-do-rio-sofrem-sem-medicos-remedios-macas-22230734>. / ANGÉLICA DINIZ / LUCAS RAGAZZI, Hospitais sofrem sem remédios, *in*, *O Tempo*, Política, 27 ago. 2017, 03h00, *online*, pesquisável em: <https://www.otempo.com.br/capa/pol%C3%ADtica/hospitais-sofrem-sem-rem%C3%A9dios-1.1513402>.)

7 ANÁLISE DE CASOS DE ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL EM TEMPOS DE CRISE

Como vimos até aqui, os Estados Democráticos de Direito, dotados de uma Constituição para regular as relações jurídico-sociais, contam com alguns mecanismos para alterar o texto constitucional conforme com as necessidades de adaptação à realidade social.

Ocorre que diante da instabilidade, principalmente nos Estados que contam com a Constituição rígida, as alterações firmadas em tempo de crise possivelmente poderão estar em desacordo com o regramento da ordem jurídica. Mudanças implantadas tem potencial de relativizar e/ou suspender direitos e princípios essenciais à manutenção da dignidade da pessoa humana, pois essas mudanças, ocorriáveis também em nível de legislação infraconstitucional, podem ser motivadas por interesses escusos, que não jurídico-objetivos, tais como aqueles advindos da comoção social ou da subjetividade dos administradores públicos, e podem também não ser devidamente combatidas pelos aplicadores do direito, que podem tender a cumprir um papel social que não seria de sua competência, qual seja a tomada de decisões para a satisfação de anseios sociais.

Um caso bastante emblemático de ações públicas temerárias tomadas no “calor do momento” trata-se da atuação do congresso brasileiro, em face de comoção social, que liberou o uso da fosfoetanolamina sintética, mais conhecida por pílula do câncer, através da aprovação “relâmpago” de uma lei ordinária²³³ que autorizou o fornecimento da substancia a pacientes diagnosticados com neoplasia maligna.

Para esclarecer o fato, primeiramente, deve-se compreender que a fosfoetanolamina é uma substancia produzida pelo corpo humano e, em sua versão sintética, foi estudada de forma independente pelo professor, hoje reformado, Dr. Gilberto Orivaldo Chierice, o qual, em 2014, sem qualquer observância dos procedimentos legais, doou algumas pílulas a pessoas acometidas de câncer. Como era de se esperar, em pouco tempo, através de divulgação pela população e pela imprensa, pessoas começaram a solicitar o fornecimento da substancia química, na esperança de que esse tratamento teria alguma eficácia contra a neoplasia maligna.²³⁴

²³³ Lei Ordinária n.º 13.269 de 13 de abril de 2016, Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, Brasil, pesquisável em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/L13269.htm.

²³⁴ NAIRA RAVENA ANDRADE ARAÚJO, A lei da fosfoetanolamina e o esvaziamento do papel da Anvisa, *in*, *Revista Jus Navegandi*, a. 21, n.º 4681, 25 abr., Teresina, 2016, pesquisável em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55948&seo=1>.

Diante da dificuldade em adquirir o medicamento, o qual ainda está em processo de estudo pelo Instituto de Química de São Carlos, doravante IQSC, da Universidade de São Paulo, doravante USP, os interessados na pílula da fosfoetanolamina propuseram ações judiciais visando obtê-lo. Logo, por força das decisões judiciais²³⁵, o referido instituto passou a ser obrigado a fornecer o produto.

Ocorre que o judiciário, se assim podemos generalizar as decisões de alguns juízes de direito, desconsiderando o regramento legislativo de segurança pública de saúde, visto que o suposto medicamento não havia sido submetido aos testes necessários para sua disponibilidade à população, optou por ordenar ao IQSC o fornecimento da substância aos pacientes que a solicitaram, baseando-se vagamente em princípios de direito, mas relevantemente motivando-se no clamor social.²³⁶

À época, o IQSC apresentou a seguinte nota: “cabe ressaltar que o IQSC não dispõe de dados sobre a eficácia da fosfoetanolamina no tratamento dos diferentes tipos de câncer em seres humanos – até porque não temos conhecimento da existência de controle clínico das pessoas que consumiram a substância – e não dispõe de médico para orientar e prescrever a utilização da referida substância. Em caráter excepcional, o IQSC está produzindo e fornecendo a fosfoetanolamina em atendimento as demandas judiciais individuais. Ainda que a entrega seja realizada por demanda judicial, ela não é acompanhada de bula ou informações sobre eventuais contraindicações e efeitos colaterais.”²³⁷

Como se vê na nota do referido instituto, não havia conclusão alguma, ao menos de conhecimento oficial, sobre o estudo dessa substância, principalmente no que diz respeito à sua eficácia, podendo, por isso, ser até mesmo prejudicial ao paciente o consumo da droga.

Relevante aqui é que no Brasil todos os medicamentos devem passar pelo controle sanitário de produção, comercialização e serviços, o qual é exercido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, conhecida por ANVISA. Todavia, apesar da competência dessa agência reguladora estar legalmente amparada por lei federal, pode-se afirmar que os tribunais, ao

²³⁵ Cf. a decisão do RE n.º 657.718. (Acórdão do Supremo Tribunal Federal, RE n.º 657.718-MG, Brasil, 08 de março de 2010, pesquisável em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE657718.pdf>.)

²³⁶ Decisão liminar monocrática do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, Mandado de Segurança n.º 462192-53, Goiânia-GO/Brasil, Diário da Justiça Eletrônico, a. 9, 1950 ed., seção I, disponibilizado em 15 jan. 2016, publicado em 18 jan. 2016, intimação às partes n.º 4/2016 da 6.ª Câmara Cível do Tribunal, pp. 251-252, pesquisável em: http://docs.tjgo.jus.br/servicos/diariodajustica/2016/jan/DJE_1950_I_15012016.pdf.

²³⁷ Nota Técnica n.º 56/2015/SUMED/ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, Brasil, 20 abr. 2017, pesquisável em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33836/349757/NOTA+T%C3%89CNICA+56+2015+-+SUMED+-+Esclarecimentos+sobre+a+fosfoetanolamina/4b34c204-8924-4b14-9396-62224e7d1d8e>.

decidirem pela liberação do uso da fosfoetanolamina a determinados pacientes que a solicitaram judicialmente, anularam o papel da autarquia.²³⁸

Não bastando, para atender aos clamores populares desesperados, além dos tribunais do Brasil que decidiram pelo fornecimento do medicamento, o Estado, através do Poder Legislativo e do Poder Executivo, no dia 13 de abril de 2016, aprovou e sancionou a Lei n.º 13.269/2016, autorizando o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna à revelia da legalmente devida comprovação científica para o feito e desconsiderando, agora sim, totalmente os preceitos técnicos até previstos.²³⁹

Ressalte-se que a discussão parlamentar que envolveu a aprovação da referida lei baseou-se nos discursos emocionados que se estenderam da mídia à tribuna do plenário da Câmara dos Deputados no Congresso Nacional, sem novamente que se ativesse a uma análise técnica. Pode-se afirmar que a lei 13.269/2015 foi aprovada em tempo recorde para os padrões brasileiros de aprovação de leis semelhantes, ou seja, gastou-se pouco mais de um mês da propositura à aprovação²⁴⁰, que, por unanimidade, cedeu à pressão popular, já que todos os parlamentares fundamentaram seu voto no apoio ao clamor daqueles que são acometidos de doenças graves, como a neoplasia maligna.

Após a publicação da Lei n.º 13.269/2015, a Associação Médica Brasileira, doravante AMB, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (doravante ADI) n.º 5501, com pedido de liminar, solicitando a declaração de inconstitucionalidade da referida lei, por

²³⁸ As decisões judiciais que exigiam a liberação do medicamento para determinados pacientes que solicitavam o fornecimento eram proferidas pela ANVISA mesmo depois da publicação da nota técnica 56/2015, a qual declarava que “o uso dessa substância não tem eficácia e segurança sanitária, o uso desse produto pode ser prejudicial ao paciente e não deve substituir os medicamentos já estudados e com eficácia comprovada cientificamente.” (Nota Técnica n.º 56/2015/SUMED/ANVISA, Agência.)

²³⁹ A lei n.º 13.269, que autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por paciente diagnosticados com neoplasia maligna, estabelece que: “Art. 1º Esta Lei autoriza o uso da substância fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Art. 2º Poderão fazer uso da fosfoetanolamina sintética, por livre escolha, pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, desde que observados os seguintes condicionantes: I - laudo médico que comprove o diagnóstico; II - assinatura de termo de consentimento e responsabilidade pelo paciente ou seu representante legal. Parágrafo único. A opção pelo uso voluntário da fosfoetanolamina sintética não exclui o direito de acesso a outras modalidades terapêuticas. Art. 3º Fica definido como de relevância pública o uso da fosfoetanolamina sintética nos termos desta Lei. Art. 4º Ficam permitidos a produção, manufatura, importação, distribuição, prescrição, dispensação, posse ou uso da fosfoetanolamina sintética, direcionados aos usos de que trata esta Lei, independentemente de registro sanitário, em caráter excepcional, enquanto estiverem em curso estudos clínicos acerca dessa substância. Parágrafo único. A produção, manufatura, importação, distribuição, prescrição e dispensação da fosfoetanolamina sintética somente são permitidas para agentes regularmente autorizados e licenciados pela autoridade sanitária competente. Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.” (Lei Ordinária n.º 13.269 de 13 de abril de 2016, Autoriza.)

²⁴⁰ Em média, no Brasil, as leis aprovadas em 2013 levaram cinco anos da proposição à sanção presidencial e, em 2014, cerca de nove anos. (RAFAEL BARIFOUSE, Como a lei da ‘pílula’ do câncer uniu o Congresso dividido e foi aprovada em tempo recorde, *in*, *BBC Brasil*, Bem estar, São Paulo, 19 maio, 2016, 07h28, *online*, pesquisável em: <http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/05/como-lei-da-pilula-do-cancer-uniu-congresso-dividido-e-foi-aprovada-em-tempo-recorde.html>.)

autorizar o uso do medicamento fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, a despeito da inexistência de estudos conclusivos no tocante aos efeitos colaterais em seres humanos. Logo, no dia 1.º de agosto de 2017, o plenário do STF decidiu pela concessão de liminar na ADI, suspendendo a eficácia da citada Lei n.º 13.269/2015.²⁴¹

Com tudo, através desse episódio ocorrido no Brasil, pode-se ter noção do quanto os ordenamentos jurídicos são frágeis em situações de anormalidade, no caso a comoção social perante a pretensa necessidade de um medicamento. Daí decorre um satisfatório motivo para se preocupar em se observar os princípios e normas basilares do Direito, com o intuito de garantir que direitos fundamentais não sejam violados, ao se alterar a Constituição direta ou mesmo se produzir leis inconstitucionais.

7.1 Alteração constitucional diante da crise financeira na Espanha

No mais, cabe aqui analisar algumas medidas efetivadas por Estados que se encontravam em situação de anomalia, apresentando-se alguns casos.

Diante de uma Constituição bastante rígida, a Espanha, até a presente data, alterou sua Carta Magna apenas duas vezes. Isso dada a complexidade do processo de reforma constitucional da Constituição espanhola, que exige um quórum parlamentar tão qualificado que é chamado por JAMES BRYCE de “supermaioria” e ainda prevê a possibilidade ou a necessidade imperativa, conforme o tipo de mudança, de se submeter a decisão do congresso à ratificação popular por referendo,²⁴² além da limitação comum que impede alteração constitucional durante a vigência de estado de excepcionalidade.

Logo, insta salientar, brevemente, o procedimento de reforma exigido pela Constituição espanhola, o qual estabelece dois procedimentos para garantir a reforma do texto constitucional.

²⁴¹ Acórdão do Supremo Tribunal Federal, MC-ADI n.º 5.501-DF, Brasil, 1.º de agosto de 2017, pesquisável em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5501&processo=5501>.

²⁴² JAMES BRYCE, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2015, *passim*.

O primeiro procedimento, presente no artigo 167²⁴³, é o mais simples. Por tal procedimento, exige-se a aprovação por uma maioria de três quintos de cada uma das Câmaras e, caso não haja acordo entre elas, deverá ser criada uma comissão de composição igualitária de Deputados e Senadores, que apresentara um texto que será votado pelos parlamentares, para se tentar obter o acordo. Neste caso, se a aprovação ainda assim não for obtida e se o texto tiver obtido o voto favorável da maioria absoluta do Senado, o Congresso, por maioria de dois terços, poderá aprovar a reforma. Além disso, uma vez já aprovada pelas Cortes Gerais a reforma, esta será ainda submetida a um referendo popular²⁴⁴ para ratificação quando assim solicitado, dentro dos quinze dias seguintes após sua aprovação, por um décimo dos membros de qualquer das Câmaras.

O segundo procedimento, por sua vez, é especial, porque se relaciona à reforma total da Constituição ou à reforma de matérias basilares da ordem estatal. Ele está disposto no artigo 168 da CE²⁴⁵, que, pela complexidade, exige o extremo cuidado em sua utilização. Está estabelecido que a proposta de revisão total ou parcial – sendo esta a que afete a forma de governo, os fundamentos e princípios do Estado, a divisão política, direitos fundamentais, liberdades públicas, direitos e deveres dos cidadãos ou matéria da coroa – demanda, de início, aprovação por quórum qualificado, ou seja, requer aprovação inicial de maioria de dois terços de cada Câmara, e, em seguida, dissolução imediata das Cortes. Feito isso, é necessário que novas Câmaras eleitas ratifiquem a decisão e procedam ao estudo do novo texto constitucional, que deverá, por sua vez, ser aprovado por maioria de dois terços de das Cortes Gerais de ambas

²⁴³ CE: “Artículo 167 1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado. 2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso, por mayoría de dos tercios, podrá aprobar la reforma. 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.” (Constitución Española (1978), Boletín.)

²⁴⁴ Para os cidadãos espanhóis, a escolha pelo referendo no processo de reforma do artigo 167, apesar de não ser obrigatória, é entendida como um elemento de garantia da legitimidade da reforma, como garantia de que a decisão da reforma adotada pelas Câmaras tenha sua extensão na própria Cidadania. Da mesma forma constitui um elemento de defesa para as minorias parlamentares. A doutrina entende que o pedido pelo referendo deve ser limitado a certos casos, como a aprovação de emendas constitucionais, tendo em conta o custo da sua execução. (MARIA VICTORIA GARCÍA-ATANCE, *La Reforma y permanencia constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 272.)

²⁴⁵ CE: “Artículo 168 1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes. 2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.” (Constitución Española (1978), Boletín.)

Câmaras. Por fim, após isso, a reforma deverá ser submetida a referendo para a sua ratificação e, só então, efetivação.

Percebe-se que a rigidez da Constituição da Espanha contribuiu decisiva e determinantemente para que ela, durante aproximadamente quatro décadas de vigência, contasse com apenas duas alterações realizadas em seu texto.

A primeira alteração aconteceu no ano de 1992 para adaptar as normas ao Tratado de *Maastricht*, as quais, além de outras medidas, concederam direitos políticos a estrangeiros, permitindo que estes, se residentes na Espanha, fossem eleitores elegíveis nas eleições locais.²⁴⁶ A segunda alteração, objeto de interesse maior neste estudo, ocorreu no dia 27 de setembro de 2011, quando priorizou estabilidade orçamentária frente a gastos sociais.²⁴⁷

Para alguns doutrinadores a Espanha, considerando este pequeno número de alterações enquanto Estado democrático de Direito, tem um certo receio com as propostas de mudança. Acreditam que essa resistência seja para evitar que alguns consensos essenciais à convivência se quebrem.²⁴⁸

Opina-se que, diante dessa resistência em alterar aquilo que já estava estabelecido, parecia que a Espanha jamais efetivaria qualquer reforma constitucional em tão curto prazo como aconteceu com a segunda alteração. Mas, perante a queda do PIB e o crescimento da dívida e da taxa de desemprego, o Estado espanhol reformou a Constituição, garantido a efetivação de medidas de austeridade necessárias, através da conquista de um certo equilíbrio político e de amplo consenso entre os cidadãos e o Estado.²⁴⁹

²⁴⁶ “El 7 de febrero de 1992 se firmó en *Maastricht* el Tratado de la Unión Europea por el que, entre otros, se modificaba el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. El artículo 8. B de éste, señalaba que tras la aprobación del Tratado de *Maastricht*, «todo ciudadano de la unión europea que resida en un estado miembro del que no sea nacional, tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del estado miembro en el que resida...»” (JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS, *El nuevo artículo 135 de la constitución y su incidência en la administración local*, Colección de derecho administrativo, Madri: Universidad San Pablo, 2017, p. 31.)

²⁴⁷ A alteração constitucional aconteceu através da aprovação pelos dois principais partidos políticos, o Partido Socialista Operário Espanhol e o Partido Popular.

²⁴⁸ JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO, La crisis de la deuda soberana y la reforma del artículo 135 de la constitución española, in, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 46, issue 137, may-aug., 2013, pp. 679-712, pesquisável em: [https://doi.org/10.1016/S0041-8633\(13\)71146-3](https://doi.org/10.1016/S0041-8633(13)71146-3). / JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS, *El nuevo*, p. 25.

²⁴⁹ O Estado espanhol, nos últimos anos, tem realizado sucessivas limitações nas políticas públicas destinadas à saúde, educação, ajudas sociais, salários dos funcionários públicos e outros, que são responsáveis pelo declínio na qualidade de vida da população. Salienta-se que a implementação de medidas de austeridade vieram com uma forte campanha de marketing, realizada pelo Governo, com o discurso de que a crise vivenciada é consequência de uma excelente condição social anteriormente fornecida aos cidadãos, para assim tentar o apoio da população frente às medidas de austeridade. (LAURA FLORES ANARTE, El ataque constitucional al Estado Social, Um análisis crítico de la reforma del artículo 135 de la constitución española, in, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, vol. 9, I Época, Huelva: Universidad de Huelva, 2014, pp. 321-346, p. 334, pesquisável em: <http://hdl.handle.net/10272/10729>.)

Em um cenário bastante complicado,²⁵⁰ a segunda alteração constitucional, que estabeleceu o novo texto do artigo 135 da CE, foi sancionada e publicada num lapso temporal muito curto,²⁵¹ pois o tempo de duração do processo, desde a aprovação da proposta até a publicação, foi de pouco mais de um mês. Chamada de “*Reforma exprés*”, a mudança aprovada pelo consenso entre os dois principais partidos país, o Partido Socialista *Obrero Español*, doravante PSOE, e o Partido Popular, doravante PP, trouxe, à época, grandes discussões sobre a sua constitucionalidade.²⁵²

O procedimento de reforma usado para alterar o texto do artigo 135 da CE foi o mais simples, ora previsto no respectivo artigo 167, porém parte da doutrina afirma que esse procedimento seria inadequado, pois este deve ser aplicado de maneira residual, ao passo que o procedimento estabelecido no artigo 168, sendo mais completo, garantiria maior estabilidade à Constituição.

Sobre esse tempo de duração do processo, convém observar que a proposta de reforma por meio do procedimento simples foi apresentada juntamente com solicitação de trâmite urgente e de aprovação por leitura única. Isto resultou, portanto, na aprovação em

²⁵⁰ Em 2007, a dívida espanhola que era de 36,10 % do PIB subiu em abril de 2010, no início da crise, para 61% do PIB. (ANTONIO TORRERO MAÑAS, *La crisis financiera y sus efectos sobre la economía española*, Documentos de Trabajo, n.º 13, Madri: Instituto Universitario de Análisis Económico y Social, 2010, pesquisável em: http://www3.uah.es/iaes/publicaciones/DT_13_10.pdf.)

²⁵¹ O novo texto do artigo 135 da CE dispõe que: “Artículo 135.1. Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria. 2. El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros. Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario. 3. El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito. Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión. El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 4. Los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública sólo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados. 5. Una ley orgánica desarrollará los principios a que se refiere este artículo, así como la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera. En todo caso, regulará: a) La distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse. b) La metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural. c) La responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria. 6. Las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos y dentro de los límites a que se refiere este artículo, adoptarán las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas y decisiones presupuestarias.” (Constitución Española (1978), Boletín.)

²⁵² LAURA FLORES ANARTE, *El ataque*, p. 325.

curtíssimo tempo. Por isso também críticos avaliam essa alteração constitucional como uma medida precipitada, afinal a rapidez do processo de mudança teria prejudicado as necessárias ponderação e discussão sobre o assunto.²⁵³

Esclareça-se que o procedimento de urgência²⁵⁴ e leitura única consiste na realização de um único trâmite, pelo qual, após a aceitação da proposta de reforma, o texto apresentado é submetido a uma única sessão plenária, na qual os deputados analisam as emendas apresentadas e decidem sobre a aprovação definitiva da mudança, sem a intervenção da comissão constitucional.²⁵⁵ Ressalte-se mais que, como condição para se adotar a leitura única, conforme estabelece o artigo 150.1 do Regulamento do Congresso dos Deputados, é necessário que a natureza do projeto ou da proposição considerados aconselhem a tramitação direta em leitura única ou que assim o permita a simplicidade de formulação desse projeto ou dessa proposição.²⁵⁶

Através do novo texto do artigo 135 da Constituição espanhola nota-se que a mudança foi consequência de um comprometimento junto à União Europeia para padronizar o quadro legislativo espanhol, de modo que fosse possível efetivar as exigências dos pactos fiscais, que dispõem sobre a necessidade de se alcançar a estabilidade orçamentária, ora firmados entre a Espanha e outros países signatários.²⁵⁷

Críticos à reforma, como ANTONIO TORRERO MAÑAS, apontam que a alteração constitucional reforçou o comprometimento da Espanha com a EU para garantir a confiança no exterior, porque a preocupação principal esteve na finalidade de priorizar o pagamento da dívida

²⁵³ JOSÉ MOISÉS MARTÍN, La reforma del artículo 135 de la Constitución: excesiva, innecesaria, inconsistente, in, *Eldiario*, Agenda Pública, Reforma Constitucional, Madri, 4 dic., 2013, 20h28, *online*, pesquisável em: https://www.eldiario.es/agendapublica/reforma-constitucional/articulo-Constitucion-excesiva-innecesaria-inconsistente_0_203680224.html.

²⁵⁴ O regulamento do *Congreso de los Diputados*, em seu artigo 94, dispõe: “sin perjuicio de lo establecido en el artículo 91 del presente Reglamento, los plazos tendrán una duración de la mitad de los establecidos con carácter ordinario.” (Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982, Madri-España, pesquisável em: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/reglam_congreso.pdf.)

²⁵⁵ LAURA FLORES ANARTE, *El ataque*, p. 329.

²⁵⁶ O regulamento do *Congreso de los Diputados*, em seu artigo 150.1, dispõe: “cuando la naturaleza del proyecto o proposición de ley tomada en consideración lo aconsejen o su simplicidad de formulación lo permita, el Pleno de la Cámara, a propuesta de la Mesa, oída la Junta de Portavoces, podrá acordar que se tramite directamente y en lectura única”. (Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982, Madri.)

²⁵⁷ O princípio da estabilidade orçamentária não é novidade para o direito espanhol, visto que foi estabelecido no Tratado de *Maastricht*, no Pacto de Estabilidade e Crescimento e na Lei n.º 18/2001. Porém, diante do estado de crise financeira, enquanto impõe tal princípio várias medidas de austeridade para garantir o equilíbrio orçamentário, o Estado espanhol decidiu pela alteração constitucional como uma medida para alcançar novamente o estado de normalidade. (LAURA FLORES ANARTE, *El ataque*, *passim*. / MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ LAGO, El control de consittucionalidad de la estabilidad presupuestaria en España, in, JOSÉ CASALTA NABAIS (Coord.) / SUZANA TAVARES DA SILVA (Coord.), *Controlo da estabilidade orçamental e limites territoriais ao poder tributário segundo a jurisprudência da EU*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2017, p. 18).

em detrimento do bem estar da população. De fato, a alteração do artigo 135 da Constituição espanhola evidencia se basear na prioridade absoluta de se pagar a dívida e dos interesses econômico-financeiros previstos no pacto fiscal contra quaisquer pretensões de despesa social do Estado, pois se resume na implantação do princípio da estabilidade orçamental, na limitação do déficit público e em oferecer aos investidores a certeza da capacidade da economia espanhola para crescer e cumprir seus compromissos e da capacidade de endividamento de suas diferentes administrações públicas.²⁵⁸

Sem dúvida, a primeira novidade da alteração em comento é a constitucionalização do princípio da estabilidade orçamental, que vinculou todos os poderes público e ficou fora da faculdade de disponibilidade do Estado. Em segundo lugar, a alteração limitou o déficit estrutural máximo do Estado espanhol e das Comunidades Autônomas às margens definidas pela União Europeia.²⁵⁹ Em terceiro, dispôs-se que lei orgânica deveria fazer o mesmo tipo de limitação para o Estado e as comunas em relação ao PIB, exigindo-se ainda equilíbrio orçamental das corporações locais.²⁶⁰ Em quarto lugar, concedeu-se exceção à obediência desses limites, devidamente autorizada pela maioria absoluta dos membros do Congresso dos Deputados, nos casos de catástrofe natural, recessão econômica ou situação de emergência, desde que o Estado não pudesse fazer frente a estas circunstâncias e a situação financeira ou a sustentabilidade social ou econômica fosse consideravelmente prejudicada. A quinta e última novidade reservou à lei orgânica desenvolver ou firmar princípios estabelecidos no artigo 135, n.º 3 da Constituição espanhola, bem como a competência de órgãos da Administração Pública para tratar de matérias de política fiscal e financeira.

Contudo, analisando essas mudanças, compreende-se que a matéria tratada é bastante delicada, pois adota restrições para os poderes públicos, de modo a priorizar, em detrimento de políticas públicas, os credores da dívida espanhola, com a intenção de se

²⁵⁸ Por outro lado, no debate que originou a aprovação da mudança constitucional, os defensores declararam que a confiança gerada pela estabilidade orçamentária é essencial para a manutenção dos gastos e políticas sociais. (ANTONIO TORRERO MAÑAS, *La crisis*, p. 45).

²⁵⁹ Neste caso, com a alteração constitucional, ficou determinado que cada governo, antes da aprovação da mudança, deverá fornecer informações sobre as principais linhas de seu orçamento, a fim de cumprir as exigências da regulamentação europeia, como a Diretiva n.º 85/2011 do Conselho da União Europeia. (Directiva n.º 2011/85/EU do Conselho [da União Europeia], de 8 de novembro de 2011, que estabelece requisitos aplicáveis aos quadros orçamentais dos Estados-Membros, Luxemburgo-Luxemburgo, Jornal Oficial da União Europeia, série L, a. 54, n.º 306, 23 nov. 2011, pp. 41-47, pesquisável em: http://www.dgo.pt/EstatisticasFinancasPublicas/Documents/LegislacaoComunitaria/Directiva_2011-85-UE_ConselhoEuropeu-08_11_2011.pdf.)

²⁶⁰ Insta salientar que a lei orgânica mencionada no artigo 135 da CE refere-se à Lei orgânica de estabilidade orçamentária e sustentabilidade financeira n.º 2, de 27 de abril de 2012. (Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, Madri-España, BOE n.º 103, BOE-A-2012-5730, pp. 32653-32675, 30 abr. 2012, pesquisável em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-5730>.)

reestabelecer o equilíbrio nas finanças e a confiança no mercado espanhol. A preocupação que gira em torno da efetivação das políticas sociais é muito válida, principalmente, quando se pensa no desmantelamento do estado social, através da contenção de gastos e do possível “golpe” no estado de bem-estar, disfarçado pela necessidade da aplicação do princípio da reserva do possível, útil no exercício de políticas de austeridade.

7.1.1 Análise crítica sobre a alteração constitucional pelo mecanismo de reforma

Em um cenário de grandes inconstâncias, há de se concordar que a estabilidade orçamentária, objetivo principal da alteração do texto constitucional, pode ser a diretriz necessária à administração pública para alcançar o bem estar econômico e o conseqüentemente o crescimento do PIB, a criação de empregos e a atração de investimentos.

À época, muitas críticas envolveram essa alteração, principalmente, sob uma perspectiva política, onde a mudança não foi bem aceita. Os críticos à reforma se opunham contra as condições em que a alteração foi realizada, como a rapidez do processo e a escassez de tempo para avaliar as propostas de emendas.²⁶¹

Dada a matéria da mudança e o curto prazo de tempo usado para a aprovação, a decretação de urgência diminuiu o prazo do processo de alteração constitucional à metade e prejudicou as garantias parlamentares e constitucionais, quando as reduziu em expressões ínfimas.²⁶² Mas, sob uma perspectiva jurídica, note-se que o tempo do processo é constitucionalmente legal, pois, tanto a urgência como a leitura única encontram-se devidamente normatizadas. Não obstante, pela importância da matéria analisada, a qual demanda uma maior reflexão para corrigir e enriquecer o texto apresentado na proposta de alteração constitucional, considera-se que essa conveniente legalidade, para o caso, é questionável.

²⁶¹ De várias emendas propostas, pode-se afirmar que nenhuma delas prosperaram exceto aquela relativa à correção gramatical. (PALOMA GARCÍA ROMERO, *El nuevo artículo 135 de la constitución y su incidencia en la administración local*, 1.ª ed., Madri: Reus, 2017, *passim*.)

²⁶² O regulamento do *Congreso de los Diputados*, em seu artigo 110.1, dispõe: “publicado un proyecto de ley, los Diputados y los Grupos Parlamentarios tendrán un plazo de quince días para presentar enmiendas al mismo mediante escrito dirigido a la Mesa de la Comisión. El escrito de enmiendas deberá llevar la firma del portavoz del Grupo a que pertenezca el Diputado o de la persona que sustituya a aquél, a los meros efectos de conocimiento. La omisión de este trámite podrá subsanarse antes del comienzo de la discusión en Comisión”. (Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982, Madri.)

LAURA FLORES ANARTE entende que optar pelo procedimento simples, disposto do artigo 167 da CE, é o mesmo que determinar a limitação da discussão parlamentar sobre a matéria de alteração do artigo 135 da CE e desconsiderar a necessidade de apreciação pela população, através do referendo, sob o fundamento de que o procedimento ideal não exige a complexa efetivação desse instrumento de democracia semidireta.²⁶³

Dada a faculdade de optar ou não pelo referendo, ao ser aberto o prazo para que os membros do congresso solicitassem a ratificação através desse instrumento de democracia, no processo de alteração do artigo 135 da CE, a oposição somente conseguiu 11 das 27 assinaturas necessárias para a solicitação do referendo. Dessa maneira, a mudança constitucional foi sancionada e promulgada sem a o pronunciamento direto dos cidadãos.

Os críticos afirmam que o mecanismo usado para garantir a mudança, previsto no artigo 167 da CE, violou gravemente direito fundamental disposto no artigo 23.2 da CE, quando privou a população da oportunidade de se expressar diante de uma alteração tão significativa.²⁶⁴

Nesse sentido, acredita-se que a necessidade do referendo está ligada à ideia de que as limitações de gastos vinculam-se às questões de efetivação dos direitos fundamentais, isso por não haver dúvidas de que a política de estabilização econômica reduzirá a capacidade de efetivação dos direitos que exigem uma prestação positiva por parte do Estado.²⁶⁵

O Tribunal Constitucional, ao julgar o recurso de auto n.º 9/2012 sobre a reforma do artigo 135 CE, desconsiderou a necessidade de referendo, visto que a reforma não dispõe sobre matérias relativas às instituições básicas do Estado e aos princípios fundamentais do Estado, ou seja, visto que a mudança não afetou o “núcleo essencial” da CE. Acrescentou-se que a mudança somente seria submetida ao referendo, se fosse solicitada por dez por cento dos deputados e senadores.²⁶⁶

²⁶³ LAURA FLORES ANARTE, *El ataque*, p. 328.

²⁶⁴ O artigo 23.2 da Constituição Espanhola dispõe: “asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.” (Constitución Española (1978), Boletín.) Desconsiderando esse entendimento contrário à mudança, os defensores da reforma afirmaram a ideia de constitucionalidade da ausência do referendo, justificando que a reforma foi aprovada pelos partidos majoritários que representam as Câmaras, o Senado e, portanto, pela maioria de espanhóis.

²⁶⁵ Nesse sentido, os espanhóis sentiram as consequências da limitação dos direitos fundamentais através de várias medidas limitadoras. Cite-se os decretos n.º 28/2012, que suspendeu a reavaliação das pensões, provocando a redução na qualidade de vida dos idosos, e n.º 14/2012, que racionou os gastos públicos com a educação, firmando o retrocesso na qualidade da educação pública. (Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre de 2012, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social, Madri-Espanha, BOE n.º 289, BOE-A-2012-14695, 1 dic. 2012, pp. 83175-83179, pesquisável em: <http://www.boe.es/boe/dias/2012/12/01/pdfs/BOE-A-2012-14695.pdf>. / Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril de 2012, de medidas urgentes de racionalización del gasto en el ámbito educativo, Madri-Espanha, BOE n.º 96, BOE-A-2012-5337, 21 abr. 2012, pp. 30977-30984, pesquisável em: <http://www.boe.es/boe/dias/2012/04/21/pdfs/BOE-A-2012-5337.pdf>.)

²⁶⁶ Auto n.º 9/2012 del Tribunal Constitucional de España de 13 de enero de 2012, Recurso.

Apesar dessa decisão do Tribunal, ainda assim se pode dizer que a reforma constitucional é controversa, pois, além de ter sido determinada na ausência de referendo (tomando-se que tratou de assunto relevante – como se supra argumentou), contrariou, de certo modo, o artigo 97 da CE – o qual dispõe sobre a soberania do Estado espanhol em se auto organizar frente à EU –, fundando-se no respeito aos princípios da intervenção mínima e da preservação da Constituição para permitir o controle geral das finanças públicas.

Os críticos veem essas limitações como meio para violar o princípio da separação dos poderes e para preterir direitos estabelecidos na própria Carta Magna, como o direito à autonomia organizacional da Espanha.

Percebe-se que um dos efeitos bastante curiosos da reforma constitucional é o controle exaustivo que a Administração geral do Estado exercerá sobre os demais órgãos da administração pública. Essa recentralização fiscal e financeira deixa pouca margem às Comunidades Autônomas para desenvolver a autonomia e o autogoverno na área da política fiscal.

Ao analisar a possível violação de competência, o Tribunal Constitucional espanhol não acolheu a alegação de inconstitucionalidade por violação do princípio da autonomia financeira das Comunidades Autônomas, por reconhecer a competência do Estado para dirigir políticas econômicas capazes de afetar o poder econômico das Comunidades Autônomas. Declarou ainda que o conceito de autonomia financeira não é algo absoluto, especialmente porque a autonomia depende diretamente da contribuição dada pelo Estado. Dessa forma, o Tribunal negou o pedido de inconstitucionalidade da reforma, garantindo que a intervenção prevista na lei responde à ação de coordenação, que está dentro da margem de competência destinada ao Estado.²⁶⁷

De outro prisma, a limitação no déficit estrutural do Estado espanhol e das Comunidades Autônomas, firmada pela alteração do artigo 135 da CE, foi dirigida a todas as esferas dos poderes públicos administradores das contas públicas, de modo que o princípio do equilíbrio orçamental interfere diretamente na capacidade efetiva do Estado para desenvolver políticas públicas.

Com a aprovação da reforma, a redução de verbas destinadas aos serviços públicos, que satisfazem os direitos sociais, é inevitável. Enquanto afirmam que a forma ideal para superar a crise é através de cortes, rigidez orçamentária e flexibilidade nos direitos fundamentais, o conceito de bem-estar toma outro aspecto. Percebe-se claramente que os Estados que aplicam

²⁶⁷ Auto n.º 9/2012 del Tribunal Constitucional de España de 13 de enero de 2012, Recurso.

rigorosas medidas de austeridade apresentam uma queda brusca na qualidade de vida da população, favorecendo o aumento do nível de desigualdade social.

Os defensores da reforma constitucional esclarecem que essa limitação também pode ser entendida como uma tentativa de consagrar constitucionalmente uma certa visão política econômica, que respeite os direitos fundamentais, a garantia de uma organização democrática, o funcionamento dos poderes públicos, e que também poderá ser entendida como um obstáculo para os funcionários públicos que terão que tomar a responsabilidade do governo.

Acredita-se que o problema não está na limitação dos gastos públicos, mas na limitação desacompanhada de instrumentos que garantem a sobrevivência de um Estado social. Além dos princípios protetores dos direitos fundamentais é necessário que a alteração constitucional limitadora tenha a preocupação de garantir que as restrições, no presente caso as restrições fiscais e econômicas, não violem direitos essenciais para o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana. Pois, a conclusão do processo de reforma torna a nova norma ainda mais forte, visto que agora tem caráter constitucional e, portanto, como mandamento constitucional deve imperar.

Como anteriormente apresentado, o procedimento usado para garantir a alteração constitucional é o mais simples, previsto no artigo 167, no entanto, parte da doutrina alega que o processo correto para garantir a devida reforma deveria ser aquele disposto no artigo 168. Acreditam que as mudanças no texto constitucional, como a priorização do pagamento dos juros e do principal da dívida, conseqüentemente limitam os interesses e as necessidades sociais dos cidadãos, alterando a definição do Estado como social para o Estado condicionado ao mercado.²⁶⁸

A crítica que se faz à aplicação dos mecanismos de alteração constitucional, de modo geral, em tempos de crise, é que em muitos casos os “administradores públicos”, se assim podemos chamar todos aqueles que participam do processo de mudança constitucional, usam desses mecanismos, sem o cuidado necessário para alcançar a normalidade. Geralmente, o que efetivamente conseguem é somente a perda da essência desse meio, usado para alcançar as mudanças constitucionais.

Assim, de acordo com os críticos,²⁶⁹ o meio ideal para garantir essa alteração constitucional do artigo 135 de maneira mais justa e legítima seria o procedimento complexo

²⁶⁸ JOSÉ LUIS REY PÉREZ, La reforma del artículo 135, una alteración del título preliminar (Estado Social) por la puerta de atrás, in, *Revista Jurídica UAM*, n.º 24, II, pp. 231-245, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2011, p. 241, pesquisável em: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/13752/64471_13.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

²⁶⁹ LAURA FLORES ANARTE, El ataque, p. 328.

previsto no artigo 168 da CE, o qual oferece mais garantias, através da cuidadosa análise decorrente do quórum qualificado e da necessária ratificação por meio do referendo, porque destina-se não somente ao atendimento da vontade popular, mas também à preservação de determinadas matérias cuja natureza assim o exigem, quais sejam, literalmente, o Título Preliminar²⁷⁰ da CE, que se refere ao sistema institucional espanhol (Estado Democrático de Direito); a seção I do capítulo II do Título I, que se refere aos direitos fundamentais e às liberdades públicas; e o Título II, que se refere à monarquia.²⁷¹

Disso, afirmar que as mudanças do artigo 135 afetam tanto o Título Preliminar da CE, por limitar a soberania do Estado, como os direitos e liberdades fundamentais, parece-nos um argumento forçado, porque implica em considerar que as possíveis medidas de austeridade, por restringirem alguns direitos sociais, atinge indiretamente a instituição do Estado democrático de Direito, já que reduz deste suas funções sociais, que lhe seriam essenciais. Na verdade, a estabilidade orçamental também pode ser entendida como princípio constitucional, porque orienta as atividades do poder público, caso em que não haveria inconstitucionalidade, afinal o princípio teria caráter flexível e único objetivo de evitar os défices desnecessários e o endividamento futuro sem obstar à efetivação dos direitos sociais.

Destarte, as decisões firmadas em situações anormalidade devem priorizar a dignidade da pessoa humana, assim como garantir o menor impacto social. Nos últimos anos observamos, não raras vezes, por vários motivos, os “administradores públicos” usando de mecanismos indevidos, frente ao estado de crise, que ocasionam consequências indesejadas.

Na decisão do auto n.º 9/2012, o Tribunal Constitucional firmou a constitucionalidade da alteração sob o argumento do objetivo macroeconômico, que, segundo ele, está autorizado pelo artigo 93 da CE, quando este declara que os tratados poderão ser celebrados e que caberá às Cortes Gerais e ao Governo garantir o cumprimento dos acordos e das resoluções que o país é signatário.²⁷²

²⁷⁰ O texto do Título Preliminar, artigo 1. da CE, dispõe que: “españa se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. 2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado. 3. La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria”. (Constitución Española (1978), Boletín.)

²⁷¹ Em relação à revisão dessas matérias, a Constituição Espanhola determina que sua alteração total ou parcial seja aprovada pelas Cortes Gerais e, assim feito, seja submetida a um referendo para ratificação, validação e efetivação da reforma pretendida. (Constitución Española (1978), Boletín.)

²⁷² O texto do artigo 93 da CE dispõe o seguinte: “mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.” (Constitución Española (1978), Boletín.)

Nesse caso, a valoração das normas de âmbito internacional, firmada através dos pactos, a priorização do pagamento das dívidas e a fixação do princípio da estabilidade jurídica foram justificadas pela importância da matéria, visto que ela está para, além do âmbito do Direito interno, o âmbito do direito da União Europeia.

Pode-se arriscar em dizer que a matéria da alteração constitucional na Espanha, em face de uma grande instabilidade financeira, não nos parece indevida, considerando a participação do país na UE e a situação de crise vivenciada, que, por si só, viola direitos essenciais à dignidade da pessoa humana através do crescimento do desemprego e da dificuldade de implantação de políticas públicas. Entretanto, apesar de concordar com a necessidade da medida, deve-se observar que a alteração é bastante delicada, pois adotou-se constitucionalmente uma medida definitiva para situação de anormalidade, sendo esta última transitória.

Por fim, diante da gravidade da alteração, há de se concordar com os críticos que se preocuparam com o tempo de aprovação, pois, por ser uma decisão tão importante e complexa, para garantir mais credibilidade, deveria tal decisão se originar de uma discussão mais tranquila e ponderada, visto que diante de estado de crise, seja ele qual for, as mudanças constitucionais devem sempre estar baseadas nos princípios basilares, como a proporcionalidade, igualdade, separação dos poderes e outros, e na observância das normas constitucionais como um todo.²⁷³

7.2 Execução provisória da pena antes do trânsito em julgado e a alteração informal da Constituição da República Federativa do Brasil

No mês de fevereiro de 2016, o STF estimulou um debate sobre os limites da interpretação das cláusulas pétreas presentes na Constituição federal brasileira, quando relativizou o princípio da presunção de inocência.

A relativização do princípio aconteceu quando o Tribunal decidiu, no recurso de HC n.º 126.292-SP, que a execução da pena poderá ser determinada antes de exaurir todos os

²⁷³ Em sentido semelhante o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade de normas que previam a redução das remunerações dos trabalhadores do setor público. (Acórdão n.º 413/214 do Tribunal Constitucional, Processo n.º 14/2014, 47/14, 137/2014, Rel. Cons. Carlos Fernandes Cadilha, Portugal, 31 de dezembro de 2014, pesquisável em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140413.html>).

recursos, bastando, portanto, para uma pena se tornar exequenda, que o segundo grau de jurisdição confirme a condenação proferida pelo Juízo de primeiro grau.

A decisão que permitiu a execução antecipada da sentença condenatória confirmada em segundo grau, ainda que sujeito a recurso especial²⁷⁴ ou extraordinário²⁷⁵, firmou entendimento de que tal medida não compromete o princípio da presunção de inocência, pois os referidos recursos, também conhecidos por recursos excepcionais, não constituem um desdobramento do duplo grau de jurisdição, o qual se encerra com as instâncias ordinárias (primeiro e segundo grau de jurisdição)²⁷⁶, por não destinar-se a analisar fatos e provas.

Insta salientar, que no Brasil vigorava o entendimento de que a prisão somente era cabível quando provado a necessidade de medida cautelar ou quando depois da condenação não houvesse recurso pendente de apreciação, ou seja, somente se executava a pena depois de trânsito em julgado.²⁷⁷

Além de várias outras fundamentações, o Supremo Tribunal, pragmaticamente, argumentou que a defesa pela manutenção do princípio da presunção de inocência até o último possível recurso é o mesmo que garantir a impunidade daqueles que contam com as manobras dilatórias.

A problemática desse entendimento está na possibilidade de violação do direito e garantia fundamental presente no inciso LVII do artigo 5.º da CRFB, o qual dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito de uma sentença penal condenatória”, quando ainda há a proibição de qualquer alteração tendente a abolir direitos e garantias fundamentais individuais, ora contida no §4.º do artigo 60 da Carta Magna.

Destarte, a grande alteração, efetivada através do mecanismo de alteração informal, provocada pela nova interpretação proferida pelo STF, trouxe várias discussões, preocupações e várias consequências sociais, dentre elas está o agravamento da crise do sistema carcerário, a

²⁷⁴ O recurso especial é um recurso oriundo do recurso extraordinário, desde que a CRFB reestruturou o Poder Judiciário em 1988, que de acordo com inciso III do artigo 105 da Carta Magna, caberá ao STF analisar as decisões que: contrariar e/ ou negar vigência de tratado ou de lei federal, que julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal, julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal e/ ou der lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal, em sede deste recurso especial. (Constituição da República Federativa do Brasil (1988), Diário.)

²⁷⁵ O Recurso Extraordinário será usado pelo sucumbente que não concordar com a decisão prolatada pelo juízo da ação principal, sob o fundamento de que a lei ou o ato normativo, usado para embasamento da decisão, é inconstitucional. Assim, neste caso, a “situação individual apresentada no recurso também é resolvida, contudo, como decorrência lógica da manutenção da integridade da Constituição Federal”. (ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Curso*, 7ª ed., p. 337.)

²⁷⁶ As instâncias extraordinárias, por sua vez é o juízo superior que conhece da causa apreciando recursos excepcionais com requisitos específicos, como o recurso especial e extraordinário.

²⁷⁷ No Brasil, o trânsito em julgado somente é proferido depois de exaurir todos os possíveis recursos, seja porque já passou por todos eles, seja porque o prazo para recorrer terminou ou por acordo homologado por sentença entre as partes.

violação do princípio da segurança e estabilidade jurídica, violação da dignidade da pessoa humana, violação constitucional e o ativismo do judiciário imoderado, que serão aqui analisadas, sem qualquer pretensão de exaurir o assunto.

7.2.1 A presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro

Para melhor compreensão sobre o que enseja o princípio da presunção de inocência, analisaremos os tipos de prisão existentes no ordenamento jurídico brasileiro para demonstrar que a prisão, além de ser uma modalidade de pena, poderá ser uma medida de prevenção, caso em que, porém, o indivíduo não será considerado culpado.

A legislação brasileira estabelece que mesmo havendo condenação com pena de prisão, o indivíduo somente poderá ser considerado culpado depois que a condenação transitar em julgado. Dessa mesma forma, não havendo necessidade preventiva para a prisão, esta somente será decretada quando exaurir todos os recursos existentes.

Para facilitar o entendimento, conceituemos os gêneros dos tipos de prisão dividindo-os em dois: as prisões processuais, que são usadas para garantir os efeitos do processo, e a prisão para cumprimento de pena, que decorre de uma condenação criminal.

A prisão processual ocorre quando o indivíduo ainda não foi condenado definitivamente. Por exemplo, diante da existência de indícios do fato, o juiz poderá determinar a prisão para garantir a preservação da ordem pública e a futura aplicação das leis criminais. Assim, analisemos as seguintes prisões processuais:

- a) prisão em flagrante: além de ser uma prisão prevista nos incisos XI e LXI do artigo 5.º da Carta Magna²⁷⁸, o Código de Processo Penal, doravante CPP, em

²⁷⁸ Assim dispõe o referido dispositivo: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, **salvo em caso de flagrante delito** ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; [...] XI - **ninguém será preso senão em flagrante delito** ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei [...]”. (Constituição da República Federativa do Brasil (1988), Diário, grifo nosso).

seu artigo 302²⁷⁹, prevê que as formas de flagrante delito ocorrem nas seguintes situações:

- _ quando alguém está cometendo a infração penal;
- _ quando acaba de cometê-la;
- _ quando o indivíduo é perseguido, logo após, pela polícia, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser ele o autor da infração; ou
- _ quando a pessoa é encontrada, logo depois do ato, com instrumentos, arma, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração;

b) prisão preventiva: somente poderá ser decretada por ordem judicial. Podendo ocorrer em qualquer fase do processo criminal, desde que seja decretada para garantir a ordem pública, a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, isso tudo, se houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Ademais, esse tipo de prisão poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.²⁸⁰ No Brasil, a prisão preventiva é considerada como exceção, pois em virtude do princípio da presunção de inocência, ela somente caberá se os requisitos do artigo 312 do CPP estiverem presente e se não for possível a aplicação de outras medidas restritivas (artigo 319 do CPP)²⁸¹.

²⁷⁹ O Código de Processo Penal, no artigo 302, dispõe que: “considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.” (Decreto-Lei n.º 3.683, Código de Processo Penal, de 03 de outubro de 1941, Brasil, pesquisável em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm.)

²⁸⁰ Decreto-Lei n.º 3.683, Código.

²⁸¹ O artigo 319 do CPP dispõe sobre outras medidas cautelares, diferente da prisão. Vejamos: “Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu

- c) prisão temporária: disciplinada pela Lei n.º 7.960/1986, a prisão temporária durará apenas 5 dias, que poderão ser prorrogados, se necessário, por uma única vez. Neste caso, somente a prisão temporária poderá ser decretada em investigação de crimes relacionados na referida lei. No caso de investigação relativa a crime hediondo, a prisão temporária poderá valer por até 30 dias, também prorrogáveis uma vez (artigo 2.º, §4.º, da Lei dos Crimes Hediondos – Lei n.º 8.072/1990);
- d) prisão domiciliar: é uma forma atenuada de decretar prisão preventiva. Como o nome indica, ela consiste no recolhimento da pessoa à sua residência, da qual somente pode ausentar-se com autorização do juiz ou tribunal. Essa forma de prisão só cabe nos casos em que²⁸²:
- _ o indivíduo maior de 80 anos;
 - _ a pessoa é extremamente debilitada por doença grave;
 - _ quando imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência;
 - _ para gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou se esta for de alto risco;
- e) prisão para extradição: extradição é processo por meio do qual um país entrega alguém para que seja processado por outro país ou nele cumpra pena. Apenas o Supremo Tribunal Federal pode julgar processos de extradição em que país estrangeiro requeira ao Brasil a entrega de alguém, para esses fins. O processo de extradição é disciplinado pelos artigos 76 a 94 do Estatuto do Estrangeiro (Lei n.º 6.815/1980) e pelos artigos 207 a 214 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, doravante RISTF; e
- f) prisão de devedor de alimentos: essa espécie de prisão é uma exceção à ideia de que as prisões são de natureza criminal. Neste caso, em caso de descumprimento

andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica. § 4.º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares”. (Decreto-Lei n.º 3.683, Código.)

²⁸² Assim dispõe o correspondente dispositivo do CPP: “Capítulo IV, Da Prisão Domiciliar, Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial. Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I - maior de 80 (oitenta) anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.” (Decreto-Lei n.º 3.683, Código.)

do dever de prestar alimentos, obrigação que garante a subsistência do alimentado.²⁸³ Um dos procedimentos de execução dos valores vencidos, tem como penalidade a prisão pelo prazo máximo de 3 meses.²⁸⁴

A prisão para cumprimento de pena, por sua vez, é a prisão decorrente de condenação criminal; ocorre quando o réu for condenado por crime cuja prática a lei puna com pena privativa de liberdade e se não for cabível a conversão desta em pena restritiva de direitos. No caso, as penas privativas de liberdade são a reclusão, a detenção e a prisão simples.

De acordo com as normas constitucionais expressas, o indivíduo somente será preso, para cumprimento da pena, depois de esgotados todos os recursos, ou seja, pelo princípio da presunção de inocência não caberá execução provisória da condenação criminal.

Como princípio basilar do direito brasileiro, o princípio da presunção de inocência, previsto no título II (Dos direitos e garantias fundamentais), mais especificamente no inciso LVII do artigo 5.º, da Constituição federal brasileira, corresponde à proibição de considerar culpado o indivíduo que ainda não foi condenado por sentença penal que transitou em julgado.

Insta salientar, que esse princípio, foi acolhido no artigo 9.º da Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos, em 1789, entretanto ganhou maior repercussão com a Declaração dos Direitos humanos, em 1948, que declarou em seu artigo 11. 1: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.²⁸⁵

Nessa linha, para evitar o cerceamento de defesa e liberdade, a CRFB é claríssima ao estabelecer que a prisão será a última medida a ser aplicada, salvo as prisões cautelares,

²⁸³ Texto do dispositivo referido: “Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. § 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.” (Lei Ordinária n.º 10.406, Código Civil, de 10 de janeiro de 2002, Brasil, pesquisável em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm.)

²⁸⁴ “Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo. § 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1.º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses”. (Lei Ordinária n.º 13.105, Código de processo Civil, de 16 de março de 2015, Brasil, pesquisável em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm#art824.)

²⁸⁵ Nesse sentido, ainda são encontrados dispositivos semelhantes na “Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art. 6.2), no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (art. 14.2), e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. N.º 678/92 – art. 8.º, § 2.º)”. (RENATO BRASILEIRO DE LIMA, *Manual de Processo Penal*, vol. 1, 2.ª ed., Niterói: Editora Impetus, 2012, p. 10.)

devendo, portanto, ser determinada somente depois de garantir todos os direitos ao indivíduo, inclusive, o exaurimento das vias recursais. Assim, processualmente falando, o Estado formalizará a acusação do suspeito e, no curso do devido processo legal, depois de exaurir todos os recursos deverá provar a autoria do crime para somente depois declarar que aquele indivíduo é culpado.

Considerando que os princípios são mandamentos nucleares do sistema, note-se que as exigências do princípio da presunção de inocência estão intimamente ligadas ao Estado democrático de direitos, de modo que a sua inobservância resultaria no mais puro e total arbítrio estatal.²⁸⁶

A problemática que muitos doutrinadores apresentam sobre a aplicação desse princípio, está no fato de que no ordenamento jurídico brasileiro existem dezenas de recursos diferentes, os quais são usados como manobras para eternizar os processos e procrastinar o cumprimento da pena.

7.2.1.1 Aplicação do princípio da presunção de inocência

De acordo com a Constituição federal brasileira, o princípio da presunção de inocência é na verdade um estado de inocência, no qual o acusado de cometer o ilícito penal permanece inocente até que seja declarado culpado por sentença transitada em julgado.

A aplicação desse princípio deverá ocorrer tanto no campo probatório, quanto no tratamento de um acusado em estado de inocência.

No campo probatório, a aplicação do princípio está na presunção da inocência até que a parte acusadora apresente provas suficientes da veracidade dos fatos e da culpabilidade do acusado. O acusado, portanto, nada precisa fazer para provar sua inocência, pois essa condição é presumida. Desse modo, o acusador é quem deverá provar a culpabilidade do acusado para conseguir mudar a condição de inocência deste.

Para firmar o direito à presunção de inocência, o ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu, através do artigo 5.º, LIV e LXIII da CRFB, o direito do acusado não produzir provas contra si mesmo, podendo até mesmo permanecer em silêncio e, através do inciso VII

²⁸⁶ RENATO BRASILEIRO DE LIMA, *Manual*, p. 07.

do artigo 386 do CPP,²⁸⁷ o princípio *in dubio pro reo*, o qual permite que o acusado seja declarado inocente, quando no devido processo legal, o juiz diante de todo o conjunto probatório tiver dúvidas quanto a culpabilidade do acusado.

No campo do tratamento do acusado, percebe-se a afirmação do princípio da presunção de inocência, quando no curso do processo existe a regra de que o acusado não será punido antecipadamente e nem tratado como culpado. Espera-se que somente as medidas necessárias sejam aplicadas, pois sempre deve-se presumir a inocência.

Quando menciona-se medidas necessárias, também podemos pensar em prisão. Como vimos anteriormente, existem vários tipos de prisão, sendo algumas de âmbito civil e administrativa, como prisão por devedor de alimentos e extradição, e outras de âmbito criminal, como prisão em flagrante, temporária, preventiva, domiciliar e condenatória.

No âmbito criminal podemos dividir as prisões em: cautelar e definitiva. As prisões cautelares são aquelas que poderão ocorrer no curso do processo, como medida excepcional; como por exemplo: prisão em flagrante, temporária e preventiva; por outro lado, as prisões definitivas são oriundas de uma sentença penal condenatória, sendo, portanto uma sanção penal posterior ao trânsito em julgado; como por exemplo as prisões domiciliares e condenatórias.

Voltando ao princípio da presunção de inocência, qualquer prisão antes do trânsito em julgado será inconstitucional? A resposta é não. A prisão cautelar, ocorrida antes do trânsito em julgado, não fere o princípio da presunção de inocência, pois, essa modalidade de prisão somente será aplicada, em caso de extrema necessidade, mediante fundamentação, desde que atenda todos os requisitos, presentes em lei.²⁸⁸ Ainda, como se pode notar, na aplicação da prisão cautelar não existe condenação e nem cumprimento de pena, para se declarar a culpabilidade do indivíduo.

²⁸⁷ “Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...)VII – não existir prova suficiente para a condenação.” (Decreto-Lei n.º 3.683, Código.)

²⁸⁸ “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.” (Decreto-Lei n.º 3.683, Código.)

Para os defensores da execução antecipada da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição, como o Ministro GILMAR MENDES, enquanto a regra, como descrição objetiva de uma situação, estatui o que deve ser cumprido, o princípio, como comando de otimização, determina que se cumpra e se atinja determinada finalidade, logo, o princípio da presunção de inocência, de início, nos dá um comando, determinando que o ônus da prova recaia para aquele que acusa, sendo o acusador diferente do julgador, este deverá observar a ampla defesa, o contraditório, a veracidade das provas *etc.*

Nesse sentido, considerando que o princípio não tem caráter absoluto, os defensores apontam que no conflito entre o princípio da presunção de inocência e o princípio da efetividade do processo, aquele princípio deve ser relativizado para garantir para garantir uma maior segurança social.²⁸⁹

Todavia, por força da regra probatória e do dever de tratamento, qualquer que seja a modalidade de prisão, não se pode admitir que a inconstitucional antecipação executória da própria sanção penal seja uma opção para os “aplicadores do direito”, pois, de acordo com o princípio da presunção de inocência, o acusado não deve ser declarado culpado e sofrer todas as consequências da condenação antes do trânsito em julgado.²⁹⁰

7.2.2 *Mutação constitucional: STF e a nova interpretação dada ao princípio da presunção de inocência*

No dia 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, na decisão do HC n.º 126.292 de São Paulo mudou todo o precedente que existia até a referida data.

A defesa impetrou o HC n.º 126.292 contra a decisão do Ministro Francisco Falcão, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, doravante STJ, que indeferiu o pedido de liminar no HC n.º 313.021/SP, causando uma reviravolta na jurisprudência, até então consolidada no STF, e uma repercussão gigantesca, pois a liberdade de milhões de indivíduos estava em jogo.

Para facilitar a compreensão, faz-se necessário esclarecer que o presente fato, que inaugurou a nova interpretação, trata-se do caso de um indivíduo que foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime de roubo majorado,

²⁸⁹ Acórdão do Supremo Tribunal Federal, MC-ADC n.º 44-DF, Brasil, 5 de outubro de 2016, pp. 202-204 pesquisável em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452541>.

²⁹⁰ RENATO BRASILEIRO DE LIMA, *Manual*, p. 15.

conforme inciso I e II do § 2.º do artigo 157 do Código Penal Brasileiro, doravante CPB, com o direito de recorrer em liberdade. Por discordar da referida decisão, a defesa interpôs o recurso de apelação para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, doravante TJ-SP. Esse Tribunal, por sua vez, negou provimento do recurso, determinando a expedição de mandado de prisão contra o indivíduo.

Diante do mandado de prisão expedido contra o indivíduo, a defesa, impetrou HC com pedido de liminar ao STJ, contra a decisão do TJ-SP, porém o Superior Tribunal indeferiu o pedido do condenado.

No HC n.º 126.292, impetrado ao STF, a defesa alegou a inconstitucionalidade da decretação da prisão sem que houvesse o trânsito em julgado da sentença, sob o fundamento de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, comprometeria o princípio constitucional da presunção de inocência.

Através desse remédio constitucional, a defesa acreditava que a Suprema Corte decidiria em seu favor, já que o entendimento que vigorava até então só permitia a prisão antes do trânsito em julgado da prisão cautelar, pois era certo que a prisão por execução provisória da pena confrontava claramente o texto constitucional e legislação ordinária vigente (HC n.º 84.078/MG)²⁹¹.

Ocorre que para a surpresa de todos os cidadãos brasileiros, na decisão do HC n.º 126.292, a Suprema Corte mudou totalmente o seu entendimento, declarando, portanto, a possibilidade da decretação da prisão, após confirmação da sentença em segundo grau, mesmo que sujeito a recurso.²⁹² Sendo uma decisão *inter partes*, há de se observar que essa decisão não tem efeito vinculante, todavia, essa decisão abriu precedente para que os Juízos de primeiro grau e os demais Tribunais optasse pela decretação da prisão após a prolação da condenação em segundo grau, sob o fundamento da referida decisão do HC 126.292.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal manifestou que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial

²⁹¹ Ementa: “HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA «EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA». ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.” (Acórdão do Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* n.º 84.078-7-MG, Brasil, 05 de fevereiro de 2009, pesquisável em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>.)

²⁹² Ementa: “CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.” (Acórdão do Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* n.º 126.292-SP.)

ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência, afirmado pelo artigo 5.º, inciso LVII da Constituição Federal”, pois os referidos recursos não têm efeito suspensivo.²⁹³

Assim, quando esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída pode-se determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos extraordinários.

Diante de dois entendimentos completamente distintos, proferido pela Suprema Corte, sobre o mesmo assunto, foi posto ao Plenário do STF – por duas ações do tipo Ação Declaratória de Constitucionalidade, doravante ADC: ADC n.º 44 e ADC n.º 43²⁹⁴, sendo uma de autoria do Conselho Federal da OAB e outra, do Partido Ecológico Nacional, doravante PEN – o debate acerca da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal²⁹⁵, segundo o qual só pode haver prisão depois do trânsito em julgado da condenação, a não ser que haja decretação de prisão cautelar ou flagrante.

Para a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal, o debate não está na constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, pois, quanto a isso, não resta qualquer dúvida sobre a sua compatibilidade com a Constituição, na verdade, a questão “cinge-

²⁹³ Acórdão do Supremo Tribunal Federal, MC-ADC n.º 43-DF, Brasil, 5 de outubro de 2016, pesquisável em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>.

²⁹⁴ Ementa da MC-ADC n.º 43: “MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.” (Acórdão do Supremo Tribunal Federal, MC-ADC n.º 43-DF). No mesmo sentido, a ementa da MC-ADC n.º 44-DF: “MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.” (Acórdão do Supremo Tribunal Federal, MC-ADC n.º 44-DF.)

²⁹⁵ “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.” (Decreto-Lei n.º 3.683, Código.)

se ao plano processual, sem reflexo direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir.²⁹⁶

Note-se que a Suprema Corte confirma a constitucionalidade do princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência²⁹⁷, todavia admite a execução antecipada da pena, quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

Nessa linha, explicam que os recursos extraordinário e especial, os quais geram efeitos apenas devolutivo²⁹⁸, não colidem com o princípio constitucional da presunção de inocência contido na norma do inciso LVII do artigo 5.º da Constituição federal.

Diante do crescimento expressivo da violência, os apoiadores dessa decisão, que permite a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, também fundamentam que o Judiciário, em diversos julgamentos, tem invocado a proteção penal a interesse fundamental previsto na Constituição. Isto é, as decisões têm declarado que o Estado não deve abrir mão da proteção suficiente para garantir a proteção de um direito fundamental.²⁹⁹

Nesse entendimento, na análise do MC-ADC n.º44-DF foi citado alguns casos em que os organismos internacionais na tutela dos direitos humanos exigiu do Brasil um posicionamento mais eficaz diante de fatos que desrespeitam os direitos humanos básicos, como, por exemplo, a condenação do Brasil, no dia 04 de abril de 2001, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em razão do conhecido caso da Sr.ª Maria da Penha Fernandes, vítima de tentativas de homicídio por parte do seu marido, que tentou eletrocutá-la, no ápice de uma série de agressões sofridas durante toda a sua vida matrimonial. Neste caso, a vítima esperou 17 anos para que o Poder judiciário proferisse uma condenação definitiva.³⁰⁰

Outro exemplo, bastante conhecido no Brasil, que apresenta toda a morosidade judicial vivenciada pelo Estado, é o caso do indivíduo conhecido por Damião Ximenes Lopes, o qual era deficiente mental e vítima de maus tratos em uma casa de repouso no município de

²⁹⁶ Acórdão do Supremo Tribunal Federal, MC-ADC n.º 43-DF.

²⁹⁷ O presente estudo considera que não há diferença de conteúdo entre o princípio da presunção de inocência e o princípio da não culpabilidade. As expressões são apenas variações de um idêntico conteúdo. Neste caso, procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. (GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, *Processo Penal*, 3.ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 57.)

²⁹⁸ Defendem que a excepcionalidade de atribuir o efeito suspensivo aos recursos especiais e extraordinários não colide com o princípio da presunção de inocência, pois, ainda assim, a regra é o efeito devolutivo.

²⁹⁹ Acórdão do Supremo Tribunal Federal, RE n.º 418.376-5-MT, Brasil, 09 de fevereiro de 2006, pesquisável em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>.)

³⁰⁰ Insta salientar que dessa condenação originou-se a Lei n.º 11.340/2006, conhecida por Lei Maria da Penha, que dispõe sobre violência doméstica. (Relatório n.º 54-01 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos [da Organização dos Estados Americanos], Caso n.º 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, Brasil, 4 de abril de 2001, pesquisável em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>.)

Sobral, pertencente ao Estado federado brasileiro do Ceará. Na época, por causa do tratamento desumano que lhe era imposto, Ximenes Lopes veio ao óbito. Por este caso, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual declarou a ineficiência do Estado em investigar e punir os responsáveis pelos maus tratos e óbito da vítima, que depois de 6 (seis) anos não havia nem uma condenação, nem mesmo de primeiro grau.³⁰¹

Nesse sentido, usando como justificativas as exigências dos órgãos internacionais e os anseios de uma sociedade “punitivistas”, a maioria dos ministros do STF decidiram, no dia 17 de fevereiro de 2016, através do HC n.º 126.292/SP, pela execução provisória de acórdão penal condenatório em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário.³⁰²

Outra questão ponderada pelos defensores da execução provisória são os chamados “crimes de colarinho branco”, praticados por pessoas respeitável, e de alta posição social de Estado, no exercício de suas ocupações, os quais, por serem mais abonados financeiramente, são beneficiados pelos inúmeros recursos existentes no ordenamento jurídico brasileiro para protelar a execução da pena sentenciada.

Salienta-se que essa decisão foi proferida em um cenário que o Brasil vivencia uma grande instabilidade política, como mencionado anteriormente, em que vários parlamentares, ex-ministros e inclusive o ex-presidente da república Luiz Inácio Lula da Silva foram condenados pelos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro.

Nesse ponto de vista, considerando que no Brasil vigora a garantia do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional, na prática o cidadão comum encontra dificuldades para custear sua defesa nas instâncias superiores, principalmente, quando a finalidade é a protelação do cumprimento da sentença, pois, quanto mais próximo o recurso estiver das instâncias superiores, maiores são os valores dos honorários advocatícios e das taxas judiciárias.

O ministro do STF LUÍS ROBERTO BARROSO afirma que o modelo do sistema recursal brasileiro é caótico, no sentido de que somente no STJ existem 25 recursos, os quais todos são descabidos, isso sem contar outros tantos existentes no Supremo Tribunal Federal. Ele assevera ainda que a advocacia privada tem um maior índice de distribuição de recursos, ou seja, aquele indivíduo que tiver dinheiro para pagar um advogado para interpor 25 recursos só no STJ poderá impedir a sua prisão.

³⁰¹ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, Supervisión de cumplimiento de sentencia, 17 de maio de 2010, pesquisável em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ximenes_17_05_10.pdf.

³⁰² Acórdão do Supremo Tribunal Federal, MC-ADC n.º 44-DF.

Dessa forma, com base na seletividade do sistema, fundamentam que a prisão somente depois do trânsito em julgado beneficia o indivíduo que tem condições de arcar com os serviços advocatícios para interpor recursos e protelar o cumprimento da sentença, em detrimento daqueles que não tem condições financeiras para garantir esse tipo de defesa³⁰³. Nesse sentido, reforçam que esse problema é ocasionado pela demora no julgamento pelos Tribunais, os quais têm usado de anos e até décadas para decidir definitivamente um processo sua credibilidade está desmoralizada.³⁰⁴

Contudo, é importante destacar que os apoiadores da execução provisória da pena, firmada em segundo grau, defendem a importância do princípio da presunção de inocência, entretanto asseveram que esse princípio deverá ser uniforme a todos os cidadãos, em qualquer crime que cometeram ou que estão sendo acusados de cometer, pois, caso contrário o descrédito da sociedade no sistema crescerá cada vez mais.

Quanto a aplicação do artigo 283 do CPP, os defensores da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado declararam ser constitucional, porém não se deve considerar que somente as prisões ali estabelecidas são válidas. Desse modo, para melhor interpretação, não poderá vigorar o critério temporal³⁰⁵, visto que, esse critério desconsideraria a prisão civil por inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia e a prisão administrativa decorrente de transgressão militar, regulamentadas antes do artigo 283 do CPP.³⁰⁶ Assim, também não poderia prevalecer a regra do efeito meramente devolutivo dos recursos Especiais e Extraordinários, dada a vigência posterior dos artigos 995 e 1.029, §5.º do Código de Processo Civil, doravante CPC, que disciplinaram os efeitos dos referidos recursos.

Nesse contexto, portanto, a jurisprudência firmou entendimento de que a prisão após a decisão de tribunal de apelação não pode ser considerada violadora, pois, se porventura houver a caracterização - que sempre pode ocorrer - de abuso na decisão condenatória,

³⁰³ Pondere-se no Brasil as defensorias públicas exercem suas atividades com excelência, não se submetendo, portanto, a práticas antiéticas e ilegais. Assim, não utiliza de recursos protelatórios para adiar o cumprimento da condenação dos indivíduos que representam.

³⁰⁴ Para exemplificar o sentimento de impunidade, os ministros, favoráveis à prisão provisória antes do trânsito em julgado, citam casos em que a sentença definitiva demorou décadas para ser proferida. Nesse sentido, mencionamos o caso “Luís Estevão”, cujo nome refere-se a um ex-Senador da República que foi condenado pelo desvio de R\$ 169 milhões na construção do Foro Trabalhista de São Paulo. Os fatos ocorreram em 1992. Depois da interposição de 34 recursos, a decisão finalmente transitou em julgado em 2016, quando ele veio a ser preso. (Acórdão do Supremo Tribunal Federal, MC-ADC n.º 44-DF).

³⁰⁵ O critério temporal de validade das leis consiste na regra de que lei ou norma posterior revoga regra ou lei anterior, quando esta for incompatível com aquela.

³⁰⁶ Nessa linha, o ministro EDSON FACHIN afirma que “não é adequada a interpretação segundo a qual o art. 283 do CPP varreu do mundo jurídico toda forma de prisão que não aquelas ali expressamente previstas, quais sejam, a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva e prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado.” (Acórdão do Supremo Tribunal Federal, MC-ADC n.º 44-DF, p. 12.)

certamente estarão à disposição do eventual condenado todos os remédios, inclusive o HC, além do eventual recurso extraordinário com pedido de efeito suspensivo e com caráter cautelar. Não suficiente, entende-se também que os tribunais dispõem de meios para sustar essa execução antecipada.

Contudo, insta salientar, que através dos fundamentos para decisão que determinou a execução provisória é possível notar que a mudança no precedente judicial está diretamente ligada à necessidade social, como uma medida imediatista, frente as crises vivenciadas pelo Brasil.

7.2.2.1 Análise crítica sobre a mutação constitucional

Considerando que o pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, imaginemos o indivíduo que perde a liberdade, seja através da execução provisória da pena ou por medida cautelar, e depois, através de recurso ou da sentença condenatória, é declarado inocente. Pergunta-se: Esse indivíduo terá sua liberdade devolvida? Esse indivíduo surgirá na sociedade como inocente?

Os críticos à execução provisória da pena, como o ministro do STF MARCO AURÉLIO, responderiam que não. Entretanto, para melhor compreendermos a problemática da mutação constitucional, faz-se necessário analisar os fundamentos contrários à referida reforma.

Primeiramente, de acordo com a previsão constitucional, presente no artigo 5.º, como direito e garantia fundamental, e a confirmação através do artigo 283 do CPP, a obrigação de se presumir a inocência do indivíduo até o trânsito em julgado faz parte do núcleo essencial do Estado democrático de direito, sendo, portanto, matéria inacessível até mesmo para o Poder Constituinte derivado.

Note-se que esses dispositivos são categóricos, taxativos e não possibilitam qualquer abertura para amplas interpretações, o que nos cabe, nesse caso, para melhor aplicação do direito, é interpretá-los, considerando todo o sistema, principalmente, o contexto que eles estão inseridos.

Nesse sentido, aplicando a tese da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, as mudanças e as consequências negativas serão bem maiores do que os apoiadores

concluem. Para exemplificar essa assertiva, cite-se a Lei de Execução Penal, doravante LEP, Lei n.º 7.210/1984, que dispõe, além de outras matérias, sobre a organização do sistema prisional. Nessa lei está disciplinado que o preso provisório e o preso condenado por sentença transitada em julgado deverão, sob o amparo legal, ser custodiados separadamente. De modo que os presos condenados à pena de reclusão em regime fechado deverão cumprir pena nas penitenciárias, os condenados ao cumprimento da pena no regime semiaberto, por sua vez, deverão cumprir nas Colônias Agrícola, Industrial ou Similar, os condenados ao Regime Aberto deverão cumprir sua pena em Casa de Albergado e, por último, os presos provisórios deverão ser recolhidos em cadeia pública.

Note-se que, os presos que executam antecipadamente sua pena, mesmo que ainda não tenham exaurido os recursos que lhes são garantidos não poderão ser considerados presos provisórios, por haver sentença condenatória e também não poderão ser culpados, por não haver o trânsito em julgado. Assim, diante Lei n.º 7.210/1984, a nova interpretação da Constituição, realizada pelo STF, cria um impasse sobre o lugar em que os indivíduos condenados em segundo grau, antes do trânsito em julgado, deverão ser recolhidos.

Ainda sobre as mudanças e consequências negativas em todo o ordenamento jurídico, citamos alguns dispositivos; como o artigo 105 da LEP, que condiciona a execução da pena privativa de liberdade à existência de trânsito em julgado do título judicial condenatório; e o artigo 147 da mesma lei, que exige o trânsito em julgado para o cumprimento da pena restritiva de direito, e o artigo 50 do CPB, que a condiciona a execução da pena de multa ao trânsito em julgado;³⁰⁷ que conseqüentemente terão sua interpretação alterada pela mutação constitucional publicada recentemente.

Diante do estado de anormalidade vivenciado pelo Brasil, através da crise financeira e política, a situação carcerária do país tem sido caótica, por inúmeros motivos, porém, concordar com alterações constitucionais que violam os princípios basilares do direito e contrariam o texto normativo vigente, como determinar que o condenado antes do trânsito em

³⁰⁷ A Lei de Execução Penal dispõe: “Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução. [...] Art. 145. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.” (Lei ordinária n.º 7.210, Lei de Execução Penal, de 11 de julho de 1984, Brasil, pesquisável em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm.) O Código Penal, que também disciplina sobre o trânsito em julgado dispõe: “Art. 50. A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. [...]” (Decreto-lei n.º 2.848, Código Penal, de 7 dezembro de 1940, Brasil, pesquisável em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm.)

julgado cumpra pena em estabelecimentos de condenados definitivos, é o mesmo que aceitar todas as irregularidades e ilegalidades aplicadas no dia-a-dia. Seria, portanto, “legalizar” algo que sabemos ser inconstitucional, ou como bem expressou o ministro do STF Marco Aurélio, seria a aceitação de que a Constituição “editou uma emenda constitucional ilegítima”.

Os apoiadores da execução provisória, antes do trânsito em julgado, consideram que a referida mutação constitucional somente altera o momento em que a punição será efetivada³⁰⁸. Usam o caos no sistema carcerário como justificativa para relativizar o princípio da presunção de inocência, entretanto, com base na mesma mesmo assunto, podemos criticar a mutação constitucional, declarando que o sistema carcerário conta com mais de 700 mil presos em condições sub-humanas, dos quais mais de 40% são provisórios, onde todos estão a mercê da possibilidade do cometimento de erros judiciais por magistrados de primeira e segunda instância.³⁰⁹

A situação que já era muito preocupante, com a decisão da execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado, agora ficou ainda pior. A população carcerária que já era grande, agora com a nova decisão ficou ainda maior. Insta salientar que o custo de cada preso, para o Estado, varia de acordo com cada estado da federação, porém, para demonstrarmos o tamanho do problema, consideraremos uma média de custos de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais) para cada preso. Agora, imagine o Estado, diante de uma crise financeira, suportando um aumento considerável no número de presos depois da alteração constitucional, que acabou por antecipar a prisão de quase 50 mil indivíduos, os quais tiveram sua condenação confirmada pelo Juízo de segundo grau.³¹⁰ De acordo com os estudos já publicados, o principal problema do sistema carcerário brasileiro é a superlotação, que desencadeia diversos problemas como falta de segurança, desorganização, descaso com a saúde e alimentação e outros.³¹¹

³⁰⁸ De acordo com o ministro do STF LUÍS ROBERTO BARROSO, grande parte da população carcerária brasileira está recolhida a esses cárceres em caráter provisório, isso porque, devido ao crescimento da violência, os juízes, sem qualquer certeza quanto a materialidade e autoria do crime, têm atuado em um cenário de grande instabilidade. (Acórdão do Supremo Tribunal Federal, MC-ADC n.º 44-DF.)

³⁰⁹ LÍRIA JADE *et al.*, Entenda a crise no cenário brasileiro, Reportagem Agencia Brasil, TV Brasil e Rádios EBC, *in*, EBC, Especiais, 24 jan. 2017, *online*, pesquisável em: <http://www.ebc.com.br/especiais/entenda-crise-no-sistema-prisional-brasileiro>.

³¹⁰ *Cármem Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil*, *in*, Agência CNJ de Notícias, CNJ, 10 nov. 2016, 17h33, *online*, pesquisável em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>.

³¹¹ Nos últimos anos, diante do crescimento da população carcerária no Brasil, a fragilidade do sistema tem sido a causa principal da crise carcerária. Em 2017, pela desorganização e pela má condição que os presos vivem encarcerados, ocorreram três episódios que resultaram na morte de mais de 100 detentos, sendo que pelo menos 60 foram mortos no estado de Manaus, no estado de Roraima foram 33 mortos e no Rio Grande do Norte contabilizaram-se 26 mortos. Além das referidas mortes, as rebeliões que aconteceram em diferentes estados e

Logo, nesse cenário de crescimento da criminalidade, da exclusão social, do avanço do desemprego, da precariedade da educação estatal e sucateamento da saúde pública, o que se espera do Estado, em cumprimento do seu poder-dever de punir, é a criação e efetivação de políticas públicas para atender as condições necessárias à humanização não somente no sistema carcerário, mas em todas as áreas que desencadeiam graves problemas sociais, sem afrontar direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana.

A título de exemplos, aplicando a nova alteração constitucional, imaginemos um indivíduo, morador de rua, que era réu primário até ser detido em flagrante no ano de 2012. À época, o referido indivíduo, tinha tentado furtar 4 barras de chocolate em um substabelecimento comercial, que contabilizavam o valor total de R\$ 17,56 (dezesete reais e cinquenta e seis centavos). Depois que os funcionários do substabelecimento o abordou ele devolveu os chocolates, porém a polícia o prendeu e registrou o flagrante. Pelo crime cometido João foi condenado a 8 meses, em regime semiaberto. Estando preso por quase 5 meses, o Tribunal de Justiça negou recurso, desconsiderando o crime de bagatela, mantendo a condenação. Em 2016, através do Recurso Especial, o Superior Tribunal de Justiça decretou a absolvição, pelo princípio da Insignificância. Note-se que se a tese da execução antecipada da pena já estivesse sendo aplicada, o indivíduo teria cumprido pena, por um crime que posteriormente foi absolvido.

Assim, considerando que aquela liberdade perdida não poderá ser restituída, que hodiernamente o número de encarcerados aumentou muito e as condições do cárcere não são favoráveis a ressocialização, não se pode ignorar as normas e os princípios constitucionais para exigir o recolhimento de indivíduos, que ainda não foram definitivamente considerados culpados.³¹²

idades favoreceram a fuga de centenas de detentos. Não suficiente, houve grandes prejuízos materiais que seriam suportados pelo erário. (LÍRIA JADE *et al.*, Entenda.)

³¹² PEDRO CANÁRIO, Presunção de inocência, Citada como exemplo, Alemanha espera trânsito em julgado para prender, *in*, *Consultor Jurídico*, 5 out., Brasília, 2016, 06h48, *online*, pesquisável em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-05/citada-exemplo-alemanha-prende-transito-julgado>. / Com a nova admissibilidade de alteração informal da Constituição, os prejudicados terão de interpor recursos presos, mesmo que inocentes, que tenham tido condenação acima do permitido pela lei ou, ainda, que tenham sido submetidos a regime desproporcional. Para demonstrar que os Tribunais de segundo grau estão constantemente proferindo decisões “equivocadas”, basta verificar os altos índices de ajuizamentos nos tribunais superiores, pelos quais se comprova que, até abril de 2016, a Defensoria do Estado de São Paulo ajuizou 2.610 pedidos de HC no STJ e no STF. Por seu turno, essas cortes concederam 1.008 desses pedidos, o equivalente a 49% das solicitações. Em 2015, foram 8.580 pedidos e 3.181 concessões, uma proporção de 48%. Em 2014, o índice de HCs providos foi de 45%: 7.259 pedidos, 2.395 deferidos. Diante disso, não há como concordar com a tese que desconsidera haver ofensa ao princípio fundamental da presunção de inocência.

Ainda, considerando a execução antecipada da pena, antes do trânsito em julgado, pode-se dizer que diversos dispositivos do ordenamento jurídico estariam prejudicados, já que o trânsito em julgado, no direito brasileiro, somente ocorrerá depois de exaurido todos os recursos possíveis da sentença condenatória.

Noutro ponto, observe-se que a decisão que permitiu a execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado, viola claramente a Súmula vinculante n.º 10, e por consequência o artigo 97 da CRFB, quando através de órgão fracionário da Suprema Corte desconsiderou a incidência do artigo 283 do CPP e do inciso LVII do artigo 5.º da CRFB através da nova interpretação do texto constitucional.³¹³

Apesar dessa nova interpretação violar o núcleo essencial da presunção de inocência, quando contraria a exigência da formulação de um juízo definitivo de culpabilidade em título judiciário condenatório transitado em julgado, pode-se dizer que ela poderia trazer muitos benefícios para a sociedade, como a efetividade do processo penal, se tivesse sido originada em um cenário jurídico propício, que não contrariasse os preceitos constitucionais e infraconstitucionais.

No caso em epígrafe, atreve-se a sugerir que a alteração por meio do mecanismo de emenda constitucional poderia satisfazer as exigências jurídicas, por ser uma opção que garante estabilidade normativa através do seu complexo processo de elaboração.³¹⁴ Nesse sentido, a modificação infraconstitucional do conceito de trânsito em julgado e a mudança na estrutura do sistema recursal penal do país também poderia ser outra opção para a aceitação da execução antecipada da pena não contrariasse os dispositivos legais vigentes.

Assim o conceito de trânsito em julgado que hoje vigora no ordenamento normativo não permite relativização, entretanto, se a alteração formal do texto infraconstitucional for efetivada, de modo que se confirme o trânsito em julgado após confirmação da sentença em

³¹³ Saliente-se que o artigo 97 da Constituição dispõe: “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.” (Constituição da República Federativa do Brasil (1988), Diário.) Nesse sentido, a Súmula Vinculante n.º 10 menciona que: “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte.” (Súmula Vinculante n.º 10 do Supremo Tribunal Federal, Brasil, 18 de junho de 2008, pesquisável em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=10.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>.)

³¹⁴ ABHNER YOUSSEF MOTA ARABI, Execução provisória da pena: viés funcionalista ou retorno ao neokantismo?, in, *Consultor Jurídico*, Opinião, 23 out., Brasília, 2016, 14h23, online, pesquisável em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-23/execucao-provisoria-vies-funcionalista-ou-retorno-neokantismo>. / MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO, A nova Constituição, Há decisões do Supremo que efetivamente reescreveram a Carta de 1988, in, *Consultor Jurídico*, Colunistas, 31 jan., Brasília, 2016, 08h00, online, pesquisável em <https://www.conjur.com.br/2016-jan-31/constituicao-decisoes-stf-efetivamente-reescreveram-constituicao>.

segundo grau, a declaração de culpabilidade depois da condenação de segundo grau seria constitucionalmente permitida.

Não obstante, visto que a alteração constitucional se deu através do mecanismo de mutação e sem a devida observância das normas constitucionais e infraconstitucionais, é necessário que a discussão gire em torno da constitucionalidade da interpretação aplicada pelo STF e não das normas já estabelecidas no ordenamento jurídico.

Nessa perspectiva, a relativização ou desconsideração do princípio da presunção de inocência pela tese de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, nos remete à análise do conceito de coisa julgada.

De forma simples e direta, conceitua-se a coisa julgada penal como termo usado para dizer que os efeitos da sentença penal condenatória são imutáveis, assim como para propiciar a estabilidade das relações sociais e a superação dos conflitos. O trânsito em julgado, por seu turno, significa que os efeitos da sentença condenatória se tornarão imutáveis, pelo exaurimento ou preclusão do exercício do direito à interposição dos recursos cabíveis, isso, incluindo até mesmo os recursos extraordinário e especial.

Por esse ângulo, a doutrina afirma que a coisa julgada é a manifestação do Estado Democrático de Direito, que favorece a segurança jurídica. Logo, descumprir ou desconsiderar a coisa julgada é o mesmo que violar todos os direitos e garantias fundamentais de uma só vez.³¹⁵

Apesar disso, LUÍS ROBERTO BARROSO afirma que a prisão poderá ser decretada antes do trânsito em julgado, porque depois da condenação de segundo grau a autoria e a materialidade é questão superada, logo, as instâncias extraordinárias não discutem mais provas e fatos. Assim, sob pena da inafetividade da jurisdição penal, do descrédito, da desmoralização do sistema de justiça, o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado passa a ser uma exigência constitucional.

Observe-se que esse entendimento apresenta uma certa coerência, já que os recursos excepcionais não são dotados de efeitos suspensivo, porém ele não pode prosperar, visto que além da legislação constitucional vigente proibir expressamente que o indivíduo seja considerado culpado antes do trânsito em julgado, os referidos recursos poderão, dentre outras, corrigir ilegalidade na tipificação dos crimes, na dosimetria da pena, na fixação do regime

³¹⁵ NELSON NERY JUNIOR / ROSA MARIA, *Código de Processo Civil Comentado*, 10.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 680.

prisional, de modo que poderá interferir ou até mesmo anular a condenação anteriormente proferida.

Sobre a questão dos recursos meramente protelatórios, os apoiadores da execução provisória da pena alegam que o sistema recursal brasileiro é desorganizado, sob o ponto de vista da quantidade de tipos de recursos existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Para eles, a proibição de se antecipar a execução da pena, antes de exaurir os recursos cominado com a grande quantidade destes favorece a propositura de recursos meramente protelatórios e consequentemente a demora no julgamento pelos tribunais.

Todavia, não se pode argumentar que o julgamento de recursos como o extraordinário e o especial interpostos no exercício do direito de defesa frustraria a efetividade da jurisdição penal, uma vez que essa efetividade não pode ser obtida à custa da supressão de direitos fundamentais.

Abrindo precedente, o STF garantiu que alguns juízes e desembargadores determinassem a prisão de indivíduos após decisão de segundo grau, sem o trânsito em julgado. Ocorre que apesar de alguns entenderem pela possibilidade da execução antecipada da pena, antes do trânsito em julgado, outros tem desconsiderado esse entendimento, sob o argumento de que precipitar a pena importa a antecipação da pena, para determinar o imediato relaxamento da prisão, ou a abstenção da expedição do mandado de prisão de sentença condenatória que ainda não transitou em julgado, trazendo uma certa insegurança jurídica para o país.³¹⁶

Em outro ponto, no julgamento da ADC n.º 44, alguns ministros mencionam que nenhum outro país exige que se esgote todos os recursos cabíveis para se iniciar eventual cumprimento de pena; ocorre que tal argumentação falha ao não considerar que o Brasil é um Estado soberano em suas escolhas políticas e jurídicas, capaz de exigir, pois, para declarar a culpabilidade do indivíduo, o trânsito em julgado da decisão condenatória ao invés da condenação em segunda instância.³¹⁷ À vista disso, considerando essa capacidade e a positivação da opção tomada, no sentido de se exigir o trânsito em julgado para a afirmação da

³¹⁶ Decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal, MC-HC n.º 151.819-PA, Brasil, 21 de maio de 2018, pesquisável em: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5334909.

³¹⁷ Diferentemente do Brasil, em Portugal, de acordo com o artigo 438.º, a título de exemplo, o recurso para a fixação de jurisprudência, o qual não tem efeito suspensivo, é interposto no prazo de 30 dias a contar do trânsito em julgado do acórdão proferido em último lugar. Logo, lá não se exige a prisão após a análise do referido recurso. O centro celeuma da execução antecipada da pena, no Brasil, está justamente no trânsito em julgado, pois ele somente se dá após a análise dos recursos excepcionais. Assim, não se pode querer aplicar procedimentos usados em outros países quando a legislação constitucional vigente não permite essa possibilidade. (Decreto-Lei n.º 78, Código de Processo Penal, de 17 de fevereiro de 1987, Portugal, pesquisável em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=199&nversao=&tabela=leis.)

culpabilidade, dever-se-ia cumprir a ordem constitucional, executando-se a pena somente após a culpabilidade confirmada.³¹⁸

A confirmação da relativização do princípio da presunção de inocência, coloca em questão o papel institucional do STF, a função das Constituições e a responsabilidade política e social da Suprema Corte, isso, no contexto do processo de consolidação e aperfeiçoamento da ordem democrática do Brasil, e, principalmente, no plano da construção de uma jurisprudência das liberdades concedidas e formuladas em favor de direitos e garantias da pessoa humana.

Primeiramente, cumpre-nos lembrar que o STF tem o dever árduo e grave de velar pela integridade dos textos constitucionais, em especial pelos direitos fundamentais, repelindo todas as condutas que possam ser abusivas. Esse encargo dado à Suprema Corte, portanto, não pode ser renunciado, pois se o desempenho desse Tribunal não atender as expectativas esperadas, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades pública, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas, e a legitimidade das instituições da República estarão profundamente comprometidas.

Segundo o ministro do STF Eros Grau, à Suprema Corte “incumbe impedir, no exercício da prudência do Direito, para que prevaleça contra qualquer outra, momentânea, incendiária, ocasional, a força normativa da Constituição. Sobretudo nos momentos de exaltação.”³¹⁹

Nesse contexto, pode-se dizer que a Suprema Corte ao decidir pela descon sideração do princípio da presunção de inocência, sob o fundamento meramente funcionalista, deixou de cumprir com sua atribuição de guardião da Carta Magna. A gravidade dessa decisão está na interpretação equívoca de cláusulas vitais à preservação da liberdade humana e da descon sideração do princípio da presunção de inocência para a prevalência do princípio *in dubio pro societate*, pois não se pode tolerar que se submeta alguém aos rigores de um processo penal unicamente com amparo da fórmula *in dubio pro societate*.³²⁰

³¹⁸ Os defensores da execução provisória antes do trânsito em julgado asseveram que o Brasil é o único país que não considera culpado o indivíduo que teve sua condenação firmada em segundo grau, quando ainda depende de recurso. Alguns ministros do STF argumentam que os Estados Unidos, por exemplo, “adotam *standards* bastante rigorosos nessa seara” e ainda que países como Portugal, Alemanha e outros também aplicam o princípio da presunção de inocência de forma diferente. Ocorre que os ministros esqueceram de mencionar que, diferentemente de como ocorre no Brasil, esses países não possuem normas constitucionais de explícita literalidade que proíbem a descon sideração do referido princípio. (Acórdão do Supremo Tribunal Federal, MC-ADC n.º 44-DF.)

³¹⁹ Cf. Voto do Min. EROS GRAU no julgamento do HC n.º 84.078-7-MG. (Acórdão do Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* n.º 84.078-7-MG, p. 11.)

³²⁰ Nesse sentido, o espanhol PABLO LUCAS VERDÚ afirma que “o monopólio do conceito e da prática da Constituição pelos tribunais constitucionais, conduz, às vezes, a que estes não se limitem a defender e a interpretar,

Como anteriormente explicado, a possível e eventual inefetividade da jurisdição penal ou do sistema punitivo pelo uso de meios recursais, que muitas vezes geram no meio social a sensação de impunidade, não poderá ser atribuída ao reconhecimento e aplicação do direito fundamental do indivíduo ser presumido inocente. Pois, não se garante justiça e o retorno ao estado de normalidade na violação de preceitos essenciais à dignidade da pessoa humana.

Acredita-se que para garantir a segurança e confiança na administração é necessário que sejam aplicados instrumentos existentes e já consolidados na jurisprudência, como a atuação monocrática do Relator que nega seguimento a recurso, por constatar abuso do direito de recorrer e o risco iminente da prescrição.³²¹

Pode-se dizer, que além dos instrumentos existentes, para resolver o problema da inefetividade e da sensação de impunidade do cidadão, a aplicação do princípio constitucional da presunção de inocência com a reformulação do sistema processual são as medidas mais eficazes. É notável a necessidade da atuação do Poder Legislativo, para criar meios que “confiram maior coeficiente de racionalidade ao modelo recursal, mas não, como se pretende, na inaceitável desconsideração de um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos desta República fundada no conceito de liberdade e legitimada pelo princípio democrático.”³²²

A decisão pela desconsideração do princípio da presunção de inocência configura uma medida regressiva na conquista pelos direitos e garantias do Estado Democrático de Direito, pois não se trata de uma interpretação evolutiva da Constituição viva ou de mutação constitucional. Analisando historicamente o assunto, não podemos deixar de considerar que diante de regimes autocráticos e autoritário, onde absurdamente vigorava a ideia de que todos

como instância máxima, a lei fundamental, senão a assenhorá-la”. (PABLO LUCAS VERDÚ, *La Constitución en la encrucijada, polingenesia iuris politici*, Madri: Real Academia de Ciências Morales y Políticas, 1994, pp. 75-76.)

³²¹ Sobre a decisão monocrática do Relator: “EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ABUSO DO DIREITO DE RECORRER. MANEJO SISTEMÁTICO DE 3 (TRÊS) RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS CONTRA JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PROVENIENTES DO MESMO RECURSO ESPECIAL. CARÁTER MANIFESTAMENTE PROTETATÓRIO. PRETENSÃO DE ALCANÇAR A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RISCO IMINENTE DA PRESCRIÇÃO. DETERMINAÇÃO DE BAIXA IMEDIATA DOS AUTOS INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO DA DECISÃO. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE. PRECEDENTES. LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO RELATOR NA FORMA REGIMENTAL (RISTF, ART. 21, § 1º). PRECEDENTE. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA COLEGIALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, INCISO LIV (...)). (Acórdão do Supremo Tribunal Federal, QO-RE n.º 839.163-DF, 05 de novembro de 2014, Brasil, pesquisável em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7708630>.)

³²² Cf. Voto do Min. CELSO DE MELO na Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 44-DF (Acórdão do Supremo Tribunal Federal, MC-ADC n.º 44-DF, p. 222.)

são culpados até que se prove o contrário, várias lutas foram vivenciadas, para que esse princípio fosse considerado como exigência básica para a valoração da pessoa humana.³²³

Assim, por ser uma limitação constitucional ao poder do Estado, normatividade da presunção de inocência não se esvazia progressivamente à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Mesmo havendo condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, o direito fundamental de ser presumido inocente.³²⁴

De acordo com o ministro do STF Celso de Mello, “é preciso repelir [...] a tentação autoritária de presumir-se provada qualquer acusação criminal e de tratar com se culpado fosse aquele em favor de quem milita a presunção constitucional de inocência.”³²⁵

Destarte, qualquer que seja o fundamento, de caráter legal ou de índole constitucional, nenhuma execução de condenação criminal em nosso país poderia ser implementada sem a existência do indispensável título judicial definitivo, resultante do necessário trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nesse sentido, conclui-se que, por todo ordenamento jurídico brasileiro, o reconhecimento da execução provisória de uma

³²³ Podemos citar três momentos históricos muito importantes para o surgimento do princípio da presunção de inocência. a) O primeiro é marcado pela disposição do artigo 9, IX, da Declaração do Homem e do Cidadão, Revolução de 1789. Na esteira do movimento reformista da jurisdição penal, inspirado pelo iluminismo, CESARE BONESANA BECCARIA ou MARQUÊS DE BECCARIA, escreveu um pequeno livro, conhecido por “*Dei Delitti e Delle Pene*”, o qual trazia pensamentos do ideário iluminista de rebelião contra a opressão imperial, que propiciou o surgimento da ideia de que todo homem se presume inocente até que seja declarado culpado. Porém, se antes for preciso agir contra ele, as medidas que devam ser tomadas não podem ser excessivas, senão que os excessos devem ser reprimidos severamente pela lei. Note-se que na época arbitrariedades no processo penal eram admitidas por lei, medidas como torturas, suplícios, admissão de meia culpa e prisões para averiguação sem prazo, sem limite e sem controle eram legítimas. b) O segundo momento ocorreu na Itália, na divergência dogmática entre as três conhecidas escolas penais. A escola clássica adotava o método lógico abstrato, que pregava que o direito penal servia para punir os criminosos. Por outro lado, o processo penal estava, pois, na visão de garantia da presunção de inocência, sem o qual o objetivo do processo penal estaria comprometido. A segunda escola, que surgiu no cerne da Revolução industrial, com todos problemas sociais dela decorrentes, sustentava a concepção do processo penal de dar prevalência à defesa social, à defesa da sociedade contra os criminosos. A terceira escola, técnico-jurídica, era centrada nos textos da lei, perante a qual os direitos sociais tinham que prevalecer na qualificação da condição do réu e na questão da prova da culpa. O réu não era considerado culpado e nem inocente, ficaria numa condição intermediária no curso do processo. c) O terceiro momento, igualmente importante, coincide com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, que estabeleceu a recomendação: “todo homem tem direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade seja provada de acordo com a lei, em julgamento público, com todas as garantias”. Nessa época, o princípio da presunção da inocência foi reconhecido e encarado como regra de prova e como regra de juízo, as quais contribuíram como elaboração aprofundada do *in dubio pro reo*. (CEZAR PELUSO, É preciso entender a grandeza da presunção de inocência, *in*, *Consultor Jurídico*, Opinião, 26 set., Brasília, 2016, 15h00, *online*, pesquisável em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-26/peluso-preciso-entender-grandeza-presuncao-inocencia>.)

³²⁴ Em uma declaração contrária à literalidade constitucional, o ministro do STF LUÍS ROBERTO BARROSO, afirma que o princípio da presunção de inocência não é uma regra, razão pela qual ele poderá ser ponderado com outros princípios de valores constitucionais, como a efetividade do sistema penal. Explica que na ponderação entre esses dois princípios, o princípio da efetividade do sistema ganhará mais peso a partir do momento que o princípio da presunção de inocência tem o seu valor reduzido tanto pela condenação em primeiro grau, como pela confirmação da condenação em segundo grau. *Cf.* Voto do Min. LUÍS ROBERTO BARROSO no MC-ADC n.º 43-DF (Acórdão do Supremo Tribunal Federal, MC-ADC n.º 43-DF, p. 20.)

³²⁵ *Cf.* Voto do Min. CELSO DE MELO na Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 44-DF (Acórdão do Supremo Tribunal Federal, MC-ADC n.º 44-DF, p. 220.)

condenação criminal, antes do trânsito em julgado, significa admitir a instauração da ilegalidade e da inconstitucionalidade.

8 CONCLUSÃO

Conforme o estudo apresentado, vê-se que a Constituição é um conjunto de normas capazes de garantir a proteção fundamental dos indivíduos em face do Estado moderno, que tem, pois, potencial de tolhir a liberdade existencial do homem, e também de impedir que o caos se estabeleça numa realidade em que a ordem civilizacional moderna fragmenta-se com o abalo da instituição estatal, para o fim maior da promoção humana.

Criada para garantir a ordem à sociedade sob os princípios basilares da separação dos poderes, da dignidade humana, de sua própria supremacia *etc.*, a Norma Fundamental, como única norma primária diretamente emanada pelo poder constituinte originário do povo, tem validade, pelo reconhecimento de sua legitimidade, e superioridade em face de todas as outras leis que compõe a respectiva ordem jurídica, por meio do seu caráter genuinamente imperativo.

Como parte do Estado Democrático de Direito e condição para a vigência deste, as constituições não são imortais ou imutáveis, mas, para que elas se prolonguem no tempo e se garantam legitimamente válidas, contribuindo faticamente com a preservação de dada sociedade e não engessando esta, devem se adaptar aos novos contextos espaço-temporais, conforme se demande, sem que, no entanto, fragmentem-se por tal concessão que as submete a um poder de as reformar derivado do seu nascimento, mantendo-se assim um equilíbrio entre suas rigidez e flexibilidade.

Essa estabilidade resultante influencia determinantemente no processo de adequação das normas constitucionais à realidade social, demandando ora instrumentos jurídicos seguros e complexos como são as emendas constitucionais, ora outros informais, e satisfatórios como o uso do poder de mutação constitucional, os quais, por sua vez, se utilizados com desvio, podem causar regresso social, porque, quando exercidos precipitada ou motivacionalmente viciados, efetivarão a indignidade humana com o exercício incompleto de um mínimo para a existência qualitativa do homem, presente na garantia de cumprimento de direitos fundamentais, dentre os quais se inserem também ações positivo-estatais.

Cabe portanto aos Estados, sob a égide das crises contemporâneas, resolver o paradigma entre o que é possível se fazer e o que deve ser feito, sem que a busca da satisfação dos anseios de seus cidadãos conduza-os para a própria insustentabilidade, sob pena de se repetir as vetustas e custosas revoluções.

Para a instabilidade hodierna muito contribuem choques provenientes da globalização. São conflitos de aspecto sócio, político, econômico e/ou culturais que conduzem

povos às crises, cujas consequências refletem-se também na ordem jurídica, especialmente no basilar sistema constitucional, quando se cogitam excepcionalidades, como uma, não necessariamente, transitória, mas repetitiva crise financeira ou uma estereotipada e alienada convivência sócio institucional com uma crise política.

Estas hipóteses fomentam reformas constitucionais pelos poderes como soluções que – como ocorreu na Espanha, no caso da alteração do artigo 135 da *Constitución Española* diante da crise financeira europeia, e no Brasil, no caso da relativização do princípio da presunção de inocência para satisfazer a comoção social vigente perante a percepção sócio midiática de impunidade com a corrupção sistêmica e para corrigir um sistema processual penal falho – podem se descompassar da finalidade.

Percebe-se que, no reino ibérico, ao considerarem o comprometimento internacional junto à União europeia, aprovou-se uma mudança através de um processo de segurança dúbia, por ser excepcionalmente rápido, e sob um fundamento defeituoso, por se ter invertido a posição de importância de valores envolvidos, quando se priorizou o pagamento da dívida, buscando alcançar a “normalidade”, em detrimento da digna qualidade de vida do espanhóis.

Entendemos que esta preterição se deu porque a aprovação não trouxe nenhuma forma de garantir a efetivação de um mínimo dos direitos sociais essenciais que foram atingidos e deixou permanente as restrições diretas ou indiretas à atuação estatal na implantação de políticas públicas sociais, enquanto a situação crítica era e ainda é, como se espera e compreende, transitória. Essa “irregularidade” resume-se no fato de que tanto a administração pública como a população suportarão as consequências das medidas de austeridade até que o legislativo opte por alterar novamente a Constituição e a Lei infraconstitucional que regulamentou a inclusão do princípio da estabilidade orçamental.

É de notável compreensão que essa significativa reforma e o impacto dela, com fim de proporcionar uma certa segurança aos espanhóis sobre o novo texto que seria inserido na Carta Magna, deveria implicar a opção dos congressistas espanhóis pela ratificação popular da alteração constitucional através do referendo previsto no próprio artigo 167 da Constituição espanhola, em razão de que o procedimento realizado não optou pela consulta pública.

Arrisca-se dizer que outro meio menos complexo que a reforma realizada, de caráter provisório, parece que seria mais adequado, como a adaptação da legislação infraconstitucional às novas demandas orçamentais, sob a égide permanente dos limites constitucionais que visam garantir a executabilidade do mínimo existencial face à atuação da administração pública amparada no princípio da reserva do possível.

Já no Brasil, a incongruência da mutação constitucional ocorrida deve-se ao cenário de instabilidade financeira e especialmente política no qual vive o país, onde se tem observado grande influência da vontade popular nos três poderes, pois não só as decisões do judiciário tomam rumos populistas, como também o norte político do executivo e do legislativo segue bandeiras não necessariamente eivadas de juridicidade, afirme-se.

Isso se dá, uma vez, por exemplo, que o Legislativo concede normas que violam regras do sistema interno, a fim de entregar benefícios a grupos de cidadãos, como o caso da Lei Ordinária n.º 13.269, que feriu a segurança à saúde; e uma vez que o Judiciário faz uso de interpretação mutacional para implantar na ordem jurídica norma constitucional nova, à revelia da literalidade do texto constitucional.

A decisão do Supremo Tribunal Federal que, baseando-se num discurso de forte viés sociológico, relativizou a presunção de inocência constitucionalmente positivada como garantia logicamente decorrente da ausência do trânsito em julgado, ao se autorizar a execução antecipada da pena e imputar, pois, culpabilidade em momento processual indevido, até se fundou em razoáveis argumentos, pois se deve conceder que são consideráveis a inefetividade penal de normas institucionalizadas, advinda de um sistema jurídico que endemicamente possibilita a procrastinação processual por meio de inúmeros recursos, e a conseqüente percepção no seio social de impunidade, esta especialmente por causa das classes beneficiadas pela desigualdade financeira num ambiente de profunda crise política proveniente de sucessivos escândalos de corrupção.

Não restam dúvidas de que a crise financeira e a crise política provocam o alto nível de desemprego, o aumento da criminalidade, a sensação de impunidade, a descredibilidade na justiça, porém, em certos casos, por mais que pareça ser uma mudança capaz de garantir a efetividade penal e a segurança social no momento em que a sociedade clama pela punição, a alteração constitucional ou infraconstitucional deve encontrar respaldo no texto normativo vigente para evitar qualquer violação que desestabilize o ordenamento jurídico pátrio, incluindo-se dentro desta a relativa à separação dos poderes e a direito fundamental de liberdade, afinal o problema do caso brasileiro resume-se no fato de a população, em sua maioria carente, estar sujeita ao risco de ter seus cidadãos submetidos à aplicação de penas precipitadas.

Por isso, essas razões não afastam de um certo grau de temeridade a decisão do tribunal supremo brasileiro, afinal esta se utilizou, por imediatismo, do instrumento da mutação para atingir um fim cuja resposta, entendemos, deveria ser dada pelo caminho da emenda constitucional e da reforma infraconstitucional, que se revela mais seguro para lidar com o risco

de transgressão de uma garantia individual, como de fato acontecera, para impedir a instabilidade do sistema judiciário, que se resultou da possibilidade de um mesmo tribunal tomar monocraticamente decisões na mesma direção, mas em sentidos opostos, e ainda para manter a ordem, dado a possibilidade de se arrogar faculdades legislativas ao se derogar tacitamente a Constituição por mutação hermenêutica de natureza jurisprudencial.

Por fim, visto essas ações estatais que, apesar de todo o rigor técnico e de todas as respeitáveis e até reconhecidas autoridades que possa delas ter feito parte, guardam ares de mazelas para com as pessoas diretamente atingidas, isto é, para com os cidadãos, que devem ser vistos como fim último das ações de Estados nacionais, como acreditamos, conclua-se que qualquer estado de normalidade de um país, para o pleno exercício de direitos humanos fundamentais, só será alcançado se as direções tomadas forem ao encontro da supremacia das constituições, respeitando-se as normas constitucionais que tornam intocáveis outras ou que guardam respeito ao povo do qual vieram, reconhecendo-lhe a legitimidade para se auto-guiarem perante os Estados que formam.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Artigos, obras e relatórios

ABHNER YOUSSEF MOTA ARABI, Execução provisória da pena: viés funcionalista ou retorno ao neokantismo?, in, *Consultor Jurídico*, Opinião, 23 out., Brasília, 2016, 14h23, *online*, pesquisável em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-23/execucao-provisoria-vies-funcionalista-ou-retorno-neokantismo>.

ALASDAIR SANDFORD, Armenia's parliament to vote for new prime minister as protests continue, in, *Euronews*, World, Apr. 26, 2018, *online*, pesquisável em: <http://www.euronews.com/2018/04/26/call-for-more-protests-in-armenia-after-talks-break-down>.

ALEXANDRE DE MORAES, *Direito Constitucional*, 32.^a ed., rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2016, *e-book*.

ANA CLARA VELOSO, Hospitais do Rio Sofrem sem médicos, remédios e macas, in, *O Globo*, Rio, 27 dez. 2017, 04h30, *online*, pesquisável em: <https://oglobo.globo.com/rio/hospitais-do-rio-sofrem-sem-medicos-remedios-macas-22230734>.

ANA CRISTINA COSTA MEIRELES, *A eficácia dos direitos sociais*, Salvador: JusPodivm, 2008.

ANA PAULA DE BARCELLOS, *A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais*, o princípio da dignidade da pessoa humana, 1.^a ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ANA PAULA DE BARCELLOS, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, o princípio da dignidade da pessoa humana, 3.^a ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Curso de Direito Constitucional*, 10.^a ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012.

ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Curso de Direito Constitucional*, 6.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Curso de Direito Constitucional*, 7.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

ANGÉLICA DINIZ / LUCAS RAGAZZI, Hospitais sofrem sem remédios, *in*, *O Tempo*, Política, 27 ago. 2017, 03h00, *online*, pesquisável em: <https://www.otempo.com.br/capa/pol%C3%ADtica/hospitais-sofrem-sem-rem%C3%A9dios-1.1513402>.

ANTÓNIO ROMÃO, Crise actual, algumas notas e reflexões, *in*, JOAQUIM RAMOS SILVA (Org.), *Portugal, a Europa e a crise económica e financeira internacional*, n.º 21, Coimbra: Coimbra, 2012, pp. 37-38, (coleções econômicas).

ANTONIO TORRERO MAÑAS, *La crisis financiera y sus efectos sobre la economía española*, Documentos de Trabajo, n.º 13, Madri: Instituto Universitario de Análisis Económico y Social, 2010, pesquisável em: http://www3.uah.es/iaes/publicaciones/DT_13_10.pdf.

AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, *Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, 3.ª ed., Curitiba: Positivo, 2004.

BERNARDO GONÇALVES FERNANDES, *Curso de Direito Constitucional*, 1.ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 230.

BRANDON J. MURRILL, Modes of Constitution Interpretation, *in*, *Congressional Research Service Reports* [of Federation of American Scientists], n.º 7-5700, R45129, Mar. 15, 2018, p. 3 ss., pesquisável em: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45129.pdf>.

CARLOS AYRES BRITTO, *Teoria da constituição*, 1.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARLOS BLANCO DE MORAIS, As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos, autópsia de um acórdão controverso, *in*, *Revista jurídica Jurismat*, n.º 03, ISSN: 2182-6900, Portimão, 2013, pesquisável em: <http://recil.ulusofona.pt/handle/10437/5027>.

CARLOS ROBERTO M. PELLEGRINO, Concepção jurídica de povo, Estado do povo ou povo do estado, *in*, *Revista de Informação Legislativa*, a. 37, n.º 148, out./dez., Brasília, 2000, pp. 167-176.

Cármem Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil, *in*, *Agência CNJ de Notícias*, CNJ, 10 nov. 2016, 17h33, *online*, pesquisável em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>.

CEZAR PELUSO, É preciso entender a grandeza da presunção de inocência, *in*, *Consultor Jurídico*, Opinião, 26 set., Brasília, 2016, 15h00, *online*, pesquisável em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-26/peluso-preciso-entender-grandeza-presuncao-inocencia>.

CLÈMERSON MERLIN CLÈVE / BRUNO MENESES LORENZETTO, Mutação constitucional e segurança jurídica, entre mudança e permanência, *in*, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, vol. VII, pp. 136-146, São Leopoldo: RECHTD, 2015, pesquisável em:

<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.04/4721>.

DALMO DE ABREU DALLARI, *Constitui o e constituinte*, 3.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1985.

DANIEL SARMENTO, *Direitos fundamentais e rela es privadas*, Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2006.

Discurso da Presidenta da República, Dilma Rousseff, durante reunião com governadores e prefeitos de capitais, *in*, *Biblioteca da presidência da república*, Brasília, 23 jun. 2013, *online*, discurso realizado no Palácio do Planalto, pesquisável em:

<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/dilma-rousseff/discursos/discursos-da-presidenta/discorso-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-durante-reuniao-com-governadores-e-prefeitos-de-capitais>.

EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers  tat?*, Paris:  ditions du Boucher, 2002, pesquisável em: <http://www.leboucher.com/pdf/sieyes/tiers.pdf>.

European Committee of Social Rights of the Council of Europe, Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development, *Austerity measures, a danger for democracy and social rights*, Parliamentary Assembly, Rapporteur Mr. Andrej Hunko, AS/Soc (2012) 06, Asocdoc06_2012, Germany, Jan. 20, 2012, pesquisável em: http://www.andrej-hunko.de/start/download/doc_view/198-austerity-outline-report.

European Union, *Memorandum of understanding on specific economic policy conditionality*, May 17, 2011, pesquisável em: http://ec.europa.eu/economy_finance/eu_borrower/mou/2011-05-18-mou-portugal_en.pdf.

FELIPE MOURA BRASIL, Entenda por que Dilma cometeu o crime das “pedaladas fiscais” – e FHC e Lula, não, *in*, *Veja, Blog*, 4 abr. 2011, 19h50, disponibilizado em 9 fev. 2017, *online*, pesquisável em: <https://veja.abril.com.br/blog/felipe-moura-brasil/entenda-por-que-dilma-cometeu-o-crime-das-8220-pedaladas-fiscais-8221-8211-e-fhc-e-lula-nao/>.

FILIPPO BRUNO SILVA AMORIM, *O amicus curiae e a objetiva o do controle difuso de constitucionalidade*, 1.^a ed., Brasília: Athalaia, 2010.

FREDIE DIDIER JÚNIOR, O Recurso Extraordinário e a Transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, *in*, *Revista Páginas de Direito*, a. 13, n.º 1085, 09 out., Porto Alegre, 2013, pesquisável em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/176-artigos-out-2013/6309-o-recurso-extraordinario-e-a-transformacao-do-controle-difuso-de-constitucionalidade-no-direito-brasileiro>.

GEORGE MARMELSTEIN, *Curso de Direitos Fundamentais*, São Paulo: Atlas, 2008.

GILMAR FERREIRA MENDES / PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, 9.ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2014.

GIOVANI BIGOLIN, A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais, *in*, *Revista do Ministério Público*, n.º 53, maio/set., Porto Alegre: Nova Fase, 2004.

GUILHERME VASCONCELOS VILAÇA, *Revisão constitucional*, Ideologias & Vouchers políticos, Lisboa: A Constituição Revista, 2011, *e-book* da Fundação Francisco Manuel dos Santos.

GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, *Processo Penal*, 3.ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

HANS KELSEN, La garantie juridictionnelle de la Constitution, La Justice constitutionnelle, *in*, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, t. XLV, n.º 1, pp. 197-257, Paris: Marcel Giard, 1928, pesquisável em: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9355286/f205.item>.

HELENO TAVEIRA TORRES, *Direito e Poder*, São Paulo: Manole, 2005.

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, Poder constituyente, reforma de la constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad, *in*, *Cuestiones Constitucionales* Revista Mexicana de Derecho Constitucional, n.º 36, enero-junio, 2017, pp. 327-349, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pesquisável em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/viewFile/10868/12955>

Impeachment de Dilma Rousseff marca ano de 2016 no Congresso e no Brasil, *in*, *Agência Senado*, Senado Notícias, Especial, 28 dez. 2016, 12h01, *online*, pesquisável em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/28/impeachment-de-dilma-rousseff-marca-ano-de-2016-no-congresso-e-no-brasil>.

INGO WOLFGANG SARLET (Coord.) / GEORGE SALOMÃO LEITE (Coord.), *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*, São Paulo: RT, Coimbra: Coimbra, 2009.

INGO WOLFGANG SARLET / MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO, Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, *in* INGO WOLFGANG SARLET (Org.) / LUCIANO BENETTI TIMM (Org.), *Direitos Fundamentais*, Orçamento e “reserva do possível”, 2.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

INGO WOLFGANG SARLET, Direitos fundamentais a prestações sociais e crise, algumas aproximações: Fundamental rights to social benefits and crisis, some remarks, *in*, *Espaço Jurídico Journal of Law* (EJLL), vol. XVI, n.º 2, jul./dez., Joaçaba: Unoesc, 2015, pp. 459-488, pesquisável em: <http://dx.doi.org/10.18593/ejll.v16i2.6876>.

J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 4.^a ed., Coimbra: Almedina, 2001.

J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7.^a ed., Coimbra: Almedina, 2003.

J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional*, 6.^a ed., Coimbra: Almedina, 1993.

JAMES BRYCE, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2015, *passim*.

JAMES BRYCE, Constitutions souples et constitutions rigidez, *in*, *Studies in History and Jurisprudence*, vol. I, New York: Oxford University, 1901, pp. 124-213, pesquisável em: <http://juspoliticum.com/article/Constitutions-souples-et-constitutions-rigides-1884-831.html>.

JANE REIS GONÇALVES PEREIRA, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

JOÃO FERREIRA DO AMARAL, A crise e as instituições, *in*, *Instituto Português de Relações Internacionais*, A grande crise, n.º 22, Lisboa, jun. 2009, trimestral, pesquisável em: http://www.ipri.pt/images/publicacoes/revista_ri/pdf/ri22/RI22_Artigo1_JFAmaral.pdf.

JOÃO LUSTOSA CANTARELLI, O poder de reforma constitucional, *in*, *Revista Justitia*, vol. XLVIII, n.º 134, abr./jun., São Paulo: Ministério Público de São Paulo, 1986, pp. 85-101.

JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, t. II, 3.^a ed., Coimbra: Coimbra, 1996.

JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, t. II, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra, 2000.

JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, Coimbra: Coimbra, 2000.

JORGE REIS NOVAIS, *Direitos fundamentais*, Trunfos contra a maioria, Coimbra: Coimbra, 2006.

JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais, 1.^a ed., Coimbra: Coimbra, 2010.

JORGE REIS NOVAIS, *Em defesa do tribunal constitucional*, Resposta aos críticos, Coimbra: Almedina, 2014.

JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra: Coimbra, 2004.

JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 8.^a ed., São Paulo: Medeiros, 2012.

JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional positivo*, 20.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional positivo*, 28.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Poder constituinte e poder popular*, São Paulo: Malheiros, 2004.

JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II – A construção dogmática, Coimbra: Almedina, 2006.

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra, 1991.

JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS, *El nuevo artículo 135 de la constitución y su incidência en la administración local*, Colección de derecho administrativo, Madri: Universidad San Pablo, 2017.

JOSÉ LUIS REY PÉREZ, La reforma del artículo 135, una alteración del título preliminar (Estado Social) por la puerta de atrás, *in*, *Revista Jurídica UAM*, n.º 24, II, pp. 231-245, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2011, p. 241, pesquisável em: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/13752/64471_13.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

JOSÉ MEDEIROS DA SILVA / RAFAEL GONÇALVES LIMA, Para se entender a crise política do Brasil, *in*, *Portal Vermelho*, 25 maio, 2017, 08h59'48", fonte: Diário do Povo, China, *online*, pesquisável em: <http://www.vermelho.org.br/noticia/297359-1>.

JOSÉ MOISÉS MARTÍN, La reforma del artículo 135 de la Constitución: excesiva, innecesaria, inconsistente, *in*, *Eldiario*, Agenda Pública, Reforma Constitucional, Madri, 4 dic., 2013, 20h28, *online*, pesquisável em: https://www.eldiario.es/agendapublica/reforma-constitucional/articulo-Constitucion-excesiva-innecesaria-inconsistente_0_203680224.html.

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO, La crisis de la deuda soberana y la reforma del artículo 135 de la constitución española, *in*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 46, issue 137, may-aug., 2013, pp. 679-712, pesquisável em: [https://doi.org/10.1016/S0041-8633\(13\)71146-3](https://doi.org/10.1016/S0041-8633(13)71146-3).

JULIANO TAVEIRA BERNARDES / OLAVO AUGUSTO VIANNA ALVES FERREIRA, *Direito constitucional*, Teoria da constituição, t. I, 4.^a ed., rev., ampl. e atual., Bahia: Juspodvm, 2014, pp. 604-605.

KILDARE GONÇALVES CARVALHO, *Direito Constitucional: teoria do estado e da Constituição*, Direito Constitucional positivo, 14.^a ed. rev., atual. e ampl., Belo Horizonte, Del Rey, 2008.

KILDARE GONÇALVES CARVALHO, *Direito Constitucional: teoria do estado e da constituição*, Direito Constitucional Positivo, 17.^a ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

KONRAD HESSE, *Temas fundamentais do Direito Constitucional*, Tradução Carlos dos Santos Almeida *et al.*, São Paulo: Saraiva, 2009.

LAURA FLORES ANARTE, El ataque constitucional al Estado Social, Um análisis crítico de ela reforma del artículo 135 de la constitución española, *in*, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, vol. 9, I Época, Huelva: Universidad de Huelva, 2014, pp. 321-346, pesquisável em: <http://hdl.handle.net/10272/10729>.

LEONARDO MARTINS (Org.), *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*, Tradução Beatriz Henning *et al.*, Uruguai: Fundación Konrad-Adenauer=Konrad-Adenauer-Stiftung E.V, 2005, Coletânea original *Jügen Schwabbe*, pesquisável em: http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-4-30.pdf.

LÍRIA JADE *et al.*, Entenda a crise no cenário brasileiro, Reportagem Agencia Brasil, TV Brasil e Rádios EBC, *in*, EBC, Especiais, 24 jan. 2017, *online*, pesquisável em: <http://www.ebc.com.br/especiais/entenda-crise-no-sistema-prisional-brasileiro>.

LUÍS ROBERTO BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 3.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2011

LUÍS ROBERTO BARROSO, *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*, Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 4.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

LUÍS ROBERTO BARROSO, *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*, Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 6.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras, *in*, *Revista de Informação Legislativa*, a. 27, n.º 108, out./dez., Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1990, pp. 33-48, pesquisável em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175810>.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, 26.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *O poder constituinte*, 5.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

MANUEL AFONSO VAZ, *Teoria da Constituição*, O que é a Constituição, hoje?, 1.^a ed., Coimbra: Coimbra, 2012.

MARCELO ALEXANDRINO / VICENTE PAULO, *Direito constitucional descomplicado*, 12.^a ed., rev. e atual., São Paulo: Método, 2014.

MARCELO NOVELINO, *Manual de Direito Constitucional*, 8.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, pesquisável em: [http://minhateca.com.br/laerte.fagundes/Documentos/Livros/D.+Constitucional/Manual+de+Direito+Constitucional+-+Marcelo+Novelino+\(8*c2*aa+edi*c3*a7*c3*a3o*2c+2013\),159720896.epub](http://minhateca.com.br/laerte.fagundes/Documentos/Livros/D.+Constitucional/Manual+de+Direito+Constitucional+-+Marcelo+Novelino+(8*c2*aa+edi*c3*a7*c3*a3o*2c+2013),159720896.epub).

MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO, A nova Constituição, Há decisões do Supremo que efetivamente reescreveram a Carta de 1988, *in*, *Consultor Jurídico*, Colunistas, 31 jan., Brasília, 2016, 08h00, *online*, pesquisável em <https://www.conjur.com.br/2016-jan-31/constituicao-decisoes-stf-efetivamente-reescreveram-constituicao>.

MARIA VICTORIA GARCÍA-ATANCE, *La Reforma y permanencia constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

MAURÍCIO ANTÔNIO RIBEIRO LOPES, *Poder constituinte reformador*, Limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MICHEL TEMER, *Elementos de direito constitucional*, 17.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2001 p. 35.

MIGUEL ÃNGEL MARTÍNEZ LAGO, El control de consittucionalidad de la estabilidad presupuestaria en España, in, JOSÉ CASALTA NABAIS (Coord. / SUZANA TAVARES DA SILVA (Coord.), *Controlo da estabilidade orçamental e limites territoriais ao poder tributário segundo a jurisprudência da EU*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2017.

Mundo vive crise política por falta de liderança, diz Mujica, in, *Exame*, Mundo, 15 out., 2016, 00h00, online, pesquisável em: <https://exame.abril.com.br/mundo/mundo-vive-crise-politica-por-falta-de-lideranca-diz-mujica/>.

NAIRA RAVENA ANDRADE ARAÚJO, A lei da fosfoetanolamina e o esvaziamento do papel da Anvisa, in, *Revista Jus Navegandi*, a. 21, n.º 4681, 25 abr., Teresina, 2016, pesquisável em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55948&seo=1>.

NATHALIA MASSON, *Manual de Direito Constitucional*, 3.^a ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Jus Podivm, 2015.

NELSON NERY JUNIOR / ROSA MARIA, *Código de Processo Civil Comentado*, 10.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NELSON SALDANHA, *O poder constituinte*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

NICOLETTE M. MAKOVICKY, Slovakia's political crisis, the murder that forced a whole government to resign, in, *The Conversation*, Politics + Society, Mar. 29, 2018, 7.50am, EDT, online, pesquisável em: <https://theconversation.com/slovakias-political-crisis-the-murder-that-forced-a-whole-government-to-resent-93756>.

NIVALDO BRUM VILAR SALDANHA, Poder constituinte e poder de reforma, in, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n.º 34, jan./mar., São Paulo, 2001.

OCTAVIANO BUENO MAGANO, Revisão constitucional, in, *RDCN*, Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, vol. II, n.º 7, São Paulo, [s.d.].

Operação Lava-Jato, in, *Folha de São Paulo*, São Paulo, 29 maio, 2017, *passim*, online, pesquisável em: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/>.

OSCAR VILHENA VIEIRA, *A constituição e sua reserva de justiça*, um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma, São Paulo: Malheiros, 1999.

PABLO LUCAS VERDÚ, *La Constitución en la encrucijada, polingenesis iuris politici*, Madri: Real Academia de Ciências Morales y Políticas, 1994, pp. 75-76.

PALOMA GARCÍA ROMERO, *El nuevo artículo 135 de la constitución y su incidencia en la administración local*, 1.ª ed., Madri: Reus, 2017, *passim*.

PATRICK D. DUDDY, *Political crisis in Venezuela*, Contingency planning memorandum n.º 16, in, Council on foreign relations, from Center for preventive action, Sept. 6, 2012, online, pesquisável em: <https://www.cfr.org/report/political-unrest-venezuela>.

PATRICK D. DUDDY, *Political crisis in Venezuela*, Contingency planning memorandum update, in, Council on foreign relations, from Center for preventive action, Mar. 30, 2015, online, pesquisável em: <https://www.cfr.org/report/political-crisis-venezuela>.

PATRICK MACKLEM, Human rights in international law, three generations or one?, March 1, 2015, in, *London Review of international Law*, vol. 3, issue 1, 2015, pp. 61-92, pesquisável em: <https://academic.oup.com/lril/article/3/1/61/2413099>.

PAUL P. CRAIG, Economic Governance and the Euro Crisis, constitutional Architecture and Constitutional Implications, May 5, 2014, in, MAURICE ADAMS (Ed.) / FEDERICO FABBRINI (Ed.) / PIERRE LAROCHE (Ed.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford: Hart Publishing, 2014, Oxford Legal Studies Research Paper No.º 30/2014=artigo de pesquisa de estudos jurídicos da Universidade de Oxford, n.º 30/2014, pp. 22-24, 32, 34-35, 39, pesquisável em: <http://ssrn.com/abstract=2433071> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2433071>.

PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 15.ª ed., atual., São Paulo: Malheiros, 2004.

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, Teoria geral dos direitos fundamentais, direitos fundamentais, tópicos de teoria geral, in, GILMAR FERREIRA MENDES / PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, 9.ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2014.

PEDRO CANÁRIO, Presunção de inocência, Citada como exemplo, Alemanha espera trânsito em julgado para prender, *in*, *Consultor Jurídico*, 5 out., Brasília, 2016, 06h48, *online*, pesquisável em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-05/citada-exemplo-alemanha-prende-transito-julgado>.

PEDRO DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder consitituyente*, Madri: Tecnos, 2007.

PEDRO LENZA, *Direito constitucional esquematizado*, 15^a ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2011.

PEDRO LENZA, *Direito constitucional esquematizado*, 19.^a ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2015.

RAFAEL BARIFOUSE, Como a lei da ‘pílula’ do câncer uniu o Congresso dividido e foi aprovada em tempo recorde, *in*, *BBC Brasil*, Bem estar, São Paulo, 19 maio, 2016, 07h28, *online*, pesquisável em: <http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/05/como-lei-da-pilula-do-cancer-uniu-congresso-dividido-e-foi-aprovada-em-tempo-recorde.html>.

RAUL MACHADO HORTA, Natureza, limitações e tendências da revisão constitucional, *in*, *Revista de informação legislativa*, a. 31, n.º 121, jan./mar., Brasília, 1994, pp. 45-54.

RAUL MACHADO HORTA, Natureza, limitações e tendências da revisão constitucional, *in*, *Revista brasileira de estudos políticos*, n.º 78, jan./jul., Brasília, 1994, pp. 7-25, pesquisável em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176223>.

RENATO BRASILEIRO DE LIMA, *Manual de Processo Penal*, vol. 1, 2.^a ed., Niterói: Editora Impetus, 2012, p. 10.

RICARDO LOBO TORRES, A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial, *in*, INGO WOLFGANG SARLET (Org.), *Direitos Fundamentais Sociais*, estudos de direito constitucional, internacional e comparado, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RICARDO LOBO TORRES, O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária, *in*, INGO WOLFGANG SARLET (Org.) / LUCIANO BENETTI TIMM (Org.), *Direitos Fundamentais*, Orçamento e “reserva do possível”, 2.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 80-81.

RICARDO LOBO TORRES, *O mínimo existencial*, São Paulo: Renovar, 2008.

RICARDO LOBO TORRES, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia, vol. III, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RICHARD ALBERT, Amendment and Revision in the Unmaking of Constitutions, Oct. 26, 2016, in, DAVID LANDAU, HANNA LERNER (eds.), *Edward Elgar Handbook on Comparative Constitution-Making*, 2017, artigo de estudos jurídicos da Faculdade de Direito de Boston College n.º 420, minuta, postado em: Sep. 25, 2016; pesquisável em: <https://ssrn.com/abstract=2841110> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2841110>.

RICHARD ALBERT, Temporal Limitations in Constitutional Amendment, March. 21, rev. Dec. 14, 2016, in, *21 Review of Constitutional Studies*, n.º 37, issue 1, pp. 37-62, postado em: Mar. 19, 2016, rev. Sep. 14, 2017, artigo de estudos jurídicos da Faculdade de Direito de Boston College n.º 390, pesquisável em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2749288.

UADI LAMMÊGO BULOS, Da reforma à mutação constitucional, in, *Revista de Informação Legislativa*, a. 33, n.º 129, jan./mar., Brasília, 1996, pp. 25-43.

United Nations Human Rights Council, *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the impact of the global economic and financial crises on the realization of all human rights and on possible actions to alleviate it*, Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development, General Assembly, 13th session, Feb. 18, 2010, A/HRC/13/38, pesquisável em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/13session/A-HRC-13-38.pdf>.

Venezuela, entenda a crise que ampliou fluxo migratório da população, in, *GaúchaZH*, Mundo, América Latina, 13 abr. 2018, 19h43, online, pesquisável em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/mundo/noticia/2018/04/venezuela-entenda-a-crise-que-ampliou-fluxo-migratorio-da-populacao-cjfyjdi5s0a9r01phx3xf4zp5.html>.

VICENTE DE PAULO BARRETO, Reflexões sobre os direitos sociais, in, INGO WOLFGANG SARLET (Org.), *Direitos fundamentais sociais*, estudos de direito constitucional, internacional e comparado, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 117-121.

VIRGINIA MANTOUVALOU, The case for social rights, Georgetown Law Faculty Publications and others works, n.º 331, Apr. 12, 2010, in, CONOR GEARTY (Ed.) / VIRGINIA MANTOUVALOU (Ed.), *Debating Social Rights*, Oxford: Hart Publishing, Apr. 2010, artigo da Faculdade de Direito Público de Georgetown, n.º 10-18, pesquisável em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/331>.

YANIV ROZNAI, Towards a theory of unamendability, June, 2015, in, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, n.º 515, pp. 1-60, artigo de estudo jurídico da Universidade de Direito de New York, pesquisável em: http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/515/.

XENOPHON CONTIADES / ALKMENE FOTIADOU, *Constitutional adaptability*, bouncing back after the financial crisis, in, World Congress of Constitutional Law [of the International Association of Constitutional Law-IACL], IXth, June 16-20, 2014, Oslo, minuta para o *workshop* n.º 12: Constitutions and financial Crisis, apresentado em: 18 jun., 2014, pesquisável em: <http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws12/w12-contiades&fotiadou%20.pdf>.

XENOPHON CONTIADES / ALKMENE FOTIADOU, On resilience of constitutions, What makes constitutions resistant to external shocks?, in, *Journal of International Constitutional Law*, vol. 9, issue 1, Viena, mar. 7, 2015, pp. 3-26, pesquisável em: <http://ssrn.com/abstract=2603164>.

Jurisprudências

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 871.215, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Brasil, 17 de outubro de 2006, publicado no Diário do judiciário de 07 de novembro de 2006, pesquisável em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoas/doc.jsp?livre=+871.215+&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* n.º 126.292-SP, Brasil, 17 de fevereiro de 2016, pesquisável em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* n.º 82.859-SP, Brasil, 23 de fevereiro de 2006, pesquisável em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* n.º 84.078-7-MG, Brasil, 05 de fevereiro de 2009, pesquisável em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal, MC-ADC n.º 43-DF, Brasil, 5 de outubro de 2016, pesquisável em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal, MC-ADC n.º 44-DF, Brasil, 5 de outubro de 2016, pesquisável em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452541>.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal, MC-ADI n.º 5.501-DF, Brasil, 1.º de agosto de 2017, pesquisável em:

<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5501&processo=5501>.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal, QO-RE n.º 839.163-DF, 05 de novembro de 2014, Brasil, pesquisável em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7708630>.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal, RE n.º 197.917-SP, Brasil, 06 de junho de 2013, pesquisável em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal, RE n.º 418.376-5-MT, Brasil, 09 de fevereiro de 2006, pesquisável em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal, RE n.º 482.611-SC, Brasil, 23 de março de 2010, pesquisável em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE482611CM.pdf>.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal, RE n.º 657.718-MG, Brasil, 08 de março de 2010, pesquisável em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE657718.pdf>.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal, RE-AgR n.º 410.715-0-SP, Rel. Min. Celso de Mello, Brasil, 22 de novembro de 2005, publicado no Diário do Judiciário de 03 de fevereiro de 2006, pesquisável em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>.

Acórdão n.º 413/214 do Tribunal Constitucional, Processo n.º 14/2014, 47/14, 137/2014, Rel. Cons. Carlos Fernandes Cadilha, Portugal, 31 de dezembro de 2014, pesquisável em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140413.html>.

Acórdão n.º 731/95 do Tribunal Constitucional, Processo n.º 274/90, Rel. Cons. Alves Correia, Portugal, 26 de março de 1996, pesquisável em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950731.html>.

Acórdão n.º 509/02 do Tribunal Constitucional, Processo n.º 768/2002, Rel. Cons. Luís Nunes de Almeida, Portugal, 19 de dezembro de 2002, pesquisável em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>.

Auto n.º 9/2012 del Tribunal Constitucional de España de 13 de enero de 2012, Recurso de amparo n.º 5241-2011, Espanha, BOE n.º 36, BOE-A-2012-2148, 11 feb. de 2012, pp. 152-164, pesquisável em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-2148.

Relatório n.º 54-01 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos [da Organização dos Estados Americanos], Caso n.º 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, Brasil, 4 de abril de 2001, pesquisável em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>.

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, Supervisión de cumplimiento de sentencia, 17 de maio de 2010, pesquisável em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ximenes_17_05_10.pdf.

Decisão do Tribunal Constitucional Federal, BverfGE n.º 33, 303 [*numerus clausus*], Controle concreto, Alemanha, Juli 18, 1972, in, LEONARDO MARTINS (Org.), *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*, Tradução Beatriz Henning et al., Uruguai: Fundación Konrad-Adenauer=Konrad-Adenauer-Stiftung E.V, 2005, Coletânea original *Jügen Schwabbe*, pp. 656 ss., pesquisável em: http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-4-30.pdf.

Decisão liminar monocrática do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, Mandado de Segurança n.º 462192-53, Goiânia-GO/Brasil, Diário da Justiça Eletrônico, a. 9, 1950 ed., seção I, disponibilizado em 15 jan. 2016, publicado em 18 jan. 2016, intimação às partes n.º 4/2016 da 6.ª Câmara Cível do Tribunal, pp. 251-252, pesquisável em: http://docs.tjgo.jus.br/servicos/diariodajustica/2016/jan/DJE_1950_I_15012016.pdf.

Decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal, ADPF n.º 45-9, Rel. Min. Celso de Mello, Brasil, 29 de abril de 2004, publicado no Diário do Judiciário de 04 de maio de 2004, pesquisável em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000072044&base=baseMonocraticas>.

Decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal, MC-HC n.º 151.819-PA, Brasil, 21 de maio de 2018, pesquisável em: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5334909.

Súmula n.º 227 do Superior Tribunal de Justiça, Brasil, 08 de setembro de 1999, pesquisável em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>.

Súmula Vinculante n.º 10 do Supremo Tribunal Federal, Brasil, 18 de junho de 2008, pesquisável em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=10.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>.

Atos normativos

Carta Social Europeia [Revista] do Comitê Europeu de Direitos Sociais [do Conselho da Europa], Estrasburgo-França, 03 maio, 1996, pesquisável em:

http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/carta_social_europeia_revista.pdf.

Charter of Fundamental Rights of The European Union, Council of the European Union, Nice-França, Dec. 7, 2000, pesquisável em:

http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), Gaceta Oficial, n.º 36.860, Caracas-Venezuela, 30 dic. 1999, pesquisável em:

http://www4.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion/indice.php.

Constitución Española (1978), Boletín Oficial del Estado, Madri-Espanha, 27 dic. 1978,

pesquisável em: <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/index.html>.

Constitución Política de la Nicaragua (1987), La Gaceta, n.º 5, Ciudad de Managua-Nicaragua, 09. enero, 1987, pesquisável em:

[http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/archivos/documentos/LA_CONSTITUCION_POLITICA_Y_SUS_REFORMAS\(3\).pdf](http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/archivos/documentos/LA_CONSTITUCION_POLITICA_Y_SUS_REFORMAS(3).pdf).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917), Diario Oficial de la Federación, Cidade do México-México, 5. feb. 1917, pesquisável em:

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf

Constituição da República Federativa do Brasil (1988), Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília-Brasil, 5. Out. 1988, pesquisável em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

Constituição da República Federativa do Brasil (1988), Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília-Brasil, 5. Out. 1988, pesquisável em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

Constituição da República Portuguesa (1976), Diário da República Eletrônico, Lisboa-Portugal, 2. abr. 1976, pesquisável em:

<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, França, 1789, pesquisável em

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>.

Decreto-lei n.º 2.848, Código Penal, de 7 dezembro de 1940, Brasil, pesquisável em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm.

Decreto-Lei n.º 3.683, Código de Processo Penal, de 03 de outubro de 1941, Brasil,

pesquisável em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm.

Decreto-Lei n.º 78, Código de Processo Penal, de 17 de fevereiro de 1987, Portugal, pesquisável em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=199&nverso=&tabela=leis.

Directiva n.º 2011/85/EU do Conselho [da União Europeia], de 8 de novembro de 2011, que estabelece requisitos aplicáveis aos quadros orçamentais dos Estados-Membros, Luxemburgo-Luxemburgo, Jornal Oficial da União Europeia, série L, a. 54, n.º 306, 23 nov. 2011, pp. 41-47, pesquisável em:

http://www.dgo.pt/EstatisticasFinancasPublicas/Documents/LegislacaoComunitaria/Directiva_2011-85-UE_ConselhoEuropeu-08_11_2011.pdf.

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Resolution 2200A General Assembly [of Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights], Jan. 3, 1976, pesquisável em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

Lei Complementar n.º 101 de 4 de maio de 2000, Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, Brasil, pesquisável em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/lcp/Lcp101.htm.

Lei Ordinária n.º 10.406, Código Civil, de 10 de janeiro de 2002, Brasil, pesquisável em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm.

Lei Ordinária n.º 13.105, Código de processo Civil, de 16 de março de 2015, Brasil,

pesquisável em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm#art824.

Lei Ordinária n.º 13.269 de 13 de abril de 2016, Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, Brasil, pesquisável em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13269.htm.

Lei Ordinária n.º 7.210, Lei de Execução Penal, de 11 de julho de 1984, Brasil, pesquisável em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm.

Lei Ordinária n.º 9.784 de 29 de janeiro de 1999, Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, Brasil, pesquisável em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm.

Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, Madri-Espanha, BOE n.º 103, BOE-A-2012-5730, pp. 32653-32675, 30 abr. 2012, pesquisável em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-5730>.

Nota Técnica n.º 56/2015/SUMED/ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, Brasil, 20 abr. 2017, pesquisável em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33836/349757/NOTA+T%C3%89CNICA+56+2015+-+SUMED+-+Esclarecimentos+sobre+a+fosfoetanolamina/4b34c204-8924-4b14-9396-62224e7d1d8e>.

Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril de 2012, de medidas urgentes de racionalización del gasto en el ámbito educativo, Madri-Espanha, BOE n.º 96, BOE-A-2012-5337, 21 abr. 2012, pp. 30977-30984, pesquisável em: <http://www.boe.es/boe/dias/2012/04/21/pdfs/BOE-A-2012-5337.pdf>.

Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre de 2012, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social, Madri-Espanha, BOE n.º 289, BOE-A-2012-14695, 1 dic. 2012, pp. 83175-83179, pesquisável em: <http://www.boe.es/boe/dias/2012/12/01/pdfs/BOE-A-2012-14695.pdf>.

Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982, Madri-Espanha, pesquisável em: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/reglam_congreso.pdf.

United Nations Millennium Declaration (2000), Resolution 55/2A General Assembly [of United Nations], New York-United States of America, Dec. 14, 2000, pesquisável em: <http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.htm>.

Universal Declaration of Human Rights, Resolution 217A General Assembly [of United Nations], Paris-França, Dec. 10, 1948, pesquisável em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>.

Weimar Constitution (1919), Weimar Republic (Germany), Aug. 11, 1919, pesquisável em:
http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php#Second%20Part.