TEORIA DA CONSTITUIÇÃO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS

CONSTITUTION THEORY AND THE RIGHTS CONSTITUTIONALIZATION

MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: O presente estudo traz uma visão sobre o desenvolvimento do conceito de Constituição iniciada pelos jusfilósofos gregos e romanos, que a estabeleceram como o centro de concentração de poder do Estado. Com a evolução da humanidade, surgiu a Teoria da Constituição, responsável por um amplo redimensionamento, onde a Constituição passou a se preocupar com os valores fundamentais do homem. E a atual fase da teoria da Constituição constitucionalizou o direito para estabilizar as relações públicas e privadas. Esse é um fenômeno mundial, pois os povos evoluídos juridicamente se uniram para estabelecer o Estado Democrático de Direito, como o responsável pelo equilíbrio entre o poder do Estado confrontado com fundamentais direitos do cidadão. Assim, os direitos são lidos a partir do que vem estabelecido na Teoria da Constituição.
Palavras-chave: Filosofia. Estado. Conceitos. Princípios. Ordenamento. Constitucionalismo. Estabilidade.

Abstract: This essay brings a vision about the develop of the Constitution concept began by the Greeks and Romans philosophers, that established it as the center of the State power concentration. With the human being evolution, comes to sight the Constitution Theory, liable for a new dimensioning, where the Constitution begins to interest with the man's fundamental values. And the actual stage of Constitution theory secures the right to stabilize the public and private relations. That is a world phenomenon, because the country legally developed to unite to established the Democratic State of Law, as responsible for the balance between the State power with the fundamental rights of the citizen. Therefore, the rights are read as established in the Constitution Theory.
Key Words: Philosophy. State. Concepts. Principles. Legal System. Constitutionalism. Stability.

1. Considerações preliminares

O conceito de "*Constituição*" foi desenvolvido inicialmente pelos Gregos, que distinguiam o fundamento do Estado e as Leis simples, como forma de ordenar o *poder* e não permitir a instalação da anarquia na "*polis*".

Aristóteles (384 a.C.- 322 a.C.), filósofo pagão, através de suas inúmeras Obras influenciou os pensadores e a filosofia européia ocidental com os seus escritos sobre a pobreza, em sua obra denominada "Política", deixando várias composições literárias sobre a Teoria da Constituição, inclusive em sua "Constituição de Atenas". (Cf. VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de La Constitución como Ciencia Cultural*. 2. ed. Madrid: Dynkinson, 1998. p. 23).

Pela filosofia, os Gregos foram expandindo suas idéias sobre o *direito natural*, anterior e posterior às leis escritas,

*Advogado no Rio de Janeiro-RJ. Autor de inúmeras Obras Jurídicas. Vice Presidente do Instituto Ibero-Americano de Direito Público (Capítulo Brasileiro) – IADP. Membro da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social. Membro do IFA – International Fiscal Association. Conselheiro efetivo da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social. Co-Coordenador da Revista Ibero-Americana de Direito Público – RIADP (Órgão de Divulgação Oficial do IADP).

a fim de melhorar a coexistência humana e tornar o homem mais feliz, vez que este compõe o Estado e, portanto está predisposto à vida social.

Tendo a Constituição a função de Lei Geral, capaz de vincular o poder a uma regra pré-estabelecida, os inúmeros pensamentos filosóficos foram responsáveis pela sua instituição e pela respectiva humanização das formas de Governo e dos Tipos de Estado, visto que a concentração do poder pelo Monarca/Soberano já não poderia ser despótica, tirânica, opressiva e absolutista.

Partindo dessa premissa, Jellinek afirmou que: "Todo Estado, pues, necesariamente ha menester de una Constitución. Un Estado que no la tuviera, sería una anarquía. El proprio Estado arbitrario, en el antiguo sentido, tine necesidad de ella, tanto cuando se trata de un Estado despótico, como cuando se trata de un comité de salvación pública de índole democrática, del tipo francés de 1793. Es suficiente la existencia de un poder de hecho que mantenga la unidad del Estado para tener el mínimum de Constitución preciso para la existencia del proprio Estado; mas por lo común, en los pueblos cultos existe un orden jurídico reconocido en principios de Derecho." (JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Tradução de: Fernando de los Ríos Urriti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. p. 413).

Os Romanos também distinguiam a Constituição do Estado e as disposições legislativas particulares, referindo-se a Lei Maior como *rem publicam constituere.*

O poder de modificar a Constituição foi atribuído nos momentos cruciais da história romana aos Magistrados extraordinários que possuíam poder constituinte, os quais reuniam de fato a outorga ilimitada da comunidade. (Cf. JELLINEK, Georg. Op. cit. ant., p. 414.).

Estas relações antigas foram importantes para as concepções modernas da natureza da Constituição do Estado, pois serviram para demonstrar o valor que têm "los princípios constitucionales del Estado frente a las instituciones que se han desenvuelto ya de acuerdo con certos princípios." (JELLINEK, Georg. Id.).

Portanto, o conceito de Constituição reconhecido em um primeiro momento na Idade Antiga em sentido material, radiou a idéia de um poder constitucional romano ilimitado vinculado "a la colectividad soberana de los ciudadanos, y que há de ser ejercitado por ésta libremente." (JELLINEK, Georg. Id.).

Esta filosofia foi divulgada pela "Escola de Direito Natural", representada especialmente por Barão Samuel Von Pufendorf (1632-1694), historiador e jurista alemão, também conhecido pelo nome de Severinus de Monzambano, (Para Pufendorf, no Estado de natureza só cabe a sanção moral, porque, como Hobbes, ele estima que a coação é um rótulo da sociedade civil.), John Locke (1632-1704), filósofo inglês e Christian Wolff (1679-1754) – este considerado o maior de todos os filósofos racionalistas dogmáticos alemães-, e se aplicou, primeiramente, nos Estados Unidos da América (1776 em diante) e depois, num segundo momento, no decorrer da Revolução Francesa (1789-1799), tida como a grande revolução burguesa, que ao seu próprio tempo utilizou-se da doutrina do "*pouvoir constituant*", na qual todos os poderes do Estado possuíam o seu ponto de partida.

Com esse alcance, o conceito de Constituição é inseparável da própria essência do Estado, pois sem a sistematização de atividades da organização política de uma nação, ela não poderia subsistir. (Cf. LIMA, Eusébio de Queirós. *Theoria del Estado.* 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1939. p. 407).

Assim, influenciada pela "Teoria do Direito Natural", se verifica uma profunda

investigação sobre os vários aspectos das "Leis Fundamentais". E a doutrina popular do *contrato social* é acolhida por Thomas Hobbes (1588-1679), jusfilósofo inglês, precursor do positivismo jurídico, que funda sua Teoria doutrinária Política do Absolutismo do Estado em contradição com as exigências democráticas da época. A filosofia hobbesiana aceita a expressão de "Lei Fundamental" e a define como aquela norma que ao ser suprimida destruiria o corpo do Estado e daria oportunidade ao surgimento da anarquia e do despotismo. A "Lei Fundamental" se identifica, portanto, como *contrato social*, sobre o qual se funda o Estado, assim como com as conseqüências que se depreendem imediatamente dele. Este contrato, que se leva a efeito com o consentimento unânime, é poder inalterável enquanto o príncipe assim designar ou desejar.

Tanto Hobbes, como Pufendorf estimam que a "liberdade individual" está sempre condicionada às leis civis e às ordens emanadas por quem ostenta o poder *summum imperium* e, portanto, restringida aos interesses da República, de maneira tal que jamais o poder de um cidadão pode ser superior ou prevalecer sobre o da "*civitas*".

Hobbes era o jusfilósofo mais aguerrido na defesa da unidade do poder estatal, como centro das decisões políticas e não pela vontade do povo. Ele afirmava que o *princípio das desigualdades*, tanto de riqueza como de poder ou de nobreza, eram produtos da lei civil, e que pela lei natural, que é o mesmo da lei moral, todos os homens hão de ser considerados iguais. (Cf. ALONSO, Clara Álvares. *Lecciones de Historia del Constitucionalismo.* Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 97).

Em seu *contrato social* ou *pacto de sociedade*, os homens renunciam a uma parte dos seus direitos, em prol do Estado, do poder político e do soberano. (Cf. MARTINS, Ana Maria Guerra. *As Origens da Constituição Norte-Americana* : Uma lição para a Europa. Lisboa: Lex, 1994. p. 48).

Suas idéias foram fundamentais para a evolução constitucional, desenvolvimento teórico do conceito de Estado e ideação da libertação dos cidadãos do jugo dos Governantes déspotas e Monarcas Absolutos, sendo Hobbes o primeiro dos pensadores políticos da Idade Moderna, a abrir caminho para a fundamentação/concretização do Direito e do Estado.

Sucede, que outros autores ingleses, também influentes na época áurea da filosofia defendiam o "governo limitado por leis", sendo que as suas lições e pensamentos foram decisivos para o surgimento da primeira Constituição Norte-Americana, promulgada em 17 de setembro de 1787.

Uma das grandes expressões da época, que recebeu uma verdadeira herança no plano filosófico – filosofia moral e política, jurídica e *iusracionalismo* – foi John Locke, criador e fundamentador de célebres lições em seus *Tratados*.

Sendo inclusive um dos fundadores do movimento intelectual iniciado na Inglaterra, no século XVII e difundido na Europa, denominado "Iluminismo", que atingiu seu apogeu, principalmente na França, no século XVIII.

Desde as suas publicações, nos finais do século XVII, os *Tratados Lockianos* são conhecidos pelo vínculo que estabelecem entre propriedade e sistema político, elaborados a partir de sua interpretação do "pacto social de raiz popular", onde o homem, no entanto, possui um conjunto de direitos naturais inatos e originários que não são delegáveis ao Estado, limitando deste modo o poder político.

Locke formula a mesma Teoria, divergindo apenas quanto ao aspecto democrático, quando afirma que o "contrato fundamental" determina a obrigação de

se considerar a vontade da maioria como vontade própria. Via de conseqüência, a Inglaterra reconhece como fundamento natural o princípio da maioria para todas as classes de leis, não admitindo mais a distinção prática entre Leis Constitucionais e Leis Civis (simples).

Isto porque Locke acreditava e defendia que o poder político é uma qualidade dos homens em sua condição natural: "antes de, y con independencia de la existencia de una comunidad con un poder político institucionalizado, los hombres tienen capacidad para gobernarse a si mismos; la ley natural, como ley de la razón, enseña al hombre en su condición natural deberes que tiene que cumplir derivados de ser una criatura de Dios; como tales criaturas deben los hombres conservar su vida y la de los demás; también tienen los hombres en su estado natural un Derecho para juzgar y castigar a quienes no cumplan el deber – mutuo y recíproco – de respetar la vida, la libertad y la propiedad." (LOCKE, John. Dos Ensayos sobre el Gobierno. In: DOMINGO, Rafael (coord.). *Juristas Universales* : Juristas Modernos ; Séculos XVI a XVIII. Madrid: Marcial Pons, 2004. v. 2. p. 436).

A doutrina dos "direitos naturais dos homens" teve grande influência no constitucionalismo americano, que incorporou as idéias de Locke como forma de limitar o poder político. Tais princípios foram defendidos em um segundo momento por Charles-Louis de Secondat - Baron de la Brède- MONTESQUIEU (1689-1755), que preocupado com a liberdade individual dos homens, defendeu a "repartição do poder político" entre diversos órgãos do Estado. Os poderes deveriam estar separados para que, por meio deles, seus representantes não praticassem atos arbitrários e abusos que fossem prejudiciais aos cidadãos.

Assim, para MONTESQUIEU os três Poderes do Estado (Legislativo, Executivo e o Judiciário) não poderiam estar reunidos em uma só pessoa e deveriam ser repartidos por órgãos diferentes, com a finalidade de assegurarem a liberdade política de cada cidadão. Cada Poder do Estado seria responsável pelo desempenho de sua função, independentemente um do outro, não havendo supremacia e ou hierarquia de um sobre o outro.

De outra forma se conduziu a "Teoria do Direito Natural" na Alemanha, onde Pufendorf apesar de adepto, atenuou a doutrina de Hobbes, tendo também a adesão de Jakob Boehme, conhecido como Böhmer (1575-1624) e Wolff (discípulo de Leibniz), dentre outros, que transformaram o conceito de "Lei Fundamental" de um modo peculiar, no sentido de que ela era constitucional exclusivamente, mas também limitadora do poder do príncipe pelo povo. De sorte que a teoria posterior que identifica a "Lei Fundamental" como Constituição (*Konstitutio nelle werfassung)*, manteve seus principais traços.

Immanuel Kant (1724-1804), de nacionalidade alemã e filósofo-professor parte de uma dualidade, tendo o direito como ciência: "es el conjunto de todas las leyes jurídicas, pero en la medida que denota legitimidad, estriba en la conformidad de la acción con la regla de derecho, siempre y cuando [...] la acción no contradigo a la ley moral". (ALONSO, Clara Álvarez. Op. cit. ant., p. 162).

Portanto, Kant construiu a idéia de uma "Administração Moral" preocupada com o bem estar dos cidadãos, tendo no Monarca o verdadeiro tutor dessa missão.

Pois bem, pela filosofia, através de grandes pensadores e jusfilósofos, o *Estado* foi tomando forma mais humanizada, pois a sociedade já não suportava mais conviver com o poder ilimitado, despótico e absoluto do Monarca.

Este processo histórico fez nascer o ideal de Constituição, como "Lei Funda-

mental" de uma nação, capaz de organizá-la política e socialmente, inclusive com a segurança/afirmação de liberdades, inicialmente burguesas, contendo certas garantias de liberdades gerais, como explicitado por Carl Schmitt: "En el proceso historico de la Constitución moderna, há prosperado tanto un determinado concepto idela, que desde el silo XVIII, solo se han designado como constituciones aquellas que correspondían a las demandas de liberdad." (SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Tradução de: Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p. 59).

Nessa vertente, os séculos XVII e XVIII foram cruciais para que uma parte da Europa se libertasse dos resquícios norteadores do "Feudalismo", regime este que vigorou durante a Idade Média, mais acentuadamente entre os séculos IX e XII regendo no referido Continente – parte ocidental- a ordem política, social e econômica, ou seja, ocorrendo a libertação da relação Rei (suserano dos suseranos)/ Grandes Feudatários/Senhores Feudais/ Suseranos/Vassalos/Servos/Vilões, bem como dos princípios norteadores do "Absolutismo", regime político no qual todos os poderes se concentravam nas mãos dos Soberanos e seus Ministros, ou seja, da relação despótica, tirânica entre Monarca e súdito, para dar lugar a uma "Lei Fundamental" mais liberal.

Promulga-se então a primeira Constituição escrita no sentido moderno, que foi a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, visto que a Constituição inglesa não era escrita – predominantemente costumeira -, cujas normas são sempre incorporadas à legislação ordinária, constantemente em contínua adaptação.

A sua importância para o cenário político-ideológico-social da época na qual ocorreu a sua promulgação foi bem grande, pois a Constituição Americana foi a primeira "republicana" em um contexto onde reinava na Europa o domínio absoluto, tirânico e despótico da Monarquia, representando o Rei a fonte divina do Poder.

Surgiu, pela primeira vez, uma sistema presidencialista (MARTINS, Ana Maria Guerra. Op. cit. ant., p. 17) e também foi estabelecido, de forma pioneira, a fiscalização da constitucionalidade das leis. (Aprofundar em: AMARAL, Diogo Freitas do. *Ciência Política.* Coimbra: Almedina, 1991. v. 2. p. 215).

Como muito bem expressou Ana Maria Guerra Martins: "A Constituição Americana é um verdadeiro laboratório de ensaio vivo das teses político-filosóficas imperantes na época. Mas ao mesmo tempo é o resultado de um pragmatismo que não hesita em afastar as teorias sem que tal se afigura necessário e útil." (MARTINS, Ana Maria Guerra. Op. cit. ant., p. 17).

Portanto, apesar de ter um texto breve, (10 emendas), a Constituição Norte-Americana representa o repositório dos princípios fundamentais da soberania política, sem que ela desrespeite os direitos dos cidadãos. Pelo contrário, os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos foram estabelecidos para que a nação se desenvolvesse de forma democrática e equilibrada, deixando para trás o modelo do Estado Absolutista, que via no súdito um servo do poder do Monarca, absoluto e ilimitado.

Estes novos horizontes foram favoráveis para as mudanças constitucionais que se seguiram no curso da história.

Outro grande exemplo de mudança, incentivado pelo movimento iluminista no final do século XVIII, foi o Francês, "que levou os próceres da Revolução Francesa a redigir constituições segundo as teorias consideradas mais perfeitas. E quando uma constituição provava mal, procurava-se no arsenal filosófico nova doutrina para inspirar outra constituição." (CAETANO, Marcello. *Direito Constitucional* : Direito

Comparado ; Teoria do Estado e da Constituição ; A*s* Constituições do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. p. 126).

Vigorava na França o poder ilimitado e absoluto do Rei, sendo que a Revolução Francesa (1789-1799), reduziu o respectivo poder, para torná-lo um mecanismo mais humano, comum e racional, em favorecimento do cidadão.

Todo pensamento político-social-ideológico da Revolução Francesa está fulcrado em seu primeiro documento escrito, qual seja, a *"Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão"*, votado na Assembléia Constituinte de 18 a 27 de agosto de 1789, e promulgada em 26 de agosto de 1789, ficando estabelecido em seu artigo 3º, que o princípio de toda soberania residia essencialmente na nação. **3**. "Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation; nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément."], bem como no seu artigo inaugural foi preconizado que todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos, sendo que as distinções sociais só podem estar fundamentadas na utilidade comum... [**Art. 1**er**. "**Les hommes naissent et demeurent libres et égaux em droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune."].

O princípio básico sobre o poder que a Revolução Francesa adotou, incorporou as idéias, teses filosóficas e formulações ideológicas em especial, de François Marie Arouet, conhecido como Voltaire (1694-1778), Locke e Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), sendo que este último filósofo, em seu "Do Contrato Social", citado por García de Enterría, deixou assente que: "El soberano, que nos es mas que um ser colectivo, no puede ser representado mas que por si mismo: el poder puede trasmitirse, pero no la voluntad." (ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Lengua de los Derechos* : La Formulación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Alianza Editorial, 1999. p. 105).

Pois bem, aos 3 de setembro de 1791 foi promulgada a primeira Constituição européia originada da Revolução Francesa, baseada nos ideais estruturais sobre o poder, estabelecido por uma Assembléia Constituinte, criada para tal fim. E de conseqüência, este exemplo constitucional, foi adotado pelos demais países do Velho Mundo.

O Título III, da Carta francesa, intitulado -"Dos Poderes Públicos"- estabelece que a soberania é indivisível, inalienável e imprescritível, pertencendo a nação e não mais a um único indivíduo. O exercício do poder deixou de ser absoluto, para dar lugar a soberania da nação vinculada ao povo, de forma inseparável e permanente.

Surgiu, a seguir a idéia fundamental do governo limitado pela lei, o do "*régne de la loi*", criada pelo "corpo legislativo", que era representado por uma única Câmara, renovado pelo sufrágio universal todos os anos. É de competência desta Assembléia propor as leis à aprovação popular, bem como fazer decretos elegendo um conselho executivo de 24 membros, responsáveis pela execução dos seus diplomas legais.

Estas experiências foram verdadeiras lições para a humanidade, que passou a ter na função política da Constituição, o estabelecimento de limites jurídicos ao exercício do poder, que de ilimitado e irresponsável, ficou vinculado às normas e dispositivos legais. (Cf. KELSEN, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?. Tradução de: Roberto J. Brie. Madrid: Editorial Tecnos, 1995. p. 5).

Essa garantia constitucional, na visão de Hans Kelsen: "significa generar la seguridad de que esos limites jurídicos no serán transgredidos. Si algo es indudable

es que ninguna otra instancia es menos idónea para tal función, que aquélla, precisamente, a la que la Constitución confiere el ejercicio total o parcial del poder y que, por ello, tine en primer lugar la ocasión jurídica y el impulso político para violarla." (KELSEN, Hans. Op. cit. ant., p. 5).

Assim, como a Constituição do Estado decide a unidade política de um povo (Cf. SCHMITT, Carl. Op. cit. ant., p. 29), ela delimita o poder, e estabelece uma orientação, em busca de um ideal, foi muito importante a fixação do "princípio da soberania popular", como forma de limitar o poder, para evitar abusos.

Através da evolução dos tempos, tivemos grandes avanços no campo constitucional, pois o poder absoluto, despótico e tirânico passou a ser controlado por princípios até então ignorados.

Inicialmente, as Constituições, responsáveis pela geração de Poder Jurídico do Estado, ainda guardavam uma posição mais conservadora. A partir do século XIX, o Direito Constitucional foi considerado como ciência autônoma e sistematicamente ordenada, responsável pela transformação fundamental da estrutura jurídico-política tradicional, e que deu lugar a um sistema de normas e princípios valorativos, capazes de vincular todo o sistema legal. (Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 41).

Foi o ápice do Direito Constitucional que unificou a imagem jurídica do mundo, para a expansão de uma crença de que tal sistema representa uma fórmula definitiva da convivência harmônica-política-social, e de que era uma das grandes e definitivas intervenções da humanidade, efetiva e radicalmente vinculada ao progresso e a prosperidade dos povos, de maneira que o Estado atrasado que pretendia entrar na esfera da evolução legal e juridicidade, teria inevitavelmente que efetuar a implantação do regime constitucional em seus domínios. (Cf. PELAYO, Manuel García. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1993. p. 29.).

Surge em um segundo momento, na Alemanha o "Positivismo" (escola filosófica fundada na França, no século XIX, pelo filósofo francês Isidore Auguste Marie François Xavier COMTE (1798-1857), introduzido por Gerber (1865) e Laband (1876) e em seguida, por Orlando (1888) na Itália, com influência nos demais países, inclusive fora do citado Continente, pois que os tratadistas franceses e ingleses nunca eliminaram as considerações de caráter filosófico, social, político e histórico, que deveriam guarnecer o sistema jurídico constitucional.

Com o estabelecimento da necessidade de uma constituição, o século XX revela uma crise na "Lei Fundamental", que entre guerras e conflitos internacionais, teve que passar pela devida maturação, para dar lugar a uma concepção mais moderna e atual de uma verdadeira "Teoria da Constituição", como forma de humanizar as relações dos povos e evitar que direitos e garantias fundamentais da sociedade fossem massacrados pelo Poder.

Exsurge, assim, no meio para o final do século XX, um Direito Constitucional clássico, que deu origem à atual "Teoria da Constituição".

2. Conceito de Constituição e o fundamento de sua teoria.

O Estado, desde os primórdios da humanidade, tem atraído a atenção dos mais variados autores/pensadores/filósofos/sociólogos políticos- jurídicos/cientistas políticos, que se dispuseram a refletir sobre sua origem, fundamentação, natureza, modelo,

finalidade, soberania, entre outros muitos aspectos, sempre com a preocupação de encontrar um ideal de poder e de liberdade para a sociedade e por conseguinte para o cidadão.

Estes estudos, mesmo não aparecendo sob o título de "Teoria do Estado", como hoje em dia, foram feitos por notáveis estudiosos/filósofos, sob outra designação, mas com a mesma preocupação de se vislumbrar o estudo do Estado. Isto se deu em "A República**"**, de Platão, em "A Utopia", de Thomas Morus, "Nova Atlântida", de Francis Bacon, "A Cidade do Sol", de Tomaso Campanella ou no "Leviatã", de Thomas Hobbes, dentre outros notáveis.

Com as inúmeras transformações das situações políticas, não existia a figura do poder ao qual estamos acostumados, o que leva alguns autores a não reconhecerem a existência de "Estados" na Idade Média, dado ao sistema de dominação existente do Monarca sobre os demais. Todavia, como sujeito de Direito Internacional, a figura do Estado se confundia com o próprio reino. Cabral de Moncada, (MONCADA, Luís Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. v. 2. p. 192) em precioso estudo utiliza-se da expressão de um "policentrismo da degradação feudal e municipalista" da respectiva época, até o século XVI, onde apareceu a figura do Estado Moderno, capaz de designar grupos, territórios e poder de domínio. (CALHEIROS, Maria Clara. Do Estado: História e Conceitos; *Teoria do Estado Contemporâneo*. Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 2003. p. 111).

Surge, portanto, a figura do Estado, como fator da concentração de poderes públicos na figura do Rei e do controle de um território, que significava a sua soberania.

A "palavra do Estado ficou geralmente associada ao grupo de domínio dotado do poder supremo." (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Tradução de: Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 73). No sentido do Direito Público, Estado é o agrupamento de indivíduos, estabelecidos em um determinado território e submetidos a um poder público soberano, vinculado às regras constitucionais, que lhes outorga autoridade orgânica e vinculada aos princípios e as regras supremas. Assim, o Estado passou de Absoluto ao Constitucional, vinculando o poder ao Direito.

Sobre um outro prisma, Jorge Miranda, estabelece o seguinte conceito: "O Estado é uma sociedade política com indefinida continuidade no tempo e institucionalização do poder significa dissociação entre a chefia, a autoridade política, o poder, e a pessoa que em cada momento tem o seu exercício; fundamentação do poder, não nas qualidades pessoais do governante, mas no Direito que o investe como tal; permanência do poder (como ofício, e não como domínio) para além da mudança de titulares; e sua subordinação à satisfação de fins não egoísticos, à realização do bem comum." (MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. p. 35).

Deixando de lado a definição de Jorge Miranda, o Estado na atualidade é constitucional, "com qualidades". Sendo certo que duas de suas qualidades são descritas por J. J. Gomes Canotilho como: "Estado de Direito" e "Estado Democrático" ("Estado Constitucional"). (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 93).

O Estado de Direito limita o poder político pelo ordenamento jurídico, estabelecendo o governo de leis.

Outro traço marcante do Estado de Direito é o estabelecimento jurídico de uma divisão de poderes, que hoje em dia é

mais conhecido como divisão de funções.

O Estado de Direito exige uma conformação com a democracia, para que não seja violada a soberania popular.

O Estado Constitucional é o Estado Democrático, instituído como fonte reguladora de uma estabilidade entre o poder central e o indivíduo. Esta estabilidade vem delineada geralmente pela "Lei Fundamental", que ao mesmo tempo em que dota os poderes constituídos de direitos e garantias de governabilidade, estabelece limites para a sua atuação, quando elenca princípios e normas voltados para a consecução do bem comum de todos.

Assim, a soberania do poder que designava a superioridade do poder político do Estado, inverteu o seu papel, para dar lugar ao conceito democrático de liberdade do povo, através de princípios, direitos e garantias fundamentais constitucionais.

Esta é uma das conseqüências do Estado Democrático de Direito, que estabeleceu a "soberania popular" como uma forma de gerar a paz social, equilibrando o poder pelos direitos da coletividade.

Nesse cenário, o poder constituinte possui grande representatividade, visto que os representantes do povo são eleitos para elaborarem uma Constituição, através da convocação/instalação de uma Assembléia Nacional Constituinte, ou do poder supraconstitucional.

Dessa forma, o poder de elaborar a Constituição pelos representantes do povo no Parlamento é responsável pela organização política da sociedade.

Em assim sendo, temos, em igualdade de pensamento com Paulo Bonavides (BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 37), que o Estado Constitucional ostenta três distintas características essenciais, ou seja, ele é liberal (separação de poderes), social (direitos fundamentais) e Democrático-Partidário (participação de todos).

Surge a "soberania constitucional", que possui a mesma fórmula da soberania instituída para possibilitar que os indivíduos possuam direitos e garantias fundamentais individuais que os coloquem no "centro do poder".

A soberania de um povo ou de um Estado, em igualdade de condições, se encontra regulada na Constituição, que instituiu a face do direito como a responsável pela salvaguarda dessa soberania.

Após este rápido esboço sobre a evolução e os traços fundamentais do Estado, há necessidade de se delimitar a *conceituação de Constituição*, que segundo Carré du Malberg, representa a existência do nascimento do Estado, através da sua primeira "Lei Fundamental", seja ou não escrita. (MALBERG, R. Carré du. *Teoria General del Estado*. Tradução de: José Lión Depetre. México: Faculdade de Derecho/UMAM, 2001. p. 76).

Não se equivocou Carl Schimitt quando inicia a sua Teoria da Constituição destacando que a palavra constituição apresenta uma diversidade de sentidos. (SCHMITT, Carl. Op. cit. ant., p. 29).

Até chegarmos ao atual e presente estágio constitucional, muitos doutrinadores se debruçaram no estudo dessa ciência do direito para compreender a origem do Estado e estabelecer os direitos e as garantias fundamentais para toda a coletividade.

Desde as priscas eras, o homem se atormenta com o poder absoluto e ilimitado do Estado. E, acreditando que o império da lei seria suficiente para combater arbítrios do poder estatal, deixou a Constituição estagnada, no sentido de que ela apenas regulasse os poderes políticos e estipulasse os valores inerentes à soberania nacional.

Por esta razão, a doutrina se manteve firme na busca de uma real evolução da Carta Magna, e o ponto de partida foi a estruturação do Estado, como ente jurídi-

co, para após estabelecer a sua permanente importância perante a Nação.

Portanto, houve uma pluralidade de conceitos, como, por exemplo, o de Ferdinand Lassalle, que em abril de 1863, proferiu conferência perante um auditório composto de cidadãos (intelectuais e operários) da antiga Prússia, onde aduziu: "Constituição é um pacto juramentado entre o rei e o povo, estabelecendo os princípios alicerçais da legislação e do governo dentro de um país. Ou, generalizando, pois existe também a Constituição nos países de governo republicano: A Constituição é a lei fundamental proclamada pela nação, na qual baseia-se a organização do Direito público do país." (LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição* (*Uber das Verfassungswesen*). 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 6).

Para Lassalle, o conceito de Constituição "é a fonte primitiva da qual nasce a arte e a soberania constitucionais." (Ibid., p. 7).

Segundo Jellinek, toda associação permanente necessita de um princípio de ordenação, conforme o qual se constitua e desenvolva sua vontade. Este princípio de ordenação será o limite da situação de seus membros dentro da respectiva associação e em relação com ela. Essa ordenação se chama Constituição, assim definida pelo citado mestre: "La Constitución de los Estados abarca, por consiguiente, los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción, y, por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado." (JELLINEK, Georg. Op. cit. ant., p. 413).

Carl Schmitt distingue os conceitos "absoluto", "relativo", "positivo" e "ideal". Constituição em sentido absoluto para ele pode significar, no primeiro momento, a concreta maneira de ser resultante de qualquer unidade política existente. A unidade política e a ordenação social, para o ilustre mestre, se pode chamar Constituição. O Estado, nas palavras de Schmitt: "no tiene una Constitución 'según la que' se forma y funciona la vontad estatal, sino que el Estado es Constitución, es decir una situación presente del ser, un status de unidad e ordenación. El Estado cesaría de existir si cesara esta Constitución, es decir, esta unidad y ordenación. Su Constitución es su 'alma', su vida concreta y su existencia individual." (SCHMITT, Carl. Op. cit. ant., p. 30).

Em uma segunda acepção absoluta, Carl Schmitt atribui ao termo Constituição o conceito de uma especial ordenação política e social, significando o modo concreto da supra ordenação e subordinação, em face à uma realidade social.

Por outro lado, em uma terceira significação de Constituição, ainda em sentido absoluto, para Carl Schmitt, é o princípio dinâmico de uma unidade política, renovada continuamente, sem perder, contudo, a sua força e energia subjacente, mantenedora da respectiva base de apoio. Aqui se entende o Estado, não como algo existente em repouso ou estático, senão como em evolução, buscando novos caminhos.

A Constituição, em sentido absoluto significa portanto uma regulação legal fundamental, que decide sobre um sistema de normas supremas, que radiam sobre todo o sistema jurídico, de forma permanente e atual.

A relativização do conceito de constituição, ainda de acordo com Carl Schmitt, significa, pois, as leis constitucionais (constituição como lei formal), distintas e formalmente iguais, regulando a vontade estatal ou outro interesse legalmente previsto. A prescrição legal-constitucional necessita ser fundamental (*grundlegend*).

Desse modo, considera-se relativizador o aspecto formal, "hace indistinto todo lo que está en una Constitución; igual, es decir, igualmente relativo". (SCHMITT, Carl. Ibid., p. 37). Em outras palavras, uma prescrição legal/constitucional necessita ser fundamental (*grundgesetz*), para representar a sua validade no cenário jurídico.

Por fim, o citado autor conceitua o aspecto positivo de Constituição quando se distinguem constituição e lei constitucional, concebidas pelo Poder Constituinte.

Rafael Bielsa, em exame sumário da Constituição adverte que as suas disposições principais estabelecem o sistema de governo (formação, estrutura, funcionamento e atribuições dos poderes e órgãos que constituem a função estatal) e os direitos dos habitantes da nação, abrangendo o âmbito privado e o público.

Bidart Campos estabelece a Constituição em dois sentidos; a "formal" e a "material": (CAMPOS, German Bidart. *Manual de Derecho Constitucional Argentino*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1980. p. 12).

A formal possui as seguintes características: - ela é uma lei escrita e codificada, reunida em um texto único; - por ser suprema é considerada como superlei; - produto de poder constituinte.

Já o aspecto material é a parte da realidade constitucional que se integra com benefícios exemplares, que compõe uma ordem de conduta, representada por um modelo em todo universo jurídico.

Outro grande expoente do Direito Constitucional argentino, Linares Quintana, define a Constituição em "sentido genérico" e em "sentido específico".

Nas duas hipóteses, é sustentado: "a) el concepto genérico de Constitución, que designa simplesmente el ordenamiento u organización de un Estado: así como todo ente animado o inanimado, posee una Constitución, cualquiera sea el contenido de ésta o los principios que la informen (...) b) el concepto específico de Constitución - del cual deriva el adjetivo constitucional, calificativo de un determinado tipo de Estado – que única y exclusivamente expresa la idea de un ordenamiento jurídico estatal orientado a la consecución de un fin supremo y ultimo: la garantía de la libertad y la dignidad del hombre en la sociedad; régimen que implica derechos individuales y derechos sociales." (QUINTANA, V. Linares. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1978. v. 3. p. 106 e 108).

Marcello Caetano define a Constituição como "conjunto de normas fundamentais que regulam a atribuição e o exercício do poder político, definindo a competência dos seus órgãos, as funções específicas destes e os direitos dos indivíduos e das sociedades primárias com força obrigatória para todos os poderes constituídos e vinculativa dos seus atos." (CAETANO, Marcello. Op. cit. ant., p. 397).

Constituição em "sentido material" para Santi Romano é: "entendida como sendo sinônimo de organismo ou corpo social, ou seja, de instituição, tendo uma estrutura, uma ordem, um *status*, uma organização, mais ou menos estável e permanente, que reduz à unidade os elementos que o compõem, conferindo-lhes individualidade e vida própria." (ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Tradução de: Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977. p. 3).

Já a Constituição em "sentido formal" para Santi Romano é: "Constituição, em sentido formal ou instrumental, nada mais é senão o documento, a 'carta', o 'estatuto' ou ainda a 'lei' que estabelece ou da qual resulta a Constituição em sentido material. Urge salientar que não é diversa

essa significação da palavra Constituição em sentido material quando esta resulta não de um documento escrito, mas dos costumes, como ocorre com a Inglaterra." (Ibid., p. 4).

A "Constituição moderna", na visão de J.J. Gomes Canotilho, seria: "a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político." Em complementação à sua definição, Canotilho estabelece a incorporação das seguintes características: documento escrito, estabelecimento de direitos fundamentais e as suas garantias e a organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. ant., p. 52).

O único reparo que se faz ao grande mestre Canotilho, quanto ao seu conceito de Constituição é que a mesma pode derivar de um documento não escrito. Sabemos que constitui exemplo minoritário, pois a maioria dos Países adota o texto escrito, para a existência de maior segurança jurídica.

Jorge Miranda, também imbuído da modernidade, estabelece que: "as Constituições do século XX (todas ou quase todas) estendem o seu domínio e as novas regiões, garantindo não só direitos do homem, do cidadão, do trabalhador, como princípios objectivos da vida social, permitindo ou impondo intervenções econômicas, modelando ou remodelando instituições públicas e privadas." (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. t. 2. p. 21-22).

O conceito de "Lei Fundamental", em um primeiro momento, que Paolo Biscaretti di Ruffia, desenvolve, utilizando-se de uma genealogia das Constituições modernas é o que indica em referência ao aludido termo "Constituição": "o conjunto de normas jurídicas fundamentais escritas ou não escritas, que estabelecem la estructura esencial del Estado." (BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 499).

Entendemos que a Constituição moderna "*constitucionalizou os direitos*" com regras e princípios, explícitos e implícitos, que afastaram os antigos princípios gerais de direito constantes no Código Civil Brasileiro, com a finalidade de tornar o Estado Democrático Social, voltado aos direitos e às garantias fundamentais dos cidadãos.

Houve uma mudança de posicionamento constitucional, em virtude de duas grandes guerras, em especial da segunda grande guerra mundial, que aterrorizou o mundo com violações arbitrárias e desumanas, nunca vistas dantes, contra os direitos e garantias fundamentais da humanidade. Sendo a "Gestapo" um dos grandes instrumentos das referidas violações.

Portanto, a Constituição atual é voltada para o disciplinamento amplo do ordenamento jurídico, a fim de torná-lo mais rígido, com normas e princípios fundamentais direcionados à uma proteção mais efetiva dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, em todos os ramos do Direito. A Constituição deixou de ser fonte protetora do Estado para ser a garantia fundamental absoluta da coletividade, vez que ela possui direitos fundamentais que não podem ser sufragados por ideais políticos ou por vontade do poder central.

Ou, pelas considerações de Konrad Hesse, "a característica decisiva da ordem estatal-jurídica da Lei Fundamental é, finalmente, que ela é a de um estado de direito social." (HESSE, Konrad. Op. cit. ant., p. 169).

Assim, o Estado de Direito Social vincula e controla o *poder* pela Constituição, sendo que o mesmo deve submeter-se

e orientar-se pelos princípios constitucionais fundamentais, suas regras e garantias.

O constitucionalismo atual, estabeleceu princípios objetivos estatais na Constituição como forma de vincular o Estado, que deixou de ser intervencionista para ser prestador de serviços.

Dessa forma, o Estado fundamental é o que planifica, guia, presta, distribui e cumpre os princípios fundamentais, explícitos e implícitos elencados na Constituição.

Através do seu sucessivo "pensamento constitucional", que é todo aquele referente à Constituição, surgiu no século XX a sua Teoria, voltada para o atingimento da modernidade de seus conceitos.

Ou, segundo Nelson Saldanha, "a teoria da constituição do século vinte envolve ingadações mais peculiares e problemas mais definidos do que as indagações e os problemas que enfrentam, ou entraram, na evolução do pensamento constitucional no sentido mais amplo do termo." (SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 2).

Pela "Teoria da Constituição", foi estabelecida a efetividade da Constituição, questionando o *status* pleno das normas jurídicas, através das quais se lêem ou se interpretam todos os atos públicos, de todos os Poderes.

Com o aparecimento do "Estado Constitucional", após longa luta da humanidade contra o Estado absoluto, tirânico e despótico, o pensamento constitucional se tornou algo pleno e corrente, pertencendo ao cotidiano, pois não se admite mais que o poder subtraia do povo os seus direitos e garantias fundamentais. Essa é a principal característica da "Teoria da Constituição", que visa interpretar a "Lei Fundamental" como forma de mantê-la sempre respeitada, observada, compreendida, eficaz e concretizada.

Como ordem fundamental jurídica da coletividade, a Constituição deve ser interpretada, para trazer estabilidade e paz para todos os cidadãos, através da limitação do poder pelos princípios, direitos e garantias fundamentais estabelecidos como imposição ao Estado. Segundo Pablo Lucas Verdú, (VERDÚ, Pablo Lucas. *La Lucha Contra el Positivismo Jurídico en la Republica de Weimar*. Madrid: Editorial Tecnos, 1987. p. 109) a "Teoria da Constituição" nasceu no período da Constituição de Weimar, alemã, de 11 de agosto 1919 (1918-1932); Em assim sendo, a 9 de novembro de 1918, o Imperador abdicou, quando a República já fora proclamada em Berlim e Munique. O Tratado de Versalhes (1919) prejudicou duramente a Alemanha. Com a fuga de Guilherme II o poder passou para um Conselho Provisório de Comissários do Povo, composto pelos social-democratas e formado em Berlim. Em período de grande crise política e econômica, com enorme agitação política, elegeu-se a Assembléia Constituinte convocada pelo Conselho. Reunida na cidade de Weimar, a Assembléia votou, em agosto de 1919, a Constituição Weimariana, na aparência republicana e democrática, estendendo o voto a todos os cidadãos com mais de vinte (20) anos, que elegeriam o *Reichstag* e o Presidente. A atmosfera de pobreza, miséria absoluta e violência reinante no País, propiciou ao austríaco Adolf Hitler fundar o Partido Nacional Socialista Operário Alemão, anticomunista, antijudaico e reivindicatório da superioridade racial alemã. Posteriormente, Hitler reuniu as funções de Chanceler e Presidente, tornando-se o *Reichsführer* Em assim sendo, a Constituição Weimariana abriu o caminho para Hitler tentar dominar o mundo.

A aparição da "Teoria da Constituição" supõe a revisão profunda do método e do conteúdo do Direito Constitucional, da interpretação dos direitos e garantias

fundamentais e do novo enfoque da Teoria do Estado. E Pablo Lucas Verdú, citando o prefácio de Smend na "Constitución y Derecho Constitucional", trouxe a visão do mestre germânico: "... la inseparable conexión entre la filosofia del Estado, la Teoría de la Constitución y la Teoría Jurídica del Estado; como ejemplo de que estas três disciplinas se complementan..." (VERDÚ, Pablo Lucas. Op. cit. ant., p. 111).

O Estado de Direito no qual os países modernos preconizam a democracia limita o poder estatal através da "Lei Fundamental", garantidora da segurança jurídica e da liberdade legal.

Outro fator muito importante para a constante evolução da "Teoria da Constituição" é que o Estado intervencionista passou a ser prestador de serviços. Ele tem de exercer, doravante, tarefas essenciais, como assistência social e previsão planificadora ampla, capaz de garantir para toda a sociedade o respeito aos seus direitos fundamentais, instituídos como verdadeiros dogmas.

3. Classificação doutrinária de Constituição

As constituições se classificam quanto ao "conteúdo" (materiais e formais), à "forma" (escrita ou não escrita), ao "modelo de elaboração" (dogmáticas e históricas), à "origem" (promulgadas ou outorgadas), à "estabilidade" (imutáveis, rígidas, flexíveis ou semi-rígidas) e quanto à "extensão e finalidade" (analíticas ou sintéticas).

A Constituição *material* é aquela que se baseia no conjunto de regras materialmente constitucionais, codificadas ou não em um único documento. Estas normas materiais são importantes para a determinação do conteúdo de leis ordinárias.

Por outro lado, a Constituição *formal*, mais comum nos dias de hoje, é aquela estabelecida pelo poder constituinte originário, possuindo forma escrita, através de um documento solene.

Pode a Constituição ser *escrita*, representando um conjunto de regras codificado em um único documento *ou não*. Geralmente elas são escritas, tendo como exceção a Constituição Inglesa que se utiliza de regras não aglutinadas em um texto solene, para basear-se em leis comuns (*common law*), costumes, jurisprudências e convenções.

Exemplificando a Constituição da Inglaterra, Jorge Miranda aduna: "Diz-se muitas vezes que a Constituição inglesa é uma Constituição não escrita (*unwritten constitution*). Só em certo sentido este asserto se afigura verdadeiro: no sentido de que uma grande parte das regras sobre organização do poder político é consuetudinária; e, sobretudo, no sentido de que a unidade fundamental da Constituição não repousa em nenhum texto ou documento, mas em princípios não escritos assentes na organização social e política dos Britânicos." (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1990. t. 1. p. 126).

Segue este tipo não escrito a Constituição da Hungria e prevalece também em Israel.

Ao citar a Constituição dos Estados Unidos da América (escrita) e a da Inglaterra (não escrita), Linares Quintana traça a seguinte diferença entre elas: "surge claramente la diferencia esencial que existe entre las dos concepciones: la de la constitución no escrita, dispersa o inorgânica cuyo ejemplo típico es la de Inglaterra, y la de la Constitución escrita, codificada u orgânica, cuyo modelo es la de los Estados Unidos. La primeira es el resultado de una loga, lenta y laboriosa evolución a través de los siglos, hasta el extremo de que las instituciones políticas inglesas podrían compararse a esas majestuosas e incon-

movibles formaciones de la naturaza en el devenir de miles de años; la segunda es un plan institucional que por un acto reflexivo de los hombres y de una sola vez se elabora en un documento escrito." (QUINTANA, V. Linares. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1978. t. 3. p. 116).

Por outro lado, quanto ao modo de elaboração, as Constituições podem seguir a acepção *dogmática* ou *histórica*.

Tal qual a forma escrita, a regra mais comum está na Constituição *dogmática*, representada por um sistema elaborado e escrito por um órgão constituinte, que estabelece princípios e normas fundamentais do direito dominante e da teoria política. A Constituição *histórica* é aquela que representa uma síntese de tradição de um determinado povo, que através do fato histórico estabelece a sua Magna Carta (v. g.: Constituição Inglesa).

No que concerne à origem, as Constituições *promulgadas* são tidas como populares e democráticas, ao contrário das *outorgadas*. Isto porque, na primeira situação, elas derivam do trabalho de uma Assembléia Nacional Constituinte, composta de parlamentares eleitos pelo povo com a finalidade de elaborarem uma Constituição (constituinte originário), ao passo que as outorgadas são impostas pelo poder vigorante da época, através de um ato de força (v.g.: Constituição Brasileira, EC nº 01/1969).

Sobre a estabilidade da Constituição, ela pode ser *imutável*, *rígida*, *flexível* e *semi-rígida*. A *imutável* é aquela que não permite alteração, constituindo-se relíquias históricas. (Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 41). *Rígidas* são as Constituições que poderão ser alteradas por um processo legislativo mais rigoroso, onde são estabelecidas as condições. Ela, portanto, poderá ser emendada mediante um determinado *quorum* de parlamentares, ou de um ritual legal, podendo ser restringida a futura alteração, como por exemplo, os direitos e garantias individuais que não podem ser objeto de deliberação a proposta de emenda que tente aboli-la (Art. 60, § 4º, CF).

Portanto, Constituições *rígidas* são aquelas em que estão previstas constitucionalmente a possibilidade de reformas ou serviços, através de procedimentos especiais de maior dificuldade.

Flexíveis são as Constituições que poderão ser alteradas pelo processo legislativo ordinário, através de "ley constitucional" (Cf. SCHMITT, Carl. Op. cit. ant., p. 41). Geralmente as Constituições flexíveis, em regra não são escritas.

Semiflexível ou *semi-rígida*, são as Constituições que poderão ser alteradas pelo processo legislativo ordinário, sem as dificuldades das duas anteriores.

Estes conceitos são ilustrativos para situar a formação e a evolução da "Teoria Constitucional", visto que a partir do século XX, os povos evoluídos passaram a se dedicar à preservação de direitos e de garantias fundamentais para a coletividade, que já não admite mais uma nação sem uma "Lei Fundamental Democrática de Direito".

Assim sendo, para encerrar o presente ciclo ilustrativo, as Constituições se subdividem quanto à sua extensão e finalidade, em *analíticas* e *sintéticas*. As primeiras (*analíticas*) são aquelas que examinam e regulamentam todos os assuntos que entendam relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado. As Constituições do Brasil, Portugal, Espanha, dentre outras, são analíticas, tendo em vista que em seus textos são veiculados os assuntos que serão constitucionalizados, pelos princípios e normas elencados como indispensáveis a este moderno processo.

As Constituições *sintéticas*, seguida pela Norte-Americana, estabelecem princípios ou normas gerais que regem o Estado, através de uma organização, bem como limitam o poder público pelos direitos e garantias fundamentais estabelecidas em prol da coletividade.

4. A nova interpretação constitucional.

Vivemos atualmente a fase da plena efetividade e aplicabilidade das normas e princípios constitucionais.

Isto porque, a efetividade e a aplicabilidade da Constituição conquistaram o *status* pleno de normas jurídicas, através das quais se lêem e se interpretam todos os atos públicos, inclusive os legislativos, consoante lição de Luís Roberto Barroso: "E a efetividade da Constituição, rito de passagem para o início da maturidade funcional brasileira, tornou-se uma idéia vitoriosa e incontestada. As normas constitucionais conquistaram o *status* pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. A Lei Fundamental e seus princípios deram novo sentido e alcance ao direito civil, ao direito processual, ao direito penal, enfim, a todos os demais ramos jurídicos. A efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu no Brasil, a nova interpretação constitucional." (BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. 3. p. 5-6).

Portanto, essa idéia de nova interpretação constitucional não se limita aos atos legislativos e nem tampouco aos atos administrativos, visto que a efetividade da Constituição projeta-se por todo o sistema/ordenamento jurídico.

Há a "constitucionalização dos Direitos", que se desgarram dos princípios gerais do Direito Civil, abrigados em seu Código ou exteriorizados pela legislação infraconstitucional para tomar assento na própria "Teoria Constitucional", representada por suas regras e seus princípios.

Quanto aos princípios constitucionais, ainda no meio para o final do século passado, a doutrina, abolindo o recurso à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, utilizados para validar o mecanismo do sistema jurídico, demonstrou que constituem-se preposições básicas e fundamentais a serem seguidos por todos os ramos do direito.

Pois bem, os *princípios constitucionais* são fontes permanentes de direito, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico infraconstitucional como diretrizes, a produzirem uma orientação legal, sob pena de violar-se a própria Constituição.

Para Robert Alexy as diretrizes que denominam princípios, supõem mandatos de otimização, é decidir, ou seja, são "normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes." (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 86).

Trata-se, pois, relacionando também a terminologia de Dworkin, (DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio.* Tradução de: Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999. p. 213) não de valores ou de meros princípios (principies), senão de diretrizes (policies), isto é, de critérios pelos quais se fixam metas e objetivos políticos, sociais ou econômicos.

Para Paulo Bonavides, os princípios "são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas." (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucio-*

nal Positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 84).

Assim, a elevação dos princípios no plano constitucional permitiu uma maior valoração dos direitos fundamentais, como aventado por Karl Larenz: "Entre os princípios ético-jurídicos, aos quais a interpretação deve orientar-se, cabe uma importância acrescida aos princípios elevados a nível constitucional. Estes são, sobretudo, os princípios e decisões valorativas que encontram expressão na parte dos direitos fundamentais da Constituição, quer dizer, a prevalência da 'dignidade da pessoa humana' (art. 1º, da Lei Fundamental) (...); o princípio da igualdade, com as suas concretizações no art. 3º, parágrafos 2º e 3º da Lei Fundamental e, para além disso, a idéia de Estado de Direito, com as suas concretizações nos artigos 19, parágrafo 4º e 20, parágrafo 3º, da Lei Fundamental e na secção relativa ao poder judicial, à democracia parlamentar e à idéia de Estado Social." (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. p. 479).

A seguir, o citado mestre germânico arremata: "É reconhecido que estes princípios hão de ter-se em conta também na interpretação da legislação ordinária e na concretização das cláusulas gerais." (LARENZ, Karl. Op. cit. ant., p. 479).

Os princípios constitucionais possuem grande valor normativo, constituindo-se a própria essência da realidade jurídica, com reflexo em todos os ramos do direito.

Ao constituírem, os princípios constitucionais, a base do ordenamento jurídico, "la parte permanente y eterna del Derecho y también la cambiante y mudable que determina la evolución jurídica" são idéias fundamentais e informadoras da organização jurídica da Nação. (Cf. PÉREZ, Jesús González. *El Principio General de La Buena Fe en El Derecho Administrativo*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1989. p. 59).

Portanto, pela nova interpretação constitucional é estabelecida a necessidade de se cumprirem e efetivarem não só as normas mas também os princípios.

Os "princípios gerais de uma ciência", na visão de Norberto Bobbio, nada mais são que "normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais graves". (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. Brasília: UNB, 1995. p. 256).

Também merecem destaque, as colocações de Bidart Campos, que ao se referir à hermenêutica constitucional, pontificou que "si hay princípios generales del derecho constitucional (y no sólo la integración) deve girar en torno de ellos, em cuanto gozan de la supremacia de la constitución a la que pertencem." (CAMPOS, German Bidart. *La Interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1988. p. 234).

Para Marcello Ciotola, "os princípios são definidos como verdades de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de Juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Entendidos como verdades fundantes de um sistema de conhecimento, os princípios, tendo por base sua generalidade ou abrangência, se dividem em onivalentes, plurivalentes e monovalentes." (CIOTOLA, Marcello. Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais. In: PEIXINHO, Manoel Messias (coord.) e outros.*Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 29).

Como alicerce do conhecimento, os princípios constitucionais não podem ser dissociados do contexto geral, cabendo, nesse particular, registrar as colocações feitas por Miguel Reale: "Um edifício tem

sempre suas vigas mestras, suas colunas primeiras, que são o ponto de referência e, ao mesmo tempo, elementos que dão unidade ao todo. Uma ciência é como um grande edifício que possui também colunas mestras. A tais elementos básicos, que servem de apoio lógico ao edifício científico, é que chamamos de princípios, havendo entre eles diferenças de destinação e de índices, na estrutura geral do conhecimento humano." (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 61).

Constata-se, portanto, que a "Teoria da Constituição" vive um momento de vertiginosa ascensão científica e política, desgarrando-se por completo da grande crise que viveu no final do século XIX e início do século XX, para ser efetiva e permanente na vida social. (Cf. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (coord.). *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 2).

Isto porque, a moderna dogmática jurídica já não exterioriza na lei um sentido de perfeição, pois o protagonismo é da Constituição, com o definido papel de unificar o sistema/ordenamento jurídico no âmbito interceptativo de suas normas e de seus princípios.

O Direito Constitucional estabelece a forma dentro da qual o intérprete deverá seguir para buscar a essência do direito e da justiça, pois a Constituição "instituiu um conjunto de normas que deverão orientar sua escolha entre as alternativas possíveis: princípios, fins públicos, programas de ação." (BARROSO. Luís Roberto. Op. cit. ant., p. 9).

O princípio da subordinação à lei surgiu com a Revolução Francesa, elencado o princípio da legalidade, como uma das grandes contribuições à humanidade. Sucede que prevalece hoje em dia a subordinação da lei à Constituição, após a confrontação com as regras e os princípios estabelecidos na Norma Fundamental, como uma supremacia a ser adotada pelo direito positivo.

Esta é uma vitória da "Teoria da Constituição", que trouxe ao século XXI, propostas alternativas de não se repetir as fases das Revoluções e das Guerras, através da construção de uma sociedade livre, justa e de um Estado Democrático de Direito. A "*Constitucionalização do Direito*" é resultado desta evolução, eis que a lei já não representa mais "a expressão da vontade geral institucionalizada" (Art. 6., da "*Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão"* de 1789: "A lei é a expressão da vontade geral institucionalizada." -[**6**. La loi est l'expresion de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation...]-) representando o direito "um sistema aberto de valores" (BARROSO. Luís Roberto. Op. cit. ant., p. 35), que se realizam pelos princípios e regras contidos na "Lei Fundamental".

A idéia de sistema jurídico, atualmente parte da unidade da Constituição, para valorar o Direito e evitar contradições de valores, indicando que o mesmo será bem sucedido.

A aplicação prática do Direito, em um "Estado Constitucional" não se dissocia dos princípios objetivos e das regras da Lei Fundamental, que possuem "incidência sobre o entendimento hermenêutico da lei." (ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 180).

Os valores da Constituição são objetivos e se destinam a concretizar um "direito justo", que segundo Platão (427 a. C.- 384 a. C.), para encontrá-lo seria necessário traduzir com pureza a estrutura da idéia de justiça.

Assim, pelo atual movimento constitucional, nascedouro da sua Teoria, o sistema de fontes formais do direito são definidos pela Constituição, "condicionado, por esta via, a validade e a inerente vinculatividade de todas as normas, funcionando como a norma das normas ou a fonte de todas as fontes de Direito..." (OTERO, Paulo. Fundamentação da Constituição. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva e CAMPOS, Diogo Leite (orgs.). *O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 7-8).

A Constituição deixa de estabelecer somente normas de organização para disciplinar as relações jurídicas, instituindo princípios e regras que se projetam nos diversos ramos do Direito.

Essa redefinição da posição da Constituição na ordem jurídica brasileira está ligada ao movimento mundial que ao fortalecer a "Lei Fundamental", coloca-a como "centro" do sistema jurídico pela normatividade de seus princípios.

Ou, como dito por Luís Roberto Barroso, a ascensão científica e política do Direito Constitucional criou uma "verdadeira filtragem", tendo em vista que a Constituição deixou de ser um sistema em si, para dar lugar a uma nova tarefa, que é a de "interpretar todos os demais ramos do Direito." (BARROSO. Luís Roberto. Op. cit. ant., p. 44).

Esse fenômeno, a "Constitucionalização do Direito Infraconstitucional" não se perfaz apenas com a inclusão da Lei Fundamental nos diversos ramos do direito, mas, sobretudo, com a reinterpretação de seus "institutos" sob uma ótica constitucional. ("A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo." (CANOTILHO, J.J. Gomes ; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. p. 45).

Expandiu-se, por outro lado, a "Teoria da Constituição", que ao estabelecer uma "filtragem infraconstitucional", não só estruturou, como sempre fez a própria esfera pública do Estado (öffentlichkeit), como dispôs também de setores da vida privada.

A filtragem constitucional foi sustentada por Clèmerson Merlin Clève (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos – elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 149) desde o final da década de 80 e reproduzida por seu ilustre discípulo Paulo Ricardo Schier, (SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional* : *Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 25) que a define como a força normativa da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico.

Por esta nova e atual dogmática, a norma infraconstitucional é interpretada a partir da Constituição Federal, visto que ela é vinculada à uma realidade social totalmente voltada para os "direitos fundamentais do cidadão". Deixa, portanto, a Constituição de ser um catálogo de princípios políticos, para ter o encargo de definir o Direito, através de sua normatividade. Essa releitura do Direito, em conformidade com o posicionamento de Paulo Ricardo Schier, pode ser assim entendido: "Destarte, verifica-se que o discurso de filtragem constitucional e da constitucionalização do direito infraconstitucional inserem-se num momento teórico de superação de algumas conseqüências advindas do discurso crítico e, tomando seus referenciais epistemológicos, propõe o resgate da dignidade normativa do Direito, como um todo e, especificamente, do Direito Constitucional, possibilitando vislumbrá-los como instrumentos de atuação, intervenção e transformação da realidade social injusta, na me-

dida em que suas normas, produtos de uma constituinte democrática, dialogam com aquela "estrutura" da qual, anteriormente, eram vistos como simples reflexos, possibilitando a recuperação do espaço jurídico enquanto espaço de lutas e, também, de emancipação." (SCHIER, Paulo Ricardo. Op. cit. ant., p. 59).

Esta passagem da Constituição para influenciar o direito público e o privado resulta em uma grande evolução, que foi a de considerar os direitos fundamentais como primazia do sistema jurídico, tornando, via de conseqüência, efetiva a "Lei Fundamental", em todos os segmentos jurídicos. Já estava na hora da mudança constitucional, visto que a coletividade clamava por um sistema jurídico mais atualizado, voltado às garantias dos direitos fundamentais, tendo em conta que os princípios gerais do direito não concretizavam isoladamente esta missão, como dito alhures.

Os direitos fundamentais do homem, portanto, se constituem bases da ordem jurídica (Cf. HESSE, Konrad. Op. cit. ant., p. 239) pública e privada, como elementos objetivos: "Nessa perspectiva, não há mais limites precisos que separam direito constitucional e direito privado, não sendo possível concebe-los como 'compartimentos estanques, como mundos separados, impermeáveis, governados por lógicas diferentes." (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (coord.). *A Nova Interpretação Constitucional*. .Op. cit. ant., p. 120).

Assim, todos os dispositivos constantes da Constituição são dotados de "normatividade", sendo certo, que o papel da Teoria da Constituição passa a ser o de "incrementar a força normativa da Constituição", (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 22) como um todo, sem fragmentação, pois como averbado por Norberto Bobbio, "o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-lo, mas o de protegê-los." (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24). Funcionam os princípios como marco do desenvolvimento da concretização da Constituição, sendo substituída a idéia de Teoria do Estado pela Teoria da Constituição, responsável pela "constitucionalização do direito".

Isto porque as atuais Constituições estabelecem diretrizes impositivas e permanentes para o legislador. Sendo que para Peter Lercher (LERCHER, Peter. *Übermass und Verfassugsrecht: Zur Bindug des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäigkeit und der Erforderlichkeit*. 2. ed. Keip Verlag: Goldbach, 1999. p. 61-62) estas diretrizes são o que ele estabelece como "Constituição Dirigente", aquela que "estabelece fins, tarefas e objetivos para o Estado e sociedade." (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 41).

A seguir será demonstrada sumariamente e a título explicativo a "Constitucionalização do Direito Brasileiro", após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

5. Constitucionalização do Direito brasileiro

Uma das conseqüências do atual estágio de evolução da "Teoria da Constituição" foi a *constitucionalização do direito brasileiro*, que através dos direitos e

garantias fundamentais estabeleceu regras e princípios explícitos ou implícitos que substituíram a involução então existente, onde o núcleo do Estado Constitucional passou a ser a vinculação do legislador a esta nova dogmática.

Nessa vertente, o *Direito Administrativo* passou a ter princípios fundamentais objetivos elencados no *caput* , do art. 37, onde a Administração Pública é obrigada a seguir, dentre outros, em todos os seus segmentos, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e publicidade.

Independentemente das regras Constitucionais, os princípios explícitos elencados no *caput*, do art. 37, da CF, são diretrizes a guiar todos os atos públicos, inclusive os discricionários.

Ou pela dicção de Juarez Freitas, discricionariedade é liberdade vinculada aos princípios constitucionais. (FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 76).

Assim, pela nova sistemática da "Teoria da Constituição", a conveniência e a oportunidade dos atos administrativos não podem se desgarrar dos objetivos da Constituição, alterando o rumo do Direito Administrativo, que se constitucionalizou.

Por essa nova filosofia constitucional temos uma Administração Pública mais homogênea e cristalina, privilegiando a racionalização de seus atos, através de uma nova sistemática constitucional, não se admitindo mais atos fisiológicos, onde o aspecto político era o imperante.

O Direito Administrativo passado não garantia preceitos de ordem maior como o *due process of law* aos acusados em processos disciplinares, pois prevalecia a verdade sabida, em detrimento da verdade real.

Importante foi o estabelecimento do direito da ampla defesa e do contraditório no processo administrativo disciplinar, por imposição do art. 5º, LV, da CF. Este salutar princípio colocou um ponto final em demissões sumárias, levadas a efeito sem as devidas garantias de que o acusado era realmente culpado.

Subprincípios constitucionais como o da razoabilidade/proporcionalidade passaram a fiscalizar também a dosagem da pena disciplinar, dentre outras relevantes tarefas, para não mais permitir que os atos públicos possam ser irrazoáveis. Tal lição também foi incorporada para os dispositivos elencados em edital de concurso público, onde não se permite que tais exigências maculem o necessário princípio da razoabilidade, estabelecendo limites às descabidas exigências.

Como visto, o Poder Público passou a ser absolutamente controlado pelas normas e princípios Constitucionais como um todo para dar lugar aos atuais "direitos fundamentais dos administrados", que de subjugados passaram a ostentar importante papel na relação jurídica com o Estado, visto que o fim público se inicia quando se cumpre o que vem estabelecido na "Lei Fundamental".

Esta importante transformação do Direito Administrativo estabelece um maior equilíbrio na então desequilibrada relação do Poder com os administrados, deixando a Administração Pública de ser extremamente poderosa para se encaixar em um conjunto de regras e de princípios constitucionais compatíveis com a atual conjuntura política e social que não admite mais o Estado agressivo e intervencionista.

Pela sua "constitucionalização", o Direito Administrativo deixou ou deixará de ser arbitrário e despótico, causador de inúmeros abusos de poder, para dar lugar à proteção da pessoa humana e de sua dignidade, com a expressa proibição de transformar o homem em objeto de processos e ações estatais.

A disseminação do "princípio da dignidade humana" (art. 1º, III, da CF) teve o seu momento inicial depois da Segunda Grande Guerra, onde o mundo parece ávido pela reentronização dos valores civilizatórios, visto que o aludido princípio até então era uma verdadeira "utopia". Após a criação da "Organização das Nações Unidas", em 1948, houve a preocupação de recuperar os valores históricos da "Declaração Universal dos Direitos do Homem", que foi adotada e proclamada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas.

Fixou-se a partir do impulso do "princípio da dignidade da pessoa humana" o desenvolvimento dos demais direitos e garantias fundamentais.

E o Direito Administrativo Francês, pelo curioso caso Monsangesur-Orge, Cidade da região metropolitana de Paris, onde é relatado pelo Ministro do STF Joaquim Barbosa (BARBOSA, Joaquim. O Poder de Polícia e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Francesa. *ADV Advocacia Dinâmica*, Rio de Janeiro, p. 17-20, dez. 1996), que o Prefeito daquela região interditou certame conhecido como "arremesso de anão" (*lancer de nain*) e consistente em transformar um anão em projétil a ser arremessado pela platéia de um ponto a outro de uma discoteca. A empresa interessada e o próprio anão, em litisconsórcio ativo, obtiveram do Tribunal Administrativo de Versalhes a anulação do ato do Prefeito. Mas o Conselho de Estado, órgão de cúpula da jurisdição administrativa, reformou a decisão do Tribunal à consideração de que o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da ordem pública. (Cf. BARBOSA, Joaquim. Op. cit. ant., p. 17).

Incidências do postulado também se apontam, em matéria administrativa, em nossos Tribunais. Um dos mais conhecidos e no âmbito da prestação de serviços de eletricidade e do fornecimento de água, onde o Poder Judiciário têm-se declarado essencial à dignidade do ser humano, sendo vedado o súbito corte do aludido serviço por falta de pagamento do consumidor.

Também administrativa é a índole de significativa aplicação do princípio em questão, decidido pelo Supremo Tribunal Federal no caso de licenciamento de táxis e credenciamento de taxistas, onde havia o quadro de exploração iníqua, pelo homem, do trabalho do homem, cronicamente propiciada no Município do Rio de Janeiro.

Tem-se, portanto, que o "novo Direito Administrativo" foi "constitucionalizado" para humanizar a relação do poder com os administrados, no atual estágio do Estado Social de Direito, vigorando, dentre outros, não só os estabelecidos na "Lei Fundamental", como também os princípios administrativos gerais, subsidiariamente àqueles.

Os princípios constitucionais/administrativos podem ser explícitos ou implícitos. Na primeira situação eles são estabelecidos de forma expressa e inequívoca, ao passo que na outra hipótese eles se deduzem do contexto das normas constitucionais implicitamente.

Vinculam, portanto, os princípios e regras constitucionais à Administração Pública quando ela pratica seus atos, tendo em vista que de rígida e autoritária ela se tornou flexível e democrática, interligando-se ao Estado Social de Direito e às suas finalidades.

Por outro lado, as ligações do *Direito Penal* com o Direito Constitucional além de extremamente entrelaçadas, são fundamentais, pois envolvem o conflito entre os direitos do cidadão e os da sociedade.

Ao definir o "Direito Penal" como disciplina jurídica, Luis Jiménez de Asúa (ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de De-*

recho Penal. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964. t. 1. p. 33), aduziu que trata-se do: "Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionar y preventivo del Estado, estabelecendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.".

Ao tempo em que escreveu sobre a definição do Direito Penal, o insigne mestre Luis Jiménez de Asúa (ASÚA, Luis Jiménez de. Ibid., p.195) estabeleceu as suas relações com a ciência do Estado e com o Direito Constitucional, a partir da *"Magna Charta Libertatum"*, de 1215, da *"Bill of Rights",* de 1689, e da "*Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão*", de 1789.

Portanto o Direito Penal, como parte integrante da ordem jurídica, "se vincula con la ciencia del derecho constitucional, que abarca los princípios fundamentais del Estado y del Derecho y, especialmente, del Estatuto político del Estado, que es la primera manifestación legal de la política penal." (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Tratado de Derecho Penal* : *Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 1988. t. 1. p. 183).

O "Estado Constitucional de Direito" que vigora (Aprofundar em ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991) na atualidade vincula o Direito Penal, através de regras e princípios básicos garantidores da estabilidade entre o *ius puniendi* do Estado e as cláusulas pétreas elencadas como instituidoras de compromissos com os direitos dos acusados. Este elo é indissolúvel e influencia a legislação penal infraconstitucional, ou seja, "el saber del derecho penal debe estar sujeto simpre a lo que informe el saber del derecho constitucional." (ZAFFARONI, Eugênio Raúl ; ALAGIA, Alejandro ; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal* : *Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 191).

Vigora a "*constitucionalização*" do Direito Penal, tal qual a do Direito Administrativo, como uma forma de evitar a prática de ilegalidades, abusos e arbitrariedades por parte do Estado, "fixando-lhes diretrizes do Direito Penal liberal." (MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Atualizado por Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça Alvarenga. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1. p. 59). Encontra-se albergado esse novo direito do Estado Constitucional e Democrático de Direito, que é o da "dignidade da pessoa humana" (art. 1º, III, CF), sendo que nenhuma ordem jurídica pode afrontá-la, por ser um valor absoluto onde repousa a própria existência do poder público, visto que o aludido princípio representa a essência da humanidade.

A elaboração do direito não pode se descuidar de um valor moral superior, ou seja, o Estado deve se empenhar em absoluto na tutela e proteção da "dignidade humana", como forma de validade de seus próprios atos. Do contrário haveria a quebra da unidade do sistema jurídico, tendo em conta que o texto constitucional estabelece o princípio da justiça e a idéia de direito decorrentes do respeito pela dignidade da pessoa humana. Ou como muito bem averbado por Paulo Otero, a dignidade da pessoa humana é dotada "de uma natureza sagrada e de direitos inalienáveis, afirma-se como valor irrenunciável e cimeiro de todo o modelo constitucional, servindo de fundamento do próprio sistema jurídico: o homem e a sua dignidade são a razão de ser da sociedade, do Estado e do Direito." (OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública* - O Sentido da Vinculação

Administrativa à Juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. p. 254).

Como verdadeira fonte formal do Direito Penal e do Direito Processual Penal, a Constituição brasileira estabeleceu, dentre outras regras e princípios, os seguintes: o juiz natural tanto na esfera judicial como administrativa (art. 5º, LIII, CF); que não haverá juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII, CF); do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF); da legalidade dos delitos e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) ou princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX, CF); o Tribunal do Júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, CF); irretroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu (art. 5º, XL, CF); imprescritibilidade e inafiançabilidade do crime de racismo (art. 5º, XLII, CF); obrigação de a lei considerar inafiançável e insuscetível de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos (art. 5º, XLIII, CF); imprescritibilidade e inafiançabilidade de crimes de grupos armados, civil ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CF); princípio da intransmissibilidade da pena (art. 5º, XLV, CF); individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF); impossibilidade de pena de morte, de caráter perpétuo, trabalhos forçados, de banimento e cruéis (art. 5º, XLVII, *a, b, c, d* e *e*, CF); cumprimento da pena em estabelecimentos próprios (art. 5º, XLVIII, CF); respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX, CF); direito das presidiárias de permanecerem com seus filhos durante o período da amamentação (art. 5º, L, CF); o brasileiro não poderá ser extraditado (art. 5º, LI, CF); o estrangeiro não será extraditado por crime político ou de opinião (art. 5º, LII, CF); inadmissibilidade de prova ilícita (art. 5º, LVI, CF); rol dos culpados somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ou princípio da presunção de inocência (art. 5º. LVII, CF); o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, exceto nas hipóteses previstas em lei (art. 5º, LVIII, CF); ação penal privada, nos casos de crimes de ação pública, se não for intentada no prazo legal (art. 5º, LIX, CF); publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX, CF); hipóteses constitucionalmente definidas para a privação da liberdade (art. 5º, LXI, CF); direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CF); identificação dos responsáveis pela prisão do preso (art. 5º, LXIV, CF); relaxamento de prisão ilegal (art. 5º, LXV, CF); liberdade provisória com ou sem fiança (art. 5º, LXVI, CF); inexistência de prisão civil por dívidas, salvo a decorrente de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia ou o de depositário infiel (art. 5º, LXVII, CF); *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, CF); mandado de segurança (art. 5º, LXIX, CF); indenização por parte do Estado ao condenado por erro judiciário, bem como ao que ficar preso além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV, CF) e crimes de responsabilidade do Presidente da República (art. 85, CF).

Serão inconstitucionais leis que violem as regras e os princípios elencados na Constituição Federal com radiação para o âmbito do Direito Penal e do Direito Processual Penal, tendo em conta que a "constitucionalização desses direitos" é levada à efeito para tutelar os direitos e as garantias fundamentais do homem e também balizar corretamente os órgãos de soberania nacional. Essa foi a fórmula que o constituinte moderno concedeu para estabelecer limites às normas punitivas penais que o legislador infraconstitucional deva promulgar.

Impende salientar a grande relevância do "princípio da presunção de inocência"

para a humanidade, visto que compete à acusação provar a culpa do acusado, ou seja, o ônus da prova compete à quem alega.

O princípio da presunção de inocência foi um dos atributos instituídos pela Revolução Francesa de 1789, onde não se admitia mais que se presumisse a culpa do acusado. Funciona esse salutar princípio como um limite à acusação penal ou administrativa, que deve ser provada através de elementos lícitos pelo órgão público, não competindo ao acusado demonstrar a sua inocência. Cabe ao representante do órgão do Ministério Público Federal ou Estadual comprovar, de forma inequívoca, a culpa do investigado/denunciado, pois a mera suspeita/indício não dá azo a inversão do ônus da prova.

O processo passou de inquisitivo para acusatório, elevando-se a presunção de inocência em princípio fundamental da ciência do direito, como pressuposto de todas as garantias dos procedimentos acusatórios, sendo proibida a condenação por meras suspeitas, indícios ou presunções. Devendo, em matéria probatória, imperar a "verdade real".

Os princípios informadores da presunção de inocência também estavam presentes, há vários séculos, na Constituição não escrita dos britânicos, e se traduzia na condição de elevar a necessidade da certeza como pressuposto para um veredicto condenatório: *beyond any personable dout*.

Na emenda número V, da Constituição dos Estados Unidos da América, se reconhece o direito à todo cidadão ao *due process of law* que, segundo interpretação do Tribunal Supremo Constitucional daquele país, pressupõe a presunção de inocência.

A Revolução Francesa presenteou o mundo com a *"Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão",* incorporando as idéias dos pensadores (filósofos) antecessores e da época e a ilustração, muito especial, de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, pertencente ao movimento filosófico-humanitário da segunda metade do século XVIII, que havia publicado em 1764 sua obra imortal "Dei Delitti e delle Pene", que teve enorme repercussão em toda Europa, onde se criticava abertamente a falta de garantias do procedimento inquisitório, sendo o acusado tratado em um primeiro momento como culpado, de tal forma que para afastar esse dogma ele tinha que provar a sua inocência, tornando a apuração viciada e inconclusiva.

A solidificação desse salutar princípio se tornou uma realidade mundial, onde os povos sentiam-se e sentem-se "obrigados" a não mais condenar ninguém por "mera presunção".

Nesse sentido, o artigo XI. 1. da "Declaração Universal dos Direitos Humanos", aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, dispõe que: "toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras que no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y em juicio púbico en el que se hayan asegurado todas las garantias necessarias para su defensa."

O "Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos", aprovado também pela ONU, em 16 de dezembro de 1966, estabeleceu em seu artigo 14.2, que: "toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley."

No mesmo sentido, a "Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais", de 4 de novembro de 1950, dispõe em seu artigo 6.2, que "qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada."

Comentando a citada Convenção, Ireneu Cabral Barreto, define a "presunção

de inocência" no seguinte sentido: "A presunção de inocência é um dos elementos do processo eqüitativo, que abarca o conjunto do processo independentemente do seu destino e que se dirige antes de tudo aos juízes, ao seu estado de espírito e a sua atitude mental. No momento da decisão, o juiz sem *parti pris* ou prejuízo, deve basear-se apenas em provas diretas ou indiretas, mas suficientemente fortes aos olhos da lei para estabelecer a culpabilibilidade, ele não deve partir da convicção ou da suposição de que o acusado é culpado." (BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Européia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1995. p. 112).

O princípio da "presunção de inocência" em nosso direito positivo vem contido no artigo 5º, LVII, da CF. Funciona esse princípio como uma garantia de que ninguém será considerado culpado, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Esta esfera jurídica, que priva a liberdade de pessoas e estabelece pesadas sanções, tem na Constituição o verdadeiro respaldo jurídico-constitucional para combater excessos ou abusos de poder, bem como a denúncia penal sem uma justa causa. Essa é uma das maiores injustiças, revelada pela perseguição estatal ao inocente, que não infringiu um tipo penal para ser investigado e *a posteriori* denunciado por um representante do órgão do Ministério Público Estadual ou Federal, em Juízo. O uso da jurisdição pelo poder público deve ser responsável.

Desse modo, o Estado, no desempenho de sua finalidade de assegurar a ordem jurídica, não pode ser irresponsável na sua atuação, tendo em vista que, como parte, representado por um dos seus entes públicos, deve trazer para a sociedade a "segurança" de que não perseguirá pessoas ou grupos com a propositura de ações temerárias, que trazem no seu âmago o espírito da perseguição ou da vingança política. (Cf. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Ilegalidade e Abuso de Poder na Investigação Policial e Administrativa, na Denúncia, e no Ajuizamento de Ação de Improbidade Administrativa, quando ausente uma Justa Causa. In: *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional,* Belo Horizonte, n. 20, ano 5, p. 77-124, abr./jun. 2005).

Pelo princípio da inviolabilidade, da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, de cunho Civil/Constitucional (art. 5º, X, CF), o homem só poderá ser molestado juridicamente, na esfera penal ou administrativa, se houver um indício ou uma robusta prova capaz de afastar o princípio da presunção de inocência, pois do contrário, existindo denúncia pelo esforço intelectual do seu subscritor, "a ausência de um justo motivo" autoriza o Poder Judiciário "trancar" a aludida ação ou investigação penal, através da medida cabível, bem como mandar "arquivar" o processo administrativo disciplinar pelo mesmo motivo.

Funciona o "princípio da legalidade constitucional" como forma de possibilitar a segurança jurídica da sociedade, como muito bem colocado por Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend, devendo, por conseqüência, serem respeitadas todas as regras, fundamentos e princípios da "Lei Fundamental", sob pena de invalidação dos atos legislativos infraconstitucionais. ("De este modo, el principio de legalidad es una fuente de seguridad jurídica para los ciudadanos y consigne establecer un enlace entre los tribunales y las decisiones del legislador." (JESCHECK, Hans-Heinrich ; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal* : *Parte General*. 5. ed. Tradução de: Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 136).

O *Estado Constitucional* como resultado/conseqüência da era moderna superou

o Estado de Direito, alterando seu modelo da legalidade pelo princípio da constitucionalidade, onde as garantias, os direitos fundamentais, regras e os seus princípios constituem a base da ordem jurídica como um todo.

Nesse contexto, houve a "*constitucionalização do direito privado*", influenciado também pelos princípios, pelas garantias e pelos direitos fundamentais da nova ordem constitucional. Essa talvez tenha sido a "grande prova da constitucionalização de todo o ordenamento jurídico", visto que as instituições privadas sempre foram resolvidas pelo Código Civil e legislação infraconstitucional esparsa, dissociada dos institutos de direito público albergados na Constituição. Isto porque as instituições privadas informavam-se por conceitos costumeiros que sofriam o impacto dos interesses individuais onde prevaleciam os dispositivos do Código Civil Brasileiro e da tradição, subordinados ao princípio geral da autonomia da vontade, que somente era limitada pelos preceitos de ordem pública, estabelecidos em prol da paz social. Hoje o Direito Civil não é o responsável pela posição do indivíduo frente ao Estado, por ser matéria regulada pela Constituição. Esta mudança de perfil do direito privado deve-se em grande parte aos direitos fundamentais inseridos na Constituição, "como elementos da ordem objetiva do processo de formação da unidade política e da atividade estatal", com radiação imediata para a relação privada (HESSE, Konrad. Op. cit. ant., p. 296).

Em uma fiel análise sobre a evolução do Direito Civil após a "Lei Fundamental" de 1988, Maria Celina Bodin de Moraes, afirma: "Afastou-se do campo de Direito Civil a defesa da posição do indivíduo frente ao Estado, hoje matéria constitucional." (MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. In: *Revista de Direito Civil*. São Paulo, nº 65, p. 22, jul./set., 1993).

Nessa linha, a ilustre civilista traça o atual perfil do Direito privado que passou a ser "publicizado" para se correlacionar com uma certa "privatização do direito público", encurtando-se a clássica dicotomia "Direito Público – Direito Privado", para defender a construção de uma "unidade hierarquicamente sistematizada do ordenamento jurídico". Sendo certo que esta unidade se inicia com a idéia de que "os valores propugnados pela Constituição estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em conseqüência, inaceitável a rígida contraposição." (MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit. ant., p. 31).

Outra não foi a conclusão de Pietro Perlingieri, notável civilista italiano, que em 1975, com esteio na Constituição da Itália, de 1948, já advertia: "O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo texto constitucional. Falar de decodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas , com ausência de um desenho global. (...) O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e vigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos. A questão não reside na disposição topográfica (códigos, leis especiais), mas na correta individualização dos pro-

blemas. A tais problemas será necessário dar uma resposta, procurando-a no sistema como um todo, sem apego à preconceituosa premissa do caráter residual do Código e, por outro lado, sem desatenções às leis cada vez mais numerosas e fragmentadas." (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil* : *Introdução ao Direito Civil Constitucional.* 2. ed. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. São Paulo: Renovar, 2002. p. 6).

Ou, como dito por Caio Mario da Silva Pereira: "Diante da primazia da Constituição Federal, os 'direitos fundamentais' passaram a ser dotados da mesma força cogente nas relações públicas e nas relações privadas e não se confundem com outros direitos assegurados ou protegidos." (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Atualizado por Regis Fichtner. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3. p. XI).

Os princípios gerais de direito eram os responsáveis pela solução dos conflitos privados quando a lei fosse omissa. O Juiz, segundo o disposto no art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, quando omisso o texto legal, decidirá de acordo a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Agora "já não mais vigora esta posição anteriormente ocupada pelos princípios gerais de direito", visto que os "princípios constitucionais" se sobrepõem a eles, "constitucionalizando o Direito Civil".

Deixa o Código Civil e a legislação infraconstitucional de ser a única responsável pela regulação do direito comum (privado), pois vigora a consolidação da idéia de "Constituição" como norma suprema dos direitos fundamentais, "inclusive nas relações privadas", onde os direitos foram constitucionalizados para transformar toda a cultura jurídica, no sentido "de demonstrar a plena consciência do impacto da Constituição nas relações de direito privado." (TEPEDINO, Gustavo. A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Crise de Fontes Normativas e Técnicas Legislativas na Parte Geral do Código Civil de 2002*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. XVII).

Salienta-se também que o art. 5º, da Constituição Federal, preconiza como direito fundamental a "igualdade perante a lei", sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança, dentre outros. O que significa dizer que são vedadas discriminações fortuitas ou injustificadas.

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias fundamentais do ser humano tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana, independentemente de cor, raça, sexo, profissão e outros critérios. Sendo adotado pela Constituição o "princípio da igualdade de direitos".

A finalidade dos direitos e garantias fundamentais, dentre outras é a manutenção da essência do "princípio da igualdade", definido pelo Supremo Tribunal Federal como: "O princípio isonômico releva a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas." (STF, Rel. Min. Marco Aurélio, AI nº 207.130/SP, 2ª T., *DJ* de 3.04.68, p. 45).

É de se sublinhar que nas relações de direito privado as normas fundamentais estabelecidas na Carta Magna Federal (*Dirttwirkung*) são "aplicadas imediatamente", não podendo o ser humano sofrer discriminações de qualquer forma, sob pena de infringência à cláusula contida no *caput,* do art. 5º, da CF.

Como peça matriz do ordenamento jurídico, a "Constituição" se projeta sobre todos os ramos do direito, inclusive o Direito Civil, onde as relações privadas devem seguir fielmente as normas da CF, como, também, defendido por um dos maiores constitucionalistas da Europa Continental, J. J. Gomes Canotilho: "É crescente o número de trabalhos dedicados às relações entre o direito constitucional e o direito civil. Por vezes, os estatutos denotam logo a matriz constitucionalista ou civilista dos seus autores. Com efeito, uns falam com arrogância de 'civilização do direito constitucional' e outros respondem com igual sobranceira com a 'constitucionalização do direito civil'. Num tom mais sereno, abordam-se aqui questões onde convergem importantes problemas dogmáticos do direito constitucional e do direito civil. Haja em vista o problema da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica (*Drittwirkung*) (...) Podemos afirmar, com relativa segurança, que, hoje, um dos temas mais nobres da dogmática jurídica diz respeito às imbricações complexas da irradiação dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos (*Drittwirkung*) e o dever de protecção de direitos fundamentais por parte do poder público em relação a terceiros (*Schutzpflicht*) na ordem jurídico-privada..." (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 192).

Os direitos e a liberdade limitam o poder e afirmam-se sem limites, e, mesmo que esteja em questão uma relação privada, existe a vinculação às regras constitucionais fundamentais e aos seus aludidos princípios.

Pois bem, antes mesmo de constarem em textos legais, fazendo parte do ordenamento positivo das sociedades políticas e democráticas, os filósofos já proclamavam a existência dos direitos fundamentais da pessoa, mínima exigência para o convívio em sociedade.

Estes direitos fundamentais na antiguidade vieram sob o rótulo de "direito natural", a cuja evolução se liga, por isso, corretamente a sua própria história. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p.11).

Não foi em vão que Del Vecchio projetou "la idea de la justicia, en función de la dignidad de la persona individual y en función de la paridad o igualdad jurídica, implica la idea de la reciprocidad, la cual significa que un sujeto al obrar respecto de otros debe hacerlo sólo sobre la sabe que se reconozca como legítima en las mismas circunstancias una conducta igual de los otros respecto de él." (DEL VECCHIO, Giorgio. *La Giustizia.* 4. ed. Roma: Editrice Studium, 1951. p.5).

Em uma perspectiva contratualista, John Locke justificava a limitação da liberdade natural pela necessidade da paz comunitária.

A era dos direitos iniciada no século XX se preocupa com a tutela da pessoa humana, integrando este valor supremo em todo o sistema jurídico, através da sua "constitucionalização".

No campo do *Direito Processual Penal* e do *Processual Civil* também são verificados importantes avanços constitucionais, onde o princípio de uma ampla defesa e do contraditório (*due process of law*) passou a ser direito fundamental em todas as lides forenses e processos administrativos (art. 5º, LV, CF), sendo inconstitucional a utilização de prova ilícita. Quanto às balizas constitucionais dos princípios e das regras do processo penal já declinamos anteriormente as inovações.

Sendo que o "Direito Processual Constitucional tem por fim sistematizar as normas e os princípios da constituição con-

cernentes ao processo." (MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 3). Ada Pelegrini Grinover identifica o direito processual constitucional como: "A condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo", incluindo em seu conteúdo programático "de um lado, a tutela jurisdicional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; de outro lado, a jurisdição constitucional." (GRINOVER, Ada Pelegrini. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975. p. 7).

A priorização do "acesso à Justiça", como direito fundamental do cidadão, também foi um dos grandes avanços na consolidação da Constituição como um todo, pois nem a lei e nem qualquer autoridade podem impedir que o jurisdicionado ingresse perante o Poder Judiciário para ver solucionado o seu pleito ou a ameaça de lesão (art. 5º, XXXV, CF) sem dilações indevidas. A duração de um processo judicial ou administrativo, em tempo razoável, passou a ser preocupação do constituinte moderno, que através da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, introjetou o art. 5º, LXXVIII, na Constituição, com a seguinte redação: "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

Esse novel princípio da celeridade dos procedimentos judiciais e administrativos teve como objetivo censurar a eternização das lides, que se arrastam em decorrência da grande quantidade de recursos que o Código de Processo Civil e Penal estabelecem, ou, na outra situação jurídica, pela inércia da Administração Pública.

Por essa nova filosofia da celeridade da tramitação das lides, fica reforçado o disposto no art. 273, do Código de Processo Civil, que permite ao Magistrado a concessão da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional quando presente a verossimilhança das alegações da parte autora.

Essa constante preocupação, estabelece que os pilares do processo possuem os seus fundamentos na "Lei Fundamental", tendo em vista que os institutos da teoria geral do processo (ação, jurisdição e processo) não são suficientes para humanizar as demandas. Com maestria, Paulo Roberto de Gouvêa Medina, ordena o ideal dos princípios processuais vinculados aos princípios constitucionais: "A lei processual orienta-se por princípios de duas ordens: os princípios estritamente processuais, que exprimem o sistema a que se filia, e os princípios constitucionais, que preordenam sua elaboração. (...) têm-se, assim, ao lado dos princípios constitucionais básicos de imediata repercussão no campo do processo." (MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Op. cit. ant., p. 27- 28).

Sendo sublinhado pelo citado publicista (MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Op. cit. ant., p. 28), que o lado dos princípios constitucionais processuais agregam-se outros princípios constitucionais de ordem pública que são perfeitamente aplicáveis ao contexto *sub oculis*, decorrentes de princípios invocáveis em juízo, tais como, dentre outros: isonomia (art. 5º, CF); legalidade (art. 5º, II, CF), o direito de petição (art. 5º, XXXIV, *a*, CF) e o direito de certidão (art. 5º, XXXIV, *b*, CF).

A coisa julgada é outro instituto constitucional de grande relevância, pois estabelece para a sociedade a devida e necessária segurança jurídica. O tempo, mesmo que o passado seja injusto, possui a condição de estabilizar as relações jurídicas, que se não ficassem imortalizadas pelo transcurso dos anos, criaria uma verdadeira balbúrdia jurídica.

Outros princípios, como o da proibição da prova ilícita (art. 5º, LVI, CF), da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX e art. 93, IX, CF) e o da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF), também são fundamentais, por instituírem regras mais democráticas nas lides forenses, nas investigações administrativas ou nas policiais.

Igual fenômeno de "constitucionalização" também se insere no contexto do *Direito Tributário*, que apesar de possuir o Código Tributário Nacional, também necessita da "Lei Fundamental" para humanizar a relação do fisco com os sofridos contribuintes. Sofridos e combalidos pela onerosa carga tributária, posto que o Estado não fornece a devida contraprestação de serviços públicos, cobrando caro e não disponibilizando à população a condição de ter supridas, suas necessidades básicas com qualidade e eficiência, apesar de estar constitucionalmente obrigado a fazê-lo.

O Sistema Tributário Nacional possui os seus princípios constitucionais gerais previstos no art. 145 e seguintes, da Lei Maior, que estipula, dentre as garantias dos contribuintes, às espécies de tributos: impostos, taxas e contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

Na definição de Geraldo Ataliba, o Sistema Constitucional Tributário, é o "conjunto de princípios constitucionais que informa o quadro orgânico de normas fundamentais e gerais de Direito Tributário vigentes em determinado país." (ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: RT, 1968. p. 8).

A Constituição Federal consagrou as principais diretrizes do Direito Tributário, criando regras e princípios básicos responsáveis pela relação do Estado (fisco) com o particular (contribuinte), definindo as espécies de tributos com as suas limitações, bem como distribuiu competências e estabeleceu a repartição das receitas tributárias.

Portanto, o Direito Tributário, como os demais ramos do direito, é projetado pela Constituição, através de regras e princípios, que devem ser observados por todos, eis que fundamentais na relação do Estado com o indivíduo, ou vice versa, e também quando a relação for entre particulares, estabelecendo as linhas mestras de condutas, direitos, deveres e de garantias de todos.

Essa é a fase da "constitucionalização do sistema jurídico como um todo", que visa estabelecer, pela Constituição, uma idéia de estabilidade do sistema jurídico, onde os direitos fundamentais tutelam a vida e a liberdade.

Para não dar dimensão maior ao presente tópico, deixaremos para uma outra oportunidade a análise mais aprofundada da constitucionalização de todos os ramos do direito.

6. Constitucionalização do direito como fenômeno mundial

A Constituição como um sistema de normas abertas estancou a possibilidade de decisões pessoais, mais comum em uma sociedade fechada, que Pablo Lucas Verdú (VERDÚ, Pablo Lucas. *La Constitución Abierta y sus Enemigos*. Madrid: Ediciones Beramar, 1993. p. 23) rotula como um tipo de "mágica tribal". Com o propósito de uma visualização passaremos a analisar superficialmente algumas "Constituições estrangeiras", começando pela francesa. A doutrina francesa, influenciada pelo predomínio do positivismo jurídico era renitente, desde Carré du Malberg a Louis Favoreu, a admitir a "abertura" da Lei Fundamental a qualquer conteúdo considerado extraordinário, a exceção de Maurice Hauriou, (HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Constitucionel*. 2. ed. Paris: Sirey, 1929.

p. 611 e segs.) que já introduzia em seus estudos as "Bases da Constituição Social (os direitos individuais organizados e as instituições jurídicas como bases da Constituição Social)."

Em seu "Compêndio de Direito Constitucional" o mestre Hauriou, distingue a Constituição social e a Constituição política, considerando a primeira mais importante do que a segunda, pelo fato do poder político depender da sociedade para estabelecer a sua própria razão de existência.

Posteriormente René David (DAVID, René. *Les Grandes Systemes du Droit Contemporaine*. 6. ed. Paris: Dalloz, 1974. p. 363) distinguiu os sistemas jurídicos fechados e abertos, correspondendo esta última situação a uma interpretação da regra jurídica com a finalidade de se encontrar o melhor posicionamento para a solução dos conflitos.

A partir da Constituição Francesa de 1958, houve uma maior preocupação à proteção das liberdades públicas, onde o lema da República é: liberdade, igualdade e fraternidade (Art. 2º, da Constituição).

Logo em seu preâmbulo, a Constituição francesa já proclamava solenemente a "vinculação" da aludida Lei Fundamental aos Direitos do Homem e aos princípios da soberania nacional tal como definidos pela "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão", de 1789.

Em seu artigo inaugural, a República francesa se declara democrática e social, assegurando a igualdade perante a lei para todos os cidadãos, sem distinção de origem, ração ou religião.

Estabeleceu o art. 34, da citada Lei Fundamental, que cabe à lei fixar normas referentes aos direitos cívicos e as garantias fundamentais reconhecidas aos indivíduos para o exercício das liberdades públicas, dentre outras obrigações legislativas.

Às matérias pertencentes ao âmbito da lei possuem caráter de regulamento (art. 37, da Constituição), podendo ser alteradas por Decreto, sujeito ao prévio parecer do Conselho de Estado. A Lei de 11 de julho de 1953, autorizou o Governo a modificar as leis anteriores mediante Decreto.

Louis Favoreu, descreveu que a jurisprudência do Conselho Constitucional e do Conselho de Estado "han práctivamente 'neutralizado' los artículos 34, 37 y 38 de la Constitución, lo que hoy por hay constituye, apesar de todo, un heco incuestionable." (FAVOREU, Louis. El Legislador de Los Derechos Fundamentales. In: PINA, Antônio Lopez (org.). *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales* : *Alemanha, Espanha, Francia e Itália.* Madrid: Civitas, 1991. p. 44-45).

A jurisprudência francesa do Conselho Constitucional se desenvolveu, a partir do final dos anos 80, ao ponto de exigir que a lei seja suficientemente compreensiva e detalhada, para que seja privilegiada a proteção às liberdades públicas reconhecidas pela Constituição. Deixou, portanto, a lei de ser a expressão de soberania nacional francesa para dar lugar à "constitucionalização dos direitos como um todo". ("En este momento sólo la Constitución ocupa el lugar esencial en el ordenamiento de liberdades.") – (FAVOREU, Louis. Op. cit. ant., p. 46).

Já na Alemanha, a Lei Fundamental é de 23.05.1949, reformada em 27.10.94, e logo no seu primeiro artigo ela se preocupou em estabelecer a proteção da dignidade da pessoa humana como direito intangível, vinculando aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A Carta Fundamental Alemã é bem mais flexível aos direitos fundamentais do cidadão do que a francesa, apesar dos Direitos Sociais Democráticos possuírem origens históricas na Revolução Francesa.

Mesmo permitindo, em tese, restrição aos direitos fundamentais em virtude de lei, o art. 192, da Lei Fundamental da Alemanha, estabelece a impossibilidade de se afetar o conteúdo essencial do preceito constitucional: "19.2. En ningún caso se podrá afectar el contenido esencial de un derecho fundamental".

A República Alemã é um Estado Federal Democrático e Social (art. 20.1).

A preocupação da Constituição da Alemanha é que os direitos fundamentais do cidadão e do homem não caiam no vazio, pois eles se constituem no núcleo Democrático e Social do Estado.

Precisas foram as considerações de Peter Häberle: "En la medida en que las crecientes tareas del Estado Constitucional son orientables en términos de derechos fundamentales ('realización de derechos fundamentales como tarea') aumenta la responsabilidad del Legislador, de volcarse en favor de la realización de los derechos fundamentales ('leyes de derechos fundamentales')." (HÄBERLE, Peter. El Legislador de Los Derechos Fundamentales. In: PINA, Antônio Lopez (org.). *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales* : *Alemanha, Espanha, Francia e Itália*. Madrid: Civitas, 1991. p. 105).

Em abono ao fenômeno da "constitucionalização dos direitos", Peter Häberle, deixou bem claro que "um complejo sistema de derechos fundamentales y tareas estatales como núcleo del Estado Constitucional que requiere del ejercicio de un poder o de una función: sobre todo, de la acción del Legislador. Es una democracia el Legislador debe hacer algo esencial a fin de traducir en realidad los derechos, principios, mandatos, programas normados como derechos fundamentales y tareas estatales de asistencia a la realización de los derechos fundamentales; a efectos de hacerlos realidad, para hacer algo vivo de los contenidos jurídico-fundamentales, y de las conexas tareas estatales de la Constitución". (HÄBERLE, Peter. Op. cit. ant., p. 108).

Foi justamente pelas posições da doutrina e da Corte Constitucional alemã, que a "Teoria da Constituição" passou a ostentar a posição de ciência jurídica interpretativa de textos legais e também ciência da cultura.

Em outro importante e decisivo trabalho, Peter Häberle estabelece que os direitos fundamentais contidos na Constituição funcionam como ordenamento vinculado a valores que influenciam o "direito infraconstitucional", defendendo, mesmo que de "forma indireta", a "constitucionalização dos direitos".

A Espanha também se constitui em um Estado Democrático de Direito, que estabelece como valores supremos de seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político (art. 1.1, da Constituição).

Ao submeter o poder ao direito, o Estado de Direito Espanhol, tal qual o brasileiro, vincula o poder público às regras e aos princípios constitucionais de valores supremos, que estabelecem os princípios materiais da Justiça na moderna Administração Pública prestadora de serviços.

Vários "direitos fundamentais" são elencados na Constituição Espanhola como forma de garantir que eles serão projetados para o legislador, visto que a "constitucionalização dos direitos" também é um fenômeno real na aludida Lei Fundamental.

Nesse contexto, o artigo 9º, da Constituição da Espanha é claro em estabelecer os princípios da igualdade, legalidade, da hierarquia normativa, da publicidade, da irretroatividade das leis, segurança jurídica, responsabilidade e a interdição da arbitrariedade dos poderes públicos.

Já os direitos e deveres fundamentais, incluídos nesse contexto a dignidade

da pessoa humana e as liberdades que a Constituição reconhece se interpretam em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e se abrigam no art. 10, como imposição às leis infraconstitucionais.

De fato, a Carta Fundamental da Espanha é muito rica em princípios e em regras que ao tempo em que defendem os direitos fundamentais do cidadão, exigem uma série de providências legais, suficientes para "constitucionalizar todo o seu ordenamento jurídico".

Ratificando o que foi dito, a sentença nº 4/1981 do Tribunal Constitucional da Espanha não dá margem à dúvidas: "Entendemos que los principios generales del Derecho, incluídos en la Constitución, tiene caráter informador de todo Ordenamento Jurídico, como afirma el art. 1.4. del Título Preliminar del Código Civil, que debe se así interpretado de acuerdo com los mismos. Pero es también claro que, allí donde la oposición entre las leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derrogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo. El hecho de que nuestra norma fundamental prevea en su art. 53. 2 un sistema especial de tutela de las liberdades y derechos reconocidos, entre otros, en el art. 14, que se refiere al principio de igualdad, no es sino una confirmación del carácter específico del valor aplicativo y no meramente programático de los principios generales plasmados en la constitución." (RIVAS, Juan José González. *La Interpretación de La Constitución por El Tribunal Constitucional (1980-2005)*. Madrid: Thomson Civitas, 2005. p. 235).

A Administração Pública espanhola serve com objetividade aos interesses gerais e atua de acordo com os princípios de eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, submetendo-se à lei e ao direito (art. 103, da Constituição). Essa submissão à lei e ao direito vinculam, em primeiro lugar, a Administração Pública às regras e aos princípios constitucionais, como verdadeiras diretrizes a guiar os atos públicos.

Por igual, o legislador também encontra o fundamento de validade dos seus atos na Constituição.

Abordando os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição da Espanha, como forma de vincular o legislador, Pedro Cruz Villalon aduna: "La garantia específica del Derecho fundamental es, sin embargo, la vinculación efectiva del Legislador. La capacidad de vincular al Legislador es lo que hace de un derecho fundamental." (VILLALON, Pedro Cruz. El Legislador de Los Derechos Fundamentales. In: PINA, Antônio Lopez (org.). *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales* : *Alemanha, Espanha, Francia e Itália*. Madrid: Civitas, 1991. p. 127).

Os direitos e as liberdades reconhecidos no capítulo segundo da Constituição (igualdade perante a lei sem distinção de qualquer natureza; direito à vida e à integridade física e moral; liberdade ideológica e religiosa; segurança e liberdade; direito à honra, à intimidade pessoal e familiar; ao sigilo telefônico, postal e de dados; direito à associação; direito à tutela efetiva, sem dilações indevidas; princípio da tipicidade na infração administrativa; direito à educação; direito à sindicalização; direito a petição; direito de propriedade; proteção à família, dentre outros), vinculam a todos os poderes públicos. Igual determinação é dirigida aos princípios reconhecidos também no capítulo terceiro da Constituição Espanhola, vinculando a legislação positiva ao Poder Judiciário e a atuação dos poderes públicos.

Ao comentar o presente preceito constitucional, Fernando Garrido Falla assinala: "Pues bien, como ya hemos dicho, el artículo 53 lo que viene cabalmente a establecer es el distinto tratamiento jurídico que unos y otros derechos subjetivos tienen desde el definitivo ángulo de las garantías jurídicas que a unos y otros se conceden." (FALLA, Fernando Garrido. *Comentários a La Constitución*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 976).

Este fenômeno da "constitucionalização dos direitos" também prevalece no direito português, que estabeleceu no artigo 1º, da sua Lei Fundamental a necessidade do respeito à dignidade da pessoa humana, estabelecendo no artigo seguinte que a República é um Estado de Direito Democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e de organização política democrática e em respeito à garantia da efetividade dos direitos e liberdades fundamentais.

Em abono ao que foi dito, o art. 3.2. da Lei Fundamental Portuguesa estabelece a vinculação direta do Estado a Constituição, fundando-se na legalidade democrática, bem como, condiciona "a validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição" (3.3., da Constituição).

Os direitos e deveres fundamentais portugueses (art. 12 ao art. 23) e os direitos , liberdades e garantias pessoais constitucionais (art. 24 ao art. 57) vinculam diretamente todos os ramos da ciência jurídica, como poder-dever do legislador infraconstitucional.

Em igualdade de condições com a Constituição brasileira, a Constituição portuguesa, estabelece os princípios vetores do Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Civil, Direito Processual Civil e Penal, Direito do Trabalho e etc., como forma de manter a segurança jurídica vinculada aos respectivos ordenamentos contidos na "Lei Fundamental".

A guisa de ilustração, o artigo 266.2. da Constituição de Portugal estabeleceu princípios fundamentais da Administração na prossecução do interesse público, tais como: "Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé."

Houve, portanto, a alteração do princípio da legalidade da Administração Pública, eis que já não é mais entendido como uma mera reserva de lei, para dar lugar a uma reserva de Constituição, onde o texto legislativo se vincula aos preceitos da "Lei Fundamental" como um dever, delineando "o interesse público concreto a prosseguir pela Administração Pública." (SOUZA, Marcelo Rebello ; ALEXANDRINO, José de Melo. *Constituição da República Portuguesa Comentada*. Lisboa: Lex, 2000, p. 396).

Como conseqüência, o poder discricionário da Administração Pública, exemplo do que ocorre no Brasil, fica condicionado aos princípios e regras constitucionais.

Por fim, a República italiana, fundada na soberania do povo (art. 1º, Constituição), exercita esta finalidade dentro dos limites da Constituição, garantindo os direitos invioláveis do homem (art. 2º, Constituição).

Dentro desse contexto, a dignidade social dos cidadãos e a igualdade perante a lei, sem discriminação de sexo, raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais, na forma do art. 3º, da Constituição Italiana.

Outros valores supremos constitucionais também são essenciais ao núcleo dos

direitos, garantias, princípios e regras fundamentais, influenciando os futuros textos legislativos. A jurisprudência constitucional, citada por Angel Antônio Cervati, a partir de 1988, passou a ter como inviolável os princípios fundamentais do ordenamento constitucional pela lei. (CERVATI, Angel Antônio. El legislador de Los Derechos Fundamentales. In: PINA, Antônio Lopez (org.). *La Garantía Constitucional de Los Derechos Fundamentales : Alemanha, Espanha, Francia e Itália*. Madrid: Civitas, 1991. p. 55).

Pois bem, a necessidade de se criar a estabilidade dos princípios e das regras constitucionais que elevaram o ser humano como centro das atenções, somado à necessidade de crescimento econômico dos países europeus, motivou a instituição de Maastricht, criando a "União Européia", em dezembro de 1991.

Os aspectos mais inovadores do "Tratado de Maastricht foram: a criação da União Européia; o reforço do papel do cidadão da União, através da criação da respectiva cidadania, consagrando a proteção dos direitos e o fortalecimento do papel do Parlamento Europeu; união econômica e monetária; princípio da subsidiariedade; modificação no quadro institucional; criação de uma Constituição única; igualdade econômica e social, dentre outras.

Assim, originário da evolução dos tempos, pela primeira vez na história, um bloco econômico composto de Países do mesmo continente passa a ter cidadania, moeda e Constituição única, como forma de promover uma total integração dos referidos países.

Surge o projeto de "Constituição da União da Comunidade Européia", que precisa ser referendado pelos países membros. Este referendo em alguns países é do povo, que através do voto, diz se aceita ou não pertencer a esta União Européia.

Este singelo fato dá conta que o constitucionalismo contemporâneo não mais admite o Estado como centro do Poder, visto que o homem é a essência de tudo, inclusive do direito.

A "Lei Fundamental" da União Européia influenciada pelas conquistas dos direitos fundamentais do homem, constitucionalizará todo o continente, visto que os atos jurídicos deverão gravitar sob a sua órbita. É mais uma real prova da "constitucionalização dos direitos" dos países evoluídos juridicamente.

7. Conclusão

Após a presente explanação, conclui-se que a "Teoria da Constituição" é a responsável pela mudança de conteúdo das Constituições que passaram a respeitar e dignificar o ser humano como o verdadeiro e único fundamento do Estado.

As Constituições de épocas passadas precisaram fortalecer o Estado como núcleo do poder, para depois democratiza-lo, como Estado Social de direitos, passando a Administração Pública de agressora para prestadora de serviços. Até chegarmos ao ponto do verdadeiro equilíbrio teremos ainda que evoluir mais constitucionalmente, para se atingir a uma posição de justiça social mais freqüente, com a erradicação da pobreza dos povos e a estabilidade jurídica, com o respeito integral dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Também entendemos que para se evoluir no campo Constitucional o Brasil necessita de um "Tribunal Constitucional", dedicado somente à análise de matérias constitucionais e não como ocorre na atualidade onde até mesmo ação de despejo ou reclamações trabalhistas podem chegar à Corte Suprema.

Os Altos Tribunais Constitucionais europeus não possuem a densidade constitucional que a nossa "Lei Fundamental"

estabelece, onde o Supremo Tribunal Federal recebe todo o tipo de demanda, deixando de cumprir o seu ideal constitucional, de analisar somente as situações que envolvam a constitucionalidade das leis, contribuindo para a evolução da "Teoria da Constituição".

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALONSO, Clara Álvares. *Lecciones de Historia del Constitucionalismo.* Madrid: Marcial Pons,1999.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Ciência Política.* Coimbra: Almedina, 1991. v. 2.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964. t. 1.

ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: RT, 1968.

BARBOSA, Joaquim. O Poder de Polícia e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Francesa. *ADV Advocacia Dinâmica*, Rio de Janeiro, p. 17-20, dez. 1996.

BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Européia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro:Renovar, 2005. t. 3.

_____.Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (coord.). *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. Brasília: UNB, 1995.

_____. *A Era dos Direitos*. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____.*Curso de Direito Constitucional Positivo.* 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CAETANO, Marcello. *Direito Constitucional* : Direito Comparado ; Teoria do Estado e da Constituição ; As Constituições do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1.

CALHEIROS, Maria Clara. Do Estado: História e Conceitos ; *Teoria do Estado Contemporâneo.* Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 2003.

CAMPOS, German Bidart. Manual de Derecho Constitucional Argentino. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1980.

_____. La Interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional. Buenos Aires: Ediar, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____.*Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes ; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição.* Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

CERVATI, Angel Antônio. El legislador de Los Derechos Fundamentales. In: PINA, Antônio Lopez (org.). *La Garantía Constitucional de Los Derechos Fundamentales* : *Alemanha, Espanha, Francia e Itália*. Madrid: Civitas, 1991.

CIOTOLA, Marcello. Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais. In: PEIXINHO, Manoel Messias (coord.) e outros. *Os Princípios da Constituição de 1988.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos – elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

_____. *Temas de Direito Constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

DAVID, René. *Les Grandes Systemes du Droit Contemporaine*. 6. ed. Paris: Dalloz, 1974.

DEL VECCHIO, Giorgio. *La Giustizia.* 4. ed. Roma: Editrice Studium, 1951.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio.* Tradução de: Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Lengua de los Derechos* : La Formulación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

_____.*La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991.

FALLA, Fernando Garrido. *Comentários a La Constitución*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001.

FAVOREU, Louis. El Legislador de Los Derechos Fundamentales. In: PINA, Antônio Lopez (org.). *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales* : *Alemanha, Espanha, Francia e Itália*. Madrid: Civitas, 1991.

FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRINOVER, Ada Pelegrini. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975.

HÄBERLE, Peter. El Legislador de Los Derechos Fundamentales. In: PINA, Antônio Lopez (org.). *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales* : *Alemanha, Espanha, Francia e Itália*. Madrid: Civitas, 1991.

HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Constitucionel*. 2. ed. Paris: Sirey, 1929.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Tradução de: Fernando de los Ríos Urriti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943.

JESCHECK, Hans-Heinrich ; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal* : *Parte General*. 5. ed. Tradução de: Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Editorial Comares, 2002.

KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Tradução de: Roberto J. Brie. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição* (*Uber das Verfassungswesen*). 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LERCHER, Peter. *Übermass und Verfassugsrecht: Zur Bindug des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäigkeit und der Erforderlichkeit*. 2. ed. Keip Verlag: Goldbach, 1999.

LIMA, Eusébio de Queirós. *Theoria del Estado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1939.

LOCKE, John. Dos Ensayos sobre el Gobierno. In: DOMINGO, Rafael (coord.). *Juristas Universales* : *Juristas Modernos* ; *Séculos XVI a XVIII*. Madrid: Marcial Pons, 2004. v. 2.

MALBERG, R. Carré du. *Teoria General del Estado*. Tradução de: José Lión Depetre. México: Faculdade de Derecho/UMAM, 2001.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Atualizado por Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça Alvarenga. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *As Origens da Constituição Norte-Americana* : Uma lição para a Europa. Lisboa: Lex, 1994.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Ilegalidade e Abuso de Poder na Investigação Policial e Administrativa, na Denúncia, e no Ajuizamento de Ação de Improbidade Administrativa, quando ausente uma Justa Causa. In: *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional,* Belo Horizonte, n. 20, ano 5, p. 77-124, abr./jun. 2005.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. t. 2.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1990. t. 1.

MONCADA, Luís Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. v. 2.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. In: *Revista de Direito Civil*. São Paulo, nº 65, p. 22, jul./set., 1993.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública* - O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Fundamentação da Constituição. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva e CAMPOS, Diogo Leite (orgs.). *O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2003.

PELAYO, Manuel García. *Derecho Constitucional Comparado.* Madrid: Alianza Editorial, 1993.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Atualizado por Regis Fichtner. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (coord.). *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PÉREZ, Jesús González. *El Principio General de La Buena Fe en El Derecho Administrativo*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1989.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*: *Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2. ed. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. São Paulo: Renovar, 2002.

QUINTANA, V. Linares. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1978. v. 3.

_____.*Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1978. t. 3.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIVAS, Juan José González. La Interpretación de La Constitución por El Tribunal Constitucional (1980-2005). Madrid: Thomson Civitas, 2005.

ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Tradução de: Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977.

SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional* : *Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Tradução de: Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUZA, Marcelo Rebello ; ALEXANDRINO, José de Melo. *Constituição da República Portuguesa Comentada*. Lisboa: Lex, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Crise de Fontes Normativas e Técnicas Legislativas na Parte Geral do Código Civil de 2002*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VERDÚ, Pablo Lucas. Teoría de La Constitución como Ciencia Cultural. 2. ed. Madrid: Dynkinson, 1988.

_____.La Lucha Contra el Positivismo Jurídico en la Republica de Weimar. Madrid: Editorial Tecnos, 1987.

_____.*La Constitución Abierta y sus Enemigos*. Madrid: Ediciones Beramar, 1993.

VILLALON, Pedro Cruz. El Legislador de Los Derechos Fundamentales. In: PINA, Antônio Lopez (org.). *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales* : *Alemanha, Espanha, Francia e Itália*. Madrid: Civitas, 1991.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Tratado de Derecho Penal* : *Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 1988. t. 1.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl ; ALAGIA, Alejandro ; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal* : *Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3.ed. Tradução de: Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.