



FABIO DE CASTRO THOMAZINI

**A FORÇA NORMATIVA DO PREÂMBULO
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:
Tese da Plena Eficácia**

Brasília – DF
2010

FABIO DE CASTRO THOMAZINI

**A FORÇA NORMATIVA DO PREÂMBULO
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:
Tese da plena eficácia**

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público.

Brasília – DF
2010

Dedico este trabalho aos meus familiares, em especial aos meus pais, Waldemar e Helena, que sempre me apoiaram nos caminhos que optei por seguir.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a força normativa do Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 e sua plena eficácia sobre as demais disposições do ordenamento jurídico, representando verdadeira norma de observância para o controle de constitucionalidade. Ainda que retrate um espelho da posição ideológica do legislador constituinte, o Preâmbulo não perde sua relevância jurídica e constitui limitação ao Poder Reformador e parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade de leis, além de auxiliar e orientar na atividade interpretativa do Texto Constitucional.

Palavras-chaves: força normativa, preâmbulo constitucional, plena eficácia, relevância jurídica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 ASPECTOS DE TEORIA GERAL DA CONSTITUIÇÃO.	9
1.1 Movimento Constitucionalista Moderno.....	9
1.2 Poder Constituinte Originário.	12
1.3 Concepções de Constituição.	21
1.3.1 Concepção sociológica de Constituição.....	21
1.3.2 Concepção política de Constituição.	23
1.3.3 Concepção jurídica de Constituição.....	24
2 ASPECTOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.	26
2.1 Princípios de Interpretação Constitucional.	26
2.1.1 Unidade da Constituição.	27
2.1.2 Máxima Efetividade.	29
2.1.3 Força Normativa da Constituição.....	30
2.1.4 Supremacia da Constituição.....	31
2.1.5 Mutação Constitucional.....	33
2.2 Organização estrutural da Constituição Federal de 1988.....	34
2.2.1 Elementos da Constituição (José Afonso da Silva).....	34
2.2.2 Estrutura da Constituição.	36
3 O PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	38
3.1 Breve conceituação do Preâmbulo.	38
3.2 Os Preâmbulos das Constituições brasileiras pretéritas e presente.....	39
3.3 Teses da Relevância Jurídica do Preâmbulo.	43
3.3.1 Tese da Irrelevância Jurídica.....	43
3.3.2 Tese da Relevância Jurídica Indireta.....	44
3.3.3 Tese da Plena Eficácia.	47
3.4 A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.....	49
CONCLUSÃO	53
BIBLIOGRAFIA	56

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico desenvolvido tem como objetivo analisar o Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro do ano de 1988, para demonstrar sua força normativa e eficácia jurídica sobre todo o ordenamento jurídico, em oposição à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que entendeu ser o referido Preâmbulo domínio da política e irrelevante juridicamente.

A pergunta objeto da presente pesquisa é fruto do entendimento jurisprudencial da Suprema Corte brasileira em etiquetar como irrelevante juridicamente o Preâmbulo constitucional: o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 possui força normativa e algum grau de eficácia jurídica suficiente para vincular o ordenamento jurídico infra-constitucional, o Poder Reformador outorgado ao Congresso Nacional, o Poder Constituinte Estadual, servir como parâmetro para declaração de inconstitucionalidade e orientar a atividade interpretativa do Texto Constitucional?

O tema ora analisado visa responder essas indagações de grande relevância para o estudo teórico do conhecimento jurídico e de aplicação prática para o operador do Direito. A pesquisa contribui mais especificamente no controle de constitucionalidade das leis e atos normativos e na atividade criadora típica do Poder Legislativo, quando atribui força normativa e relevância jurídica para o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, tornando-o verdadeira “norma preambular”, além de representar importante diretriz interpretativa para todo o ordenamento jurídico.

A presente investigação ganha ainda mais relevância no sentido de se posicionar, de maneira fundamentada, contrariamente ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, manifestado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, e no Mandado de Segurança nº 24.645, tendo como relator o Ministro Celso de Mello, quando na oportunidade foi decidido pela tesa da irrelevância jurídica do Preâmbulo.

A escolha do objeto dessa pesquisa ocorreu em discussões acadêmicas, durante a realização da especialização em Direito Constitucional no Instituto Brasiliense de Direito Público, e a inquietude pelo Tribunal Constitucional brasileiro manifestar que uma

parte integrante da Constituição Federal não possui qualquer relevância jurídica, estando situada somente no mundo da política.

A investigação baseou-se em obras, autores e decisões judiciais mencionadas nas referências bibliográficas, que discutem abertamente o grau de eficácia jurídica que se deve atribuir ao Preâmbulo de uma Constituição, bem como o debate da Assembléia Nacional Constituinte sobre as disposições inseridas no atual Preâmbulo, na esperança de contribuir com a prática e o conhecimento jurídico na reapreciação do valor de seu enunciado.

O método selecionado para a abordagem dessa pesquisa foi o dedutivo, tendo em vista que a estrutura apresentada no presente trabalho monográfico é iniciada com um capítulo com temas de Teoria Geral da Constituição, passando por temas pontuais da Constituição Federal de 1988 e chegando ao capítulo final sobre o Preâmbulo, com análise de julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, a investigação se procede de teorias gerais e afunila-se em casos particulares.

Nesse sentido, foi desenvolvido em seu Capítulo 01 temas da Teoria Geral da Constituição para auxiliar na compreensão da origem e das influências de um Texto Constitucional e, conseqüentemente, de seu Preâmbulo. Para tanto, foi abordado nesse capítulo inaugural o movimento constitucionalista moderno, com enfoque em seu significado, a origem formal do constitucionalismo e o constitucionalismo do “por vir”.

Ainda no capítulo inicial foi analisado o Poder Constituinte Originário, em seu conceito, suas características, sua titularidade, seu exercício e seu modo de expressão, e encerrado com as concepções de Constituição em sentido sociológico, sentido político e o sentido jurídico.

Posteriormente, no Capítulo 02 foram observados temas pontuais da Constituição Federal de 1988, como a hermenêutica e os princípios constitucionais, com atenção especial para a unidade da Constituição, a máxima efetividade das normas constitucionais, a força normativa da Constituição, a supremacia da Constituição e a mutação constitucional.

Seguindo esse caminho, o Capítulo 02 analisou, também, a estrutura organizacional que o legislador constituinte optou por utilizar, com o Preâmbulo, o corpo

permanente de normas e as disposições transitórias, além dos elementos orgânicos, limitativos, sócio-ideológicos, de estabilização constitucional e formais de aplicabilidade da Constituição.

Por fim, o Capítulo 03 tratou de temas específicos do Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, iniciando-se com sua breve conceituação e a apresentação do Preâmbulo das Constituições preterias e presentes da experiência constitucional brasileira. A investigação andou, ainda, pelas diversas teses da relevância jurídica do Preâmbulo, com atenção à tese da irrelevância jurídica, tese da relevância jurídica indireta e tese da plena eficácia.

O Capítulo 03 é encerrado com a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e um possível início de revisão do valor do Preâmbulo e de seu grau de eficácia jurídica pelos próprios Ministros daquela Corte Suprema.

1 ASPECTOS DE TEORIA GERAL DA CONSTITUIÇÃO.

No presente capítulo inaugural são analisados temas específicos de Teoria Geral da Constituição, que certamente auxiliará na compreensão da importância do Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 para o mundo jurídico. Nesse sentido, é abordado o movimento constitucionalista moderno, o Poder Constituinte Originário e, por fim, as concepções de Constituição.

1.1 Movimento Constitucionalista Moderno.

O movimento constitucionalista moderno, ou o constitucionalismo moderno, pode ser definido como o movimento de cunho político, cultural e social, iniciado no século XVIII, que questiona politicamente, filosoficamente e juridicamente o domínio político exercido pelo Estado Absolutista¹.

O doutrinador Kildare Gonçalves Carvalho entende que o constitucionalismo moderno deve ser observado como integrante das “correntes filosóficas, ideológicas, políticas e sociais dos séculos XVIII e XIX”, sendo possível extrair um aspecto jurídico, com fundamento em um sistema normativo que apresenta a Constituição como ápice do ordenamento e “se encontra acima dos detentores do poder”, e um aspecto sociológico, que serve de sustentação à limitação do poder pelo Texto Constitucional².

Já o professor André Ramos Tavares encontra quatro sentidos para o movimento constitucional, primeiramente como movimento político-social de limitação do poder, posteriormente como exigência de adoção de constituições escritas, em uma terceira acepção como forma de indicar os “propósitos mais latentes e atuais” e, por fim, o constitucionalismo representa a evolução constitucional de um Estado³.

Dessa forma, o constitucionalismo moderno é um movimento político, jurídico, social e ideológico, realizado em meados do século XVIII, para limitar a ingerência

¹ “Em termos rigorosos, *não há um constitucionalismo mas vários constitucionalismo* (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Será preferível dizer que existem diversos *movimentos constitucionais* com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 51-52.)

² CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 165.

³ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.

dos Poderes Públicos, em oposição ao Estado Absolutista, com a adoção de constituições escritas e rígidas para assegurar os direitos fundamentais⁴, assim como determina o art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁵.

É importante ressaltar, ainda, que o constitucionalismo moderno “legitimou o aparecimento da chamada *constituição moderna*”, inspirada no conceito de Constituição Ideal, pensada por Gomes Canotilho, de influência político-liberal, e determinava que as constituições devem ser documentos escritos, garantidoras de direitos fundamentais, que assegurem a separação dos poderes e permitam a participação popular na vida política do Estado⁶.

O Constitucionalismo moderno é definido, também, na ótica de Gomes Canotilho:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo⁷.

Além do movimento constitucionalista moderno, outros constitucionalismos são identificados pela doutrina majoritária, como o constitucionalismo antigo, vivenciado pelos hebreus e pelas Cidades-Estado gregas; o constitucionalismo da idade média, com a *Magna Charta Libertatum* de 1215, o *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Act* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689, dentre outros; e o constitucionalismo contemporâneo⁸,

⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13-14.

⁵ “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não for assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 161).

⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 29-30.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 51.

⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 3-16; CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 30-34; BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 9-18; BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional: Fundamentos teóricos*. Vol. 1. São Paulo: Manole, 2005, p. 27-56; LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 4-7; CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 168-172.

consagrando um “*totalitarismo constitucional*, conseqüência da idéia de *constituição programática*”, com os direitos sociais e trabalhistas recebendo a tutela constitucional⁹.

Como parte do movimento constitucional social e contemporâneo, o doutrinador André Ramos Tavares utiliza a expressão “constitucionalismo globalizado”, para referir-se ao movimento atual de integração econômica e cultural dos povos, fortalecendo as garantias e o respeito universal pelos direitos humanos¹⁰.

Já a professora Gisela Maria Bester opta pela expressão “constitucionalismo comunitário” para referir-se ao mesmo fenômeno descrito por André Ramos Tavares, destacando o alto grau de integração dos países da União Européia como exemplo de um “constitucionalismo na era das legislações supranacionais”¹¹.

Alguns autores manifestam a existência de um “constitucionalismo do futuro” ou do “por vir”. O doutrinador Kildare Gonçalves Carvalho afirma que a chegada do século XXI trouxe consigo a perspectiva de um “ponto de equilíbrio” entre o constitucionalismo moderno e o constitucionalismo contemporâneo, associado aos ideais de solidariedade e fraternidade. O referido professor se filia ao pensamento de José Roberto Dromi, ao entender que o constitucionalismo do futuro é baseado nos valores de verdade, de solidariedade, de continuidade, de participação, de integração e de universalização¹².

⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 16-17.

¹⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 15-16.

¹¹ BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional: Fundamentos teóricos*. Vol. 1. São Paulo: Manole, 2005, p. 56-57; Ressalta-se aqui reflexão interessante do doutrinador Manoel Jorge e Silva Neto, sobre o movimento constitucional na União Européia: “Cuida saber-se agora se a União Européia, que busca a sua definitiva organização em um texto constitucional, será novo Estado formado a partir da aprovação do texto mediante plebiscito, ou se, diferentemente, a despeito da existência de um texto constitucional conformador da atuação das nações européias, conservaram elas a soberania, o que importaria concluir sobre a existência de uma constituição sem Estado.” (SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 68).

¹² “I) verdade – as constituições não mais conterão promessas impossíveis de serem realizadas, nem consagrarão mentiras. Para tanto, o referido publicista argentino analisa as normas que, de natureza programática, encerram projetos inalcançáveis pela maioria dos Estados, defendendo a necessidade de sua erradicação dos textos constitucionais. Por isso é que o constitucionalismo será verdadeiro, transparente e eficaz; II) solidariedade – as constituições do futuro aproximar-se-ão de uma nova idéia de igualdade, baseada na solidariedade dos povos, na dignidade da pessoa humana e na justiça social, com a eliminação das discriminações; III) continuidade – é muito perigoso em nosso tempo conceber constituições que produzam uma ruptura da denominada lógica dos antecedentes, pelo que as reformas constitucionais, embora objetivando adaptar os textos constitucionais às exigências da realidade, ocorrerão com ponderação e equilíbrio, dando continuidade ao caminho traçado; IV) participação – o povo e os corpos intermediários da sociedade participarão de forma ativa, integral e equilibrada no processo político (democracia participativa) eliminando-se, com isso, a indiferença social; V) integração – haverá integração, prevista nas constituições, mediante cláusulas que prevejam órgãos supranacionais, dos planos interno e externo do Estado, refletindo a integração espiritual, moral, ética e institucional dos povos; VI) universalização – os direitos fundamentais internacionais

No mesmo sentido encontra-se Pedro Lenza, que concebe o constitucionalismo do “por vi” como um equilíbrio entre o constitucionalismo moderno e o freio de alguns excessos do constitucionalismo contemporâneo, sendo que as constituições futuras, derivadas do consenso democrático, terão a missão de consolidação dos direitos fundamentais de terceira geração¹³.

Por fim, certo dos vários movimentos constitucionalistas, é considerada a origem formal do constitucionalismo as Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos, do ano de 1787, e da França, do ano de 1791, tendo como elemento característico a função de organização do Estado e a enumeração de direitos e garantias fundamentais do indivíduo, limitando o poder estatal¹⁴.

1.2 Poder Constituinte Originário.

O professor Gomes Canotilho entende o Poder Constituinte Originário como “uma das categorias políticas mais importantes do constitucionalismo moderno”, se manifestando como uma questão de poder, de força ou de autoridade política que cria e dá sustentação a uma Constituição ou a elimina do cenário jurídico¹⁵.

Como coloca o doutrinador Paulo Gustavo Gonet Branco, o Poder Constituinte Originário é a “força política capaz de estabelecer e manter o vigor normativo do Texto”, sendo o fundamento de validade e a fonte da autoridade máxima da Constituição¹⁶.

O Poder Constituinte Originário é a força criadora que institui uma Constituição, que funda a ordem jurídica de um Estado e lhe dá sustentação¹⁷. É o Poder que rompe completamente com a ordem jurídica pretérita e instaura uma nova Constituição¹⁸. É

serão previstos nas constituições do futuro, com a prevalência universal da dignidade do homem, e serão eliminadas quaisquer formas de desumanização.” (CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 173).

¹³ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 7-8.

¹⁴ MOREAS, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas 2008, p. 1.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 65.

¹⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 197.

¹⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 28-29.

¹⁸ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 84.

a manifestação soberana da “vontade política de um povo, social e juridicamente organizado”¹⁹.

A Constituição, entendida como norma suprema do ordenamento jurídico, ocupando o “patamar último do Direito”²⁰, dispendo sobre a estrutura funcional do Estado e sobre as normas fundamentais de convivência da sociedade política²¹, é o resultado do trabalho do Poder Constituinte Originário.

É do Poder Constituinte Originário que deriva a supremacia da Constituição²², sendo ele “fonte da autoridade dos poderes constituídos”²³. Devido essa característica peculiar que também é denominado de Poder Constituinte inicial, inaugural ou de primeiro grau²⁴.

O objetivo fundamental do Poder Constituinte Originário é de instituir uma nova Constituição e de criar, juridicamente, um novo Estado:

ressalta-se a idéia de que surge novo Estado a cada nova Constituição, provenha ela de movimento revolucionário ou de assembléia popular. O Estado brasileiro de 1988 não é o de 1969, nem o de 1946, o de 1937, de 1934, de 1891, ou de 1824. Historicamente é o mesmo. Geograficamente pode ser o mesmo. Não o é, porém, juridicamente. A cada manifestação constituinte, editora de atos constitucionais como Constituição, Atos Institucionais e até Decretos (veja-se o Dec. n. 1, de 15.11.1889, que proclamou a República e instituiu a Federação como forma de Estado), nasce o Estado. Não importa a rotulação conferida ao ato constituinte. Importa sua natureza. Se dele decorre a certeza de rompimento com a ordem jurídica anterior, de edição normativa em desconformidade intencional com o texto em vigor, de modo a invalidar a normatividade vigente, tem-se novo Estado²⁵.

¹⁹ MOREAS, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas 2008, p. 26; “Poder Constituinte Originário é a expressão maior da vontade de um povo ou grupo destinada a estabelecer os fundamentas de organização de sua própria comunidade. É o poder político fundamental e supremo capaz de criar as normas constitucionais, organizando o Estado, delimitando seus poderes e fixando-lhes a competência e limites.” (CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 228-229).

²⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 28.

²¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 12.

²² FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 20-21.

²³ MOREAS, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas 2008, p. 27.

²⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 44-45.

²⁵ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 33.

Luís Roberto Barroso leciona sobre o Poder Constituinte Originário como força política criadora da Constituição:

Embora resulte de um impulso político, que deflagra o poder constituinte originário, a Constituição, uma vez posta em vigência, é um documento jurídico. E as normas jurídicas, tenham caráter imediato ou prospectivo, não são opiniões, meras aspirações ou plataforma política²⁶.

Portanto, o Poder Constituinte é entendido como uma “força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política”²⁷.

Contudo, é de observar que o Poder Constituinte Originário não se confunde com sua teoria²⁸. Enquanto o Poder Constituinte Originário representa a força social que sempre existiu em toda sociedade política, que instituiu uma Constituição e dá início à ordem jurídica positiva²⁹, a teoria do Poder Constituinte teve seu início em meados do século XVIII, com o pensamento iluminista, e com a publicação do panfleto intitulado “O que é o terceiro Estado?”, de autoria do abade francês Emmanuel Sieyès³⁰.

A teoria do Poder Constituinte visa legitimar o Poder³¹, tendo início na obra de Sieyès³², que representou um manifesto revolucionário, impulsionando a Revolução Francesa, e apresentou as propostas da classe burguesa, entendida como Terceiro Estado, em oposição aos privilégios do clero e da nobreza³³.

Pelo pensamento de Sieyès, o Terceiro Estado era composto pela nação, responsável por suportar os encargos do processo de produção e o exercício de cargos de

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 249.

²⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 197.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 141; “Não obstante isso, sabemos que a realidade do poder constituinte precedeu historicamente essa sua elaboração técnica, já que é um correlato da existência de qualquer Estado.” (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 30).

²⁹ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 53-54.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 141.

³¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 141.

³² “Para o famoso vigário-geral de Chartres, a opção pelo clero foi mais uma escolha de profissão do que uma vocação religiosa. Sieyès sempre encarou o clero como uma modalidade de *serviço civil*, como a atividade de um funcionário público dedicado a determinadas tarefas, como o culto e a educação. Teve participação muito importante, primeiro, na eclosão da Revolução Francesa, depois, no estabelecimento de alguns dos mais importantes diplomas da Revolução (...) Sieyès, porém, entra na história do Direito Constitucional como o autor da doutrina do Poder Constituinte, que começou a expor já no *Que é o Terceiro Estado?*” (FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 11-12).

³³ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 230.

auxílio na Administração Pública, sem qualquer reconhecimento, tendo em vista que os cargos honoríficos eram destinados ao clero e a nobreza. O abade francês afirmava, ainda, que a classe privilegiada formava um “corpo indolente”, devendo ser suprimida por representar um obstáculo ao desenvolvimento do Estado³⁴.

As idéias de Sieyès estavam fundamentalmente na concepção de que todo Estado possui uma Constituição, que é obra de um Poder Constituinte e que precede a essa Constituição. Dessa forma, o Poder Constituinte dá origem aos Poderes do Estado³⁵, os chamados poderes constituídos, sendo superior a estes³⁶.

Segundo Sieyès, as maiores reivindicações da classe burguesa eram referentes à participação política, sendo pensadas três fases de formação da comunidade. Na fase inicial, considerava-se a intenção do indivíduo de organizar uma nação. Em uma segunda fase, considerava-se a vontade comum de formar uma sociedade política, sendo essa manifestação prejudicada diante da dispersão do povo pelo território. Na última fase, os indivíduos, reunidos por essa vontade comum de formar uma sociedade política, discutem

³⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 9.

³⁵ O professor Gomes Canotilho assinala que a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, não obstante a importância de tratamento dado por Emmanuel Sieyès, foi precedido por John Locke e a teoria do *supreme power*, representando relevante contribuição para a teoria do poder constituinte: “No complexo contexto das dissidências políticas e religiosas em que se gera o radicalismo político inglês (1681-1683), a formulação teórica do ‘direito de resistência’ e do ‘direito à revolução’ pressupunha um esforço analítico no sentido de dar contornos precisos ao chamado ‘corpo do povo’. Este ‘corpo do povo’ era sistematicamente identificado pelos *tories* como a ‘população’, a ‘multidão’, as ‘pessoas sem propriedade’. Embora a expressão ‘poder constituinte’ não surja de forma clara na obra de John Locke, considera-se que este sugeriu a distinção entre *poder constituinte* do povo, reconduzível ao poder de o povo alcançar uma nova ‘forma de governo’, e o *poder ordinário* do governo e do legislativo encarregados de prover à feitura e à aplicação das leis. Os pressupostos teóricos da sugestão de um *supreme power* identificados pela doutrina como poder constituinte são resumidamente estes: (1) o estado de natureza (*state of nature*) é de carácter social; (2) neste estado de natureza os indivíduos tem uma esfera de direitos naturais (*property*) antecedentes ou preexistentes à formação de qualquer governo; (3) o poder supremo é conferido à sociedade ou comunidade e não a qualquer soberano; (4) o contrato social através do qual o povo ‘consente’ o poder supremo do legislador não confere a este um poder geral mas um poder limitado e específico e, sobretudo, não arbitrário; (5) só o corpo político (*body politic*) reunido no povo tem autoridade política para estabelecer a constituição política da sociedade.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 72-73).

³⁶ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13; “Porém, a natureza jurídica do poder constituinte foi duramente contestada no século XIX, pelo positivismo jurídico, ao entender que, sendo anterior o poder constituinte ao direito posto, não haveria como considerar sua juridicidade.” (SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 11-12).

os assuntos considerados de interesse público, instituem uma Constituição e delegam poderes para alguns representarem a coletividade³⁷.

Sieyès desenvolveu, também, três indagações relacionadas ao Terceiro Estado, que ele mesmo respondeu. À primeira pergunta *O que é o Terceiro Estado?*, foi respondido que era tudo porque realizava todas as tarefas necessárias à existência de uma sociedade política. À segunda indagação *O que tem sido ele, até agora, na ordem política?*, respondeu que o Terceiro Estado não tem sido nada porque os privilégios estavam concentrados no clero e na nobreza, que usurpavam os direitos do povo. À última pergunta *O que é que ele pede?*, foi respondido que o Terceiro Estado pede que seus representantes sejam escolhidos entre cidadãos que pertençam à sua classe na sociedade política, que tenham representantes em números iguais aos representantes do clero e da nobreza e que a contagem de votos, nas deliberações, seja feita “por cabeça, não por ordem”³⁸.

Ainda, sobre a importância da teoria do Poder Constituinte, ressalta-se o comentário de Luzia Cabral Pinto:

Não se pode, no entanto, subestimar a importância da teorização do poder constituinte como fundamento originário da ordem constitucional do Estado: essa teorização teve o mérito de trazer a constituição do inconsciente político e social para o consciente jurídico e para o discurso crítico da legitimação³⁹.

O Poder Constituinte Originário possui características peculiares que o diferencia do poder constituído, sendo de natureza política, inicial, ilimitado, incondicionado e permanente.

A discussão sobre a natureza do Poder Constituinte Originário remete para as correntes jusnaturalista e juspositivista, que concorrem entre si.

Pela corrente jusnaturalista, O Poder Constituinte representa um poder de direito, que deriva da regra jurídica anterior ao Estado que funda⁴⁰, é poder de natureza

³⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 10.

³⁸ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 230.

³⁹ PINTO, Luzia Cabral *Apud* TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 30.

⁴⁰ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 22.

jurídica e decorre diretamente do direito natural⁴¹ e este direito resulta da natureza humana⁴². Nessa corrente, o Poder Constituinte é “início, meio e fim do arcabouço jurídico de um Estado”⁴³.

Já pela doutrina juspositivista, o Poder Constituinte Originário faz a Constituição, apresentando natureza essencialmente política ou extrajurídica⁴⁴, é um poder de fato que reconhece como jurídico o Direito posto e nada antes dele⁴⁵.

Ainda no pensamento do positivismo, o Poder Constituinte não se funda em Direito pré-existente, sendo a Constituição a primeira norma jurídica e fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico é o Poder Constituinte Originário o fundamento de validade dessa Constituição e precede ao próprio Direito⁴⁶.

Se o Direito e a ordem jurídica começam a partir da Constituição, sendo o Poder Constituinte o instituidor da Constituição e anterior a ela, por certo que sua natureza é de um poder político, de fato ou extrajurídico. A corrente do juspositivismo é a predominante em nosso Direito⁴⁷.

O Poder Constituinte possui a característica de ser inicial, tendo em vista que a Constituição, produto final de seu trabalho, é o início da ordem jurídica de um Estado⁴⁸. É o Poder Constituinte Originário que dá início, por meio da Constituição, a todo o ordenamento jurídico e estabelece os poderes constituídos⁴⁹. É ele que representa a ruptura

⁴¹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 231-232.

⁴² O doutrinador Manuel Gonçalves Ferreira Filho comenta, aqui, o direito natural e as escolas naturalistas, sendo destacada a Escola do Direito Natural e das Gentes, que tem como expoente Hugo Grócio: “escola esta que funda o direito natural não na Lei de Deus, mas na razão humana e na inclinação social do homem. Foi esta escola de Grócio, alias, que influiu diretamente na doutrina do *Contrato social* e, portanto, no pensamento iluminista que, no século XVIII, prevaleceu e se refletiu nas revoluções desse século.” (FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 56).

⁴³ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 233.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 146.

⁴⁵ ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 148.

⁴⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 232.

⁴⁷ BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional: Fundamentos teóricos*. Vol. 1. São Paulo: Manole, 2005, p. 198-199.

⁴⁸ MOREAS, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas 2008, p. 28.

⁴⁹ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 26.

com a ordem jurídica pretérita e inaugura a ordem jurídica inédita, institui um novo Estado, “cuja energia geradora encontra fundamento em si mesmo”⁵⁰.

Quanto à característica inicial, ressalta-se a lição de Dirley da Cunha Júnior:

É *inicial*, porque *inaugura* uma nova ordem jurídica, rompendo com a anterior. Isso significa que ele *revoga* a Constituição anterior e todas as normas infraconstitucionais que com a nova ordem forem incompatíveis. Por isso mesmo, o Poder Constituinte é, simultaneamente, Constituinte e Desconstituinte, na medida em que quando constitui uma nova ordem, desconstitui, *ipso facto*, a anterior⁵¹.

O Poder Constituinte é caracterizado, também, como ilimitado, não sofrendo qualquer restrição prévia pelo direito positivo⁵², não devendo qualquer respeito aos limites postos pelo ordenamento jurídico pretérito⁵³. O poder criador e inovador do Poder Constituinte não encontra limitação nos direitos e valores consagrados na ordem constitucional pretérita⁵⁴.

Apesar dessa característica ilimitada de poder fazer tudo, modernamente, a doutrina vem rejeitando a qualidade de poder soberano ao Poder Constituinte⁵⁵, reconhecendo a necessidade de observância aos princípios de justiça e de direito internacional, como o princípio da independência, da autodeterminação dos povos e de direitos humanos, para possibilitar uma convivência harmoniosa com a comunidade internacional⁵⁶.

⁵⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 184.

⁵¹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 237.

⁵² ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 150

⁵³ MOREAS, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas 2008, p. 28.

⁵⁴ “Por isso que doutrina e jurisprudência convergem no sentido de que *não há direito adquirido contra a Constituição*” (BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional: Fundamentos teóricos*. Vol. 1. São Paulo: Manole, 2005, p. 193-194).

⁵⁵ “há uma tendência doutrinária em relativizar um tanto a sua imperatividade, principalmente no que se refere a evitar que quando o poder constituinte originário se reúne para fazer nova Constituição abra mão, desconsidere, despreze direitos fundamentais que são amplamente considerados pela teoria constitucional como de aquisição evolutiva da humanidade, mormente os ligados aos direitos básicos de liberdade, de igualdade, de dignidade da pessoa humana e o princípio democrático” (BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional: Fundamentos teóricos*. Vol. 1. São Paulo: Manole, 2005, p. 194).

⁵⁶ “Desde logo, se o poder constituinte se destina a criar uma constituição concebida como organização e limitação do poder, não se vê como esta ‘vontade de constituição’ pode deixar de condicionar a contada do criador. Por outro lado, este criador, este sujeito constituinte, este povo ou nação, é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta espiritual, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como ‘vontade do povo’” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 81).

Em oposição ao Poder Constituinte Originário concebido como plenamente ilimitado, Jorge Miranda apresenta três categorias de limites materiais. Limites transcendentais, representado pelo direito natural e pela consciência jurídica coletiva. Limites imanentes, que deriva da soberania do Estado e de suas opções políticas. Limites heterônomos, que correspondem às regras e princípios de direito internacional⁵⁷.

O referido professor subdivide os limites heterônomos, ainda, em limites heterônomos de caráter geral, que decorrem do *jus cogens*; limites heterônomos de direito internacional de caráter especial, que representa restrições no conteúdo da Constituição em face do Estado ter assumido compromisso com a comunidade internacional; limitações heterônomas de direito interno, que corresponde aos limites estabelecidos entre a União Federal e seus Estados-membros⁵⁸.

Também Emmanuel Sieyès afirmava que o Poder Constituinte é ilimitado e sua força criadora não poderia ser restringida pelo direito positivo anterior. Contudo, o abade francês era adepto da Escola de Direito Natural das Gentes, de Rousseau e Hugo Grócio, e ressaltava que o Poder Constituinte está limitado pelo direito natural⁵⁹.

O Poder Constituinte Originário é caracterizado como incondicionado, tendo em vista que sua manifestação não precisa obedecer a qualquer forma prefixada⁶⁰. Ele não deve observância a qualquer regra de procedimento para manifestar-se⁶¹. Sua manifestação não está condicionada a formulas jurídicas⁶². O Poder Constituinte não segue um procedimento predeterminado, mas pode estabelecer regras para si mesmo para organizar seus trabalhos⁶³.

⁵⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 2 v, p. 108-111.

⁵⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 2 v, p. 108-111.

⁵⁹ “A nação existe antes de tudo, é a origem de tudo, sua vontade é sempre legal, ela é a própria lei; antes dela e acima dela somente existe o direito natural” (SIEYÈS, Emmanuel Joseph *Apud* FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 14).

⁶⁰ ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 150.

⁶¹ BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional: Fundamentos teóricos*. Vol. 1. São Paulo: Manole, 2005, p. 194.

⁶² CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 184.

⁶³ “Essas disposições que não têm sanção, podem ser superadas ou desrespeitadas pelo constituinte, sem que se invalide o seu trabalho final.” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 201).

A última característica apontada pela doutrina sobre o Poder Constituinte é sua permanência, tendo em vista que ele não termina com elaboração de uma nova Constituição⁶⁴. Realizada sua obra, o Poder Constituinte volta ao estado de “hibernação” e aguarda um novo chamado da vontade soberana de seu titular⁶⁵, estando pronto para manifestar-se a qualquer momento⁶⁶.

Sieyès já pronunciava que o Poder Constituinte Originário é permanente e não se esgota depois de redigida uma nova Constituição, mas volta ao estado de latência para refazer a Constituição em um momento futuro⁶⁷.

O Poder Constituinte Originário, de acordo com as lições de Gomes Canotilho, tem somente o povo como seu único titular em um ambiente democrático atual, compreendido este como o conjunto de pessoas de pluralidade cultural, política, social, e religiosa, que decidem sobre a formação da sociedade política⁶⁸.

Constituição da República Federativa do Brasil, em seu Preâmbulo e no parágrafo único do art. 1º, explicitou o povo⁶⁹ como titular do Poder Constituinte quando escreveu, respectivamente, “Nós, representantes do povo brasileiro” e “Todo o poder emana do povo”.

É de distinguir, todavia, o titular do Poder Constituinte Originário de seu exercente⁷⁰. É certo que, modernamente, o povo é o titular do Poder Constituinte, mas nunca

⁶⁴ MOREAS, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas 2008, p. 28.

⁶⁵ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 238.

⁶⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 200.

⁶⁷ “A nação não fica submetida à Constituição que ela estabeleceu, pelo seu Poder Constituinte. Decorre disso que a nação pode mudar a Constituição sempre que bem lhe parecer. O estabelecimento de uma Constituição não esgota o poder constituinte da nação.” (FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 14)

⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 75; Ressalta-se que Sieyès entendia ser o nação, e não o povo, o titular do Poder Constituinte Originário (FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13).

⁶⁹ Pedro Lenza menciona que para o professor Michel Temer os integrantes do povo são aqueles “catalogados no art. 12 da CF/88” (LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 83).

⁷⁰ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 233.

é ele quem o exerce⁷¹. O exercente do Poder Constituinte é aquele que, em nome do povo, estabelece uma nova Constituição⁷².

O exercício do Poder Constituinte Originário pode ser de forma democrática, com a participação popular no processo de feitura da nova Constituição, nesse caso tem-se o Poder Constituinte legítimo; ou autocrática, por meio da vontade única do titular do poder arbitrário, sem permitir a participação do povo na elaboração da Lei Maior, decorrendo o Poder Constituinte usurpado⁷³.

Quando o Poder Constituinte é legítimo, sua forma de expressão é pela Assembléia Nacional Constituinte ou por Convenção⁷⁴. Quando o Poder Constituinte é usurpado, sua forma de expressão é pela outorga do texto constitucional, impondo sua observância ao povo⁷⁵.

1.3 Concepções de Constituição.

1.3.1 Concepção sociológica de Constituição.

A concepção sociológica de Constituição foi propugnada por Ferdinand Lassale, em sua obra *A essência da Constituição*, que entendia ser a Constituição real a “soma dos fatores reais de poder que regem nesse país”, sendo a Constituição escrita uma mera “folha de papel”⁷⁶.

Segundo Lassale, é necessário distinguir a Constituição real da Constituição escrita. A Constituição real é a verdadeira Constituição de um país, que é formada e instituída pelos fatores e efetivos reais de poder, devendo a Constituição escrita guardar

⁷¹ MOREAS, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas 2008, p. 27.

⁷² FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 24.

⁷³ ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 151.

⁷⁴ O doutrinador Paulo Gustavo Gonet Branco menciona que em constituições do tipo votada, que permite a participação popular em seu processo de elaboração, pode-se falar em procedimento constituinte direto “quando o projeto elaborado pela Assembléia obtém validade jurídica por meio da aprovação direta do povo, que se manifesta por meio de plebiscito ou referendo” e procedimento constituinte indireto quando “a participação do povo esgota-se na eleição de representantes para uma assembléia, que deverá elaborar e promulgar o texto magno.” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 202).

⁷⁵ MOREAS, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas 2008, p. 27-28.

⁷⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 38.

compatibilidade com as determinações da Constituição real para não ser abandonada. A Constituição escrita que esta dissonante dos fatores reais de poder é reformada para se adequar ou passa a ser uma simples folha de papel, sem qualquer autoridade jurídica na sociedade⁷⁷.

Esses fatores reais de poder representam as forças que atuam politicamente em determinada sociedade para manter as instituições jurídicas vigentes⁷⁸, é a força ativa que forma a Constituição real, devendo a Constituição escrita corresponder a esses fatores reais para não ser considerada uma folha de papel⁷⁹.

Jorge Miranda ressalta que para Ferdinand Lassale, os problemas constitucionais são primeiramente questão de Poder, e posteriormente problemas jurídicos⁸⁰, e que uma Constituição escrita duradoura e boa é aquela que traduz os interesses dos fatores reais de poder⁸¹, que traz em seu papel os mandamentos da Constituição real.

A professora Gisela Maria Bester propõe uma atualização da concepção de Lassale, contextualizada no Brasil, para identificar quem seriam os fatores reais de poder, concluindo serem o Poder Executivo forte, o povo e o poder econômico⁸².

Em oposição direta à concepção sociológica de Constituição, esta Konrad Hesse afirmando que “Se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas em contínua mudança, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito”⁸³.

⁷⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 2 v, p. 55.

⁷⁸ “Lassale exemplifica isso com o que acontecia na França antes da Revolução Francesa: já se falava em Constituição no que dizia respeito ao pagamento de impostos, ainda que não existisse nenhum documento escrito que proclamasse os direitos do povo e do governo. O que ali havia era a manifestação dos fatores reais de poder, e a prática constante de pagamento de impostos demonstrava que há muito tempo o povo estava sujeito a isso, funcionando como um precedente.” (BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional: fundamentos teóricos*. Vol. 1. São Paulo: Manole, 2005, p. 61-62).

⁷⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 26.

⁸⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 2 v, p. 55.

⁸¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 26.

⁸² Quanto ao Poder Executivo: “poderíamos responder descrevendo, por exemplo, um *Executivo forte*, de longa tradição não só no Brasil como em praticamente toda a América Latina. O Poder Executivo não redige a Constituição obviamente, mas é nela desenhado como uma espécie de superpoder” (BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional: fundamentos teóricos*. Vol. 1. São Paulo: Manole, 2005, p. 63).

⁸³ HESSE, Konrad *Apud* SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 31.

1.3.2 Concepção política de Constituição.

A concepção política de Constituição tem como grande expoente o doutrinador alemão Carl Schmitt, que em sua obra *Teoria da Constituição* afirmava ser a Constituição uma “decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política”⁸⁴.

A Constituição não tem em sua essência qualquer lei ou norma, surgindo de uma decisão consciente da totalidade da unidade política que adota para si uma forma de existência política, por meio do titular do poder constituinte⁸⁵. O fundamento de validade da Constituição não está na justiça de suas normas⁸⁶, mas na decisão política fundamental que reflete a forma de Estado, a forma de governo, os poderes estatais e os direitos individuais⁸⁷.

A Constituição não gera a unidade política da sociedade, mas ao contrário, a unidade política por meio de sua vontade política fundamental – Poder Constituinte Originário – decide politicamente sobre sua forma de existir e “adota a Constituição por si mesma e se dá a si mesma”⁸⁸. Essa decisão fundamental é o momento político que antecede o momento jurídico⁸⁹.

Carl Schmitt diferenciava a Constituição das leis constitucionais. De acordo com esse doutrinador, a Constituição é fruto da decisão política fundamental e trata de matérias referentes aos direitos individuais, à organização estatal e à vida democrática, dentre outros⁹⁰. Já as leis constitucionais eram disposições inseridas em um documento

⁸⁴ SCHMITT, Carl *Apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 38.

⁸⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 2 v, p. 56-57.

⁸⁶ “A Constituição não é, pois, coisa absoluta, porquanto não surge de si mesma. Tampouco vale em virtude de sua justiça normativa ou em razão de sua sistemática fechada.” (SCHMITT, Carl *Apud* SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 32).

⁸⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 28.

⁸⁸ O encadeamento lógico da origem da Constituição pela teoria voluntarista de Schmitt seria “*unidade política -> vontade política de existir -> decisão concreta de conjunto sobre o modo e a forma de existir (Constituição)*.” (CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 73).

⁸⁹ Schmitt foi um “severo crítico da República de Weimar, cuja Constituição censurou por lhe faltar ‘decisão’ sobre as grandes questões, porém, em realidade, endereçava-lhe *críticas* porque ela continha uma decisão em favor de um sistema que foi por ele desqualificado pejorativamente como *Estado liberal burguês de Direito*. Na verdade, o seu decisionismo por fim identificou no Preâmbulo dessa Constituição uma decisão política fundamental, que era pela unidade do povo alemão” (BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional: fundamentos teóricos*. Vol. 1. São Paulo: Manole, 2005, p. 64).

⁹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 38.

solene chamado Constituição, mas não guardava qualquer relação com a decisão política fundamental⁹¹.

Manuel Jorge e Silva Neto afirma que a distinção proposta por Carl Schmitt entre Constituição e Leis Constitucionais realça o princípio da exclusão. Dessa forma, é Constituição a disposição materialmente constitucional, derivada da decisão política fundamental e que corresponda à forma de organização do Estado e a previsão dos direitos e garantias fundamentais. Por exclusão, o que não for fruto da decisão política fundamental é Lei Constitucional, ou seja, disposição formalmente constitucional que poderia ser trabalhada pelo legislador ordinário⁹².

1.3.3 Concepção jurídica de Constituição.

A concepção jurídica de Constituição tem como grande pensador o doutrinador Hans Kelsen, que entendia o Direito como uma ordem normativa que encontrava sua unidade e sistematização em uma norma fundamental⁹³. Essa norma fundamental era a Constituição, que tinha a missão de organizar a estrutura do Estado, sem apresentar qualquer fundamento de ordem sociológica, política ou filosófica⁹⁴.

Kelsen compreendia a Constituição em um sentido jurídico-positivo e em sentido lógico-jurídico⁹⁵.

Em sentido jurídico-positivo, a Constituição é interpretada como o conjunto de normas jurídicas postas, de existência material e visível⁹⁶, é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico e confere a este unidade e sistematização⁹⁷, é a norma mais elevada do plano hierárquico do ordenamento positivo⁹⁸, por meio dela se regula a criação

⁹¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 28.

⁹² SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 31-32.

⁹³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 2 v, p. 55.

⁹⁴ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 75.

⁹⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 30.

⁹⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 33.

⁹⁷ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 77.

⁹⁸ “A Constituição no sentido formal é um documento solene, um conjunto de normas jurídicas que pode ser modificado apenas com observância de prescrições especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação dessas normas” (KELSEN, Hans *Apud* SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 33).

de outras normas jurídicas gerais⁹⁹, é norma pura, puro “dever ser”, sem qualquer pretensão sociológica, política ou filosófica¹⁰⁰, é norma puramente jurídica¹⁰¹. É a lei nacional no seu mais alto grau¹⁰²

A Constituição em sentido jurídico-positivo é o paradigma para o controle de constitucionais das demais leis e atos normativos¹⁰³. A norma inferior busca sua validade na norma imediatamente superior e esta encontra seu fundamento de validade na Constituição positiva, que é a norma de mais alto grau na estrutura hierárquica do ordenamento jurídico e no processo criativo do Direito¹⁰⁴.

Em sentido lógico-jurídico, a Constituição é compreendida como a norma fundamental hipotética e fundamento lógico transcendental de validade da Constituição em sentido jurídico-positivo¹⁰⁵.

Nessa segunda acepção, a Constituição é invisível e imaterial e consiste em um comando genérico para que seus destinatários observem e respeitem os mandamentos da Constituição positiva¹⁰⁶.

Essa norma fundamental hipotética é uma norma jurídica pressuposta¹⁰⁷, pensada ou suposta, não imposta por nenhuma autoridade e determina à obediência incondicional à Constituição em sentido jurídico-positivo, que representa a norma positiva suprema e imposta por alguma autoridade humana¹⁰⁸.

⁹⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 2 v, p. 55.

¹⁰⁰ BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional: fundamentos teóricos*. Vol. 1. São Paulo: Manole, 2005, p. 66.

¹⁰¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 199.

¹⁰² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 39.

¹⁰³ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 77.

¹⁰⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 2 v, p. 55.

¹⁰⁵ BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional: fundamentos teóricos*. Vol. 1. São Paulo: Manole, 2005, p. 66.

¹⁰⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 33.

¹⁰⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 2 v, p. 55.

¹⁰⁸ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 76-77.

2 ASPECTOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Nesse capítulo são estudados princípios pontuais de interpretação constitucional que se relacionam com o Preâmbulo e a estrutura organizacional da Constituição Federal de 1988 que o Poder Constituinte Originário optou por utilizar.

2.1 Princípios de Interpretação Constitucional.

A Constituição, obra do Poder Constituinte Originário, pretende ser conscientemente complementada pela sua interpretação¹⁰⁹. O objeto de interpretação é o texto constitucional, em suas regras e princípios, que trás em si um significado que para ser plenamente entendido precisa ser adequadamente interpretado¹¹⁰. A atividade interpretativa tem por objetivo encontrar o “sentido e o alcance da norma”¹¹¹, não sendo possível aplicar qualquer mandamento constitucional sem antes interpretar seu texto¹¹².

Paulo Bonavides ressalta que toda norma jurídica deve ser interpretada e que esta atividade “mostra o direito vivendo plenamente a fase concreta e interpretativa, objetivando-se na realidade”¹¹³.

Para auxiliar a tarefa do interprete da Constituição, foram pensados os princípios de interpretação constitucional, que possuem natureza instrumental e representam pressupostos lógicos de aplicação dos mandamentos constantes na Lei Maior¹¹⁴. Contudo, esses princípios não possuem caráter normativo e a interpretação por um deles sugerida

¹⁰⁹ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 109.

¹¹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 143.

¹¹¹ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 381.

¹¹² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 2 v, p. 258.

¹¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 437-438.

¹¹⁴ Dirley da Cunha Junior observa que nas lições de Gomes Canotilho, os princípios de interpretação constitucional derivam do método hermenêutico-concretizador. (CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 214)

representa uma diretriz para o adequado sentido da norma¹¹⁵, apontam um resultado possível, mas não o único correto¹¹⁶.

O interprete da Constituição precisa sempre ter em mente que as normas constitucionais são de “superior categoria hierárquica” e possuem “natureza política”, com conteúdo de estruturação do Estado, definição dos direitos e garantias fundamentais, atribuição de competências e transmissão do Poder, incorrendo em erro quando analisa a norma constitucional ao distanciá-la “de seu manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental, do sentido quase sempre dinâmico e renovador que de necessidade há de acompanhá-la”¹¹⁷.

A Constituição Federal deve ser interpretada para alcançar o melhor sentido de seus mandamentos, analisando a letra de seu texto com elementos políticos, históricos e ideológicos, para atingir a plena eficácia da norma¹¹⁸. Não se pode aplicar ao caso concreto uma regra jurídica que não se entende¹¹⁹.

2.1.1 Unidade da Constituição.

O ordenamento jurídico é um conjunto de normas que coexistem em harmonia e é a Constituição, fundamento de validade de todas as normas jurídicas, que atribui unidade, sistematização¹²⁰, racionalidade, existência coerente e lógica na totalidade normativa desse ordenamento¹²¹.

O princípio da unidade da Constituição informa que a interpretação da Carta Magna deve evitar contradições entre suas normas¹²², não havendo qualquer tipo de

¹¹⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 111.

¹¹⁶ “Ora, se o ato de interpretar deriva do espírito humano e se este é imperfeito e falível, claro que não há exatidão nesse campo.” (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 331).

¹¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 461.

¹¹⁸ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 149.

¹¹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 325.

¹²⁰ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 215.

¹²¹ “Podemos visualizar três dimensões para o princípio da unidade da Constituição: 1ª) a Constituição deve ser a unidade entre a política e a normatividade: isto revela a característica compromissória da Lei Magna e sua prescrição dirigente; 2ª) a Constituição deve ser a unidade positiva do ordenamento legislado: ela é a norma superior, a norma central, a norma básica; 3ª) a Constituição deve possuir unidade interna, isto é, entre os seus próprios dispositivos (princípios e regras).” (OLIVEIRA, Fabio Corrêa Souza de. *Por uma Teoria dos Princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 293-296).

¹²² MOREAS, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas 2008, p. 15.

hierarquia entre os dispositivos constitucionais¹²³. A Constituição somente pode ser interpretada e conhecido o sentido de suas normas se for observada como uma unidade¹²⁴. As normas constitucionais são compreendidas como preceitos integrados de um sistema unitário de regras e princípios¹²⁵.

Os mandamentos constitucionais não podem ser analisados de forma isolada, mas em conjunto com as demais disposições da Lei Maior, em que “o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes”, assim como no círculo hermenêutico¹²⁶.

O interprete deve considerar a Constituição em sua globalidade¹²⁷, privilegiando a unidade política do Estado¹²⁸ e harmonizando as tensões entre suas disposições¹²⁹ para preservar a “vontade unitária da Constituição”¹³⁰.

Luís Roberto Barroso, ressaltando que o princípio da unidade da Constituição é considerado o mais importante princípio de interpretação pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, afirma que esse vetor interpretativo tem como objetivo imediato colocar a Carta Magna, em sua totalidade, como de observância obrigatória para sistematizar e harmonizar o ordenamento jurídico e possibilitar o interprete de solucionar “discrepâncias”

¹²³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 339.

¹²⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 114.

¹²⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 72.

¹²⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101; Diley da Cunha Junior define, sinteticamente, o círculo hermenêutico como: “relação entre o *texto* e o *contexto* com a mediação criadora do intérprete, transformando a interpretação em movimento de *ir-e-vir* (círculo hermenêutico.” (CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 212); “significava tão-somente que só se pode compreender a totalidade de uma obra (ou mesmo de uma frase), a partir da compreensão de suas partes (orações, palavras). Por outro lado, também a parte só pode ser adequadamente entendida em função do todo, ou seja, fazendo uma constante antecipação global do sentido da obra, uma vez que a parte compreendida fora do contexto da obra leva, em geral, a uma interpretação equivocada (...) Em GADAMER, influenciado por HEIDEGGER, a expressão toma um significado mais profundo, passando a ser vista não no ambiente formal e restrito da metodologia de interpretação de texto, mas como momento estrutural *ontológico* da compreensão (...) O conceito pressupõe um enlace dialético em que a compreensão se amolda no processo relacional entre a consciência histórica do interprete – formada pelo conjunto difuso e atemático de preconceitos trazidos pela tradição – e a abertura interpretativa permitida pelo objeto a partir de seu mundo particular (...) Sendo assim, o círculo hermenêutico ocorre no instante em que o sujeito, através de sua pré-compreensão, participa na construção do sentido do objeto (moldado por tais preconceitos), ao passo que o próprio objeto, no desenrolar do processo hermenêutico, modifica a compreensão do interprete.” (PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 33-35).

¹²⁷ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 216.

¹²⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 340.

¹²⁹ DANTAS, David Diniz. *Interpretação Constitucional na Pós-modernidade: teoria e casos práticos*. São Paulo: WVC Editora, 2004, p. 261.

¹³⁰ MOTTA, Moacyr Parra. *Interpretação Constitucional sob Princípios*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 146.

na aplicação das disposições constitucionais, tendo a Constituição como “ponto de equilíbrio”¹³¹.

O doutrinador Klaus Stern apresenta julgado da Suprema Corte alemã, referente ao princípio da unidade da Constituição, como a “primeira grande decisão do Tribunal Constitucional Federal”:

uma disposição constitucional não pode ser considerada de forma isolada nem pode ser interpretada exclusivamente a partir de si mesma. Ela está em conexão de sentido com os demais preceitos da Constituição, a qual representa uma unidade interna¹³².

O doutrinador Inocêncio Mártires Coelho ressalta que o princípio da unidade da Constituição dá fundamento aos demais princípios de interpretação constitucional e permite interpretar adequadamente o texto de uma Constituição analítica¹³³.

2.1.2 Máxima Efetividade.

O princípio da máxima efetividade impõe que as normas constitucionais devem ser interpretadas e aplicadas com a mais ampla efetividade social¹³⁴, atribuindo-lhes o maior conteúdo possível¹³⁵ e operatividade ao dispositivo constitucional¹³⁶, “visando otimizar ou maximizar a norma para dela extrair todas as suas potencialidades”¹³⁷.

¹³¹ Luís Roberto Barroso transcreve parte da decisão da Corte Constitucional alemã, citado por Konrad Hesse: “O princípio mais importante de interpretação é o da unidade da Constituição enquanto unidade de um conjunto com um sentido teleológico-lógico, já que a essência da Constituição consiste em ser uma ordem unitária da vida política e social da comunidade estatal.” (HESSE, Konrad *Apud* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 197).

¹³² STERN, Klaus *Apud* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 197.

¹³³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 114.

¹³⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 73.

¹³⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 336.

¹³⁶ O doutrinador ressalta o julgamento do RE 328.812, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, de 10.12.2002, sobre o princípio da máxima efetividade: “É inaplicável o verbete 343 da Súmula do STF (‘Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais’) em matéria constitucional, por afrontar não só a força normativa da Constituição, mas também ao *princípio da máxima efetividade* da norma constitucional, porquanto admitir-se a aplicação da orientação contida no referido verbete em matéria de interpretação constitucional significa fortalecer as decisões das instâncias ordinárias em detrimento das decisões do STF.” (SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 132-133).

¹³⁷ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 217.

Gomes Canotilho chama o presente princípio interpretativo de “princípio da eficiência” ou de “princípio da interpretação efetiva”, em que o intérprete deve atribuir à norma constitucional um sentido de maior eficácia¹³⁸, impedindo que o texto constitucional seja empobrecido¹³⁹.

O professor Inocêncio Mártires Coelho informa que o princípio da máxima efetividade guarda estreito vínculo com o princípio da força normativa da Constituição¹⁴⁰ e tem recebido especial atenção do constitucionalismo moderno e contemporâneo¹⁴¹, como princípio de interpretação que privilegia a realização prática das normas constitucionais e seu “acatamento social”¹⁴².

É o princípio da máxima efetividade que esclarece, também, que a Constituição não utiliza palavras desnecessárias ou inúteis, “garantindo-se a relevância de cada palavra constitucionalmente empregada”¹⁴³.

2.1.3 Força Normativa da Constituição.

Por esse princípio interpretativo, o interprete da Constituição deve cumprir e aplicar os preceitos constitucionais para torná-los efetivos, pois possuem força normativa¹⁴⁴. As disposições constitucionais têm reconhecida normatividade, obrigando a coletividade observar seus mandamentos¹⁴⁵. A Constituição é a ordem jurídica fundamental que estrutura e distribui competências aos entes estatais e regula normativamente a vida não-estatal, ou seja, “ela se converte na ordem jurídica fundamental da comunidade”¹⁴⁶.

¹³⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 86.

¹³⁹ “Mas cumpre advertir que o axioma aqui colocado não é sinônimo do que se designa de interpretação ampliativa, nem mesmo se pense em convertê-lo em estímulo para, em casos duvidosos, fazer prevalecer sempre a interpretação mais lata. Isto seria, em muitos casos, subverter os fins para os quais existe a Constituição, dentre eles o da defesa do indivíduo.” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 176).

¹⁴⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 107.

¹⁴¹ STERN, Klaus *Apud* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 246.

¹⁴² BARREIRA, Glauco; FILHO, Magalhães. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 72.

¹⁴³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 176.

¹⁴⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 336.

¹⁴⁵ BARREIRA, Glauco; FILHO, Magalhães. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 72.

¹⁴⁶ HESSE, Konrad *Apud* DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 260.

Gomes Canotilho, debatendo o princípio da força normativa da Constituição, informa que:

na solução dos conflitos jurídico-constitucionais, deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitem a <<atualização>> normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência¹⁴⁷.

As normas constitucionais, assim como as demais normas jurídicas, apresentam um mínimo de eficácia, “sob pena de perder ou nem sequer adquirir a vigência de que depende sua aplicação¹⁴⁸”. Nesse sentido, o princípio da força normativa da Constituição determina que a Carta Magna é norma jurídica e cumpre ao intérprete analisar os dispositivos constitucionais mantendo a normatividade suficiente para vincular os mandamentos descritos no texto maior¹⁴⁹.

2.1.4 Supremacia da Constituição.

A Constituição é o resultado dos trabalhos do Poder Constituinte Originário, sendo elevada “à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre de nulidade absoluta”¹⁵⁰.

Gomes Canotilho comenta que a Constituição possui “autoprimazia normativa”, ou seja, que as normas constitucionais não derivam de norma hierarquicamente superior e que a Constituição, formada por normas democráticas e por princípios de justiça, “é portadora de um valor normativo formal e material superior”¹⁵¹.

O princípio da supremacia da Constituição informa que esta é a Lei Maior do Estado, ocupando o mais elevado grau hierárquico do ordenamento jurídico e que a norma

¹⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes *Apud* LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 74.

¹⁴⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 106-107.

¹⁴⁹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 220.

¹⁵⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 202-203.

¹⁵¹ OLIVEIRA, Fabio Corrêa Souza de. *Por uma Teoria dos Princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 259.

que contrariar qualquer dos comandos constitucionais padece de vício de inconstitucionalidade, sendo expurgada da ordem jurídica¹⁵².

Na estrutura escalonada do ordenamento jurídico, com disposições normativas em diferentes níveis hierárquicos, pensada por Hans Kelsen tem a Constituição como ápice e fundamento de validade da produção normativa estatal. Nesse sentido, uma norma inferior busca sua validade na norma superior e esta busca seu fundamento de validade na Constituição¹⁵³.

A supremacia da Constituição é fruto de sua rigidez¹⁵⁴, sendo que todas as suas disposições, materialmente ou formalmente constitucional, são normas jurídicas que possuem juridicidade e comando imperativo¹⁵⁵, vinculando os atos públicos e privados aos seus mandamentos¹⁵⁶.

Ruy Barbosa já alertava que todas as disposições constitucionais possuem efeitos jurídicos, “não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos”¹⁵⁷.

A Constituição brasileira de 1988 possui normas de diferentes graus de eficácia jurídica. Contudo, ressalta o doutrinador Dirley da Cunha Junior, não existe no texto constitucional normas desprovidas de qualquer eficácia jurídica, à todas elas são

¹⁵² ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 166.

¹⁵³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 54.

¹⁵⁴ “Uma Constituição é rígida quando determina condições mais dificultosas ou solenes para a sua alteração do que aquelas exigidas para as demais normas do ordenamento. Ao contrário, diz-se que é flexível a Lei Magna que pode ser modificada pelo mesmo modo da legislação infraconstitucional.” (OLIVEIRA, Fabio Corrêa Souza de. *Por uma Teoria dos Princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 255); “A idéia de rigidez revela a chamada supremacia ou superlegalidade constitucional, devendo todo o ordenamento jurídico conformar-se com os preceitos da Constituição, quer sob o ponto de vista formal (competência para a edição de ato normativo e observância do processo legislativo previsto para a elaboração da norma jurídica), quer sob o ponto de vista material (adequação do conteúdo da norma aos princípios ou preceitos constitucionais).” (CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 257).

¹⁵⁵ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 99.

¹⁵⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 52.

¹⁵⁷ BARBOSA, Ruy *Apud* CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 100.

atribuídas imperatividade, “Não existe norma constitucional destituída de eficácia: todas elas irradiam efeitos jurídicos”¹⁵⁸.

O reconhecimento de que a Constituição possui superioridade hierárquica frente às demais fontes normativas do ordenamento é a solução mais segura para que um Estado, submetido ao império do Direito, atribua competência para uma “elevada jurisdição” anular leis e atos contrários a esse Direito, em um exame de constitucionalidade¹⁵⁹ como forma de proteger a Carta Maior de ataques¹⁶⁰.

2.1.5 Mutação Constitucional.

A constituição de um Estado democrático possui um caráter dinâmico e prospectivo de sua ordem normativa que possibilita a mudança e o “redimensionamento da realidade normativa” de forma diversa da reforma formalmente prevista, alterando-se os preceitos constitucionais na medida em que as concepções políticas, sociais e jurídicas também são dotadas de caráter dinâmico¹⁶¹.

O doutrinador Paulo Gustavo Gonet Branco esclarece a mutação constitucional como a alteração informal da Constituição, diversa da formalidade atribuída ao Poder Constituinte de Reforma, que recebeu a missão institucional de atualizar a Lei Maior mediante emendas. O texto do mandamento constitucional é o mesmo, mas a interpretação de suas palavras confere um novo sentido:

O estudo do poder constituinte de reforma instrui sobre o modo como o Texto Constitucional pode ser formalmente alterado. Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto,

¹⁵⁸ “É certo, porém, que a Constituição brasileira, como a maioria das Constituições contemporâneas, contém normas de diversos tipos, função e natureza, de modo que algumas são dotadas de maior eficácia que outras. Mas isso não significa, no entanto, que haja em seu texto normas não-jurídicas. Todas as normas constitucionais, sem exceção, mesmo as permissivas, são dotadas de imperatividade, por determinarem uma conduta positiva ou uma omissão, de cuja realização são obrigadas todas as pessoas e órgãos às quais elas se dirigirem.” (CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 99).

¹⁵⁹ DUGUIT *Apud* TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 48-49.

¹⁶⁰ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 92.

¹⁶¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 53.

repara-se, aí, uma mudança da norma, mantida o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional¹⁶².

A mutação constitucional, também chamada de interpretação constitucional evolutiva¹⁶³, é o processo informal de alteração do significado da norma, mantendo-se intocado o texto de seu dispositivo¹⁶⁴, não podendo, contudo, essa interpretação confrontar a essência da Constituição¹⁶⁵.

Gomes Canotilho opta pela expressão transição constitucional ou mutação normativa definindo como “revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto”¹⁶⁶.

O professor Inocêncio Mártires Coelho acrescenta que a mutação constitucional tem como limite a impossibilidade do interprete e do aplicador do Direito realizar leituras dos mandamentos constitucionais e atribuir sentido normativo que violem o espírito e a essência da Constituição, provocando alterações não desejadas ou até mesmo vedadas pela Carta Maior¹⁶⁷.

2.2 Organização estrutural da Constituição Federal de 1988.

2.2.1 Elementos da Constituição (José Afonso da Silva).

A Constituição Federal de 1988 recebe em seus mandamentos variados dispositivos constitucionais que o Poder Constituinte Originário, em sua opção política,

¹⁶² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 263.

¹⁶³ André Ramos Tavares afirma que a interpretação das normas constitucionais permite sua evolução material, como processo informal de alteração da Constituição. O doutrinador menciona, ainda, a concepção de Zagrebelsky sobre a interpretação evolutiva: “a operação destinada a reconstruir o direito dinamicamente, na medida das exigências cambiantes que a realidade social manifesta.” (ZAGREBELSKY *Apud* TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008).

¹⁶⁴ “A mutação constitucional é muito forte nos EUA, através das decisões vinculantes da Suprema Corte que constantemente vêm regenerando a Constituição daquele País.” (CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 252).

¹⁶⁵ “*mutação constitucional* é o processo que altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito; portanto, mudança constitucional que não contrarie a Constituição, ou seja, por ela acolhida.” (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha *Apud* CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 251).

¹⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 1228.

¹⁶⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 153-154.

entendeu relevante para a coletividade estatal¹⁶⁸. Nesse sentido, embora Magna Carta represente um todo orgânico, harmônico e sistematizado, possuindo normas agrupadas em diversos títulos e capítulos, com diferentes conteúdos e finalidades¹⁶⁹.

Os elementos da Constituição formam a estrutura normativa da Carta Maior¹⁷⁰, apresentando um caráter “polifacético” em que reúne em seu texto constitucional normas “de conteúdo, origem e finalidade substancialmente diversas, que visam concretizar os mais diferentes valores que correspondem a determinado período histórico, a cada tipo de estrutura sociocultural”¹⁷¹.

São elementos da Constituição, na doutrina de José Afonso da Silva, os elementos orgânicos, elementos limitativos, elementos sócio-ideológicos, elementos de estabilização constitucional e elementos formais de aplicabilidade¹⁷².

Os elementos orgânicos são aquelas normas da Constituição que regulamentam a estrutura e dos órgãos estatais e as competências dos Poderes Legislativo, Executivo e Judicial. Exemplos de elementos orgânicos estão nos Títulos III, que trata da organização do Estado, e Título IV, que trata da organização dos Poderes¹⁷³.

Os elementos limitativos são aquelas normas constitucionais que elencam os direitos e garantias fundamentais, restringindo a atuação dos Poderes Públicos. Tem como exemplo de elementos limitativos as normas que tratam dos direitos e garantias individuais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos¹⁷⁴.

Os elementos sócio-ideológicos surgiram com o Estado Social, de caráter intervencionista, de prestações positivas para a concretização da igualdade material¹⁷⁵. Essas normas constitucionais representam o comprometimento dos poderes estatais com os indivíduos. Exemplos de elementos sócio-ideológicos estão nos direitos sociais, no Título

¹⁶⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 44.

¹⁶⁹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 30.

¹⁷⁰ ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 155.

¹⁷¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 205.

¹⁷² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 44-45.

¹⁷³ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 121.

¹⁷⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 44.

¹⁷⁵ ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 156.

VII, que trata da ordem econômica e financeira, e no Título VIII, que trata da ordem social¹⁷⁶.

Os elementos de estabilização constitucional são as normas constitucionais responsáveis por assegurar a defesa da Constituição, do Estado e das instituições democráticas, solucionando conflitos de natureza constitucional e garantindo a paz social¹⁷⁷. Tem como exemplo de elementos de estabilização constitucional os dispositivos que tratam do controle de constitucionalidade, da jurisdição constitucional, do processo legislativo de emenda à Constituição, do estado de defesa e estado de sítio e o Título V, Capítulo I, que trata da defesa do Estado e das instituições democráticas¹⁷⁸.

Por fim, os elementos formais de aplicabilidade são as normas que “prescrevem regras de aplicação da Constituição”¹⁷⁹, tendo como exemplo o Preâmbulo, as disposições constitucionais transitórias e o art. 5, §1º, que dispõe que tem aplicação imediata as normas definidora de direitos e garantias fundamentais¹⁸⁰.

2.2.2 Estrutura da Constituição.

O Poder Constituinte Originário optou por estruturar a Constituição Federal de 1988 com um Preâmbulo, um corpo permanente de normas e com disposições constitucionais transitórias¹⁸¹.

As Constituições escritas apresentam, em regra, uma parte preambular, que compreende uma disposição de abertura da Constituição, em que o exercente do Poder Constituinte informa “os valores eleitos como supremos por um ordenamento jurídico, dando também a finalidade do Estado, sintetizando assim os grandes fins da própria

¹⁷⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 121.

¹⁷⁷ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 30.

¹⁷⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 45.

¹⁷⁹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 121.

¹⁸⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 45.

¹⁸¹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 75.

Constituição”¹⁸². O Preâmbulo é a parte “precedente” do texto constitucional permanente e carrega as ideologias que orientaram o Poder Constituinte na confecção da Constituição¹⁸³.

O corpo permanente de normas é a parte dogmática da Constituição, é o texto articulado¹⁸⁴ que enumera os direitos, estrutura a organização do Estado e dispõe sobre a competência dos Poderes em Títulos, Capítulos, Seções, artigos, parágrafos, incisos e alíneas¹⁸⁵.

As disposições transitórias estão alocadas no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADTC, que contempla regras que facilitam a transição do antigo modelo constitucional para o novo Estado¹⁸⁶. As normas presentes no ADCT regulam provisoriamente determinadas situações até que a atividade legislativa futura as discipline em definitivo¹⁸⁷. Essas disposições constitucionais “possuem vida útil curta, pois uma vez desenvolvidos, cumpridos, perdem seu valor enquanto ordem, como norma jurídica, restando apenas como parte histórica no texto da Constituição”¹⁸⁸.

¹⁸² BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional: fundamentos teóricos*. Vol. 1. São Paulo: Manole, 2005, p. 72.

¹⁸³ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 119.

¹⁸⁴ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 120.

¹⁸⁵ BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional: fundamentos teóricos*. Vol. 1. São Paulo: Manole, 2005, p. 72.

¹⁸⁶ BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional: fundamentos teóricos*. Vol. 1. São Paulo: Manole, 2005, p. 73.

¹⁸⁷ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 120.

¹⁸⁸ BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional: fundamentos teóricos*. Vol. 1. São Paulo: Manole, 2005, p. 73.

3 O PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Neste último capítulo é estudado, especificamente, o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, tratando de sua breve conceituação, a apresentação do Preâmbulo das Constituições pretéritas e da presente, as principais teses sobre sua relevância jurídica e o entendimento jurisprudencial do Egrégio Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

3.1 Breve conceituação do Preâmbulo.

O Preâmbulo é uma declaração de propósitos com fundamentos ideológicos, políticos, sociais e econômicos, que antecede a parte dogmática, e informa a nova ordem constitucional que se inicia¹⁸⁹. Ele prenuncia “os valores que a Constituição adota e objetivos aos quais ela está vinculada”, anunciando o pensamento ideológico que permeia todo o texto constitucional¹⁹⁰.

É o Preâmbulo parte integrante da Constituição que esclarece as intenções do legislador originário¹⁹¹, proclamando os valores considerados supremos e os princípios informadores do ordenamento jurídico¹⁹² e confere legitimidade à origem e ao conteúdo da Lei Maior¹⁹³. Contém no Preâmbulo o “verdadeiro *espírito da Constituição*”¹⁹⁴.

Contudo, ressalta Jorge Miranda que afirmar que em seu enunciado se encontra o “espírito da Constituição” não é suficiente para extrair a “exacta natureza do preâmbulo tanto à face do articulado constitucional quanto à face das leis ordinárias”¹⁹⁵.

Peter Haberlê entende o Preâmbulo como a “Constituição da Constituição”, que inaugura o texto constitucional e declara os elementos culturais, os elementos históricos e a individualização da sociedade política¹⁹⁶.

¹⁸⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 347.

¹⁹⁰ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 119.

¹⁹¹ FERREIRA, Luiz Pinto *Apud* ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 185.

¹⁹² BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional: fundamentos teóricos*. Vol. 1. São Paulo: Manole, 2005, p. 72.

¹⁹³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 347.

¹⁹⁴ ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 188.

¹⁹⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 2 v, p. 239.

Jorge Miranda conceitua Preâmbulo como:

proclamação mais ou menos solene, mais ou menos significante anteposta ao articulado não é componente necessário de qualquer Constituição; é tão-somente um elemento natural de Constituições feitas em momentos de ruptura histórica ou de grande transformação político-social¹⁹⁷.

Alexandre de Moraes assim o define como:

documento de intenções do diploma, e consiste em uma certidão de origem e legitimidade do novo texto e uma proclamação de princípios, demonstrando a ruptura com o ordenamento constitucional anterior e o surgimento jurídico de um novo Estado¹⁹⁸.

O Preâmbulo, assim como todo o texto constitucional, é criado pelo Poder Constituinte Originário e é elemento integrante da Constituição, não estando a Lei Maior de 1988 completa sem o seu enunciado preambular¹⁹⁹.

3.2 Os Preâmbulos das Constituições brasileiras pretéritas e presente.

É comum na história constitucional brasileira as Constituições serem dotadas de um Preâmbulo²⁰⁰, retratando o momento político e social que se iniciou uma nova ordem jurídica fazendo a sua conexão com o modelo constitucional pretérito, como “pontes no tempo”²⁰¹.

¹⁹⁶ HABERLË, Peter *Apud* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 28-30.

¹⁹⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 2 v, p. 236.

¹⁹⁸ MOREAS, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas 2008, p. 20.

¹⁹⁹ MIRANDA, Jorge *Apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 351.

²⁰⁰ Uadi Lammêgo Bulos lembra todas as Constituições brasileiras tiveram Preâmbulos (BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 66).

²⁰¹ “Pois bem, adentrando, agora, a língua e a literatura jurídicas, lê-se em Peter Habermas, por exemplo, que essas palavras, que inauguram os textos das constituições, longe de serem fórmulas vazias, funcionam como importantes ‘pontes no tempo’, seja para evocar ou esconjurar o passado, a depender das circunstâncias históricas de cada processo constituinte; seja para falar ao presente, ocasionalmente orientando desejos; seja, enfim, para contemplar tanto o presente quanto o futuro e, com relação a este, ademais, para antecipar, quanto possível, o encontro de um povo com esse almejo porvir.” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 29-30).

O Preâmbulo da Constituição Política do Império do Brasil, outorgada em 25 de março de 1824, destacava em um longo texto a figura do Imperador Dom Pedro I, como “Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil”²⁰²:

Dom Pedro Primeiro, por graça de Deus e unânime aclamação dos povos, Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil: Fazemos saber a todos os nossos súditos que, tendo-nos requerido os povos deste Império, juntos em Câmaras, que nós quanto antes jurássemos e fizéssemos jurar o projeto da Constituição, que havíamos oferecido às suas observações para serem depois presentes à nova Assembléia Constituinte, mostrando o grande desejo que tinham de que ele se observasse já como Constituição do Império, por lhes merecer a mais plena aprovação, e dele esperarem a sua individual e geral felicidade política; nós juramos o sobredito projeto para observarmos, e fazemos observar como Constituição, que Dora em diante fica sendo, deste Império; a qual é do teor seguinte²⁰³.

A Constituição de 1891, que retirou o Brasil de uma monarquia e implantou a república, como forma de governo, e o presidencialismo, como sistema de governo, apresentou um Preâmbulo em poucas palavras:

Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil²⁰⁴.

Já a Constituição de 1934, promulgada no dia 16 de julho, “já nascera com os dias contados, apenas aguardando Getúlio Vargas o momento mais apropriado para lhe desferir fatal golpe”²⁰⁵, tinha como Preâmbulo:

Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil²⁰⁶.

²⁰² ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 186.

²⁰³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 348.

²⁰⁴ BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 1 dez. 2009.

²⁰⁵ ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 187.

²⁰⁶ BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 1 dez. 2009.

A Constituição de 1937 apresentava um extenso Preâmbulo, como forma de tentar legitimar o golpe no regime democrático e o fim da Constituição de 1934²⁰⁷:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo; Sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas; Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País²⁰⁸.

A volta do regime democrático ocorreu com a promulgação da Constituição de 1946, no dia 18 de setembro, apresentando o seguinte Preâmbulo:

Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos, sob a proteção de Deus, em Assembléia Constituinte para organizar um regime democrático, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição dos Estados Unidos do Brasil²⁰⁹.

A Constituição de 1967, foi outorgada como forma de legitimar o Golpe Militar de 1964²¹⁰, contendo um Preâmbulo que “equivaleia mais a uma cláusula promulgatória”²¹¹:

O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga a seguinte Constituição do Brasil²¹².

²⁰⁷ ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 187.

²⁰⁸ BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 1 dez. 2009.

²⁰⁹ BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 1 dez. 2009.

²¹⁰ ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 187.

²¹¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 350.

Por fim, a Carta Magna promulgada em 5 de outubro de 1988, passando a chamar-se de Constituição da República Federativa do Brasil, marcou o retorno do regime democrático, com a enumeração de direitos e garantias individuais, sociais e coletivos, sendo apelidada de “Constituição Cidadã”²¹³:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL²¹⁴.

O Preâmbulo da atual Constituição apresenta os princípios e a ideologia do momento histórico de sua confecção, que devem ser considerados na interpretação do texto constitucional²¹⁵. A linguagem utilizada é “cheia de promessas, de intenções e de anseios, para não dizer sonhos, tantas e tão generosas são as expectativas suscitadas pelo seu palavreado”²¹⁶.

Curiosamente, a Emenda Constitucional n° 1, de 17 de outubro de 1969²¹⁷, manteve o Preâmbulo da Constituição do Brasil de 1967 e todas as Constituições da história

²¹² BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 1 dez. 2009.

²¹³ ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 187-188.

²¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1 dez. 2009.

²¹⁵ O doutrinador Kildare Gonçalves Carvalho menciona o relatório do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, elaborado por Raul Machado Horta, sobre o Preâmbulo no Projeto da Constituição Federal de 1988: “A redação inicial do Preâmbulo deveria conferir primazia a Povo, alterando, neste aspecto, a fórmula consagrada nas Constituições Republicanas, que têm conferido ênfase aos representantes do Povo, como preferiu o Projeto. Considerando que o Povo é o fundamento primário do Poder Constituinte Democrático, bastaria que se alterasse a redação, adotando a seguinte: ‘O Povo Brasileiro, reunido em Assembléia Nacional Constituinte, através de seus representantes, invocando a proteção de Deus (...)’ (HORTA, Raul Machado *Apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 350).

²¹⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 38.

²¹⁷ “Quanto à longa introdução que antecedeu a promulgação da Emenda Constitucional n. 1/69, vale ressaltar que não se trata de preâmbulo, porque são considerações técnicas a respeito de modificações formais empreendidas no Texto de 1967. Alias, como já dissemos, essa Emenda n. 1/69 deve ser vista como emenda e não como constituição, pois o constituinte não elaborou uma nova carta. Alterou, apenas, o produto legislativo que já existia desde 24 de janeiro de 1967.” (BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 67).

do constitucionalismo brasileiro, com exceção das Constituições de 1891 e de 1937, fizeram menção à proteção de Deus em seus textos preambulares²¹⁸.

3.3 Teses da Relevância Jurídica do Preâmbulo.

Os constitucionalistas divergem sobre o grau de eficácia jurídica que o Preâmbulo de uma Constituição carrega, filiando-se a alguma das três principais teses sobre a força normativa do enunciado preambular, quais sejam, a tese da irrelevância jurídica, tese da relevância jurídica indireta e tese da plena eficácia²¹⁹.

3.3.1 Tese da Irrelevância Jurídica.

Pela tese da irrelevância jurídica, o Preâmbulo não está no âmbito do Direito, mas no domínio da política ou da história²²⁰, se assemelhando mais a proclamações morais, religiosas e filosóficas, “do que a verdadeiras leis portadoras de normas jurídicas vinculantes”²²¹.

O Preâmbulo tem valor meramente político²²², é uma declaração de intenções que não estabelece qualquer direito ou dever²²³, seu enunciado possui apenas valor informativo e não faz parte do texto constitucional²²⁴. Por se situar no domínio da política, o Preâmbulo deve ser tema de estudo da ciência política²²⁵.

²¹⁸ “A referência que as Constituições brasileiras fazem a Deus, no preâmbulo, não contraria a regra normativa da separação da Igreja e do Estado” (CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 350).

²¹⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 175.

²²⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 2 v, p. 239.

²²¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 202.

²²² CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 352.

²²³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 67.

²²⁴ O professor Inocêncio Mártires Coelho, ressaltou observação de Orlando Bitar sobre o valor jurídico do Preâmbulo constitucional: “Na doutrina brasileira, merece registro especial o minucioso levantamento – repleto de instigantes observações críticas – , que empreendeu o erudito Orlando Bitar sobre o *status* jurídico dos preâmbulos, em diferentes experiências constitucionais, balanço que ele encerrou com a observação de que, nos Estados Unidos, âmbito constitucional a que dedicou maior atenção, apesar de todo o valor informativo de que se reveste esse enunciado solene, a opinião corrente é no sentido de não considerá-lo como parte do texto constitucional.” (BITAR, Orlando *Apud* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 33-34).

²²⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 175.

Jorge Miranda leciona que o valor político e literário do Preâmbulo é observado em qualquer Constituição²²⁶, sendo que seu enunciado é ausente de caráter normativo, não disciplinando direitos constitucionalmente previstos ou obrigando os indivíduos e os Poderes Públicos²²⁷.

O professor Celso Ribeiro Bastos, comentando a tese da irrelevância jurídica, informa que o Preâmbulo “desempenha um papel extrajurídico de funcionar como um legitimador da Constituição, antecipando o conteúdo da Carta que se seguirá” e alerta que as Constituições de cunho autoritário apresentam enunciados preambulares extensos, ao contrário das constituições populares²²⁸.

Por essa tese, o Preâmbulo possui alcance filosófico e político, revestindo seu texto apenas de valor literário e simbólico²²⁹. Seu enunciado não é compreendido como norma jurídica, não possui força cogente e é destituído de normatividade para servir como parâmetro do controle de constitucionalidade das leis, para orientar a atividade interpretativa do Texto Constitucional e para obrigar o Poder Constituinte Estadual e todo o ordenamento jurídico infra-constitucional²³⁰.

3.3.2 Tese da Relevância Jurídica Indireta.

A tese da relevância jurídica indireta, chamada também de tese da relevância jurídica específica²³¹, não atribui ao Preâmbulo força normativa, mas o compreende como fonte interpretativa por proclamar em seu texto diretrizes políticas, filosofias e ideológicas do legislador constituinte, que auxilia na aplicação das normas constitucionais e na atividade política do governo²³².

²²⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 2 v, p. 239.

²²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 201-202.

²²⁸ “Não estranha, pois, que sejam as constituições autoritárias, na história brasileira, aquelas que têm os preâmbulos mais largos, ao passo que as democráticas os têm sintéticos.” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 149).

²²⁹ O doutrinador Kildare Gonçalves Carvalho acrescenta que a Constituição da França de 1946 não permitia que seu Preâmbulo fosse utilizado como parâmetro para declaração de inconstitucionalidade de leis: “A Constituição da França, de 1946, excluía o preâmbulo do controle de constitucionalidade, que não poderia ser revelada em razão do contraste de preceito normativo com o preâmbulo.” (CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 352).

²³⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 67.

²³¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 2 v, p. 239.

²³² MOREAS, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas 2008, p. 20-21.

O doutrinador Manoel Jorge e Silva Neto afirma que pela tese da relevância jurídica indireta o Preâmbulo possui características jurídicas específicas que impede sua identificação com os demais articulados, mas contribui com a atividade interpretativa do Texto Constitucional²³³.

O Preâmbulo é parte integrante da Constituição, tendo origem no mesmo Poder Constituinte Originário que redigiu todas as normas constitucionais, e representa mais do que preceitos, mas um conjunto de princípios de mister interpretativo que não cria direitos ou deveres²³⁴. O texto preambular é imodificável²³⁵ e retrata princípios e não normas jurídicas, não autorizando o ingresso de ação judicial fundamentada unicamente em seu enunciado²³⁶.

Dessa forma, pela tese da relevância jurídica indireta o Preâmbulo não se confunde com a norma jurídica constitucional e seus princípios têm por objetivo auxiliar na interpretação e integração da Constituição²³⁷, “ou seja, os princípios declarados no preâmbulo poderão ser invocados para a explicitação de preceito normativo constitucional não suficientemente claro”²³⁸.

O constitucionalista argentino Julian Barraquero, anunciando o Preâmbulo como resumo da Constituição e importante fonte interpretativa de normas constitucionais, aponta que “se alguma disposição for suscetível de duas interpretações deve adotar-se a que estiver mais em relação com as cláusulas do preâmbulo”²³⁹. No mesmo sentido, Gomes

²³³ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 175.

²³⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 68.

²³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 148.

²³⁶ JACQUES, Paulino *Apud* ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 185-186.

²³⁷ É importante ressaltar que em matéria de Direito Internacional, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, internalizada pelo Decreto nº 7.030/09 estabelece em seu art. 31, número 2, que é regra geral de interpretação de um tratado internacional a análise de seu contexto, nele compreendido o texto, seu preâmbulo e anexos: “2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:” (BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. *Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 03 jan. 2010).

²³⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 353.

²³⁹ BARRAQUERO, Julian *Apud* ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 185.

Canotilho ressalta a importância o Preâmbulo como “elemento de interpretação e integração, além de funcionar como título de legitimidade”²⁴⁰.

Assim, os princípios proclamados no Preâmbulo são dotados de relevância jurídica caso o mandamento constitucional interpretado “exigir clarificação ou integração”²⁴¹, não admitido-se como legítima, ainda, a interpretação do articulado constitucional ou infra-constitucional que confronte o Preâmbulo da Carta Magna²⁴².

O professor Celso Ribeiro Bastos leciona que o Preâmbulo faz parte da Constituição enxergada sob o ponto de vista material, contudo possui um caráter subordinado para auxiliar na interpretação do articulado constitucional, esclarecendo o momento histórico-político de promulgação da Lei Maior²⁴³.

Para o doutrinador Jorge Miranda o Preâmbulo é parte integrante da Constituição também em sentido formal, tendo a mesma origem e sentido, mas distingue-se das normas constitucionais em razão de seu grau de eficácia e pela função que desempenha:

O preâmbulo não pode ser invocado enquanto tal, isoladamente; nem cria direitos ou deveres; invocados só podem ser os princípios neles declarados (aqui, sim, em plano idêntico aos que podem ser induzidos do restante texto constitucional); e, do mesmo modo, não há inconstitucionalidade por violação do preâmbulo como texto *a se*; só há inconstitucionalidade por violação dos princípios consignados na Constituição²⁴⁴.

O professor Inocêncio Mártires Coelho ressalta que o Preâmbulo, além de representar uma “ponte no tempo”, é um “vetor hermenêutico” para a exata compreensão dos mandamentos constitucionais:

Como vetor hermenêutico, são indiscutíveis, se não mesmo imprescindíveis, os préstimos do preâmbulo, na medida em que nele e por

²⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes *Apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 351.

²⁴¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 353.

²⁴² ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 186.

²⁴³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 147-148.

²⁴⁴ Quanto ao entendimento de Jorge Miranda de o Preâmbulo compor a Constituição em sentido formal: “O preâmbulo dimana do órgão constituinte, tal como as disposições ou preceitos; é aprovado nas mesmas condições e o acto de aprovação possui a mesma estrutura e o mesmo sentido jurídico. Nem deixaria de ser estranho que, estando depositado num mesmo documento e inserido numa mesma unidade, fosse subtraído ao seu influxo ou fosse considerado despiciendo para a sua compreensão. Tudo quanto resulte do exercício do poder constituinte – seja preâmbulo, sejam preceitos constitucionais – e conste da Constituição em sentido instrumental, tudo é Constituição em sentido formal.” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 2 v, p. 240-241).

ele se expressam o *ethos* e o *telos* da Sociedade e da sua Lei Fundamental, dados materiais de partida que funcionam para o intérprete como verdadeira condição de possibilidade do compreender constitucional. Se for verdade que um texto só responde a quem o interroga corretamente, então parece elementar que a Constituição se recuse a *falar* com quem não saiba dirigir-se a ela.

(...)

Já no que se refere ao *valor normativo* dos preâmbulos, o mesmo Javier Terjada registra que, sob argumentos vários, uns de Teoria Geral do Direito, outros de Direito Positivo, a doutrina parece decantada no sentido de lhes recusar esse atributo – porque dos preâmbulos não se podem extrair, diretamente, nem deveres nem direitos –, ao mesmo tempo e na exata medida em que essa mesma doutrina lhe realça a função hermenêutica, o que permitiria conceder-se a esses textos inaugurais das constituições pelo menos um valor normativo indireto. Nesse mesmo sentido, entre nós, o clássico Carlos Maximiliano assevera que embora não seja parte da lei básica, o preâmbulo serve para determinar os fins para os quais foi elaborada, indicando, por eles, a verdadeira interpretação dos pontos duvidosos; mais, ainda, que o preâmbulo não possui caráter *dispositivo*, apenas *enunciativo*, pelo que não ordena, só explica, orienta, esclarece²⁴⁵.

A tese da relevância jurídica indireta desconsidera o Preâmbulo como fonte normativa, ressaltando que seu enunciado não apresenta a mesma estrutura de uma norma constitucional²⁴⁶, mas constitui importante subsídio à atividade interpretativa do aplicador da Constituição²⁴⁷.

3.3.3 Tese da Plena Eficácia.

A tese da plena eficácia afirma que o Preâmbulo da Constituição possui força normativa idêntica aos dos demais preceitos da Carta Magna, em nada diferenciando o texto preambular da parte dogmática²⁴⁸. Por essa tese, o Preâmbulo é parte integrante da Lei Maior, esclarecendo a ideologia e a intenção dos pais da Constituição na inauguração de um

²⁴⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34-35.

²⁴⁶ O doutrinador Celso Ribeiro Bastos comenta que o Brasil é um país que não tem tradição em considerar o Preâmbulo como norma constitucional: “Ademais, há que se ressaltar mais uma vez que o nosso País não tem nenhuma tradição no sentido de reconhecê-los como norma constitucional.” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 148).

²⁴⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 68.

²⁴⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 175.

novo Estado, derivando do Poder Constituinte Originário e tendo o “mesmo valor que as normas constitucionais e colocado evidentemente acima das leis ordinárias”²⁴⁹.

O doutrinador Jorge Miranda denomina a tese da plena eficácia, também, como “tese da eficácia idêntica à de quaisquer disposições constitucionais”, atribuindo ao Preâmbulo da Constituição as mesmas características jurídicas do articulado, enunciando um conjunto de princípios com força normativa suficiente para vincular direitos e obrigações²⁵⁰.

Carl Schmitt ressaltou que está no Preâmbulo da Constituição alemã de Weimar a decisão política fundamentou que entendeu inexistente em toda a sua parte dogmática, encontrando nesse enunciado a unidade política do povo alemão:

severo crítico da República de Weimar, cuja Constituição censurou por lhe faltar “decisão” sobre as grandes questões, porém, em realidade, endereçava-lhe *criticas* porque ela continha uma decisão em favor de um sistema que foi por ele desqualificado pejorativamente como *Estado liberal burguês de Direito*. Na verdade, o seu decisionismo por fim identificou no Preâmbulo dessa Constituição uma decisão política fundamental, que era pela unidade do povo alemão²⁵¹.

O professor Dirley da Cunha Junior assevera que o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 é tecnicamente parte integrante da Lei Maior e tem eficácia normativa para orientar a atividade interpretativa do Texto Constitucional e para servir como parâmetro para declaração de inconstitucionalidade do ordenamento jurídico infra-constitucional incompatível com seu enunciado²⁵².

O Preâmbulo da Carta de Outubro de 1988 tem por objetivo assegurar valores constitucionais²⁵³, citando a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a

²⁴⁹ FERREIRA, Luiz Pinto *Apud* ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 185.

²⁵⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 2 v, p. 239.

²⁵¹ BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional: fundamentos teóricos*. Vol. 1. São Paulo: Manole, 2005, p. 64.

²⁵² CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 119.

²⁵³ “No preâmbulo nota-se uma impropriedade, cometida talvez pelo afã de enfatizar: qualificam-se os valores de ‘supremos’ (são seis os nomeados), quando apropriado seria que se dissesse ‘superiores’. Supremo designa-se como algo acima de todas as outras coisas ou entidades em um determinado domínio ou alguém sobrepairando, absoluto, em uma relação de hierarquia de seres. Assim, para exemplificar com uma entidade do mundo judiciário, o Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo do Poder Judiciário, a sua cúspide, o que dá veredicto derradeiro nas questões que envolvem matérias constitucionais. Ou então, para trazer um exemplo relacionado com a religiosidade, Deus é o Ser Supremo na existência dos seres humanos, conforme a crença dos cristãos. Em um e outro exemplo, não é possível justapor à entidade Supremo Tribunal outra entidade suprema, nem ao Ser Deus outro Ser Supremo. Aí deixaria de haver supremacia que se pretende definir nos dois casos. Certo seria que a Constituição qualificasse os valores alinhados no Preâmbulo de superiores, tal

igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade brasileira²⁵⁴, sendo parte integrante formal e materialmente da Constituição, com cláusula emanada diretamente pelo Poder Constituinte Originário e possui força normativa suficiente para vincular a atuação do legislador e a função jurisdicional²⁵⁵.

3.4 A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, julgada em 15 de agosto de 2002, e no julgamento da Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 24.645, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 08 de setembro de 2003, optou pela tese da irrelevância jurídica e firmou entendimento de que o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 não serve como parâmetro para o controle de constitucionalidade das normas, não cria limitação ao Poder de Reforma outorgado ao Congresso Nacional, não tem qualquer força normativa, não está no domínio do Direito e sim âmbito da política²⁵⁶.

como o fez a Constituição da Espanha, de 1978.” (COSTA, Eduardo Silva *Apud* BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 68-69); Analisando o vocábulo valor no mundo do Direito, assim leciona Miguel Reale: “Nas últimas décadas o problema da tridimensionalidade do Direito tem sido objeto de estudos sistemáticos, até culminar numa teoria, à qual penso ter dado uma feição nova, sobretudo pela demonstração de que: a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um *fato* subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica e etc.); um *valor*, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma *regra* ou *norma*, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor; b) tais elementos ou fatores (*fato*, *valor* e *norma*) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta; c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interpretação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram.” (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 65).

²⁵⁴ Uadi Lammêgo Bulos destaca que no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 “Pela primeira vez a palavra *valores* ingressa na ordem constitucional brasileira.” (BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 68).

²⁵⁵ “Filiamo-nos, pois, à corrente que considera o preâmbulo, formal e materialmente, parte integrante da Constituição, já que provém do Poder Constituinte originário, submete-se ao mesmo processo constituinte, e direciona o conteúdo material das normas constitucionais, orientando a atuação do legislador e a função do juiz. Reduzi-lo a mero enunciado político ou ideológico é transformá-lo em fórmula vazia e sem conteúdo, ausente de qualquer eficácia, o que é inconcebível em se tratando de cláusula emanada do Poder Constituinte.” (CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 353).

²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076. Requerente: Partido Social Liberal. Requerida: Assembléia Legislativa do Estado do Acre. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=2076&classe=ADI>>. Acesso em: 03 jan. 2010; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.645.

O Partido Social Liberal – PSL ajuizou ação direta de inconstitucionalidade em face da omissão à expressão “sob a proteção de Deus” no Preâmbulo da Constituição do Estado do Acre, argumentando que a referida expressão é “ato normativo de supremo princípio básico com conteúdo programático e de absorção compulsória pelos Estados”, tendo em vista que o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 integra a Carta Maior e tem valor jurídico²⁵⁷.

O legitimado argumentou, ainda, que nos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte foi apresentada uma emenda que visava retirar do texto preambular a invocação à divindade, sendo derrotada na Comissão de Sistematização por 74 votos contrários à supressão e um favorável²⁵⁸.

O Ministro Relator Carlos Velloso votou pela improcedência da ADI nº 2.076, fundamentando, de acordo com a doutrina de Raul Machado Horta, que o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 não constitui norma central de reprodução obrigatória pelas constituições dos Estados-Membros e afirmou, expressamente, a tese da irrelevância jurídica quando reconheceu que o dispositivo preambular não cria direitos ou deveres, não serve como parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade e que está no âmbito da política, refletindo a posição ideológica do Poder Constituinte Originário²⁵⁹.

O Ministro relator ressaltou, também, que a Constituição Federal de 1988 consagra a liberdade de consciência e de crença, sendo destinada a todos e sem distinção de

Impetrante: Luiz Carlos Jorge Hauly. Impetrado: Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Celso de Mello. Brasília, 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=177&dataPublicacaoDj=15/09/2003&incidente=3742640&codCapitulo=6&numMateria=130&codMateria=2>>. Acesso em: 03 jan. 2010.

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076. Requerente: Partido Social Liberal. Requerida: Assembléia Legislativa do Estado do Acre. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=2076&classe=ADI>>. Acesso em: 03 jan. 2010.

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076. Requerente: Partido Social Liberal. Requerida: Assembléia Legislativa do Estado do Acre. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=2076&classe=ADI>>. Acesso em: 03 jan. 2010.

²⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076. Requerente: Partido Social Liberal. Requerida: Assembléia Legislativa do Estado do Acre. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=2076&classe=ADI>>. Acesso em: 03 jan. 2010.

deístas, agnósticos ou ateístas²⁶⁰. A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076 teve seu pedido julgado improcedente, por unanimidade.

A Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 24.645 foi impetrada por Deputados Federais para fazer cessar a tramitação do Projeto de Emenda à Constituição nº 41/2003, que tratava da reforma tributária, na Câmara dos Deputados, sob o argumento de violar as “diretrizes interpretativas do preâmbulo da Constituição”²⁶¹.

O Ministro Relator Celso de Mello argumentou em seu voto que o Preâmbulo da Constituição Federal não tem valor normativo e força cogente, citando a decisão unânime do Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076, e manifestou novamente a tese da irrelevância jurídica para determinar que o dispositivo preambular não restringe o Poder Reformador outorgado ao Congresso Nacional²⁶².

Contudo, no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 26.071, de relatoria do Ministro Carlos Britto, julgado em 13 de novembro de 2007, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, pela sua procedência²⁶³.

Nesse referido RMS nº 26.071, o Ministro Relator Carlos Britto fundamentou seu voto afirmando que “nunca é demasiado lembrar que o preâmbulo da Constituição de 1988 erige a igualdade e a justiça, entre outros, ‘como valores supremos de uma sociedade

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076. Requerente: Partido Social Liberal. Requerida: Assembléia Legislativa do Estado do Acre. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=2076&classe=ADI>>. Acesso em: 03 jan. 2010.

²⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.645. Impetrante: Luiz Carlos Jorge Haully. Impetrado: Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Celso de Mello. Brasília, 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=177&dataPublicacaoDj=15/09/2003&incidente=3742640&codCapitulo=6&numMateria=130&codMateria=2>>. Acesso em: 03 jan. 2010.

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.645. Impetrante: Luiz Carlos Jorge Haully. Impetrado: Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Celso de Mello. Brasília, 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=177&dataPublicacaoDj=15/09/2003&incidente=3742640&codCapitulo=6&numMateria=130&codMateria=2>>. Acesso em: 03 jan. 2010.

²⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 26.071. Recorrente: José Francisco de Araújo. Recorrido: Tribunal Superior do Trabalho. Litisconsorte Passivo: União. Relator: Carlos Britto. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=26071&classe=RMS>>. Acesso em: 03 jan. 2010.

fraterna, pluralista e sem preconceitos”²⁶⁴, adotando a tese da relevância jurídica indireta do Preâmbulo constitucional e sua importância para a interpretação e integração da Carta Maior.

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 26.071. Recorrente: José Francisco de Araújo. Recorrido: Tribunal Superior do Trabalho. Litisconsorte Passivo: União. Relator: Carlos Britto. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=26071&classe=RMS>>. Acesso em: 03 jan. 2010.

CONCLUSÃO

O Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 proclama a sociedade como fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias, tendo como valores supremos os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, e declarou o Estado como democrático e instituído pelo povo brasileiro.

Contudo, as belas palavras escritas pelo legislador constituinte foram declaradas pelo Supremo Tribunal Federal como meramente políticas e sem qualquer efeito jurídico no julgamento da ADI nº 2.076, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, e do MS nº 24.645, de relatoria do Ministro Celso de Mello. A doutrina majoritária reconhece ao Preâmbulo da Constituição a relevância jurídica indireta, como auxílio na interpretação e integração do Texto Constitucional.

A Carta de outubro de 1988 é o resultado final dos trabalhos do Poder Constituinte Originário e representa o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, sendo estruturada com uma parte preambular, um corpo permanente e a disposições transitórias.

Certo é que o Preâmbulo, parte integrante da Constituição, é de autoria do Poder Constituinte Originário, que tem como características ser um poder político, ilimitado juridicamente, incondicionado e soberano, sendo que a obra do legislador originário possui supremacia hierárquica sobre todo o ordenamento jurídico pátrio.

O Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 retrata uma posição ideológica do Poder Constituinte e é escrito em um momento político que inaugura uma nova Constituição e um novo Estado, não procedendo o argumento manifestado pela Corte Constitucional brasileira no julgamento da ADI nº 2.076, que decidiu que o mandamento preambular é puramente político.

A Constituição não é norma pura, puro dever-ser sem qualquer influência de ordem política, sociológica, ideológica e cultural como queria Kelsen, mas também não se resume a um documento político de boas intenções. A Carta Maior é um conjunto de decisões políticas, de variadas influências, dotada de força normativa.

Diferentemente não é o Preâmbulo, que foi confeccionado pela Assembléia Nacional Constituinte, ou seja, fruto do Poder Constituinte Originário, e por influências políticas tomou sua forma. Porém, assim também é o resto da Constituição Federal, um conjunto de decisões políticas com força normativa, e admitir que essa única parte da constituição – o preâmbulo – não seja detentora de força cogente significa afirmar que uma manifestação do Poder Constituinte Originário, o verdadeiro poder supremo e que tem no povo o único titular, não é inicial, ilimitado, incondicionado e soberano.

Todos os dispositivos da Carta Maior são elaborados em um primeiro momento político, nas discussões da Assembléia Nacional Constituinte, e retratam o posicionamento ideológico, político, social e econômico que o povo brasileiro quer ver tutelado pelo novo Estado, sendo que em um momento posterior todas essas disposições ganham eficácia jurídica.

A afirmação de que o Preâmbulo está no domínio da política e não no âmbito do Direito, mostra-se equivocada tendo em vista de toda a Constituição está, inicialmente, no domínio da política – já que o Poder Constituinte Originário é extra-jurídico e possui força política – e, posteriormente, ganha eficácia força normativa vinculante para todo o ordenamento jurídico positivado.

O Preâmbulo, também, deve ser analisado pela ótica do princípio da máxima efetividade. Já se disse que o Preâmbulo não é elemento essencial há qualquer Constituição, contudo, pelo princípio da máxima efetividade, a Constituição Federal não escreve palavras desnecessárias ou inúteis.

Se o Preâmbulo não é elemento essencial e ainda assim o Poder Constituinte Originário optou por escrevê-lo, então significa que o legislador originário emprestou especial atenção e normatividade ao seu enunciado, tendo em vista que não há palavras inúteis no Texto Constitucional e o constitucionalismo moderno não admite dispositivo constitucional sem qualquer grau de eficácia jurídica.

Como possível tendência de alteração da interpretação manifestada no julgamento da ADI nº 2.076 e do MS nº 24.645 é a fundamentação do Ministro Carlos Britto, na decisão do RMS nº 26.071, que utilizou o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, filiando-se à tese da relevância jurídica indireta, como instrumento idôneo à interpretação e integração do Texto Magno.

O Preâmbulo é escrito pelo Poder Constituinte Originário, compõe a estrutura da Constituição Federal de 1988, tem a origem política idêntica aos dispositivos constitucionais e ganha eficácia jurídica juntamente com os demais mandamentos, com a promulgação da Lei Maior, e pelo princípio da máxima efetividade e pelo constitucionalismo moderno suas palavras não podem consideradas meramente políticas e inúteis juridicamente.

Dessa forma, o enunciado do Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 só pode ser interpretado pela tese da plena eficácia, com força normativa, cogência e eficácia jurídica suficiente para vincular o ordenamento jurídico infra-constitucional, o Poder Reformador outorgado ao Congresso Nacional, o Poder Constituinte Estadual, servir como parâmetro para declaração de inconstitucionalidade e orientar a atividade interpretativa do Texto Constitucional.

É uma verdadeira norma preambular. É a primeira norma da atual Ordem Constitucional elaborada pelos representantes do povo que institui o Estado Democrático e Social de Direito e declara expressamente os valores supremos da sociedade brasileira.

BIBLIOGRAFIA

BARREIRA, Glauco; FILHO, Magalhães. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional: fundamentos teóricos*. Vol. 1. São Paulo: Manole, 2005.

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia de Pesquisa Jurídica: teoria e pratica da monografia para os cursos de Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 1 dez. 2009.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 1 dez. 2009.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 1 dez. 2009.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 1 dez. 2009.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 1 dez. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1 dez. 2009.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. *Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 03 jan. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076. Requerente: Partido Social Liberal. Requerida: Assembléia Legislativa do Estado do Acre. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=2076&classe=ADI>>. Acesso em: 03 jan. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.645. Impetrante: Luiz Carlos Jorge Haully. Impetrado: Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Celso de Mello. Brasília, 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=177&dataPublicacaoDj=15/09/2003&incidente=3742640&codCapitulo=6&numMateria=130&codMateria=2>>. Acesso em: 03 jan. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 26.071. Recorrente: José Francisco de Araújo. Recorrido: Tribunal Superior do Trabalho. Litisconsorte Passivo: União. Relator: Carlos Britto. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=26071&classe=RMS>>. Acesso em: 03 jan. 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.

DANTAS, David Diniz. *Interpretação Constitucional na Pós-modernidade: teoria e casos práticos*. São Paulo: WVC Editora, 2004.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *O Poder Constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1996.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de Metodologia Científica*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Monografia Jurídica. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEDEIROS, João Bosco. *Redação Científica: a prática de fichamentos, resumos e resenhas*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 2 v.

MOREAS, Alexandre. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas 2008.

MOTTA, Moacyr Parra. *Interpretação Constitucional sob Princípios*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

OLIVEIRA, Fabio Corrêa Souza de. *Por uma Teoria dos Princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.