ESMPU

O Constitucionalismo Brasileiro Tardio

Manoel Jorge e Silva Neto

O Constitucionalismo Brasileiro Tardio

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República

Carlos Henrique Martins Lima
Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União

Sandra Lia Simón
Diretora-Geral Adjunta da Escola Superior do Ministério Público da União

CÂMARA EDITORIAL – CED

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

André Batista Neves
Procurador da República

Antonio do Passo Cabral
Procurador da República

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Carolina Vieira Mercante
Procuradora do Trabalho - Coordenadora da CED

Ricardo José Macedo Britto Pereira
Subprocurador-Geral do Trabalho

MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR

Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas
Procurador de Justiça Militar

Selma Pereira de Santana
Promotora de Justiça Militar

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Antonio Henrique Graciano Suxberger
Promotor de Justiça

Maria Rosynete de Oliveira Lima
Procuradora de Justiça

O Constitucionalismo Brasileiro Tardio

Manoel Jorge e Silva Neto

Brasília - DF
2016

Escola Superior do Ministério Público da União

SGAS Av. L2 Sul Quadra 604 Lote 23, 2º andar
70200-640 – Brasília-DF
Tel.: (61) 3313-5107 – Fax: (61) 3313-5185
Home page: <www.escola.mpu.mp.br>
E-mail: <editoracao@escola.mpu.mp.br>

© Copyright 2016. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Infraestrutura e Logística Educacional

Nelson de Sousa Lima

Assessoria Técnica – CHEFIA

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Assessoria Técnica – REVISÃO

Carolina Soares dos Santos

Preparação dos originais e revisão de provas

Bárbara Carolina Vanderley Boaventura, Bárbara Coelho de Souza,
Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Assessoria Técnica - Programação Visual

Natali Andrea Gomez Valenzuela

Projeto gráfico

Natali Andrea Gomez Valenzuela

Diagramação

Sheylise Rhoden

Capa

Artur Dias Rocha e Rafael Salles de Campos

Tiragem

3.500 exemplares

As opiniões expressas nesta obra são de exclusiva responsabilidade do autor.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União

S586 Silva Neto, Manoel Jorge e.
O constitucionalismo brasileiro tardio / Manoel Jorge e Silva Neto.
Brasília : ESMPU, 2016.
102 p.
ISBN 978-85-88652-92-7

1. Direito constitucional – Brasil. 2. Direito constitucional comparado. 3. Constitucionalismo - Brasil. 4. Controle de constitucionalidade. 5. Direitos fundamentais. I. Título.

CDD 341.2

O autor

Manoel Jorge e Silva Neto

Subprocurador-Geral do Trabalho. Professor de Direito Constitucional nos cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal da Bahia. Professor-Visitante do Levin College of Law (EUA) e da Universidade François Rabelais (FRA).

AGRADECIMENTOS

Diferentemente do que se possa supor com infeliz habitualidade, um livro nunca é resultado do exclusivo esforço de seu autor; é, desenganadamente, obra coletiva.

Por isso que o agradecimento, no meu caso, não é praxe; é verdadeito ato de justiça a tantos que contribuíram para a sua concretização.

Agradeço, portanto, ao Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União, Procurador da República Carlos Henrique Martins Lima, cuja polidez e cordialidade demonstradas desde o primeiro encontro relativo à publicação do trabalho me deixaram convicto de que a ESMPU é, antes de tudo, lugar onde se faz amigos.

À minha querida colega e amiga, Subprocuradora-Geral do Trabalho Ivana Auxiliadora Mendonça Santos, cheia de alegria, fé, esperança e generosidade. Sem o seu apoio nada disso seria possível. Muito obrigado!

A todos sou e serei muitíssimo grato por terem viabilizado, de fato, a edição deste ensaio.

Brasília-DF, dezembro de 2015.

Manoel Jorge e Silva Neto.

ABREVIATURAS

AC – Apelação Cível
ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgR – Agravo Regimental
Ap. – Apelação
C. – Câmara
C. Cível – Câmara Cível
CF – Constituição Federal
COMAG – Conselho da Magistratura
Conv. – Convocado
DOESP – Diário Oficial do Estado de São Paulo
DJU – Diário de Justiça da União
DJPR – Diário de Justiça do Paraná
ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
MC – Medida Cautelar
Min. – Ministro
MS – Mandado de Segurança
Rcl. – Reclamação
RE – Recurso Extraordinário
Rel. – Relator
RR – Recurso de Revista
STF – Supremo Tribunal Federal
Supl. – Suplente
T. – Turma
TACRIMSP – Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo

TAPR – Tribunal de Alçada do Paraná
TRF – Tribunal Regional Federal
TSE – Tribunal Superior Eleitoral
TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

Apresentação **13**

Capítulo 1 - Aspectos explicativos sobre o constitucionalismo brasileiro tardio **17**

1.1 A ideia de *cultura constitucional*. Conceito de constitucionalismo brasileiro tardio 18

1.2 O constitucionalismo brasileiro tardio é fenômeno único? Exame à luz do direito constitucional comparado 23

Capítulo 2 - Causas históricas, políticas e jurídicas do constitucionalismo brasileiro tardio **33**

2.1 Possíveis causas históricas: a ausência de pertencimento, o "homem cordial" e o personalismo 33

2.2 Possíveis causas políticas e a pífia consolidação do ideal democrático e republicano 39

2.3 Possível causa jurídica: o individualismo jurídico 46

2.4 Síntese conclusiva: o constitucionalismo brasileiro tardio como resultado de possíveis concausas históricas, políticas e jurídicas 46

Capítulo 3 - Efeitos jurídicos do constitucionalismo brasileiro tardio **49**

3.1 A interpretação da constituição
e o constitucionalismo tardio 49

3.2 O modelo autocrático de controle de
constitucionalidade e o constitucionalismo tardio 51

3.2.1. O modelo autocrático de controle
de constitucionalidade, o constitucionalismo
tardio e a edição de medidas provisórias
estaduais e municipais 55

3.3 O constitucionalismo tardio
e a (in)efetividade dos direitos fundamentais 57

3.3.1 O princípio da legalidade (Art. 5º, II/CF) 57

3.3.2 A liberdade de manifestação
do pensamento (Art. 5º, IV/CF) 58

3.3.3 O direito de reunião (Art. 5º, XVI/CF) 61

3.3.4 O direito adquirido (Art. 5º, XXXVI/CF) 62

3.3.5 Os efeitos do constitucionalismo brasileiro
tardio no âmbito dos direitos políticos 64

3.3.6. O pacto federativo e os problemas
decorrentes do constitucionalismo brasileiro tardio 68

3.3.7 Ainda a corrupção: o direito fundamental ao governo honesto
e o "administrador cordial". O assalto ao patrimônio público como
comportamento historicamente comprovado 70

3.3.8 A ausência de *cultura* constitucional e o corolário
inevitável: o direito fundamental à *cultura* e seu
estado de justificação no Brasil 72

3.3.9 A ambiguidade da proteção à liberdade religiosa no Brasil:
concausa histórica e política 76

Conclusões **87**

APRESENTAÇÃO

Conquanto se possa referir que algo muito interessante aconteceu com o direito constitucional a partir de meados da última década do século XX no Brasil, com o início de processo destinado à concretização das normas constitucionais, é preciso considerar que foi indiscutivelmente tardio o fenômeno por meio do qual os aplicadores do direito, de modo específico, e a sociedade brasileira, de uma maneira geral, compreenderam a real necessidade de encontrar as respostas aos problemas jurídicos a partir e com fundamento nas prescrições constitucionais.

É tímida iniciativa, todavia.

Embora seja certo reconhecer que cada Estado possua singularidades na evolução político-constitucional, não menos é, no entanto, reconhecer também que resplandece desconfortável assimetria entre a cultura constitucional de nações que surgiram contemporaneamente ao Brasil e o sentimento constitucional no nosso País.

Eis a razão da escolha do tema para esta obra, que segue sob o título *O constitucionalismo brasileiro tardio*, mediante a qual procuramos realizar investigação dogmática e zetética de algumas possíveis causas e efeitos da falta de consciência constitucional no Brasil. O trabalho sintetiza a preocupação com o estudo das causas e (ou) concausas que foram responsáveis pela histórica indiferença nacional às possibilidades da constituição.

As causas examinadas são de compostura histórica, política e jurídica, em sede de estudo interdisciplinar, se bem que não existam apenas

tais causas para explicar o problema do constitucionalismo brasileiro tardio, mesmo porque, como já defendeu Demócrito na Antiguidade, "desejaria encontrar uma única causa verdadeira a herdar todo o reino da Pérsia". A necessidade de recorte da investigação impôs delimitá-la exclusivamente aos aspectos referidos, assim como as consequências do constitucionalismo tardio no nosso País tiveram de ser examinadas estritamente no altiplano da realidade jurídica.

Trata-se de investigação completamente original.

Efetivamente, não apenas é estudo que cunha de modo inaugural a própria expressão *constitucionalismo brasileiro tardio*, como, de contraparte, é nova a investigação que se propõe a examinar as suas causas históricas, políticas e jurídicas.

Propõe-se, aqui, a realização de estudo não só dogmático, mas também zetético, de compostura obrigatoriamente interdisciplinar, porque não subsiste análise jurídico-constitucional minimamente séria que não seja conformada *pela* e conformadora *da* realidade circundante.

Os problemas jurídico-constitucionais são multidimensionais e, assim, quanto mais os problemas se tornam multidimensionais, maior é a incapacidade humana de pensar a multidimensionalidade do problema, mais ainda porque "ninguém pode ser um grande economista se for somente um economista" (Morin, 2001, p. 15-16).

E o propósito do trabalho se encerra na referência às anteditas causas e das consequências jurídicas, sem indicação de soluções específicas, porque entendemos que a solução do problema é, simplesmente, a compreensão quanto à existência dos referidos fatores e de sua importância para a consolidação de nossa cultura constitucional.

Com efeito, tornando-se correto concluir que a compreensão de uma constituição não se deve afastar nem da pré-compreensão nem do pro-

blema concreto a resolver (Hesse, 1992, p. 42), e certo também que a pré-compreensão está largamente conformada por fatores históricos e políticos, o fato que não deve ser desconsiderado é o pertinente à conclusão de que a hermenêutica constitucional no Brasil precisa ser instruída pelo conhecimento das causas que nos levaram ao denominado *constitucionalismo brasileiro tardio*.

Outra preocupação: elaborar trabalho conciso e objetivo, que valha a pena ser lido.

Schopenhauer (2010, p. 15) adverte que "[...] deve-se evitar toda prolixidade e todo entrelaçamento de observações que não valem o esforço da leitura. É preciso ser econômico com o tempo, a dedicação e a paciência do leitor, de modo a receber dele o crédito de considerar o que foi escrito digno de uma leitura atenta e capaz de recompensar o esforço empregado nela".

O objetivo não é outro senão o de fazer com que a ciência do direito constitucional se converta em instrumento à melhoria da condição de vida das pessoas, conduzindo o nosso País a bom porto – ao bom porto do respeito à dignidade da pessoa humana.

1

ASPECTOS EXPLICATIVOS SOBRE O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO TARDIO

O que significa o *constitucionalismo brasileiro tardio*? Trata-se de fenômeno singular da evolução histórico-constitucional brasileira? Qual o significado de *cultura constitucional*? Que relação pode existir entre eles?

Essas são perguntas cujas respostas serão apresentadas neste Capítulo 1.

Trata-se de procedimento indeclinável e autêntico pressuposto para o desenvolvimento do trabalho, mais ainda quando a ideia de constitucionalismo tardio poderia ser reconduzida falsamente à conclusão de que o fenômeno está relacionado à mera e simples adoção tardia, no tempo, de uma constituição, o que não é exato, conforme se verá adiante.

Por outro lado, são indissociáveis as ideias de *cultura constitucional* e *constitucionalismo tardio*, razão por que, no próximo subitem, antes de apresentação do conceito, referiremos a definição daquela realidade.

Também nos pareceu relevante nesse momento de introdução realizar trabalho comparativo entre sistemas constitucionais que surgiram contemporaneamente ao brasileiro e conseguiram consolidar uma cultura de respeito e reverência à constituição, como se sucedeu no sistema ianque. Isso porque, mediante a investigação do percurso histórico de distintas realidades constitucionais será viável encontrar as razões pelas

quais o Brasil tarda em fazer de sua Constituição instrumento paradigmático para as condutas públicas e privadas.

Todavia, o sistema do direito constitucional estrangeiro objeto de comparação somente poderá ser aquele que, como dito, surgiu formalmente no mesmo período histórico em que se operou a surgimento do constitucionalismo brasileiro, com a Constituição imperial de 1824, mesmo reconhecendo-se que a história de um povo está indefectivelmente ligada à de outros povos.

Aurelino Leal, em *História Constitucional do Brasil* (2002, p. 3-4), adverte que

> não há, em verdade, história de um povo independente, em absoluto, da história de outros povos. As necessidades da troca, as injuncções da vida, com o seu formidável potencial de actividade, o desdobramento das aspirações humanas, a manifestação polyforme da intemperança dos homens, das ambições políticas e econômicas, estabelecem uma dependência inconfundível entre as sociedades, de tal modo que, em um dado momento, um capítulo da história de um povo, ou de uma nação, se toma comum ao do outro, ou outros, nos quaes o estado, a condição do primeiro reflectiu.

Contudo, a remissão aos processos constitucionais europeus para realizar dados comparativos, tais como o inglês, o francês e o alemão, é completamente inapta para auxiliar na descoberta de fatores que nos impedem de consolidar a nossa cultura constitucional, porque os fundamentos dessas constituições estão arraigados a imperativos históricos e políticos tão diversos e distantes dos nossos que a investigação comparativa iria de encontro aos escopos deste Capítulo 1.

1.1 A IDEIA DE CULTURA CONSTITUCIONAL. CONCEITO DE CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO TARDIO

A ideia de *cultura constitucional* é importantíssima para a compreensão do significado de constitucionalismo tardio.

Mas o que é cultura constitucional?

Define-se cultura constitucional os comportamentos e condutas, públicas ou privadas, tendentes a: I) preservar a "vontade de constituição"; II) efetivar, no plano máximo possível, os princípios e normas constitucionais; III) disseminar o conhecimento a respeito do texto constitucional.

E constitucionalismo brasileiro tardio? O que significa?

Para compreender o significado do fenômeno, é preciso assinalar que não se identifica, em absoluto, a mera adoção tardia, no tempo, de uma constituição.

Realmente, o fato de a primeira Constituição do Brasil ter sido outorgada em 1824 não é circunstância determinante do constitucionalismo tardio, mais ainda quando se constata que nações tão jovens quanto a brasileira adotaram formalmente suas constituições no mesmo período, como é o caso dos Estados Unidos da América com a Constituição de Filadélfia de 1787, sem que a circunstância tenha operado efeitos negativos no modo como a sociedade e as instituições ianques interpretam a sua Constituição.

Se a promulgação ou a outorga de textos constitucionais tardiamente nos séculos XVIII e XIX não se identifica ao constitucionalismo tardio, como compreendê-lo, então?

Constitucionalismo tardio é o fenômeno decorrente de causas históricas, políticas e jurídicas, entre outras, da ausência de cultura constitucional nos Estados pós-modernos que são organizados formalmente por meio de uma constituição, o que conduz à ineficácia social dos textos constitucionais.

Logo, como não pode haver cultura constitucional sem constitucionalismo, ou seja, como não pode existir o *sentimento constitucional* [1] sem amparo

1 A expressão foi cunhada por Pablo Lucas Verdú (2004).

em sistema constitucional formalmente adotado, pode-se concluir que o constitucionalismo tardio é circunstância impeditiva da efetividade do texto constitucional, que resulta da ausência daquela cultura.

No Brasil, a Constituição não triunfou, tampouco triunfou a ciência que se ocupa do seu estudo[2]. Nem mesmo a habitualmente propalada *constitucionalização do direito* denota a condição vitoriosa dos valores constitucionais.

E por constitucionalização do direito se deve entender o

> efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional (Barroso, 2007, p. 217-218).

No nosso País muito há ainda a caminhar até que se possa efetivamente concluir, com acerto, que o direito se constitucionalizou.

Aqui, o movimento é muito mais a eloquente constatação do desprestígio do Poder Legislativo brasileiro (diante de sua dissonância das aspirações da coletividade) e da oportunista percepção de que o Texto Constitucional pode libertar o aplicador do direito do jugo omisso e irresponsável do legislador, ou, ainda, libertá-lo do império de normas que reputa injustas para, com suposto fundamento nos princípios constitucionais, promover a dicção do direito à sua moda, delineando a figura do *ativismo judicial*.

A suposta constitucionalização do direito não é decorrência de um *despertar constitucional* no Brasil.

2 Em sentido contrário, ver Barroso (2007, p. 203-249).

Os cursos jurídicos e suas grades curriculares oitocentistas aí estão para comprovar que a praguejada constitucionalização do direito não passa de solução fortuita e contingente para o grave impasse referente às omissões legislativas inconstitucionais. Não é algo, de modo algum, que possa equivaler a *reforma* do pensamento jurídico brasileiro, que pressupõe a ocorrência de mudanças estruturais e básicas no próprio modelo de ensino do direito no País.

Com evidência, a hipocrisia do discurso da constitucionalização do direito já se inicia na formação acadêmica. Reservam-se oito, dez semestres para o celebérrimo direito civil. Três para o seu primo, o direito empresarial. E mais cinco ou seis para o que muitos chamam pomposamente de "ciência processual". E para o direito sobre o qual todos tecem loas, recitam versos, declaram amores? Guardam dois, no máximo, três semestres. Dois ou três semestres para a ciência jurídica, aquela mesma, a mesmíssima que, segundo os juristas, desenvolve a dogmática que possibilitará a fundamentação dos mais variados domínios normativos à Constituição. E tudo isso com discentes obrigados ao estudo, em idêntico semestre, de distintas disciplinas de direito constitucional que tratam da organização do Estado e dos direitos fundamentais, conjugadamente. E tudo isso porque constitucionalizou-se o direito no Brasil.

Adverte, porém, José Ingenieros (1944, p. 85) que "a hipocrisia é a arte de amordaçar a dignidade; ela emudece os escrúpulos nos homens incapazes de resistir à tentação do mal".

E o discurso da constitucionalização do direito no Brasil continua produzindo os seus frutos, secos e pecos.

Em primeiro lugar, se é verdade que cultura não *é*, *está sendo*, não deixa de ser verdade também que propalar falsamente que a dogmática jurídica se constitucionalizou é inteligente modo de entorpecer toda ho-

nesta iniciativa destinada a consolidar a cultura constitucional, milhas distante de todos nós. É dizer: instala-se o discurso para inibir a ação.

E, em segundo lugar, a constitucionalização do direito é "irmã gêmea" da *constitucionalização simbólica*[3]. Enquanto a constitucionalização simbólica conduz à concepção alopoiética do direito porque, "em face da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado pelos governantes como álibi [...]"[4], a constitucionalização do direito realiza o mesmo papel, já, aqui, tendo por protagonista não o governante, mas o cientista do direito, que se pronuncia em linha de afirmação dos valores constitucionais e impõe toda a responsabilidade pelo malogro de sua iniciativa aos Poderes do Estado, ao Ministério Público, aos órgãos constituídos.

A almejada consolidação de uma consciência constitucional no Brasil é processo em fase embrionária para o qual, como visto, é duvidosa a contribuição da doutrina ao abrigar a ideia de que, finalmente, o sistema da ciência do direito constitucional triunfou, aqui e ali.

Estado é processo. O Estado, na história, como produto do pensamento reflexivo, não se concretiza jamais numa fórmula definitiva, cristalizada. Repita-se: Estado é processo, e nele se transforma incessantemente sua ideia debaixo do influxo de critérios de valoração constantemente renovados[5].

Nessa linha de compreensão, o círculo vicioso e dialético da ausência de cultura constitucional, que se materializa na fleumática jurisprudência dos tribunais, no fisiológico comportamento dos governantes e, sobretudo, na inexistente participação dos indivíduos no processo de densificação dos valores constitucionais – tornando utópico construir a

3 A expressão é de Marcelo Neves (1994, p. 161).

4 Idem, ibidem.

5 Posada, 1933, p. 11-12.

sociedade aberta dos intérpretes da constituição[6], isso tudo impede objetivamente o reconhecimento da constitucionalização do direito no Brasil; tem-se, quando muito, um esboço, um propósito da indigitada constitucionalização, que se confirmará, no tempo, desde que se entenda que a consciência constitucional e o seu consectário – a constitucionalização do direito – estão muito longe do nosso alcance, a exigir esforços sinceros em prol de sua real e concreta efetivação.

1.2 O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO TARDIO É FENÔMENO ÚNICO? EXAME À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

O constitucionalismo brasileiro tardio é realidade singular se examinada à luz de outros sistemas do direito constitucional comparado?

Evidentemente não.

Diríamos, com convicção, que o constitucionalismo tardio e suas deletérias consequências integram o dado substancial da esmagadora maioria dos sistemas do direito constitucional estrangeiro.

A relevância quanto à investigação do fenômeno especificamente no âmbito brasileiro decorre do fato de cada estado revelar, no seu percurso histórico, causas distintas para o aparecimento do constitucionalismo tardio. E, com efeito, a pesquisa das causas em cada um deles é a mais eficiente forma de mitigar as suas consequências.

Doutra sorte, é injuntivo o exame de realidades constitucionais que superaram os problemas que afetam o *sentimento constitucional*, o que enseja, doravante, a análise da história do direito constitucional nos Estados Unidos – sociedade política que se organizou em idêntico período histórico ao do Brasil, mas que detém consciência constitucional muito mais amadurecida.

6 Häberle, 1997.

Os Estados Unidos da América surgem na história após a independência das treze colônias inglesas na América do Norte, o que ocorreu em 4 de julho de 1776.

A população das colônias não era formada exclusivamente por indivíduos egressos do Reino Unido, mas também por huguenotes franceses, escoceses, alemães, judeus, além de pessoas provenientes de outras colônias, como a holandesa, que almejavam liberdade e melhores condições de vida.

Esta sociedade, de origem inglesa, mas de característica americana, reservava os seguintes dados comuns: a) ausência de grupos aristocráticos; b) predomínio da língua inglesa; c) homogeneidade de princípios e instituições políticas de cada colônia; d) ordem jurídica de conteúdo e formas comuns, que fazia as treze colônias integrantes do *Commom Law*; e) a universalidade das formas representativas; f) a crença de certos direitos pertencentes à condição de inglês, que mais tarde passam a ser considerados como direitos inerentes à personalidade humana; g) a formação de assembleias políticas compostas de proprietários de terras e comerciantes, que possuíam o interesse comum em resistir à imposição de tributos[7].

Observe-se a lúcida ponderação de Eduardo Galeano (2009, p. 171):

> [...] Os peregrinos do *Mayflower* não atravessaram o mar para conquistar tesouros legendários nem para arrasar civilizações indígenas inexistentes no Norte, mas para se estabelecer com suas famílias e reproduzir, no Novo Mundo, o sistema de vida e de trabalho que praticavam na Europa. Não eram mercenários, mas pioneiros; não vinham para conquistar, mas para colonizar.

Constata-se, desse modo, a distinção havida entre a formação do povo ianque e a do povo brasileiro, cuja fase inicial da colonização contou

7 Cf. García-Pelayo, 1967, p. 325-327.

quase exclusivamente com portugueses originários da metrópole, além de indígenas nativos e negros escravos vindos do continente africano.

Com isso, podemos dizer que a ideia de pertencimento e de responsabilidade pelo destino do Estado era muito mais consolidada nas colônias inglesas do que propriamente na brasileira, na qual os indivíduos que integraram originariamente a formação do povo brasileiro não se viam como integrantes daquela sociedade, e isso como resultado do domínio coativo e violento dos portugueses sobre os nativos.

Ora, é evidente que essa diversidade de comportamento relativamente à assunção de responsabilidades pelos destinos da coletividade determina diametral diferença entre a evolução político-constitucional nos Estados Unidos e no Brasil, máxime no que se refere ao reconhecimento da constituição como texto apto a efetivar o interesse de todos.

Todavia é necessário ressalvar que não reverberamos o clichê constitucional de crítica às constituições brasileiras comparativamente à americana de 1787, segundo o qual este texto detém maior estabilidade, porque se encontra em vigor há mais de duzentos anos e foi alterado por algumas emendas, ao passo que, no Brasil, estamos vivenciando já a oitava Constituição, que, até dezembro de 2015, já havia sido modificada por noventa emendas constitucionais e seis emendas constitucionais de revisão.

Com evidência, se é certo dizer que a alteração constante das Constituições brasileiras por meio de emendas em nada contribui para a consolidação de nossa cultura constitucional, é possível concluir que também não há nada de extraordinário no fato de a Constituição da Filadélfia ter sofrido apenas vinte e sete emendas, sendo a última do ano de 1992, isso em mais de duzentos anos de existência, simplesmente porque o sistema judicialista norte-americano exercita, sem parcimônia, o papel de atualizador da sua Constituição à realidade política, social, econômica, o que é característico dos sistemas de *Commom Law*. No Brasil,

diferentemente, essa atribuição é cometida ao Poder Legislativo, em função constituinte derivada ou originária.

Parece inequívoco que a própria construção judicial amparada na Constituição americana é eloquente sinal da diversidade entre os dois sistemas.

Tanto é assim que nos Estados Unidos a palavra utilizada para interpretação não é *interpretation*, mas sim *construction*, o que se afina muito mais com o papel integrador/construtor que a Suprema Corte e os tribunais americanos executam em torno à sua muito sintética Constituição.

E não adianta verberar que os sistemas brasileiro e ianque estão se aproximando, vertiginosamente, com os exemplos da eficácia *erga omnes* e efeito vinculante no controle concreto-difuso da constitucionalidade, da súmula vinculante, da repercussão geral de questões constitucionais, porque a indigitada aproximação é meramente relacionada ao controle de constitucionalidade, pois, na substância, na forma como a sociedade e o Poder Judiciário veem a constituição, as realidades não se compatibilizam de forma alguma.

A cultura constitucional de lá e a pífia daqui não decorrem apenas do modelo judicialista ianque, mas de fatores históricos e políticos, como se verá a seguir.

Com efeito, de volta ao processo político que redundou na Independência americana de 1776, cumpre anotar que, em 1775, houve o Congresso de Nova Iorque, organizado para o fim de manifestar a repulsa das colônias contra o *Stamp Act*, a lei que impunha o imposto do selo, quando, na oportunidade, os súditos das colônias declararam igualdade de direitos aos súditos naturais do reino da Grã Bretanha, iniciando-se uma guerra econômica com a Metrópole inglesa, que se transformou em guerra militar, conduzindo inevitavelmente à *Declaration of Independence* de 1776[8].

8 García-Pelayo, 1967, p. 329-331.

No mesmo momento em que foi aprovada a ruptura com a Metrópole, foi decidido também por estabelecer-se uma confederação de estados, sendo nomeada uma Comissão para o fim de elaborar projeto, o que se realizou sob o título "Artigos da Confederação", tendo sido aprovado pelo Congresso em 1777.

Dentre os Artigos da Confederação, alguns, por sua importância histórica, se destacam, como, por exemplo, o comando quanto ao estabelecimento de uma Confederação e união perpétua entre os Estados, com o objetivo que se prendia à defesa comum, a segurança das liberdades e o bem-estar geral e recíproco, e, consolidando a união de direito internacional, explicitava que cada Estado conserva sua soberania, liberdade e independência e todo poder, jurisdição e direito que não seja delegado expressamente aos Estados Unidos reunidos em Congresso.

O malogro da experiência confederativa norte-americana era só questão de tempo, especialmente em virtude de aspectos econômicos e ligados às relações internacionais, pois os Estados não honravam a dívida pública, ao tempo que a Confederação, ante a ausência de aporte de recursos dos Estados confederados, também não possuía condições para solver o débito público; oficiais e soldados não recebiam remuneração por cinco anos; as indústrias instaladas durante a guerra da Independência não podiam competir com os estabelecimentos ingleses; não havia uma moeda nacional, e a este obstáculo para o comércio se aliava o fato de que cada estado houvera consolidado seu próprio modelo de intervenção na economia e que, em virtude da distinta legislação existente entre eles, as operações comerciais careciam de segurança jurídica, sendo que a antedita insegurança se estendia aos Estados estrangeiros com os quais comerciavam. Começou a surgir também uma sensação de insegurança frente às potências europeias que possuíam colônias limítrofes ao território ianque. Impunha-se, por conseguinte, a necessidade de adoção de sistema político cujo poder central detivesse maior leque de atribuições para solucionar as dúvidas decorrentes do relacionamento entre os

Estados, estabelecesse barreira protecionista e moeda universalmente aceita, criasse princípios jurídicos gerais de caráter mercantil, oferecesse garantias ao comércio exterior e mantivesse as possessões inglesas, espanholas e francesas dentro dos seus respectivos limites[9].

Diante do quadro político, houve a convocação de assembleia para rever os Artigos da Confederação, o que efetivamente aconteceu em 17 de setembro de 1787, para a qual os estados integrantes da Confederação enviaram autênticos embaixadores que, por sua vez, sob a liderança de Alexander Hamilton, John Jay e James Madison, finalmente elaboraram a Convenção de Filadélfia.

A Constituição americana de 1787 encerrava importantes compromissos, que merecem ser destacados para o subsequente exame comparativo que será feito com relação à Constituição brasileira de 1824: a) *compromisso entre federalistas e antifederalistas*: a compatibilização entre as propostas autonomistas e centralizadoras ensejaram o aparecimento da forma federativa de estado; b) *compromisso entre estados grandes e pequenos*: diante da diversidade populacional, optou-se por sistema bicameral com representação popular proporcional e representação dos estados igualitária; c) *compromisso entre o Norte e o Sul*: os estados do Sul desejavam que a população escrava pudesse integrar o número de eleitores para o fim de delimitação da quantidade de cadeiras no Parlamento, mas não admitiam esse cômputo para fins tributários. Para evitar decisões contrárias aos estados sulistas escravocratas, estabeleceu-se que a importação de escravos somente poderia ser proibida após transcorridos vinte anos e que a ratificação de tratados internacionais abolindo a escravidão necessitaria da aprovação de 2/3 do Senado[10].

É preciso, porém, esclarecer que, em período antecedente à concepção do Texto de 1787, uma das treze ex-colônias dos Estados Unidos editou

9 García-Pelayo, 1967, p. 334-335.

10 Idem, p. 336-337.

aquela que pode ser considerada a primeira Declaração de Direitos em sentido moderno: a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 16 de junho de 1776. Trata-se de Declaração concebida antes mesmo da Independência Americana, lastreada em forte pendor jusnaturalista, em cujo seio repousa a tutela específica a muitos direitos fundamentais, como a liberdade de imprensa.

Como se observa, a história constitucional norte-americana revela que o texto aprovado em 1787 representou compromisso político, idealizando-se nova forma de Estado para o fim de solucionar os mais graves impasses impeditivos da união das ex-colônias. Todos os mais delicados assuntos de natureza política e institucional foram tratados na Convenção de Filadélfia e o respeito aos compromissos constitucionalmente formalizados seria o único, exclusivo e singular modo de viabilizar a própria existência e a estabilidade ao novo estado.

Embora Noam Chomsky denuncie o que chama de "consenso fabricado" pela mídia americana, o que ocorreu ainda nos primórdios da Constituição de 1787[11], não deixa de ser significativo que o texto formal e dogmático passou a ocupar função simbólica destacada no cenário político e jurídico dos Estados Unidos.

Logo, se não existia alternativa que não o respeito às prescrições constitucionais, o Texto norte-americano simbolizou, desde então, mais do que aliança jurídica entre estados outrora reunidos numa confederação; expressou os valores, a sinergia, o espírito e a esperança que os idealizadores do texto conseguiram incorporar *do* e catalisar *para* o povo norte-americano.

Sendo assim, a constituição passou a desempenhar função mítica dentro do contexto da evolução político-institucional dos Estados Unidos da América, surgindo, desse modo, natural reverência à Constituição.

11 Cf. *Notas sobre o Anarquismo*, p. 11.

Os dados da política nacional que causaram o fenômeno do constitucionalismo tardio no Brasil serão examinados no próximo Capítulo, contudo, ressalte-se que, comparativamente, os alvores da história constitucional brasileira revelam situação bastante distinta daqueles relacionados à Constituição de Filadélfia de 1787.

Longe de se constituir consenso, a Constituição de 1824 decorreu de ato unipessoal de outorga de D. Pedro I, que, em 1823, promoveu a dissolução da Assembleia Constituinte, precisamente porque os rumos do Parlamento estavam se distanciando do *Despotismo Esclarecido* que tencionava incorporar à Carta imperial.

Outro dado comparativo que pode elucidar as razões da reverência à constituição lá e da indiferença às normas constitucionais por aqui: a Constituição ianque foi marcantemente compromissória, cujos acordos não assumiram feição dilatória, tal como se sucedeu com a Constituição brasileira de 1988[12]. Não. Os ajustes firmados em sede constitucional chegaram mesmo a tornar viável o surgimento dos Estados Unidos da América face à enorme rivalidade existente entre as ex-colônias inglesas.

A indigitada disputa entre as unidades parciais nos Estados Unidos conduziu, não raro, a conflagrações muito violentas, como aconteceu no período pós-independência na Guerra de Secessão, o que levou Noam Chomsky a produzir a espirituosa afirmação segundo a qual "a violência é tão americana quanto a torta de maçã"[13].

Logo: consenso ou violência. Eis as alternativas postas para solucionar os impasses políticos entre unidades federadas nos Estados Unidos, sendo que a Constituição, naquele momento histórico, serviu para de-

12 No próximo Capítulo examinaremos o processo de fixação de compromissos dilatórios na Constituição.

13 Cf. *Notas sobre o Anarquismo*, p. 9.

belar as manifestações autonomistas mais radicais, passando a influenciar fortemente todas as decisões que tocassem no sensível tema da Federação ianque, tudo de sorte a impedir o recurso à autodefesa para a solução de problemas políticos.

Com isso, a concepção do modelo federativo nos Estados Unidos e no Brasil se amparou em dados históricos e políticos completamente diversos.

A bem da verdade, se é fato que a Constituição de Filadélfia produziu grande fascínio nos idealizadores da Constituição brasileira republicana de 1891, é possível afirmar que a forma de estado inventada por Madison, Jay e Hamilton (1980) foi a maior fonte de inspiração para organizar a sociedade política brasileira no período ulterior à Proclamação da República em 1899.

Também não deve ser desconsiderado que a cultura constitucional nos Estados Unidos é tributária, em grande parte, do sistema judicialista, característico do *Commom Law*.

Embora seja verdade que a lei em sentido material e formal desempenha importante papel no ordenamento jurídico estadunidense, o precedente judicial, como fonte primária do *Commom Law*, é, ainda nos dias atuais, o principal instrumento para a aplicação do direito. E a consequência, mediata ou imediata, é a construção de enunciados normativos cujo fundamento de validade é extraído diretamente da Constituição de 1787.

Uma das mais notáveis construções da Suprema Corte norte-americana se refere à interpretação do princípio da igualdade.

A decisão foi adotada no Caso *Bolling vs. Sharps* (347 U.S. 497 [1954]), sintetizada na seguinte situação: promulgada a Constituição de 1787, não havia qualquer previsão constitucional dirigida à proteção dos indivíduos contra tratamento desigual, o que não chegava a ser surpresa

alguma em razão de se dirigir para uma sociedade na qual negros eram escravizados e as mulheres constantemente discriminadas[14]. Para solucionar a omissão, foi editada a 14ª Emenda que, entre outras previsões relevantes, assentou que *nenhum estado poderá recusar a qualquer pessoa dentro do seu território o direito de igualdade*. Daí surgiu grande controvérsia acerca da efetiva proteção ao direito de igualdade no sistema norte-americano, porque foi sustentado que a cláusula constitucional se destinava à aplicação apenas aos estados federados, não à União. A interpretação da Suprema Corte apontou a cláusula do devido processo legal como base constitucional para reprovar qualquer comportamento ilegitimamente oriundo também do órgão central. Assim, até os dias atuais, nos Estados Unidos, reprime-se ofensa à igualdade no âmbito das unidades federadas com suporte na 14ª Emenda, e com relação à União com lastro na cláusula do devido processo legal, no seu sentido substancial ou material[15].

O sistema brasileiro, por sua vez, de matriz romano-germânica, fundado que está na lei como fonte primária do direito – dado caracteristicamente vinculado ao *Civil Law* –, releva a aplicação da norma construída pelo Poder Legislativo, de hierarquia subconstitucional, passando muitas vezes ao largo dos fundamentos do próprio sistema do direito objetivo, que é a Constituição Federal.

14 Chemerinsky, 2006, p. 668.

15 Idem, p. 669.

2

CAUSAS HISTÓRICAS, POLÍTICAS E JURÍDICAS DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO TARDIO

Neste Capítulo 2 serão examinadas as possíveis causas históricas, políticas e jurídicas responsáveis pelo fenômeno do constitucionalismo brasileiro tardio.

No âmbito histórico, a análise não se prenderá exclusivamente ao momento em que o Brasil se tornou independente de Portugal e se constituiu em novo Estado. É relevante a indicação de fatos relativos ao período colonial que tenham originado a nossa má formação constitucional. Além disso, as mais importantes decisões políticas também deram forma ao constitucionalismo tardio, razão por que será dedicado subitem para o exame do tema.

E, finalmente, é possível encontrar respostas no próprio modelo tradicionalmente individualista de organização do sistema jurídico – antítese de prevalência de valores constitucionais.

2.1 POSSÍVEIS CAUSAS HISTÓRICAS: A AUSÊNCIA DE PERTENCIMENTO, O "HOMEM CORDIAL" E O PERSONALISMO

O Brasil não foi descoberto em 22 de abril de 1500; foi *achado*.

Realmente, não se pode atribuir ao espírito aventureiro português o mérito de "descobrir" o Brasil, quando, aqui, já se encontravam cente-

nas de milhares de nativos, dentre os quais os índios *tupi*, como informa Darcy Ribeiro:

> A costa atlântica, ao longo dos milênios, foi percorrida e ocupada por inumeráveis povos indígenas. Disputando os melhores nichos ecológicos, eles se alojavam, desalojavam e realojavam, incessantemente. Nos últimos séculos, porém, índios de fala tupi, bons guerreiros, se instalaram, dominadores, na imensidade da área, tanto à beira-mar, ao longo de toda a costa atlântica e pelo Amazonas acima, como subindo pelos rios principais, como o Paraguai, o Guaporé, o Tapajós, até suas nascentes[16].

E, embora se possa afirmar que a população indígena, majoritária durante as primeiras décadas do ciclo colonial, tenha sido praticamente dizimada pelas doenças trazidas pelo colonizador europeu, é interessante notar que o fascínio produzido nos nativos pelo recém-chegado não demorou a esvanecer-se após descobrirem que o alienígena não havia sido enviado pelo Deus-Sol, Maíra, isso em razão do mal causado pelo homem de além-mar.

Diante disso, muitos indígenas se refugiaram no interior do Brasil e se afastaram completamente do modelo europeu, tornando difuso o germe de resistência a tudo quanto provinha da "civilização": costumes, comida e organização social, aí incluído o *direito*.

Por conseguinte, conquanto a ideia de constituição escrita nascesse cerca de trezentos anos após a chegada das naus portuguesas à costa brasileira no século XV, a primeira conclusão que pode ser extratada a respeito de uma das possíveis causas históricas para o constitucionalismo brasileiro tardio é a ausência de *pertencimento* das comunidades nativas relativamente ao modelo de organização social imposto pelo colonizador, estendendo-se o sentimento para o modelo de sistema ju-

16 Cf. *O povo brasileiro*. A formação e o sentido do Brasil, p. 29.

rídico imposto pelo português e culminando com a presente resistência nacional à efetivação da *vontade de constituição*.

Induvidosamente, sem que desempenhe a função mítica, a constituição não irá muito longe como texto conformador de comportamentos públicos e privados. E, por sua vez, essa função *mítico-constitucional* deriva historicamente da relação de pertencimento entre os indivíduos e as normas constitucionais, ou – para ser mais abrangente –, entre os indivíduos e o modelo de ordenamento jurídico que lhes é coativamente imposto.

Outro grupo racial seguia o mesmo caminho da ausência de pertencimento: os negros africanos.

Amparados em costumes milenares, os negros, escravizados durante o período do Brasil-colônia, até 1888, conservaram tradições presentes até os dias atuais, especialmente no Estado da Bahia, como se evidencia no sincretismo religioso, na culinária e nas manifestações culturais.

Os negros escravos ou forros compuseram grupo étnico-racial da mais elevada importância para a formação da cultura nacional; contudo, de modo semelhante ao ocorrido com os indígenas, não se adaptaram ao modelo normativo imposto, máxime em virtude da grave injustiça sobre o qual estava assentado e que se traduzia no modelo escravista.

Assim, chegaram mesmo a tentar a criação de um estado negro e livre dentro do território nacional, como se sucedeu com o Quilombo dos Palmares, liderado pelo negro *banto* Zumbi.

E o resultado de tudo isso: a consolidação de sentimento de repulsa e indignação quanto ao sistema normativo, o que contemporaneamente pode ser identificado à falta de consciência constitucional.

Ora, é preciso compreender que em 1822, o Brasil possuía 4,5 milhões de habitantes, cerca de apenas 3% de sua população atual, sendo 800.000 índios, 1 milhão de brancos, 1,2 milhão de negros escravos ou forros e 1,5 milhão de mulatos, pardos, caboclos e mestiços[17].

Posto desta forma e observando-se o cenário populacional brasileiro da época, com as suas tradições, raízes, e, sobretudo, sonhos e expectativas, podemos afirmar que quase a metade do contingente de habitantes repelia a forma de organização do Estado brasileiro – autêntico germe que se espraiou e foi responsável pela doença da letargia cívica causadora da ausência de sentimento constitucional.

Uma possível causa histórica foi a forma como se desenvolveu a colonização inicial do Brasil. Com evidência, ao invés de buscar procedimento racional e organizado para fim específico de colonização, os portugueses não apresentaram projeto de desenvolvimento da colônia, mas sim de exploração dos seus recursos.

Esse comportamento de *pilhagem* de recursos naturais arraiga ao inconsciente coletivo a ideia de naturalidade de comportamentos individuais nocivos ao interesse comum, instalando pífio desenvolvimento da solidariedade social, o que impõe inexoravelmente a compostura individualista na construção do pensamento constitucional brasileiro, o que será visto mais adiante.

Outro legado importantíssimo da história brasileira tem impedido a sedimentação da consciência constitucional: o *homem cordial*, tipo criado por Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 146), para quem

> no Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de

17 Gomes, 2010, p. 73.

> nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. Dentre esses círculos, foi sem dúvida o da família aquele que se exprimiu com mais força e desenvoltura em nossa sociedade. E um dos efeitos decisivos da supremacia incontestável, absorvente, do núcleo familiar [...] está em que as relações que se criam na vida doméstica sempre forneceram o modelo obrigatório de qualquer composição social entre nós. Isso ocorre mesmo onde as instituições democráticas, fundadas em princípios neutros e abstratos, pretendem assentar a sociedade em normas antiparticularistas.

Logo, o *homem cordial*, avesso aos formalismos e ritualísticas do âmbito público, não apenas opta por insólito tratamento íntimo às autoridades, como também, transformando-se em uma delas, faz do seu comportamento público extensão da conduta privada que realiza no círculo familiar.

Não é preciso divagar muito para concluir o quanto esse comportamento nos afasta do ideal de constituição presente na vida do Estado. De fato, se os interesses particulares têm movido os agentes públicos no Brasil, isso contradiz diuturnamente o princípio republicano e termina por delinear os contornos da parasitária relação público-privada no País, que assalta o erário e maltrata insidiosamente o princípio da impessoalidade.

Problema ainda atinente a causas históricas e também relatado por Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 32) radica no personalismo lusitano, que encontrou no País solo fértil para a sua semeadura:

> Pode-se dizer, realmente, que pela importância particular que atribuem ao valor próprio da pessoa humana, à autonomia de cada um dos homens em relação aos semelhantes no tempo e no espaço, devem os espanhóis e portugueses muito de sua originalidade nacional. [...]
>
> É dela que resulta largamente a singular tibieza das formas de organização, de todas as associações que impliquem soli-

> dariedade e ordenação entre esses povos. *Em terra onde todos são barões não é possível acordo coletivo durável, a não ser por uma força exterior respeitável e temida"* (grifos não são do original).

A atávica ausência de solidariedade desemboca, por sua vez, na resistência à efetividade de tudo quanto provém do sistema constitucional, que é o mais perfeito apanágio do ideal solidarista, aqui transportado para a realidade do direito.

Convictamente, não se poderia recolher passagem mais emblemática e elucidativa de uma causa histórica importantíssima para compreendermos as razões que nos levam ainda a fazer *adorno jurídico* das normas constitucionais: é o *personalismo* cujas consequências, de tão lesivas e com efeito residual tão forte, são presenciadas nos mais variados domínios da vida pública brasileira, como veremos no próximo capítulo.

É concausa histórica, mas com forte matiz antropológico, desde que se tome por certo que a mencionada passagem do clássico *Raízes do Brasil* desenvolve modo de pensar sobre a civilização ibérica que reconduz aos padrões comportamentais de portugueses e espanhóis ao longo de toda a Era dos Descobrimentos e no período subsequente.

Personalismo que assumiu o ar dândi da fidalguia colonial, sarcasticamente retratada por Gregório de Matos Guerra (1997, p. 103), nos versos de "Conselhos a Qualquer Tolo para Parecer Fidalgo, Rico e Discreto":

> Bote a sua casaca de veludo,
> E seja capitão sequer dois dias,
> Converse à porta de Domingos Dias,
> Que pega fidalguia mais que tudo.
>
> Seja um magano, um pícaro, um cornudo,
> Vá a palácio, e após das cortesias
> Perca quanto ganhar nas mercancias,
> E em que perca o alheio, esteja mudo.

Sempre se ande na caça e montaria,
Dê nova solução, novo epíteto,
E diga-o, sem propósito, à porfia:

Que em dizendo: "facção, pretexto, efecto",
Será no entendimento da Bahia,
Mui fidalgo, mui rico, e mui discreto.

2.2 POSSÍVEIS CAUSAS POLÍTICAS E A PÍFIA CONSOLIDAÇÃO DO IDEAL DEMOCRÁTICO E REPUBLICANO

Do que se possa dizer a respeito de possíveis causas políticas para o surgimento do fenômeno do constitucionalismo brasileiro tardio, o pífio desenvolvimento da ideia de democracia e república é a origem de tudo.

E a ausência de democracia, como fator político determinante do baixo nível de consciência constitucional no Brasil, é dado historicamente aferível.

E como o Brasil não tem *cultura democrática*, o povo se torna cético quanto às instituições republicanas forjadas pela democracia, como é o caso do Congresso Nacional. Cultura democrática de que nos ressentimos tanto quanto a aludida ausência de *cultura constitucional*.

Se, no desassossegado correr histórico desta Nação, experimentamos formalmente a democracia tão-só de 1891 a 1937, de 1946 a 1964 e de 1988 em diante, temos, no placar da democracia *versus* tirania, uma goleada dos sistemas despóticos de governar, ao menos se contabilizados os anos de vivência democrática: Democracia – 91; Tirania – 422.

É claro que não se mede matematicamente a democratização de sistema político por meio de cálculo do número de anos sob vigência de regimes despóticos ou democráticos, principalmente ao se evidenciar a existência de nações de *democracia jovem* que possuem pressupostos institucionais firmes e cultura política já amadurecida, porém, não deixa de

ser significativo que a vivência democrática tenha colhido pouco mais de 20% de toda a história da civilização brasileira.

Isso enseja reflexos que não necessariamente condizem com suposto ou eventual retorno ao regime militar ou instalação de ditadura no âmbito dos cargos do Poder Executivo; há outras formas de expressão de cultura antidemocrática, como se dá com o modo de criação e aplicação do direito, e, sobretudo com o modo como se vê a constituição, que é o repositório do ideal democrático, evidentemente nos sistemas políticos que o consagram.

E na evolução político-constitucional brasileira resplandece a atavia da tendência nacional – oxalá, hoje superada – quanto à alternância entre regimes ditatoriais e populares.

Dos oito Textos Constitucionais existentes no Brasil, quatro foram outorgados (1824, 1937, 1967 e 1969) e quatro foram promulgados (1891, 1934, 1946 e 1988).

Entretanto, a experiência constitucional brasileira convive muito mais com a constitucionalização do absolutismo[18], se é que isso é possível, do que a constitucionalização dos ideais democráticos, tanto que o sistema constitucional com vigência mais longa foi precisamente o Texto imperial de 1824, que perdurou até 1889, outorgado por D. Pedro I, após a Dissolução da Assembleia Constituinte em 1823.

E a outorga da primeira Constituição, a de 1824, pode ser percebida como causa política para o constitucionalismo brasileiro tardio, desde que se perceba também que a proliferação das ideias iluministas ao final do século XVIII e início do século XIX impuseram severa redefinição do temperamento ideológico do Estado, abolindo-se formalmente o absolutismo monárquico mediante a solene inscrição, nos textos

18 Bonavides; Paes de Andrade, 1990, p. 96.

constitucionais, de direitos individuais de primeira geração, além da tripartição das funções estatais, dando nascimento, na França, ao movimento que se convencionou nominar *rationalization du pouvoir*, cuja expressão máxima foi o art. 16, da Declaração francesa de 1791.

Escancarava-se a constatação de que o início do constitucionalismo brasileiro se perdia na contramão da própria ideia de constitucionalismo.

O que fez, então, D. Pedro I?

Abriu ao mundo as cortinas de um dos últimos espetáculos de *despotismo esclarecido* que se tem notícia: sem se desvencilhar de pressupostos absolutistas, deixou-se enamorar – o que não era difícil para ele – pelas ideias iluministas e inseriu direitos individuais no Texto de 1824.

D. Pedro I, idealista, carismático, mulherengo – teve quase cento e vinte filhos – e absolutista,

> [...] exerceu o poder com mão de ferro e não hesitou em demitir, prender, exilar e reprimir todos os que ousaram contrariar suas vontades. Foi um monarca de discurso liberal e prática autoritária. "Tudo farei para o povo, mas nada pelo povo", afirmou certa vez[19].

E ainda que se saiba que a Constituição de 1824 representou formalmente a libertação do Brasil do jugo português, um fato histórico na época foi indicativo de que a política, no nosso País, nunca se fez com o propósito de rompimentos abruptos e traumáticos; muito ao contrário, o que se vê é a complacência com os graves erros do passado. E o fato histórico é precisamente a Coroação de D. Pedro I, ocorrida em 1º de dezembro do ano da independência, dia em que se tradicionalmente comemorava a assunção ao poder da Dinastia dos Bragança, iniciada com D. João IV, como a politicamente simbolizar que se operava, naquele momento uma ruptura, mas nem tanto.

19 Gomes, 2010, p. 113.

A excessiva tolerância com os erros e os responsáveis por eles também provocam frustração e não auxiliam a consolidação do sentimento constitucional.

Realmente, se há elaboração de novo texto constitucional, é natural a convergência de expectativas de transformação do modelo político que acompanha o processo de ruptura institucional, surgindo inevitável desalento se a mudança não acontece. Desalento com o processo político. Desalento com a constituição.

A inexistência de alteração de práticas políticas também se associa à presença de compromissos dilatórios nas constituições brasileiras.

Com evidência. Os compromissos dilatórios, bem ao estilo da acomodação à brasileira, firmados em sede constitucional, determinam dois efeitos: um *positivo* e um *negativo*. O positivo é a sensação de consenso que brota após as discussões acaloradas, o que para qualquer domínio de relações, políticas ou não, ao estrangeiro que as presencia, podem parecer óbices incontornáveis ao acordo, que se dissipam dois ou três minutos depois com fortíssimos apertos de mão e efusivos tapas nas costas. Essa sensação de consenso termina por viabilizar a elaboração de texto constitucional, ainda que impregnado de efeito simbólico[20]. O outro, negativo, é a sensação de *baixa densidade normativa*, resultado da fixação de compromissos que, adrede, se sabe de difícil cumprimento, ou mesmo, de fato política e/ou juridicamente inviáveis. Se a constituição pode ser recheada de compromissos dilatórios que não vão ser cumpridos, por que razão as gerações do porvir, tão ocupadas com os seus problemas, deveriam se preocupar com a solução de acordos de antanho fechados somente para tomar politicamente possível a edição do texto? Qual a justificativa para respeitar um símbolo de acordos que nunca vão ser cumpridos?

20 Neves, 1994, p. 34.

Por isso que, infelizmente, a mania nacional, incorporada pela classe política, de não resolver os graves impasses de natureza política e relegá-los para resolução futura e incerta deplora a consciência constitucional e determina o prosseguimento, forte, do constitucionalismo tardio.

Por outro lado, a ausência de sentimento republicano também nos distancia do sentimento constitucional e nos conduz, de mãos dadas, no percurso histórico, com o constitucionalismo tardio.

Mas, rigorosamente, nunca desejamos ser republicanos.

A opção política pela república na Constituição de 1891 surgiu como única saída ante a inconciliabilidade entre a monarquia e a forma federativa de Estado – esta, sim, produzia enorme fascínio no constituinte republicano.

À época, não se divisava modelo político que harmonizasse a forma de governo monárquico com a divisão espacial do poder, como se sucede na federação.

E tanto foi assim que proclamar a República e consolidá-la no Texto Constitucional de 1891 foi o caminho político para suportar o ideal federativo propagado *urbi et orbi* pela Constituição americana de 1787.

E mais: até mesmo a Constituição de 1988 reservou alento para monarquistas brasileiros ao admitir plebiscito, no art. 2º do ADCT, que se realizou em 7 de setembro de 1993, mediante o qual o povo podia definir-se pela forma (monarquia ou república) e sistema de governo (presidencialismo ou parlamentarismo) que melhor lhe conviesse.

E é claro ressentir-se a sociedade brasileira do costume e de práticas republicanas, que produzem o prático e deletério efeito da falta de consciência constitucional, pois que, como definido linhas atrás, a República é dado essencial do sistema constitucional brasileiro.

Outra causa do constitucionalismo tardio atada ao processo político brasileiro: o modelo de federação.

Sem dúvida, ainda que o crescimento dos poderes do órgão central na federação se caracterize por fenômeno mundial, máxime a partir do desenvolvimento da ideia de *federalismo cooperativo*, o agigantamento de atribuições e de alocação de recursos financeiros à União contribui para o aparecimento de assimetria federativa que em nada, em nada mesmo possibilita a sedimentação da cultura constitucional.

Explique-se: se a divisão dos recursos financeiros do Estado e das competências federativas se opera em nível imediatamente constitucional, a Constituição Federal passa a ser vista com reservas por todas as unidades federativas de uma forma geral. O debate constitucional passa a ser um debate de ascendência política de estados ricos sobre estados pobres. Os economicamente mais débeis reagem e querem mais. Os economicamente mais fortes também. E a consequência de toda essa controvérsia: a fragilização do sentimento constitucional, visto que a Constituição não dá respostas efetivas às múltiplas demandas políticas subjacentes à coexistência de unidades parciais ontologicamente distintas num sistema federativo.

Observem-se as mais que acirradas discussões sobre os destinos dos recursos do petróleo a ser extraído da camada do pré-sal: os estados produtores defendem a apreensão de recursos bem mais significativos do que os que se anunciam. Os demais estados desejam receber fatia idêntica à entregue àqueles. E o final da estória: o Supremo Tribunal Federal decidirá se a lei que disciplinar a distribuição de recursos é ou não inconstitucional.

O que se defende aqui não é a ideia ingênua de que, na federação, todos vivem felizes e em harmonia com o seu vizinho, pois não há vizinho que não dê trabalho.

O problema é que até o STF produzir a decisão que porá fim às controvérsias, a elevação da temperatura política fragilizará o ideal federalista que, como se sabe, integra o arcabouço essencial da sociedade política brasileira, sendo até mesmo referido como vedação material explícita (art. 60, § 4º, I, CF).

Portanto, a opção federativa, por ser um dos traços essenciais da Constituição brasileira de 1988, passa a habitar o debate político não para enaltecer o sistema constitucional, mas sim para criticá-lo, para defender-se até secessões, como, não raro, já aconteceu na História brasileira.

E o resultado disso?

Claro como uma belíssima manhã de sol de verão em Salvador: a corrosão do sentimento constitucional.

Por fim, cumpre registrar a fisionomia oligárquica da política brasileira como outra possível causa política importante de nosso constitucionalismo tardio.

Até hoje oligarquias estaduais no Norte e no Nordeste do País dominam a política com práticas que se iniciaram com o *voto de cabresto* e se prolongam atualmente com o abuso do poder econômico nas eleições. E o mesmo aconteceu no Sudeste do País com a *Política do Café com Leite*, mediante a qual oligarquias paulistas e mineiras se alternaram na Presidência da República durante o período da República Velha.

O poder das oligarquias estaduais foi altamente destrutivo do sentimento constitucional à vista do mero e simples fato de que os interesses trasladados para o interior dos sistemas constitucionais expressavam o poder político de grupos e famílias, seja no período da República Velha, seja mesmo na fase que se lhe seguiu.

2.3 POSSÍVEL CAUSA JURÍDICA: O INDIVIDUALISMO JURÍDICO

Não é novidade referir que a Escola da Exegese originária do direito francês produziu grande fascínio nos juristas brasileiros.

Legaz y Lacambra (1961, p. 95) explica os dados essenciais da Escola da Exegese:

> antes de tudo, o culto do texto legal; todo o direito se encerra na lei, a lei deve ser a única preocupação do jurista: "eu não conheço o direito civil, somente ensino o Código de Napoleão", disse Buguet, um dos mais característicos representantes desta Escola. Laurent adverte que os Códigos não deixam nada ao arbítrio do intérprete; este não tem por missão fazer o direito, porque o direito já está feito e somente tem de interpretá-lo; se fizer outra coisa, usurpará as atribuições do poder legislativo que foram reservadas a este pela nação soberana.

Mas os juristas brasileiros passaram a seguir à risca não apenas o mito da lei acima de tudo, mas principalmente os valores individualistas incorporados à Escola da Exegese.

Com isso, a constituição deixou de habitar o discurso jurídico como instrumento dotado de normatividade e apto a realizar a conformação de comportamentos, públicos ou privados.

E por quê?

Em virtude do fato de que os valores constitucionais presos aos interesses da coletividade estavam e estão dissociados da visão individualista do direito, preconizada a partir e com fundamento na doutrina francesa.

2.4 SÍNTESE CONCLUSIVA: O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO TARDIO COMO RESULTADO DE POSSÍVEIS CONCAUSAS HISTÓRICAS, POLÍTICAS E JURÍDICAS

Fatos históricos, políticos e jurídicos deram origem à concepção tardia de constitucionalismo no Brasil.

Por consequência, as causas apontadas neste estudo são concomitantes, sendo todas igualmente relevantes para a investigação das razões que nos levaram ao desprezo da *vontade de constituição*.

Há, porém, fenômeno mais significativo que a percepção de se tratarem de concausas: a interpenetrabilidade dos fatos que conduziram e ainda conduzem ao problema.

É simplesmente inevitável o liame entre as causas apontadas neste estudo, porque não é correto localizá-las em compartimentos estanques, desde que se saiba que fatos políticos se sucedem em contexto histórico. História, por sua vez, que conforma a edição de normas jurídicas à imagem e semelhança do momento em que são editadas. Realidade normativa que expande efeitos no modo como se realiza a política.

Portanto, a investigação das causas *histórico-político-jurídicas* não deve prescindir do reconhecimento do processo dialético em que estão envolvidas, sendo esta a real motivação a fim de que se empreenda estudo dogmático e zetético sobre a falta de cultura constitucional no País.

3

EFEITOS JURÍDICOS DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO TARDIO

Indicadas as concausas que conduziram ao constitucionalismo tardio no nosso País, é chegado o momento de referir as consequências – invariavelmente deletérias – do modo de perceber e experimentar a constituição.

É evidente que outros efeitos poderão ser atilados com fundamento nas causas concomitantes expostas neste trabalho; contudo, examinaremos apenas aqueles que, sob a nossa forma de pensar, decorrem das causas apontadas nesta investigação.

3.1 A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E O CONSTITUCIONALISMO TARDIO

É relevante salientar que o presente subitem não terá por objetivo a investigação dogmática de todas as mais tormentosas questões e que dizem respeito à interpretação das normas constitucionais. Aqui se deterá na conexão porventura existente entre temas relacionados à interpretação da constituição que guardem afinidade com o problema do constitucionalismo brasileiro tardio.

Todavia, é necessário reconhecer a especificidade da interpretação das normas constitucionais.

Com evidência, salienta Marcelo Figueiredo (1991, p. 16) que

> O direito constitucional não pode ser interpretado com as mesmas regras e métodos do direito comum. [...]
>
> Diversas razões concorrem para essa assertiva: o fato de ser ele um código político por excelência, de se voltar basicamente ao domínio da vida política e de ser um direito superior do Estado, e, portanto, cuja sanção é difícil, porque muitas vezes os órgãos que praticam a inconstitucionalidade são órgãos do Estado. Além disso, o fato de não poder ser interpretado por regras situadas abaixo da Constituição.

Nesse passo, é correto dizer que uma das consequências relevantes da visão tardia de constituição no Brasil é o prosseguimento de inadequada interpretação constitucional. E, por outro lado, a inadequação do procedimento interpretativo produz efeitos altamente desastrosos, inclusive no que se relaciona à própria efetivação dos direitos fundamentais, cujos problemas de concretização estão umbilicalmente presos à falta de consciência constitucional.

Padecem até os denominados "Princípios Fundamentais", à vista da irrisória importância atribuída pelo aplicador do direito no Brasil ao domínio da Constituição de 1988, isso com reflexo também da reduzida importância que a comunidade jurídica de forma generalizada lhe devota.

E, nesse domínio, encontramos a mais elevada cláusula constitucional: a que protege a *dignidade da pessoa humana*,

José Afonso da Silva (2000, p. 146) esclarece que

> [...] a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua iminência, transforma-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fun-

damentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.

Até mesmo a *dignidade da pessoa humana*, "valor-fonte do sistema normativo brasileiro", como elegantemente designa Miguel Reale[21], e Princípio Fundamental positivado no art. 1º, III, CF, é interpretado como mera *cláusula genérica* por tribunais brasileiros, situação decorrente de nosso baixíssimo nível de cultura constitucional.

3.2 O MODELO AUTOCRÁTICO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O CONSTITUCIONALISMO TARDIO

Afirmamos em trecho anterior que a ausência de cultura democrática não expande efeitos apenas no altiplano do exercício dos direitos políticos; o modo de produção e, sobretudo, de aplicação do direito recebe inegavelmente o influxo da compostura autocrática da civilização brasileira.

O direito constitucional não é porção divorciada da realidade física. Mantém com ela relação intensamente dialética, pois a conforma e é por ela conformado.

Como consequência desse fenômeno, o controle de constitucionalidade consumado pelo Supremo Tribunal Federal é procedimento que não se desvincula da realidade histórica, política, social.

E uma das manifestações do modelo autocrático de aplicação do direito se dá por meio da *abstratização* do controle concreto-difuso da constitucionalidade.

Sabe-se muito bem que a decisão no controle concreto-difuso opera efeitos *inter partes*, diferentemente do que ocorre na fiscalização concentrada-abstrata, quando o provimento judicial incorpora eficácia *erga omnes*.

21 Cf. *Estado democrático de direito e o conflito de ideologias*, p. 101.

Entretanto, há decisões do Supremo Tribunal Federal, segundo as quais, igualmente no controle concreto-difuso, em dadas hipóteses, é possível operar efeitos gerais contra todos.

Como exemplo de tal manifestação, temos a Rcl n. 4.335, mediante a qual o relator, o ministro Gilmar Mendes, conferiu eficácia *erga omnes* à decisão prolatada nos autos do HC n. 82.959-SP, que declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), e cassou decisões do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco - AC, pelas quais indeferiu pedido de progressão de regime em favor de condenados à pena de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos.

No referido processo, o ministro Eros Grau, em voto-vista, julgou procedente a reclamação, acompanhando o voto do relator, no sentido de que, pelo art. 52, X, da CF, ao Senado Federal, no quadro de verdadeira mutação constitucional, está atribuída competência apenas para dar *publicidade* à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, haja vista que essa decisão contém força normativa bastante para suspender a execução da lei (Fonte: *Informativo STF*, n. 463).

O relator da reclamação, o ministro Gilmar Mendes, pronunciou-se para reconhecer que a multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e o advento da Lei n. 9.882/1999 alterou de forma radical a concepção que dominava sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a EC n. 16/65 e a CF 67/69. Salientou serem inevitáveis, portanto, as reinterpretações dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente o da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Reputou ser legítimo entender que, atualmente,

a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso (Fonte: *Informativo STF*, n. 464).

Concluiu, desse modo, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia *erga omnes* a ser atribuída à decisão do STF no HC 82.959/SR.

É o crescimento da *tendência maximalista*, no âmbito do controle de constitucionalidade brasileiro, que termina conferindo eficácia contra todos nos processos concretos, tomando seus efeitos idênticos àqueles inerentes à decisão produzida em sede de ação direta.

Todavia, não nos parece que o STF optou pelo melhor caminho, com a devida vênia.

E o equívoco perpetrado guarda estreita relação com o modelo autocrático de aplicação do direito, aqui com perigosos efeitos no plano da relação entre as funções estatais.

É que o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil contempla a viabilidade de pedido *incidental* (pelo controle concreto-difuso) e *principal* (pelo controle abstrato-concentrado) de inconstitucionalidade. Sucede que o pedido de declaração *incidental* de inconstitucionalidade representa exercício de garantia fundamental pelo indivíduo, que resulta grandemente afetada se prevalecer, na jurisprudência do STF, a indigitada abstratização.

Com efeito, o princípio da democracia participativa (art. 1º, parágrafo único, e art. 14, I-III/CF), no plano processual, induz à condução de ofensa a direitos fundamentais do indivíduo ao Poder Judiciário, proce-

dimento que será inapelavelmente prejudicado se o STF concluir pela atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões tomadas nos casos concretos.

Demais disso, é muito importante destacar que a participação do Senado é prevista desde a Constituição de 1934 exatamente para, após emissão de juízo político pela Câmara Alta, expandir os efeitos da decisão tomada no caso concreto, razão por que a tendência observada na decisão do STF ofende ofuscantemente o princípio da correção funcional, máxime se constatar-se que a prerrogativa conferida ao Senado pelo art. 52, X, na atualidade, nada tem de obsoleta, em razão das inúmeras resoluções coparticipativas expedidas a partir de 2005.

E se, como dito, a subtração dessa prerrogativa historicamente atribuída ao Senado produz inequívoca ofensa ao princípio da correção funcional e impede que a interpretação constitucional sirva para alterar rol de competências atribuído aos órgãos do estado pelo legislador constituinte originário, a mutação imposta ao art. 52, X, CF em absolutamente nada favorece a consolidação da consciência constitucional no Brasil.

Isso porque a competência estatuída ao STF pelo art. 102, *caput*, da CF quanto à guarda da Constituição não repugna interpretá-la sistematicamente em face das demais prescrições constitucionais, de modo particular a que impõe o relacionamento independente e harmonioso entre as funções estatais legislativa, executiva e judiciária (art. 2º da Constituição).

Não se esqueça também que possui o STF o instrumento da súmula vinculante para operar a transcendência *erga omnes* de questão apreciada no processo concreto e que tal instrumento pode ser adotado, inclusive *ex officio*, pela Corte.

Logo, diante desse quadro de possibilidades de conferência de eficácia *erga omnes* às decisões prolatadas nos processos subjetivos, tememos se

reduza o espectro de atuação do Poder Legislativo e torne letra morta a dicção do art. 52, X, da Constituição.

O que parece evidente nessa tendência do STF em conferir eficácia *erga omnes* a decisões adotadas no controle concreto é, *data venia*, navegar a Corte na nova *onda processual*, que se caracteriza por fortíssima limitação do direito das partes no processo judicial, pois termina aplicando mais um duríssimo golpe contra o controle concreto-difuso.

Sobremais, consolida jurisprudência que provoca o distanciamento de nossa Corte Constitucional de princípios democráticos que descrevem sua razão de ser e de existir e que defluem desenganadamente do Texto Constitucional, com a devida vênia.

3.2.1 O MODELO AUTOCRÁTICO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, O CONSTITUCIONALISMO TARDIO E A EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS ESTADUAIS E MUNICIPAIS

O art. 62, *caput*, da CF acentua que "em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional".

O enunciado normativo instala discussão importantíssima e relacionada às autoridades competentes para edição de medidas provisórias.

De nossa parte, defendemos que as espécies normativas em questão somente podem ser editadas pelo Presidente da República.

E por quê?

Para responder à pergunta, é necessário recorrer à interpretação sistemática, atada ao princípio da unidade.

E é com lastro em tal procedimento hermenêutico que concluímos ser impróprio sustentar-se a plausibilidade de governadores de estados e

prefeitos de municípios editarem medidas provisórias, porquanto a edição é ato privativo do presidente da República – chefe do Poder Executivo federal, portanto.

Não se aprova, por esta razão, que o poder constituinte decorrente outorgue idêntica prerrogativa aos governadores, principalmente porque o art. 84, XXVI, enfatiza-a como atribuição – e privativa – do presidente.

Quando o constituinte originário o desejou, promoveu tratamento impessoal ao fazer remissão não à *pessoa* que ocupa o cargo, mas à *função executiva*, como aconteceu nos arts. 2º; 39, § 6º; 76, *caput*, e no art. 165, *caput*, quando comete ao Poder Executivo a gestão da receita do estado.

Não se deve atrapalhar, por conseguinte, a função do estado com a pessoa que exerce sua chefia.

E somente equívoco dessa ordem, *data venia*, é que possibilita às Constituições estaduais concederem aos chefes do Executivo regional o poder de editar medidas provisórias.

Tal não é, entretanto, o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, que admite a edição de medidas provisórias por governadores de estados ou do Distrito Federal, desde que a possibilidade esteja presente nas constituições estaduais e nas respectivas leis orgânicas municipais[22].

22 ADIn n. 1.181/TO, rel. min. Maurício Corrêa. Ver também trecho da seguinte ementa relativa à ADIn n. 490, rel. min. Maurício Corrêa: "Ação direta de inconstitucionalidade. Preliminar. Constituição do Estado. Processo legislativa. Medida Provisória. Competência do Governador para editá-la. Aumento de remuneração de servidores públicos. Iniciativa. Doação de bens do Estado. Majoração do percentual de participação dos Municípios na arrecadação do ICMS. Eficácia legal limitada no tempo. Prejudicialidade. 1. Podem os Estados-Membros editar medidas provisórias em face do princípio da simetria, obedecidas as regras básicas do processo legislativo no âmbito da União (CF, art. 62). 2. Constitui forma de restrição não prevista no vigente sistema constitucional pátrio (CF, § 1º do art. 25) qualquer limitação imposta às unidades federadas para a edição de medidas provisórias. Legitimidade e

Acreditamos que o Supremo Tribunal Federal, *data maxima venia*, além de perder grande oportunidade para catalisar a repulsa da comunidade jurídica brasileira às detestáveis medidas provisórias, terminou fazendo muito pior ao admitir que Governadores de Estados e Prefeitos Municipais legislem por via de tais espécies normativas, quando todos sabem o quanto conflagram o sistema jurídico, instilam generalizada insegurança e nos levam ao sentido diametralmente contrário ao da consolidação da consciência constitucional.

3.3 CONSTITUCIONALISMO TARDIO E A (IN)EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como referimos anteriormente, os direitos fundamentais são bastante atingidos pela ausência de cultura constitucional e concepção tardia do constitucionalismo.

Deveras, o modo de interpretar a constituição produz inequívocos efeitos na ausência de efetividade dos enunciados normativos jusfundamentais.

Desta forma, buscaremos indicar, em subitens distintos, os direitos fundamentais que reputamos mais atingidos pela concepção tardia de constitucionalismo no Brasil, organizando a exposição com base nos principais direitos individuais e concluindo com os direitos políticos.

3.3.1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (ART. 5º, II, CF)

Como refere o art. 5º, II, da CF "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

---

facultatividade de sua adoção pelos Estados-membros, a exemplo da União Federal". No caso, embora a questão tenha sido posta relativamente à edição de MP por Chefe de Executivo estadual, a parte final do acórdão, ao remitir "às unidades federadas", abre precedente para que Prefeitos de Municípios também editem medida provisória, desde que prevista a possibilidade na respectiva lei orgânica.

É o mandamento que celebra a legalidade; reprova o arbítrio.

Logo, como efeito da ausência de consciência constitucional, vê-se, com infeliz habitualidade, a prática de atos administrativos e de governo com insidioso maltrato ao princípio da liberdade-matriz, que é a base essencial de todos os estados democráticos e conatural à expansão do constitucionalismo moderno.

Pois bem. Sendo o princípio da legalidade um dos substratos inexcedíveis do estado democrático de direito consagrados na Constituição de 1988, atos da Administração Pública, que revelam nosso baixíssimo nível de consciência constitucional, impõem restrição à liberdade das pessoas com suporte em lei exclusivamente no sentido material, propiciando o aparecimento de inúmeros atos de caráter normativo, como é o caso de resoluções, portarias, instruções e até editais de concurso público, desobedientes ao comando da legalidade.

Somente lei em sentido concomitantemente material e formal tem aptidão para conformar a conduta individual, como têm reiteradamente decidido os Tribunais brasileiros[23].

3.3.2 A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO (ART. 5º, IV, CF)

A sua base constitucional é o art. 5º, IV: "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato".

A locução constitucional consagra a livre manifestação do pensamento, igualmente chamado de *direito de opinião*.

23 "Administrativo - Multa - Ibama - Portaria Nos 122/85 e 267/88 - Transporte de Carvão Vegetal - Nulidade do Auto de Infração -1. Somente a Lei em sentido formal e material pode descrever infrações e impor penalidades, sendo nulos os autos de infração lavrados com base em portaria. H. Apelação provida" (TRP 1ª R. - AC 01000339620 - MG – 3ª T. Supl. - Rel. Juiz Federal. Conv. Moacir Ferreira Ramos - *DJU* 31 jul. 2003 - p. 105).

Complementa-a o art. 5º, VIII, ao assegurar que "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos impostas, e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei".

Dois valores comandam o exercício do direito de opinião: o *valor da indiferença*, mediante o qual o indivíduo é protegido pela garantia de neutralidade; o *valor da exigência*, por meio do qual se viabiliza a formulação de exigência para impor ao Estado o respeito ao pensamento manifestado, com o efeito prático de afastar a pessoa do cumprimento de uma obrigação genérica incompatível com sua opinião e convicções[24].

Quando se cogita do valor de indiferença, impede-se que se incuta na pessoa o receio de manifestar a opinião diante de possível tratamento desfavorável que o fato possa lhe acarretar.

E, desse modo, a concepção autocrática do direito conduz inevitavelmente ao esvanecimento do direito de opinião, tão festejado pelos sistemas democráticos.

No Brasil, também como reflexo da falta de consciência constitucional, presencia-se, de forma cada vez mais crescente, a judicialização de questões afetas ao direito de opinião.

E isso por quê?

Simplesmente porque, sendo pobre a experiência democrática brasileira, o exercício do direito individual é invariavelmente cercado de penumbra misteriosa, fazendo com que o debate político seja conduzido para seara totalmente estranha.

---

24 Cf. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins em *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 82-85.

Então, no Brasil, como reflexo da falta de consciência constitucional, presencia-se, de modo habitual, a judicialização de questões afetas ao direito de opinião[25-26].

E, no domínio dos desatinos, o pior deles é certificar-se que, no âmbito do serviço público, malgrado o art. 37, *caput*, da Constituição, ao assentar o princípio da impessoalidade, realize objetivamente a proteção ao direito individual, interditando-se que a Administração Pública, para prejudicar ou beneficiar, se valha de opinião manifestada por agente público ou por qualquer cidadão para prejudicar, o fato é que as pessoas que resolvem tornar pública a sua opinião sobre as práticas administrativas lesivas aos interesses da coletividade são, não raro, acionadas em processo judicial.

---

25 "Imunidade Parlamentar - Vereador que, embora sendo radialista, imputa fatos ofensivos à honra alheia ao pronunciar-se sobre eleição da Câmara Municipal em programa radiofônico conduzido por terceiro. Aplicação do art. 29, V, da Constituição Federal. Necessidade. Aplica-se o art. 29, V, da Constituição Federal, na hipótese em que vereador, embora sendo radialista, imputa fatos, em tese, ofensivos à honra alheia ao pronunciar-se sobre eleição da Câmara Municipal em programa radiofônico conduzido por terceiro, uma vez que não se manifesta como profissional da emissora, mas munido da função parlamentar, sendo certo que o exercício de seu direito de crítica e opinião previsto na Carta Magna exclui a antijuridicidade de eventual difamação praticada por ele na entrevista à imprensa, não se podendo falar em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação" (TACRIMSP - Ap 1224027/8 - 4ª C. - Rel. Juiz Péricles Piza - *DOESP* 2 mar. 2001).

26 "Indenização por Dano Moral - Secretário de Saúde Municipal - Divulgação de Notícia em Rádio - Colocações Restritas ao Direito de Crítica - Prejuízo Moral Não Comprovado - Apelação do Réu Provida - Apelação do Autor Prejudicada - 1 - A crítica de atos do Poder Executivo e de seus agentes não constitui abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e da informação (art. 27, VI, Lei de Imprensa) 2 - Para justificar a imposição de condenação a título de dano moral, por notícia divulgada, além do excesso empregado na crítica, impõe provar a ocorrência do efetivo padecimento e eventual prejuízo no relacionamento social" (TAPR - AC 0148228 - (11524) – 7ª C.Cív. - Rel. Juiz Miguel Pessoa - *DJPR* 6 out. 2000).

3.3.3 O DIREITO DE REUNIÃO (ART. 5º, XVI, CF)

Assegura o art. 5º, XVI, que "todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente".

O enunciado refere o direito de reunião.

Estado democrático é sinônimo de liberdade de manifestação do povo.

Logo, o dispositivo não teria a finalidade de adstringir a manifestação legítima mediante suposta exigência de autorização da autoridade competente a fim de possibilitar a reunião, razão por que contingente determinação constitucional dirigida à comunicação à autoridade competente se relaciona a imperativos inerentes ao próprio exercício do direito individual.

Observa André Ramos Tavares (2012, p. 649) que

> Essa exigência de prévia comunicação se fundamenta na necessidade de que as autoridades, comunicadas com antecedência razoável, amem para resguardar a realização tranquila da reunião, sem prejuízo para as demais pessoas. Assim procederá às alterações do trânsito, ao reforço da segurança pública nas imediações, inclusive tomando as precauções para impedir que outra reunião se realize naquele local, frustrando a realização da reunião já marcada anteriormente.

Todavia, nas grandes cidades brasileiras, pressente-se que o direito de reunião tem sido exercitado de modo desproporcional, seguramente como efeito de nossa precária percepção dos interesses da coletividade que estão plasmados no Texto Constitucional.

Em primeiro lugar, nota-se mero e simples equivocado exercício do direito, quando grupos resolvem parar o trânsito de grandes cidades

para o fim de levar ao conhecimento geral problemas específicos de sua comunidade, tais como: instalação de passarelas, construção de postos de saúde etc.

Defendemos, assim, que o direito de reunião deve ser compatibilizado ao interesse que surge como causa para o exercício do direito individual.

Melhor explicando: se determinado grupo de pessoas deseja manifestar publicamente o seu inconformismo a respeito de dada ação ou omissão do Poder Público, o nível de incômodo proporcionado à coletividade de uma maneira geral deve ser balizado pela natureza do interesse que originou a manifestação.

Logo, a cidade inteira não pode e não deve sofrer os efeitos de manifestação consumada por categoria profissional que defenda a proteção de interesses meramente de ordem coletiva.

É evidente que grupos minoritários têm o direito de lançar mão do direito individual; o que se não deve aceitar é que, longe do princípio da proporcionalidade, tais segmentos tornem figura de retórica constitucional a tutela a direitos elevadíssimos da pessoa humana, como é o direito à vida, indecentemente ameaçado quando fechadas, de fato, as vias públicas por tais manifestantes.

3.3.4 O DIREITO ADQUIRIDO (ART. 5º, XXXVI, CF)

O art. 5º, XXXVI, prevê que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

É a cláusula constitucional que protege o direito adquirido.

Nessa investigação, pretendemos demonstrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não tem consumado interpretação constitucionalmente adequada, *data maxima venia*, como decorrência de nosso já tão propalado, aqui, constitucionalismo tardio.

E uma dessas manifestações é a conclusão acerca de não existir direito adquirido a regime jurídico[27-28].

O problema parece, contado, mais grave ainda.

É que o STF, *venia concessa*, não vem extratando proposições acerca do direito adquirido que o torne, de fato, *direito individual* constitucionalmente protegido; de forma diversa, fundamenta-o na legislação subconstitucional e conclui que o regime jurídico, disciplinado em lei, não enseja o surgimento de qualquer direito dele decorrente.

Parece-nos que a tese de inexistência de direito adquirido a regime jurídico fornece fundamentos de índole eminentemente legal, e não constitucional, procedendo, desse modo, a crítica à decisão do STF de que não realiza interpretação constitucional acerca da cláusula do direito adquirido[29].

---

27 Ver ADIn n. 3.128-7, rel. min. Ellen Gracie.

28 Não foi outra a conclusão do STF quando do julgamento da ADIn n. 2.555-4, rel. min. Ellen Gracie, em cuja ementa a Corte expressamente consignou que não há direito adquirido a regime jurídico: "Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 54 do ADCT. Pensão mensal vitalícia aos seringueiros recrutados ou que colaboraram nos esforços da Segunda Guerra Mundial. Art. 21 da Lei n. 9.711, de 20.11.98, que modificou a redação do art. 3º da Lei n. 7.986, de 20.11.89. Exigência, para a concessão do benefício, de início de prova material e vedação ao uso da prova exclusivamente testemunhal. A vedação à utilização da prova exclusivamente testemunhal e a exigência do início de prova material para o reconhecimento judicial da situação descrita no art. 54 do ADCT e no art. 1º da Lei n. 7.986/89 não vulneram os incisos XXXV, XXXVI e LVI do art. 5º da CF. O maior relevo conferido pelo legislador ordinário ao princípio da segurança jurídica visa a um maior rigor na verificação da situação exigida para o recebimento do benefício Precedentes da Segunda Turma do STF: REs n. 226.588, 238.446, 226.772,236.759 e 238.444, todos de relatoria do eminente ministro Marco Aurélio. Descabida a alegação de ofensa a direito adquirido. O art. 21 da Lei n. 9.711/98 alterou o regime jurídico probatório no processo de concessão do benefício citado, sendo pacífico o entendimento fixado por esta Corte de que não há *direito adquirido a regime jurídico*. Ação direta cujo pedido se julga improcedente".

29 Cf. Fabio Periandro de Almeida Hirsch, *Direito adquirido a regime jurídico* - Tese de Doutorado, Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2012.

Mas as discussões não se limitam ao plano dos direitos individuais, transcendendo-o para abranger igualmente os direitos políticos, como se verá a seguir.

3.3.5 OS EFEITOS DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO TARDIO NO ÂMBITO DOS DIREITOS POLÍTICOS

Nota-se que referidas variadas causas históricas para o surgimento do constitucionalismo tardio no País produzem efeitos especialmente quando o objetivo se prende ao exame dos direitos políticos.

3.3.5.1 OS INSTRUMENTOS DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E SUA REDUZIDA UTILIZAÇÃO PELO POVO BRASILEIRO

Examinados os três instrumentos de democracia participativa referidos no art. 14, I-III, da CF, constata-se que têm sido muito pouco utilizados no cenário político brasileiro.

Realmente, quer se aluda ao plebiscito, ao referendo ou à iniciativa legislativa popular, deprime-se com a visão do quadro nacional inerente à participação popular.

De todos os projetos de lei aprovados pelo Congresso Nacional, apenas dois deles foram originários de iniciativa popular, no caso a Lei dos Crimes Hediondos e a Lei da Ficha Limpa, sendo que o primeiro deles teve um de seus mais importantes enunciados declarado inconstitucional pelo STF, no caso o preceptivo que proibia a progressão de regime[30], ao passo que o segundo teve de percorrer autêntica *via crucis* até a nossa Suprema Corte reconhecer a sua aplicabilidade para as eleições de 2012, de forma absolutamente seródia, *data maxima venia*.

30 Foi a conclusão do STF nos autos da Rcl. n. 4.335, mediante a qual o relator, min. Gilmar Mendes, conferiu eficácia *erga omnes* à decisão prolatada nos autos do C n. 82.959-SP, que declarara a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º, da Lei n. 8.072/90.

Parece evidente que a *letargia cívica* se manifesta, sobretudo, a respeito de direitos fundamentais cujo exercício é cometido exclusivamente ao povo pelo poder constituinte originário. E, no caso, parece que brota a indolência popular da histórica causa atinente à ausência de pertencimento indicada no Capítulo 2.

E verdade também reconhecer que a própria forma adotada para a iniciativa não a estimula; pelo contrário, impede, de fato, a participação do povo no processo legislativo brasileiro, porque não é razoável entender que as exigências do § 2º do art. 61 da CF são facilmente atendidas, já que fácil não é encontrar mais de um milhão de pessoas que se disponham a subscrever projeto de iniciativa popular (1% do eleitorado nacional), que tenham domicílio eleitoral em, pelo menos, cinco estados da Federação, e que cada uma das unidades compareça com, no mínimo, 0,3% de seus eleitores.

Contudo, não parece que as dificuldades constitucionais para o exercício do direito político fundamental se atenham grandemente ao aspecto formal das exigências ditadas no § 2º do art. 61. O que sobressai, infelizmente, é a inaptidão do povo brasileiro para exercitar a sua interferência mais efetiva na vida política nacional como efeito da histórica ausência do sentimento de pertencer ao Estado brasileiro.

Por outro lado, é preciso remarcar a ideia quanto a ser esta investigação *de constitutione lata* e não *de constitutione ferenda*.

Logo, a pesquisa dos problemas que circundam a dogmática e zetética acerca do constitucionalismo brasileiro tardio evidentemente que está radicada no sistema do direito positivo tal como se encontra na atualidade. Não se proporá, aqui, alteração de cunho legislativo destinada à solução dos problemas inerentes à falta de cultura constitucional no Brasil, mesmo porque a saída será manifestamente imprópria dada a multitudinária composição de fatores que nos afastam de uma tal cultura.

De todo modo, não deixa de obter significação o enunciado normativo do § 2º do art. 61 da CF, especialmente quando o comando registra, de modo expresso, a expansão da democracia participativa para fim específico no processo legislativo brasileiro: apresentação de *projeto de lei* à Câmara dos Deputados.

E o que dizer de proposta de emenda à Constituição?

O enunciado, *de constitutione lata*, não induz a tal viabilidade, se bem que, no âmbito do processo de elaboração de leis pelo Poder Legislativo no Brasil, no domínio da *praxis* política, a circunstância de vedação constitucional não obstaria que, eventualmente, conjunto de Deputados ou Senadores (1/3 da composição da Casa, segundo o art. 60, I, CF) encampasse a proposta popular movidos por injunções de color político.

Se assim é, por que não foi estendida a possibilidade de iniciativa popular para a alteração das normas constitucionais?

É o constitucionalismo tardio, lançado firme na Assembleia Constituinte em 1986, que produziu o efeito formal de impedir a iniciativa popular quanto à apresentação de proposta de emenda à Constituição, de sorte a, emblematicamente, mostrar que o processo de redemocratização do País e de alargamento da participação do povo na formação da vontade do estado se encontrava e se encontra ainda em estágio embrionário.

3.3.5.2 A CORRUPÇÃO E O "HOMEM CORDIAL": EFEITOS JURÍDICOS DA INEXISTÊNCIA DE LIMITES ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO NO BRASIL

No Capítulo 2 foi indicada como concausa histórica para o constitucionalismo tardio o legado brasileiro para o mundo: o *homem cordial*.

O *homem cordial* infelizmente não é apenas o homem afável, cortês, hospitaleiro. A ideia de cordialidade assume contornos altamente pejora-

tivos para anunciar a terrível consolidação da chaga nacional de não divisar o *público* e o *privado*.

Como efeito jurídico disso há os graves e recorrentes casos de corrupção mediante os quais se pinta, com as cores vivas da realidade, o triste cenário: o exercício de cargo público no Brasil passa a se constituir na forma mais eficaz de enriquecer fácil e rapidamente.

E sendo certo que não subsiste corrupção sem corruptor, os agentes econômicos privados andam de braços dados com os corruptos do serviço público em direção ao altar da prevaricação e da rapinagem praticada contra o erário.

Porém, extrai-se do sistema constitucional direito fundamental cujos contornos ainda não foram suficientemente desenvolvidos pelo sistema da ciência do direito no Brasil: *o direito fundamental ao governo honesto*.

Se bem que voltaremos a examinar o direito fundamental ao governo honesto após conclusão sobre os efeitos da falta de cultura constitucional no altiplano dos direitos políticos, é importante destacar que a "cordialidade" à brasileira tem proporcionado o opróbrio nacional de destemido ataque ao erário que parte precisamente daqueles que deveriam porfiar em realizar os valores constitucionais de probidade: os que exercem cargos eletivos no Poder Executivo e no Legislativo.

Foi com esse elevadíssimo propósito que se deu a edição da Lei da Ficha Limpa – Lei Complementar n. 135/2010.

Malsinada por políticos corruptos, aplaudida pelo povo brasileiro, a Lei da Ficha Limpa pode ser reputada – com desculpas pelo bordão – como verdadeiro *divisor de águas* dentro do processo político-partidário no País, mais ainda porque tornou objetivamente aferível, nos casos concretos, o comando do § 9º do art. 14 da CF, especialmente no que se des-

tina à proteção da probidade administrativa, da moralidade no exercício do mandato mediante a consideração da vida pregressa do candidato.

3.3.5.3 A REALIDADE DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO BRASIL: O ATAVISMO PERSONALISTA E A FRAGILIZAÇÃO DO SISTEMA PARTIDÁRIO

O personalismo lusitano é uma possível causa histórica do constitucionalismo tardio brasileiro, sendo responsável pela frágil conformação das estruturas partidárias, porque o partido político é o centro a partir do qual devem gravitar, em tese, as pretensões populares e democráticas.

Contudo, por eleições a fio, tem-se notado que o personalismo na política impede o franco desenvolvimento dos partidos, já que o eleitor não vota nas propostas e plataformas do grêmio partidário, mas sim no líder político.

Com isso, despontam dois efeitos perniciosos: a) o partido político se torna refém da liderança que exercita o poder, de modo personalista, na instância partidária; b) dificulta-se enormemente a renovação dos quadros partidários.

E como não pode existir *eleito* que não seja *filiado* a partido político, aqui também se observará a instalação de círculo vicioso tendente a reproduzir no campo das políticas de estado os vícios resultantes do comportamento personalista que se pratica no recinto partidário. E o estado partidário, assim, continuará firme, concedendo graças e benefícios aos que, juntos, comeram "poeira e sal", indiferente à moralidade.

3.3.6 O PACTO FEDERATIVO E OS PROBLEMAS DECORRENTES DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO TARDIO

Dentre todas as vedações materiais explícitas previstas na Constituição de 1988 resplandece, com luminosidade, a cláusula federativa (art. 60, § 4º, I, CF).

Todavia, não subsiste prática constitucional que se coadune ao discurso federalista.

Deveras, a cada vez de modo mais intenso, acirra-se a rivalidade entre os entes estaduais no Brasil, que decorre de disputa por receita tributária, como se sucede com a guerra fiscal e, atualmente, com o destino dos recursos do pré-sal.

O grande mal do federalismo brasileiro parece ser a tendência das lideranças políticas estaduais quanto a incluir exclusivamente temas dos estados na agenda política, fragilizando ainda mais a ideia de federação.

E como o federalismo tem se inserido, de modo sistemático, nas Constituições brasileiras, sendo a única cláusula intangível mantida em todos os Textos Constitucionais – até mesmo nos outorgados –, só pode existir uma explicação para o fato de o discurso constitucional não corresponder à prática federalista no nosso País: o constitucionalismo tardio.

A ontologia da Federação brasileira convive com outro impasse: a inclusão dos municípios.

Fernando Dias Menezes de Almeida (2011, p. 93-101) pontua que

> Senão por uma afirmação politica da relevância dos Municípios, não há sentido em imaginar que Municípios e Estados, cujos territórios se sobrepõem e cujas populações representam respectivamente conjuntos que formam conteúdos e continentes, tenham simultaneamente se unido para formar o Brasil. Ou bem apenas Estados se uniram; ou bem apenas Municípios se uniram. A solução constitucional vigente é pura figura de retórica política.

Logo, a inclusão dos municípios na Federação brasileira em 1988 provocou a sobreposição de espaços políticos no modelo federal, que, embora não seja responsável pelo desencadeamento dos problemas intricados e pertinentes ao relacionamento dos estados entre si e destes com

a União, lança um véu de incertezas sobre a verdadeira compostura da nossa Federação, que somente se dissipa se compreendermos a inserção da pessoa municipal como resultado do eloquente reconhecimento da importância histórica, social e política dos Municípios para o Brasil.

Mas como visto no capítulo anterior, os acirradíssimos debates que fazem "sangrar" a Federação brasileira atingem igualmente a própria Constituição que a consagra, desvirtuando o sentimento constitucional e nos distanciando da ideia de um constitucionalismo presente, de verdade, na vida nacional.

3.3.7 AINDA A CORRUPÇÃO: O DIREITO FUNDAMENTAL AO GOVERNO HONESTO E O "ADMINISTRADOR CORDIAL". O ASSALTO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO COMO COMPORTAMENTO HISTORICAMENTE COMPROVADO

O "homem cordial" desconhece fronteiras entre o público e o privado e faz do cargo público instrumento de satisfação de interesses particulares.

Assim, é possível referir que a improbidade na administração pública brasileira é realidade mais *cultural* que *jurídica*, mais *histórica* que *constitucional*, dando surgimento à figura do *administrador cordial*.

E quais efeitos jurídicos decorrem desse fato? É a vulneração de todos os princípios constitucionais indicados no art. 37, *caput*, CF.

O princípio da legalidade é acintosamente desprezado quando o administrador se desvia da finalidade legal para contemplar interesses privados. Mas disse-o Ruy Cirne Lima (1982, p. 52) que

> O fim – e não a vontade – domina todas as formas de administração [...] A relação de administração somente se nos depara, no plano das relações jurídicas, quando a finalidade, que a atividade de administração se propõe, nos aparece defendida e protegida, pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros.

> O princípio da impessoalidade é indiscutivelmente malferido porque o administrador desonesto escolhe a prática de atos administrativos que permitam beneficiar determinadas pessoas em detrimento do interesse da coletividade.

E como o fim não é o legalmente imposto, escamoteia-se a publicidade do ato para impedir o conhecimento público acerca do privilégio concedido a terceiros.

Impessoalidade que também se cola à finalidade. Marcelo Figueiredo (2009, p. 59) explica que

> o princípio da impessoalidade nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.

E, por fim, tem-se a reprovação, de fato, do princípio da eficiência, porque, convictamente, não se poderá, jamais, cogitar de administração eficiente ali onde se observa a preponderância perniciosa da concessão de benesses a indivíduos que se relacionam com o estado.

A "cordialidade" do brasileiro é evidenciada nos atos de corrupção que, por sua vez, se prende à forma de investidura do agente público.

Como, no Brasil, é reduzido o sentimento de defesa dos interesses da coletividade, o gestor da coisa pública procura sofregamente alternativas para a investidura de agentes que não seja o salutar e republicano comando do art. 37, II, CF, que impõe a obrigatoriedade do concurso público.

Com efeito, o art. 37, II, foi uma das mais árduas conquistas do povo brasileiro no seio da Assembleia Constituinte de 1986, contando, até hoje, com desafetos que buscam contornar a aplicação do preceito.

É que atualmente têm se sucedido centenas de milhares de contratações de agentes públicos sem reverência à regra do concurso público, seja por meio da burla sorrateira da indicação de indivíduos para cargos em comissão sem atendimento às prescrições constitucionais, seja por meio da transformação em ordinária da excepcionalidade anunciada no art. 37, IX/CF, desviando-se dos pressupostos constitucionalmente fixados.

É a sina do "homem cordial": lesa os cofres públicos, contrata incompetentes, despreza o interesse de todos.

3.3.8 A AUSÊNCIA DE *CULTURA* CONSTITUCIONAL E O COROLÁRIO INEVITÁVEL: O DIREITO FUNDAMENTAL À *CULTURA* E SEU ESTADO DE JUSTIFICAÇÃO NO BRASIL

É preciso destacar a afirmação de Norberto Bobbio (1992, p. 24) para compreender a extensão do que se defenderá no presente subitem:

> O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. [...] Não se trata de encontrar o fundamento absoluto – empreendimento sublime, porém desesperado –, mas de buscar, em cada caso concreto, os *vários fundamentos possíveis*. Mas também essa busca de fundamentos possíveis – empreendimento legítimo e não destinado, como o outro, ao fracasso – não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado.

Se não deve persistir dúvida quanto à conclusão do jusfilósofo italiano se aplicar a grande número de direitos fundamentais, não deve também causar estranheza a ideia de que não se aplica a *todos* os direitos fundamentais.

Às explicações.

No contexto da realidade empírica e no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais no Brasil, nota-se que alguns deles estão ainda em fase de teorização, justificação dogmática.

Se não for assim, como entender a tutela ambígua à liberdade religiosa no País? E o que dizer da hipócrita desproteção ao trabalho das prostitutas? E, finalmente: como compreender de outra forma se o direito fundamental à cultura ainda não ingressou nos domínios da preocupação dos juristas e dos aplicadores do direito?

Recorra-se à incisiva redação do art. 215 da CF: "O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais".

A interpretação gramatical do preceito é boa forma de iniciar a investigação sobre o estágio de concretização dos direitos culturais no Brasil.

De plano, vê-se a impositiva afirmação: o Estado garantirá *a todos o pleno* exercício dos direitos culturais.

O enunciado se mostra determinativo logo quando da escolha do tempo verbal: *garantirá*, o que significa a adoção de meios eficazes para a concreta fruição do direito. E mais: "todos" têm o direito fundamental de "pleno" acesso aos direitos culturais.

O quadro que se contempla é radical e substancialmente diverso.

Logicamente como decorrência de nossa pífia *cultura* constitucional, o direito fundamental à cultura só poderia mesmo se encontrar em estado carente de teorização e justificação.

Quiçá como resultado da indústria cultural que avança sobre os indivíduos e conforma os seus gostos e hábitos culturais, o fato é que a pro-

teção à cultura não existe como direito fundamental concretizado no Brasil e – o que é pior – sequer há discussões a respeito dos problemas que levam à antedita ausência de efetividade do direito.

Talvez a indústria cultural seja o último reduto do denominado *capitalismo selvagem*. Adorno e Horkheimer (1985, p. 114) denunciam que

> sob o poder do monopólio, toda cultura de massas é idêntica, e seu esqueleto, a ossatura conceitual fabricada por aqueles começa a se delinear. Os dirigentes não estão mais sequer muito interessados em encobri-lo, seu poder se fortalece quanto mais brutalmente ele se confessa de público. O cinema e o rádio não precisam mais se apresentar como arte. A verdade de que não passam de um negócio, eles a utilizam como uma ideologia destinada a legitimar o lixo que propositalmente produzem. Eles se definem a si mesmos como indústrias, e as cifras publicadas dos rendimentos de seus diretores gerais suprimem toda dúvida quanto à necessidade social de seus produtos.

E o comportamento público e privado revela o descaso para com os direitos culturais.

Exemplo de comportamento dos governantes: na Bahia, houve alteração do nome do aeroporto da cidade do Salvador, retirando "2 de Julho" para incluir "Luiz Eduardo Magalhães".

Evidentemente sem querer ingressar no mérito de eventual merecimento político para determinar-se a mudança do aeródromo local, é necessário reconhecer que o *dia 2 de julho* representa dado cultural e histórico da mais elevada significação para a Bahia e para o Brasil, pois foi no dia 2 de julho de 1823 que se consolidou a Independência do Brasil com a definitiva retirada dos portugueses que relutavam reconhecer a separação da Metrópole.

E mais outro exemplo, e também da Bahia: durante os tradicionais festejos juninos, período dentro do qual se celebra a cultura caipira no

Estado, com músicas, comidas e outras formas de expressão cultural, administradores municipais e o próprio governo local sistematicamente patrocinam festas mediante a contratação de estrelas da denominada *Axé Music* em detrimento dos músicos que executam precisamente o estilo musical característico dessa tradição cultural: o forró. Embora tenha etimologicamente caído no gosto popular a ideia de que forró seria corruptela da palavra inglesa *for all*, na verdade se origina do étimo francês *faux-bourdon*, que entrou no vocabulário galego-português com duas formas: fabordão e fobordó, cuja opção popular por forrobodó determinou a sua forma mais enxuta: forró[31].

Pois então. Essa forma de expressão cultural que se incorpora ao patrimônio imaterial do povo brasileiro não tem sido objeto de preocupação. E mais triste ainda: qualquer iniciativa destinada a promover tutela específica ao direito é contestada com virulência como se o direito simplesmente não existisse.

O comportamento faz recordar a fábula *A raposa e a cegonha*, de La Fontaine:

> A astuta raposa, estando num dia de fausto, convidou sua comadre cegonha para banquetear-se com ela. Satisfeita com tanta consideração, a cegonha aceitou de bom grado o amável convite. Qual não foi, porém, a sua surpresa ao verificar que todos os alimentos oferecidos pela raposa eram líquidos e vinham servidos em prato raso. Ora, possuindo bico longo, viu-se assim impossibilitada de sequer tocar na comida. E, enquanto isso, a raposa consumiu tudo e, ainda não se dando por satisfeita, lambeu até a última gota[32].

Posteriormente a cegonha convida a raposa à sua casa e dá o troco, servindo a comida apenas em bojudos vasos, que se iam estreitando até

31 Cf. Renato Pimenta, *A casa da Mãe Joana* - Curiosidades nas origens das palavras, frases e marcas, p. 96-97.

32 Cf. *Fábulas*, p. 29.

formar gargalo fino e delgado, próprio ao bico comprido da ave, mas não ao focinho da raposa.

No entanto, serve o gênio de La Fontaine, e a sua fábula, para metaforicamente denunciar que o banquete dos direitos culturais tem sido servido em prato raso pelo Poder Judiciário ao cidadão brasileiro – atrocidade muitas vezes causada pelo próprio desconhecimento quanto à existência desses direitos culturais.

3.3.9 A AMBIGUIDADE DA PROTEÇÃO À LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL: CONCAUSA HISTÓRICA E POLÍTICA

Entre os direitos fundamentais cujo estado ainda latente de concretização pode ser vinculado ao nosso constitucionalismo tardio está a proteção constitucional à liberdade religiosa.

E são duas as causas que explicam a forma ambígua como se processa a proteção ao direito individual no Brasil.

A causa histórica é até autoexplicativa: como a religião Católica Apostólica Romana teve gigantesca influência na História do Brasil, desde a chegada das naus portuguesas à costa da Bahia a 22 de abril de 1500, a interpretação constitucional do direito fundamental à liberdade de religião está invariavelmente comprometida com o "débito" histórico da civilização brasileira para com o Vaticano.

E a causa política é tributária da histórica: a importância conferida pelo Estado brasileiro à religião Católica foi formalmente consolidada na relação unionista que se materializou nos arts. 5º e 103 da Carta imperial de 1824, o que confere grande importância à previsão, visto que aquela Constituição foi a mais longeva da história político-constitucional brasileira.

A partir daí começam a aparecer reais problemas quanto à efetivação do direito fundamental.

É que, surpreendentemente, embora o Poder Judiciário não dê mostras de encontrar-se preocupado com o exercício dos direitos culturais, incorre no incrível paradoxo quanto a justificar algumas desconcertantes opções religiosas do Estado brasileiro no direito fundamental à cultura.

Aconteceu em São Paulo quando o Ministério Público Federal propôs ação civil pública para o fim de retirada de crucifixos de salas de audiência da Justiça Federal. A decisão que rejeitou o pedido de liminar fundamentou a manutenção dos símbolos religiosos onde estão com base no direito fundamental à cultura: "[...] em um País como o Brasil, que teve formação histórico-cultural cristã, a presença de símbolos religiosos em espaços públicos é natural [...]"[33].

Data maxima venia, parece-nos totalmente equivocada a conclusão judicial por duas razões realmente significativas.

Em primeiro lugar, conquanto seja correto dizer que o estado é integrado por cadinho cultural, símbolos religiosos específicos de determinados segmentos não podem ser postos em repartições públicas, que corporificam a atividade estatal e visivelmente destacam a inclinação da sociedade política por determinada crença.

Em segundo lugar, propondo-se como solução o balizamento objetivo fixado no art. 215 da CF, conclui-se que nenhuma pessoa no Brasil poderá denunciar o Poder Judiciário por suposta ofensa a direito cultural decorrente da retirada de símbolo religioso de espaço público. Referir que *o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais* não significa inverter o parâmetro constitucional para obrigar o Estado a, indistintamente, posicionar nas paredes do parlamento, dos órgãos administrativos ou do Poder Judiciário signos representativos de seitas religiosas as mais diversas, pois a determinação constitucional da

33 Disponível em: <http.7/notícías.nol.com.br/cotidiano/2009/08/ult577u5013.jatai>. Acesso em: 26 mar. 2012.

laicidade (art. 19, I, CF) é instrumento apto a disseminar a concórdia e a tolerância, que não se coaduna com a opção, de fato, que se opera mediante a colocação de símbolos em locais públicos.

Importantíssima decisão administrativa foi produzida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no caso o Ato n. 009/2012-Comag, publicado em 12.3.2012:

> O Conselho da Magistratura, no uso de suas atribuições legais e dando cumprimento à decisão deste órgão tomada em sessão de 06-03-12 (Proc. Themis Admin n. 0139-11/000348-0), RESOLVE:
>
> Determinar a retirada de crucifixos e outros símbolos religiosos eventualmente existentes nos espaços destinados ao público nos prédios do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul.

Trata-se da primeira decisão no Brasil na qual o Poder Judiciário adota pronunciamento institucional em favor do laicismo, cumprindo assinalar que a tese de vinculação de símbolos religiosos a manifestações culturais já não viceja incólume.

Quando, então, é legítimo fundamentar no direito à cultura determinadas opções de fundo religioso expressas pelo estado?

Somente quando o Estado estiver obrigado a apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais (art. 215 da CF), ou para proteger as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional (§ 1º do art. 215 da CF).

Nessa linha de compreensão, é tão lesiva à liberdade religiosa a fixação de feriados santificados (*Corpus Christis*, São João, Nossa Senhora Aparecida, Natal)[34] quanto o é a aposição de símbolos religiosos.

34 É a Lei n. 9.093, de 12 de setembro de 1995, que genericamente autoriza a fixação de feriados no Brasil: "Art. 1º São feriados civis: I - os declarados em

Conhecemos a posição doutrinária de Peter Häberle (2008, p. 23), segundo a qual

> Os feriados são compreendidos a partir de uma dimensão *antropológica*. A pessoa e o cidadão têm, sob certos valores, uma necessidade de festejar: para entrar em consonância com o seu meio ambiente, sentir-se parte da comunidade. A observação e a memória retrospectiva, bem como a esperança e o desejo, pertencem à "*conditio humana*", mesmo que essa necessidade tenha historicamente sido com frequência abusada pelos tiranos. O direito ao feriado tem, enfim, a ver com a *imagem da pessoa* no Estado constitucional. Esta é tão complexa como a própria pessoa. Ciência e política podem indicar apenas aspectos parciais: aquele que age racionalmente para tirar o máximo de vantagens, é estilizado e, às vezes, exagerado nas ciências econômicas como "*homo economicus*", mas também a pessoa constitucionalmente constituída. O Estado constitucional necessita de fontes racionais e emocionais de consenso. O direito ao feriado é expressão de ambos, A "pessoa no direito", mais exatamente, no Estado Constitucional, é "*homo ludens*" e "*homo faber*" - e essas facetas também podem se refletir nos feriados.

E no tocante aos feriados religiosos refere que

> [...] esses feriados, hoje ainda culturalmente legitimados e motivados de forma especificamente religiosa, têm indiretamente uma relação constitucional, porque e até certo ponto são caros ao povo que compõe esse Estado Constitucional concreto (ou grande parte dele) (Häberle, 2008, p. 12).

---

lei federal; II - a data magna do Estado fixada em lei estadual. Art. 2º São feriados religiosos os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, neste incluída a Sexta-Feira da Paixão". No Brasil são os seguintes os feriados nacionais: 1º de janeiro (Lei n. 662, de 6/4/1949); Tiradentes - 21 de abril (Lei n. 1.266, de 18/12/1950; Dia do Trabalho – 1º de maio (Lei n. 662, de 6/4/1949; Independência do Brasil - 7 de setembro (Lei n. 662, de 6/4/1949); Nossa Senhora Aparecida - 12 de outubro (Lei n. 6.802, de 30/6/1980); Proclamação da República - 15 de novembro (Lei n. 662, de 6/4/1949) e Natal - 25 de dezembro (Lei n. 662, 6/4/1949), além da Sexta-Feira da Paixão, prevista no art. 2º, da referida Lei n. 9.093/1995.

Duas ideias merecem registro quanto ao pensamento do constitucionalista alemão: a) tais feriados *ainda* são constitucionalmente legitimados; b) possuem *indiretamente* uma relação constitucional.

Ora, se *ainda* é constitucional a previsão de leis que fixam feriados religiosos como suposta expressão constitucional de tutela à cultura, e certo que *cultura não é*, *está sendo*, nada impedirá que, num futuro próximo ou remoto, o Estado seja premido a revogar disposições relativas a feriados cujo consenso parlamentar não os perceba mais como elemento da cultura nacional e, de contraparte, seja obrigado a editar normas com previsão de feriados para a celebração da cultura que poderá dimanar do credo evangélico, budista ou muçulmano, desde que passem igualmente a integrar o patrimônio cultural.

E se a relação com a Constituição é meramente *indireta*, não reside fundamento jurídico para a defesa dos dias feriados santificados como lídima expressão do direito fundamental à cultura.

Não há espaço para considerações legislativas de tal natureza numa sociedade política que se quer *laica*, pois ainda que seja lúcido reconhecer que estado é processo, é necessário ao comando constitucional que consagra o laicismo o exercício da capacidade contínua de obrigar o comportamento público a proscrever escolhas que, publicamente, denotem preferências ou inclinações por qualquer segmento religioso.

A proteção constitucional à cultura nada tem a ver com previsões legislativas referentes a feriados religiosos que põem à mostra, no mínimo, o devotamento do Estado brasileiro a determinado segmento, institucionalizando o prestígio de uma em prejuízo da totalidade das confissões religiosas.

E registre-se também que não há afinidade com o momento atual (quase trinta anos após a sua promulgação), em que a sociedade brasileira

se inseriu no revolucionário contexto do incremento das comunicações, aplaudiu os avanços da biomedicina, se aliviou com a redução das distâncias e se surpreendeu com a desterritorialização das fronteiras nacionais.

Logo, a ideia de feriado religioso como decorrência da concretização do direito fundamental à cultura não encontra fundamentos empíricos, ao menos se levado em conta o contexto presente da sociedade brasileira.

Por isso sustenta André-Hubert Mesnard estar a concepção constitucional da cultura obrigatoriamente submetida a procedimento aberto e pluralista: "Assim, o reconhecimento pleno e integral das culturas regionais e comunitárias não poderá se fazer senão por uma concepção aberta e deliberadamente pluralista da laicidade; isso parece inevitável e normal sob pena de empobrecimento deliberado da cultura nacional".[35]

Insistimos, portanto, em considerar que os feriados legalmente reconhecidos e que guardam conexão com segmentos religiosos não podem ser compatibilizados com as normas constitucionais sob o fundamento de exercício do direito fundamental à cultura.

Não parece que a formulação teórica possa instilar guerra santa contra o estado, mas fará com que todos compreendam que a laicidade é propósito comum, de religiosos e ateus, de evangélicos, hindus e budistas. É valor que se deve incorporar à consciência constitucional.

E o problema é exatamente esse. Não se pode incorporar valor a algo que não existe. E as demonstrações de apreço estatal ao catolicismo são mais um deletério efeito do constitucionalismo brasileiro tardio.

35 Cf. *Droit et politique de la culture*, p. 323. Transcreve-se o texto original, que foi traduzido livremente: "Ainsi, la reconnaissance pleine et entière des ces cultures régionales et communataires ne pourrait se faire que par une conception ouverte et délibérément pluraliste de lia laïcité, cela semble inévitable et normal sous peine d'appauvrissement délibéré de la culture nationale".

Não possuímos *cultura* constitucional, mas estranhamente fundamentamos a nossa frágil laicidade no direito fundamental à cultura. Nada sabemos sobre o que é mesmo o direito à cultura, mas nos pomos habitualmente em linha de consagração das escolhas religiosas do Estado brasileiro com base na cultura.

Repise-se: exceção feita às hipóteses constitucionalmente previstas para o apoio, incentivo e proteção dos direitos culturais, nenhuma outra situação poderá autorizar o Estado brasileiro a consentir com demonstrações públicas de apreço a dado segmento religioso, por mais importância que tenha ou teve para o processo civilizatório nacional.

Ao exame de fatos e exemplos.

Em Salvador, na Bahia, foram instaladas imagens representativas de Orixás que, como todos sabem, são divindades das religiões de matriz africana.

Após a confecção das imagens pelo artista plástico Tati Moreno e de sua colocação no Dique do Tororó, segmentos evangélicos dirigiram reivindicação ao Governo do Estado da Bahia a fim de que custeasse, por isonomia, a instalação de monumento em homenagem a tais grupos religiosos. A demanda foi rejeitada. E com acerto, pois a norma constitucional que habilita ao exercício de direitos culturais esclarece que "o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras [...]", havendo fundadas razões para compreender a legitimidade do comportamento governamental diante da grave e histórica discriminação perpetrada contra as religiões de matriz africana na Bahia, mas não para acolher exigências unilaterais formuladas por setores religiosos neopentecostais para construção de totens, monumentos *et caterva*.

O mesmo não se diga com relação aos dias santos – os feriados religiosos católicos. Não há, neste caso, nenhum suporte na norma cons-

titucional que consinta com a sua continuidade, pois budistas, muçulmanos, hindus e mesmo ateus nada têm a ver com a opção consumada pelo Estado brasileiro, que se traveste de direito fundamental à cultura, quando reconhecidamente católicos – conquanto maioria religiosa no Brasil – não expressam o único segmento religioso no País.

E haveria alguma manifestação de religiosidade católica que pudesse ser amparada pelo Estado brasileiro?

Evidente que sim.

Exemplificativamente, há a Festa de Terno de Reis, que acontece todo dia 6 de janeiro, que é manifestação cultural popular de causa religiosa católica, mas que nem por isso o Poder Público pode se desvencilhar do dever de apoiá-la, conforme a dicção do § 1º do art. 215 da CF/1988.

Por outro lado, problema afeto à liberdade religiosa e indicativo do nosso pobre desenvolvimento da consciência constitucional é o pertinente aos adeptos da religião Testemunha de Jeová, que não aceitam doar ou receber sangue de quem quer que seja.

Muitos criticam o dogma religioso sob o fundamento de que, sendo o direito à vida *direito-pressuposto*, a partir do qual todos os demais direitos fundamentais podem ser exercitados, não haveria viabilidade para alguém recusar-se peremptoriamente à transfusão de sangue e atentar contra a própria vida.

É claro que não há *hard case* quando a recusa é feita pela família de paciente menor de idade, absoluta ou relativamente incapaz, pois ninguém está autorizado a promover opção de natureza irreversível por outrem. É o que chamamos de *princípio da reversibilidade da opção*, aplicável tanto para as questões nacionais relativas aos seguidores da religião Testemunhas de Jeová quanto à extirpação clitoriana realizada em alguns países do continente africano.

Todavia, é necessário entender que o direito à vida é marcado pelo signo da inviolabilidade, conforme preceitua o art. 5º, *caput*, CF: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a *inviolabilidade* do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]" (grifamos).

Inviolabilidade significa a proteção conferida ao direito pelo sistema normativo a fim de que não venha a ser atingido por ação ou omissão de terceiro.

Distinta é a natureza jurídica da indisponibilidade, que significa a proteção conferida pelo sistema normativo para impedir o atingimento do direito pelo próprio titular.

Ora, se a Constituição Federal impôs a inviolabilidade como dado característico do direito à vida, não se torna ilegítimo o comportamento do crente que, mesmo correndo risco de morte, não aceita a realização de procedimento médico tendente a promover transfusão de sangue.

É que não se pode cogitar de *vida* sem *dignidade*. E, como se sabe, a crença integra domínio existencial tão impressionantemente relevante de quem crê que melhor sorte para muitos seria morrer do que receber sangue alheio.

Celso Ribeiro Bastos (2000, p. 19) se pronuncia favoravelmente à licitude do comportamento do indivíduo que se recusa à transfusão:

> Quando o Estado determina a realização de transfusão de sangue – ocorrência fenomênica que não pode ser revertida – fica claro que violenta a vida privada e a intimidade das pessoas no plano da liberdade individual. Mascara-se, contudo, a intervenção indevida, com o manto da atividade terapêutica benéfica ao cidadão atingido pela decisão. Paradoxalmente, há também o recurso argumentativo aos 'motivos humanitários' da prática, quando na realidade mutila-se a liberdade individual de cada ser, sob múltiplos aspectos.

O quadro atinge coloração surreal: o crente que procura tratamento pode sofrer séria agressão às suas convicções religiosas. Por sua vez o outro, doente também, mas que passou quilômetros distante do hospital, poderá até morrer, mas não terá a sua liberdade individual atingida.

E a consequência do estapafúrdio desprezo à liberdade: "[...] a posição daqueles que sustentam a possibilidade de transfusão de sangue mesmo contra a vontade do paciente está, indiretamente, incitando as pessoas a deixarem de procurar auxílio médico, do que pode resultar um problema de saúde pública extremamente grave" (Bastos, 2000, p. 19).

Não se trata de opção pela morte, mas sim de consagração da liberdade.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1994, p. 21), ao examinar a colisão entre o direito à vida e à liberdade religiosa, sintetiza que "[...] não há o direito à morte, embora haja o de preferir, por paradoxal que seja para alguns, a morte à perda da liberdade".

E então: por qual motivo médicos e hospitais não respeitam a fé religiosa dos integrantes da religião Testemunha de Jeová?

A resposta está no desenvolvimento da ideia de solidariedade e tolerância, que se acopla ao igualmente reduzido senso comum sobre o que pode ser entendido por *pluralismo político*. E tudo pode ser respondido sinteticamente assim: constitucionalismo tardio e ausência de cultura constitucional.

Outrossim, a resistência quanto à efetivação do direito à liberdade religiosa tem produzido autênticas "pérolas legislativas".

O Município de Ilhéus, no Estado da Bahia, aprovou a Lei n. 3.589/2011, que categoricamente opta pelo estado confessional: torna obrigatório nas escolas públicas que alunos rezem a oração "Pai Nosso" todos os dias antes do início das aulas.

Apesar de o Ministério Público Estadual ter ingressado com Ação Direta de Inconstitucionalidade, o preceito legal denota que estamos longe do ideal de tolerância que se expande com a consolidação da cultura constitucional.

Nos Estados Unidos, o assunto já foi resolvido há mais de cinquenta anos.

Com efeito, o denominado *Bible Reading* (leitura bíblica) nas escolas norte-americanas foi assunto extremamente controvertido antes de a Suprema Corte decidir a questão, cujo *leading case* foi *Engel vs. Vitale* (1962), tendo a Corte decidido que "[...] a união entre governo e religião tende a destruir o governo e a degradar a religião".

Um ano depois, em *Abington School District vs. Schempp*, a Corte declarou a inconstitucionalidade de lei estadual e norma municipal que determinara a leitura, sem comentário, de trechos bíblicos no início de cada dia de aula.

Contudo, o nosso constitucionalismo tardio impede perceber que o *pluralismo político* (art. 1º, V, CF) é processo infindo que, todavia, precisa ser iniciado com o exercício da tolerância a ser disseminada pelo próprio Estado, impedindo-o de realizar escolhas em prol de segmentos religiosos, obrigando-o, porém, a apoiar manifestações culturais populares, ainda que tenham causa religiosa.

E o equilíbrio no comportamento do administrador público somente se dará por meio de amadurecimento de sua cultura política, que, por sua vez, será sinônimo de densificação da cultura constitucional.

CONCLUSÕES

1. A ideia de cultura constitucional é importantíssima para a compreensão do significado de constitucionalismo tardio.

2. Definem-se como cultura constitucional os comportamentos e condutas, públicas ou privadas, tendentes a: I) preservar a "vontade de constituição"; II) efetivar, no plano máximo possível, os princípios e normas constitucionais; III) disseminar o conhecimento a respeito do texto constitucional.

3. Constitucionalismo tardio é o fenômeno decorrente de causas históricas, políticas e jurídicas, entre outras, que impede o desenvolvimento e a consolidação da cultura constitucional.

4. Como não pode haver cultura constitucional sem constitucionalismo, ou seja, como não pode existir o *sentimento constitucional* sem amparo em sistema constitucional formalmente adotado, pode-se concluir que o constitucionalismo tardio é circunstância impeditiva da efetividade do texto constitucional, que resulta da ausência daquela cultura.

5. A constitucionalização do direito não é decorrência de um *despertar constitucional* no Brasil.

6. A constitucionalização do direito não é movimento que possa equivaler à *reforma* do pensamento jurídico brasileiro, que pressupõe a ocorrência de mudanças estruturais e básicas no próprio modelo de ensino do direito no País.

7. Propalar falsamente que a dogmática jurídica se constitucionalizou é inteligente modo de entorpecer toda honesta iniciativa destinada a consolidar a cultura constitucional.

8. O constitucionalismo brasileiro tardio não é realidade singular se examinada à luz de outros sistemas do direito constitucional comparado, pois o fenômeno e suas deletérias consequências integram o dado substancial da maioria dos sistemas estrangeiros.

9. O círculo vicioso e dialético da ausência de cultura constitucional, que se materializa na fleumática jurisprudência dos tribunais, no fisiológico comportamento dos governantes e, sobretudo, na inexistente participação dos indivíduos no processo de densificação dos valores constitucionais, isso tudo impede objetivamente o reconhecimento da constitucionalização do direito no Brasil.

10. Pode-se concluir que a ideia de pertencimento e de responsabilidade pelo destino do Estado era muito mais consolidada nas colônias inglesas do que propriamente na brasileira, na qual os indivíduos que integraram originariamente a formação do povo brasileiro não se viam como integrantes daquela sociedade, e isso como resultado do domínio coativo e violento dos portugueses para com os nativos.

11. A história constitucional norte-americana revela que o Texto aprovado em 1787 representou compromisso político, idealizando-se nova forma de Estado para o fim de solucionar os mais graves impasses impeditivos da união das ex-colônias. Comparativamente, os alvores da história constitucional brasileira revelam situação bastante distinta daqueles relacionados à Constituição de Filadélfia.

12. Longe de se constituir consenso, a Constituição de 1824 decorreu de ato unipessoal de outorga de D. Pedro I, que, inclusive, em 1823, promoveu a dissolução da Assembleia Constituinte.

13. Também é necessário apontar que a concepção do modelo federativo nos Estados Unidos e no Brasil se amparou em dados históricos e políticos completamente diversos.

14. O sistema jurídico brasileiro, de matriz romano-germânica, releva a aplicação da norma construída pelo Poder Legislativo, de hierarquia subconstitucional, passando muitas vezes ao largo dos fundamentos do próprio sistema do direito objetivo, que é a Constituição Federal.

15. A primeira conclusão que pode ser extratada a respeito de uma das possíveis causas históricas para o constitucionalismo brasileiro tardio é a ausência de *pertencimento* das comunidades nativas relativamente ao modelo de organização social imposto pelo colonizador, estendendo-se o sentimento para o modelo de sistema jurídico imposto pelo português e culminando com a presente resistência nacional à efetivação da *vontade de constituição*.

16. Sem que desempenhe a função mítica, a Constituição não irá muito longe como texto conformador de comportamentos públicos e privados.

17. A função *mítico-constitucional* deriva historicamente da relação de pertencimento entre os indivíduos e as normas constitucionais.

18. Os negros escravos ou forros compuseram grupo étnico-racial da mais elevada importância para a formação da cultura nacional; contudo, de modo semelhante ao ocorrido com os indígenas, não se adaptaram ao modelo normativo imposto, máxime em virtude da grave injustiça sobre o qual estava assentado e que se traduzia no modelo escravista.

19. Quase a metade do contingente de habitantes do período do Brasil-Colônia repelia a forma de organização do Estado brasileiro –

autêntico germe que se espraiou e foi responsável pela doença da *letargia cívica* causadora da ausência de sentimento constitucional.

20. O legado brasileiro do "homem cordial" faz com que interesses particulares movam os agentes públicos no Brasil, contradizendo diuturnamente o princípio republicano e delineando os contornos da parasitária relação público-privada no País.

21. Problema também relacionado a causas históricas radica no personalismo lusitano que se consolidou no Brasil.

22. Das causas políticas para o surgimento do fenômeno do constitucionalismo brasileiro tardio, o pífio desenvolvimento da ideia de democracia e república é a possível origem de tudo.

23. O Brasil não tem *cultura democrática*, o que torna o povo cético quanto às instituições republicanas forjadas pela democracia.

24. Os compromissos dilatórios, bem ao estilo da acomodação à brasileira, firmados em sede constitucional, determinam dois efeitos: um *positivo* e um *negativo*. O positivo é a sensação de consenso; o outro, negativo, é a sensação de *baixa densidade normativa* resultado da fixação de compromissos que, adrede, se sabe de difícil cumprimento, ou mesmo, de fato, política e/ou juridicamente inviáveis.

25. A ausência de sentimento republicano alarga a distância do sentimento constitucional e conduz, no percurso histórico, ao constitucionalismo tardio.

26. O modelo de federação é outra causa do constitucionalismo tardio atada ao processo político brasileiro.

27. Ainda que o crescimento dos poderes do órgão central na federação se caracterize por fenômeno mundial, principalmente a partir

do desenvolvimento da ideia de *federalismo cooperativo*, o agigantamento de atribuições e recursos financeiros pela União, contribui para o aparecimento de assimetria federativa que não possibilita a sedimentação da cultura constitucional.

28. Se a divisão dos recursos financeiros do Estado e das competências federativas se opera em nível imediatamente constitucional, a Constituição Federal passa a ser vista com reservas por todas as unidades federativas de uma forma geral. O debate constitucional passa a ser um debate de ascendência política de estados ricos sobre estados pobres.

29. A característica oligárquica da política brasileira pode ser reputada como outra possível causa política importante de nosso constitucionalismo tardio.

30. O individualismo jurídico pode ser referido como possível causa jurídica do constitucionalismo tardio, e, com isso, a constituição deixa de habitar o discurso jurídico como instrumento dotado de normatividade e apto a realizar a conformação de comportamentos, públicos ou privados.

31. A investigação das causas *histórico-político-jurídicas* não deve prescindir do reconhecimento do processo dialético em que estão envolvidas, sendo esta a real motivação a fim de que se empreenda estudo dogmático e zetético sobre a falta de cultura constitucional no País.

32. Uma das consequências relevantes da visão tardia de constituição no Brasil é o prosseguimento de inadequada interpretação constitucional.

33. Os direitos fundamentais são bastante atingidos pela ausência de cultura constitucional e concepção tardia do constitucionalismo.

34. Como efeito da ausência de consciência constitucional, vê-se a prática de atos administrativos e de governo mediante os quais é desrespeitado o princípio da liberdade-matriz, que é a base essencial de todos os estados democráticos.

35. Não obstante ser o princípio da legalidade um dos substratos do Estado Democrático de Direito consagrados na Constituição de 1988, atos da Administração Pública impõem restrição à liberdade das pessoas com suporte em lei exclusivamente no sentido material, propiciando o aparecimento de inúmeros atos de caráter normativo, como é o caso de resoluções, portarias, instruções e até editais de concurso público, desobedientes ao comando da legalidade, e tudo isso como resultado da concepção tardia de constitucionalismo.

36. No Brasil, como reflexo da falta de consciência constitucional, presencia-se a judicialização de questões afetas ao direito de opinião.

37. O direito de reunião tem sido exercitado de modo desproporcional, seguramente como efeito de nossa precária percepção dos interesses da coletividade que estão plasmados no Texto Constitucional.

38. O constitucionalismo tardio se presencia na decisão do STF que construiu a tese de inexistência de direito adquirido a regime jurídico, pois fornece fundamentos de índole eminentemente legal, e não constitucional.

39. A *letargia cívica* se manifesta a respeito de direitos fundamentais cujo exercício é cometido exclusivamente ao povo pelo poder constituinte originário.

40. As dificuldades constitucionais para o exercício do direito político fundamental não se limitam ao aspecto formal das exigências ditadas no § 2º do art. 61, pois o que se constata é a inaptidão do povo brasileiro para exercitar a sua interferência mais efetiva na vida po-

lítica nacional como efeito da histórica ausência do sentimento de pertencer ao Estado brasileiro.

41. O legado do "homem cordial" é antitético à concepção do *direito fundamental ao governo honesto*, que tem no § 9º do art. 14 da CF sua expressão constitucional e na Lei da Ficha Limpa o seu consectário em nível de legislação subconstitucional.

42. O personalismo lusitano é uma possível causa histórica do constitucionalismo tardio brasileiro, sendo responsável pela frágil conformação das estruturas partidárias.

43. Dois efeitos nocivos surgem desta forma de conformação dos partidos no Brasil: a) o partido se torna refém da liderança que exercita o poder, de modo personalista, na instância partidária; b) dificulta-se enormemente a renovação dos quadros partidários.

44. O "homem cordial" desconhece fronteiras entre o público e o privado e faz do cargo público instrumento de satisfação de interesses particulares, sendo possível referir que a improbidade na administração pública brasileira é realidade mais *cultural* que *jurídica*, mais *histórica* que *constitucional*, acarretando, entretanto, no plano jurídico-constitucional, o efeito de vulneração de todos os princípios constitucionais indicados no art. 37, *caput*, da CF.

45. As iniciativas que se destinam à tutela específica dos direitos culturais são contestadas com virulência como se o direito simplesmente não existisse, porque ausente a cultura constitucional, é inevitável desconhecer, de fato, a necessidade de proteção a qualquer patrimônio cultural da coletividade.

46. Entre os direitos fundamentais cujo estado ainda latente de concretização pode ser vinculado ao nosso constitucionalismo tardio está a proteção constitucional à liberdade religiosa.

47. Conquanto o Poder Judiciário não dê mostras de encontrar-se preocupado com o exercício dos direitos culturais, incorre no incrível paradoxo quanto a justificar algumas desconcertantes opções religiosas do Estado brasileiro no direito fundamental à cultura.

48. Ainda que seja correto dizer que o Estado é integrado por cadinho cultural, símbolos religiosos específicos de determinados segmentos não podem ser postos em repartições públicas, que corporificam a atividade estatal e visivelmente destacam a inclinação da sociedade política por determinada crença.

49. Propondo-se como solução o balizamento objetivo fixado no art. 215 da CF, conclui-se que ninguém poderá denunciar o Poder Judiciário por suposta ofensa a direito cultural decorrente da retirada de símbolo religioso de espaço público.

50. Referir que o *Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais* não significa inverter o parâmetro constitucional para obrigar o estado a, indistintamente, posicionar nas paredes do parlamento, dos órgãos administrativos ou do Poder Judiciário signos representativos de segmentos religiosos os mais diversos, pois a determinação constitucional da laicidade (art. 19, I, CF) é instrumento apto a disseminar a concórdia e a tolerância, que não se coaduna com a opção, de fato, que se opera mediante a colocação de símbolos em locais públicos.

51. Somente quando o Estado estiver obrigado a apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais (art. 215 da CF), ou para proteger as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional (§ 1º do art. 215 da CF) é que se legitima fundamentar no direito à cultura determinadas opções de fundo religioso expressas pelo Estado.

52. É tão lesiva à liberdade religiosa a fixação de feriados santificados (*Corpus Christis*, São João, Nossa Senhora Aparecida, Natal) quanto o é a aposição de símbolos religiosos.

53. Não há *hard case* quando a recusa à transfusão de sangue é feita pela família de paciente menor de idade, absoluta ou relativamente incapaz, pois ninguém está autorizado a promover opção de natureza irreversível por outrem, devendo a controvérsia ser dirimida por meio do recurso ao *princípio da reversibilidade da opção*, aplicável tanto para as questões nacionais relativas aos seguidores da religião Testemunhas de Jeová quanto à extirpação clitoriana realizada em alguns países do continente africano.

54. O enunciado normativo do § 1º do art. 61 da CF, *de constitutione lata*, não induz à viabilidade de apresentação de proposta de emenda à Constituição por iniciativa legislativa popular, tratando-se de objetivação do constitucionalismo tardio, tendente a mostrar que o processo de redemocratização do País e de alargamento da participação do povo na formação da vontade do estado se encontrava em estágio embrionário no âmbito da Assembleia Constituinte em 1986.

55. O modo de produção e, sobretudo, de aplicação do direito recebe inegavelmente o influxo da compostura autocrática da civilização brasileira.

56. Como consequência deste fenômeno, o controle de constitucionalidade consumado pelo Supremo Tribunal Federal é procedimento que não se desvincula da realidade histórica, política, social, e uma das manifestações do modelo autocrático de aplicação do direito se dá por meio da *abstratização* do controle concreto-difuso da constitucionalidade, que em nada contribui para a consolidação da consciência constitucional no Brasil.

57. Não se deve aprovar que o poder constituinte decorrente outorgue a prerrogativa quanto à edição de medidas provisórias a governadores, principalmente porque o art. 84, XXVI, enfatiza-a como atribuição privativa do presidente da República, pois, quando o constituinte originário o desejou, promoveu tratamento impessoal ao fazer remissão não à *pessoa* que ocupa o cargo, mas à *função executiva*, como aconteceu nos arts. 2º; 39, § 6º; 76, *caput*, e no art. 165, *caput*, ao cometer ao Poder Executivo a gestão da receita do Estado.

58. O Supremo Tribunal Federal, *data maxima venia*, além de perder grande oportunidade para catalisar a repulsa da comunidade jurídica brasileira às detestáveis medidas provisórias, terminou fazendo muito pior ao admitir que governadores de Estados e prefeitos municipais legislem por via de tais espécies normativas, quando todos sabem o quanto conflagram o sistema jurídico, instilam generalizada insegurança e nos levam ao sentido diametralmente contrário ao da consolidação da consciência constitucional.

REFERÊNCIAS

Adorno, Theodor W. & Horkheimer, Max. *Dialética do esclarecimento*. Tradução de Guido Antonio de Almeida, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

Alexy, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008.

Almeida, Fernando Dias Menezes de. A fraca intensidade federativa na relação dos entes políticos no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Fórum, ano 5, n. 19, p. 93-101, jul./set. 2011.

Barroso, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Souza Neto, Cláudio Pereira de; Sarmento, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito*. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Bastos, Celso Ribeiro. Parecer: *Direito de recusa de pacientes, de seus familiares ou dependentes, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas*. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 2000.

Bastos, Celso Ribeiro; Martins, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Bonavides, Paulo; Paes de Andrade. *História constitucional do Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 1990.

Buarque de Holanda, Sérgio. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

Chemerinsky, Erwin. *Constitutional Law - Principles and Policies*. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2006.

Chomsky, Noam. *Notas sobre o anarquismo*. São Paulo: Hedra, 2011.

Cirne Lima, Ruy. *Princípios de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: RT, 1982.

Diniz, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *As lacunas no direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. Parecer: *Questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue*. São Paulo: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1994.

Figueiredo, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: RT, 1991.

_____. *Probidade administrativa* - Comentários à Lei 8.429 e legislação complementar. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Galeano, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Prefácio de Isabel Allende, tradução de Galeno de Freitas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.

García-Pelayo, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente, 1967.

Gomes, Laurentino. *1822*. Como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil. Um país que tinha tudo para dar errado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.

Guerra, Gregório de Matos. *Poemas escolhidos*. 13. ed. São Paulo: Cultrix, 1997.

Hamilton, Alexander; Jay, John; Madison, James. *The federalist papers*. New Jersey: A Watermill Classic, 1980.

Häberle, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

_____. *Constituição e cultura*. O direito ao feriado como elemento de identidade cultural do estado constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Hesse, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1992.

_____. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

Hirsch, Fabio Periandro de Almeida. *Direito adquirido a regime jurídico:* confiança legítima, segurança jurídica e proteção das expectativas no âmbito das relações de direito público. Salvador: Tese de Doutorado, Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2012.

Ingenieros, José. *El hombre mediocre*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1944.

La Fontaine, Jean Marie de. *Fábulas*. São Paulo: Paumape, 1993.

Leal, Aurelino de Araújo. *História constitucional do Brasil*. Brasília: Gráfica do Senado Federal, edição fac-similar, 2002.

Legaz y Lacambra, Luis. *Filosofía del derecho*. 2. ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1961.

Mannheim, Karl. *Ideologia y utopia*. 1. ed, 3. reimp., México: Fondo de Cultura Económica, 1941 (1993).

Martín-Retortillo, L. & Otto y Pardo, I. *Derechos fundamentales y constitución*, Madrid: Editorial Civitas, 1988.

Meirelles Teixeira, José Horácio. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, atualizado por Maria Garcia, 1991.

Menotti del Picchia, J*uca Mulato*. Introdução de Osmar Barbosa. Rio de Janeiro: Tecnoprint, s/d.

Mesnard, André-Hubert. *Droit et politique de la culture*. Paris: Presses Universitaires de France, 1990.

Morin, Edgar. *A cabeça bem feita*. Repensar a reforma. Reformar o pensamento. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

Neves, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

Ortega y Gasset, José. *A rebelião das massas*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

_____. *Apuntes sobre el pensamiento, su teurgia e su demiurgia*. In: Obras Completas. Madrid: Revista de Occidente, 2. ed., 1973.

Pimenta, Renato. *A casa da Mãe Joana*. Curiosidades nas origens das palavras, frases e marcas. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

Posada, Adolfo. *La idea pura del Estado*. 4. ed. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez Preciados, 1933.

Reale, Miguel. *Estado democrático de direito e o conflito de ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.

Ribeiro, Darcy. *O povo brasileiro*. A formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

Silva, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.

Schopenhauer, Arthur. *A arte de escrever*. Porto Alegre: L&PM, 2010.

Tavares, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Verdú, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional*. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Wilde, Oscar. *A esfinge e seus segredos*. Máximas e citações de Oscar Wilde. Rio de Janeiro: Record, 2000.

Obra composta em Janson e Roboto
e impressa em papel pólen 90g/m² pela
Gráfica e Editora Ideal Ltda. – Brasília-DF
<ideal@idealgrafica.com.br>