

**Turma e Ano:** Turma Regular – Master A

**Matéria / Aula:** Direito Constitucional – Aula 05

**Professor:** Marcelo Leonardo Tavares

**Monitora:** Beatriz Moreira Souza

## 1. As normas constitucionais:

Quanto a sua essência não diferem das normas gerais. Em uma visão contemporânea há uma diferença entre a norma e o dispositivo. O dispositivo é o texto redigido na língua aprovado por um método formalmente previsto na CF. É o texto tal como ele é. Vez que a norma é o conteúdo que resulta da interpretação. Essa distinção é importante, pois possibilita a evolução da teoria da mutação constitucional<sup>1</sup>(processo informal de alteração do texto inconstitucional).

A diferença clara que existe entre um processo formal e informal de mudança da constitucional é que no formal **o texto é alterado**, enquanto no processo informal (mutação constitucional) altera-se somente o conteúdo, ou seja, **o resultado da interpretação**.

Essa distinção é facilitada com a diferença entre texto normativo e a norma. A norma não é o próprio texto escrito. É o resultado da interpretação aplicado ao texto.

Apesar de essencialmente uma norma constitucional ser uma norma jurídica, como outra qualquer, existem determinadas características peculiares às normas constitucionais, como por exemplo:

- ⇒ Abertura do texto. Ele é mais abstrato. Por questão lógica se pode inferir que a norma constitucional é mais apta a alterações do que o texto legal, haja vista a fluidez de seu texto normativo.
- ⇒ Os termos constitucionais são mais fluídos. Quanto mais fluído o texto mais propensão à mutação ele terá.

Destaca-se que as constituições devem adotar uma linguagem mais abstrata para que possam ser alteradas por **mecanismos informais** sem utilização das emendas.

⇒ **Conteúdo específico:** A norma constitucional trata dos objetos constitucionais que são a organização do Estado e as disposições sobre os direitos fundamentais. *Tal conteúdo possui natureza política. Isso combina-se com a abertura dos termos constitucionais. Tendo conteúdo político as normas constitucionais são mais aptas à negociação (política).*

⇒ Nível hierárquico superior: A interpretação de uma norma constitucional deita consequências mais importantes socialmente do que a interpretação de um decreto, por exemplo.

## 2. Mutação Constitucional:

É um processo informal de alteração da constituição que decorre do resultado da interpretação de seus dispositivos. A mutação faz com que se altere a norma sem alterar o dispositivo.

Essa alteração decorre de um processo histórico/social, isto é, da dinâmica da sociedade assim como de um processo fático-axiológico ( a sociedade muda e os fatos também).A mutação constitucional faz com que a constituição esteja “*sempre viva*”.

### 2.1. Limites à limitação constitucional:

2.1.1. Limite interpretativo no próprio texto legal.

2.1.2. Clausulas pétreas

<sup>1</sup> Processo de mutação da constituição no que se refere à norma sem alteração do texto.

## 2.2. Exemplos históricos de mutação constitucional:

### 2.2.1. Princípio da Igualdade - EUA

Alteração do princípio da igualdade, no que se refere à discriminação racial, na constituição norte-americana. A suprema Corte America mudou a interpretação do princípio da igualdade no sentido de não mais se admitir a desigualdade racial.

Caso - Plessy v. Ferguson (1896).

Nesse caso a suprema corte considerou constitucional uma lei estadual que previa que os negros não poderiam utilizar determinados vagões de trem. Posteriormente, em 1960, por unanimidade, proferiu o Brown v. Board of Education, determinando que as leis de discriminação na educação eram inconstitucionais. Por meio da mutação constitucional, em 64 anos, houve uma mudança radical da interpretação da cláusula de igualdade norte-americana.

### 2.2.2. Teoria do *Habeas Corpus* – Brasil

Um exemplo de mutação constitucional no Brasil está vinculado à teoria brasileira do habeas corpus. A Constituição de 1891 não previa a utilização de um remédio contra coação de liberdades que não fossem físicas. Não havia mecanismos como o MS.

Ruy Babosa sustentou no Supremo a possibilidade da utilização do *habeas corpus* para proteger a liberdade de imprensa, de propriedade assim como começou a manusear o habeas corpus com objetos diferentes.

Essa teoria nasce no início da república brasileira. Ela propõe a utilização do HC para proteção de outras liberdades que não sejam as físicas. Ela se tornou robusta até a EC de 1926 (com a primeira lei do MS).

Com a regulamentação do MS o HC retornou, *sem alteração do texto constitucional*, ao seu objeto clássico.

A partir do final do século XIX até a década de 20/30, o HC no Brasil foi utilizado para outras liberdades, sem alteração do dispositivo – teoria brasileira do HC.

### 2.2.3. Julgamento contemporâneo brasileiro: ADPF 132 c/c ADI 4277.

Caso da interpretação do STF ao art. 1723 do CC para concluir para possibilidade de união estável de casais homoafetivos.

## 3. Princípios constitucionais brasileiros:

**3.1. Princípios Materialmente constitucionais:** Tratam dos dois objetos constitucionais (organização do Estado e direitos fundamentais). São divididos em três tipos:

3.1.1. Princípios de fundamentação ou fundamentais: Possuem abrangência total na constituição ou têm conteúdo de organização do Estado (conteúdo político). Exemplos: Princípio democrático, princípio do Estado de Direito.

3.1.2. Princípios gerais: Possuem abrangência total e como conteúdo a proteção dos direitos fundamentais. Ex.: Liberdade, igualdade, proteção da propriedade

3.1.3. Princípios setoriais: Possuem abrangência parcial, pois são temáticos e revestem-se de conteúdo diversificado. Exemplo: princípios da ordem econômica, da seguridade social, princípios constitucionais penais, etc.

(classificação do Luís Roberto Barroso)

O mesmo valor moral pode ser protegido por vários dispositivos constitucionais. A constituição faz isso, pois em geral é algo pensado pelo constituinte a fim de conceder uma proteção diferenciada ao mesmo valor moral.

Exemplo: Princípio da legalidade.

O fato do princípio da legalidade estar previsto em diversos dispositivos constitucionais não é por acaso. Tal princípio decorre da cláusula do Estado de Direito (art. 1 da CF).

Também é prevista como um princípio geral no art. 5, II. O objetivo é a proteção dos direitos fundamentais e a abrangência é total. Porém, é uma leitura liberal da legalidade. O indivíduo pode fazer tudo aquilo que o Estado não veda.

Além disso, existem princípios setoriais da legalidade tais qual a legalidade tributária, penal e contributiva. Pergunta-se por qual motivo o constituinte se preocupou em fazer tantas referências a legalidade? Para protegê-la de forma diferenciada.

José Afonso da Silva, com base nessas constatações, constrói a diferença entre o princípio da legalidade e o da reserva legal. A legalidade geral (art. 5, II da CF) permite que o indivíduo faça tudo aquilo que a lei não vede. O foco é o da liberdade individual.

Porém, na locução: *ninguém será obrigado a fazer ou deixar algo senão em virtude da lei*, essa lei não é necessariamente a lei formal. O objetivo desse dispositivo é impedir que o Estado pratique arbitrariedades contra os indivíduo, mas o Estado, por sua vez, também pode vincular comportamentos humanos por meio de atos normativos, por exemplo – sinal de trânsito.

O conceito de reserva legal é uma vinculação ao conceito de lei formal. Somente a lei formal pode determinar aquilo.

A reserva legal é a possibilidade de vinculação de condutas humanas por meio da lei formal ( o que não está previsto no art.5, II).

José Afonso da Silva afirma, ainda, que a reserva legal poder relativa ou absoluta. Quando for relativa exige-se que estejam na lei formal somente os elementos primários, podendo o regulamento dispor sobre regulamentos secundários (ex.: reserva legal tributária).

A reserva legal tributária é relativa, pois a lei tributária dispõe sobre os 4 elementos principais da tributação: definir o contribuinte, a hipótese/incidência, alíquota e a base de cálculo. O resto pode estar previsto somente em regulamentos.

Por sua vez, a reserva penal legal é absoluta. Todos os elementos da conduta humana devem estar previstos na hipótese formal. O tipo penal deve ser aperfeiçoado da primeira a última palavra.

**3.2. Princípios constitucionais instrumentais ou de interpretação ou postulados normativos (Humberto Ávila):** Possuem conteúdo hermenêutico.

**3.3. Princípio da Supremacia da Constituição:** A constituição está no ápice do ordenamento jurídico, conforme concepção kelsiana. A aceitação da supremacia da constituição no ordenamento jurídico é um pressuposto do sistema de controle de constitucionalidade. Além disso, possui relação com a característica da rigidez constitucional.

**3.4. Princípio da Unidade:** decorre desse princípio que as normas constitucionais estão em um mesmo plano, ou seja, formalmente não existem normas constitucionais mais importantes que outras.

Uma consequência prática é a impossibilidade de declarar a inconstitucionalidade de uma norma constitucional originária tendo por paradigma uma outra norma constitucional originária.

Uma norma constitucional originária não pode ser declarada inconstitucional mesmo se declarar ofensa a uma cláusula pétrea ( o que já foi tentado no STF).

**Pergunta feita pelo professor: Qual princípio se aplica quando se analisa a incompatibilidade material de uma norma de emenda em relação a uma norma original da constituição.**

Quando a emenda constitucional violar cláusula pétrea aplica-se o princípio da supremacia da constituição, pois ele vai declarar a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade da emenda. Por outro lado, quando a emenda constitucional não violar cláusula pétrea ela não pode ser considerada inconstitucional, então será aplicado o princípio da unidade. A emenda existe para dispor contra a constituição.

**Exemplo de norma constitucional de emenda que dispôs contra a constituição:**

Art. 77, 3 da CF/88 e caput do 77 com redação pela EC/16. Essas normas são incompatíveis. Qual será aplicada e por quê? Deve ser aplicado o *caput*, pois a emenda 16 não fere cláusula pétrea.

**3.5. Princípio da concordância prática ou da harmonização:** está vinculado a interpretação sistemática e procura compatibilizar dispositivos constitucionais de forma *ótima*..

**3.6. Princípio da correção funcional:** é uma pequena variação do anterior. A diferença é que este princípio busca a correção institucional.

**3.7. Princípio da máxima efetividade:** As normas constitucionais devem ser interpretadas buscando a máxima eficácia social. É muito importante na interpretação das normas de eficácia limitada.

**3.8. Princípio de presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos:** As leis são presumidamente constitucionais. Consequência prática: Não há necessidade de declarar a constitucionalidade de norma presumidamente constitucional. Essa presunção, frisa-se, é relativa, mas para quebrá-la somente pelo voto da maioria absoluta de um órgão colegiado (reserva de plenário). Mas para presumir a constitucionalidade não precisa. Somente uma câmara ou turma do Tribunal podem. .

O juiz não precisa argumentar a constitucionalidade da norma. O juiz pode resolver o caso pela aplicação do art. Y da lei X. O magistrado não precisa argumentar que é constitucional.

**3.9. Princípio da razoabilidade/ proporcionalidade e vedação de excesso:**

O STF ainda não produziu uma decisão categórica diferenciando o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Porém, academicamente eles são diferenciados. Nos julgamentos do Supremo eles tendem a ser tratados da mesma forma.

**3.9.1. Razoabilidade:** influência jurisprudencial da suprema corte norte americana. É uma leitura que a suprema corte faz do devido processo legal.

Ela foi consolidando entendimento que a cláusula do devido processo legal se divide (i) devido processo legal processual (procedure due process of Law) e (ii) processo legal (sentido material). A cláusula da legalidade é a visão material do devido processo legal. **Deve haver uma relação de coerência entre o fato que gera a norma e a aplicação da norma ao fato. A primeira relação é objeto do legislador.**