

**UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL – UNISC**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO**

Sebaldo Edgar Saenger Júnior

**CONSTITUIÇÃO SINTÉTICA OU ANALÍTICA. CARTA DE 1988, UM DOCUMENTO  
PRESTACIONAL QUE NECESSITA DE SER QUESTIONADO**

SANTA CRUZ DO SUL  
2018

### CIP - Catalogação na Publicação

Saenger Júnior, Sebaldo Edgar

Constituição sintética ou analítica. Carta de 1988, um documento prestacional que necessita de ser questionado / Sebaldo Edgar Saenger Júnior. – 2018.

135 f. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2018.

Orientação: Profa. Dra. Suzéte da Silva Reis.

1. Brasil. Constituição (1988). 2. Direitos sociais. 3. Direito constitucional - Estados Unidos. I. Reis, Suzéte da Silva.

II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UNISC com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Sebaldo Edgar Saenger Júnior

**CONSTITUIÇÃO SINTÉTICA OU ANALÍTICA. CARTA DE 1988, UM DOCUMENTO  
PRESTACIONAL QUE NECESSITA DE SER QUESTIONADO**

Dissertação ao Programa de Pós-Graduação em  
Direito – Mestrado – da Universidade de Santa  
Cruz do Sul – UNISC.  
Professora Orientadora: Dra. Suzéte da Silva Reis.

Dra. Suzéte da Silva Reis  
Professora Orientadora – UNISC

Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal  
Professora examinadora – UNISC

Dra. Rosane Beatris Mariano da Rocha Barcellos Terra  
Professora examinadora – UNIFRA

SANTA CRUZ DO SUL

2018

## RESUMO

A Constituição Brasileira de 1988 é escrita, foi promulgada e é considerada formal, analítica, dogmática, programática, dirigente, normativa e rígida. Podendo-se acrescentar: prestacional. Ao se promover exame dentro de uma concepção de constitucionalismo analítico, o que faz com que o Direito Constitucional com essa conotação seja diferente é a supremacia normativa, a autoprímazia, em muitas situações se bastando por si próprio, e quando não assim, dirigindo, dando o norte para uma regulamentação futura de direito assegurado. O intuito do legislador constitucional brasileiro de 1988 foi, portanto, o de colocar o máximo dentro da Carta na tentativa de garantir o que fosse possível, principalmente no tangente a direitos sociais e, no mais, visou programar, dirigir. Esse é modelo que não produz constituições duradouras e resistentes a crises, esquecendo-se aquele legislador que o que é materialmente constitucional talvez deva ser desvelado, como está a servir de modelo a Constituição norte-americana, que já conta com mais de 200 anos. Entretanto, duas situações se apresentam diante de um Brasil de mais de 200 milhões de pessoas, com enorme contingente desfavorecido: a defesa de uma Constituição antieconômica, com muitos direitos tidos como de segunda geração e, portanto, apenas formalmente inclusiva, ou a elaboração de um novo texto, centrado na organização do Estado e nos direitos individuais fundamentais, com possibilidade de inclusão efetiva, material, que decorrerá do equilíbrio orçamentário gerador de ambiente que atraia investimentos e desenvolvimento, com o Estado focado tão somente no que é essencial. Para responder ao problema de pesquisa: o que torna uma Constituição ser duradoura e resistente às crises foi adotado o método dedutivo, e as técnicas de pesquisa foram a bibliográfica e a documental.

**Palavras-chave:** Constituição. Modelo prestacional. Inclusão social. Modelo constitucional norte-americano.

## ABSTRACT

The Brazilian Constitution of 1988 is written, enacted and considered formal, analytical, dogmatic, programmatic, ruling, normative and rigid. It can be added: utilitarian. When examining within a conception of analytical constitutionalism, what makes the Constitutional Law with this connotation is different is the normative supremacy, the autoprímazia, in many situations if it is enough by itself, and when not, directing, giving the north to a future regulation of assured right. The aim of the Brazilian constitutional legislator of 1988 was, therefore, to put the maximum within the Charter in an attempt to guarantee what was possible, especially in the tangent to social rights and, moreover, aimed at programming, directing. This is a model that does not produce lasting and crisis-resistant constitutions, forgetting that legislator that what is materially constitutional may have to be unveiled, as the 200-year-old US Constitution is modeling. However, two situations stand in the presence of a Brazil of more than 200 million people, with a large disadvantaged contingent: the defense of an uneconomical Constitution, with many rights considered as second generation and therefore only formally inclusive, or the elaboration of a new text, centered on the organization of the State and fundamental individual rights, with the possibility of effective and material inclusion, which will result from the budget balance that generates an environment that attracts investment and development, with the State focused only on what is essential. To answer the research problem: what makes a constitution durable and resistant to crises was adopted the deductive method, and the research techniques were bibliographical and documentary.

**Keywords:** Constitution. Prestational model. Social inclusion. American constitutional model.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>2</b>	<b>EXAME DO FENÔMENO CONSTITUCIONAL. CARACTERÍSTICAS RELEVANTES .....</b>	<b>13</b>
<b>2.1</b>	<b>A Constituição brasileira de 1988 como exemplo de Constituição prestacional e a “válvula de escape” representada pela Justiça do Trabalho .....</b>	<b>26</b>
<b>2.1.1</b>	<b>Os direitos sociais e a vocação pela hierarquia constitucional no Brasil .....</b>	<b>34</b>
<b>2.1.2</b>	<b>Evolução do trabalho no Brasil .....</b>	<b>38</b>
<b>2.1.3</b>	<b>Os descaminhos da América Latina e a presença do fator “participativo” ou “deliberativo” .....</b>	<b>43</b>
<b>3</b>	<b>O CONSTITUCIONALISMO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA COMO MODELO .....</b>	<b>57</b>
<b>3.1</b>	<b>As 10 primeiras emendas .....</b>	<b>79</b>
<b>4</b>	<b>OS DIREITOS SOCIAIS OU DE “SEGUNDA DIMENSÃO” E O DESENVOLVIMENTO .....</b>	<b>94</b>
<b>4.1</b>	<b>Os direitos sociais .....</b>	<b>94</b>
<b>4.2</b>	<b>A forte presença do direito do trabalho no Brasil .....</b>	<b>92</b>
<b>4.3</b>	<b>A ausência de relação entre o progresso de uma nação e a posituação de direitos prestacionais. O caso mexicano .....</b>	<b>102</b>
<b>4.4</b>	<b>A Constituição “dirigente” de 1988 e a fragilidade que leva às reformas .....</b>	<b>112</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>118</b>

REFERÊNCIAS .....	127
-------------------	-----

## 1 INTRODUÇÃO

Diante de uma crise econômica sem precedentes que teve início de 2014 para 2015, de um cenário de falta de ética no exercício da política, impregnada por episódios de corrupção que se verificaram em escala institucional no período de vários anos de governos amplamente equivocados na condução da economia e na gestão política, está-se caminhando no Brasil para a possibilidade de um debate real sobre se há relação entre a longevidade de uma Constituição e o fato de ser prolixa no catálogo de direitos, notadamente sociais, tidos como de “segunda geração” ou “dimensão”.

Em última análise ser sintética ou analítica, largamente assistencial – prestacional, ou não. Um verdadeiro debate sobre qual o exato papel de uma Constituição e que modelo de Constituição poderia ser mais duradouro e resistente às crises, mais eficaz e adequado ao mundo moderno, que reclama adaptação à inexorabilidade do capitalismo vencedor do embate travado com o marxismo ao longo do século XX.

Cresce o convencimento de que mesmo com governos responsáveis e com acertos na gestão econômica, honestos na relação com os agentes que compõem o cenário da representação política, ainda assim um país como o Brasil não terá condições de suportar, com carga tributária condizente, uma Constituição que propõe como a atual a subvenção de parcela significativa da população, sem se preocupar com a origem dos recursos a arcar com o custeio social para o qual vocacionada, uma vez que impregnada de um caráter “dirigente” de viés duvidoso, que pugna pelo “avanço” social formal, na esperança de que a forma leve à materialidade, o que normalmente não é possível no terreno dos fatos, dada a limitação do fator econômico e da que decorre da pouca ou nenhuma base de aceitação da imposição jurídica. Diga-se a respeito que uma Constituição “pegar” é circunstância que jamais poderá decorrer de uma imposição. Constituição é mera “revelação” do que já existe, já deve nascer “pegada”, sob o risco da irrelevância.

É fato que no contraponto ao que fermentava por detrás da “cortina de ferro” na Europa, vivia-se no Brasil da década de 80 do século passado, no período em que instalado o processo constituinte que redundou na Constituição Federal de 1988, o início, com grande força, do movimento que pressionava por revolução

social, movimento que se aglutinou principalmente em uma vibrante agremiação partidária. É que saídos de um regime militar de exceção que perdurara por 21 anos e que para a maior parte da população havia sido ineficaz na condução dos destinos da nação, irrompeu com importante penetração um segmento populista, representado principalmente pelo Partido dos Trabalhadores (PT), que visou, desde o seu nascimento, a ocupação agressiva do espaço político, dentro de uma cartilha gramsciana de conquista metódica e sistemática dos espaços estratégicos existentes em uma sociedade capitalista, não somente por intermédio dos denominados intelectuais orgânicos presentes nas Escolas Públicas, nas Universidades e no meio artístico, mas também por trabalhadores urbanos cooptados em centrais sindicais.

Impende registrar, a título de curiosidade, e para que se tenha uma ideia do tamanho do atraso brasileiro à época, que no Brasil do período constituinte (1986-88) falava-se inclusive em “reserva de mercado da informática”, pois havia o medo nacionalista de que as nações, dentre as quais a brasileira, fossem literalmente “paralisadas” pela ação de governos externos e, pior, de detentor privado de tecnologia de abrangência global – caso do produto Windows, da empresa privada norte-americana Microsoft, por exemplo – produzindo-se acirrado debate sobre a reserva de mercado no setor, pois havia segmentos, identificados com o campo *progressista*, não somente favoráveis, mas fortemente imbuídos da ideia de que se buscassem soluções locais, que o país não ficasse dependente do agente econômico externo, que ao se adentrar no mundo da informática ou internet, a conexão teria que ser nacional, e não introduzida de fora para dentro, pois isso tornaria o país submisso e, em razão disso, para esse vetor do entendimento nacional, vulnerável.

Interessante notar, entretanto, que do texto original da Constituição de 1988 constava – o texto do Relator, Deputado Bernardo Cabral, o que saiu da Comissão de Sistematização – no artigo 23, que competia à União (o texto aprovado é agora o artigo “21”), no inciso XI (explorar diretamente ou mediante concessão ou permissão:), na alínea “a” o seguinte: a) os serviços nacionais, interestaduais e internacionais de telecomunicações, radiodifusão e transmissão de dados. O texto equivalente aprovado está no artigo 21, XII (explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão), “a”: *os serviços de radiofusão sonora e de*

*sons e imagens*, ou seja, a redação foi suavizada no plenário constituinte. Houve, porém, um grande debate de cunho nacionalista sobre o tema “informática”, com setores nacionalistas querendo de fato a reserva de mercado, que o país não se abrisse demais. Havia inclusive já uma Lei para o setor, que instituía a política nacional de informática (Lei nº 7.232/84).

Tornando-se digno de conjectura que tivessem os *nacionalistas* e *progressistas* se saído inteiramente vencedores no debate travado e não haveria sistema operacional avançado, ou de última tecnologia, para computadores e dispositivos móveis, nem acesso à internet no Brasil como há hoje, pois o invento que oportuniza conexão e a abertura de janelas para o conhecimento, para aquela importante matriz do pensamento nacional, era visto como um risco à soberania do país.

Nesse cenário com forte presença de mentalidade anticapitalista e nacionalista foi instalado o Processo Constituinte de 1986-88, cujo integrante mais bem votado da Câmara Constituinte foi exatamente o principal líder dessa vertente estridente, de matriz marxista e com aparente carga de generosidade propositiva que surgia no Brasil à época, Luis Inácio Lula da Silva.

No entanto, não obstante o entusiasmo gerado na ocasião mostra-se relevante não esquecer que a abordagem crítica que o marxismo fez do capitalismo serviu claramente à segunda metade do século XIX, e já pouco à primeira metade do século XX. Por uns 100 anos teve grande alcance. Em 1988, porém, estávamos às portas da emblemática queda do muro de Berlim, que ocorreu no final do ano seguinte, marco da derrocada dos regimes de orientação marxista que existiam na órbita Soviética. A crítica marxista ao capitalismo, portanto, perdia sentido no mundo naquele preciso momento, pois não havia mais crianças trabalhando 12 horas por dia como na Inglaterra do início da Revolução Industrial, talvez só posteriormente na China do partido único comunista, o que é fato, deve-se reconhecer neste momento, que contém inegável carga de ironia.

Na contramão e com o pano de fundo dos estertores do bloco Soviético, foi escrita a Constituição de 1988. Uma Constituição claramente produzida sem diálogo com a ciência econômica, provida de disposições que levam à ingovernabilidade, eloquência prestacional que pode ser exemplificada na leitura do artigo 6º, que prevê como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a

previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados.

Mais tarde, com a Emenda Constitucional nº 26, de 14/2/2000, foi introduzido ainda o direito social à moradia, com a Emenda Constitucional nº 64, de 4/2/2010, o direito social à alimentação, e, por fim, com a Emenda Constitucional nº 90, de 15/9/2015, o direito social ao transporte, tudo isso por conta do já combatido contribuinte, esquecendo-se o legislador que talvez toda a arrecadação de impostos do país à época, já com forte participação sobre o Produto Interno Bruto (PIB), não tivesse condições de suportar tamanho volume de compromisso social de fundo estatal, considerando-se que estavam sendo gerados direitos subjetivos públicos face ao Poder Público *lato sensu*, e aqui se pede licença para falar em “Poder Público” em lugar de “Estado Brasileiro”, o que se justifica uma vez que as atribuições prestacionais descritas, muitas delas, se mostram como de competência exclusiva ou concorrente dos entes federados, pelos poderes públicos federal, estadual ou municipal, mas ao fim quem arca com o custo da demanda prestacional, evidentemente, é o contribuinte, ou o próprio empreendedor privado, que se vê compelido a “prestar” pelo Poder Público, situação que se verifica, por exemplo, na execução do “direito social” ao “transporte”.

Assim, entende-se adequado o momento para uma reflexão sobre se um constitucionalismo como o expressado na Constituição Brasileira de 1988 é apto a fazer frente aos desafios do século XXI, relacionados ao desenvolvimento e efetiva inserção das pessoas que compõem o espectro social em níveis aceitáveis de acesso a consumo e bem-estar, em suma a verdadeira inclusão social, ou talvez não, pelo grau de engessamento dos agentes que formam a cadeia produtiva, que em última análise são os que promovem o desenvolvimento.

O problema a ser desvendado pelo trabalho relaciona-se à indagação sobre o que torna uma Constituição ser duradoura e resistente às crises sem deixar de lado o tema caro da inclusão social. As hipóteses vislumbradas são duas, uma a de que não se pode permitir o abandono dos excluídos e que o Poder Público tem a responsabilidade de atender às demandas sociais, mais ainda em se tratando de um país, como o Brasil, com enorme contingente populacional desfavorecido. A outra, a de que se deve buscar uma Constituição centrada na organização do Estado e nos direitos individuais fundamentais, com possibilidade de inclusão efetiva, material,

que decorrerá do equilíbrio orçamentário gerador de ambiente que atraia investimentos e desenvolvimento, com o Estado focado tão somente no que é essencial, em circunstância que favoreça o crescimento e a verdadeira inclusão.

O trabalho tem como objetivo geral, portanto, investigar se diante de uma Constituição sintética ou analítica, procurando não ficar na mera simplificação dos dois conceitos, qual delas estaria mais apta a permitir uma Carta duradoura, permissiva do desenvolvimento, sem prejuízo da inclusão social.

Tem como objetivos específicos examinar o fenômeno constitucional sob os prismas da profusão e exiguidade de direitos; verificar os direitos sociais, tidos como de segunda geração ou dimensão e a sua possível relação ou não com o desenvolvimento econômico; e investigar ainda se uma Constituição de feição sintética, focada na organização do estado e nos direitos individuais fundamentais, estaria mais apta a torna-la mais duradoura, caso examinado da Constituição norte-americana, que conta com mais de 230 anos.

A justificativa do estudo reside na razoabilidade, neste momento de avanço de ideias em sentido oposto ao das reconhecidas no âmbito das conquistas sociais, do exame das causas da crise constitucional vivenciada de modo recorrente nos últimos anos no Brasil, e busca de alternativa para o futuro, dada a importância do Direito no desenvolvimento das nações, notadamente o constitucional.

A pesquisa visa responder se uma Constituição sintética, sem pretensão a ser dirigente, necessariamente submeteria os mais desfavorecidos à própria sorte ou ao desamparo, ou se é possível uma Constituição atender às necessidades de um país, sendo duradoura e geradora de estabilidade, e ao mesmo tempo promover a inclusão, sem que isso implique na positivação, no texto máximo, da gama prestacional, como ocorre com o Documento Político de 1988 no Brasil.

Sobre o título adotado, “Constituição sintética ou analítica. Carta de 1988, um documento prescricional que necessita de ser questionado”, impende esclarecer que foi objeto de adequação em mais de uma oportunidade e que a inclusão da preposição após o verbo necessitar ocorreu por se tratar de transitivo indireto e mesmo que as duas hipóteses, com e sem preposição, sejam aceitas no dia a dia, a forma com preposição entende-se ser mais ajustada à língua portuguesa.

O tema encontra enquadramento na área de concentração “Direitos Sociais e Políticas Públicas”, do PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO da

Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, na linha de pesquisa “Constitucionalismo Contemporâneo” do Curso de Mestrado, com Orientação da Professora-Doutora Suzéte da Silva Reis, titular da Cadeira “Igualdade e a Liberdade Contratual no Direito do Trabalho”.

Como método de abordagem, foi adotado o dedutivo. A premissa maior reside na afirmação de que as Constituições analíticas não se mostram, em regra, duradouras e resistentes às crises, como premissa menor a de que a Constituição Brasileira de 1988 é analítica, razão pela qual tenderia a não ser duradoura, sendo essa a conclusão.

Não se está dizendo que uma Constituição analítica ou prestacional não possa eventualmente ser duradoura. É trazido inclusive o exemplo da Constituição mexicana de 1917, ainda vigente, considerada a primeira Constituição com previsão de direitos sociais do planeta, ou de que uma Constituição analítica ou prestacional não possa existir em um país desenvolvido, sendo o exemplo recorrente o da Alemanha com sua Lei Fundamental de 1949, e que serviu de inspiração ao constituinte Português de 1976, ao Espanhol de 1978, ao Brasileiro de 1988, dentre outros, mas que a despeito de ser recente – é de 1949, ao passo que a norte-americana, paradigma largamente utilizado no trabalho, é de 1787 – já foi alterada mais de sessenta vezes (a Carta de Bonn), quando a sintética Constituição norte-americana, contando com 230 anos, foi emendada apenas 27 vezes, ao passo que a extensa Constituição brasileira de 1988 contabiliza atualmente (ano de 2018) 105 emendas, cada emenda representando uma crise constitucional, o que equivale a mais de 3 emendas, em média, para cada ano de existência no caso brasileiro. É muito.

A muito comentada, no meio acadêmico, Constituição Alemã de Weimar, de 1919, e muito comentada exatamente por inaugurar direitos sociais no catálogo máximo quase simultaneamente à Mexicana, perdurou por pouco mais de 10 anos, suplantada que foi pela avalanche nazista, o que dá a medida da instabilidade alemã. Acerca da prolixa Lei Fundamental de 1949, a que se seguiu ao nazismo e acabou por servir de modelo ao Constituinte brasileiro de 1986-88, há que se dizer que de tão analítica e minudente que é contém até mesmo cláusula de escape ao socialismo no seu artigo 15, isso em nação industrializada e historicamente voltada à iniciativa privada, o que sinaliza para a existência, no seu texto, de disposições que

se tornaram letra morta, ou que são desnecessárias e que servem apenas à geração de instabilidade, porquanto sem ambiente para aplicabilidade na Alemanha de hoje a socialização cuja materialidade estaria na transferência dos meios de produção para a propriedade pública ou para outras formas de gestão coletiva, na dicção do artigo 15.

Não se quer aqui asseverar que um país não possa ser desenvolvido contando com uma Constituição prestacional, o que se está a querer demonstrar, em raciocínio formulado pelo lado contrário, é que é bem mais plausível que o desenvolvimento floresça sob uma Constituição não prestacional. E aqui o exemplo será sempre o da Constituição norte-americana, curiosamente a única Constituição pré-marxismo vigente, ao menos dentre as existentes em países relevantes. Seria o mesmo que afirmar-se que o desenvolvimento de uma nação decorre do seu poderio militar, o que se mostra retorquível pelos exemplos do Japão e da própria Alemanha. O país europeu, aliás, é desenvolvido mesmo não sendo uma potência militar há mais de 70 anos e experimentou, ao longo de sua história, crises constitucionais recorrentes, porém o caminho para o desenvolvimento decorre da opção pelo capitalismo no terreno dos fatos, não obstante o artigo 15, da Lei Fundamental.

Não se cuidará de uma verificação ampla do constitucionalismo mundial, pois são mais de 190 Estados independentes no mundo todo. Serão examinadas algumas Constituições, principalmente a norte-americana no contraponto à brasileira, com considerações acerca da Constituição mexicana de 1917, bem como Constituições venezuelana e cubana. O parâmetro para estabelecer se uma Constituição é duradoura não é outro que não o temporal, o tempo de existência ou vigência. Também a frequência com que emendada, sendo que a prolixa Constituição brasileira de 1988, como antes mencionado, já foi emendada 105 vezes em 30 anos, o que é sintoma da sua fragilidade.

As técnicas ou fontes de pesquisa utilizadas foram a bibliográfica e a documental, entendendo-se por bibliográfico o exame de livros e artigos científicos, e por pesquisa documental a centrada em publicações diversas, emanadas de veículos acessados mais de uma vez e informações escrutinadas para que possam ser igualmente acessadas por aqueles que porventura venham a se interessar na leitura deste trabalho.

## 2 EXAME DO FENÔMENO CONSTITUCIONAL. CARACTERÍSTICAS RELEVANTES

Talvez a principal tarefa do Direito Constitucional seja a de desvendar a norma, e não necessariamente a positivar.

Assim, se o Direito Constitucional talvez não deva sequer ficar reduzido ao texto escrito da Constituição, torna-se relevante que sejam traçadas, a partir daqui, então, algumas características do Direito Constitucional, a fim de que se avance no exame proposto, de verificação das vantagens de uma Constituição menos “dogmática”, ou menos “dirigente”, no contraponto a uma Constituição analítica, carregada de direitos prestacionais, que ao fim decerto não se mostre “inclusiva” como o pretendido pelos defensores desse modelo.

Nesse diapasão, uma Constituição pode ser classificada como sendo de natureza rígida, semirrígida ou flexível. Também pode ser escrita (dogmática) ou não escrita (costumeira), democrática (promulgada) ou autoritária (outorgada), sintética (enxuta) ou analítica (prolixa/principiológica).

O exame aqui produzido visa investigar, e tentar demonstrar, ser bem provável que uma Constituição menos prolixa, ou menos prestacional, pode vir a ser mais vantajosa, pois as Constituições analíticas são muito mais passíveis de reformas, sendo que a aparente vantagem é que elas amarram mais o legislador e o juiz, ao passo que as Constituições sintéticas dão mais margem ao legislador e ao juiz, o que pode não ser necessariamente ruim, com a desvantagem de que se mostrariam mais passíveis de adaptação em sociedades mais amadurecidas e não em outras, menos avançadas, o que não parece ser exatamente verdadeiro no caso norte-americano, pois os Estados Unidos desde que surgiram como Estado Federal têm a mesma Constituição, ou seja, pode ser o inverso, com a Constituição contribuindo, ao revés, para a construção de uma sociedade mais madura.

A afirmação anterior, de que a margem maior ao juiz, uma das características dos sistemas filiados à *common law*, possa não ser exatamente ruim, oportuniza a que se traga uma posição defendida no meio acadêmico brasileiro, na linha do entendimento que pugna que o juiz deva ser mais amarrado pela legislação, mormente a constitucional. Com efeito, na obra “O que é isso? Decido conforme a minha consciência?”, Lenio Streck fala em *decisionismo* e em juiz *solipsista*,

desenvolvendo o autor uma elaborada crítica ao alargado espaço que tem o magistrado no momento de decidir, asseverando ele existir no Brasil uma aposta no protagonismo judicial como uma das formas de concretizar direitos (STRECK, 2010, p. 20), que a doutrina pátria inclusive enalteceria a consciência e a convicção pessoal como norteadores do juiz, e que temos no Brasil a inclinação em achar que a interpretação jurídica é um mero “ato de vontade” do magistrado, crença que estaria presente na idéia de sentença como *sentire* (op. cit., 33).

No entanto, é em países com cultura fincada na *civil law*, em que o histórico decisional não é visto como uma das fontes principais do direito, que há uma menor tendência à existência do magistrado solipsista de que fala Streck, aquele desvinculado do contexto e, portanto, pronto a externar a sua convicção pessoal, o livre convencimento, já que ele sofre mais as amarras do que está positivado. Assim, estar “amarrado” à legislação é próprio dos sistemas filiados à *civil law*, ao passo que o direito construído pelas decisões judiciais, que tem um maior protagonismo do estado-juiz, não necessariamente se mostra ruim ou deletério, haja vista o grau de desenvolvimento dos países que adotam o sistema da *common law*.

Prosseguindo no exame proposto neste capítulo, a Constituição Brasileira de 1988 é escrita, foi promulgada e é considerada formal, analítica, dogmática, programática, dirigente, normativa e rígida, dentro de uma conceituação clássica.

Ao se observar pela esquelha de uma concepção de constitucionalismo analítico, o que faz com que o Direito Constitucional seja diferente é a supremacia normativa, o que se pode denominar por autoprímazia, com o Direito Constitucional se bastando por si próprio. Esse foi o intuito do legislador constitucional brasileiro, portanto, querer colocar o máximo dentro da Constituição que escrevia em 1986-88, esquecendo-se que o que é materialmente constitucional talvez deva ser desvelado, não necessariamente *positivado* no texto maior, conforme afirmado acima, ainda que em um sistema filiado à *civil law*.

Não se pode esquecer, por outro lado, que a função precípua do Direito Constitucional é a organização do Estado. Pela teoria da separação de poderes proposta por Montesquieu o que se evita é que o governante detenha todas as funções de Estado, resultando daí a necessidade de um consenso visando a estruturação com base na separação e independência dos poderes, criando-se o mecanismo de freios e contrapesos, teoria que ficou conhecida pelo Direito

Constitucional norte-americano, sendo muito corriqueiro lá a utilização da expressão “*checks and balances*” para se referir aos mecanismos de contenção e controle existentes naquela democracia.

A teoria da divisão de poderes, que se tornou conhecida, portanto, como sendo o sistema de freios e contrapesos para o bom funcionamento do Estado, é tida como desenvolvida a partir do livro “Defesa do Espírito das Leis” (*Defense de L'Esprit Des Loix*) de Montesquieu (Charles-Louis de Secondat, ou Barão de La Brède e Montesquieu). Como sugere Maciel na obra *O Bill of Rights Americano: Reflexos no Direito Constitucional Brasileiro*, a ideia do fracionamento do poder em benefício do governado não era exatamente nova na época de Montesquieu ou John Locke, vinha de bem antes, desde Aristóteles, mas foi Montesquieu<sup>1</sup> quem a desenvolveu, enfatizando o jurista mineiro o tópico *Do Espírito das Leis* relativo à Constituição da Inglaterra, em que o filósofo e aristocrata francês pugna pela necessidade da separação de poderes no intuito de levar à limitação, na obra que se tornou clássica, afirmação que hoje pode parecer trivial, mas que à época evidentemente não era, pois havia óbvio risco em quaisquer questionamentos que se fizessem ao poder monárquico:

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. (MACIEL, 2016 apud MONTESQUIEU, 1996, p. 53-54).

Outra passagem que também define o pensamento de Montesquieu, dentro da noção de freios e contrapesos, é a seguinte:

Estes três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas, como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a avançar, serão obrigados a avançar concertadamente. (MONTESQUIEU, 2000, p. 176).

Interessante notar que no Brasil alguns pugnam pela relativização do sistema sugerido por Montesquieu. Em artigo publicado na Revista do Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, Moraes e Leal (2016, p. 49) defendem que a efetivação de direitos fundamentais constitucionais pode estar a reclamar uma flexibilização desse sistema:

---

<sup>1</sup> Que viveu 66 anos, de 1689 a 1755, e o livro *Defesa do Espírito das Leis* foi originalmente publicado em 1748. Ao passo que John Locke viveu 72 anos, de 1632 a 1704.

Os direitos prestacionais nos trazem, então, uma dificuldade: como proteger seu conteúdo sem que haja um controle excessivo por parte dos Tribunais? É premente a superação da clássica divisão de Poderes como algo imutável e inflexível, para que haja, em nossa prática jurisprudencial, a real efetivação dos direitos constitucionalmente consagrados e também de uma lógica divisão de competências.

Posição em sentido contrário ao da separação e independência dos poderes, porém, implica em retrocesso ao século XVI.

Dando seguimento ao exame da fenomenologia constitucional, o sistema brasileiro é o federativo, mas diferentemente do modelo de federação norte-americano, que é descentralizado, o nosso tem como característica a centralização. Federação, entretanto, pressupõe descentralização, o que não é exatamente o caso brasileiro e é realidade nos Estados Unidos da América. Lei federal nos Estados Unidos disciplina poucas matérias, como a concernente aos direitos políticos, à defesa nacional, ou sistema financeiro. Legislação penal, civil ou comercial, é de atribuição de cada um dos 50 Estados que compõem a federação de lá.

No Brasil, o artigo 21 da Constituição de 1988 contém extenso elenco de competências da União. Não obstante haja previsão de que a União possa delegar atribuições, um raro exemplo resulta da Lei Complementar nº 103, que prevê delegação aos Estados para a instituição de piso salarial (piso mínimo no âmbito da unidade federada)<sup>2</sup>. Deste modo, querer-se legislar no âmbito dos Estados Federados Brasileiros acerca, por exemplo, da obrigatoriedade ou não da utilização de cinto de segurança nos automóveis, sobre faróis acesos durante o dia na circulação pelas rodovias, ou para regularizar, outro exemplo, o uso recreativo da maconha em algum Estado em particular, é impossível, dada a centralização do sistema federativo brasileiro, diferentemente do que se verifica no contexto norte-americano (STEINMETZ, 2016).<sup>3</sup>

No Estado Brasileiro do Paraná, por exemplo, foi aprovada uma Lei Estadual tornando obrigatório a qualquer veículo automotor transitar permanentemente com

---

<sup>2</sup> Deve-se ter cuidado para não se fazer confusão com o salário mínimo nacionalmente considerado. O que a Lei Complementar nº 103 fez foi autorizar a que os Estados da federação estabelecessem *piso* regional, não *salário* mínimo estadual, pois o salário mínimo continua sendo de competência (a fixação) da União. É diferença que se situa no terreno semântico, mas que deve ser observada.

<sup>3</sup> Nos EUA, Estados como Flórida, Dakota do Norte, Arkansas e Montana, promoveram a legalização da *cannabis sativa* para uso medicinal. Outros estados, como Califórnia, Massachussets, Maine e Nevada, legalizaram o uso recreativo da maconha a partir 21 anos. Disponível em: <<http://time.com/4559278/marijuana-election-results-2016/>>. Acesso em 19 nov. 2018.

os faróis acesos nas Rodovias daquele Estado. Tratou-se da Lei Estadual número 11.766/97, que foi julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade número 3055-PR, que teve como relator o Ministro Carlos Velloso.<sup>4</sup> Importante registrar, porém, acerca do assunto “faróis acesos durante o dia”, que a Lei Federal nº 13.290, de 23 de maio de 2016, promoveu alterações no artigo 40, do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.513/97), tornando obrigatório o uso de farol aceso em rodovias também durante o dia a partir da sua vigência, com regulação que teve que vir, portanto, por lei federal.

No caso brasileiro a estrutura federal é composta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme dispõe o caput do artigo 18, da Constituição de 1988: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”. Essa “autonomia” em realidade é questionável.

Os Municípios Brasileiros possuem autonomia para deliberar, por exemplo, sobre se seus servidores serão regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) ou por estatuto próprio, mas eles somente poderão legislar sobre assuntos de interesse local que não forem de competência da União ou do Estado a que pertençam. A deliberação sobre o horário do comércio local é outro exemplo da precária autonomia municipal, conforme reconheceu o Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante nº 38.<sup>5</sup> É a situação corriqueira da abertura do comércio aos domingos. Já o horário de funcionamento das instituições bancárias, outro exemplo, não é passível de deliberação municipal, mas ele, Município, pode estabelecer, a título de exemplo, que o tempo máximo de espera na fila do Banco não supere determinado marco temporal, fixando penalidade à instituição bancária para a hipótese do não cumprimento da regulação.

Em Direito Constitucional há também o cunho heterodeterminante, que é quando as normas constitucionais atuam simultaneamente com os limites positivos e negativos em face do restante do ordenamento jurídico. Por limite negativo entenda-

---

<sup>4</sup> Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762469/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3055-pr?ref=serp>>. Acesso em 19 nov. 2018.

<sup>5</sup> Súmula vinculante nº 38 que resultou da conversão da Súmula nº 645. Podendo ser apontados ainda os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal: Reclamação 24518 MC, RE 852.233 AgR, RE 732.222 AgR, RE 926.993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2183>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

se que ato normativo algum do ordenamento pode ferir a Constituição, inclusive aquele tendente a emendar a própria Constituição. Já a limitação positiva se opera quando o conteúdo da Constituição pré-determina o conteúdo das normas infraconstitucionais. O Direito Constitucional, portanto, somente é concebível no sistema de hierarquia normativa, com ele se sobrepondo.

As garantias da Constituição, em uma Constituição escrita, não estão fora dela, de vez que o Poder Judiciário é criado por ela, e neste ponto se tem então o viés autogarantista.

Uma Constituição rígida é aquela que estabelece critérios de maior rigor para a sua alteração, o quórum qualificado, por exemplo. Já as flexíveis, por não serem dotadas desse rigor, acabam por se equivaler às leis ordinárias. As Constituições semirrígidas preveem processo menos rigoroso para a alteração de parte do seu texto e para outra parte um processo mais rigoroso. A Constituição Imperial de 1824 é exemplo de Constituição semirrígida no Brasil, pois parte dela podia ser alterada com grau de dificuldade semelhante ao verificado para a alteração de leis ordinárias, sendo digna de comentário a lembrança que Alexandre de Moraes traz do artigo 174, da Constituição Imperial de 1824, que estabelecia a forma ou caminho de alteração: “Se passados quatro anos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Câmara dos Deputados, e ser apoiada por terça parte delles”. E o artigo 178, o seguinte:

É só constitucional o que diz respeito aos limites, e attribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias. (MORAES, 2016, p. 9).

Ou seja, não havia maior dificuldade em reformar a Constituição de 1824 no que não fosse “constitucional”. Entretanto, o maior volume de constituições, não somente no Brasil, mas no restante do mundo, é rígido, pois a ausência de rigidez implica na vala comum da legislação ordinária. Uma Constituição sem rigidez existe com fragilidade equiparada à de uma lei ordinária, podendo ser reformada sem a exigência de quórum especial, o que a coloca na vala da irrelevância.

Por outro lado, não é exatamente correta a afirmação da existência de constituições totalmente não escritas, sequer a do Reino Unido, que se não está consubstanciada em apenas um documento, está em leis, tratados, convenções e

jurisprudência. Um dos documentos que informam o Direito Constitucional no Reino Unido é a *Magna Charta Libertatum*, assinada pelo Rei João Sem Terra em 1215, e que limitou o poder do monarca, em favor do governado ou súdito. A história do constitucionalismo inglês se inicia de modo mais claro com a Carta Magna de 1215, considerado o primeiro consenso escrito de limitação do poder estatal e declaração de garantia de direitos individuais.

O importante em um constitucionalismo não escrito, ou escrito, mas sintético, não é o que o texto constitucional contém em si, mas a sua interpretação (hermenêutica), e aqui se está voltando, portanto, à ideia original deste trabalho, de que o verdadeiramente importante, muito mais do que escrever a norma que se pretende constitucional, é *desvendar* a norma que tem a materialidade constitucional encoberta e cuja característica pulsante da materialidade deve ser escancarada, sem que haja a obsessão pela necessidade imperiosa da contínua positivação, que leva muitas vezes ao vazio da forma, vezo do Direito Constitucional brasileiro que, repita-se, é fortemente influenciado pela cultura, de origem marxista, de uma sociedade subdividida em *classes* que possuem interesses antagônicos, pugnando essa cultura pela permanente luta da *classe trabalhadora* com a finalidade do atingimento do poder estatal e, uma vez nele, a subjugação da *classe* ou *classes* outrora consideradas dominantes, produzindo ao fim uma sociedade sem *classes*, e que tem como consequência básica a noção fortemente instalada de que “conquistas” da *classe* “operária” ou “trabalhadora” carecem de ser imediatamente positivadas, preferencialmente no *standard* máximo, e que não podem de forma alguma se transformar em objeto de propostas tendentes ao “retrocesso”. Pugna essa cultura, portanto, pela impossibilidade de “involução” no terreno das imputadas “conquistas sociais”, fator que leva essa vertente a querer incluir o máximo e excluir nada de qualquer catálogo constitucional.

As constituições podem ser promulgadas, o que se dá pela via democrática, ou outorgadas, o que corresponde à imposição do seu conteúdo sem a participação de um Parlamento legitimamente ungido.

A materialidade constitucional, com efeito, nem sempre estará plasmada no texto constitucional, situação antes mencionada do Reino Unido, podendo estar em um tratado internacional reconhecido pelo Estado regulado por aquela Constituição, sendo um bom exemplo um tratado internacional que disponha sobre direitos

humanos. Mas no caso brasileiro há a necessidade, em regra, de que conste da Constituição, em razão da rigidez do nosso sistema, que tem raiz na cultura jurídica lusitana.

Para Jorge Miranda a noção de direitos fundamentais implica necessariamente dois pressupostos, sob o risco de deixar de ser operacional. Primeiramente, não pode haver direitos fundamentais sem o reconhecimento de uma esfera própria de pessoas, mais ou menos ampla, frente ao poder político. Segundo, não há direitos fundamentais sem que as pessoas estejam em relação imediata com o Estado sob um mesmo estatuto, não apenas sujeitas a estatutos específicos, consoante os grupos ou as condições em que se integrem. (MIRANDA, 1978, p. 303-304), ou seja, com esse raciocínio o constitucionalista português defende a posição de que “direitos fundamentais” devam ser garantidos ou resguardados na Constituição, extraindo-se dessa compreensão que direitos trabalhistas, por exemplo, para que sejam efetivos, devem constar também do catálogo constitucional, não apenas do “estatuto específico”, que no caso brasileiro corresponde à Consolidação das Leis do Trabalho, ou CLT.

Essa posição em defesa de um constitucionalismo analítico, de inclusão social por meio de direitos prestacionais inseridos no texto constitucional acarreta, ao fim, na necessidade a que Leal (1998, p. 170) se refere como sendo o “reconhecimento da postura interventiva e constante do Poder Público” para a efetivação das normas constitucionais. Entretanto, é mercurial que o fazer força para que uma Constituição “pegue” é tudo o que um constitucionalismo não necessita, resultando daí a resistência que se deve ter à matriz dirigente, à fonte marxista de que se alimenta, dentre outros no meio acadêmico, o mencionado autor.<sup>6</sup>

Na Constituição brasileira de 1988 o parágrafo 2º do artigo 5º prevê que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, isto é, abre a porta para que ingressem

---

<sup>6</sup> No mesmo artigo Leal refere-se a Tarso Genro, conhecido político marxista gaúcho, como “uma das maiores autoridades em Administração Pública no Brasil” (LEAL, 1998, p. 169). Entretanto e curiosamente, poucos anos após a elaboração do artigo pelo autor da Unisc (Leal), Tarso Genro foi Governador do Estado do Rio Grande do Sul, ficando mais conhecido pela criação, no ano de 2012, da “EGR” (Empresa Gaúcha de Rodovias S/A), uma estatal pensada para administrar a “arrecadação” (pedágios), a “manutenção”, a “conservação”, a “pintura” e “melhorias” das rodovias do Estado do Rio Grande do Sul, empresa estatal que passou a ser odiada pelos sul-rio-grandenses exatamente por arrecadar, mas quase nada *melhorar, manter, pintar* ou *conservar*, proliferando-se buracos e remendos pelas rodovias do Estado a partir de então.

no texto constitucional disposições que resultem de consenso internacional escrito, não excluindo a interpretação pela incidência principiológica não escrita. A Emenda Constitucional número 45 acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 5º, e estabeleceu a partir de então um maior rigorismo na incorporação de disposições externas, ao prever que os “tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Ao comentar a disposição do § 2º do artigo 5º, Gilmar Ferreira Mendes, na obra *Jurisdição Constitucional*, traz o entendimento de que os tratados internacionais devam ser admitidos apenas com a força de lei federal:

O art. 5º, § 2º, da Constituição contém cláusula segundo a qual os direitos e garantias constantes da Constituição não excluem outros que derivem do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados dos quais o Brasil participe (art. 5º, § 2º). Essa disposição, que reproduz, em parte, princípio tradicional do Direito Constitucional brasileiro, contém algo de novo, na medida em que faz referência expressa aos direitos garantidos por tratados internacionais. Seria lícito indagar se esses direitos previstos em tratados estariam dotados de força e hierarquia constitucionais. Segundo a opinião dominante, os tratados internacionais têm, em virtude dos atos de execução e transformação, apenas a força de lei federal. (MENDES, 2014, p. 263).

Há a possibilidade, também, de que situações não expressamente previstas no texto constitucional, mas que observadas pelo costume, venham a ser incorporadas ao sistema, e isso é decorrência, como já ventilado, da premência da permanente busca da materialidade constitucional.

O costume, porém, necessariamente terá que ser reconhecido como vinculante, ou seja, significar uma prática reiterada e aceita pelo grupo social a tal ponto que se torne consensualmente assimilado para a incorporação, podendo nascer do próprio exercício do poder como, por exemplo, a reeleição no direito norte-americano, que decorria de mero costume, sendo que sobre isso impende registrar que somente com a Emenda 22 à Constituição norte-americana é que veio a positivação e a vedação de mais de uma reeleição<sup>7</sup> nos Estados Unidos, dispondo a Emenda 22, o seguinte:

---

<sup>7</sup> Somente no ano de 1947 os Estados Unidos aprovaram a Emenda nº 22, que entrou em vigor em 1951, proibindo a reeleição presidencial por mais de dois períodos. É o texto da Emenda no original em inglês:  
Section 1.

### Seção 1.

Nenhuma pessoa será eleita para o cargo de Presidente mais de duas vezes, e nenhuma pessoa que ocupou o cargo de Presidente, ou atuou como Presidente, por mais de dois anos de um mandato no qual outra pessoa foi eleita Presidente, será eleita para o cargo de Presidente mais de uma vez. Mas este artigo não se aplicará a qualquer pessoa que ocupe o cargo de Presidente quando este artigo for proposto pelo Congresso, e não impedirá qualquer pessoa que possa estar ocupando o cargo de Presidente, ou atuando como Presidente, durante o período em que este artigo torna-se operativo, por ocupar o cargo de Presidente, ou atuar como Presidente durante o restante do mandato.<sup>8</sup>

### Seção 2.

Este artigo será inoperante a menos que tenha sido ratificado como uma emenda à Constituição pelas legislaturas de três quartos dos vários estados no prazo de sete anos a partir da data de sua apresentação aos estados pelo Congresso.

Nos Estados Unidos há grande dificuldade de emenda à Constituição, sendo aquela uma Constituição que pode ser considerada superrígida,<sup>9</sup> pois apenas por iniciativa de 2/3 (dois terços) dos membros das Câmaras (Alta e Baixa), ou por proposta de dois terços das legislaturas dos 50 Estados que atualmente compõem a federação norte-americana, ou seja, no mínimo as legislaturas de 33 Estados, sendo que ao final a emenda ainda terá que ser ratificada por 3/4 (três quartos) dos Estados, o que na composição atual de 50 Estados equivale à necessidade de que 38 unidades ratifiquem a emenda, sendo isso o que dispõe a própria Constituição de 1787, no seu artigo Quinto,<sup>10</sup> o que torna a Constituição norte-americana, em exame

---

No person shall be elected to the office of the President more than twice, and no person who has held the office of President, or acted as President, for more than two years of a term to which some other person was elected President shall be elected to the office of the President more than once. But this article shall not apply to any person holding the office of President when this article was proposed by the Congress, and shall not prevent any person who may be holding the office of President, or acting as President, during the term within which this article becomes operative from holding the office of President or acting as President during the remainder of such term.

Section 2.

This article shall be inoperative unless it shall have been ratified as an amendment to the Constitution by the legislatures of three-fourths of the several states within seven years from the date of its submission to the states by the Congress.

<sup>8</sup> Ocorre que Franklin Delano Roosevelt, o 32º Presidente dos Estados Unidos, havia sido eleito para 4 mandatos consecutivos, vindo a falecer no curso do último mandato, e a fim de evitarem-se as reiterações dos mandatos presidenciais, o que acabou por ser considerado maléfico à democracia norte-americana, veio a Emenda 22.

<sup>9</sup> Alexandre de Moraes, na Obra “Direito Constitucional”, utiliza a expressão “superrígida” para se referir à Constituição Brasileira de 1988 (MORAES, 2016, p. 10).

<sup>10</sup> Artigo V da Constituição dos EUA: The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as Part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States, or by Conventions in three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress; Provided [that no

dos dias atuais por falta de parâmetro à época em que passou a vigorar, uma das mais rígidas constituições do mundo, muito mais do que a Brasileira de 1988, já considerada superrígida por Alexandre de Moraes.

Para que se tenha uma idéia, a Constituição brasileira de 1988, embora considerada rígida, pode ser emendada por iniciativa do Presidente da República, ou por 1/3 (um terço) dos deputados federais ou senadores, ou ainda por mais da metade das Assembleias Legislativas dos Estados, com as unidades estaduais se manifestando pela maioria relativa de seus membros, sendo que ao final a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) deverá ser aprovada, em cada Casa do Congresso, em dois turnos de votações, por 3/5 (três quintos) dos votos dos membros da Câmara dos Deputados, o que equivale a 308 votos dos Deputados Federais, e 3/5 dos membros do Senado, ou a 49 votos dos Senadores da República<sup>11</sup>.

A Constituição norte-americana, que conta com cerca de 230 anos de vigência, foi emendada 27 vezes, ao passo que a brasileira, nos primeiros 30 anos de vigência, já foi objeto de 105 emendas, o que dá a medida não somente da “rigidez” dos dois sistemas, mas também do grau de aceitação e impregnação dos modelos.

Acerca do que se deva entender por “costume”, o voto de desconfiança no sistema parlamentarista é um bom exemplo de costume em matéria constitucional

---

Amendment which may be made prior to the Year One thousand eight hundred and eight shall in any Manner affect the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the first Article; and] that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate.

<sup>11</sup> É o que dispõe o artigo 60, da Constituição Federal de 1988:

A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

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

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

surgido na Inglaterra. Na Inglaterra o Parlamento pressionava os ministros a se demitirem quando havia discordância política. Inicialmente era utilizado o *impeachment*, figura originária do direito penal, mas que exige um processamento não condizente com a dinâmica reclamada pela administração pública. Com o tempo os integrantes da Câmara dos Comuns passaram a perceber que o mais produtivo não seria a submissão a um processo demorado, mas uma manifestação de desconfiança que desde logo fizesse o indesejado fora do cargo para que houvesse a continuidade administrativa, nascendo assim, então, o voto de desconfiança, que tem origem, portanto, no descontentamento da Casa Parlamentar com a política que estivesse sendo adotada pelo governante em um sistema parlamentarista.

No Brasil a única prática costumeira aceita é a reedição de Medidas Provisórias. Assim, quando se fala em costume no Brasil não há muitos exemplos que possam ser oferecidos, mas o costume é fonte constitucional no Brasil, ao menos em tese<sup>12</sup>.

Em constituições como a brasileira há apenas presunção de que aquilo que não é materialmente constitucional o seja, pois não há como declarar a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias. Esse é o escudo dos direitos sociais em um texto constitucional prolixo como o brasileiro. Eles não são materialmente constitucionais, mas quando colocados na mesma hierarquia dos direitos individuais, por exemplo, que por sua vez possuem materialidade constitucional, é como se também estivessem revestidos (os sociais) da materialidade constitucional, pois tudo em uma Constituição, dentro da concepção dirigista, deve ser considerado materialmente constitucional. Parte-se da ideia de que a inconstitucionalidade da Constituição nunca poderá ser declarada, assomando-se a isso o discurso da impossibilidade de “involução”, ou “retrocesso” no que tange a “conquistas sociais”.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Importante destacar, a título de curiosidade, que um dos ramos mais férteis, quando se fala em costume no Brasil, é o Direito Comercial, sendo exemplo o caderno do armazém, mas em matéria constitucional o exemplo a se dar daqui são de fato as Medidas Provisórias.

<sup>13</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, por exemplo, no livro *A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*, fala em “proibição de retrocesso” (SARLET, 2015, p. 451 e ss.).

Uma Constituição em realidade estabelece a ordem jurídica desde logo, quando ela evidentemente é soberana<sup>14</sup>. Em uma concepção democrática é resultado de um pacto social, mas é evidente que quando da elaboração do texto o poder constituinte deve sofrer limitações de várias naturezas, inclusive de ordem econômica, sob pena da insignificância.<sup>15</sup>

Na tentativa ainda de expor algumas características do Direito Constitucional, cumpre registrar que na elaboração democrática de uma Constituição há uma assembleia constituinte, que poderá ser exclusiva ou não. A assembleia, seja exclusiva ou não exclusiva,<sup>16</sup> pode ser soberana ou não soberana. A exclusiva é aquela que sofre dissolução após a elaboração, aprovação e promulgação do texto magno.

Feitas considerações, em breves linhas, sobre algumas características do Direito Constitucional, é possível dizer-se, dentro da orientação do que se pretende demonstrar, que a Constituição Brasileira é por demais prolixa, profusa em direitos, sendo o seu texto a paragem em que o legislador de 1988 procurou colocar o máximo que podia, com a finalidade de garantia e dirigismo. Exemplo sempre mencionado do quanto prolixa é a Constituição Federal do Brasil de 1988 extrai-se da leitura do parágrafo segundo do artigo 242: “O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.”<sup>17</sup>

Mesmo que essa norma do artigo 242, § 2º, não seja totalmente despida de motivação, pelo que contém o artigo 211, § 1º e § 2º, é digno de registro que a Constituição Brasileira de 1988 contém 245 artigos permanentes, 70 disposições de caráter transitório, e até o momento 105 emendas, ou seja, o legislador constitucional brasileiro é realmente prolixo.

---

<sup>14</sup> Uma Constituição elaborada por uma assembleia constituinte não soberana somente entra em vigor após ser referendada pelo povo pela via direta. A Constituição Brasileira de 1988 é soberana, pois não foi submetida a referendo.

<sup>15</sup> Deve haver diálogo com as outras ciências, principalmente a econômica, sob o risco da aprovação de um texto inexecutável, fadado à vida curta.

<sup>16</sup> A assembleia constituinte não exclusiva é a que cumula funções legislativas ordinárias. Dentre as democráticas é a menos democrática.

<sup>17</sup> A norma do § 2º do artigo 242 da Constituição de 1988 teria sentido, pois a mesma Constituição estabeleceu aos Estados e Municípios a competência no que se refere à educação fundamental e média (artigo 211, § 1º e § 2º). Assim, não haveria, que não na própria Constituição, outro momento melhor para estabelecer que o Colégio Dom Pedro II permaneceria na “órbita federal.” Essa, por exemplo, é a opinião de Ricardo Sanchez Baronovsky. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38060/constitucionalismo-ciartlare>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

## 2.1 A Constituição Brasileira de 1988 como exemplo de Constituição prestacional e a “válvula de escape” representada pela Justiça do Trabalho

A Constituição de 1988 foi influenciada por uma matriz ideológica que parte da ideia da existência de uma superestrutura e uma infraestrutura na sociedade, com a primeira sufocando a segunda, fazendo surgir a superior necessidade, então, resultado dessa influência, de que os mais desfavorecidos tenham, enfim, a sua vez e sejam contemplados com direitos que serão alcançados pelo Estado.

Cumprir mencionar, por ser digna de registro no momento, que essa mesma concepção de transformação social tinha como método a ocupação gradual e sistemática dos espaços estratégicos existentes em uma sociedade capitalista, expediente de inspiração gramsciana, lembrando que Antonio Gramsci foi um filósofo marxista italiano que viveu entre os anos de 1891 e 1937, tendo produzido várias obras ligadas à defesa da classe operária, com ênfase no método de atingimento de uma sociedade igualitária, tendo ele a seguinte visão do estado liberal, o qual esperava que fosse substituído por uma sociedade ou estado sem classes:

Como ideia-limite, o programa liberal cria o Estado etico, isto é, um Estado que idealmente está acima das competições de classe, do cruzamento e choque dos agrupamentos que compõem a realidade econômica e tradicional. Este Estado é mais uma aspiração política do que uma realidade política; existe apenas como modelo utópico, mas este seu ser é precisamente uma miragem que o torna robusto e o transforma numa força de conservação. Na esperança que ele se realize finalmente na sua completa perfeição, muitos encontram a força para o não renegarem e, portanto, para não procurarem substituí-lo. (GRAMSCI, 1976, p. 115).

Gramsci estava convicto de que o liberalismo (ou capitalismo) era contrário à noção de estado, e entenda-se aqui, porquanto contemporâneo a Gramsci, o liberalismo de que fala como sendo o clássico, aquele que se estrutura nas liberdades, notadamente de expressão, econômica e religiosa. Que era um sistema incapaz de realizar a paz porque a propriedade privada e nacional geraria fronteiras, cisões e guerras, produzindo Estados nacionais em permanente conflito entre si. Da leitura dos seus escritos extrai-se que considera capitalismo e liberalismo uma coisa só, mas externa a ideia de que o liberalismo era um movimento presente na atividade geral do capitalismo e que essa ação “[...] liberal reentra na atividade geral do capitalismo destinado a assegurar mais sólidas e garantidas condições de

concorrência [...]”, asseverando na sequência, que “[...] a concorrência é a inimiga mais acérrima do Estado. [...]” (GRAMSCI, 1976, p. 347).

Para o entendimento gramsciano o liberalismo sempre foi, com efeito, contrário ao Estado, e que o liberalismo ou capitalismo teria se utilizado do Parlamento para o esvaziamento das funções do Estado:

A literatura liberal representa uma polêmica contra o Estado. A história política do capitalismo caracteriza-se por uma contínua e furiosa luta entre o cidadão e o Estado. O Parlamento é o órgão desta luta; e o Parlamento tende por isso a absorver todas as funções do Estado, isto é, a suprimi-lo, esvaziando-o de todo o poder efetivo, visto que a legislação popular é destinada a libertar as entidades locais e os indivíduos da escravidão e controle do poder central. (GRAMSCI, op. cit., p. 347).<sup>18</sup>

Impregnada da influência do ideário igualitário, surgiu a redação do artigo 6º, que visou gerar (garantir) direitos em uma amplitude jamais vista, sem qualquer indagação de ordem econômica. Mais, sequer cogitando o legislador da época que tamanha avidez “dirigente” pudesse talvez, em efeito inverso, proporcionar é prejuízo aos mais pobres, na forma de retração econômica (por desinteresse e asfixia dos agentes), desemprego e inflação em razão do desequilíbrio fiscal criado.

Por outro lado, o constitucionalismo norte-americano, centrado apenas na organização do Estado e nos intitulados – largamente pela doutrina brasileira – direitos de defesa, tidos como ultrapassados em nosso meio, notadamente acadêmico, que já fala inclusive em direitos de quinta ou sexta geração, ou “dimensão” (SARLET, 2015 p. 45), produz estabilidade, pois se ocupa do que é materialmente constitucional, alcançando ao cidadão um pequeno apanhado escrito, surgido de um consenso verdadeiro, de base natural ou existencial, para que se defenda das eventuais incidências do cotidiano que se apresentem ignóbeis, de origem pública ou privada.

Quando se mencionam doutrinadores voltados ao social, Sarlet, na obra *A Eficácia dos Direitos fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*, defende a posição de que os direitos fundamentais a prestações enquadram-se no âmbito dos direitos de segunda dimensão (SARLET, 2015, p. 192).

---

<sup>18</sup> Compreende-se, assim, o desprezo que a denominada esquerda alimenta pelos Paramentos, seja impondo Parlamento com partido único, caso cubano, seja estabelecendo, quando no Executivo, uma relação baseada em negociação deletéria de apoio, caso brasileiro nos anos de 2003 a 2018.

Muito provavelmente por ser exíguo e de base real, o documento fundador dos Estados Unidos já conta com mais de dois séculos, evidentemente que com as emendas que se assomaram ao Bill of Rights até que chegassem às 27,<sup>19</sup> tendo produzido, ou contribuído, ou ao menos não tendo atrapalhado, a ascensão da nação mais rica do planeta. A razão disso talvez tenha motivação jurídica, de ordem fundacional, podendo-se dizer que os EUA não são somente ricos, mas inclusivos, e a inclusão decorre evidentemente da riqueza produzida em ambiente em que a ênfase está nos direitos fundamentais de liberdade.

O Produto Interno Bruto dos Estados Unidos no ano de 2017 atingiu a impressionante cifra de quase 20 trilhões de dólares.<sup>20</sup> Tamanha riqueza é inclusiva, tanto que aos EUA ocorrem historicamente milhares de migrantes, muitos optando pelo ingresso ilegal no país, mesmo que isso implique na ausência de direitos básicos de cidadania, como a possibilidade de dirigir um automóvel em solo norte-americano, ou de ser atendido em um hospital público, por exemplo. No ano de 2010 a estimativa é de que residiam de 7 milhões a 20 milhões de estrangeiros sem autorização nos Estados Unidos (CUNHA, 2010, p. 32).<sup>21</sup>

Acerca do caráter ultrapassado dos direitos considerados de “defesa”, relevante destacar que a posição de grande parte da doutrina brasileira é no sentido de que a Constituição de 1988 produziu enorme avanço, pois trouxe direitos também de segunda e terceira geração, sendo diploma que teria alcançado, portanto, na comparação com textos fundadores de matriz “liberal-burguesa”, a modernidade. É a posição de Ingo Sarlet, que defende que os direitos fundamentais a prestações enquadram-se como direitos de “segunda dimensão”, correspondendo à evolução do Estado de Direito, de matriz liberal-burguesa, para o Estado democrático e social de Direito, incorporando-se à maior parte das constituições do segundo pós-guerra (SARLET, 2015, p. 192).

Uma das questões cruciais no âmbito brasileiro reside, portanto, nos denominados direitos sociais, um tema caro ao ambiente jurídico do país.

---

<sup>19</sup> A 27ª Emenda teve a aprovação definitiva – ratificação de 3/4 (três quartos) dos Estados-membros – somente em 07/05/1992.

<sup>20</sup> Disponível em: <<https://pt.tradingeconomics.com/united-states/gdp>>, acesso em 19 out. 2018.

<sup>21</sup> Conforme monografia apresentada por Filipe Brum Cunha na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob o título “Imigração Ilegal nos Estados Unidos: Uma Análise”. Disponível em <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/28365/000770739.pdf?sequence=1>>, acesso em 19 nov. 2018.

Uma demonstração da transcendentalidade do tema é que debaixo de grande resistência nos últimos anos as relações de trabalho no Brasil tornaram-se objeto de propostas de alteração da legislação existente, culminando com a edição da Lei nº 13.467/2017, que modificou vários dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, a CLT, instituída pelo Decreto-Lei nº 5.452 do ano de 1943, sendo instrumento legal que surgiu da aceleração da industrialização brasileira, ocorrida na primeira metade do século passado, tornando-se fato que a partir daquele capitalismo incipiente da primeira metade do século XX ficou mais clara a disparidade entre ricos e pobres, o que passou a ser visto como um mal a ser combatido.

E no Brasil os ricos, que outrora detinham os meios primários da produção – sendo os fazendeiros de café um bom exemplo – com a industrialização foram em certa medida substituídos pelos atores do capitalismo urbano, do setor secundário, transmudando-se o contingente dominante, antes marcadamente rural, agora também em urbano.

À grande massa populacional, mal instruída e necessitada de trabalho, restou o êxodo para as cidades, emergindo uma classe de trabalhadores mal remunerada, mal instruída - com elevados índices de analfabetismo - transformando-se o Direito do Trabalho e a Justiça do Trabalho, a partir daí, talvez sem que o legislador de 1943 supusesse, em resposta às distorções advindas de um capitalismo incipiente, ávido por lucros, no contraponto a trabalhadores necessitados dos sustentos próprios e de suas famílias. O grande número de ações na Justiça do Trabalho nada mais significou, em determinado momento da vida da nação, do que saída (mal ajambrada) na forma de tentativa de amenizar um quadro de diferenças acentuadas que se verificava.

Ante o contexto de desigualdades, o Direito do Trabalho e a Justiça do Trabalho acabaram por encontrar lugar na cena brasileira, e com o tempo surgiram fortes objeções por parte do empresariado, ante a compreensão de que não seria um foro adequado e que em inúmeras situações proporcionaria não a justiça, mas o inverso, a injustiça.

Relevante para uma melhor compreensão e para que o tema não se perca dentro da dissertação, que se proceda então a um pequeno apanhado acerca do assunto, iniciando-se pelo reconhecimento de que ela, a Justiça do Trabalho, não

existe somente no Brasil, como lembrou recentemente Beatriz Renck,<sup>22</sup> há mesmo em país desenvolvido como a Alemanha, que tem modelo jurisdicional semelhante ao da Justiça do Trabalho que há no Brasil.

E a comparação entre esses dois países, Alemanha e Brasil, em número de demandas, que deve ocorrer não com os números absolutos, mas com base na taxa de litigiosidade, como refere Cassio Casagrande em artigo publicado em 2017,<sup>23</sup> não nos traz dados muito diferentes. A população economicamente ativa da Alemanha giraria em torno de 42 milhões de pessoas, o que implicaria em uma *taxa de litigiosidade* de 1,4%, considerando-se que na Alemanha ingressam cerca de 600 mil ações anuais,<sup>24</sup> a média alemã estaria entre um e dois trabalhadores a cada 100 ocorrendo à demanda trabalhista, enquanto que aqui essa média seria entre 3 a 4 trabalhadores em cada 100, considerando-se que no Brasil, conforme dados do Tribunal Superior do Trabalho (TST), o Judiciário Especializado do Trabalho daqui, no ano de 2016 recebeu 3.957.179 ações,<sup>25</sup> 5% a mais que no ano anterior, muito provavelmente em razão da recessão econômica produzida no Governo Dilma Rousseff e em plena incidência, os seus efeitos, à época (ano de 2016), declínio econômico que em razão dos desligamentos compulsórios dos trabalhadores é fator que reconhecidamente eleva o número de ações ajuizadas.

Nesse exame torna-se importante ressaltar, por outro lado, que nos Estados Unidos, país que não possui judiciário especializado do trabalho como há no Brasil e Alemanha, não parece ser exatamente verdadeira a informação de que não haja o ingresso de muitas demandas com fundo *trabalhista*.

Não obstante nos EUA não exista, de fato, uma justiça *especializada* nos moldes da que se conhece no Brasil, os dados de que naquele país ingressariam no sistema poucas ações com viés trabalhista – apenas aproximadamente 75 mil

<sup>22</sup> Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Texto publicado no Jornal Zero hora de 01/05/2017. Disponível em:

<<https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Produ%C3%A7%C3%A3o%20Intelectual%20-%20Diversos/Mitos%20sobre%20a%20Justi%C3%A7a%20do%20Trabalho%20-%20Beatriz%20Renck.pdf>>. Acesso em 19 nov. 2018.

<sup>23</sup> Disponível em: <<http://www.diariodocentrodomundo.com.br/brasil-campeao-de-aco-es-trabalhistas-como-se-constroi-uma-falacia-por-cassio-casagrande/>>. Acesso em 19 nov. 2018.

<sup>24</sup> Dado do Professor Wolfgang Daubler, da Universidade de Bremen. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/noticias/955014/especialista-conversa-no-tst-sobre-relacoes-de-trabalho-na-alemanha>>. Acesso em 19 nov. 2018.

<sup>25</sup> Segundo dados do Tribunal Superior do Trabalho (TST), o Judiciário Especializado do Trabalho, no ano de 2015 recebeu 3.768.454 ações, no ano de 2016, 3.957.179 ações. Disponível em: <[www.tst.jus.br/documents/10157/d905f629-e0b9-1cdc-ed41-c104e05446f9](http://www.tst.jus.br/documents/10157/d905f629-e0b9-1cdc-ed41-c104e05446f9)>. Acesso em 19 nov. 2018.

reclamações ao ano<sup>26</sup> – carecem de melhor verificação, pois há lá competência concorrente entre as esferas federal e estadual para apreciação da matéria e são também mais manejadas as ações coletivas, sendo que cada um dos 50 estados norte-americanos possui estrutura judiciária apta para o enfrentamento do tema, com controle próprio de cada estado relativamente aos dados a serem disponibilizados, o que torna crível que as denominadas *class actions*, ações de classe de cunho trabalhista, são sim largamente utilizadas no âmbito das justiças estaduais nos EUA, o que afastaria o dado das 75 mil demandas anuais como refere Casagrande, não sendo mesmo verossímil que país com elevadíssimo nível de desenvolvimento econômico como os EUA produza um tão baixo volume de conflitos na seara laboral, sendo fato notório o demandismo existente nos Estados Unidos, que resulta do ambiente de liberdade desde a fundação, liberdade que remete também à ideia do amplo acesso à justiça.

É fato digno de registro, entretanto, que no Brasil adotamos um sistema protetivo, paternalista, de inspiração varguista, inclusive com previsão de um contrato mínimo constitucional – do artigo 6º ao artigo 11 da Carta de 1988 – além do que existe de mínimo na Consolidação das Leis do Trabalho, e que esse aparato legislativo proporciona terreno para um maior volume de conflitos judicializados no setor.

Há uma cultura, portanto, de elevada presença estatal, expressada no contrato mínimo estampado na CLT, com positivação na Constituição, o que resulta em excessiva regulamentação das relações de trabalho.

É que talvez no Brasil o Direito do Trabalho, e a própria Justiça do Trabalho, propiciam aquilo a que Maurício Godinho Delgado define como “medida de civilidade” (DELGADO, 2006, p. 81). Muito da nossa “civilidade” estaria, portanto, no Direito do Trabalho e no acesso fácil à Justiça do Trabalho, acesso que não pode ser negado ou dificultado se se está em um estado democrático de direito como pretensamente é o caso brasileiro.

Assim, se há a Justiça Especializada, não pode ser negado o acesso a ela, diversamente do que se verifica da leitura do atual parágrafo 3º do artigo 844<sup>27</sup> da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação dada pela Lei 13.467/17, que é

---

<sup>26</sup> Dado trazido inicialmente pelo sociólogo José Pastore, em artigo publicado em 15/03/1999. Disponível em: <[http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt\\_056.htm](http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_056.htm)>. Acesso em 19 nov. 2018.

<sup>27</sup> Que impõe o pagamento de “custas” para a propositura de nova demanda.

disposição que está a limitar, neste momento, o princípio do livre acesso ao Judiciário, tornando razoável o entendimento de que a atual redação do dispositivo mencionado (parágrafo 3º do artigo 844 da CLT) contenha inconstitucionalidade, pois em conflito com o princípio do acesso ao Judiciário de que trata o artigo 5º, XXXV, da CF/88. Também a disposição do artigo 840, da CLT, que no seu parágrafo 1º estabelece que o pedido judicial a ser formulado deverá trazer a indicação do valor devido, dificulta ou até mesmo inviabiliza o acionamento, pois é exigência ligada à quantificação que claramente não está ao alcance do possível demandante, que não detém a documentação da vinculação, como cartões de ponto, por exemplo.<sup>28</sup>

O caráter inabdicável dos direitos trabalhistas entre nós, ou contrato mínimo, chega a tal ponto que, como preleciona Sérgio Pinto Martins, na vigência do contrato de trabalho os direitos trabalhistas se mostram irrenunciáveis, isso porque o empregador pode acabar por impor a renúncia de direitos ao trabalhador durante a vigência do contrato, tornando inválido o eventual ato que implique em abrir mão de direito assegurado na lei (MARTINS, 2015, p. 41), inclusive no âmbito infraconstitucional, o que aos norte-americanos soaria estranho, pois não têm eles diploma mínimo garantidor similar à CLT e como a cultura que há nos Estados Unidos é fortemente baseada no respeito aos contratos, nada lhes pareceria mais inusitado, no âmbito jurídico, do que aquilo que está escrito nos instrumentos de avença individual não valer.

Carmen Camino vai ainda além de Martins, asseverando que a consolidação das Leis do Trabalho consagra entre nós a inalterabilidade do contrato, e que alterá-lo unilateralmente, ou em prejuízo do empregado, constitui infração à lei de qualquer modo, independentemente de se estar tratando de direito tutelado na lei ou exclusivamente no pactuado (CAMINO, 2003, p. 90), ou seja, o caráter imperativo do Direito do Trabalho no Brasil leva à necessária indagação sobre se a férrea regulamentação trabalhista, o contrato mínimo com a hierarquia constitucional que

---

<sup>28</sup> O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, com sede em Porto Alegre, por ocasião da “I Jornada sobre a Reforma Trabalhista”, ocorrida em 10 de novembro de 2017, logo após, portanto, a vigência das alterações produzidas na Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei 13.467/17, externou posicionamentos sobre alguns itens que foram objeto da reforma produzida pela Lei 13.467/17. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/media-noticia/151470/Conclus%C3%B5es%20aprovadas%20por%20magistrados%20do%20TRT4%20sobre%20a%20Lei%2013467.pdf>>. Acesso em 19 nov. 2018.

há no país, asseguraria a inclusão ou representaria exatamente o inverso, isto é, o entrave ao desenvolvimento, sendo, portanto, fator que proporcionaria uma ainda maior exclusão do que a que vivenciada na história do país.

Consagrando a cultura prestacional e do contencioso juslaboralista, temos a Constituição de 1988 com elevada carga de regulamentação no terreno social, tornando-a onerosa ao setor produtivo privado e ao Estado, na comparação até com outras nações que contam também com constituições prolixas na definição de direitos, principalmente os de segunda geração (assim denominados). Isso decorre não só do componente cultural, é bom que se diga, mas que saídos de um regime de exceção na década de 1980 houve o inexorável entendimento no processo constituinte de 1986-88 no sentido de assegurar no campo constitucional os direitos sociais, econômicos e culturais, de titularidade coletiva, pois o país estaria a necessitar da positivação, com o revestimento inclusive do caráter pétreo, de direitos voltados à porção mais despossuída do estrato social, descalabro social que teria sido agudizado no período de exceção militar.

Visava o consenso que se formava à época uma Constituição “dirigente”, situação em que o Direito Constitucional estaria a forçar, em nível programático, o alcance de medidas ainda mais protetivas do que as existentes na CLT.

Mas com a demasiada sobrecarga de atribuições conferida ao setor produtivo (e ao Estado) acabaram por aflorar propostas de redução de direitos sociais estabelecidos com a finalidade “dirigente” de 1988, submetendo-se ao Parlamento propostas de reforma visando desonerar o meio empresarial e a máquina pública do pesado encargo.

No âmbito previdenciário público estatal o debate travado é se seria conveniente ou não ao país o alargamento dos tempos de contribuição no contraponto aos períodos de percepção dos benefícios, cada vez mais onerosos em razão da maior expectativa de vida dos provisionados. Na seara trabalhista sobreveio a Lei 13.467/2017, que alterou várias disposições da Consolidação das Leis do Trabalho, sem que fossem alterados ou suprimidos os direitos constitucionalmente assegurados sobre o tema, eis que aqueles exigem, para qualquer alteração, o quórum qualificado destinado às emendas constitucionais,

alteração talvez sequer possível, nesse caso, via emenda, por se revestirem essas normas – as inseridas no catálogo dos direitos sociais – do caráter pétreo.<sup>29</sup>

### **2.1.1 Os direitos sociais e a vocação pela hierarquia constitucional no Brasil**

A discussão que passará a existir, com efeito, é se direitos sociais necessitam da hierarquia constitucional, com dimensão dirigente, ou se a inserção dos direitos de pendor trabalhista na Carta é desnecessária ante a versatilidade das relações laborais, ou seja, se uma constituição prolixa no catálogo social pode, ao trazer compleição imutável ao sistema, terminar é por engessar o desenvolvimento e ao final se tornar, inversamente, prejudicial às camadas mais desfavorecidas da população, sendo que o que conduziria uma Constituição a ser a efetiva base de uma nação progressista não seria a minuciosa discriminação de direitos inseridos no espectro fundador, mas as condições de crescimento econômico, afirmado o ordenamento eficaz do Estado, em que o sistema federativo e a forma republicana de governo fossem priorizados, juntamente com a separação e a limitação dos poderes, bem como a supremacia do judiciário em suas decisões e a soberania do povo, tudo com a finalidade de propiciar o efetivo desenvolvimento sustentado e duradouro. Essa é a base do constitucionalismo norte-americano, conforme refere Adhemar Ferreira Maciel em seu *Bill of Rights* (MACIEL, 2016 apud LOEWENSTEIN, 1959, p. 27).

O jurista e historiador francês, Alexis de Tocqueville, no contato com a sociedade norte-americana relata ter se deparado com pessoas tomadas pela religiosidade messianica, quase loucas, voltadas ao culto de seitas bizarras (TOCQUEVILLE, 2004, p. 163). Em contrapartida, teria se deparado também com instituições políticas sólidas e democráticas, mostrando-se inclusive surpreso com a multiplicidade de associações em que os norte-americanos se organizavam para qualquer finalidade, conforme lembrança feita por Dahl (2001 apud TOCQUEVILLE, 1961, p. 102), podendo-se conjecturar que os Estados Unidos não sejam uma nação fundada somente na representatividade e na religiosidade do povo, mas também no forte componente participativo.

---

<sup>29</sup> Sendo essa a posição, por exemplo, de Sarlet (2015, p. 442).

No Brasil dos dias atuais há um enorme contingente de excluídos, e esse contingente clama por amparo, arrimo que aqui e nas nações latino-americanas de um modo geral, desde ao menos a segunda metade do século XX, foi tido como de incumbência quase que exclusivamente estatal, por influência avassaladora das ideias marxistas e keynesianas do pós-guerra, sendo digno de nota que o inglês John Maynard Keynes, autor, dentre outros, do livro *A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*, influenciou largamente o pensamento econômico de parte do século passado (XX), ao defender a maior intervenção do estado na economia e a elevação da carga tributária para o atingimento da justiça social, na forma da prestação governamental às camadas mais pobres da sociedade. A sua posição de uma maior interferência estatal pode ser retratada pelo seguinte trecho da obra acima citada:

Da minha parte sou, presentemente, algo cético quanto ao êxito de uma política meramente monetária orientada no sentido de exercer influência sobre a taxa de juros. Encontrando-se o **Estado** em situação de poder calcular a eficiência marginal dos bens de capital a longo prazo e com base nos interesses gerais da comunidade, **espero vê-lo assumir uma responsabilidade cada vez maior na organização direta dos investimentos**, ainda mais considerando-se que, provavelmente, as flutuações na estimativa do mercado da eficiência marginal dos diversos tipos de capital, calculada na forma descrita antes, serão demasiado grandes para que se possa compensá-las por meio de mudanças viáveis na taxa de juros. (KEYNES, 1996, p. 171, grifo nosso).<sup>30</sup>

Ao estado do bem-estar social de matriz keynesiana, que agigantava o papel do estado, se opôs Friedman, cujo receituário econômico se baseia no liberalismo clássico:

O cerne da filosofia liberal é a crença na dignidade do indivíduo, em sua liberdade de extrair o máximo de suas capacidades e oportunidades, de acordo com suas próprias luzes, dependendo apenas da condição de que não interfira na liberdade dos outros indivíduos de fazer o mesmo. Isso implica crença na liberdade do ser humano, em um sentido; e em sua desigualdade, em outro. Cada um tem igual direito à liberdade. Trata-se de prerrogativa importante e fundamental, exatamente porque as pessoas são diferentes, porque cada um querará fazer coisas diferentes com sua liberdade, e, no processo, contribuir mais que outra para a cultura geral da sociedade em que convivem muitos indivíduos. (FRIEDMAN, 2014, p. 198).

Para Friedman, todo aquele que perfila com o ideal de liberdade deve estabelecer uma distinção muito nítida entre igualdade de direitos e igualdade de

---

<sup>30</sup> A obra no original foi publicada no ano de 1973, sob o título *The General Theory of Employment, Interest and Money*.

oportunidades, de um lado, e igualdade material ou igualdade de resultados, de outro. (FRIEDMAN, 2014, p. 198).

Thomas Piketty mais recentemente, autor de *O Capital no Século XXI*, por outro lado se inclina para uma matriz anticapitalista, sinalizando não haver como o crescimento prometido pelo capitalismo possa beneficiar a todos, mencionando inclusive, de modo crítico, a teoria de Kuznets, segundo a qual a desigualdade de renda deveria diminuir de modo automático nos estágios mais avançados do desenvolvimento capitalista de um país, ou seja, o crescimento para Piketty não seria como a “maré alta”, que “levanta todos os barcos” como quer fazer crer Kuznets com sua teoria (PIKETTY, 2014, p. 18), e naturalmente Friedman com sua teoria de Estado com poucas atribuições.

Friedman, porém, não preconiza a ausência de governo, entendendo ele que o mercado não elimina essa necessidade (da existência de um governo). Ao contrário, muito embora entenda que o governo deva se importar apenas com as questões mínimas indispensáveis, defende ele que

[...] o governo é essencial não só como fórum para determinar as “regras do jogo”, mas também como árbitro para interpretar e aplicar as regras aprovadas. O que o mercado faz é reduzir em muito a variedade de questões a serem decididas por meios políticos, e, assim, minimizar a extensão em que o governo precisa participar diretamente do jogo. [...].

Em sentido contrário e sob a influência das idéias de Karl Marx produzidas em *Das Kapital*, no exame do que escreve Piketty também é notável a posição intervencionista, ou seja, de que os governos devem interferir com a finalidade de eliminar desigualdades. Diz ele:

O capitalismo produz automaticamente desigualdades insustentáveis, arbitrárias, que ameaçam de maneira radical os valores de meritocracia sobre os quais se fundam nossas sociedades democráticas. Existem, contudo, meios pelos quais a democracia pode retomar o controle do capitalismo e assegurar que o interesse geral da população tenha precedência sobre os interesses privados, preservando o grau de abertura econômica e repelindo retrocessos protecionistas e nacionalistas. (PIKETTY, 2014, p. 9).

Importante frisar que Karl Marx não quis reformar o capitalismo, senão que vaticinou o seu fim. Marx jamais entendeu que o capitalismo fosse reformável, ou que a classe trabalhadora, ou proletariado, pudesse coexistir com ele, mas sim que o sistema (capitalista) seria substituído por uma sociedade sem classes, o que se extrai da leitura de “*O Capital*”, que do início ao fim trata das crises do capitalismo e

da inviabilidade do sistema. Sua percepção era a de que o capitalismo estava fadado ao enfrentamento de crises recorrentes até a óbvia autodestruição, com a substituição por uma sociedade sem classes, comunal.

O antagonismo entre capital e trabalho era visualizado por Marx de modo tão visceral que quando do lançamento do “Manifesto do Partido Comunista” em 1848, ele e Engels se posicionaram pelo confronto entre os trabalhadores e aqueles que os empregavam, denominados “burguesia”, que nada mais era do que o empresário ou empregador, tal qual entendido hoje:

A nossa época, a época da burguesia, distingue-se, contudo, por ter simplificado os antagonismos de classe. Toda a sociedade está dividida, cada vez mais, em dois grandes campos hostis, em duas grandes classes em confronto direto: a burguesia e o proletariado. (MARX; ENGELS, 2017, p. 63).

Em realidade burguesia, em locução do século XIX, nada mais significa, portanto, do que o capitalismo, que se opõe e subjuga a classe trabalhadora, ou “proletariado”, para essa linha de entendimento, pois para Marx o trabalhador ou proletário era explorado pelo modo de produção existente à época, na medida em que o capitalista, ou burguês, para lucrar com o seu negócio ou empreendimento, necessariamente teria que se apropriar da força de trabalho de alguém, ou seja, remunerar apenas parte da força de trabalho e se apropriar da outra parte, o que se insere no conceito, elaborado por ele, de mais-valia. Observemos, nesse sentido, a seguinte passagem do livro 2 de “O Capital”:

O valor da força de trabalho, isto é, o preço de venda adequado dessa mercadoria, é determinado pela quantidade de trabalho necessária à produção dela, e essa quantidade por sua vez é determinada pela quantidade de trabalho exigida para produção dos meios de subsistência necessários ao trabalhador, ou seja, para a conservação da sua vida. Por isso o salário se torna a renda da qual tem de viver o trabalhador. (MARX, 1983, p. 406).

Dentro de um contexto de marcada presença dessa mentalidade que prega a existência de exploradores e explorados, foi concebida a Constituição Federal de 1988.

### 2.1.2 Evolução do trabalho no Brasil

Neste momento torna-se importante, para a progressão do estudo, que seja feito um pequeno apanhado sobre o entendimento do trabalho no Brasil, a evolução desse entendimento e a forte presença do ideário marxista a permeá-lo, na medida em que a massa assalariada brasileira, ao longo do século XX, passou a ser vista como vítima do capitalismo, seja financeiro, industrial ou mero detentor de algum meio de produção. Obra sempre lembrada para o entendimento da cultura brasileira, inclusive a laboral, é *Raízes do Brasil*, de Sérgio Buarque de Holanda, pai do conhecido artista Chico Buarque de Holanda, muito cultuado no interior do forte segmento à “esquerda” existente no país.

Pois bem, o historiador paulista tenta captar o espírito nacional, pontuando que desde antes da era industrial o Brasil vivenciava métodos “predatórios e dissipadores” de produção. Em curiosa passagem, ao trazer referência sobre esses métodos introduzidos pelos colonizadores portugueses, acaba por mencionar ele o seguinte:

Os mesmos métodos predatórios e dissipadores se acham em uso entre colonos de pura estirpe germânica, e isso, não só no meio tropical que constituem as baixadas espírito-santenses, mas também em regiões de clima relativamente temperado como as do Rio Grande do Sul. Deve-se em todo caso considerar que a origem principalmente mercantil e citadina da maioria desses colonos, seu número não muito considerável, os limitados recursos materiais de que dispunham ao se transplantarem do Velho Mundo explicam, em grande parte, a docilidade com que se sujeitaram a técnicas já empregadas por brasileiros de ascendência lusitana. Na economia agrária, pode dizer-se que os métodos maus, isto é, rudimentares, danosos e orientados apenas para o imoderado e imediato proveito de quem os aplica, tendem constantemente a expulsar os bons métodos. Acontece que, no Brasil, as condições locais quase impunham, pelo menos ao primeiro contato, muitos daqueles métodos “maus” e que, para suplantá-los, era mister uma energia paciente e sistemática. (HOLANDA, 2004, p. 51).

Relaciona o autor aspectos raciais com métodos “maus” e “bons”. Escrevesse nos dias de hoje e poderia talvez ingressar no rol dos politicamente incorretos. Ao tentar decifrar a alma brasileira, o autor paulista refere também que o Brasil daria ao mundo o homem hospitaleiro e generoso, virtudes exaltadas por estrangeiros, e que esse seria um traço definido do caráter brasileiro, decorrente da influência ancestral do convívio no meio rural e do patriarcado que marcaria a sociedade brasileira, mas que “nossa forma de convívio social é, no fundo, justamente o contrário da polidez”

(HOLANDA, 2004, p. 146-147). Tende a rotular a “alma” nacional, portanto. Para ele, o brasileiro, então, diferentemente do que pode ser a suposição inicial, não seria propenso a ser sujeito passivo de dominação, pois no fundo não seria exatamente cordial.

Brito Filho, por seu turno, adentra no espinhoso tema do trabalho escravo no país – nestes tempos modernos – e sua caracterização. Diz ele que o que deve ser observado é o grau de domínio que exerceria o tomador dos serviços em face do trabalhador, “a sujeição que o primeiro impõe ao segundo”, estabelecendo o autor que no Brasil há casos de trabalhadores migrantes, como os plantadores de cana-de-açúcar e trabalhadores na pecuária, que são submetidos a uma condição laborativa análoga à de escravo, e que também imigrantes ilegais, caso dos bolivianos, que são utilizados na indústria da confecção, são todos “submetidos às péssimas condições de trabalho que lhe são oferecidas” (BRITO FILHO, 2013, p. 33-52), informando, portanto, que no Brasil o trabalho escravo ainda se faz presente no dia-a-dia, não só na zona rural, mas também em ambiente urbano, situação pesquisada por ele que se encontra inserida nas relações oriundas da indústria da confecção em São Paulo com trabalhadores bolivianos utilizados no processo produtivo do segmento.

A investigação levada a cabo por muitos autores brasileiros decorre da convicção de origem marxista de que há, como dito anteriormente, separadamente uma infraestrutura e uma superestrutura no espectro social e que na infraestrutura está a classe desfavorecida e explorada, a classe trabalhadora ou proletariado<sup>31</sup> e que nessa sociedade de classes o labor do trabalhador é parcialmente expropriado pela mais-valia<sup>32</sup> do sistema capitalista opressor, sistema que traz benefícios apenas à classe dominante (esse é o entendimento marxista), entendida no século XIX como burguesia, termo muitas vezes ainda utilizado por nossos autores, sendo oportuno estabelecer que a “mais-valia”, dentro da concepção econômico-marxista, significa a diferença entre o valor final da mercadoria produzida e a soma do valor dos meios de produção e do trabalho e que a “mais-valia” está na base do sistema capitalista, sendo esse o contraponto fundamental à investigação de Adam Smith,

---

<sup>31</sup> Karl Marx diferenciava trabalhador de proletário. O proletário não tinha meio algum de vida que não a sua força de trabalho. Já o trabalhador tem a condição de vender produtos do seu trabalho.

<sup>32</sup> Marx desenvolveu a sua concepção materialista da história em *Das Kapital*.

que no Século anterior ao de Karl Marx e Friedrich Engels, o XVIII, asseverou que o lucro advinha do mercado, da oferta e da procura, da mão invisível do mercado.

Em *A Riqueza das Nações*, sua obra clássica, Adam Smith poucas vezes utiliza a mais famosa locução a ele atribuída: “mão invisível”, que seria uma referência feita às leis de mercado. Uma das ocasiões é a seguinte, e expressa bem o seu pensamento, no contraponto ao marxismo, que veio apenas no século seguinte:

O empreendedor [...] ao dirigir essa atividade de modo que sua produção tenha o maior valor possível, não pensa senão no próprio ganho, e neste, como em muitos outros casos, é levado por uma **mão invisível** a promover um fim que não era, em absoluto, sua intenção promover. Além disso, nem sempre é pior para a sociedade que não tivesse intenção de promover esse fim. **Ao buscar seu interesse particular, não raro promove o interesse da sociedade de modo mais eficaz do que faria se realmente se prestasse a promovê-lo.** [...] (SMITH, 2013, p. 566, grifo nosso).

Marx, tendo vindo após, se constripôs ferozmente a Smith, podendo-se afirmar que em sua extensa obra visou de modo significativo antagonizar com o que teorizou Smith dentro da concepção do deixar fazer e da ideia de que a lei da oferta e da procura é que regula o preço das mercadorias e do próprio trabalho. Essa, para Marx, era uma afirmação totalmente falsa, conforme se extrai da seguinte passagem de *O Capital* (Volume II, Livro 4):

[...] A. Smith identifica o *preço natural* ou *preço de custo da mercadoria* com o valor dela, depois de abandonar a concepção correta de *valor* e de a substituir pela que emana e provém irresistível das aparências da competição. O que aparece na concorrência regulando os *preços de mercado* não é o *valor*, é o *preço de custo*, na qualidade por assim dizer de *preço imanente*, valor das mercadorias. Mas esse próprio preço de custo nela aparece configurado pela taxa média dada do salário, do lucro e da renda (*rent*). Por isso, procura Smith estabelecer essa taxa de maneira autônoma, sem depender do *valor* da mercadoria, ou melhor, como se fosse fator do preço natural. Ricardo, cujo interesse principal era refutar essa **aberração smithiana**, aceita-lhe o resultado *necessário* – *a identidade dos valores com os preços de custo* –, embora *impossível* para ele no plano lógico. (MARX, 1983, p. 666, grifo nosso).

A influência das ideias de Karl Marx nas décadas que se seguiram é perceptível na obra “Os Sentidos do Trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho”, de Ricardo L. C. Antunes, que em certo trecho, ao citar István Mészáros, refere não ser o capital uma “entidade material”, nem propriamente um mecanismo que possa ser racionalmente controlável, mas uma “estrutura totalizante de organização e controle do metabolismo societal”, a qual todos devem se adaptar,

e que nesse sistema há domínio e primazia sobre a totalidade dos seres sociais, sendo que suas mais profundas determinações estão orientadas para a expansão e impelidas pela acumulação (ANTUNES, 2009 apud MÉSZÁROS, 1995, p. 25).

Refere esse autor que os anos 80 do século XX foi o período de surgimento do “neoliberalismo”, momento em que, preleciona ele, houve a privatização do Estado, a desregulamentação dos direitos do trabalho e a desmontagem do setor produtivo estatal, e que a isso se seguiu um intenso processo de reestruturação da produção e do trabalho, com vistas a dotar o capital do instrumental necessário para tentar repor os patamares de expansão que haviam sido perdidos, mencionando o autor, em acréscimo à sua digressão, que esse período teria se caracterizado ainda por uma ofensiva generalizada do capital e do estado contra a classe trabalhadora e “contra as condições vigentes durante a fase de apogeu do fordismo”<sup>33</sup> (ANTUNES, 2009, p. 33-34), pugnando o sociólogo paulista pela existência ou mesmo necessidade de uma luta de classes, visualizando a vitimização da classe trabalhadora, que seria posta de tempos em tempos de joelhos diante de um capitalismo que se reciclaria com a finalidade precípua da dominação, ou seja, centra a sua análise, como é próprio no meio acadêmico brasileiro influenciado pela matriz marxista, em postulados anticapitalistas e, em decorrência, antidesenvolvimentistas, reconhecendo-se o capitalismo como o sistema mais eficaz na geração de riquezas, fato verificado ao longo do século XX, notadamente com a debacle dos regimes da órbita soviética na última década do século passado, sendo necessário o registro que as ideias de Adam Smith inquestionavelmente venceram o embate travado com o marxismo no curso do século XX.

É fato a ser reconhecido, entretanto, que a crítica marxista em meados do século XIX fazia algum sentido, produzida que foi no auge da Revolução Industrial iniciada no século anterior e que produzia um capitalismo voraz, que procurava empregar jovens no início da adolescência, ou até mesmo ainda na infância, submetendo-os a longas e insalubres jornadas. A inquietação de Marx, que bem poderia ser a do homem comum esclarecido e sensível da época, é manifestada de maneira clara no Livro 1 de O Capital, ao mencionar ele anúncio de jornal que solicitava “de 12 a 20 jovens com aparência de 13 anos pelo menos” para trabalhar

---

<sup>33</sup> Apelido dado ao sistema de produção em massa idealizado por Henry Ford em 1913 nos Estados Unidos da América.

em uma fábrica inglesa. (MARX, 1984, p. 452), demonstrando a seguir uma indignação ainda mais reforçada, a denotar a sua total insatisfação com os caminhos tomados pelo capitalismo:

Já aludimos à ruína física das crianças, dos jovens, das mulheres, submetidos diretamente pela máquina à exploração do capital nas fábricas mecanizadas e, depois, indiretamente em todos os demais ramos de atividade. [...] (MARX, op. cit., p. 453).

Razoável se mostra, assim, neste momento de avanço de ideias em sentido oposto ao das reconhecidas como conquistas sociais no Brasil, a verificação dos porquês desse recrudescimento às ideais de base marxista. O fenômeno do fluxo migratório, referido por Brito Filho ao mencionar os imigrantes bolivianos que são explorados em empreendimentos do ramo da confecção em São Paulo nos remete ao lema da revolução francesa: liberdade, igualdade e fraternidade, em que o tratamento a ser dado a refugiados e imigrantes situa-se no campo da fraternidade, e nos traz novamente ao tema do Direito do Trabalho no Brasil, que tem na Justiça do Trabalho a revelação de uma face de certa forma envergonhada do sistema brasileiro, um desaguadouro de mazelas, mas com elevado grau de pacificação dos conflitos existentes na órbita das relações, ainda assim um ponto de inflexão, em que a culpa dos mais favorecidos é expungida por meio daquele judiciário especializado, em uma espécie de purgação pelo aparente sucesso obtido em meio à pobreza.

O que se passará a discutir em uma sociedade brasileira emancipada é se é isso verdadeiramente o que os trabalhadores do país almejam, que os mais desfavorecidos tenham os direitos positivados na Constituição e até mesmo um Poder Judiciário “deles”. O debate que se instalará é se o que seria mais importante ou necessário é a possibilidade de inclusão pelo crescimento econômico advindo de uma reforma, ou mesmo instauração de novo poder constituinte, que promova a readequação do aparelho estatal, mediante renovado contrato social, em contexto de Estado com atribuições e ingerências diminuídas e iniciativa privada com maior liberdade de contratar, ou a manutenção de direitos sociais no elenco constitucional, levando muitas vezes à informalidade, de modo a aprisionar os agentes econômicos, impedindo ciclicamente a geração de novos empregos formais e o aparecimento de oportunidades reais de trabalho. Um dos fatores que corroem uma sociedade é a sensação de uma justiça que não é justa. Vale evocar Amartya Sen, no sentido de

que “a justiça é uma ideia de imensa importância que moveu as pessoas no passado e continuará a movê-las no futuro.” (SEN, 2009, p. 326).

### **2.1.3 Os descaminhos da América Latina e a presença do fator “participativo” ou “deliberativo”**

O mundo e particularmente a América Latina, sofreram forte influência do ideário marxista que apaixonou grande parte do planeta no Século XX. A carga prestacional presente nas constituições dos países que compõem o continente nada mais representa do que essa influência. A Constituição mexicana de 1917 é o primeiro exemplo.

O poder exercido na forma de dinamizar energias e potencialidades de origem popular, com o intuito de levar a administração pública para dentro de um conceito de gerenciamento da participação social, é um dos retratos desse esforço de inclusão de origem marxista. Talvez a maior influência nas últimas décadas nesse sentido venha de Jürgen Habermas, membro da Escola de Frankfurt, cuja teoria da comunicação política parte do raciocínio de que comunidades ou nações efetivamente democráticas devem estar baseadas em escrutínios permanentes de suas populações, passando, os que a essa visão se filiam, a entender ultrapassada a opção pela democracia representativa, devendo surgir em seu lugar a democracia deliberativa, pugnam, pois essa seria muito mais inclusiva de segmentos cuja voz não se faria ouvir na clássica democracia de viés representativo.

Verifica-se, porém, que partindo do ideário democrático proposto por essa corrente que defende a maior participação popular nas deliberações do espectro administrativo público, que tem como uma das inspirações a doutrina professada pelo filósofo alemão Jürgen Habermas, regimes como os da Venezuela Bolivariana e Cuba do Partido único Comunista, para ficar no âmbito americano, com base em uma proposição semelhante à habermasiana, de consulta permanente dos seus cidadãos, submeteram e submetem suas populações a sucessivos momentos participativos, ocasiões em que a essas populações foram e são postas questões que interessam aos sistemas totalitários que dominam esses países, no sentido da solidificação dos próprios regimes, visando que as consultas populares frequentes

acabem por implicar em legitimação, apoio e continuidade, e não propriamente em efetiva participação, inserção e acesso aos bens da vida.

A inclusão pela via da participação em foros de deliberação se faz presente no dia a dia de alguns dos países do continente, portanto, mas paradoxalmente são regimes autoritários, que sufocam movimentos de oposição, como os mencionados venezuelano e cubano.

Essa constatação, em última análise, corresponde à perversão da notável proposta que contém um conceito engenhoso e generoso de poder político, que parte da ideia da construção de uma vontade de base comum, aprioristicamente um postulado que não merece reparos, de vez que a administração pública, para esse conceito altruisticamente construído, se orientaria por autorizações permissivas que decorrem de decisões obrigatoriamente coletivas, sendo a teoria de Habermas, assim, um visível contraponto ao liberalismo político:

O liberalismo político ou do estado de direito parte da intuição de que o indivíduo e a condução individual de sua própria vida precisam ser defendidos das intervenções feitas pelo poder estatal [...] Com isso a diferenciação entre esfera privada e pública ganha um significado precípuo. (HABERMAS, 2002, p. 118).

É essa diferenciação entre esfera pública e privada o objeto da irresignação de Habermas, e é o que o aproxima dos regimes que se autodenominam “sociais”, como os “bolivarianos” da América Latina. Sua teoria também se aproxima da ideia de orçamento participativo, experiência adotada no Município de Porto Alegre no Brasil, aproximação que se traduz no entendimento de que as deliberações realizam-se de forma argumentativa, através da troca regulada de informações e argumentos entre as partes, que recolhem e examinam criticamente propostas (HABERMAS, 2003, p. 29).<sup>34</sup>

O poder comunicativo se transformando, portanto, no próprio poder administrativo, com decisões públicas oriundas de participação popular direta, mediado por mecanismos garantidores da isonomia na interferência dos participantes, que decorrem principalmente da pretensão de inteligibilidade, de verdade, de sinceridade e de correção normativa. Para Habermas o agir comunicativo é distinto porque uma coordenação bem sucedida da ação resulta

---

<sup>34</sup> Na obra “Direito e Democracia – entre facticidade e validade II” Habermas está citando o conceito expressado por Joshua Cohen no “Deliberation and Democratic Legitimacy”, publicado pela A. Hamlin e B. Pettit editores. *The Good Polity*. Oxford, 1989.

mais da força racionalmente motivadora de realizações de entendimento, ou seja, de uma racionalidade que se manifesta nas condições para um consenso obtido comunicativamente (HABERMAS, 1990, p. 130).

Como ventilado anteriormente, o que efetivamente importa a regimes como o venezuelano e cubano, exemplos oferecidos do descalabro constitucional Latino-Americano e da participação popular, é a decisão final do comitê central, do comandante-em-chefe, com o que ao fim a pretensão democrática acaba por se esvaír, muito embora nas constituições estejam presentes, de maneira inequívoca, os direitos prestacionais, ou seja, a afirmação formal da inclusão de todos e a participação da sociedade nos desígnios da nação, é facilmente verificável o vazio de efetivação, na medida em que a participação se dá para a legitimação da vertente instalada no poder e a inclusão no campo econômico não ocorre pela total falta de vocação ao desenvolvimento. A pretensão democrática termina por redundar em mero democratismo.

Um sistema nesses moldes implica ao fim no enfraquecimento da democracia representativa, principalmente das atribuições do Poder Legislativo, talvez o mais importante deles, e no questionamento das funções, tais quais se conhecem, dos Poderes Executivo e Judiciário, e também na celebrada separação e independência desses poderes, elaborada por Montesquieu e acatada mundo afora com o advento do estado moderno.

Na obra “A Inclusão do Outro – estudos de teoria política”,<sup>35</sup> Habermas (2002, p. 118) indica que o liberalismo político ou do estado de direito parte da intuição de que o cidadão e a condução individual de sua própria vida precisam ser defendidos das intervenções feitas pelo poder estatal, sinalizando para um modelo que entende ultrapassado, em que o indivíduo não participa efetivamente do processo político, mas delega integralmente as atribuições administrativas a outrem. A efetiva inclusão de todos, sobretudo dos contingentes minoritários historicamente excluídos em uma sociedade de classes, se dá, para a visão habermasiana, com a inequívoca participação de todos os que compõem o estrato social, a mais ampla possível, visando o “consenso abrangente” (HABERMAS, 2002, p. 73).

Para essa posição, que defende o modelo participativo ou deliberativo, a democracia representativa pecaria precisamente na formação da representatividade,

---

<sup>35</sup> Edições Loyola, São Paulo, Brasil, 2002. Obra originariamente publicada em 1996 com o título *Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie*.

de vez que logo após a delegação pelo sufrágio operar-se-ia o distanciamento do representante, que passaria a agir por conta própria.

Vale lembrar que para o ex-primeiro ministro inglês Winston Churchill, a democracia e referia-se ele à representativa, seria a “pior forma de governo, exceto todas as outras que têm sido tentadas de tempos em tempos”, em discurso atribuído a ele na Câmara dos Comuns em Londres em 11 de novembro de 1947.<sup>36</sup>

Mesmo que o debate esteja situado sobre o que de fato é democrático, se um modelo representativo, ou um deliberativo, é possível ponderar que a origem da discussão está no maior ou menor grau de anticapitalismo dos debatedores. Held é um dos que chegam mesmo a falar na existência de uma nova direita e uma nova esquerda (HELD, 1987, p. 243), não se podendo olvidar, entretanto, que o conceito originário sobre o que seria “direita” e “esquerda” advém da revolução francesa, do longínquo século XVIII, implicando, sob o ponto de vista histórico, simplesmente que os partidários do rei francês deposto ficavam à direita do presidente da assembleia nacional e os partidários da revolução à esquerda, modo de enxergar o mundo obviamente ultrapassado nos dias de hoje.

O mais adequado atualmente, com a licença do cientista político britânico, seria falar-se em anticapitalistas e não anticapitalistas, mas se reconhece aqui que essas locuções podem facilmente resvalar para a desarrumação do entendimento das coisas, circunstância que permite a perpetuação dos termos *direita* e *esquerda*, de fácil e universal compreensão, mas que já não contêm, reconheçamos, o significado de outrora, o histórico.

Voltando ao exame do entendimento do que propõe Habermas, na obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume II, o autor alemão evoca que

[...] para proteger as minorias, Becker recorre às liberdades fundamentais clássicas. Maiorias para garantir interesses de minorias surgem do medo da respectiva maioria tornar-se ela mesma minoria. É preciso evitar o risco de uma perpetuação de maiorias tirânicas, pois tanto a maioria, como a minoria, têm que ser motivadas a ater-se às regras do jogo estabelecidas – a maioria, através do medo de perder seu poder, e a minoria, através da perspectiva de uma mudança do poder. (HABERMAS, 2003 apud BECKER, 1982, p. 15).

---

<sup>36</sup> Disponível em: < <https://www.dn.pt/opiniao/opiniao-dn/viriato-soromenho-marques/interior/churchill-tem-razao-3823254.html> >. Acesso em 16 nov. 2018

O receio da perpetuação das maiorias tirânicas levou Habermas a questionar a efetividade da democracia representativa em atender as classes desfavorecidas, entendendo-se aqui as sem ou com baixa representação. Dentro da ideia marxista da existência de um modelo em que historicamente o homem sempre foi explorado pelo homem, de que a estruturação da sociedade se resumiria aos meios pelos quais os integrantes produzem as necessidades da vida, e que desde muito antes do advento do capitalismo industrial a evolução sempre se deu pelo confronto entre classes sociais que emergem dessa exploração, pugnou Habermas, então, dentro de uma matriz marxista na qual desenvolve o seu magistério, pela necessidade de que se questionassem a legitimidade e factibilidade do modelo representativo de democracia, eis que relacionado ao capitalismo ao qual Karl Marx se opôs visceralmente.

Interessante notar que ao discorrer sobre a revolução francesa e a histórica noção de fundamentalidade do evento europeu de 1789, assevera que a utopia da sociedade do trabalho estaria esgotada (HABERMAS, 2003, p. 249), e que o que teria restado da Revolução Francesa seria basicamente a herança do Estado Democrático de Direito (Idem, p. 251- 252), mas que todos os indivíduos emancipados têm que ser autores dos seus destinos (Ibidem, p. 255), sugerindo uma vez mais a necessidade do envolvimento das pessoas nos processos decisórios.

Cumprir evocar, todavia, que outro legado da Revolução Francesa reside no “deixar fazer”, sendo fato que a segurança jurídica, que também se insere no conceito de estado democrático de direito, tem íntima relação com a herança constitucional norte-americana, inspiradora da confiança, que é base para o desenvolvimento sustentado.

A preocupação da vertente esquerdista, assim, passa a ser a de desvendar as condições pelas quais o livre desenvolvimento de cada um é compatível com o livre desenvolvimento de todos, sendo essa uma meta comum entre as vertentes ideológicas opostas no campo político, a do acesso igual, daí surgindo, a reboque, o questionamento da democracia tida por meramente “representativa”, sendo algo sem maiores indagações nos dias atuais o convencimento de que deve existir liberdade de acesso, mas isso só se aproxima da realidade em ambiente de liberdades, e esse acesso deve ser o mais igual possível, situação em que cada um

se desenvolva dentro das suas possibilidades intelectuais e morais, sem opressão ou discriminação de qualquer espécie, inclusive as que se escondem por detrás de ideários e regimes de governo pretensamente voltados ao social, muitas vezes imbuídos da preocupação em escrutinar permanentemente suas populações, casos do venezuelano e cubano, antes mencionados e utilizados como exemplo na presente digressão, mas que em realidade não respondem bem aos anseios de liberdade e verdadeira participação, estando preocupados precipuamente com suas próprias manutenções e nada mais.

Por outro lado, para autores relevantes como Schumpeter, revela-se quase impossível imaginar uma sociedade nos tempos modernos sem um enorme aparato burocrático, aparato esse que deve ser controlado pelo que denomina por “órgãos democráticos” (SCHUMPETER, 1961, p. 475), referindo-se ao parlamento ou congresso e um conjunto de funcionários públicos, escolhidos pelo voto. Defende, portanto, assim como Churchill fizera com estridência e graça, a democracia representativa.

A inclusão se dando pelo desenvolvimento em ambiente de liberdades e com delegação pelo sufrágio, dentro do sistema representativo, ainda que com as imperfeições que esse modelo demonstra no dia a dia, notadamente a precária ou insuficiente representação que muitas vezes sai das urnas.

Da edição espanhola da Teoria do Agir Comunicativo extrai-se passagem que revela que o pensamento de Habermas está centrado em uma concepção de cidadão social ideal:

Para lá acción comunicativa sólo pueden considerarse, pues, determinantes aquellos actos de habla a los que el hablante vincula pretensiones de validez susceptibles de crítica. Em los demás casos, cuando un hablante persigue com actos perlocucionarios fines no declarados frente a los que el oyente no puede tomar postura, o quando persigue fines ilocucionarios frente a los que el oyente, como em em caso de los imperativos, no puede toma una postura *basada em razones*, permanece baldío el potencial que la comunicación lingüística siempre tiene para crear um vínculo basado em la fuerza de convicción que poseen las razones. (HABERMAS, 1987, p. 391).<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> Em uma tradução livre: “Para a ação comunicativa, apenas os atos de fala aos quais o falante vincula afirmações de validade suscetíveis de crítica podem ser considerados determinantes. Nos outros casos, quando o falante persegue com atos persuasivos propósitos não declarados contra os quais o ouvinte não poderia tomar uma posição, ou ao buscar uma ideia subentendida contra a qual o ouvinte não pode tomar uma postura baseada em razões, permanece vago o potencial que a comunicação lingüística tem sempre para criar uma ligação baseada na força da convicção que têm as razões.”

Notável que a base da investigação de Habermas, que implicou na dadivosa proposta que emerge do agir comunicativo, decorre de fato da convicção de origem marxista de que há separadamente uma infraestrutura e uma superestrutura no espectro social e que na infraestrutura está uma classe desfavorecida ou sem voz dentro de um ambiente de democracia representativa,<sup>38</sup> exatamente a classe que trabalha e que tem o seu labor parcialmente expropriado pela mais-valia do sistema capitalista opressor, que aquinhoa apenas a classe dominante, entendida no século XIX como burguesia, mostrando-se relevante estabelecer que a “mais-valia”, dentro da concepção econômico-marxista, significa a diferença entre o valor final da mercadoria produzida e a soma do valor dos meios de produção e do trabalho, estando ela, a “mais-valia”, portanto, no alicerce do sistema capitalista, sendo esse o contraponto fundamental, registre-se novamente, à investigação de Adam Smith, que no século anterior, o XVIII, conjecturou que o lucro advinha das razões imanentes ao mercado.

Karl Marx desenvolveu a sua concepção materialista da história em *O Capital*. A obra, na edição Brasileira, conta com 8 volumes. O curioso é que ele orientava a que se começasse a ler a sua obra pelo capítulo XIII do Livro 1, Volume I, intitulado “A Maquinaria e a Indústria Moderna”, pois a partir dali se teria uma melhor compreensão do todo do seu texto. Pois bem, no exame do capítulo XIII, “A Maquinaria e a Indústria Moderna”, extrai-se a observação de Marx de que a maquinaria, ou seja, a mecanização seria um meio para produzir mais-valia (MARX, 1984, p. 424), o que leva à conclusão de que ele entendia que o trabalhador, ou proletário, era expropriado quando trabalhava, mas mesmo quando não podia trabalhar, pois que substituído pela máquina, estaria presente a “mais-valia”, isto é, Marx se mantinha fiel ao seu anticapitalismo sob qualquer ângulo.

O marxismo é a vertente doutrinária que mais alimenta os regimes totalitários antes mencionados,<sup>39</sup> mas também uma doutrina baseada em Habermas, com uma proposta de inclusão pela via do consenso deliberativo pode estar a mascarar designios em realidade não democráticos, e esse é o conteúdo da conjecturação estabelecida neste momento. Com efeito, escapando às aspirações de democracia, em princípio generosamente produzidas por Jürgen Habermas, países como Venezuela e Cuba, com assento na noção habermasiana do escrutínio permanente,

---

<sup>38</sup> E que deve passar a ter voz em uma sociedade efetivamente democrática.

<sup>39</sup> Venezuelano e cubano.

são nações plebiscitárias que submetem suas oprimidas e empobrecidas populações a sucessivos momentos para dizer de questões que interessam aos regimes ditatoriais que tiranizam essas nações, no sentido da afirmação do próprio sistema ou regime e sua continuidade. Em 2007 o governo venezuelano convocou um Plebiscito em que submeteu à apreciação da população a reeleição ilimitada do mandatário. No ano de 2009, desta vez em Referendo, o regime de Hugo Chávez obteve finalmente a garantia de reeleição ilimitada, em escrutínio claramente encetado com a finalidade da continuidade do regime.<sup>40</sup> Consultas que sempre tiveram como objeto a manutenção e a solidificação do regime autodenominado *bolivariano*, e não propriamente a aprovação ou não de algo que viesse em proveito efetivo do bem comum.

Impende destacar que com o advento dos Conselhos Operários, ou Sovietes, surgidos na Revolução Russa de 1917, já houve a tentativa de expandir ou democratizar a administração pública, trazendo a comunidade para a deliberação popular direta, fenômeno semelhante que ocorreu e ainda hoje ocorre com o denominado “Orçamento Participativo” no âmbito do Município de Porto Alegre,<sup>41</sup> Estado do Rio Grande do Sul. Não é algo novo, portanto.

O modelo deliberativo soviético, é bom lembrar, não funcionou exatamente como planejado, se mostrando sintomático o discurso proferido em dezembro de 1991 pelo Premier Mikhail Gorbatchov, nos estertores do regime por ele liderado, momento em que confessa que a sociedade resultante das nações que compunham a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), era asfixiada por um sistema de governo autoritário e burocrático.<sup>42</sup>

No agir comunicativo proposto por Habermas a sociedade interage com os núcleos dirigentes, o que propiciaria, ao menos no terreno discursivo, menor vulnerabilidade e mais estabilidade. A noção habermasiana de imbricação ou comunhão entre administração pública e sociedade, para a formatação da vontade final estatal, traria, assim, uma maior carga de ética, podendo se constituir em

---

<sup>40</sup> Disponível em: <<https://internacional.estadao.com.br/noticias/america-latina,hugo-chavez-vence-referendo-e-garante-reeleicao-ilimitada,324425>>. Acesso em 19 nov. 2018.

<sup>41</sup> O Orçamento Participativo foi implantado no ano de 1989 na cidade de Porto Alegre, com registros de tentativas de implementação similar em outras cidades em momento anterior, como na cidade de Pelotas, também no Estado do Rio Grande do Sul, Brasil. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/106338/000390815.pdf?sequence...>>. Acesso em 19 nov. 2018.

<sup>42</sup> Em discurso proferido em 25 de dezembro de 1991. Disponível em: <<https://www.marxists.org/portugues/tematica/1991/12/25.htm>>. Acesso em 19 nov. 2018.

antídoto até mesmo para o fenômeno da corrupção. Assim, quanto mais a sociedade se tornasse participativa na formação da vontade estatal, mais próxima da ética administrativa estaria.

Porém, dados do Fórum Econômico Mundial<sup>43</sup> do final do ano de 2017 informavam que os três países com maior índice de corrupção na América do Sul eram Venezuela, Bolívia e Brasil,<sup>44</sup> todos com experiências autodenominadas “bolivarianas”, exceto o Brasil, mas também com propensão plebiscitária<sup>45</sup> e autoritária à época da verificação pelo órgão internacional.<sup>46</sup>

Ao discorrer sobre o mesmo tema – modelo ideal de democracia - Luiz Carlos Bresser Pereira reconhece que a democracia avançou muito no século XX e que cada vez mais países passaram a permitir aos seus cidadãos o sufrágio universal. Sobre as democracias “participativa” e “deliberativa”, porém, entende ele ser essa última uma demasia, vaticinando inviável sua aplicação (PEREIRA, 2005, p. 78).

Cita Joshua Cohen,<sup>47</sup> que baseado em Habermas, ao discorrer sobre a denominada democracia deliberativa, lembra que a deliberação de inspiração habermasiana é inviável, pois envolve cinco aspectos: a deliberação deve ser livre, no sentido de que os participantes estão obrigados apenas pelos resultados de sua deliberação; também deve ser justificada, pois devem ser apresentados os motivos dos participantes; deve haver igualdade, ou seja, os procedimentos não podem distinguir os participantes; também deve haver igualdade substantiva, o que significa que a distribuição de poder e recursos entre os participantes não determina suas chances de vencer o debate deliberativo; e que também a deliberação, para ser a ideal, objetiva sempre redundar em um consenso racionalmente motivado de modo

---

<sup>43</sup> Disponível em: <<http://reports.weforum.org/global-competitiveness-index-2017-2018/competitiveness-rankings/#series=GCI.A.01.01.02>>. Acesso em 19 nov. 2018.

<sup>44</sup> Disponível em: <<http://fundacaoanfi.org.br/site/2016/10/brasil-e-o-4o-pais-mais-corrupto-do-mundo-segundo-forum-economico-mundial/>>. Acesso em 19 nov. 2018.

<sup>45</sup> A ex-presidente Dilma Rousseff propôs plebiscito sobre a reforma política e para discutir a antecipação das eleições no seu segundo mandato. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/515501-DILMA-PROPOE-PLEBISCITO-E-ANTECIPACAO-DAS-ELEICOES-PARA-RETOMAR-GOVERNABILIDADE.html>>. Acesso em 19 nov. 2018.

<sup>46</sup> Os governos brasileiros, tanto nos mandatos de Luis Inácio Lula da Silva, como nos de Dilma Rousseff, propuseram o denominado “controle social da mídia”, o que significa a relativização de um dos pilares de uma democracia que é a liberdade de expressão. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/camara-debate-proposta-de-controle-social-da-midia/>>. Acesso em 19 nov. 2018. Proposta que implicava em restrição à ampla liberdade de expressão, direito constitucionalmente assegurado no artigo 5º, inciso IX, da Carta de 1988.

<sup>47</sup> COHEN, Joshua. *Deliberation and democratic legitimacy* (1989) In Bohman, James e Rehg, William (orgs.). *Essays on reason and politics: deliberative democracy*. Cambridge, MA: The MIT Press, 1997.

a contribuir para a correta deliberação (PEREIRA, 2005 apud COHEN, 1997, p. 81), posição com a qual Bresser não compartilha, entendendo inexecutável a proposta de uma democracia dita deliberativa diante de tantos requisitos.

Esse modelo de democracia não seria realista porque a deliberação exigiria participantes substantivamente iguais chegando a um consenso, o que não se mostraria factível para Bresser. Mas se a democracia deliberativa pugna pela total igualdade na participação e pela ocorrência final do consenso, a democracia participativa ocorreria de modo menos ousado, na forma da inserção, no processo, das organizações do denominado Terceiro Setor, como Organizações Não Governamentais (ONGs) e outros organismos não estatais corporativos, como sindicatos, na tomada de decisões administrativas públicas (PEREIRA, 2005, p. 82).

O que diferenciaria as festejadas democracias deliberativa e participativa é o fato de que a primeira pressupõe igualdade dos participantes da assembleia decisória e imparcialidade, isto é, a decisão é tomada em ambiente colegiado hegemônico presidido pela igualdade de condições e neutralidade.

Já na democracia participativa, os envolvidos, muito embora não decidam acerca do objeto da discussão pública travada, interferem, como integrantes de grupos de pressão ligados a organismos não estatais, na decisão a ser tomada por aqueles investidos do poder de definição, se constituindo em atores igualmente relevantes, mas ao fim curvados aos representantes de uma democracia representativa.

Darci Guimarães Ribeiro e Felipe André Scalabrin, em artigo publicado na Revista de Direito Unisc (Universidade de Santa Cruz do Sul) nº 32, ano de 2009, sustentaram ser a democracia participativa a verdadeira democracia do terceiro milênio (RIBEIRO; SCALABRIN, 2009, p. 116). Já Fernando de Brito Alves e Yago Aparecido Oliveira Santos, em artigo publicado na Revista de Direito Unisc nº 51, ano de 2017, entendem que uma democracia se dá com o controle sobre o Estado, a fim de que o mesmo limite a sua atuação de acordo com as finalidades democráticas, e que um estado democrático em sua completude deve ser aquele em que as demandas populares sejam atendidas, ainda que não correspondam às vontades dos agentes políticos envolvidos no papel de representar o povo (ALVES; SANTOS, 2017, p. 15), ou seja, claramente propõem um caminho alternativo ao

sistema representativo, relegando à representação sufragada um papel secundário, ultrapassado como opção democrática.

Vale observar, nesse mesmo caminho, que para Dahl (2001, p. 48),<sup>48</sup> democracia pressupõe que todos estejam igualmente capacitados a participar das decisões, manifestando o entendimento de que se alguns dos critérios de inclusão forem descartados ou violados, os participantes não serão mais politicamente iguais, pugnando, portanto, pela existência de requisitos para a afirmação da igualdade (DAHL, 2001, p. 52).

Ou seja, a verdadeira democracia proporcionaria consequências desejáveis, tais como o afastamento da tirania, a geração de direitos especiais, a liberdade geral, a autodeterminação, a autonomia moral, o desenvolvimento humano, a proteção dos interesses essenciais, a igualdade política, a busca pela paz e prosperidade, e que a economia de mercado, por seu turno, estaria a impor demasiado custo à democracia, gerando desigualdade política (DAHL, 2001, p. 73), sendo interessante observar que as “associações” a que se referiu Tocqueville se constituem em organismos de pressão, o terceiro setor mencionado por Bresser, e que os EUA, portanto, surgiram não só como nação baseada no sistema representativo, mas também com forte componente participativo, tendo como pilar principal o setor privado (2º Setor).<sup>49</sup>

Arquétipo do descaminho constitucional latino-americano antes ventilado, mostra-se digno de registro que o modelo comunista cubano, que esteve baseado em uma Constituição – a de 1976, com as reformas de 1992<sup>50</sup> – guiada “por el ideário de José Martí y las ideas politico-sociales de Marx, Engels y Lenin” e que continua a prever, no seu artigo 3º, o exercício do poder por meio da “Asambleas del Poder Popular y demás órganos del Estado que de ellas derivan, o bien directamente”, ou seja, dentro de uma proposta de ampla participação popular, exercida por meio de “assembleias de poder popular”, que nada mais são, em uma versão caribenha, do que os conselhos operários ou sovietes que existiram na extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, em realidade não produziu

---

<sup>48</sup> DAHL, Robert. A. *Sobre a Democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

<sup>49</sup> Entendendo-se como primeiro setor o governo, como segundo o campo privado, e no terceiro setor figurando as ONGs (Organizações Não Governamentais) e as OSCIPs (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público).

<sup>50</sup> Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21403-21404-1-PB.htm>>. Acesso em 16 nov. 2018.

resultados efetivos no terreno das liberdades, figurando como regime democrático apenas nos campos retórico e formal.

Também o modelo venezuelano, cuja Constituição, já no seu preâmbulo, descreve ser aquele país uma República “protagônica”,<sup>51</sup> informando que naquela nação há participação popular e que lá são produzidas decisões de consenso construído, não se revela exatamente eficaz ou baseado na verdade, na medida em que organismos internacionais, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização de Estados Americanos (OEA), entidade (a CIDH) historicamente vinculada a pleitos da esquerda mundial, têm externado posições restritivas ao regime instalado na Venezuela, como o verificado no relatório anual do ano de 2017. No item “14” do Capítulo “IV.B” atinente à Venezuela, consta a seguinte consideração, que está a merecer transcrição por detectar “sérias deficiências” na “institucionalidade democrática”, exatamente o inverso do que seria de se supor em uma república “protagônica” e amplamente “participativa” como se propõe ser a venezuelana sob a égide “bolivariana”:

La alteración del orden constitucional en Venezuela fue posible por una serie de factores que determinan que el país presente, en general, serias deficiencias en su institucionalidad democrática. La falta de independencia del Poder Judicial es, en opinión de la CIDH, un elemento que incide de manera determinante tanto en la injerencia del Poder Ejecutivo en el Judicial, como en la de este último en el Legislativo. A su vez, un factor importante en la falta de independencia son los procesos inadecuados de elección y la ausencia de garantías de permanencia en el cargo de magistrados y magistradas del TSJ, como se observa en este informe. Es por ello que la Comisión considera necesario que se adopten medidas para evitar riesgos a la independencia judicial en la elección, nombramiento y permanencia de los miembros de la máxima instancia judicial en Venezuela. En particular, debe asegurarse que en los procesos de nombramiento se cumpla con la difusión previa de las convocatorias, plazos y procedimientos; la garantía de acceso igualitario e incluyente de candidatos; una amplia participación de la sociedad civil; y la calificación con base en el mérito y capacidades profesionales, y no afinidades políticas.<sup>52</sup>

O artigo 5º da Constituição venezuelana de 1999 estabelece soberania popular a ser exercida direta e indiretamente. O artigo 6º noticia que a República Bolivariana da Venezuela tem governo “democrático, **participativo**, electivo, descentralizado, alternativo responsable, pluralista Y de mandatos revocables” (grifo nosso). O artigo 62 estabelece que

---

<sup>51</sup> “para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica”. Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/esp/constitucion\\_venezuela.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf)>. Acesso em 19 nov. 2018.

<sup>52</sup> Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2017/docs/IA2017cap.4bVE-es.pdf>>. Acesso em 19 nov. 2018.

todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de **participar** libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas.

La **participación del pueblo** en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el **protagonismo** que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica. (grifo nosso).

Do artigo 75 ao artigo 97 da “Constitucion de la Republica Bolivariana de Venezuela” estão previstos os direitos sociais e das *famílias* daquele país. Há, porém, sempre o risco, quando se é profuso, como nos casos venezuelano e brasileiro, na fixação de bases assistenciais de atribuição estatal, que se recaia no democratismo, que significa apenas e tão somente o exercício performático da liberdade e da inclusão.

A participação popular na tomada de decisões, por seu turno, que tem no escrutínio permanente o seu pilar, é exemplo de que com submissão a voto das pessoas envolvidas em nações como Cuba e Venezuela, reiteradas vezes, para os mais diversos assuntos de interesse da elite dirigente – e lembremo-nos aqui do Plebiscito venezuelano de 2007 e no Referendo de 2009, “consultas” que garantiram ao regime de Hugo Chávez reeleições ilimitadas – serve a quem domina, não significando necessariamente democracia ou efetiva inclusão social.

Sistemas totalitários, exemplo do “Bolivariano” em vigor na Venezuela<sup>53</sup>, se utilizam de discursos inclusivos, pela participação de camadas desfavorecidas na formulação de decisões, bem como da promessa de que os mais pobres estarão a acessar melhores condições de vida, utilizando-se, os regimes, de termos como “protagônica”, que contêm a indicação da participação e inclusão, sempre na tentativa de fazer crer a contemplação do social ou coletivo, mas em realidade mais estão interessados – os dirigentes – no mais das vezes nas suas perpetuações no poder do que em patrocinar efetivamente terreno fértil à proliferação da democracia e inclusão social, que ao fim existe apenas no papel e nos discursos de palanque, carecendo de efetivação.

---

<sup>53</sup> Definição discutida em reunião da Organização dos Estados Americanos (pronunciamento do Secretário Geral Luis Almagro em 22/8/16). Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/08/secretario-da-oea-diz-que-acabou-democracia-na-venezuela.html>>, acesso em 19 nov. 2018.

Em ambiente de real democracia o que o indivíduo dispõe é de instrumentos para se defender do poder exercido de modo abusivo.<sup>54</sup> Basicamente é isso. Ela, a democracia, se constitui no mais eficaz terreno para que o cidadão comum tenha a possibilidade de se desenvolver e prosperar, e para isso tem que ser assegurada, também, a livre iniciativa econômica. São os direitos tidos como de primeira geração ou dimensão os que mais devem importar, aqueles de afirmação do cidadão frente ao Estado e de liberdade para o desenvolvimento individual. Seguimos caminho oposto na América Latina, como podemos observar.

Um bom modelo a ser examinado é o dos Estados Unidos da América, que experimentam um constitucionalismo de mais de 230 anos, baseado apenas na organização do aparelho estatal e em direitos reconhecidos (pela doutrina brasileira) como de *defesa* ou *primeira geração*. Assim, é um arquétipo de longevidade que merece ser verificado mais de perto.

---

<sup>54</sup> Os direitos contra o poder estatal, quando se fala atualmente em direitos constitucionais de 5ª ou 6ª geração ou dimensão.

### 3 O CONSTITUCIONALISMO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA COMO MODELO

A Constituição norte-americana conta com sete artigos e vinte e sete emendas, a última, a 27ª emenda, é do ano de 1992. Entretanto, a base constitucional que são os sete artigos, data do ano de 1787, bem como as primeiras dez emendas, de 1791, base produzida, portanto, no século 18, quase simultaneamente às transformações que se operavam do outro lado do atlântico.

O preâmbulo diz o seguinte:

Nós, o povo dos Estados Unidos, a fim de formar uma União mais perfeita, estabelecer a justiça, assegurar a tranquilidade interna, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral, e garantir para nós e para os nossos descendentes os benefícios da Liberdade, promulgamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América.<sup>55</sup>

Os sete artigos contêm as disposições de organização do Estado norte-americano.

O preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988 é ligeiramente mais extenso:

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 Brasil.

A partir do preâmbulo os “pais fundadores”<sup>56</sup> foram muito mais sintéticos. O artigo I da Constituição norte-americana estabelece as atribuições e poderes das duas casas do Congresso. É o mais extenso dos artigos, composto de 10 seções.

Vejamos:

<sup>55</sup> No original: “We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.”

<sup>56</sup> *Founding fathers* é expressão que surgiu depois, utilizada para se referir àqueles que participaram da guerra da independência norte-americana, ou da declaração da independência, ou ainda da redação da Constituição dos Estados Unidos, expressão atribuída a Warren G. Harding, que foi o 29º presidente norte-americano. Harding teria pronunciado a expressão “pais fundadores” na condição ainda de Senador dos EUA pelo Estado de Ohio e fez um discurso na convenção nacional do Partido Republicano em 1916. O detalhe é que o partido já era conhecido pela sigla “GOP” – Grand Old Party, ou Grande Partido Velho, apelido que remonta o ano de 1880.

Disponível em: <<https://faithandamericanhistory.wordpress.com/2015/06/22/the-founding-fathers-and-warren-g-harding-2/>>. Acesso em 10 nov. 2018.

## Seção I:

Todos os poderes legislativos conferidos por esta Constituição serão confiados a um Congresso dos Estados Unidos, composto de um Senado e de uma Câmara de Representantes.<sup>57</sup>

Uma das respostas sobre se o constitucionalismo norte-americano é bem sucedido ou não, dentro da ideia do determinismo jurídico fundacional no desenvolvimento das nações, talvez possa se iniciar com a exposição do fato de que cerca de 160 mil pessoas<sup>58</sup> tentam atravessar anualmente, e ilegalmente, pela via terrestre, a fronteira mexicana com os Estados Unidos, buscando melhores condições de vida, pessoas de várias nacionalidades, principalmente de países das Américas Central e do Sul, fato que atesta o êxito constitucional norte-americano, cuja Constituição não contém direitos sociais no catálogo, no contraponto à que é considerada a primeira Constituição “social” do mundo, que é ironicamente a mexicana de 1917, México que se constitui no local de “passagem” para esses migrantes da América do Sul e Centro-Americanos, quando não são os próprios mexicanos os que querem cruzar a fronteira.

Importante se revela, para uma melhor compreensão do que seja materialmente constitucional, a transcrição das demais disposições dos sete artigos da Carta de 1787.

## Seção II:

A Câmara dos Representantes será composta de membros eleitos bianualmente pelo povo dos diversos Estados, devendo os eleitores em cada Estado possuir as mesmas qualificações exigidas dos eleitores da Assembléia Legislativa mais numerosa do respectivo Estado. Não será eleito Representante quem não tiver atingido a idade de vinte e cinco anos, não for há sete anos cidadão dos Estados Unidos, e não for, por ocasião da eleição, habitante do Estado que o eleger.

O número de Representantes, assim como os impostos diretos, serão fixados, para os diversos Estados que fizerem parte da União (segundo o número de habitantes, assim determinado: o número total de pessoas livres, incluídas as pessoas em estado de servidão por tempo determinado, e excluídos os índios não taxados, somar-se-ão três quintos da população restante). O recenseamento será feito dentro de três anos depois da primeira sessão do Congresso dos Estados Unidos, e, em seguida, decenalmente, de acordo com as leis que se adotarem. O número de Representantes não excederá de um por 30.000 pessoas, mas cada Estado terá no mínimo um representante. Enquanto não se fizer o recenseamento,

<sup>57</sup> All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.

<sup>58</sup> Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-01/cerca-de-11-milhoes-de-pessoas-vivem-ilegalmente-nos-estados-unidos>>. Acesso em 20 out. 2018.

o Estado de New Hampshire terá o direito de eleger três representantes, Massachusetts oito, Rhode Island e Providence Plantations um, Connecticut cinco, New York seis, New Jersey quatro, Pennsylvania oito, Delaware um, Maryland seis, Virginia dez, North Carolina cinco, South Carolina cinco, e Georgia três.

Quando ocorrerem vagas na representação de qualquer Estado, o Poder Executivo desse Estado fará publicar editais de eleição para o seu preenchimento.

A Câmara dos Representantes elegerá o seu Presidente e demais membros da Mesa e exercerá, com exclusividade, o poder de indiciar por crime de responsabilidade (impeachment).<sup>59</sup>

A disposição semelhante à seção II do artigo I da Carta de 1787, na Constituição Brasileira, está no artigo 45 do Documento de 1988. No Brasil o mandato do Deputado Federal é renovado a cada 4 anos, já nos Estados Unidos essa renovação se verifica a cada 2 anos.

Originariamente eram treze Estados. Atualmente são 50 os Estados que compõem a federação norte-americana. São 100 membros na Câmara Alta (Senado), dois por Estado, e 435 membros na Câmara Baixa, observando-se, na composição dessa última Casa, o número de habitantes.

### Seção III:

O Senado dos Estados Unidos será composto de dois Senadores de cada Estado, eleitos por seis anos pela respectiva Assembléia estadual, tendo cada Senador direito a um voto. Logo após a reunião decorrente da primeira eleição, os Senadores dividir-se-ão em três grupos iguais, ou aproximadamente iguais. Decorridos dois anos ficarão vagas as cadeiras dos Senadores do primeiro grupo, as do segundo grupo findos quatro anos, e as do terceiro terminados seis anos, de modo a se fazer bianualmente a eleição de um terço do Senado. Se ocorrerem vagas, em virtude de

---

<sup>59</sup> The House of Representatives shall be composed of Members chosen every second Year by the People of the several States, and the Electors in each State shall have the Qualifications requisite for Electors of the most numerous Branch of the State Legislature.

No Person shall be a Representative who shall not have attained to the Age of twenty five Years, and been seven Years a Citizen of the United States, and who shall not, when elected, be an Inhabitant of that State in which he shall be chosen.

Representatives and direct Taxes shall be apportioned among the several States [which may be included within this Union, according to their respective Numbers, which shall be determined by adding to the whole Number of free Persons, including those bound to Service for a Term of Years, and excluding Indians not taxed, three fifths of all other Persons.] The actual Enumeration shall be made within three Years after the first Meeting of the Congress of the United States, and within every subsequent Term of ten Years, in such Manner as they shall by Law direct. The number of Representatives shall not exceed one for every thirty Thousand, but each State shall have at Least one Representative; and until such enumeration shall be made, the State of New Hampshire shall be entitled to chuse three, Massachusetts eight, Rhode-Island and Providence Plantations one, Connecticut five, New-York six, New Jersey four, Pennsylvania eight, Delaware one, Maryland six, Virginia ten, North Carolina five, South Carolina five, and Georgia three.

When vacancies happen in the Representation from any State, the Executive Authority thereof shall issue Writs of Election to fill such Vacancies.

The House of Representatives shall chuse their Speaker and other Officers; and shall have the sole Power of Impeachment.

renúncia, ou qualquer outra causa, durante o recesso da Assembléia estadual, o Executivo estadual poderá fazer nomeações provisórias até a reunião seguinte da Assembléia, que então preencherá as vagas.

Não será eleito Senador quem não tiver atingido a idade de trinta anos, não tiver sido por nove anos cidadão dos Estados Unidos, e não for, na ocasião da eleição, habitante do Estado que o eleger.

O vice-presidente dos Estados Unidos presidirá o Senado, mas não poderá votar, senão em caso de empate.

O Senado escolherá os demais membros da Mesa e também um Presidente pro tempore, na ausência do Vice-Presidente, ou quando este assumir o cargo de Presidente dos Estados Unidos.

Só o Senado poderá julgar os crimes de responsabilidade (impeachment). Reunidos para esse fim, os Senadores prestarão juramento ou compromisso. O julgamento do Presidente dos Estados Unidos será presidido pelo Presidente da Suprema Corte. E nenhuma pessoa será condenada a não ser pelo voto de dois terços dos membros presentes.

A pena nos crimes de responsabilidade não excederá a destituição da função e a incapacidade para exercer qualquer função pública, honorífica ou remunerada, nos Estados Unidos. O condenado estará sujeito, no entanto, a ser processado e julgado, de acordo com a lei.<sup>60</sup>

A Constituição de 1988, no artigo 46, estabelece três senadores por cada Estado e Distrito Federal, com mandato de 8 anos, com eleição a cada 4 anos, com renovação por um e dois terços alternadamente.

Prossegue o texto fundador de 1787.

Seção IV:

A época, os locais e os processos de realizar eleições para Senadores e Representantes serão estabelecidos, em cada Estado, pela respectiva Assembléia; mas o Congresso poderá, a qualquer tempo, fixar ou alterar,

---

<sup>60</sup> The Senate of the United States shall be composed of two Senators from each State, [chosen by the Legislature thereof,] for six Years; and each Senator shall have one Vote.

Immediately after they shall be assembled in Consequence of the first Election, they shall be divided as equally as may be into three Classes. The Seats of the Senators of the first Class shall be vacated at the Expiration of the second Year, of the second Class at the Expiration of the fourth Year, and of the third Class at the Expiration of the sixth Year; so that one third may be chosen every second Year; [and if Vacancies happen by Resignation, or otherwise, during the Recess of the Legislature of any State, the Executive thereof may make temporary Appointments until the next Meeting of the Legislature, which shall then fill such Vacancies.]

No Person shall be a Senator who shall not have attained to the Age of thirty Years, and been nine Years a Citizen of the United States, and who shall not, when elected, be an Inhabitant of that State for which he shall be chosen.

The Vice President of the United States shall be President of the Senate, but shall have no Vote, unless they be equally divided.

The Senate shall chuse their other Officers, and also a President pro tempore, in the Absence of the Vice President, or when he shall exercise the Office of President of the United States.

The Senate shall have the sole Power to try all Impeachments. When sitting for that Purpose, they shall be on Oath or Affirmation. When the President of the United States is tried, the Chief Justice shall preside: And no Person shall be convicted without the Concurrence of two thirds of the Members present.

Judgment in Cases of Impeachment shall not extend further than to removal from Office, and disqualification to hold and enjoy any Office of honor, Trust or Profit under the United States: but the Party convicted shall nevertheless be liable and subject to Indictment, Trial, Judgment and Punishment, according to Law.

por meio de lei, tais normas, salvo quanto ao local de eleição dos Senadores.

O Congresso se reunirá pelo menos uma vez por ano, e essa reunião se dará na primeira segunda-feira de dezembro, salvo se, por lei, for designado outro dia.<sup>61</sup>

A disposição retrotranscrita é exemplo da diferença do federalismo norte-americano, muito mais descentralizado que o brasileiro.

#### Seção V:

Cada uma das Câmaras será o juiz da eleição, votação, e qualificação de seus próprios membros, e em cada uma delas a maioria constituirá o quorum necessário para deliberar; mas um número menor poderá prorrogar a sessão, dia a dia, e poderá ser autorizado a compelir os membros ausentes a comparecerem, do modo e mediante as penalidades que cada uma das Câmaras estabelecer.

Cada uma das Câmaras é competente para organizar seu regimento interno, punir seus membros por conduta irregular, e, com o voto de dois terços, expulsar um de seus membros. Cada uma das Câmaras lavrará atas de seus trabalhos e as publicará periodicamente, exceto nas partes que julgar conveniente conservar secretas; e os votos, pró e contra, dos membros de qualquer das Câmaras, sobre qualquer questão, a pedido de um quinto dos membros presentes serão consignados em ata.

Durante as sessões do Congresso, nenhuma das Câmaras poderá, sem o consentimento da outra, suspender os trabalhos por mais de três dias, ou realizá-los em local diferente daquele em que funcionam ambas as Câmaras.<sup>62</sup>

Os migrantes que tentam atravessar a fronteira mexicana para ingresso no território norte-americano, como asseverado, não querem exatamente permanecer no México, dotado de um constitucionalismo avançado, com previsão de direitos de “segunda geração”, mas penetrar nos EUA, que não têm uma Constituição que seja considerada atual por grande parte da doutrina, por não ser “social”,<sup>63</sup> mas que é

<sup>61</sup> The Times, Places and Manner of holding Elections for Senators and Representatives, shall be prescribed in each State by the Legislature thereof; but the Congress may at any time by Law make or alter such Regulations, [except as to the Places of chusing Senators.]

The Congress shall assemble at least once in every Year, [and such Meeting shall be on the first Monday in December,] unless they shall by Law appoint a different Day.

<sup>62</sup> Each House shall be the Judge of the Elections, Returns and Qualifications of its own Members, and a Majority of each shall constitute a Quorum to do Business; but a smaller Number may adjourn from day to day, and may be authorized to compel the Attendance of absent Members, in such Manner, and under such Penalties as each House may provide.

Each House may determine the Rules of its Proceedings, punish its Members for disorderly Behaviour; and, with the Concurrence of two thirds, expel a Member.

Each House shall keep a Journal of its Proceedings, and from time to time publish the same, excepting such Parts as may in their Judgment require Secrecy; and the Yeas and Nays of the Members of either House on any question shall, at the Desire of one fifth of those Present, be entered on the Journal.

Neither House, during the Session of Congress, shall, without the Consent of the other, adjourn for more than three days, nor to any other Place than that in which the two Houses shall be sitting.

<sup>63</sup> O entendimento acadêmico no Brasil fala em “evolução” pela inclusão de direitos sociais nos catálogos das Constituições, o que significa que a Constituição norte-americana não seria “evoluída”

nação que inegavelmente acaba por atender ao social na prática, pois o desenvolvimento econômico que produz se mostra inclusivo, tanto que leva as pessoas mais necessitadas a quererem ingressar naquele país a qualquer custo, colocando em risco até mesmo a própria vida e à de sua família, inclusive, lamentavelmente, crianças, e esse desenvolvimento econômico, que termina por atender ao social e sendo inclusivo no terreno dos fatos, não pode ser dissociado, em um exame perfunctório, daquela Constituição de 1787 que continha originalmente apenas sete artigos para a organização do Estado.<sup>64</sup>

#### Seção VI:

Os Senadores e Representantes receberão, por seus serviços, remuneração estabelecida por lei e paga pelo Tesouro dos Estados Unidos. Durante as sessões, e na ida ou regresso delas, não poderão ser presos, a não ser por traição, crime comum ou perturbação da ordem pública. Fora do recinto das Câmaras, não terão obrigação de responder a interpelações acerca de seus discursos ou debates.

Nenhum Senador ou Representante poderá, durante o período para o qual foi eleito, ser nomeado para cargo público do Governo dos Estados Unidos que tenha sido criado ou cuja remuneração for aumentada nesse período; e nenhuma pessoa ocupando cargo no Governo dos Estados Unidos poderá ser membro de qualquer das Câmaras enquanto permanecer no exercício do cargo.<sup>65</sup>

Releva destacar, em prosseguimento no enfrentamento acerca do entendimento do que seja materialmente constitucional, que não existe identidade absoluta entre o que é formalmente constitucional e o que é materialmente constitucional, pois a Constituição considerada *material* nunca será exatamente igual à *formal*. Quanto mais próximas essas duas imagens estiverem, formal e material,

---

por não conter esses direitos, em razão da sua matriz, cuja origem não seria popular, mas de orientação “liberal-burguesa” (cf., por exemplo, SARLET, 2015, p. 192).

<sup>64</sup> Estabelecimento dos 3 poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, e a separação desses poderes, com os artigos 4, 5 e 6 definindo o que é o federalismo norte-americano, sendo que o artigo 7 prevê o procedimento de ratificação pelos treze estados. Esse texto de sete artigos foi discutido e aprovado no ano de 1787 (entre 25 de maio e 17 de setembro daquele ano). Posteriormente veio a Carta de Direitos (Bill of Rights), que são as 10 primeiras emendas acrescentadas a esse pequeno corpo inicial de organização do Estado, com aprovação não concomitante pelos 13 estados-membros, e com papel decisivo de James Madison na elaboração, “pai fundador” dos mais relevantes e que após transformou-se no 4º Presidente norte-americano.

<sup>65</sup> The Senators and Representatives shall receive a Compensation for their Services, to be ascertained by Law, and paid out of the Treasury of the United States. They shall in all Cases, except Treason, Felony and Breach of the Peace, be privileged from Arrest during their Attendance at the Session of their respective Houses, and in going to and returning from the same; and for any Speech or Debate in either House, they shall not be questioned in any other Place.

No Senator or Representative shall, during the Time for which he was elected, be appointed to any civil Office under the Authority of the United States, which shall have been created, or the Emoluments whereof shall have been increased during such time; and no Person holding any Office under the United States, shall be a Member of either House during his Continuance in Office.

mais legítima e duradoura será a Constituição. O mais próximo que há entre o que é materialmente constitucional e o que está escrito no texto, é a longa Constituição norte-americana, que não é extensa, é sintética, e se atém apenas ao que é materialmente constitucional. No caso norte-americano a forma acaba tendo legitimidade, pois muito do que a Constituição expressa resulta de consenso naturalmente desenvolvido, ou seja, se reveste da materialidade do “direito existencial”<sup>66</sup> (WELZEL, 1957, p. 669).

#### Seção VII:

Todo projeto de lei relativo ao aumento da receita deve se iniciar na Câmara dos Representantes; o Senado, porém, poderá apresentar emendas, como nos demais projetos de lei.

Todo projeto de lei aprovado pela Câmara dos Representantes e pelo Senado deverá, antes de se tornar lei, ser remetido ao Presidente dos Estados Unidos. Se o aprovar, ele o assinará; se não, o devolverá acompanhado de suas objeções à Câmara em que teve origem; esta então fará constar em ata as objeções do Presidente, e submeterá o projeto a nova discussão. Se o projeto for mantido por maioria de dois terços dos membros dessa Câmara, será enviado, com as objeções, à outra Câmara, a qual também o discutirá novamente. Se obtiver dois terços dos votos dessa Câmara será considerado lei. Em ambas as Câmaras, os votos serão indicados pelo "Sim" ou "Não", consignando-se no livro de atas das respectivas Câmaras os nomes dos membros que votaram a favor ou contra o projeto de lei. Todo projeto que não for devolvido pelo Presidente no prazo de dez dias a contar da data de seu recebimento (excetuando-se os domingos) será considerado lei tal como se ele o tivesse assinado, a menos que o Congresso, suspendendo os trabalhos, torne impossível a devolução do projeto, caso em que este não passará a ser lei.

Toda ordem, resolução, ou voto, para o qual for necessária a anuência do Senado e da Câmara dos Representantes (salvo questões de suspensão das sessões), será apresentado ao Presidente dos Estados Unidos; e não entrará em vigor enquanto não for por ele aprovado. Se, porém, ele não o aprovar, serão precisos os votos de dois terços do Senado e da Câmara dos Representantes para entrar em vigor, conforme as regras e limitações previstas para os projetos de lei.<sup>67</sup>

<sup>66</sup> A locução “direito existencial” é atribuída a Hans Welzel. Na obra *Derecho natural y justicia material*, Madrid: Aguilar, 1957, p. 669, ele a utiliza.

<sup>67</sup> All Bills for raising Revenue shall originate in the House of Representatives; but the Senate may propose or concur with Amendments as on other Bills.

Every Bill which shall have passed the House of Representatives and the Senate, shall, before it become a Law, be presented to the President of the United States; If he approve he shall sign it, but if not he shall return it, with his Objections to that House in which it shall have originated, who shall enter the Objections at large on their Journal, and proceed to reconsider it. If after such Reconsideration two thirds of that House shall agree to pass the Bill, it shall be sent, together with the Objections, to the other House, by which it shall likewise be reconsidered, and if approved by two thirds of that House, it shall become a Law. But in all such Cases the Votes of both Houses shall be determined by yeas and Nays, and the Names of the Persons voting for and against the Bill shall be entered on the Journal of each House respectively. If any Bill shall not be returned by the President within ten Days (Sundays excepted) after it shall have been presented to him, the Same shall be a Law, in like Manner as if he had signed it, unless the Congress by their Adjournment prevent its Return, in which Case it shall not be a Law.

Every Order, Resolution, or Vote to which the Concurrence of the Senate and House of Representatives may be necessary (except on a question of Adjournment) shall be presented to the

Posteriormente aos sete primeiros artigos veio a Carta de Direitos (Bill of Rights), que são as 10 primeiras emendas acrescentadas a esse pequeno corpo inicial de organização do Estado,<sup>68</sup> com aprovação não concomitante pelos 13 estados-membros,<sup>69</sup> gerando a nação que se conhece, com Produto Interno Bruto (PIB), de aproximadamente 20 trilhões de dólares, o maior dentre as 193 nações reconhecidas do planeta.

Prossegue-se na transcrição, sem que isso implique em redundância, na medida em que a verificação do texto de 1787 se faz necessária para a apreensão da concisão daquele legislador.

#### Seção VIII:

Será da competência do Congresso:

Lançar e arrecadar taxas, direitos, impostos e tributos, pagar dividas e prover a defesa comum e o bem-estar geral dos Estados Unidos; mas todos os direitos, impostos e tributos serão uniformes em todos os Estados Unidos;

Levantar empréstimos sobre o crédito dos Estados Unidos;

Regular o comércio com as nações estrangeiras, entre os diversos estados, e com as tribos indígenas, Estabelecer uma norma uniforme de naturalização, e leis uniformes de falência para todo o país;

Cunhar moeda e regular o seu valor, bem como o das moedas estrangeiras, e estabelecer o padrão de pesos e medidas;

Tomar providências para a punição dos falsificadores de títulos públicos e da moeda corrente dos Estados Unidos;

Estabelecer agências e estradas para o serviço postal;

Promover o progresso da ciência e das artes úteis, garantindo, por tempo limitado, aos autores e inventores o direito exclusivo aos seus escritos ou descobertas;

Criar tribunais inferiores à Suprema Corte;

Definir e punir atos de pirataria e delitos cometidos em alto mar, e as infrações ao direito das gentes;

Declarar guerra, expedir cartas de corso, e estabelecer regras para apresamentos em terra e no mar;

Organizar e manter exércitos, vedada, porém, a concessão de crédito para este fim por período de mais de dois anos;

Organizar e manter uma marinha de guerra;

Regulamentar a administração e disciplina das forças de terra e mar;

Regular a mobilização da guarda nacional (milícia) para garantir o cumprimento das leis da União, reprimir insurreições, e repelir invasões;

Promover a organização, armamento, e treinamento da guarda nacional, bem como a administração de parte dessa guarda que for empregada no

---

President of the United States; and before the Same shall take Effect, shall be approved by him, or being disapproved by him, shall be repassed by two thirds of the Senate and House of Representatives, according to the Rules and Limitations prescribed in the Case of a Bill.

<sup>68</sup> Emendas que serão objeto de escrutínio mais adiante.

<sup>69</sup> Com papel decisivo, como visto, de James Madison na elaboração, um dos fundadores de maior importância por ter sido o redator do texto básico, o que lhe trouxe legitimidade para aspirar a presidência dos Estados Unidos, o que acabou por acontecer ao tornar-se o "quarto" presidente norte-americano.

serviço dos Estados Unidos, reservando-se aos Estados a nomeação dos oficiais e a obrigação de instruir a milícia de acordo com a disciplina estabelecida pelo Congresso;

Exercer o poder legiferante exclusivo no distrito (não excedente a dez milhas quadradas) que, cedido por determinados Estados e aceito pelo Congresso, se torne a sede do Governo dos Estados Unidos, e exercer o mesmo poder em todas as áreas adquiridas com o consentimento da Assembléia do Estado em que estiverem situadas, para a construção de fortificações, armazéns, arsenais, estaleiros e outros edifícios necessários;

e

Elaborar todas as leis necessárias e apropriadas ao exercício dos poderes acima especificados e dos demais que a presente Constituição confere ao Governo dos Estados Unidos, ou aos seus Departamentos e funcionários.<sup>70</sup>

Curioso lembrar que o Partido Republicano norte-americano<sup>71</sup> que se conhece hoje teve origem remota no movimento federalista de Alexander Hamilton,<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> The Congress shall have Power

To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States;

To borrow Money on the credit of the United States;

To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes;

To establish an uniform Rule of Naturalization, and uniform Laws on the subject of Bankruptcies throughout the United States;

To coin Money, regulate the Value thereof, and of foreign Coin, and fix the Standard of Weights and Measures;

To provide for the Punishment of counterfeiting the Securities and current Coin of the United States;

To establish Post Offices and post Roads;

To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries;

To constitute Tribunals inferior to the supreme Court;

To define and punish Piracies and Felonies committed on the high Seas, and Offences against the Law of Nations;

To declare War, grant Letters of Marque and Reprisal, and make Rules concerning Captures on Land and Water;

To raise and support Armies, but no Appropriation of Money to that Use shall be for a longer Term than two Years;

To provide and maintain a Navy;

To make Rules for the Government and Regulation of the land and naval Forces;

To provide for calling forth the Militia to execute the Laws of the Union, suppress Insurrections and repel Invasions;

To provide for organizing, arming, and disciplining, the Militia, and for governing such Part of them as may be employed in the Service of the United States, reserving to the States respectively, the Appointment of the Officers, and the Authority of training the Militia according to the discipline prescribed by Congress;

To exercise exclusive Legislation in all Cases whatsoever, over such District (not exceeding ten Miles square) as may, by Cession of particular States, and the Acceptance of Congress, become the Seat of the Government of the United States, and to exercise like Authority over all Places purchased by the Consent of the Legislature of the State in which the Same shall be, for the Erection of Forts, Magazines, Arsenals, dock-Yards, and other needful Buildings;

— And

To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof.

<sup>71</sup> Conhecido pela abreviatura GOP, de Grand Old Party.

que pugnava por um governo federal/central forte, e o Partido Democrata originalmente nas ideias antifederalistas de Thomas Jefferson, que defendia que as 13 colônias, agora independentes, tivessem maior autonomia, com um governo central com menor carga de poder, sendo que o interessante a notar neste momento é que com o tempo o Partido Republicano, que nasceu do movimento antiescravagista dos Estados Unidos e do movimento que pugnava, anteriormente, pelo fortalecimento do governo central, hoje centra o seu discurso na diminuição das atribuições do governo central, ou seja, na menor presença do Estado, o que é mais ou menos o contido no ideário antifederalista do século XVIII, de inspiração jeffersoniana. Ou seja, em um exame superficial dá para dizer que as coisas se inverteram com o passar do tempo na nação do norte, os Democratas de hoje são mais estatistas do que eram na origem do Partido em 1828 e os Republicanos passaram de estatistas para a defesa do estado mínimo. É como se um desse razão ao outro com o passar dos anos.

#### Seção IX:

A migração ou a admissão de indivíduos, que qualquer dos Estados ora existentes julgar conveniente permitir, não será proibida pelo Congresso antes de 1808; mas sobre essa admissão poder-se-á lançar um imposto ou direito não superior a dez dólares por pessoa.

Não poderá ser suspenso o remédio do habeas corpus, exceto quando, em caso de rebelião ou de invasão, a segurança pública o exigir.

Não serão aprovados atos legislativos condenatórios sem o competente julgamento, assim como as leis penais com efeito retroativo.

Não será lançada captação ou outra forma de imposto direto, a não ser na proporção do recenseamento da população segundo as regras anteriormente estabelecidas.

Não serão lançados impostos ou direitos sobre artigos importados por qualquer Estado.

Não se concederá preferência através de regulamento comercial ou fiscal, aos portos de um Estado sobre os de outro; nem poderá um navio, procedente ou destinado a um Estado, ser obrigado a aportar ou pagar direitos de trânsito ou alfândega em outro.

Dinheiro algum poderá ser retirado do Tesouro senão em consequência da dotação determinada em lei. Será publicado periodicamente um balanço de receita e despesa públicas.

Nenhum título de nobreza será conferido pelos Estados Unidos, e nenhuma pessoa, neles exercendo um emprego remunerado ou honorífico, poderá, sem licença do Congresso, aceitar dádivas, emolumentos, emprego, ou títulos de qualquer espécie, oferecidos por qualquer rei, príncipe, ou Estado estrangeiro.<sup>73</sup>

<sup>72</sup> Nos primórdios dos Estados Unidos independentes havia um partido denominado Partido Federalista, que surgiu para apoiar a política fiscal do primeiro governo de George Washington.

<sup>73</sup> The Migration or Importation of such Persons as any of the States now existing shall think proper to admit, shall not be prohibited by the Congress prior to the Year one thousand eight hundred and eight, but a Tax or duty may be imposed on such Importation, not exceeding ten dollars for each Person.

Na obra *O Bill of Rights Americano: Reflexos no Direito Constitucional Brasileiro*, Adhemar Ferreira Maciel, em um dos momentos em que menciona Karl Loewenstein, refere que o filósofo alemão, ao discorrer sobre a originalidade do constitucionalismo dos Estados Unidos,<sup>74</sup> identifica seis características: o sistema federativo, a forma republicana de governo, a separação de poderes, a limitação de poderes, a soberania do povo e a supremacia do judiciário. (MACIEL, 2016 apud LOEWENSTEIN, 1959, p. 27).

Pode-se acrescentar que a separação entre Igreja e Estado seja legado dos EUA ao mundo tão importante quanto, pois o “muro de separação” contido na Emenda nº I,<sup>75</sup> foi o que inaugurou o estado laico ao dispor que lei alguma poderá ser editada para o estabelecimento de uma religião, ou para proibir o livre exercício de qualquer religião. A Emenda I foi revolucionária ao clarear o sentimento de que deveria existir a separação entre Igreja e Estado, fator que influenciou enormemente a Idade Moderna.

#### Seção X:

Nenhum Estado poderá participar de tratado, aliança ou confederação; conceder cartas de corso; cunhar moeda; emitir títulos de crédito; autorizar, para pagamento de dividas, o uso de qualquer coisa que não seja ouro e prata; votar leis de condenação sem julgamento, ou de caráter retroativo, ou que alterem as obrigações de contratos; ou conferir títulos de nobreza. Nenhum Estado poderá, sem o consentimento do Congresso, lançar impostos ou direitos sobre a importação ou a exportação salvo os absolutamente necessários à execução de suas leis de inspeção; o produto líquido de todos os direitos ou impostos lançados por um Estado sobre a importação ou exportação pertencerá ao Tesouro dos Estados Unidos, e todas as leis dessa natureza ficarão sujeitas à revisão e controle do Congresso.

---

The Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it.

No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed.

No Capitation, [or other direct,] Tax shall be laid, unless in Proportion to the Census or Enumeration herein before directed to be taken.

No Tax or Duty shall be laid on Articles exported from any State.

No Preference shall be given by any Regulation of Commerce or Revenue to the Ports of one State over those of another: nor shall Vessels bound to, or from, one State, be obliged to enter, clear, or pay Duties in another.

No Money shall be drawn from the Treasury, but in Consequence of Appropriations made by Law; and a regular Statement and Account of the Receipts and Expenditures of all public Money shall be published from time to time.

No Title of Nobility shall be granted by the United States: And no Person holding any Office of Profit or Trust under them, shall, without the Consent of the Congress, accept of any present, Emolument, Office, or Title, of any kind whatever, from any King, Prince, or foreign State.

<sup>74</sup> Na obra *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten*. Berlin: Springer, 1959, S. 14-15.

<sup>75</sup> Que será objeto de escrutínio mais adiante.

Nenhum Estado poderá, sem o consentimento do Congresso, lançar qualquer direito de tonelagem, manter em tempo de paz exércitos ou navios de guerra, concluir tratados ou alianças, quer com outro Estado, quer com potências estrangeiras, ou entrar em guerra, a menos que seja invadido ou esteja em perigo tão iminente que não admita demora.<sup>76</sup>

A Emenda XII deu nova redação ao que fora inicialmente estabelecido acerca da forma como se dá a eleição do Presidente e do Vice-Presidente dos Estados Unidos.

A respeito do fenômeno constitucional norte americano mostra-se curiosa a observação que fazem Cristiano Paixão e Ranato Bigliuzzi, no sentido de que a Constituição não teria sido objeto de um planejamento intencional, ou seja, os [...] membros da Convenção da Filadelfia depararam-se com um problema concreto, imediato – a organização interna do poder – e encontraram uma solução [...] que no entendimento dos autores foi “híbrida” (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2008, p. 149).

## Artigo II

### Seção I:

O Poder Executivo será investido em um Presidente dos Estados Unidos da América. Seu mandato será de quatro anos, e, juntamente com o Vice-Presidente, escolhido para igual período, será eleito pela forma seguinte: Cada Estado nomeará, de acordo com as regras estabelecidas por sua Legislatura, um número de eleitores igual ao número total de Senadores e Deputados a que tem direito no Congresso; todavia, nenhum Senador, Deputado, ou pessoa que ocupe um cargo federal remunerado ou honorífico poderá ser nomeado eleitor.

(Os eleitores se reunirão em seus respectivos Estados e votarão por escrutínio em duas pessoas, uma das quais, pelo menos, não será habitante do mesmo Estado, farão a lista das pessoas votadas e do número dos votos obtidos por cada um, e a enviarão, firmada, autenticada e selada à sede do Governo dos Estados Unidos, dirigida ao presidente do Senado. Este, na presença do Senado e da Câmara dos Representantes, procederá à abertura das listas e à contagem dos votos. Será eleito Presidente aquele que tiver obtido o maior número de votos, se esse número representar a maioria do total dos eleitores nomeados. No caso de mais de um candidato haver obtido essa maioria assim como número igual de votos, a Câmara dos Representantes elegerá imediatamente um deles, por escrutínio, para Presidente, mas se ninguém houver obtido maioria, a mesma Câmara

<sup>76</sup> No State shall enter into any Treaty, Alliance, or Confederation; grant Letters of Marque and Reprisal; coin Money; emit Bills of Credit; make any Thing but gold and silver Coin a Tender in Payment of Debts; pass any Bill of Attainder, ex post facto Law, or Law impairing the Obligation of Contracts, or grant any Title of Nobility.

No State shall, without the Consent of the Congress, lay any Imposts or Duties on Imports or Exports, except what may be absolutely necessary for executing it's inspection Laws: and the net Produce of all Duties and Imposts, laid by any State on Imports or Exports, shall be for the Use of the Treasury of the United States; and all such Laws shall be subject to the Revision and Controul of the Congress.

No State shall, without the Consent of Congress, lay any Duty of Tonnage, keep Troops, or Ships of War in time of Peace, enter into any Agreement or Compact with another State, or with a foreign Power, or engage in War, unless actually invaded, or in such imminent Danger as will not admit of delay.

elegerá, de igual modo, o Presidente dentre os cinco que houverem reunido maior número de votos. Nessa eleição do Presidente, porém, os votos serão tomados por Estados, cabendo um voto à representação de cada Estado. Para se estabelecer quorum necessário, deverão estar presentes um ou mais membros dois terços dos Estados. Em qualquer caso, eleito o Presidente, o candidato que se seguir com o maior número de votos será o Vice-Presidente. Mas, se dois ou mais houverem obtido o mesmo número de votos, o Senado escolherá dentre eles, por escrutínio, o Vice-Presidente.)

O Congresso pode fixar a época de escolha dos eleitores e o dia em que deverão votar; esse dia deverá ser o mesmo para todos os Estados Unidos. Não poderá ser candidato a Presidente quem não for cidadão nato, ou não for, ao tempo da adoção desta Constituição, cidadão dos Estados Unidos. Não poderá, igualmente, ser eleito para esse cargo quem não tiver trinta e cinco anos de idade e quatorze anos de residência nos Estados Unidos.

No caso de destituição, morte, ou renúncia do Presidente, ou de incapacidade para exercer os poderes e obrigações de seu cargo, estes passarão ao Vice-Presidente. O Congresso poderá por lei, em caso de destituição, morte, renúncia, ou incapacidade tanto do Presidente quanto do Vice-Presidente, determinar o funcionário que deverá exercer o cargo de Presidente, até que cesse o impedimento, ou seja, eleito outro Presidente. Em épocas determinadas, o Presidente receberá por seus serviços uma remuneração que não poderá ser aumentada nem diminuída durante o período para o qual for eleito, e não receberá, durante esse período, nenhum emolumento dos Estados Unidos ou de qualquer dos Estados. Antes de entrar no exercício do cargo, fará o juramento ou afirmação seguinte: "Juro solenemente que desempenharei fielmente o cargo de Presidente dos Estados Unidos, e que da melhor maneira possível preservarei, protegerei e defenderei a Constituição dos Estados Unidos."<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> The executive Power shall be vested in a President of the United States of America. He shall hold his Office during the Term of four Years, and, together with the Vice President, chosen for the same Term, be elected, as follows:

Each State shall appoint, in such Manner as the Legislature thereof may direct, a Number of Electors, equal to the whole Number of Senators and Representatives to which the State may be entitled in the Congress: but no Senator or Representative, or Person holding an Office of Trust or Profit under the United States, shall be appointed an Elector.

[The Electors shall meet in their respective States, and vote by Ballot for two Persons, of whom one at least shall not be an Inhabitant of the same State with themselves. And they shall make a List of all the Persons voted for, and of the Number of Votes for each; which List they shall sign and certify, and transmit sealed to the Seat of the Government of the United States, directed to the President of the Senate. The President of the Senate shall, in the Presence of the Senate and House of Representatives, open all the Certificates, and the Votes shall then be counted. The Person having the greatest Number of Votes shall be the President, if such Number be a Majority of the whole Number of Electors appointed; and if there be more than one who have such Majority, and have an equal Number of Votes, then the House of Representatives shall immediately chuse by Ballot one of them for President; and if no Person have a Majority, then from the five highest on the List the said House shall in like Manner chuse the President. But in chusing the President, the Votes shall be taken by States, the Representation from each State having one Vote; A quorum for this Purpose shall consist of a Member or Members from two thirds of the States, and a Majority of all the States shall be necessary to a Choice. In every Case, after the Choice of the President, the Person having the greatest Number of Votes of the Electors shall be the Vice President. But if there should remain two or more who have equal Votes, the Senate shall chuse from them by Ballot the Vice President.]

The Congress may determine the Time of chusing the Electors, and the Day on which they shall give their Votes; which Day shall be the same throughout the United States.

No Person except a natural born Citizen, or a Citizen of the United States, at the time of the Adoption of this Constitution, shall be eligible to the Office of President; neither shall any person be eligible to that Office who shall not have attained to the Age of thirty five Years, and been fourteen Years a Resident within the United States.

Sobre a imbricação do direito constitucional norte-americano com o direito natural, importante destacar a relação que Adhemar Maciel estabelece no seu *Bill of Rights*, ao lembrar ele que quando da elaboração da Constituição americana e do Bill of Rights, denominação pela qual as 10 primeiras emendas à Constituição norte-americana são conhecidas, o prestígio do direito natural estava em declínio (MACIEL, 2016, p. 58), mas nem assim o direito natural, ou direito “existencial” na locução de Welzel, deixou de influenciar fortemente os pais fundadores, principalmente James Madison, que foi quem redigiu o esboço das cláusulas do Bill of Rights, que ao serem aprovadas e ratificadas, trouxeram entusiasmo e foram objeto de estudo e inspiração no mundo todo, interesse que perdura até os dias atuais.

#### Seção II:

O Presidente será o chefe supremo do Exército e da Marinha dos Estados Unidos, e também da Milícia dos diversos estados, quando convocadas ao serviço ativo dos Estados Unidos. Poderá pedir a opinião, por escrito, do chefe de cada uma das secretarias do Executivo sobre assuntos relativos às respectivas atribuições. Terá o poder de indulto e de graça por delitos contra os Estados Unidos, exceto nos casos de impeachment.

Ele poderá, mediante parecer e aprovação do Senado, concluir tratados, desde que dois terços dos senadores presentes assim o decidam. Nomeará, mediante o parecer e aprovação do Senado, os embaixadores e outros ministros e côsules, juizes do Supremo Tribunal, e todos os funcionários dos Estados Unidos cujos cargos, criados por lei, não têm nomeação prevista nesta Constituição. O Congresso poderá, por lei, atribuir ao Presidente, aos tribunais de justiça, ou aos chefes das secretarias a nomeação dos funcionários subalternos, conforme julgar conveniente.

O Presidente poderá preencher as vagas ocorridas durante o recesso do Senado, fazendo nomeações que expirarão no fim da sessão seguinte.<sup>78</sup>

---

In Case of the Removal of the President from Office, or of his Death, Resignation, or Inability to discharge the Powers and Duties of the said Office, the Same shall devolve on the Vice President, and the Congress may by Law provide for the Case of Removal, Death, Resignation or Inability, both of the President and Vice President, declaring what Officer shall then act as President, and such Officer shall act accordingly, until the Disability be removed, or a President shall be elected.

The President shall, at stated Times, receive for his Services, a Compensation, which shall neither be increased nor diminished during the Period for which he shall have been elected, and he shall not receive within that Period any other Emolument from the United States, or any of them.

Before he enter on the Execution of his Office, he shall take the following Oath or Affirmation: —“I do solemnly swear (or affirm) that I will faithfully execute the Office of President of the United States, and will to the best of my Ability, preserve, protect and defend the Constitution of the United States.”

<sup>78</sup> The President shall be Commander in Chief of the Army and Navy of the United States, and of the Militia of the several States, when called into the actual Service of the United States; he may require the Opinion, in writing, of the principal Officer in each of the executive Departments, upon any Subject relating to the Duties of their respective Offices, and he shall have Power to grant Reprieves and Pardons for Offences against the United States, except in Cases of Impeachment.

He shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur; and he shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint Ambassadors, other public Ministers and Consuls, Judges of the

### Seção III:

O Presidente deverá prestar ao Congresso, periodicamente, informações sobre o estado da União, fazendo ao mesmo tempo as recomendações que julgar necessárias e convenientes. Poderá, em casos extraordinários, convocar ambas as Câmaras, ou uma delas, e, havendo entre elas divergências sobre a época da suspensão dos trabalhos, poderá suspender as sessões até a data que julgar conveniente. Receberá os embaixadores e outros diplomatas; zelará pelo fiel cumprimento das leis, e conferirá as patentes aos oficiais dos Estados Unidos.<sup>79</sup>

### Seção IV:

O Presidente, o Vice-Presidente, e todos os funcionários civis dos Estados Unidos serão afastados de suas funções quando indiciados e condenados por traição, suborno, ou outros delitos ou crimes graves.<sup>80</sup>

A relevância dada à Revolução Francesa para o surgimento do tempo que se conhece – Idade Moderna – é superestimada por alguns no contraponto à importância do fenômeno constitucional norte-americano, esse sim uma verdadeira revolução e contribuição ao mundo, eis que baseado no Estado de Direito, ao contrário da Revolução Francesa, que trouxe o caos e a insegurança jurídica, insegurança que levou aqueles que guilhotinavam em um momento a serem guilhotinados depois, o que de fato ocorreu, sendo talvez Robespierre o exemplo mais destacado.

Edmund Burke, contemporâneo e talvez o crítico mais feroz do evento francês de 1789, era dos que pensavam assim e não media palavras ao descrever o que se sucedia na França no seu entender, dizendo que aquilo fora feito por arquitetos da ruína, assumindo relevância transcrever trecho do que expressou a respeito da sublevação francesa:

---

supreme Court, and all other Officers of the United States, whose Appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by Law: but the Congress may by Law vest the Appointment of such inferior Officers, as they think proper, in the President alone, in the Courts of Law, or in the Heads of Departments.

The President shall have Power to fill up all Vacancies that may happen during the Recess of the Senate, by granting Commissions which shall expire at the End of their next Session.

<sup>79</sup> He shall from time to time give to the Congress Information of the State of the Union, and recommend to their Consideration such Measures as he shall judge necessary and expedient; he may, on extraordinary Occasions, convene both Houses, or either of them, and in Case of Disagreement between them, with Respect to the Time of Adjournment, he may adjourn them to such Time as he shall think proper; he shall receive Ambassadors and other public Ministers; he shall take Care that the Laws be faithfully executed, and shall Commission all the Officers of the United States.

<sup>80</sup> The President, Vice President and all civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment for, and Conviction of, Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors.

[...] Considerando-se bem todas as circunstâncias, a Revolução Francesa é a mais espantosa que aconteceu até agora no mundo. As coisas mais surpreendentes foram produzidas, em mais de um caso, pelos meios mais absurdos e ridículos; nos modos mais ridículos, e, aparentemente, pelos mais vis instrumentos. Tudo parece fora do natural neste estranho caos de leviandade e ferocidade, onde todas as espécies de crimes misturam-se com todas as espécies de loucuras. Em vista dessa monstruosa cena tragicômica, necessariamente as paixões mais opostas se sucedem e às vezes se misturam, fazendo-nos passar do desprezo à indignação, do riso às lágrimas, do desprezo ao horror. [...] (BURKE, 2014, p. 32)

Burke era muito mais simpático ao que ocorria na América do Norte (evento de 1787), pois via na Revolução Francesa o caos, a desordem, a mais completa inexistência de um mínimo de segurança jurídica, a ausência do vislumbre de um Estado Democrático de Direito, diferentemente dos EUA, que nasciam baseados no respeito às leis.

Sarlet tem posição diferente, opinando que a Revolução Francesa possui maior “conteúdo democrático e social” que o legado do constitucionalismo norte-americano, destacando a preocupação com o social e com o princípio da igualdade presentes na Declaração de 1789. Refere o autor gaúcho que o maior conteúdo democrático e social das declarações francesas é o que caracterizaria a “via” francesa do que denomina por “processo revolucionário e constitucional”, lembrando ele que enquanto na França o sentido revolucionário da Declaração de 1789 radica na fundamentação de uma nova Constituição, no processo constitucional norte-americano este sentido revolucionário das declarações de direitos radica na independência, entendendo assim que a contribuição francesa foi mais decisiva para o processo de constitucionalização e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nas Constituições do século XIX, pela maior contribuição do movimento francês no campo dos direitos humanos, no contraponto à contribuição norte-americana no âmbito dos direitos fundamentais (SARLET, 2015, p. 44).

Posição semelhante é a de Thomas Piketty, para quem a Revolução Francesa de 1789 foi, de certa maneira, mais ambiciosa, pois aboliu todos os privilégios legais e tencionou criar uma ordem política e social totalmente fundada na igualdade dos direitos e das oportunidades (PIKETTY, 2014, p. 36).

Por outro lado, e deixando de lado o debate acerca do virtuosismo ou não do constitucionalismo norte-americano no contraponto ao fenômeno francês, é curioso perceber que a religiosidade do peregrino que colonizou a América, a que chamara a atenção de Tocqueville nas suas andanças, que reportou ter se deparado com

“seitas bizarras” em sua visita à América do Norte no ano de 1830, em realidade é um traço que indica o espírito dos Estados Unidos que se conhecem. Há a separação Igreja e Estado, sim, mas há também um profundo sentimento religioso, e isso, se talvez não possa ser considerado fator relevante, não se revelou exatamente pernicioso ao se observar, hoje, o grau de desenvolvimento daquele país.

Um dos fatores mais importantes foi desde o início a separação entre Estado e Igreja, o “muro da separação” de que falava Jefferson, o que não ocorreu em um primeiro momento no caso Brasileiro, haja vista que a Constituição Imperial de 1824, a primeira e talvez a Constituição mais liberal que o Brasil já possuiu, tendo sido a mais longeva, pois viveu por 67 anos quando ficou substituída pela Republicana de 1891, não previa o secularismo, prevendo ao contrário, nos artigos 103, 106 e 141, o juramento dos agentes do Estado no sentido de “manter a religião Católica Apostólica Romana”. Já o texto de 1787 só menciona religião no artigo VI, como lembra Laurence H. Tribe em *American Constitutional law* (TRIBE, 1988, p. 1155), o que será objeto de atenção mais adiante.

### Artigo III

#### Seção I:

O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os juízes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo.<sup>81</sup>

Acerca deste artigo III, um paralelo que pode ser estabelecido é que na Constituição Brasileira de 1988, muito embora haja preocupação com a minudência, o Poder Judiciário está estabelecido a partir do artigo 92, e o interessante é que não estão arroladas as turmas recursais entre os órgãos do Poder Judiciário, o que originou decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 590.409, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em que afirmada a Súmula 640, do próprio STF, que estabelece ser cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível

---

<sup>81</sup> The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour; and shall, at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office.

e criminal, ou seja, sem a possibilidade de Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça (STJ).<sup>82</sup>

Voltando à seção II do artigo III da Constituição norte-americana.

Seção II:

A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; às controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros.

Em todas as questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária. Nos demais casos supracitados, a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer.

O julgamento de todos os crimes, exceto em casos de impeachment, será feito por júri, tendo lugar o julgamento no mesmo Estado em que houverem ocorrido os crimes; e, se não houverem ocorrido em nenhum dos Estados, o julgamento terá lugar na localidade que o Congresso designar por lei.<sup>83</sup>

Seção III:

A traição contra os Estados Unidos consistirá, unicamente, em levantar armas contra eles, ou coligar-se com seus inimigos, prestando-lhes auxílio e apoio. Ninguém será condenado por traição se não mediante o depoimento de duas testemunhas sobre o mesmo ato, ou mediante confissão em sessão pública do tribunal.

<sup>82</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em 7 nov. 2018.

<sup>83</sup> The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;— to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls;— to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;— to Controversies to which the United States shall be a Party;— to Controversies between two or more States;— [between a State and Citizens of another State;]— between Citizens of different States,— between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, [Citizens or Subjects.]

In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.

The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment, shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed.

O Congresso terá o poder de fixar a pena por crime de traição, mas não será permitida a morte civil ou o confisco de bens, a não ser durante a vida do condenado.<sup>84</sup>

Saliente-se, por oportuno, que um texto constitucional pode ser produzido em ambiente democrático ou não democrático, mas curiosamente alguns textos não democráticos têm maior eficácia, ou seja, acabam por ser mais observados, ou observados por mais tempo. É o caso curioso da Constituição antes mencionada, a Imperial de 1824, que nasceu da vontade do Imperador Dom Pedro I, tendo sido elaborada por um Conselho de Estado por ele nomeado, outorgada e não promulgada, e que foi a Constituição mais longeva do Brasil, vigendo por 67 anos, como dito antes, até o advento da Constituição Republicana de 1891. Mas muito distante dos cerca de 230 anos da Constituição norte-americana, que tem como uma das características a preocupação com a organização do Estado e o estabelecimento dos direitos do indivíduo, não direitos que ele possa reivindicar do Estado em uma ideia prestacional, mas em face do Estado em hipóteses de usurpação de direitos mínimos individuais de liberdade.

#### Artigo IV

##### Seção I:

Em cada Estado se dará inteira fé e crédito aos atos públicos, registros e processos judiciários de todos os outros Estados. E o Congresso poderá, por leis gerais, prescrever a maneira pela qual esses atos, registros e processos devam ser provados, e os efeitos que possam produzir.<sup>85</sup>

##### Seção II:

Os cidadãos de cada Estado terão direito nos demais Estados a todos os privilégios e imunidades que estes concederem aos seus próprios cidadãos. A pessoa acusada em qualquer Estado por crime de traição, ou outro delito, que se evadir à justiça e for encontrada em outro Estado, será, a pedido da autoridade executiva do Estado de onde tiver fugido, presa e entregue ao Estado que tenha jurisdição sobre o crime.

Nenhuma pessoa sujeita a regime servil sob as leis de um Estado que se evadir para outro Estado poderá, em virtude de lei ou normas deste, ser

---

<sup>84</sup> Treason against the United States, shall consist only in levying War against them, or in adhering to their Enemies, giving them Aid and Comfort. No Person shall be convicted of Treason unless on the Testimony of two Witnesses to the same overt Act, or on Confession in open Court.

The Congress shall have Power to declare the Punishment of Treason, but no Attainder of Treason shall work Corruption of Blood, or Forfeiture except during the Life of the Person attainted.

<sup>85</sup> Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State. And the Congress may by general Laws prescribe the Manner in which such Acts, Records and Proceedings shall be proved, and the Effect thereof.

libertada de sua condição, mas será devolvida, mediante pedido, à pessoa a que estiver submetida.<sup>86</sup>

Com a emenda XIII, ratificada em 6 de dezembro de 1865, e lembrando que pelo artigo V a ratificação se dá por três quartos dos Estados membros e é a culminância da tramitação, foi abolida a escratura durante a administração de Abraham Lincoln, como a História registra.

Dispõe a emenda, na sua Seção I, que “Não haverá, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito a sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado.” As emendas XIII, XIV e XV, compõem as denominadas *emendas da reconstrução*, que são assim consideradas por terem se incorporado à Constituição dos Estados Unidos logo após a Guerra de Secessão, que perdurou de 1861 a 1865. Tão importantes que Bruce Ackerman as considera um ato de criação constitucional com relevância semelhante ao da fundação em si dos Estados Unidos (ACKERMAN, 2006, p. 64).

A emenda XIII é o dispositivo que mais sangue custou aos norte-americanos. Foram mais de 600 mil mortos na Guerra da Secessão.<sup>87</sup> Assinala Maciel que os constituintes de 1787, apesar da Declaração da Independência conter o primado de que “todos os homens são criados iguais”,<sup>88</sup> evitaram mexer, naquele momento, com a chaga da escravidão (MACIEL, 2016, p. 441).

### Seção III:

O Congresso pode admitir novos Estados à União, mas não se poderá formar ou criar um novo Estado dentro da Jurisdição de outro; nem se poderá formar um novo Estado pela união de dois ou mais Estados, ou de partes de Estados, sem o consentimento das legislaturas dos Estados interessados, assim como o do Congresso.

O Congresso poderá dispor do território e de outras propriedades pertencentes ao Governo dos Estados Unidos, e quanto a eles baixar leis e regulamentos. Nenhuma disposição desta Constituição se interpretará de

<sup>86</sup> The Citizens of each State shall be entitled to all Privileges and Immunities of Citizens in the several States.

A Person charged in any State with Treason, Felony, or other Crime, who shall flee from Justice, and be found in another State, shall on Demand of the executive Authority of the State from which he fled, be delivered up, to be removed to the State having Jurisdiction of the Crime.

[No Person held to Service or Labour in one State, under the Laws thereof, escaping into another, shall, in Consequence of any Law or Regulation therein, be discharged from such Service or Labour, but shall be delivered up on Claim of the Party to whom such Service or Labour may be due.]

<sup>87</sup> Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Guerra\\_de\\_Secess%C3%A3o](https://pt.wikipedia.org/wiki/Guerra_de_Secess%C3%A3o)>. Acesso em 19 nov. 2018.

<sup>88</sup> *All Men are created equal.*

modo a prejudicar os direitos dos Estados Unidos ou de qualquer dos Estados.<sup>89</sup>

#### Seção IV:

Os Estados Unidos garantirão a cada Estado desta União a forma republicana de governo e defende-lo-ão contra invasões; e, a pedido da Legislatura, ou do Executivo, estando aquela impossibilitada de se reunir, o defenderão em casos de comoção interna.<sup>90</sup>

#### Artigo V<sup>91</sup>

Sempre que dois terços dos membros de ambas as Câmaras julgarem necessário, o Congresso proporá emendas a esta Constituição, ou, se as legislaturas de dois terços dos Estados o pedirem, convocará uma convenção para propor emendas, que, em um e outro caso, serão válidas para todos os efeitos como parte desta Constituição, se forem ratificadas pelas legislaturas de três quartos dos Estados ou por convenções reunidas para este fim em três quartos deles, propondo o Congresso uma ou outra dessas maneiras de ratificação. Nenhuma emenda poderá, antes do ano de 1808, afetar de qualquer forma as cláusulas primeira e quarta da Seção 9, do Artigo I, e nenhum Estado poderá ser privado, sem seu consentimento, de sua igualdade de sufrágio no Senado.<sup>92</sup>

#### Artigo VI

Todas as dívidas e compromissos contraídos antes da adoção desta Constituição serão tão válidos contra os Estados Unidos sob o regime desta Constituição, como o eram durante a Confederação.

Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão

---

<sup>89</sup> New States may be admitted by the Congress into this Union; but no new State shall be formed or erected within the Jurisdiction of any other State; nor any State be formed by the Junction of two or more States, or Parts of States, without the Consent of the Legislatures of the States concerned as well as of the Congress.

The Congress shall have Power to dispose of and make all needful Rules and Regulations respecting the Territory or other Property belonging to the United States; and nothing in this Constitution shall be so construed as to Prejudice any Claims of the United States, or of any particular State.

<sup>90</sup> The United States shall guarantee to every State in this Union a Republican Form of Government, and shall protect each of them against Invasion; and on Application of the Legislature, or of the Executive (when the Legislature cannot be convened) against domestic Violence.

<sup>91</sup> A iniciativa de 2/3 (dois terços) dos membros de ambas as Câmaras (Alta e Baixa), ou por proposta de dois terços das legislaturas dos 50 Estados, o que equivalerá, no mínimo, às legislaturas de 33 Estados, e a emenda ainda terá que ser ratificada por 3/4 (três quartos) dos Estados, o que na composição atual de 50 Estados corresponde a 38 Estados.

<sup>92</sup> The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as Part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States, or by Conventions in three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress; Provided [that no Amendment which may be made prior to the Year One thousand eight hundred and eight shall in any Manner affect the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the first Article; and] that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate.

sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados.

Os Senadores e Representantes acima mencionados, os membros das legislaturas dos diversos Estados, e todos os funcionários do Poder Executivo e do Judiciário, tanto dos Estados Unidos como dos diferentes Estados, obrigar-se-ão por juramento ou declaração a defender esta Constituição. Nenhum requisito religioso<sup>93</sup> poderá ser erigido como condição para a nomeação para cargo público.<sup>94</sup>

A declaração da independência dos EUA do Império Britânico foi redigida por Thomas Jefferson no ano de 1776. A data oficial da independência é 4 de julho. Na ocasião as 13 colônias se declararam formalmente separadas do Império Britânico. O Reino Unido assumiu a derrota em 1783, reconhecendo, nos termos do Tratado de Paris, a independência das Colônias. Em 1787 a Constituição Norte-Americana foi redigida, passando a vigor oficialmente em 15 de dezembro de 1791.

#### Artigo VII

A ratificação, por parte das convenções de nove Estados será suficiente para a adoção desta Constituição nos Estados que a tiverem ratificado.

Dado em Convenção, com a aprovação unânime dos Estados presentes, a 17 de setembro do ano de Nosso Senhor de 1787, e décimo segundo da Independência dos Estados Unidos. Em testemunho do que, assinamos abaixo os nossos nomes.<sup>95</sup>

São assim os primeiros sete artigos da Constituição norte-americana. Após, em 1789,<sup>96</sup> vieram as dez primeiras emendas, que em realidade são a essência dos direitos individuais e de liberdade do constitucionalismo norte-americano. A concisão se deve à herança do direito comum inglês, e notadamente aos instrumentos escritos conhecidos por *Magna Carta Libertatum* (1215), assinada pelo Rei João da

<sup>93</sup> Aqui a primeira menção à “religião” de que fala Tribe. A Constituição Americana tem aqui a denominada cláusula de teste religioso, ou *religious test clause*, vedando a possibilidade.

<sup>94</sup> All Debts contracted and Engagements entered into, before the Adoption of this Constitution, shall be as valid against the United States under this Constitution, as under the Confederation.

This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.

The Senators and Representatives before mentioned, and the Members of the several State Legislatures, and all executive and judicial Officers, both of the United States and of the several States, shall be bound by Oath or Affirmation, to support this Constitution; but no religious Test shall ever be required as a Qualification to any Office or public Trust under the United States.

<sup>95</sup> The Ratification of the Conventions of nine States, shall be sufficient for the Establishment of this Constitution between the States so ratifying the Same.

The Word, “the,” being interlined between the seventh and eighth Lines of the first Page, The Word “Thirty” being partly written on an Erasure in the fifteenth Line of the first Page, The Words “is tried” being interlined between the thirty second and thirty third Lines of the first Page and the Word “the” being interlined between the forty third and forty fourth Lines of the second Page.

<sup>96</sup> Ratificadas em 1791.

Inglaterra, que autolimitou o poder monárquico, a *Petition of Rights* (1628), que também é documento constitucional inglês que impõe restrições à tributação, e dispõe sobre a retirada forçada de soldados, sobre a prisão sem justa causa e sobre o uso da lei marcial, ou seja, também documento de defesa do cidadão frente ao poder do Estado. O *Agreement of the People* (1649), ou “acordo do povo”, documento constitucional inglês que versa principalmente sobre a liberdade religiosa e igualdade perante a lei, e o *Bill of Rights* (1688-1689), ou carta de direitos inglesa, estabelecendo novos limites aos poderes do monarca, direitos no âmbito parlamentar, principalmente a liberdade de expressão no exercício do mandato, que originou entre nós a imunidade parlamentar, dentre outros, de inspiração lockiana.

Muito embora a Inglaterra não possua uma Constituição escrita (um documento), há vários documentos que informam o constitucionalismo inglês, como os acima mencionados, e que serviram de base ao *Bill of Rights* norte-americano (MACIEL, 2016, p. 27).

### **3.1 As 10 primeiras emendas**

O Estado de Delaware foi o primeiro dos 13 Estados a ratificar a Constituição, em 7 de dezembro de 1787. New Hampshire foi o nono Estado, em 21 de junho de 1788. Os “pais” fundadores não tinham certeza de que a Constituição seria aceita até que Estados importantes, como Nova York e Virginia, a tivessem ratificado.

Havia oposição organizada e poderosa contra a Constituição nesses dois Estados e em outros. Homens como Elbridge Gerry, Patrick Henry, Richard Henry Lee e George Mason se manifestaram contra a ratificação. Críticos alertaram em objeção que um projeto de lei não havia sido incluído, que o Presidente tinha excessiva independência, e que o Senado era aristocrático demais. Eles argumentavam que o Congresso tinha muitos poderes e o governo federal tinha muita autoridade. Defensores da Constituição, porém, reuniram apoio para a ratificação. Eles se tornaram conhecidos como federalistas. Seus opositores foram chamados antifederalistas. Os dois grupos promoveram suas causas em jornais, em panfletos e em debates nas convenções de ratificação. O Estado da Virginia acabou por ratificar a Constituição em 25 de junho de 1788, e Nova York em 26 de julho. No início de janeiro de 1789 todos os estados ratificantes, exceto Nova York, que não

logrou nomear representantes no prazo, estavam aptos a eleger o Presidente da República. Em 4 de fevereiro os representantes nomearam George Washington como o primeiro presidente norte-americano. O primeiro congresso sob a Constituição se reuniu em Nova York em 4 de março. Os Estados da Carolina do Norte e de Rhode Island se recusaram a aprovar a Constituição e a participar do novo governo.<sup>97</sup> A partir daí o país caminhou para as dez primeiras emendas.

As dez primeiras emendas:

#### EMENDA I

O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.<sup>98</sup>

A religiosidade do norte-americano era tão impactante que segundo Armstrong (2001, p. 115), no ano de 1780 havia nos Estados Unidos cerca de 2.500 (duas mil e quinhentas) agremiações religiosas, sendo que no ano de 1820 já eram 11.000, e quarenta anos após, em 1860, esse número se elevara para 52.000, o que dá bem a medida da religiosidade das pessoas que compunham a sociedade norte-americana após a independência, e faz entender o porquê da 1ª Emenda da Constituição de lá, talvez a mais importante das emendas, que em realidade começa, como bem salienta Maciel, com cláusula religiosa, pois proíbe o Congresso de instituir religião oficial, bem como de embaraçar o exercício religioso, garantindo a seguir, o que passou a ser do conhecimento público no mundo todo, a liberdade de manifestação de pensamento, inclusive a liberdade de imprensa (MACIEL, 2016, p. 139).

O que os Estados Unidos trouxeram talvez de mais importante naquele momento do *Bill of Rights*, portanto, foi o que Thomas Jefferson denominou por “muro de separação” entre Igreja e Estado (MACIEL, 2016, p. 153). Jefferson também entendia que a liberdade de falar e escrever se constituía na base das outras liberdades (JEFFERSON, 2011, p. 104).

---

<sup>97</sup> About America: The Constitution of the United States of America – with Explanatory Notes. Disponível em: <<https://photos.state.gov/libraries/amgov/30145/publications-english/constitution.pdf>>. Acesso em 19 nov. 2018.

<sup>98</sup> Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

Essa separação, cuja frase *buildin a wall of separation beween Church and State*<sup>99</sup> é de fato atribuída a Jefferson em carta datada de 01.01.1802 à Associação Batista de Danbury, conforme Maciel (2016, p. 124), veio após séculos em que a Igreja, notadamente a Católica Apostólica Romana, sempre estivera envolvida nas questões de Estado, significando muitas vezes o próprio poder de Estado. Lembra o autor mineiro que a religião intolerante sempre espalhou o medo e o terror, e que foi em particular o medo da Inquisição o que levou muitas pessoas que pensavam a passarem a escamotear, a desvirtuar ou não externar suas ideias ou pensamentos (MACIEL, 2016, p. 141).

A partir de então os direitos de defesa da Constituição norte-americana passaram a ser copiados mundo afora. A Constituição da República Portuguesa, por exemplo, que entrou em vigor em 25 de abril de 1976, denominada “CRP” por Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza, prevê, no seu capítulo II, Título II, Parte I, nos seus artigos 48º ao 52º, as liberdades e garantias dos portugueses na vida política daquele país, inclusive a liberdade de opinião e expressão (FIUZA, 2015, p. 266), o que seguramente tem relação com o constitucionalismo norte-americano, que influenciou, como dito, um sem número de constituições pelo mundo, com seus direitos individuais fundamentais, prevendo que o sujeito possa empunhar a constituição para se defender de violações a esses direitos quando perpetrados até mesmo em nome do Estado, sendo os mais importantes deles as liberdades de expressão e de religião. Para Thomas Jefferson, o 3º Presidente norte-americano, a liberdade de expressão era a mais importante das liberdades, pois se constituía na base das demais, e que o Estado não deveria ter religião oficial, como se viu anteriormente, estando presente, desde o início dos EUA como nação, como se teve a oportunidade de abordar, a aura secularista, e a forte consciência de permitir que as pessoas expressassem livremente o seu sentir e pensar, o que pode ser exemplificado com o fato de que nos Estados Unidos há a maior população judaica fora de Israel,<sup>100</sup> e mesmo assim um partido nazista (com essa denominação) desfila pelas ruas livremente, com todos os adereços do movimento hitlerista alemão,

---

<sup>99</sup> Em tradução livre seria “construindo um muro de separação entre Igreja e Estado”.

<sup>100</sup> Segundo o site *chazit.com* vivem nos Estados Unidos cerca de 6,4 milhões de judeus, se constituindo na maior população judaica do mundo, com mais judeus até do que em Israel. Disponível em: <<http://www.chazit.com/cybersio/olam/eua.html>>. Acesso em 19 nov. 2018.

expressando o seu antissemitismo, conforme mais adiante, ainda no presente estudo, será retomado.

Para que se prossiga no exame perfunctório do ambiente em que forjada a nação do norte, em “Fé e Razão” de 1676, John Locke, cujas ideias influenciaram decisivamente os *founding fathers*, já pregava a tolerância religiosa e a necessidade de que se distinguisse religião de governo, conforme se extrai do seguinte parágrafo da obra Ensaio Político:

Para estabelecer a paz de lugares onde existem diferentes opiniões religiosas, é preciso distinguir perfeitamente duas coisas: religião e governo, os respectivos tipos de funcionários, magistrados e ministros, e suas províncias, mantendo-os bastante distintos (não fazer isso talvez seja a grande causa de perturbação): o magistrado deve apenas zelar pela paz e segurança de uma cidade, os ministros apenas devem se preocupar em salvar uma alma. Se eles fossem proibidos de se intrometer na criação e execução das leis em sua pregação, talvez estivéssemos muito mais tranquilos. (LOCKE, 2007, p. 307).

Mostra-se significativo a fim de realçar a importância do evento norte-americano de 1789, que em pleno século XXI há muitos países que não ingressaram ainda no secularismo, não se constituindo em estados laicos, caso emblemático, por exemplo, da República Islâmica do Irã, em que clérigos comandam, de fato, os destinos do país. No Brasil se discutiu recentemente sobre se haveria aqui a efetiva separação entre Estado e Igreja na vigência da Constituição de 1988, com muitos entendendo<sup>101</sup> que essa separação não era plena, haja vista os crucifixos existentes em prédios públicos pelo Brasil afora, o que denotaria inclinação do Estado Brasileiro em eleger uma religião oficial, matéria que acabou por ser pacificada, em junho de 2007, em decisão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que ao deliberar sobre os Pedidos de Providência números 1.344, 1345, 1346 e 1362,<sup>102</sup> estabeleceu que os crucifixos existentes em salas de audiências (esse era o teor das reclamações), não derrubavam o “muro de separação” existente no país, o secularismo brasileiro, significando nada mais do que um traço cultural, pois há evidentemente que se distinguir a presença de adereços que apenas expressam a religiosidade presente na alma nacional, da intromissão de religiosos em assuntos

<sup>101</sup> O que gerou pedidos de providência ao Conselho Nacional de Justiça.

<sup>102</sup> Conforme a página na internet do Conselho Nacional de Justiça, com veiculação de notícias datada de 29/05/2007. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/64462-uso-de-solos-religiosos-nfere-laicidade-do-estado>>. Acesso em 10 nov. 2018.

de Estado, com submissão do Estado a uma religião, caso da República Islâmica do Irã, o que, com ampla possibilidade de certeza, não é caso brasileiro.

Sob o prisma teórico pode ser feita distinção entre liberdade de pensamento, liberdade de consciência e liberdade de expressão. A liberdade de pensamento é interna, de foro íntimo, fica no privado, ao passo que a de consciência é mais, pois o pensamento neste caso é revelado, mas a um círculo fechado, de âmbito restrito, já a liberdade de expressão é a do mundo democrático que se conhece, conforme Maciel (2016, p. 122), é a liberdade que tem o pendor de se exteriorizar em larga escala, é a do nazista norte-americano que pode se expressar, ainda que isso seja ofensivo a grande parte da população, sendo essa precisamente a liberdade que interessa mais ao mundo democrático.

Porém, como pontua o jurista mineiro, na época dos constituintes da Filadélfia tranquilas eram a doutrina e a jurisprudência dos colonizadores britânicos no sentido de que a imprensa tinha liberdade para publicar o que bem entendesse, embora pudesse responder, depois, civil e penalmente, por notícias inverídicas, infundadas ou difamantes. (MACIEL, 2016, p. 189), asseverando, entretanto, que a possibilidade de indenizações polpudas por difamação ou calúnia não deixaria de ser, no fundo, uma barreira para o exercício da liberdade de expressão (MACIEL, 2016, p. 192). Passemos à Emenda seguinte.

## EMENDA II

Sendo necessária à segurança de um Estado livre a existência de uma milícia bem organizada, o direito do povo, de possuir e usar armas, não poderá ser impedido.<sup>103</sup>

O direito de ter e portar arma para a defesa própria era um velho costume que veio da Inglaterra para as Colônias na América. O texto da emenda não teria sido uma mera invenção de James Madison, como conjectura Maciel (op. cit., p. 224). Anteriormente Maquiavel também fora um defensor do porte de arma, sendo que a defesa veemente que o florentino faz do porte de armas, direta ou indiretamente vieram reforçar o entendimento de que todo homem livre podia ter e usar armas, conforme Maciel (op. cit., p. 222).

A respeito do porte de armas, Montesquieu, em certo trecho do Espírito das Leis, chega a ironizar um viés punitivo existente na Itália do Século XVII:

---

<sup>103</sup> A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.

Daí se segue que não se conformaram à natureza das coisas nesta república da Itália, onde o porte das armas de fogo é punido como um crime capital e onde não é mais fatal fazer delas mau uso do que carregá-las. (MONTESQUIEU, 2000, p. 524).

Segundo Maciel (2016, p. 219), para as pessoas de 1789 que habitavam as ex-colônias inglesas na América do Norte, “milícia” e “povo” significavam a mesma coisa.<sup>104</sup> O direito de possuir armas era considerado um direito político (*political right*), um privilégio de “cidadão de primeira classe” (MACIEL, 2016 apud AMAR, 2005, p. 219). Acerca do que entendiam por “milícia”, interessante observar que Alexander Hamilton, o principal autor de O Federalista, tendo escrito 51 dos 85 *papers* com o pseudônimo *Publius*, no *paper* 29, ao escrever “Acerca da Milícia”, nos traz elementos sobre o que exatamente era a ideia de milícia, parecendo indubitável que não se poderá dissociar a noção de “militia” da ideia da pessoa, individualmente, possuir e portar arma de fogo, diante da locução “defesa comum”:

O poder de regulamentar a milícia e de comandar os seus serviços em períodos de insurreição e invasão dizem naturalmente respeito aos deveres de superintender a defesa comum, e de velar pela paz interior da Confederação (HAMILTON; MADISON; JAY, 2011, p. 269).

Maciel foi quem se debruçou de modo mais exaustivo no exame das 10 primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos nos últimos tempos no Brasil. O jurista mineiro, lamentavelmente falecido no ano de 2014, trouxe enorme contribuição para o entendimento do que sejam os Estados Unidos, e por isso neste trabalho são recorrentemente buscadas considerações suas.

No seu abalizado magistério, o norte-americano comum possuir uma arma em casa era uma maneira lógica, fácil e segura de precaver-se contra eventual tirania, inclusive de iniciativa governamental, pois conforme preleciona era comum, à época da independência, que o conscrito tivesse que largar a sua enxada ou arado e ir lutar contra os frequentes abusos de tropas mercenárias, arregimentadas pelos colonizadores ingleses (MACIEL, 2016, p. 218).

Cuidava-se de um direito defensivo natural do norte-americano médio, que se estende aos dias de hoje, por força de um constitucionalismo rígido, com enorme polêmica é bem verdade, haja vista os massacres com o uso de armas de fogo verificados frequentemente, muitas vezes praticados por estudantes menores de

<sup>104</sup> As palavras “militia” e “people” que constam da emenda II estariam a se referir à mesmíssima coisa, ou seja, o direito do cidadão de portar e usar armas de fogo em sua defesa e da comunidade a que pertence.

idade em escolas, devido à facilidade de acesso a armas em território norte-americano, o que tem causado movimentos no sentido da restrição à aquisição e porte, mas que esbarram na cultura que vem da fundação.

Ao se tomar contato com o espírito de liberdade que impregnou os Estados Unidos na sua formatação, vêm à lembrança as palavras de Isaiah Berlin, que sobre liberdade elaborou o seguinte raciocínio:

A formulação clássica do ideal de liberdade nos tempos modernos é fruto do pensamento do século XVIII e culmina em suas célebres formulações na Declaração de Independência dos Estados Unidos e na declaração dos “direitos do homem e do cidadão” da primeira República Francesa. Esses documentos falam de direitos, e quando mencionam direitos, têm principalmente em vista a invasão de certas esferas – digamos, aquelas de que um homem precisa para garantir a vida e as oportunidades adequadas de felicidade; ou para ser capaz de possuir uma propriedade, pensar e falar como quiser, obter emprego, participar da vida política ou social da sua comunidade – e pretendem que a invasão de tais esferas deva ser considerada proibida por lei. A lei é nesse sentido um instrumento para impedir o abuso específico ou puni-lo, caso ocorra. (BERLIN, 2009, p. 217).

A Constituição norte-americana, como antes verificado, não é facilmente emendável, e a emenda II assegura o direito de possuir armas, e isso – a dificuldade de que a emenda II venha a ser revogada – não é algo que tenha a ver com lobby da indústria que produz armas, ou com qualquer outro fenômeno que não com a base cultural de formação da nação. E esse conservadorismo constitucional muito provavelmente é o que trouxe os Estados Unidos à posição de destaque em que se encontra no cenário econômico e, conseqüentemente, de inclusão social de hoje.

Sobre armas é importante destacar que a restrição legal à aquisição e porte não é fator que por si só diminua a incidência de episódios violentos por arma de fogo. Para que se uma maior percepção sobre o tema, no ano de 2016 foram registrados 62.517 homicídios, latrocínios e lesões corporais seguidas de morte no Brasil, uma taxa de 30,3 mortes violentas, a maior parte por arma de fogo, para cada 100 mil habitantes, ou o correspondente a 30 vezes mais do que na Europa, conforme Atlas da Violência 2018, publicação do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea).<sup>105</sup> Esse número é semelhante ao dos outros anos, mesmo após a vigência do Estatuto do Desarmamento no Brasil (Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003), que impôs severas restrições ao registro, posse, e comercialização de armas

---

<sup>105</sup> Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/9/atlas-2018>>. Acesso em 12 Nov. 2018.

de fogo e munição no Brasil, criminalizando pesadamente várias condutas.<sup>106</sup> A fim de que se tenha um dado comparativo, nos Estados Unidos da emenda II, no mesmo ano de 2016, a taxa foi de 5,35 mortes por cada 100 mil habitantes, conforme relatório do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC),<sup>107</sup> bem inferior à mortandade por arma de fogo verificada no Brasil no mesmo ano, mesmo com a severa restrição que há aqui, imposta pela Lei 10.826/2003, e liberdade que há lá para a aquisição de armas pela existência da emenda II, ou seja, aparentemente não há relação entre liberdade de adquirir e portar armas de fogo e morticídio.

### EMENDA III

Nenhum soldado poderá, em tempo de paz, instalar-se em um imóvel sem autorização do proprietário, nem em tempo de guerra, senão na forma a ser prescrita em lei.<sup>108</sup>

Essa emenda é de redação singela, mas bem traduz a cultura constitucional norte-americana, baseada na realidade, nos problemas do dia a dia. Conforme Amar, um dos principais motivos da Guerra da Independência americana foi o total inconformismo com o exército permanente inglês (AMAR, 1998, p. 121). Ocorre que os colonos norte-americanos eram seguidamente requisitados a franquear suas casas, seus bens móveis e animais às forças armadas do colonizador inglês, mesmo em tempo de paz, o que causava grande descontentamento nos colonos, que perdiam para as tropas, além de animais, alimentos armazenados.

Dessa prosaica situação emergiu naturalmente o convencimento de que contra o poder do estado devesse existir uma regra protetiva no país que se formava após a independência, daí a emenda III, que não obstante retrate uma situação que aparentemente é simplória, dá conta de como foi produzido o *Bill of Rights* norte-americano, identificando-se claramente a motivação existencial, o que dá a medida do enraizamento daquele sentimento constitucional, da grande carga de materialidade que contém.

<sup>106</sup> Tipificando com penas altas crimes de mera conduta, pendor do legislador brasileiro, que algumas vezes é leniente com os crimes de maior potencial ofensivo, centrando-se em criminalizar severamente condutas não violentas e, não raro, como no caso do porte irregular de arma de fogo, *mera conduta*.

<sup>107</sup> Disponível em:

<[https://en.wikipedia.org/wiki/List\\_of\\_countries\\_by\\_intentional\\_homicide\\_rate#United\\_States](https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_countries_by_intentional_homicide_rate#United_States)>. Acesso em 19 nov. 2019.

<sup>108</sup> No Soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the Owner; nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law.

É fato que a requisição de bens particulares por governantes não chegava a se constituir em circunstância totalmente estranha, inclusive no Brasil. Quando da vinda da família real portuguesa para o Brasil no ano de 1808, vários bens imóveis particulares foram requisitados pela monarquia para acomodação da família real e seu séquito no Rio de Janeiro, lembrando Maciel de uma situação curiosa que passou a acontecer no Rio de Janeiro à época, que retrata de certo modo um pouco do espírito brasileiro ou carioca, que é o fato de que à porta da habitação requisitada o agente de governo vinha e apunha as iniciais “P. R.”, que significavam “Príncipe Real”, mas que imediatamente o humor carioca passou a traduzir como “Ponha-se na Rua” (MACIEL, 2016, p. 244).

#### EMENDA IV

O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.<sup>109</sup>

Essa emenda significa um dos maiores pilares do direito individual, difundindo-se mundo afora. No Brasil do inciso XI do artigo 5º da Constituição de 1988, a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo adentrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. Em realidade o conceito de casa tem uma maior amplitude, chegando aos escritórios, por exemplo. Também é inviolável a pessoa. Daí decorre a noção, disseminada igualmente no Brasil, mas que tem raiz na emenda IV, de que a pessoa pode se recusar à realização de exame para a verificação de alcoolemia, o que não afasta a relação que há também com a não produção de prova contra si, o princípio da não autoincriminação.

Nos Estados Unidos a inviolabilidade da pessoa e casas está relacionada à impossibilidade de busca ou realização de exames sem que haja suspeita fundada. Maciel (2016, p. 256) traz o caso *Chandler v. Miller*, julgado em 1997, que cuidou de uma exigência que havia no âmbito do Estado da Georgia (lei daquele Estado), no sentido de que o candidato a cargo público eletivo obrigatoriamente devesse se

---

<sup>109</sup> The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

submeter a exame de urina com a finalidade de constatar, antecipadamente, se seria usuário de drogas, sendo a partir daí descartado ou não, de plano, do procedimento de seleção ao cargo.

Indivíduos que se sentiram violados ingressaram com ação com base na emenda IV, sendo que ao final a Suprema Corte decidiu, contrariando o entendimento da segunda instância, que manifestara o entendimento de que entre o interesse público e o privado deveria prevalecer o primeiro, que sim, a emenda IV impedia busca ou verificação física sem suspeita, e que era disso que se estava tratando no caso concreto.

#### EMENDA V

Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.<sup>110</sup>

O júri se constitui em uma tradição do direito anglo-saxão. Uma das inconformidades mencionadas pelos revolucionários na Declaração da Independência foi a supressão, pelo colonizador inglês, em muitos casos, dos benefícios do julgamento pelo júri. O colono queria a possibilidade de ser julgado pelos seus pares e não pelo Estado, sempre desconfiado do Estado, desconfiança que nitidamente é a base do *Bill of Rights* americano. Dispõe trecho da Declaração da Indendência Norte-Americana, na versão portuguesa:<sup>111</sup>

A história do actual Rei da Grã-Bretanha compõe-se de repetidas injúrias e usurpações, tendo todos por objectivo directo o estabelecimento da tirania absoluta sobre estes Estados. Para prová-lo, permitam-nos submeter os factos a um mundo cândido.

Um dos vários *factos* arrolados diz respeito exatamente ao *privar-nos, em muitos casos, dos benefícios do julgamento pelo júri*. Thomas Jefferson, em cartas e

<sup>110</sup> No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation.

<sup>111</sup> Disponível em: <[http://www.arqnet.pt/portal/teoria/declaracao\\_vport.html](http://www.arqnet.pt/portal/teoria/declaracao_vport.html)>. Acesso em 19 nov. 2018.

discursos, muitas vezes reiterou que a instituição do júri e a liberdade de imprensa eram os “direitos mais caros” ao cidadão norte americano (MACIEL, 2016 apud DEWEY, 1942, p. 276).

#### EMENDA VI

Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado.<sup>112</sup>

No Brasil há o direito ao julgamento pelo júri nos crimes dolosos contra a vida (artigo 5º, XXXVIII, “d”), sendo garantida a plenitude de defesa, o sigilo das votações e a soberania dos vereditos (alíneas “a”, “b” e “c”), mostrando-se interessante a percepção de que com o advento da Emenda Constitucional número 45/2004 houve a inclusão do inciso LXXVIII ao artigo 5º, que prevê a “razoável duração do processo”, que nada mais é do que o direito a um julgamento rápido de que trata a emenda VI da Constituição americana.

#### EMENDA VII

Nos processos de direito consuetudinário, quando o valor da causa exceder vinte dólares, será garantido o direito de julgamento por júri, cuja decisão não poderá ser revista por qualquer tribunal dos Estados Unidos senão de acordo com as regras do direito costumeiro.<sup>113</sup>

A emenda VII visa preservar o júri no âmbito das causas cíveis de direito consuetudinário.<sup>114</sup> Na comparação com o Brasil o registro é que aqui não existe hipótese de julgamento pelo júri de causas cíveis.

#### EMENDA VIII

Não poderão ser exigidas fianças exageradas, nem impostas multas excessivas ou penas cruéis ou incomuns.<sup>115</sup>

---

<sup>112</sup> In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.

<sup>113</sup> In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.

<sup>114</sup> Common law.

<sup>115</sup> Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.

Lembra Maciel (2016, p. 358) que o texto da emenda VIII é repetição quase literal do item 9 da Declaração de Direitos do Estado da Virgínia que, por sua vez, já se constituía em cópia de cláusula do *Bill of Rights* inglês de 1689. Visa evitar que governantes recaiam em desmandos e arbítrios absurdos. É a cultura da desconfiança em relação ao Estado, que tanto inspirou a formatação dos Estados Unidos.

Ocorre que na Inglaterra da Idade Média e início da Idade Moderna era corriqueira a imposição de penas como decapitação, mutilação, esquartejamento, empalamento, dentre outras cruéis, daí a necessidade da emenda VIII no país que se formava, a fim de evitar que desmandos acontecessem na aplicação de penalidades.

#### EMENDA IX

A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo.<sup>116</sup>

Diferentemente das demais, essa emenda não traz proteção a direito individual ou alguma garantia específica. Em realidade essa emenda tem origem no fato de que James Madison, que foi quem redigiu o esboço das 10 emendas, como já mencionado, entendia que não seria prudente se arrolarem direitos na seara federal, sendo em princípio contra, portanto, à existência de um *Bill of Rights*. É o que diz no paper 84 de O Federalista:

Vou mais longe e afirmo que as cartas de direitos, no sentido e com o âmbito em que se argumenta a seu favor, não só são desnecessárias na Constituição proposta, mas até seriam perigosas. Conteriam várias exceções a poderes que não são concedidos e, por esse motivo, proporcionariam um pretexto plausível para reclamar mais poderes do que os concedidos. (HAMILTON; MADISON; JAY, 2011, p. 752).

Após ceder e ele próprio elaborar o esboço da Carta de Direitos dos EUA, optou por acrescentar a emenda IX, que é uma espécie de cláusula de resguardo.

#### EMENDA X

Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, são reservados aos Estados ou ao povo.<sup>117</sup>

<sup>116</sup> The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.

<sup>117</sup> The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.

Trata-se de emenda que cuida do federalismo norte-americano de 1789. A Guerra da Secessão, ocorrida entre 1861 e 1865, afirmou o federalismo nos Estados Unidos, pois foi vencida pela União.

Sobre a emenda X, importante o registro de que no *The Federalist Papers*, principalmente Hamilton procurava explicar, por meio dos seus artigos, que os Estados que comporiam a federação americana que se desenhava, na nova era que se esboçava sob os auspícios da Constituição Federal que nascia naquele momento, não ficariam esvaziados. É o que se extrai do trecho do *paper* 32, publicado no mês de janeiro de 1788:

Uma total consolidação dos Estados numa única e completa soberania nacional implicaria uma total subordinação das partes, e quaisquer poderes que pudessem ficar para elas seriam inteiramente dependentes da vontade geral. Mas como o plano da Convenção visa apenas uma União ou consolidação parciais, é claro que os Governos dos Estados reteriam todos os direitos de soberania que anteriormente detinham, e que não fossem, por essa lei, exclusivamente delegados nos Estados Unidos. (HAMILTON; MADISON; JAY, 2011, p. 292).

As 10 primeiras emendas são assim um exemplo de concisão, do dizer e também do não dizer, uma tentativa de preservar a tênue federação, pois conforme bem lembra Maciel (2016, p. 4), a Constituição norte-americana é também considerada a grande constituição do silêncio.

Importante destacar ainda que das impressões de Tocqueville, em sua famosa incursão de alguns meses pelos Estados Unidos na primeira metade do século XIX, extraem-se passagens que resultaram de suas observações que de plano não sinalizam para o espírito que forjou a nacionalidade estadunidense. Um exemplo de narrativa, aparentemente despida de sintomas mais efetivos, podemos observar abaixo:

Deparamos aqui e ali, no seio da sociedade americana, com almas tomadas por um espiritualismo exaltado e quase feroz, tal como não encontramos na Europa. Surgem, de tempo em tempo, seitas bizarras que se esforçam por abrir caminhos extraordinários para a felicidade eterna. As loucuras religiosas são comuníssimas nela. (TOCQUEVILLE, 2004, p. 163).

Dahl (2001, p. 102), ao mencionar a mesma visita realizada por Alexis de Tocqueville na primeira metade do Século XIX ao solo norte-americano, ocorrida no ano de 1830, recupera a seguinte impressão do historiador e magistrado francês:

[...] na época em que o jovem aristocrata francês Alexis de Tocqueville visitou os Estados Unidos em 1830, as primeiras cinco instituições políticas democráticas descritas anteriormente já haviam aparecido na América do

Norte. Essas instituições pareceram-lhe tão profundamente enraizadas e disseminadas que ele não hesitou em se referir aos Estados Unidos como uma democracia. Naquele país, dizia ele, o povo era soberano, “a sociedade se governa por si mesma” e o poder da maioria era ilimitado. (DAHL, 2001 apud TOCQUEVILLE, 1961, p. 102).

Tocqueville se mostrara “assombrado com a multiplicidade de associações em que os norte-americanos se organizavam para qualquer finalidade”. Dentre essas associações destacavam-se dois grandes partidos políticos. No entender de Dahl, pareceu a Tocqueville que nos EUA a democracia “era a mais completa que alguém poderia imaginar.” (DAHL, 2001 apud TOCQUEVILLE, 1961, p. 102).

A referência feita por Tocqueville a partidos políticos torna importante o registro de que após a independência dos Estados Unidos aquele país se dividia entre federalistas e antifederalistas, sendo os federalistas o segmento liderado nomeadamente por Alexander Hamilton, principal organizador e colaborador na série de artigos que ficou celebrizada como *The Federalist Papers*,<sup>118</sup> como dito.

Das observações de Tocqueville em “A Democracia na América” extrai-se a profunda admiração que ele passou a ter pelo federalismo norte-americano. “Ninguém poderia apreciar melhor que eu as vantagens do sistema federativo”, diz ele, acrescentando ver em um sistema federativo

[...] uma das mais poderosas combinações em favor da prosperidade e da liberdade humanas. Invejo a sorte das nações que puderam adotá-lo. Mas recuso-me a acreditar que povos confederados possam lutar por muito tempo, em igualdade de força, contra uma nação em que a força governamental seja centralizada. (TOCQUEVILLE, 2014, p. 192).

Tocqueville pareceu aqui antever o resultado da Guerra de Secessão que viria a ocorrer alguns anos após, consumindo centenas de milhares de vidas de norte-americanos, vencida ao final pela Federação, como foi a sua premonição.

Com dose de humor, ao comentar a Emenda X, Maciel menciona que o Estado Federal tornou-se a “ponte” entre a confederação de Estados e o Estado unitário, e que se na prática os constituintes de 1787 *inventaram* o Estado Federal, os doutrinadores alemães, desde então, *tentam explicá-lo na teoria...* (MACIEL, 2016, p. 407).

---

<sup>118</sup> A série de artigos produzida por Alexander Hamilton, com a colaboração de James Madison e John Jay. Dos articulistas, apenas Madison tornou-se presidente dos Estados Unidos. Hamilton, talvez o mais brilhante dos três, teve um destino trágico, tendo sido morto no ano de 1804 em um duelo travado com Aaron Burr, então vice-presidente da República (Burr foi vice na presidência de Thomas Jefferson).

Dentre as informações que chamam a atenção aos que se detêm no fenômeno estadunidense, aos observadores externos de hoje, está o fato de que nos EUA o amparo social não se dá tanto pela via pública, mas privada, e nesse contexto assomam historicamente restrições aos denominados direitos de segunda geração ou sociais de financiamento estatal, sendo as reticências que lá se verificam frente ao denominado *Obamacare*<sup>119</sup> um bom exemplo. O entendimento de que o ordenamento prestacional é caro à sociedade que produz e gera riquezas se faz presente na nação do norte, com repulsa àqueles que querem de algum modo se beneficiar de um estado para o qual não contribuíram, com recusa neste particular à fraternidade, um dos pilares do movimento revolucionário que pôs fim à monarquia na França e trouxe inspiração<sup>120</sup> ao mundo na mesma época em que os *país fundadores*<sup>121</sup> forjavam os EUA em 1787.

Feito esse apanhado, dá para estabelecer um paralelo e entender o que de fato interessa verdadeiramente ao direito constitucional norte-americano, no contraponto ao que nos ocupamos em matéria constitucional no Brasil. Aqui o constitucionalismo tem se ocupado em introduzir algo a ser buscado, no dirigismo.

---

<sup>119</sup> Trata-se de um sistema de saúde pública nos EUA, o “PPACA”, sigla em inglês para Lei de Proteção e Cuidado Acessível ao Paciente, programa social instituído no ano de 2010 na gestão Barak Obama e objeto de duras críticas dentro do movimento que culminou na gestão de Donald Trump. Lembrando que nos EUA até então havia apenas os sistemas de saúde privados, e é nesse cenário que surgiram resistências ao “Obamacare”. O interessante é que Donald Trump é acusado de ser “populista”, pecha que é contrária à ideia de supressão de direito sob os auspícios do Estado, caso do “Obamacare”, sendo que seu antecessor e criador do programa, Presidente Barak Obama, não.

<sup>120</sup> Ainda que sem a concordância de Edmund Burke.

<sup>121</sup> Os considerados *founding fathers*, ou “país fundadores” dos Estados Unidos são George Washington, Thomas Jefferson, John Adams, Benjamin Franklin, James Madison, John Jay, e Alexander Hamilton, sendo que Madison é considerado por muitos o principal “pai” da Constituição, opinião, por exemplo, de Eugene W. Hickok e Gary L. McDowell, que manifestaram esse entendimento na obra *Justice vs. Law – courts and politics in American society* (Nova York: The Free Press – a Division of MacMillan, Inc., 1993, p. 124).

## 4 OS DIREITOS SOCIAIS OU DE “SEGUNDA DIMENSÃO” E O DESENVOLVIMENTO

### 4.1 Os Direitos Sociais

O constituinte de 1986-88, dentro de uma proposta “dirigente” ou “programática”, como se teve a oportunidade de abordar, inseriu normas definidoras de tarefas e programas que terão que ser alcançados pela nação, e assim a Constituição Brasileira de 1988, no seu artigo 6º, tem elencados como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia,<sup>122</sup> o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. Sobre “desamparados” o artigo 203 do texto magno nos oferece uma pista acerca de quem seriam eles, entendendo-se da leitura como tais todos aqueles que necessitarem da assistência social brasileira, independentemente da contribuição à seguridade social, ou seja, toda e qualquer pessoa em situação de extrema vulnerabilidade ou necessidade<sup>123</sup> terá o amparo do Estado Brasileiro,<sup>124</sup> resultando garantido ainda, no inciso V do artigo, um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovarem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Tudo isso sem a necessidade de contribuição, o que nos remete à hipótese de que inclusive pessoas não nacionais, caso dos Venezuelanos que migram por força de um regime totalitário e ineficiente na gestão econômica (gestões Hugo Chávez e seu sucessor, Nicolás Maduro), e que hoje acorrem às fronteiras do país, poderão valer-se da cláusula de amparo em situação extrema.

O artigo 6º abre também a possibilidade de que todo aquele que não tenha “moradia”, por exemplo, acione o Poder Público exigindo essa prestação (um imóvel residencial), pois o texto lhe confere um direito público subjetivo nesse sentido, podendo, portanto, constranger judicialmente o Estado a lhe alcançar o que deve por

---

<sup>122</sup> O direito à moradia foi incluído no artigo 6º pela Emenda Constitucional nº 26, datada de 14 de fevereiro do ano de 2000.

<sup>123</sup> Essa é a dicção legal.

<sup>124</sup> E lembremo-nos aqui dos haitianos e, principalmente, venezuelanos, que têm acorrido ao país, aos milhares, em busca de refúgio, que não estão evidentemente excetuados do alcance social da Constituição Brasileira.

força da definição da prestação inserta no texto da Carta. Não se cuidará de pedido juridicamente impossível, ou que falte ao eventual autor da ação o requisito do “interesse”, na dicção do atual artigo 330, III, do Código de Processo Civil,<sup>125</sup> pois que direito assegurado na Constituição.

Esse é um constitucionalismo evidentemente generoso, dito por seus defensores como dirigente, mas que ao ser escrito os seus elaboradores evidentemente não se socorreram de economistas, tanto que o artigo seguinte, o 204, ao tentar esclarecer de onde sairiam os recursos, menciona o orçamento da seguridade social (que estaria previsto no artigo 195), consignando também que os recursos poderiam advir de “outras fontes”, sem dizer quais seriam essas fontes, muito provavelmente relegando a uma elevação futura da carga tributária, o que de fato veio a acontecer, pois o Brasil, como se teve a oportunidade de comentar, possui uma das mais altas cargas tributárias do mundo atualmente, sob a égide da Constituição de 1988, sendo que a relação custo x benefício, ou seja, aquilo que o contribuinte recebe em troca do que contribui, é uma das piores do planeta, haja vista que com carga tributária em torno de 35% do Produto Interno Bruto (PIB) o pagador de impostos no Brasil não conta com excelência em segurança, saúde, e educação, tripé normalmente mencionado em ambiente de estado de bem estar social.

Cria-se a perniciosa situação então em que o contribuinte contribui, mas pouco ou nada recebe em troca, em uma relação perversa e desfavorável. Entre os 30 países com maior carga tributária do mundo, o Brasil está na 14ª posição e é o que proporciona um dos piores retornos dos valores arrecadados à sociedade, lamentavelmente.<sup>126</sup>

---

<sup>125</sup> Artigo 330, III, do NCPC: A petição inicial será indeferida quanto: III – o autor carecer de interesse processual.

<sup>126</sup> Disponível em:

<[https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2017/04/03/internas\\_economia,859247/imposto-no-brasil-e-alto-mas-o-retorno-em-servicos-e-baixo.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2017/04/03/internas_economia,859247/imposto-no-brasil-e-alto-mas-o-retorno-em-servicos-e-baixo.shtml)>. Acesso em 19 nov. 2018.

## 4.2 A forte presença do direito do trabalho no Brasil

A obsessão por direitos sociais em nível constitucional que há no Brasil talvez derive de grau de vergonha nutrido pelo segmento dirigente do país. É o caso do Direito do Trabalho, em grande medida assegurado na Constituição de 1988, transformando-se a Justiça do Trabalho em desaguadouro de mazelas, em que a culpa dos mais favorecidos é expungida por meio daquele judiciário especializado, em uma espécie de purgação pelo sucesso obtido por alguns em meio à pobreza generalizada.

Existindo uma justiça especializada à disposição, nada mais natural então do que a tentativa de efetivar os direitos sociais de viés trabalhista inseridos na Carta. Essa obsessão brasileira por direitos sociais tem base filosófica. Busca a igualdade material.

O Brasil seguiu caminho diverso do tomado pelos Estados Unidos. Na nação do norte, como refere Maciel (2016, p. 50), a influência maior foi de John Locke,<sup>127</sup> o filósofo e teórico político que mais contribuiu na edificação daquele Estado. Para Locke, diversamente de Hobbes,<sup>128</sup> o homem não era mau ao nascer e somente a sociedade politicamente organizada era capaz de tirá-lo do estado da natureza, onde imperava a força bruta (MACIEL, 2016, p. 51). A sociedade civil cria o Estado para proteger os direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade. Como Rousseau,<sup>129</sup> Locke entendia que o homem não nascia mau, sendo que Rousseau formulou inclusive a teoria do “bom selvagem”.

Locke tinha como base de verificação as leis da natureza, afirmando que a força obrigacional das leis da natureza era perpétua e universal (LOCKE, 2007, p. 150). Sobre o que entendia por leis humanas se revestindo de mera formalidade ou de materialidade, escreveu o seguinte:

Afirmo, então, que a obrigatoriedade das leis humanas pode ser de duas espécies, **material e formal**. (i) A obrigação é “material” quando a própria coisa que constitui matéria de uma lei humana obriga a consciência por si mesma; quando, já era inquestionavelmente necessária em virtude da força da lei divina antes da introdução de uma lei humana. (ii) A obrigação é “**formal**” quando uma coisa sob outros aspectos indiferente é imposta ao povo pelo poder legítimo do magistrado e obriga a consciência. A primeira

<sup>127</sup> Filósofo e teórico político inglês que viveu de 1632 a 1704.

<sup>128</sup> Thomas Hobbes. Filósofo e teórico político inglês, que viveu de 1588 a 1679.

<sup>129</sup> Jean-Jacques Rousseau, filósofo e teórico político suíço, que viveu de 1712 a 1778.

destas obriga por sua própria natureza, a outra, em virtude do alcance da ordem do magistrado. (LOCKE, 2007, p. 95, grifo nosso).

Para Locke quando muitos homens em diferentes tempos e lugares afirmam uma e mesma coisa como verdade certa, essa coisa precisa estar relacionada a uma causa universal (LOCKE, op. cit., p. 104), extraindo que o primado da igualdade não tinha consistência material para ele, ou seja, a igualdade que deveria existir era a formal e que depois cada um procurasse desenvolver suas potencialidades conforme sua capacidade individual, base filosófica de formação da nação estadunidense.<sup>130</sup> A igualdade para a filosofia lockiana é a de acesso, relacionada à igualdade de oportunidades. Por seu turno o filósofo suíço<sup>131</sup> defendeu a necessidade de uma igualdade material, inspirando os revolucionários franceses de 1789 nesse sentido<sup>132</sup> e em larga medida o pensamento brasileiro, mormente o acadêmico, expandindo-se para a atuação política.

Oakeshott, em *Sobre a História e Outros Ensaios*, ao tratar sobre a “regência da lei”, manifesta resistência ao direito natural, ao distinguir o justo do legal:

A regência da lei também não exige ou nega nenhum outro tipo de relacionamento; ela exclui modalmente todos os outros e prescreve as condições de um severo e indiferente tipo de fidelidade ou ritualismo que modifica sem emascarar o caráter voluntário da conduta humana. Ela distingue *jus* de *lex*, reconhece um tipo de discurso moral apropriado à deliberação do que é *jus* e *injus*, e, contudo, é um modo de relacionamento auto-sustentável no que diz respeito à determinação da autenticidade da *lex*. (OAKESHOTT, 2003, p. 228).

Porém, o que o norte-americano médio sempre quis foi a igualdade de possibilidades, estando o sonho americano (*american dream*) baseado nisso, na ideia de que todos são livres na busca do próprio desenvolvimento, dentro da noção de igualdade de Locke, a do igual acesso, igualdade formal, não material. Nesse ideário se apoia o *ethos*<sup>133</sup> nacional dos Estados Unidos, cultura que pugna, portanto, pelo afastamento do Estado de qualquer ingerência na vida privada do cidadão, que em contrapartida também não quer nada do Estado (prestação alguma), exceto que o Estado lhe garanta segurança, a liberdade e os meios de acesso ao atingimento do sucesso e, em consequência, da “igualdade” formal

<sup>130</sup> Posição de Locke.

<sup>131</sup> Rousseau.

<sup>132</sup> O lema da Revolução Francesa: *liberté, égalité, fraternité*, é atribuído ao humanista Étienne de La Boétie, anterior a Rousseau.

<sup>133</sup> Conjunto de costumes e hábitos fundamentais característicos de uma coletividade.

lockiana. Para Maciel, o americano da fundação da República, e mesmo aquele da época da expansão geográfica do país, tinha aversão a qualquer interferência do Estado em sua vida privada. (MACIEL, 2016, p. 59).

O jurista mineiro rememora que Francis Fukuyama, porém, faz a seguinte observação sobre o espírito norte-americano:

Continua sendo exato que os americanos tendem a ser antiestatistas, a despeito da substancial expansão do governo nos Estados Unidos do século XX. Mas esses mesmos americanos antiestatistas submetem-se à autoridade de uma série de grupos sociais intermediários, inclusive famílias, igrejas, comunidade locais, locais de trabalho, sindicatos e organizações profissionais. (MACIEL, 2016 apud FUKUYAMA, 1996, p. 59).

Mas para Fukuyama sempre houve uma associação histórica entre a ascensão da democracia e a ascensão do primado da lei liberal.

[...] a ascensão do governo responsável na Inglaterra era inseparável da defesa do Direito Comum. A extensão do primado da lei para que se aplicasse a círculos mais amplos de cidadãos sempre foi vista como componente fundamental da democracia. Esta associação continuou através das transições democráticas da terceira onda depois de 1975, quando o colapso das ditaduras comunistas levou à ascensão da democracia eleitoral e à criação de governos constitucionais que protegiam os direitos individuais. (FUKUYAMA, 2013, p. 512).

Feita uma verificação dentro da ideia do primado da lei e da proteção aos direitos fundamentais individuais, ao trazermos o exame para o Brasil, em que arraigado o anseio de igualdade de base rousseuniana, o Direito do Trabalho e a Justiça do Trabalho acabaram por sedimentar assento, e com isso evidentemente surgiram resistências por parte dos empregadores que passaram a entender que aquele não seria um Judiciário exatamente adequado ou justo, resultando na reforma imposta pela Lei 13.467/2017, que não obstante tímida pela limitação constitucional, pois boa parte do Direito do Trabalho do país está na Constituição, trouxe muito desconforto exatamente pela crença de que o enfraquecimento de direitos de cunho laboral resulta em prejuízo à aspiração de busca pela igualdade.

A Justiça do Trabalho não existe apenas no Brasil, como já lembrado aqui, pois há em países tidos como desenvolvidos como Espanha e Alemanha, cujo modelo jurisdicional – uma justiça especializada – tem semelhança com o daqui.<sup>134</sup>

Já no que se refere aos Estados Unidos, que não possuem judiciário especializado do trabalho, ainda assim há muitas ações de fundo trabalhista, dada a

<sup>134</sup> Na Alemanha há um Tribunal Federal do trabalho (Bundesarbeitsgericht).

grandeza da economia e diversidade das relações de trabalho naquele país, pois nos EUA há competência concorrente entre as esferas federal e estadual para apreciação do tema trabalhista, como verificado anteriormente.

No Brasil, ao adotarmos um sistema protetivo, baseado no contrato mínimo da CLT, com esteio alargado na Constituição de 1988, damos margem a um maior volume de conflitos, estabelecendo-se uma cultura que decorre em boa medida da excessiva regulamentação.

A natureza inabdicável dos direitos trabalhistas é circunstância apegada ao ambiente brasileiro, impregnado de conceitos como o da irrenunciabilidade, conforme antes esmiuçado em que mencionados os magistérios de Sergio Pinto Martins e Carmen Camino, e essa natureza imperativa e “inabdicável” de base formal do Direito do Trabalho no Brasil leva à indagação sobre se a excessiva regulamentação trabalhista, o contrato mínimo com hierarquia constitucional, assegura de fato a inserção (e aproximação da igualdade material) ou significa muito mais o reverso disso, o entrave ao desenvolvimento, e sendo assim fator que provoca maior exclusão do que inclusão, uma ainda maior desigualdade.

Como vimos, a Constituição de 1988, com a vasta regulamentação de âmbito social que contém, acaba por se tornar onerosa ao setor produtivo privado e ao Estado, e a Carta de 1988 resulta de um provável componente de revanche, pois as duas décadas anteriores haviam sido marcadas por um período de exceção, em que para uma narrativa existente no país, o segmento trabalhador, entendendo-se trabalhador pelo conceito marxista como sendo todo aquele que se submete a um empregador e tem o seu trabalho parcialmente expropriado pela mais-valia, havia sido relegado a um plano secundário, com priorização do capital, notadamente internacional/multinacional.

Adveio daí então a necessidade de que se assegurassem na esfera constitucional os direitos sociais, pois o país estava a necessitar, entendia-se, da positivação de direitos voltados à porção mais despossuída do estrato social. Aquele consenso que se formou à época visou a elaboração de uma constituição “dirigente”, hipótese em que o direito constitucional estaria a induzir o alcance de medidas protetivas ainda mais alargadas do que as já previstas na Consolidação das Leis do Trabalho.

Como a Constituição de 1988 não produziu efetiva inclusão, pois escrita sem diálogo com a ciência econômica, afloraram propostas de redução das atribuições impostas ao Poder Público e ao setor produtivo. Na esfera da previdência pública a discussão que passou a existir é se convinha manterem-se exíguos os tempos de contribuição, com períodos longos de percepção dos benefícios, que cada vez se tornam mais significativos em razão da maior expectativa de vida dos provisionados, ou se seria momento de uma reforma que espancasse o déficit no setor.

No âmbito puramente trabalhista, como mencionado anteriormente, houve a Lei 13.467/2017, que alterou várias disposições da Consolidação das Leis do Trabalho, sem alteração ou supressão, entretanto, dos direitos assegurados na Constituição, protegidos que estão pelo quórum qualificado e pelo entendimento de que são direitos que não podem sofrer “involução”, havendo aqueles que sustentam, inclusive, a interpretação extensiva do caráter pétreo do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição de 1988, a abranger também os direitos sociais. É o caso de Ingo Sarlet, que defende uma interpretação “sistemática” da Carta de 1988, chegando mesmo a professar o entendimento de não restar

[...] qualquer dúvida de que o princípio do Estado Social, bem como os direitos fundamentais sociais, integram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais (assim como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados – mesmo não estando expressamente previstos no rol das “cláusulas pétreas” – autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional [...] (SARLET, 2015, p. 442).

Sustenta o constitucionalista gaúcho, em reforço à sua argumentação de base anticapitalista, que não teria sentido algum existir um extenso rol de direitos sociais no título de direitos fundamentais da Carta e ao mesmo tempo terem esses direitos (sociais), proteção diminuída (op. cit., p. 442).

Lembra Alexandre de Moraes, por seu turno, que na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 93907/DF o Ministro Carlos Velloso à época manifestou o entendimento de que os direitos e garantias sociais fossem erigidos à condição, também, de cláusulas protegidas pelo artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, sendo que à mesma ocasião o Ministro Marco Aurélio afirmou a relação entre direitos sociais e individuais, comungando do mesmo entendimento do Ministro Velloso no sentido de que aqueles (os direitos sociais) também deveriam ser

considerados imutáveis (MORAES, 2016, p. 376-377). Afirmando o hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, o seguinte:

Concordamos com as posições sustentadas acima, pois entendemos que alguns direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, são cláusulas pétreas, na medida em que refletem os direitos e garantias individuais do trabalhador, uma vez que, nossa Constituição Federal determinou a imutabilidade aos *direitos e garantia individuais*, estejam ou não no rol exemplificativo do artigo 5º (MORAES, 2016, p. 377).

Ocorre que o artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, estabelece não poder ser objeto de proposta de emenda iniciativas que visem abolir direitos e garantias “individuais”, que são aqueles arrolados no artigo 5º, da Carta. Os direitos elencados no artigo 6º não estão albergados pela cláusula protetiva do artigo 60, § 4º, IV, sendo demasiado cogitar-se que direitos suscetíveis como são os trabalhistas, cujos agentes envolvidos – empregador e trabalhador – são intensamente submetidos às instabilidades da ordem econômica e das exigências de mercado, não possam sofrer alteração, inclusive para menos, caso hipotético, por exemplo, da fixação do adicional de férias ou de horas extras.

Como verificado, fala-se no Brasil em impossibilidade de “retrocesso” ou “involução”<sup>135</sup> no que tange aos direitos sociais, locuções que servem ao entendimento de que sendo a Carta Brasileira de 1988 uma Constituição “dirigente” e nela estando previstos direitos sociais, que esses direitos não poderão de modo algum em momento algum ser objeto de propostas de alteração que impliquem em “retrocesso” ou “supressão”, ainda que parcial, desses direitos. Seria o “efeito catraca”, ou “cliquet”, situação em que um direito social não pode ser retirado do ordenamento sem que outro de igual hierarquia, ou ainda mais favorável àquele segmento a que se destina, o substitua.

Nesse ínterim os cidadãos e empresas brasileiros pagam próximo ao que os canadenses<sup>136</sup> pagam de impostos e recebem contrapartida estatal muito distante da que recebem os cidadãos daquele país. Mesmo com carga tributária em torno dos 35% do Produto Interno Bruto (PIB), ainda assim menos, por exemplo, do que

---

<sup>135</sup> Por exemplo: Ingo Sarlet (2015, p. 453).

<sup>136</sup> Conforme Sandra Manfrini, da Agência Estado, a proporção dos tributos no Brasil, em relação ao PIB, no ano de 2010, foi maior do que em 17 países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico OCDE), o que inclui, além do Canadá, os Estados Unidos, a Austrália, Japão, Nova Zelândia, Espanha e Suíça. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,carga-tributaria-do-brasil-e-maior-que-em-17-paises-da-ocde,134633e>>. Acesso em 19 nov. 2018.

Dinamarca, Suécia, Itália e Bélgica, o Brasil não atende suficientemente nem ao que é básico em Administração Pública com atribuições historicamente reservadas ao Poder Público.<sup>137</sup> Assim, como manter incorporados à Carta direitos que claramente não contêm a dita materialidade *constitucional*, sem que se considere que a manutenção possa estar a alimentar o desequilíbrio fiscal e déficit público?

Os países europeus acorridos pelo fenômeno migratório, a maior parte há tempos experimentando o estado do bem estar social, ou *welfare state*, ou social-democracia de inspiração Keynesiana,<sup>138</sup> ainda que firmemente alavancados na livre iniciativa econômica, têm reagido de modo diferente no plano institucional, com o Reino Unido inclusive votando pela saída da União Europeia na tentativa de escapar dos efeitos do êxodo dos países pobres e acometidos por guerras.

#### **4.3 A ausência de relação entre o progresso de uma nação e a positivação de direitos prestacionais. O caso mexicano**

Há evidentemente outras causas que conduzem uma Constituição a ser duradoura e também causas diferentes que alimentam ou produzem crises, que não o fato tão só de uma Carta possuir uma maior ou menor carga prestacional, mas quando se fala em crise, e temos vários exemplos no Brasil pós-1988, elas invariavelmente remetem à seara constitucional, como a experimentada pela premência de reforma no âmbito previdenciário, reengenharia das contas públicas que necessita de enfrentamento no Brasil para que o país possa se reequilibrar e voltar a investir, principalmente em infraestrutura.

E nessa discussão ingressa a indagação sobre se haveria espaço para a supressão de direitos sociais do catálogo rígido da constituição. Por ser o modelo rígido e em grande medida “pétreo”,<sup>139</sup> em princípio a resposta poderia ser não, mas

---

<sup>137</sup> Fala-se aqui em segurança e saúde públicas.

<sup>138</sup> Na primeira metade do século passado, John Maynard Keynes (1992) defendia a maior intervenção do estado na economia, não afastando a hipótese da elevação da carga tributária, ao contrário, pugnando por ela, para o atingimento da justiça social, na forma da prestação estatal às camadas mais pobres do estrato social. Atualmente, um dos que podem ser citados no âmbito da economia em sentido semelhante é Thomas Piketty (2014), autor de “O capital no século XXI” e também defensor da ideia keynesiana de que os governos podem ou até mesmo devem gastar o dinheiro que não têm, e que isso não será, necessariamente, deletério à ordem econômica, pois as benesses emergentes do investimento público compensarão, em visão econômica que em realidade perde terreno no Século XXI.

<sup>139</sup> Há autores, como se verificou anteriormente, que sustentam que os direitos sociais são cláusula pétrea, ou seja, defendem que a interpretação sobre o alcance da norma protetiva contida no artigo

uma nova assembleia nacional constituinte, um novo poder constituinte originário, obviamente que poderia, sim, estabelecer bases outras, mais sólidas de refundação dos pilares em que erigida a estrutura da nação, hipótese em que os direitos sociais, em tese, poderiam ficar excluídos do catálogo máximo, porém atendidos na planície da legislação ordinária e, principalmente, haveria efetiva inclusão em virtude do desenvolvimento econômico que adviria de um Estado com menor carga de atribuições, centrado apenas no essencial. Seria uma Constituição com melhor diálogo com a ciência econômica, como a norte-americana, que vige há mais de 230 anos, muito provavelmente por não ser antieconômica.

Nesse diapasão discorda-se respeitosamente da posição de autores dos dias de hoje, de orientação marxista, no sentido de que direitos fundamentais individuais representariam uma matriz “liberal-burguesa” superada, que se situa no passado e que a previsão de direitos sociais no catálogo magno significam avanço e inclusão social.

Nessa linha, segundo o magistério de Sarlet,

[...] Os direitos fundamentais a prestações enquadram-se, como já visto, no âmbito dos direitos da segunda dimensão, correspondendo à evolução do Estado de Direito, de matriz liberal-burguesa, para o Estado democrático e social de Direito, incorporando-se à maior parte das Constituições do segundo pós-guerra. No constitucionalismo pátrio, em que pese uma tímida previsão de direitos a prestações sociais na Constituição de 1824, foi a carta de 1934, inspirada, principalmente, nas Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), que inaugurou a fase do constitucionalismo social no Brasil, passando a integrar os direitos fundamentais da segunda dimensão ao nosso direito constitucional positivo. [...] (SARLET, 2015, p. 192).

Sem desmerecer o importante entendimento, não há como se ignorar o constitucionalismo norte-americano, e pela linha de entendimento acima transcrita ter-se-á que considerá-lo ultrapassado, pois que baseado em direitos de defesa do cidadão contra abusos de âmbito existencial e não muito mais do que isso. A indicação, portanto, de que o direito constitucional estadunidense possua matriz “liberal-burguesa” e que, por isso, se mostraria ultrapassado ou superado, talvez corresponda a um exagero ou equívoco.

Dentro dos exemplos ofertados no magistério de Sarlet, a Constituição Brasileira de 1934 foi substituída pela de 1937. A Constituição alemã de Weimar

---

60, § 4º, IV, da Constituição de 1988, deve ser extensiva aos direitos sociais, casos de Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 442) e Alexandre de Moraes (2016, p. 377).

teve vigência efetiva de 1919 a 1933, ou seja, ambas não duraram muito, e a Constituição mexicana de 1917 é o mais longo dos três exemplos citados, sendo considerada a Constituição que inaugurou o denominado constitucionalismo social, em que incorporadas previsões prestacionais positivas a serem levadas a efeito pelo Estado em favor do social, impregnada desde aquele momento pelo dirigismo ou protagonismo estatal, mas que não fez do México uma nação desenvolvida sob o ponto de vista da economia, do acesso da sua população a um estágio de bem estar social.

Como se verifica da aplicação prática dos dois modelos constitucionais, o social mexicano de 1917,<sup>140</sup> e o baseado em obrigações estatais negativas dos Estados Unidos da América de 1787 e 1789, é fato notável que o norte-americano tornou-se muito mais inclusivo, haja vista o desenvolvimento econômico dos dois países, considerando-se que o produto interno bruto (PIB) do México no ano de 2017 indicou a cifra de 1.149,92 (um trilhão, cento e quarenta e nove bilhões, noventa e dois milhões de dólares), e o norte-americano, no mesmo ano de 2017, correspondeu a 19.390,60 (dezenove trilhões, trezentos e noventa bilhões, sessenta milhões de dólares), o maior PIB mundial.<sup>141</sup>

A enorme quantidade de cidadãos mexicanos que de modo sistemático querem ingressar em solo norte-americano pela fronteira existente entre os dois países, inclusive ilegalmente, para lá se instalar e ganhar a vida, é fato que comprovaria a superioridade do modelo constitucional norte-americano, dentro da perspectiva imposta pelo determinismo constitucional.

Se o festejado constitucionalismo social mexicano fosse inclusivo na prática, deveria ser o contrário, ou, na pior das hipóteses, os mexicanos pobres deveriam querer ficar no México a fim de usufruírem dos reflexos positivos da Constituição social que já produz efeitos há mais de 100 anos.

No entanto, contrariando a posição de grande parte da doutrina, o mexicano pobre quer é ingressar nos Estados Unidos, cuja Constituição é exígua, sem os

---

<sup>140</sup> A Constituição dos Estados Unidos Mexicanos de 1917 resulta de um processo de conflagração social da época e que teve influência da doutrina anarcossindicalista do século anterior, o XIX, influenciada que foi igualmente pelo ideário de Karl Marx, que diagnosticava a existência de uma sociedade de classes, com uma superestrutura e uma infraestrutura social com interesses fundamentalmente divergentes, vaticinando esse ideário (marxista) pela ascensão da classe trabalhadora ao poder e o conseqüente fim – previsto pela doutrina marxista - do sistema capitalista.

<sup>141</sup> Disponível em: <<https://pt.tradingeconomics.com/country-list/gdp>>. Acesso em 22 out. 2018.

denominados direitos de segunda geração ou sociais. O porquê disso é o centro do exame proposto nesta dissertação.

Os dois modelos, o mexicano e o norte-americano, se prestam à comparação, eis que países vizinhos, mas com Constituições em sentido oposto, uma, a norte-americana, exígua, se ocupando apenas dos direitos sociais e dos direitos de defesa, a outra, a mexicana, que inaugurou o constitucionalismo de segunda geração, prolixa, sendo a que principiou o legado da positivação em *standard* constitucional dos direitos sociais.

Qual seria o modelo mais adequado diante da aplicação de largo tempo dos dois paradigmas é a indagação que pode ser formulada neste momento, cuja resposta não parece ser difícil de ser dada, a menos que se esteja ainda inebriado pela promessa igualitária formulada pelo marxismo no século XIX, igualdade que nunca poderá ser material, como vaticinada pelo marxismo e isso ocorre não pela ausência de tentativas, mas pela absoluta impossibilidade no terreno dos fatos.

A Alemanha, que tem uma Constituição dita social, não serve de exemplo em contrário, pois em momento algum lá houve dúvidas do caminho a seguir. A cláusula socialista do artigo 15 da *Grundgesetz* nunca foi levada a sério pelos alemães. Dispõe, com efeito, o artigo 15, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha:

Artigo 15

[Socialização]

Com a finalidade da socialização e por meio de uma lei que regule a forma e o montante da indenização, o solo, as riquezas naturais e os meios de produção podem ser transferidos para a propriedade pública ou para outras formas da gestão coletiva. Para a indenização, aplica-se por analogia o artigo 14 § 3, frases 3 e 4.<sup>142</sup>

É cláusula socialista<sup>143</sup> que jamais foi adotada de fato pelos alemães ocidentais, exceto em desapropriações destinadas à expansão da infraestrutura do país. Sendo a Alemanha nação com vocação para a iniciativa privada e o capitalismo, a transferência dos meios de produção para o setor público é letra

---

<sup>142</sup> No original:

[Sozialisierung]

Grund und Boden, Naturschätze und Produktionsmittel können zum Zwecke der Vergesellschaftung durch ein Gesetz, das Art. und Ausmaß der Entschädigung regelt, in Gemeineigentum oder in andere Formen der Gemeinwirtschaft überführt werden. Für die Entschädigung gilt Artikel 14 Abs. 3 Satz 3 und 4 entsprechend.

<sup>143</sup> Pela referência a “meios de produção” (“produktionsmittel können”).

morta. A introdução da expressão *produktionsmittel können* na Constituição Alemã, portanto, e possibilidade de encampação dos meios de produção pelo setor público, decorre simplesmente da força das ideias marxistas no ano de 1949, e do início da “guerra fria”, com a influência da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas no período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial. Assim, a Alemanha Ocidental, muito embora o artigo 15 da sua Lei Fundamental, nunca optou pelo “socialismo”, mesmo expressamente autorizada.

Sobre a Constituição norte-americana e sua verdadeira fundamentalidade, torna-se relevante destacar que a obra de John Locke sofreu restrições ao longo do século XX, advindas das correntes de matriz marxista, muito por ter vivido e externado o seu pensamento no século XVII, baseado em observações acerca do direito natural. Interessante notar, entretanto, que ao redigir ensaios sobre o que entendia por “lei da natureza”, Locke não constrói o seu raciocínio com base exclusivamente na existência de “proposições morais inatas”:

[...] Ora, por nossa investigação sobre a lei de natureza estar escrita nas almas dos homens entendemos o seguinte: a saber, se existem proposições morais inatas na mente e, por assim dizer, gravadas nela, de tal modo que lhe são tão naturais e familiares como as próprias faculdades, ou seja, a vontade e o entendimento, e se, imutáveis e sempre claras como são, fazem-se conhecidas de nós sem nenhum estudo ou consideração deliberada. Os argumentos seguintes, contudo, mostram que não existem tais impressões da lei de natureza em nossos corações. (LOCKE, 2007, p. 119).

A influência de Locke na edificação do Estado norte-americano a que se refere Maciel (2016, p. 50) talvez se deva em grande medida ao fato de que a Constituição de 1787 e o Bill of Rights de 1789 tenham sido produzidos sem a influência da avassaladora promessa de igualdade material do marxismo, ou seja, despida da contaminação do ideário marxista que dominou o mundo depois, a partir da segunda metade do século XIX.

No Brasil parte-se da teoria desenvolvida por Bobbio (2004, p. 32) do direito em gerações, procurando estabelecer com isso uma ordem cronológica dos direitos reconhecidos constitucionalmente, em uma ideia de passos para frente, sem a possibilidade de “involução”, ou “retrocesso” de que fala Sarlet.

Haveria direitos de primeira, segunda e terceira geração, e inclusive de quarta geração, relacionados, esses últimos, à engenharia genética.<sup>144</sup> E há ainda os que falam em direitos de 5ª e 6ª geração, conforme lembra Sarlet (2015, p. 45).

Para o entendimento do Direito Constitucional em gerações (ou dimensões), os primeiros direitos surgidos teriam sido os individuais, tidos como de primeira geração, decorrentes do liberalismo, época em que o Estado tinha a preocupação (negativa) precípua, para esse raciocínio, de preservar principalmente a propriedade. Essa ideologia de entendimento da base constitucional, de orientação marxista, pugnou então que com o surgimento do socialismo, o Estado, a fim de evitar a exploração do homem pelo homem, tinha que garantir direitos no âmbito não somente individual, mas coletivamente, não apenas em uma concepção negativa, mas positiva, cujo valor maior a ser alcançado seria a igualdade. A preocupação era com a igualdade material. Nesse momento passou a ser almejada uma atuação, como se mencionou anteriormente, positiva do estado. Nascem assim os direitos sociais na órbita constitucional, primeiramente na Constituição Mexicana de 1917.<sup>145</sup> Após, na Constituição de Weimar de 1919. Na Constituição brasileira de 1988 esses direitos estão positivados principalmente no artigo 6º.

Os direitos tidos como de terceira geração, por sua vez, têm o valor fraternidade como vetor, e estão relacionados à solidariedade, ao direito à paz, ao desenvolvimento e à preservação do meio ambiente, e esses não são objeto de ocupação precípua neste trabalho.

Os tidos como de primeira e segunda geração são direitos cuja titularidade é individual. Os de terceira geração, entretanto, seriam de titularidade coletiva, sendo relevante estabelecer quais sejam, então, os direitos identificados na Constituição brasileira de 1988 como fundamentais.

Importante antes destacar que a nacionalidade é o pressuposto para o exercício de outros direitos. Há a necessidade do povo, do território, e do poder soberano para que se tenha um Estado, só constituindo “povo” aquele que é

---

<sup>144</sup> Paulo Bonavides manifesta o entendimento de que direitos de “quarta geração” representariam o direito à democracia, à informação e ao pluralismo (BONAVIDES, 2000, p. 525).

<sup>145</sup> A Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, datada de 5 de fevereiro de 1917, ou seja, 9 meses antes da Revolução Socialista que originou a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, prevê (está ainda em vigor), direitos sociais principalmente nos seus artigos 5º e 123.

nacional.<sup>146</sup> A nacionalidade, para uma melhor compreensão, é o vínculo jurídico entre o indivíduo e o Estado. No Brasil há dois critérios para a nacionalidade. O critério territorial (*jus soli*), que está no artigo 12, I, “a”, da Constituição Federal de 1988, que dispõe serem brasileiros os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país. Ou seja, todo aquele que nasce no território brasileiro tem nacionalidade brasileira, sendo a única exceção o ser filho de representante estrangeiro. Por outro lado, se o indivíduo não nasceu no território brasileiro, mas é filho de brasileiro, opera-se o direito de sangue, ou *jus sanguinis*, hipótese positivada na alínea “b” do inciso I do artigo 12 da CF/1988: são também brasileiros natos os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil.

Há ainda a figura do nato potestativo, que é quando o indivíduo nasce no estrangeiro, porém os pais o trazem, querendo, para registro no Brasil. É a hipótese da alínea “c” do inciso I do artigo 12 da Carta de 1988:<sup>147</sup> são considerados brasileiros natos também os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira.

Impende aqui ainda lembrar que o Brasil não admite a figura da dupla cidadania, motivo pelo qual o indivíduo que se habilitar a ser nacional brasileiro terá necessariamente que optar pela nacionalidade brasileira, o que implicará em renúncia à de origem. A exceção é quando o outro país admite a de origem e neste caso pode haver a dupla cidadania, mas não com chancela originária brasileira.

Sendo brasileiro nato, o indivíduo não poderá ser extraditado ou banido (expulso) do país.<sup>148</sup> A Constituição de 1824 foi a única que previu o banimento. O Ato Institucional nº 16 promoveu a expulsão de nacionais do território brasileiro. Em decorrência do sequestro do Embaixador Norte-Americano, Charles Elbrick, houve a expulsão de indivíduos nacionais que estavam presos. Após, esses indivíduos que foram expulsos retornaram ao Brasil pela Lei da Anistia (Lei nº 6.683/1979). Para

---

<sup>146</sup> Há distinção entre os conceitos de “povo” e “população”. No conceito de população incluem-se estrangeiros e apátridas.

<sup>147</sup> A alínea “c” tem redação pela Emenda Constitucional nº 54/2007.

<sup>148</sup> Artigo 5º, XLVII, “d”, da Constituição Federal de 1988.

que se possa avançar na compreensão do que seja “nacional” ou “povo”, há a necessidade de que se distinga as figuras da extradição, da deportação e da expulsão.

O brasileiro nato nunca poderá ser extraditado, já o naturalizado, se o crime cometido no exterior é anterior à naturalização, poderá ser extraditado, e ocorre a pedido de um país estrangeiro. Já a deportação e a expulsão têm natureza administrativa, de competência exclusiva do Presidente da República, ao passo que a extradição é da competência do Poder Judiciário, pelo Supremo Tribunal Federal, mediante decreto do Presidente da República.<sup>149</sup> O expulso não poderá retornar ao país. Já o deportado sim, sendo a hipótese, por exemplo, do indivíduo que ingressa no território brasileiro sem observar o vencimento do visto. É situação para deportação, mas nesta situação exemplificativa, quando o indivíduo estiver com o visto regularizado, poderá retornar, o que o difere da condição do extraditado, que fica em situação de não retorno. Ou seja, tudo o que foi dito acima sobre nacionalidade é para demarcar que o cidadão nacional brasileiro é titular pleno de direitos previstos na Constituição de 1988. Mas alguns direitos básicos são estendidos inclusive a não nacionais, quando estes se encontram em situação de vulnerabilidade, ou fragilidade social, em território nacional.

No que se refere aos direitos fundamentais, há o grupo dos direitos negativos ou direitos de defesa e o grupo dos direitos positivos ou direitos a prestações. O critério destas classificações é o objeto. Os direitos negativos, ou de defesa, são direitos a uma não intervenção estatal.<sup>150</sup> Já os direitos positivos, ou a uma prestação, são quando o indivíduo detém um direito subjetivo público face ao Estado. O direito à educação, por exemplo, que está previsto no artigo 6º combinado com o artigo 206 da Constituição Federal de 1988, não representaria apenas um

---

<sup>149</sup> O pedido de extradição é de um chefe de estado para outro. O pedido é encaminhado, na hipótese brasileira, ao Supremo Tribunal Federal. Há a necessidade do tratado de reciprocidade, e também a verificação se o crime praticado no exterior é também figura típica no Brasil. Também há a verificação acerca da incidência ou não do instituto da prescrição frente ao nosso ordenamento, e se o STF entender que há razão para extradição ele encaminha ao Presidente da República que, em atividade discricionária, pode extraditar ou expulsar, sendo que se for crime político não há extradição. Temos o emblemático caso no Brasil de Cesare Battisti a ilustrar o tema, em que o Presidente da República à época, Luis Inácio Lula da Silva, no último dia do seu segundo mandato, em 31/12/2010, negou a extradição de Battisti, em decisão de cunho ideológico (solidariedade ao companheiro de causa) e não técnica, de vez que Battisti estava condenado por crimes comuns na Itália.

<sup>150</sup> O indivíduo defende-se do Estado com a norma constitucional, esgrimindo a norma, ou seja, levando ou procurando levar o caso à Corte Constitucional.

direito positivo, ou a uma prestação estatal, mas também um direito negativo de igual acesso. Sarlet é um dos que têm posição nesse sentido:

Enquadram-se na noção de direitos sociais negativos (de cunho defensivo) os direitos subjetivos de caráter negativo (defensivo) que correspondem também à dimensão prestacional dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais a prestações. (SARLET, 2015, p. 181).

Ou seja, os direitos sociais teriam uma compreensão de corresponderem também a uma abstenção do Estado. Os direitos negativos ou de defesa são direitos de liberdade e para essa linha do entendimento do constitucionalismo eles teriam correlação com direitos prestacionais, pela imbricação desses com o direito de ir e vir, de igual acesso, de liberdade, etc.

Há limitações aos direitos fundamentais de cunho prestacional, ainda que para nacionais, e a principal delas é de ordem econômica, a simples disponibilidade ou não de dinheiro.

Mas há outras limitações, inclusive no tangente aos direitos de defesa, estabelecidas na própria Constituição. Um exemplo de limitação nessa seara é a que diz respeito ao direito de associação. Apenas para “fins lícitos”, dispõe o inciso XVII do artigo 5º da CF/88. Existem também as normas de eficácia contida, que dependem do legislador ordinário para a efetivação, sendo exemplo o que dispõe o inciso XIII do artigo 5º: é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Também há os limites implícitos, que decorrem do silêncio da Constituição, limites que emergem da observância de princípios e tratados internacionais: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (§ 2º do artigo 5º da CF/88).

A Súmula Vinculante 25 do Supremo Tribunal Federal estabelece ser ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Com isso no Brasil se adota a posição do artigo 11 do Pacto de San José da Costa Rica, que prevê que “ninguém poderá ser preso apenas por não cumprir com obrigação contratual”, bem como artigo 7º, 7, daquele Diploma internacional: “Ninguém deve ser detido por dívidas”. “Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente, expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

O Pacto de San José da Costa Rica é de 1966, mas foi aprovado pelo Parlamento Brasileiro no ano de 1991 (pelo Decreto Legislativo nº 226/91), e ratificado em 24 de janeiro de 1992, com incorporação pelo Decreto Presidencial nº 678/92.

No entanto, se é verdadeira a afirmação de que o legislador ordinário, em algumas situações, poderá limitar a extensão de direitos constitucionais, ele não poderá restringir sempre, havendo a necessidade de critérios, pena de deter uma procuração em branco, o que evidentemente lhe é defeso. O primeiro limite é o da reserva legal, devendo ainda, par e passo, observar os critérios da proporcionalidade e razoabilidade. Um direito somente poderá ser restringido, ou limitado, para salvaguardar outro.

No terreno da aplicação do direito pelo Poder Judiciário é comum que dois direitos fundamentais colidam. Um dos casos emblemáticos no Brasil diz respeito ao exame de Ácido Desoxirribonucleico (DNA), tendo o Supremo Tribunal Federal lavrado acórdão histórico no Habeas Corpus nº 71.373-4 – Rio Grande do Sul, desautorizando a condução “debaixo de vara”, para a coleta de material genético, de um demandado em ação de investigação de paternidade.<sup>151</sup> De um lado estava o direito fundamental à privacidade e intimidade (artigo 5º, X), do investigado, do outro o direito ao estado de filiação, também personalíssimo (artigo 227), do investigando, muito embora a Constituição de 1988 não estabeleça a primazia da filiação biológica para a caracterização do estado de filiação, trata-se de um direito fundamental o de buscar a identificação do pai biológico, sendo que no Habeas Corpus 71.373-4 o direito fundamental vencedor foi o direito à intimidade e vida privada de que trata o inciso X do artigo 5º, da Constituição Federal.

Mas dentro da ideia de inclusão ampla, toda e qualquer pessoa que viva no Brasil, ainda que ilegalmente, poderá vir a ser alcançada (beneficiada) por algum vetor prestacional existente, mormente na área da saúde pública.

---

<sup>151</sup> A ementa do julgado é a seguinte: “Investigação de paternidade. Exame DNA. Condução do réu “debaixo de vara”. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas. Preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer. Provimento judicial que em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.” Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em 19 nov. 2018.

Assim, dentro de um conceito amplo de materialidade constitucional, um estrangeiro não residente no país, pelo princípio da universalidade, é sujeito de direitos, inclusive fundamentais sociais, como na hipótese de vir a ser atendido em alguma unidade de emergência hospitalar pública do Brasil e não dispor de recursos para custear as despesas. Situação semelhante ao gozar do benefício da assistência judiciária gratuita em hipótese de processo judicial.

### **5.3 A Constituição “dirigente” de 1988 e a fragilidade que leva às reformas**

Uma Constituição pode ser reformada, o que decorre do poder constituinte derivado, que tem poder limitado, ao contrário do poder constituinte originário, que é ilimitado.

O poder constituinte reformador é um meio de mudança de natureza formal, pois a mudança informal advém do costume e da jurisprudência. A reforma pode ocorrer por meio de revisão ou emenda.<sup>152</sup> A Constituição de 1988 prevê as duas modalidades, sendo a emenda um mecanismo ordinário e permanente que está previsto no artigo 59 da Carta, não havendo limitação quanto ao número de emendas.<sup>153</sup> Já a revisão, no sistema brasileiro, é transitória e extraordinária. Pela Constituição de 1988 esse momento já passou, conforme se extrai da leitura do artigo 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.<sup>154</sup>

Do artigo 3º, do ADCT, advieram as Emendas Constitucionais de Revisão números 1 a 6, que foram publicadas apenas no ano de 1994, o que se deve ao período de tramitação. Atualmente no Brasil a Constituição somente pode ser alterada por emenda.

Há outros limites ao poder reformador, que têm a ver com procedimento, como, por exemplo, o quórum para votar determinada matéria, que é uma limitação formal. No artigo 60, da Carta de 1988, há dispositivos que dificultam já a propositura de uma emenda constitucional, o que visa manter sempre rígido o texto.

---

<sup>152</sup> Reforma é gênero, do qual emendas e revisões são espécies.

<sup>153</sup> A única limitação está no § 5º do artigo 60.

<sup>154</sup> A Constituição de 1988 foi promulgada em 5 de outubro de 1988. A sua possibilidade de revisão, portanto, expirou no ano de 1993, cinco anos após.

Há também limitações circunstanciais, como a do parágrafo 1º do artigo 60,<sup>155</sup> que visa garantir que não se aprovem emendas constitucionais que possam estar vinculadas às circunstâncias da anormalidade objeto das medidas excepcionais, havendo igualmente limitações de ordem temporal, como a do parágrafo 5º do artigo 60, mas que neste caso a limitação poderá ser contornada com a proposta de reforma no ano seguinte.<sup>156</sup>

De todas as possibilidades, porém, a que traz maiores indagações é a limitação de ordem material. Nessa hipótese há uma proteção adicional a fim de evitar que mesmo com uma maioria qualificada possam ser suprimidos certos conteúdos essenciais de uma Constituição. A limitação material, no caso da Constituição Brasileira de 1988, está no parágrafo 4º do artigo 60, relacionando-se à noção de cláusula “pétrea”, mas o Supremo Tribunal Federal admite limitação material para além da expressamente elencada nos incisos do parágrafo 4º do artigo 60.<sup>157</sup>

Para Hesse, em sua *A Força Normativa da Constituição*, a possibilidade de frequente revisão é perigosa:

Igualmente perigosa para força normativa da Constituição afigura-se a tendência para a frequente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política. Cada reforma constitucional expressa a ideia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. Os precedentes aqui são, por isso, particularmente preocupantes. A frequência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição. (HESSE, 1991, p. 22).

Mas o fato é que as limitações de ordem formal não impedem que a Constituição Brasileira seja emendada, considerando-se que com cerca de 30 anos de existência já houve 105 emendas.

---

<sup>155</sup> A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa, ou de estado de sítio.

<sup>156</sup> O artigo 60, § 5º, da CF/1988, estabelece que “a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

<sup>157</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, na obra “A Eficácia dos Direitos Fundamentais - uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional”, traz o exemplo do julgamento da ADI – 2024/DF (SARLET, 2015, p. 449). Na mencionada ADI 2024/DF, o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, refere que [...] *as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.*

Na esfera do inciso IV do § 4º do artigo 60, o que dispõe que os direitos e garantias fundamentais são cláusula pétrea, há uma discussão sobre o que é efetivamente cláusula pétrea. Qual a extensão disso. Para muitos autores todos os direitos e garantias fundamentais são cláusula pétrea. O que consta do Título I, mas também tudo o que consta do Título II seria cláusula pétrea para essa linha de entendimento. O Título II da Constituição Federal de 1988, é composto de cinco capítulos: I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos (artigo 5º); II – Dos direitos sociais (artigos 6º a 11); III – Da nacionalidade (artigos 12 e 13); IV – Dos direitos políticos (artigos 14 a 16); V – Dos partidos políticos (artigo 17).

Dentro do que está expresso no artigo 60, § 4º,<sup>158</sup> não há sequer a possibilidade de que proposta de alteração vá a votação. Já no que se estende para além do artigo 5º, nas demais matérias positivadas no Título II, criou-se campo para discussão no Brasil, com alguns entendendo não ser possível proposta de alteração para além do que está no § 4º do artigo 60.<sup>159</sup>

Há outros meios de manutenção do texto constitucional no Brasil, pelos controles supressivo e preventivo. O supressivo ocorre por meio, por exemplo, de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). O preventivo por meio, exemplificativamente, de um mandado de segurança.

O grave problema de uma Constituição analítica como a brasileira é a efetividade. Uma norma pode ser válida, mas não ser eficaz. Por eficácia entenda-se a concreta realização dos efeitos no plano dos fatos, o que nem sempre é possível quando se tem um extenso catálogo prestacional. O artigo 196, da Constituição Federal de 1988 é exemplo de norma programática, cujo alcance ou efetividade acaba por se relativizar diante da limitação de ordem econômica:

---

<sup>158</sup> O § 4º do artigo 60 da Constituição de 1988 encontra precedência no artigo 79 (3) da Lei Fundamental de Bonn, conforme Maciel (2016, p. 440). A “Lei Fundamental de Bonn”, como vimos anteriormente, é a denominação dada à Constituição Alemã de 1949, ainda vigente.

<sup>159</sup> Sarlet, na obra citada, manifesta o entendimento de que [...] *não resta qualquer dúvida de que o princípio do Estado Social, bem como os direitos fundamentais sociais, integram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais (assim como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados – mesmo não estando expressamente previstos no rol das “cláusulas pétreas” – autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional.* [...] (SARLET, 2015, p. 442).

Também entendendo que os limites materiais vão além do que contém o artigo 60, § 4º, da CF/88, Alexandre de Moraes posiciona-se no sentido de que [...] *alguns direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, são cláusulas pétreas, na medida em que refletem os direitos e garantias individuais do trabalhador, uma vez que, nossa Constituição Federal determinou a imutabilidade ao direitos e garantias individuais, estejam ou não no rol exemplificativo do artigo 5º (CF, art. 60, § 4º, IV) [...]* (MORAES, 2016, p. 337).

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Trata-se, o direito do artigo 196, da CF/88, de um direito fundamental. Um direito subjetivo público à saúde, nem sempre possível de concretização na extensão desejada pelo generoso legislador constitucional. Assim, uma norma constitucional pode ter eficácia plena, não depender de regulamentação, podendo gerar os seus efeitos desde logo (ser eficaz), ou depender de regulamentação e não gerar efeitos até que essa regulamentação venha (e pode nunca vir), ou gerar efeitos apenas parciais, dependendo dos recursos disponíveis.

Um exemplo clássico de inconsistência da Constituição de 1988 deu-se no episódio dos juros à razão de 12% ao ano, fixação de caráter populista originariamente prevista no artigo 192. O Supremo Tribunal Federal passou logo a dizer que não era aplicável a disposição, obrigando o legislador, na Emenda Constitucional nº 40/2003, a revogar a fixação promovida pela Assembléia Nacional Constituinte de 1986-88.

Ocorre que não se pode “tabelar” juros constitucionalmente, sendo o dispositivo do artigo 192 a prova talvez mais acabada do completo afastamento do legislador constitucional originário da ciência econômica (ou mesmo desprezo pela), pois as taxas de juros no mercado são controladas por medidas das autoridades monetárias, ou seja, pelos Bancos Centrais. Nesse sentido opinou desde logo o Professor da Faculdade de Economia e Administração da USP, Carlos Alberto Longo, na edição de 13 de maio de 1988 do Jornal Folha de São Paulo, acrescentando ele, na ocasião em que estava em vias de entrar em vigor a Constituição que viria a ser promulgada em 5 de outubro daquele ano, que “se há intenção de baixar juros, a autoridade monetária compra dinheiro através da venda de títulos, como fez o Banco Central brasileiro com os leilões de OTNs (Obrigações do Tesouro Nacional)”,<sup>160</sup> refutando assim a hipótese, ao final positivada, de “tabelamento” dos juros no âmbito constitucional, e afirmando ser a oferta e procura o mecanismo hábil a regular o “preço” do dinheiro, não o que estava sendo introduzido na Carta de 1988.

---

<sup>160</sup> Disponível em:

<[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/107184/1988\\_11%20a%2015%20de%20Maio\\_%20098a.pdf?sequence=1](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/107184/1988_11%20a%2015%20de%20Maio_%20098a.pdf?sequence=1)>. Acesso em 24 Out. 2018.

Sobre tabelamento de juros, Adam Smith no século XVIII já detectava isso, ou seja, que o valor pago pelo dinheiro, os juros decorrentes da captação eram consequência natural da lei de mercado, o que se extrai do seguinte trecho de *A Riqueza das Nações*, Volume I:

À medida que aumenta o volume de capital a ser emprestado a juros, o juro, ou seja, o preço que é necessário pagar pelo uso desse capital, necessariamente diminui, não apenas em virtude das causas gerais que comumente fazem o preço em dinheiro das coisas diminuir conforme sua quantidade aumenta, mas em virtude de outras causas, peculiares a esse caso particular. (SMITH, 2013, p. 443).

Esse descolamento do legislador constitucional brasileiro da realidade, impregnado que estava do desejo de atender ao “social” em 1988, produziu desatinos como o do artigo 192 do texto original.

Mas há todo o arcabouço programático da Constituição de 1988, e o artigo 196 é outro bom exemplo disso, e se todo o sistema infraconstitucional deve estar interligado à Constituição, mostra-se razoável supor que uma Constituição analítica e programática, como a brasileira, reclame um enorme esforço legislativo de regulamentação. E, principalmente, que haja muitos recursos disponíveis, o que implica na necessária ampliação da carga tributária.

Relevante notar que o parágrafo 2º do artigo 5º amplia ainda mais o universo dos direitos fundamentais. Mas o que são direitos fundamentais? O principal critério, para Sarlet, baseia-se no princípio da dignidade da pessoa humana. Para ele cabe ao Estado guiar suas ações no sentido de preservar a dignidade existente e até mesmo de “criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade” (SARLET, 2015, p. 103).

A visão do autor gaúcho tem base estatista. Sua preocupação com a dignidade da pessoa humana é tamanha que ele entende que dela deva se ocupar o Estado com todo o denodo. Detalhe curioso a ser pinçado e que denota essa preocupação, é que na página 103 da obra citada consta a palavra “dignidade” digitada 25 vezes, o que dá bem a medida da grande preocupação e envolvimento do jurista gaúcho com o tema.

A fundamentalidade da norma, porém, se não estiver expressa, deverá vir demonstrada com o dever de fundamentação do artigo 93, IX, da Constituição.

Como ventilado anteriormente, em uma visão de materialidade constitucional, mesmo um estrangeiro não residente no país, pelo princípio da universalidade, é sujeito de alguns direitos, inclusive os denominados de segunda geração.

A Constituição brasileira de 1988, por contar com muitos dispositivos programáticos (dirigentes), como o do artigo 196, tornou-se, em muitas situações, letra morta, ou parcialmente morta. É o caminho para uma Constituição tornar-se irrelevante e ouvirem-se vozes reformadoras, ou até mesmo vozes propondo um novo poder constituinte originário.

## 6 CONCLUSÃO

Como se teve a oportunidade de examinar, é possível a afirmação de que uma das moradas do “progressismo” brasileiro esteja no pugnar que os mais desfavorecidos tenham os direitos positivados na Constituição e até mesmo um Poder Judiciário “deles”. A verdadeira inclusão, porém, se dá pelo desenvolvimento do setor produtivo, pelo crescimento da economia, pela elevação da renda *per capita*, pelo reconhecimento, enfim, do capitalismo como sistema apto ao desenvolvimento.

Um contexto de Estado com menos atribuições e iniciativa privada com maior liberdade de contratar, e com segurança jurídica, gera mais inclusão do que direitos sociais “garantidos” no elenco constitucional. Constituição prolixa em direitos a uma prestação de base estatal tem o condão de produzir, paradoxalmente, informalidade – empregados sem Carteira de Trabalho e Previdência Social assinada – o que se deve à asfixia dos agentes econômicos, podendo redundar na redução da geração de novos empregos e aparecimento de oportunidades reais de trabalho, ainda que não pela vinculação empregatícia.

Examinou-se, também, que se quis no Brasil em 1943 foi transformar o Direito do Trabalho e a Justiça do Trabalho em resposta às distorções advindas de um capitalismo incipiente, ávido por lucros, no contraponto a trabalhadores necessitados dos sustentos próprios e de suas famílias. O grande número de ações na Justiça do Trabalho nada mais significou, em determinado momento da vida da nação, do que saída – mal ajambrada – na forma de tentativa de amenizar um quadro de diferenças acentuadas que se verificava, com base na ideia de fundo marxista de que diferenças e desigualdades não podem existir, e que se deve buscar a igualdade material, daí a necessidade de uma Constituição “dirigente” ou “programática” para o atingimento desse fim. Esse modelo paternalista foi reafirmado em 1988.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 é analítica, como se averiguou nesta dissertação. Para os comprometidos com a denominada economia de mercado, com excessiva regulamentação, inclusive no terreno social ou trabalhista, o que a torna onerosa ao setor produtivo privado e ao Estado, na comparação até com outras nações que contam também com constituições prolixas na definição de

direitos, principalmente os tidos como de segunda geração ou dimensão, fato corriqueiro nos países da América Latina, não somente os de vocação “bolivariana”, como se esmiuçou.

Porém, um Estado dotado de tantas obrigações, tais como educação, saúde, alimentação, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, encarregado de dar assistência aos desamparados e ainda proporcionar trabalho a quem não o tem, conforme o artigo 6º, da Constituição de 1988, é apenas um Estado situado no terreno do ideal e do qual nem sempre se poderá esperar o equilíbrio nas contas públicas, sendo muito provável que ocorra exatamente o contrário.

Os mais pobres, os excluídos, na ocorrência de uma Constituição menos generosa, mas mais adequada ao livre desenvolvimento da economia, que reclama segurança jurídica, equilíbrio orçamentário público para que não sobrevenham fenômenos deletérios como a ciranda inflacionária, com a possibilidade dos agentes econômicos exercerem a livre iniciativa sem as amarras advindas do contrato mínimo trabalhista petrificado na Carta, que estão talvez a engessar o sistema e a afugentar investimentos, têm maior chance de inclusão dentro da concepção defendida de menor carga de atribuição prestacional estatal.

Não é razoável que se suponha que estejam os mais pobres relegados à própria sorte diante de um Estado sem as atribuições de amparo com as quais se está acostumado no Brasil, sendo o Brasil um país com tanta riqueza natural e humana, e ao se falar em riqueza humana se está a falar de um enorme contingente populacional jovem e apto a ingressar no mercado de trabalho, se ele – o mercado de trabalho – evidentemente puder se expandir.

Em um exame de cunho global é crescente o convencimento – e quando se fala em convencimento se está falando em crença razoavelmente sedimentada – em segmentos importantes das sociedades diretamente atingidas pelo fenômeno da imigração, ou com enormes dificuldades em manter ou atingir o equilíbrio fiscal, que os direitos sociais de atribuição estatal são caros e inflacionários. Que limitam o crescimento das nações, pois déficits públicos afastam investimentos privados, não somente estrangeiros como também internos, passando a mensagem de que a administração pública do país não é capaz de gerir o orçamento de modo racional, o

que traz instabilidade ao mercado, exatamente o oposto do que o capitalismo reclama para o desenvolvimento que propiciará a real e almejada inclusão.

No ambiente Brasileiro, uma maior flexibilidade nas relações de trabalho, por exemplo, que já era tema com aceitação em setores anteriormente hostis à ideia, como é o caso da agremiação de representação de trabalhadores conhecida por Força Sindical, tende a ganhar estímulo. Trata-se da hipótese em que devem prevalecer as cláusulas diretamente negociadas entre a categoria patronal e a de trabalhadores, assunto já com aceitação em contingentes importantes da classe trabalhadora organizada, repita-se, desde antes da reforma imposta pela Lei 13.467/2017. O que pode ainda avançar é um alargamento das possibilidades dentro do contrato individual do trabalho. O indivíduo sentar-se com o seu possível futuro empregador e ambos estabelecerem cláusulas para aquela específica relação que principiará, como a que preveja férias de apenas 10 dias ao ano, por exemplo, tratando-se, esse trabalhador, exemplificativamente, de pessoa jovem e solteira.

Mas a extinção do direito do trabalho mínimo, com assento não somente na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mas também na Constituição, demanda evidentemente mexer na Constituição, via emenda, e exigem-se dois turnos de votação para isso, com três quintos dos votos de cada Casa do Congresso Nacional Brasileiro, conforme artigo 60, § 2º, da Carta de 1988, o que pode até ser totalmente inviável, ante o caráter pétreo, reconhecido por alguns, dos direitos sociais positivados no Documento de 1988.

Sobraría, assim, apenas o poder constituinte originário, sendo vereda que poderá ser seguida, a depender da formação de um consenso nacional mínimo a respeito.

Devemos ter presente que nações com previsões prestacionais como as que existem na América Latina, e foram mencionados aqui os exemplos cubano, venezuelano, mexicano e brasileiro com a finalidade de ilustrar o fenômeno, com previsões prestacionais consubstanciadas, exemplificativamente, em programas sociais como o *bolsa-família* brasileiro, que incentiva a esmola de fundo estatal, não resolvem problema social.

Cumpra o registro de que também auxílios sem critério ao setor privado, na forma de empréstimos subsidiados a empresas com recursos do Tesouro, sendo caso brasileiro recente as linhas de crédito desenfreadas do Banco Nacional do

Desenvolvimento – BNDES, a empresários amigos do regime instalado no poder da República à época, e inclusive a governos estrangeiros, como se deu no período recente com o financiamento a obras em outros países, sendo um exemplo Cuba no caso da noticiada construção do “Porto de Mariel” naquele país do mar do caribe, com recursos do Tesouro Brasileiro, afugentam investimentos nacionais e estrangeiros, pois com isso a Administração Pública sinaliza para a incerteza advinda da possibilidade do desequilíbrio fiscal e ineficiência na gestão dos recursos públicos.

Ter-se-á talvez aqui um dos porquês do mal-estar constitucional permanentemente experimentado no Brasil, uma relação de causa e efeito de um constitucionalismo que sinaliza para o gasto desenfreado, com as crises econômicas vivenciadas.

A questão passa a ser, portanto, se é possível diminuir a pobreza sem elevada carga de direitos denominados de “segunda geração”, se a pobreza deve ser diminuída assim, pela via constitucional, e se direitos sociais necessariamente devem estar expressamente assegurados no catálogo constitucional, ou ainda por outra, se sem eles no catálogo como norte “dirigente” ou “programático”, estar-se-ia diante de um quadro de “retrocesso” ou “involução”, relegando ao abandono os mais pobres. Este trabalho tem a presunção de querer afirmar que não em resposta à última indagação.

É fato notório que o pendor constitucional brasileiro é prestacional e a Carta de 1988 indica essa vocação. Excetuada a Constituição imperial de 1824 e a primeira da era Republicana, de 1891, mais preocupadas em focar no ordenamento do Estado e nos direitos denominados como de primeira geração, as demais todas tiveram, em maior ou menor grau, preocupação em “assegurar”, ao menos no terreno formal, o atendimento aos pobres, com conteúdo, portanto, dirigente e, por que não se dizer, populista. Nenhuma alcançou o que apontava o papel, tanto que não duraram muito. Uma a uma, foram substituídas. Não resistiram às crises recorrentes.

Como foi objeto de exame aqui, no Brasil e nas nações latino-americanas de um modo geral, na segunda metade do Século XX, o desenvolvimento foi tido como algo de atribuição ou incumbência estatal por influência das ideias keynesianas do pós-guerra e marxistas que perpassaram todo o século XX, matriz, essa última, que

passou a entusiasmar o mundo já a partir da segunda metade do século XIX, e inebriou o ambiente brasileiro.

Na extensão do que foi possível verificar ainda que superficialmente nesta exposição, pois não se cuida aqui de exame perfunctório econômico, na primeira metade do século passado o kenesianismo defendia a maior intervenção ou participação do Estado na economia, não afastando a hipótese da elevação da carga tributária, ao contrário, para o atingimento do bem estar social. A doutrina de Keynes acabou enfraquecida no final do século XX pela denominada Escola de Chicago, que pugnava pelo livre mercado, e que tinha em Milton Friedman o seu principal expoente.

A doutrina de Friedman, baseada na ideia de um Estado com menores atribuições e defesa do livre mercado, está mais adequada ao mundo que se descortina, em que o capitalismo venceu o embate com o marxismo sobre qual a melhor doutrina nos campos político e econômico, e, conseqüentemente, no atendimento aos anseios dos mais desfavorecidos na escala inescapável da desigualdade.

Importante destacar que Karl Marx, diversamente da posição manifestada em aula pelo titular da Cadeira do Curso de Mestrado em Direito do biênio que se encerra, intitulada “Estado e Administração Pública”, não quis propriamente a “reforma” do capitalismo como referiu o nobre palestrante à ocasião, senão que vaticionou o seu fim. Marx jamais entendeu que o capitalismo fosse reformável como asseverado em dado momento na aula ministrada, ou que a classe trabalhadora, ou proletariado, pudesse coexistir com ele, capitalismo, sem estar subjugada, mas sim que o sistema – capitalista – seria substituído em dado momento por uma sociedade sem classes, e é isso o que de resto se extrai da leitura de “O Capital” (se lido), que do início ao fim trata das crises do capitalismo e da inviabilidade do sistema. A dificuldade já do entendimento do que seja o marxismo, em última análise a matriz desse entendimento de viés prestacional que domina o país e o meio acadêmico, é indicativo tragicômico da desventura da nação. Adota-se uma matriz e sequer se sabe o que ela quer exatamente dizer.

Então que se diga aqui: o marxismo é anticapitalismo visceral. Ao adotá-lo como doutrina – fato que se verifica generalizado no meio acadêmico brasileiro –

implicará necessariamente a que *renunciemos* ao capitalismo. Porém, *renunciar* ao capitalismo seria mais ou menos como a *renúncia* à “lei” da gravidade.

A percepção equivocada de Marx era a de que o capitalismo estava fadado ao enfrentamento de crises periódicas até a autodestruição. Não há, portanto, como a crença marxista coexistir com o capitalismo. Para o marxismo não se trata de “reformular” o capitalismo, pois. Cuidam os marxistas da sua completa aniquilação. É da essência do marxismo a busca incessante da superação do capitalismo como modelo.

Pois bem, do sopro libertário do Século XVIII, representado pelos dois principais eventos, constitucionalismo norte-americano e revolução francesa, devendo-se emprestar muito maior relevância ao primeiro, o que se tem é que adveio o entendimento solidificado de que nações que têm como primado principal as liberdades e que não impõem ao Estado e, por conseguinte, aos cidadãos/contribuintes elevada gama de responsabilidades na esfera social, tendem ao equilíbrio fiscal, a uma menor carga tributária, a um controle mais efetivo do fenômeno inflacionário, e conseqüentemente a um maior crescimento do Produto Interno Bruto, principalmente o *per capita*, que é o que mais importa, pois é o que sinaliza para a inclusão, ou seja, para a melhora no índice de desenvolvimento humano (IDH).

Uma doutrina constitucional centrada em um menor volume de atribuição estatal produz Cartas mais duradouras e propicia ambiente favorável ao desenvolvimento, portanto. Conseqüentemente as nações presididas por arcabouço jurídico de piso com esse viés, como a norte-americana, se mostram muito mais “inclusivas”, sendo mais resistentes ao escrutínio do fator econômico, na medida em que se abstêm da pretensão “dirigente”, centrando-se no que interessa, ou no que seja “materialmente” relevante.

Com o Estado imbuído de menos atribuições, melhores respostas podem surgir no terreno social, e o país, qualquer país, passa a estar mais apto ao enfrentamento até mesmo do tão debatido – nos dias atuais no Brasil – fenômeno da corrupção.

É certo que acerca de dever-se ou não enveredar pelo caminho prestacional há duas hipóteses que podem ser vislumbradas: uma a de que não se deve, de modo algum, permitir o abandono dos excluídos, deixá-los à própria sorte, à sanha

do capitalismo insidioso que está a inspirar o afã reformista sempre presente, e que o Poder Público tem a responsabilidade precípua de atender às demandas sociais, necessitando, portanto, do *standard* constitucional com a finalidade da garantia e dirigismo, mais ainda em se tratando de um país, sendo exemplo o Brasil, com enorme contingente populacional desfavorecido. A outra, a de que é possível, sim, dar chance a que o capitalismo enfim se instale no Brasil, proporcionando, ainda que tardiamente, o crescimento que advém da liberdade inspirada nos direitos de defesa insculpidos na Constituição norte-americana de mais de 2 séculos, e que se constituem em patrimônio da humanidade.

Não somente o Brasil, mas o mundo tem vivenciado mudanças rápidas. O contexto de exclusão em muitos países, notadamente Oriente Médio, África Mediterrânea e África Subsaariana, tem produzido legiões de refugiados, que buscam chegar aos países ricos europeus para escapar da pobreza extrema e principalmente das guerras intestinas, fatores que degradam e matam milhares, talvez milhões de pessoas nesses países com índice de desenvolvimento humano baixíssimo. É questão de sobrevivência a busca do refúgio em nação estrangeira dotada de estabilidades política e econômica, o que não existe sem estabilidade jurídica. Até mesmo o Brasil tem sido visado pela onda migratória, sendo fato notório o flagelo experimentado pelos refugiados venezuelanos, e também haitianos, que ocorrem ao país.

Mas não se está lidando mal no Brasil apenas com a obsessão pela positivação de direitos sociais no *standard* fundador. Também os direitos tidos como de primeira geração têm sido mal trabalhados, e aqui se fala em afirmação pelo Poder Judiciário das garantias mais importantes em um ambiente realmente democrático, situadas no campo das liberdades, sendo a liberdade de expressão a mais importante das liberdades no dizer de Jefferson, líder do advento da independência norte-americana lembrado nesta dissertação.

Especificamente no que tange à liberdade de expressão há recalcitrância no Brasil. Tomemos como dado comparativo um dos exemplos ofertados ao longo do trabalho, ou seja, o fato de que os Estados Unidos estiveram em guerra com muitas perdas contra a Alemanha nazista e que têm a maior comunidade judaica do mundo residindo em seu território, como rememorado aqui, mas isso não enseja a que naquele país se constitua em crime, por exemplo, a apologia ao nazismo, e isso

ocorre em razão da enfática afirmação da Emenda I. Há lá até um Partido Nazi Americano (ANP), que foi fundado em 1959 por um cidadão de nome George Lincoln Rockwell, com o objetivo de reviver o hitlerismo, segmento organizado que tem sede na cidade de Arlington, Estado da Virginia e nem por isso o que a inusitada agremiação divulga e defende, por mais indefensável que pareça à esmagadora maioria da população norte-americana, é sufocado, diferentemente do que ocorreria no Brasil em face da Lei 7.716/89 e do precedente do Supremo Tribunal Federal que resulta da decisão proferida no Habeas Corpus 82.424/RS (por exemplo).

Talvez o mais adequado, em qualquer época, devesse ser a priorização da liberdade de expressão como valor supremo dentro do que se estabeleceu como ideal em um real ambiente de estado democrático de direito, assegurando-se a qualquer pessoa, inclusive um eventual lunático, defender o que lhe vem à mente, até mesmo idéias nazistas, o que é possível nos EUA pela existência da Emenda I e não é possível no Brasil, não obstante a redação do artigo 5º, XI, da Constituição de 1988.

Ou seja, no Brasil não há segurança sequer de que ocorrerá o cumprimento no que tange a direitos reconhecidos como de 1ª geração, como o do inciso IX do artigo 5º da Carta de 1988, o que se poderá dizer, então, de direitos de outras esferas “geracionais”?

Não se pode incorrer no equívoco da relativização de alguns direitos individuais primários, como a liberdade de expressão, ainda que em nome do coletivo, ou social, em postura que se está ao lado do politicamente correto, não traz base sólida para um estado democrático de direito efetivo, uma vez que o coletivo não existe sem o individual e isso necessariamente não implica defesa da selvageria que marca a livre iniciativa quando sem freios, ou do egoísmo como mantra de Estado.

À pergunta sobre se os direitos sociais estão em questão no Brasil, a resposta é não se a indagação é formulada com o viés da garantia formal, pois independentemente da positivação no texto magno, o que traz a inclusão, ou seja, o que proporciona a efetiva garantia do atendimento a direitos sociais é o crescimento econômico. Retração e estagnação econômica, como a experimentada dos anos de 2015 a 2017 no Brasil, por força da absoluta inépcia na condução da gestão do país, somada ao crescimento demográfico, produz sim exclusão e não inclusão,

indendentemente do “social” ou vocação “inclusiva” estar assegurado com caráter “pétreo” em vários artigos do texto magno.

A matriz marxista que presidiu a formulação da Constituição de 1988, quando o marxismo, um ano após, estava sofrendo a sua pior derrota em 150 anos, materializada na queda do muro de Berlim em 9 de novembro de 1989, sendo que três anos após estava sofrendo outro revés fatal com a dissolução da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, ocorrida oficialmente em 26 de dezembro de 1991, não produziu resultados satisfatórios.

O legado da Constituição de 1988 é um crescimento econômico pífio e uma carga tributária que gira em torno de 35% do Produto Interno Bruto, em uma estimativa para baixo, pois para muitos analistas a carga tributária é ainda maior. Sendo assim, é um modelo que está a merecer ser questionado.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano – fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

A DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Disponível em: <[http://www.arqnet.pt/portal/teoria/declaracao\\_vport.html](http://www.arqnet.pt/portal/teoria/declaracao_vport.html)>. Acesso em 19 nov. 2018.

ALVES, F. de B.; SANTOS, Y. A. O. *Democracia e totalitarismo: anotações sobre democracia, separação de poderes e federalismo*. Revista de Direito Unisc Nº 51, Santa Cruz do Sul, 2017.

AMAR, Akhil Reed. *Bill of rights: creation and reconstruction*. New Haven: Yale University, 1998.

ANTUNES, Ricardo Luiz Coltro. *Os Sentidos do Trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2009.

ARMSTRONG, Karen. *Em nome de Deus – o fundamentalismo no judaísmo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

BARONOVSKY, Ricardo Sanchez. *Constitucionalismo ciarlare*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38060/constitucionalismo-ciarlare>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

BERLIN, Isaiah. *Ideias Políticas na Era Romântica*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Dilma propõe plebiscito e antecipação das eleições para retomar governabilidade*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/515501-DILMA-PROPOE-PLEBISCITO-E-ANTECIPACAO-DAS-ELEICOES-PARA-RETOMAR-GOVERNABILIDADE.html>>. Acesso em 19 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Uso de símbolos religiosos não fere laicidade do Estado*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/64462-uso-de-solos-religiosos-nfere-laicidade-do-estado>>. Acesso em 19 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Fundação ANFIP de Estudos Tributários e da Seguridade Social. *Brasil é o 4º país mais corrupto do mundo, segundo Fórum Econômico Mundial*. Disponível em: <<http://fundacaoanfip.org.br/site/2016/10/brasil-e-o-4o-pais-mais-corrupto-do-mundo-segundo-forum-economico-mundial/>>. Acesso em 19 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Atlas da Violência 2018*. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/9/atlas-2018>>. Acesso em 19 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Senado. *Tabelamento dos juros é considerado inócuo no BC*. Disponível em: <[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/107184/1988\\_11%20a%2015%20de%20Maio\\_%20098a.pdf?sequence=1](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/107184/1988_11%20a%2015%20de%20Maio_%20098a.pdf?sequence=1)>. Acesso em 19 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em 7 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762469/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3055-pr?ref=serp>>. Acesso em 19 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 19 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *I Jornada sobre a Reforma Trabalhista*. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/media-noticia/151470/Conclus%C3%B5es%20aprovadas%20por%20magistrados%20do%20TRT4%20sobre%20a%20Lei%2013467.pdf>>. Acesso em 19 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Relatório Demonstrativo 2016*. Disponível em: <[www.tst.jus.br/documents/10157/d905f629-e0b9-1cdc-ed41-c104e05446f9](http://www.tst.jus.br/documents/10157/d905f629-e0b9-1cdc-ed41-c104e05446f9)>. Acesso em 19 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Especialista conversa no TST sobre relações de trabalho na Alemanha*. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/noticias/955014/especialista-conversa-no-tst-sobre-relacoes-de-trabalho-na-alemanha>>. Acesso em 19 nov. 2018.

BRITO FILHO, José Carlos Monteiro de. *Trabalho escravo: caracterização jurídica dos modos típicos de execução*. In: FIGUEIRA, R.R.; PRADO, A.A.; GALVÃO. *Privação da liberdade ou atentado à dignidade: escravidão contemporânea*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2013.

BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a revolução na França*. Tradução de José Miguel Nanni Soares. São Paulo: Edipro, 2014.

CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 2003.  
COHEN, Joshua. *Deliberation and democratic legitimacy* (1989) In Bohman, James e Rehg, William (orgs.). *Essays on reason and politics: deliberative democracy*. Cambridge, MA: The MIT Press, 1997.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe Anual 2017*. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2017/docs/IA2017cap.4bVE-es.pdf>>. Acesso em 19 nov. 2018.

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE CUBA. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21403-21404-1-PB.htm>>. Acesso em 19 nov. 2018.

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/esp/constitucion\\_venezuela.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf)>. Acesso em 19 nov. 2018.

CUNHA, Filipe Brum. *Imigração Ilegal nos Estados Unidos: Uma análise conjuntural a partir de uma perspectiva histórica*. 2010. 91 f. Monografia (Graduação do curso de Relações Internacionais). Unversidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

DAHL, Robert. A. *Sobre a Democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.  
DIÁRIO DO CENTRO DO MUNDO. *Brasil, “campeão de ações trabalhista”: como se constrói uma falácia*. Por Cássio Casagrande. Disponível em: <<http://www.diariodocentrodomundo.com.br/brasil-campeao-de-aco-es-trabalhistas-como-se-constroi-uma-falacia-por-cassio-casagrande/>>. Acesso em 19 nov. 2018.

DIÁRIO DE NOTÍCIAS. *Churchill tem razão*. Disponível em: <<https://www.dn.pt/opiniao/opiniao-dn/viriato-soromenho-marques/interior/churchill-tem-razao-3823254.html>>. Acesso em 19 nov. 2018.

ESTADÃO. *Hugo Chávez vence referendo e garante reeleição ilimitada*. Disponível em: <<https://internacional.estadao.com.br/noticias/america-latina,hugo-chavez-vence-referendo-e-garante-reeleicao-ilimitada,324425>>. Acesso em 19 nov. 2018.

ESTADOS UNIDOS – PIB. Disponível em: <<https://pt.tradingeconomics.com/united-states/gdp>>. Acesso em 19 nov. 2018.

FELIPE, Leandra. *Cerca de 11 milhões de pessoas vivem ilegalmente nos Estados Unidos*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-01/cerca-de-11-milhoes-de-pessoas-vivem-ilegalmente-nos-estados-unidos>>. Acesso em 19 nov. 2018.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito Constitucional Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2015.

FONSECA, Marcelo da. *Imposto no Brasil é alto, mas o retorno em serviços é baixo*. Disponível em: <[https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2017/04/03/internas\\_economia,859247/imposto-no-brasil-e-alto-mas-o-retorno-em-servicos-e-baixo.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2017/04/03/internas_economia,859247/imposto-no-brasil-e-alto-mas-o-retorno-em-servicos-e-baixo.shtml)>. Acesso em 19 nov. 2018.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*. Rio de Janeiro: LTC- Livros Técnicos e Científicos Editora Ltda., 2014.

FUKUYAMA, Francis. *As Origens da Ordem Política. Dos tempos pré-humanos até a Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Rocco, 2013.

G1.GLOBO.COM. *Secretário da OEA diz que acabou a democracia na Venezuela*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/08/secretario-da-oea-diz-que-acabou-democracia-na-venezuela.html>>. Acesso em 19 nov. 2018.

GONÇALVES, Carolina. *Câmara debate proposta de controle social da mídia*. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/camara-debate-proposta-de-controle-social-da-midia/>>. Acesso em 19 nov. 2018.

GORBATCHOV, Mikhail. *Discurso de Renúncia à Presidência da URSS*. Disponível em: <<https://www.marxists.org/portugues/tematica/1991/12/25.htm>>. Acesso em 19 nov. 2018.

GRAMSCI, Antonio. *Escritos políticos*. Lisboa: Empresa de Publicidade Seara Nova, 1976.

GUERRA DA SECESSÃO. In: *Wikipédia*. A enciclopédia livre. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Guerra\\_de\\_Secess%C3%A3o](https://pt.wikipedia.org/wiki/Guerra_de_Secess%C3%A3o)>. Acesso em 19 nov. 2018.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade – Volume II*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. *Pensamento Pós-Metafísico. Estudos Filosóficos*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1990.

\_\_\_\_\_. *Teoria de La Accion Comunicativa*. Madrid: Altea, Taurus, Alfaguara, S.A., 1987.

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O federalista*. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HELD, David. *Modelos de Democracia*. Tradução de Alexandre Sobreira Martins. Belo Horizonte: Paidéia, 1987.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HICKOK, E. W. H.; MCDOWELL, G. L. *Justice vs. Law – courts and politics in American society*. Nova York: The Free Press – a Division of MacMillan, Inc., 1993.  
HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Editora Schwarcz Ltda., 2004.

JEFFERSON, Thomas. *Jefferson on Freedom. Sabedoria, Conselhos e Sugestões sobre Liberdade, Democracia e Jeito Americano*. Nova York: Skyhorse Publishing, Inc., 2011.

JUDEUS NOS ESTADOS UNIDOS. Disponível em: <<http://www.chazit.com/cybersio/olam/eua.html>>. Acesso em 19 nov. 2018.

KEYNES, Maynard John. *A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1996.

LEAL, Rogério. *Significados e Sentidos do Estado Democrático de Direito Enquanto Modalidade Ideal/Constitucional do Estado Brasileiro*. Santa Cruz do Sul: Revista do Direito, Vol. 3, n. 1, 1998.

LISTA DE PAÍSES POR TAXA DE HOMICÍDIO INTENCIONAL. Disponível em: <[https://en.wikipedia.org/wiki/List\\_of\\_countries\\_by\\_intentional\\_homicide\\_rate#United\\_States](https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_countries_by_intentional_homicide_rate#United_States)>. Acesso em 19 nov. 2018.

LOCKE, John. *Ensaio Político*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *O Bill of Rights Americano. Reflexos no Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

MANFRINI, Sandra. *Carga tributária no Brasil é maior que 17 países da OCDE*. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,carga-tributaria-do-brasil-e-maior-que-em-17-paises-da-ocde,134633e>>. Acesso em 19 nov. 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

MARX, Karl. *O Capital – Livro Segundo: O Processo de Circulação do Capital*. São Paulo: Difel - Difusão Editorial S/A, 1983.

\_\_\_\_\_. *Teorias da Mais-Valia – Livro Quarto - História Crítica do Pensamento Econômico*. São Paulo: Difel - Difusão Editorial S/A, 1983.

\_\_\_\_\_. *Crítica da Economia Política – Livro Primeiro – O Processo de Produção do Capital*. São Paulo: Difel - Difusão Editorial S/A, 1984.

\_\_\_\_\_; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. São Paulo: edipro, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. *A Constituição de 1976. Formação, estrutura, princípios fundamentais*. Lisboa: Livraria Petrony, 1978.

MITOS SOBRE A JUSTIÇA DO TRABALHO. Disponível em:  
<<https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Produ%C3%A7%C3%A3o%20Intelectual%20-%20Diversos/Mitos%20sobre%20a%20Justi%C3%A7a%20do%20Trabalho%20-%20Beatriz%20Renck.pdf>>. Acesso em 19 nov. 2018.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.  
\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, M. V. de; LEAL, M. C. H. *O Princípio da Separação de Poderes e a Ponderação de Competências: Uma Análise Crítica a Partir da Decisão Sobre a Fosfoetanolamina*. Revista do Direito Unisc Nº 50, V. 3, Santa Cruz do Sul, 2016.

OAKESHOTT, Michael. *Sobre a História e outros Ensaios*. Rio de Janeiro: Topbooks Editora e Distribuidora de Livros Ltda., 2003.

PAIXÃO, C.; BIGLIAZZI, R. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Editora UnB, 2008.

PASTORE, José. *A culpa é da Justiça do Trabalho?* Disponível em:  
<[http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt\\_056.htm](http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_056.htm)>. Acesso em 19 nov. 2018.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Democracia Republicana e Participativa*. Novos Estudos Cebrap, 71, março 2005: 77-91. Disponível em:  
<[https://virtual.unisc.br/presencial/pluginfile.php/472304/mod\\_resource/content/0/DemocraciaRepublicana\\_Participativa-Bresser%20p](https://virtual.unisc.br/presencial/pluginfile.php/472304/mod_resource/content/0/DemocraciaRepublicana_Participativa-Bresser%20p)>. Acesso em 19 nov. 2018.

PIB – LISTA DE PAÍSES. Disponível em: <<https://pt.tradingeconomics.com/country-list/gdp>>. Acesso em 19 nov. 2018.

PIKETTY, Thomas. *O Capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca Ltda., 2014.

RIBEIRO, D. G.; SCALABRIN, F. A. *O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa*. Revista de Direito Unisc Nº 32, Santa Cruz do Sul, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Editado por George Allen e Unwin Ltd., traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Editora Schwarcz, 2009.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

STEINMETZ, Katy. *These States Just Legalized Marijuana*. Disponível em: <<http://time.com/4559278/marijuana-election-results-2016/>>. Acesso em 19 nov. 2018.

STRECK, Lênio. *O que é isso? Decido conforme a minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TARTARUGA, Iván Gerardo Peyré. *O Orçamento Participativo de Porto Alegre – Lugar e Território do Cidadão?* 2003. 159 f. Dissertação (Instituto de Geociências – UFRGS, como parte integrante dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Geografia). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/106338/000390815.pdf?sequenc>e...>. Acesso em 19 nov. 2018.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América. Sentimentos e Opiniões*. Livro II. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

\_\_\_\_\_. *A democracia na América. Leis e Costumes*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. Nova York: The Foundation Press, Inc., 1988.

USA. U. S. DEPARTAMENT OF STATE. *About America: The Constitution of the United States of America*. Disponível em: <<https://photos.state.gov/libraries/amgov/30145/publications-english/constitution.pdf>>. Acesso em 19 nov. 2018.

WELZEL, Hans. *Derecho natural y justicia material*, Madrid: Aguilar, 1957.  
WORD ECONOMIC FORUM. *Ética e corrupção*. Disponível:  
<<http://reports.weforum.org/global-competitiveness-index-2017-2018/competitiveness-rankings/#series=GCI.A.01.01.02>>. Acesso em 19 nov. 2018.