

JOSÉ AFONSO DA SILVA

***TEORIA DO
CONHECIMENTO
CONSTITUCIONAL***

 **MALHEIROS
EDITORES**

SUMÁRIO

PRIMEIRA PARTE – PROLEGÔMENO A TODO CONHECIMENTO CONSTITUCIONAL

Capítulo 1 – Problematização do Conhecimento Constitucional

<i>1.1 A questão</i>	27
<i>1.2 Dúvida e redução fenomenológica</i>	29
<i>1.3 Objeto da constituição</i>	32
<i>1.4 O Estado</i>	35

Capítulo 2 – Possibilidade do Conhecimento Constitucional

<i>2.1 A questão</i>	36
<i>2.2 Objeto constitucional</i>	37
<i>2.3 Dogmática e dogmatismo constitucional</i>	39
<i>2.4 Cognitivismo ou não cognitivismo constitucional</i>	43
<i>2.5 Relativismo constitucional</i>	45

Capítulo 3 – A Busca, na História, do Conhecimento Constitucional: o Constitucionalismo

<i>3.1 Constitucionalismo e constituição</i>	49
<i>3.2 Constituição como modo de ser de objetos</i>	49
<i>3.3 O Estado</i>	50
<i>3.4 Polis e politeia</i>	52
<i>3.5 Civitas e constitutio</i>	54

3.6 Desagregação estatal	60
3.7 O constitucionalismo	65
3.8 Inspirações do constitucionalismo	66
3.9 Constitucionalismo social	68
3.10 Neoconstitucionalismo	72

SEGUNDA PARTE – ONTOLOGIA CONSTITUCIONAL

TÍTULO I – O SER CONSTITUCIONAL

Capítulo 1 – Constituição

1.1 A constituição escrita	79
1.2 Rigidez e supremacia da constituição	82
1.3 Objeto e conteúdo das constituições	86
1.4 Constituição descritiva e constituição normativa	87
1.5 Constituição dirigente	88
1.6 A Constituição Inglesa	92
1.7 Evolução recente da Constituição Inglesa	96

Capítulo 2 – Concepções sobre a Constituição

2.1 Introdução	99
2.2 Contratualismo e racionalidade constitucional	100
2.3 Racionalismo e idealismo constitucional	114
2.4 Empirismo e realismo constitucionais	119
2.5 Institucionalismo constitucional	133
2.6 Sociologismo constitucional	151
2.7 Constituição em sentido político	156
2.8 Constituição em sentido jurídico	159
2.9 Integralismo constitucional	161
2.10 Concepção da integridade de Dworkin	166

<i>2.11 Conceito estrutural de constituição</i>	167
<i>2.12 Concepção culturalista de constituição</i>	173
<i>2.13 Conclusão</i>	181

Capítulo 3 – Fundamento do Ser Constitucional (Validade)

<i>3.1 Controvérsias sobre o tema</i>	182
<i>3.2 Validade e legitimidade da constituição</i>	195
<i>3.3 “Normas constitucionais inconstitucionais?”</i>	203
<i>3.4 Recapitulação conclusiva</i>	216

Capítulo 4 – O Poder Constituinte Originário

<i>4.1 Questão de ordem</i>	222
<i>4.2 Poder constituinte e constituição</i>	222
<i>4.3 Modernidade do poder constituinte</i>	227
<i>4.4 Natureza do poder constituinte originário</i>	240
<i>4.5 Atuação do poder constituinte</i>	250
<i>4.6 Exercício do poder constituinte</i>	252
<i>4.7 Assembleia Constituinte soberana</i>	254
<i>4.8 Processo constituinte</i>	257
<i>4.9 Convocação da Assembleia Nacional Constituinte</i>	259
<i>4.10 O poder popular e procedimento</i>	260
<i>4.11 Conclusão</i>	263

Capítulo 5 – Defesa da Constituição e Mudança Constitucional

<i>5.1 Pressupostos e conceito</i>	265
<i>5.2 Defesa política da constituição</i>	266
<i>5.3 Defesa jurídica da constituição</i>	268
<i>5.4 Princípio da constitucionalidade</i>	

5.4.1	<i>Conceito e conteúdo</i>	268
5.4.2	<i>Limitações ao poder de reforma constitucional</i>	272
5.4.3	<i>As funções da reforma constitucional</i>	275
5.4.4	<i>Jurisdição constitucional</i>	
5.4.4.1	<i>Introdução</i>	275
5.4.4.2	<i>Sistemas de controle</i>	276
5.4.4.3	<i>Sistema brasileiro</i>	281
5.4.4.4	<i>A Constituição de 1988</i>	283
5.4.4.5	<i>Inconstitucionalidade por omissão</i>	285
5.5	<i>Princípio da proteção dos direitos fundamentais</i>	288
5.6	<i>O princípio democrático</i>	288
5.7	<i>Conclusão</i>	289

Capítulo 6 – Mudanças Constitucionais

6.1	<i>Estabilidade e mudança das constituições</i>	290
6.2	<i>Formas de mudança constitucional</i>	292
6.3	<i>Conceito e fundamento das mutações constitucionais</i>	294
6.4	<i>Tipos de mutações constitucionais</i>	298
6.5	<i>Os atos de complementação constitucional</i>	300
6.6	<i>A interpretação e a construção constitucionais</i>	303
6.7	<i>As práticas político-sociais</i>	306
6.8	<i>Limites das mutações constitucionais</i>	309

Capítulo 7 – Extinção das Constituições

7.1	<i>A vida das constituições</i>	311
7.2	<i>Modos de extinção da constituição</i>	313
7.3	<i>A revolução</i>	316
7.4	<i>Natureza da revolução</i>	320
7.5	<i>Revolução e poder constituinte</i>	322
7.6	<i>Golpe de estado</i>	324
7.7	<i>A guerra civil</i>	327

TÍTULO II – ONTOLOGIA DAS REGRAS CONSTITUCIONAIS

Subtítulo I – Teoria das Regras Constitucionais

Capítulo 1 – O Ser das Regras Constitucionais

<i>1.1 Premissa</i>	333
<i>1.2 Regras de Direito</i>	334
<i>1.3 Regra e norma</i>	336
<i>1.4 Riscos do pós-positivismo</i>	340
<i>1.5 A doutrina de Alexy e os elementos da constituição</i>	343

Capítulo 2 – Regras dos Jogos e Regras Constitucionais

<i>2.1 Introdução</i>	345
<i>2.2 Regras dos jogos: Searle, Ross e Raz</i>	348
<i>2.3 Regras dos jogos: Gregorio Robles</i>	351
<i>2.4 Âmbito espacial dos jogos e do Direito</i>	352
<i>2.5 Os três tipos de regras</i>	355
<i>2.6 Regras de direito constitucional</i>	357
<i>2.7 A classificação de Duguit</i>	358
<i>2.8 A tipologia de Luís Roberto Barroso</i>	359
<i>2.9 Espécies de normas constitucionais de Celso Antônio Bandeira de Mello</i>	360
<i>2.10 Três tipos de regras constitucionais</i>	361

Capítulo 3 – Regras Constitucionais Ônticas

<i>3.1 Conceitos</i>	363
<i>3.2 Espaço ôntico do jogo constitucional</i>	364
<i>3.3 As peças ônticas do poder estatal</i>	366
<i>3.4 Regras que conferem poderes</i>	367
<i>3.5 Regras de competência</i>	369

<i>3.6 Natureza das regras de competência</i>	375
<i>3.7 Regras de competência e regras permissivas</i>	381
<i>3.8 Cumprimento das regras ônticas</i>	386
<i>3.9 Conclusão</i>	386

Capítulo 4 – Regras Constitucionais de Procedimento

<i>4.1 Introdução</i>	387
<i>4.2 Regras constitucionais de procedimento</i>	388
<i>4.3 Procedimentos imanentes e dirimentes</i>	388
<i>4.4 Procedimentos jurisdicionais</i>	389
<i>4.5 Procedimentos do Poder Executivo</i>	391
<i>4.6 Procedimentos do Poder Legislativo</i>	406
<i>4.7 Procedimento das emendas constitucionais</i>	410
<i>4.8 Procedimentos de formação das leis orçamentárias</i>	415
<i>4.9 Responsabilidade do Presidente da República</i>	418
<i>4.10 Natureza das regras de procedimento</i>	421
<i>4.11 Cumprimento das regras de procedimento</i>	422

Capítulo 5 – Regras Constitucionais Deônticas e Normas Constitucionais

<i>5.1 Jogos de homens e regras de conduta</i>	424
<i>5.2 Estruturas das regras constitucionais</i>	426
<i>5.3 Teoria das normas jurídicas e normas constitucionais</i>	428
<i>5.4 Relação jurídica constitucional</i>	433
<i>5.5 Cumprimento das regras deônticas</i>	435

Subtítulo II – Teoria dos Direitos Fundamentais (Categorias)

Capítulo 6 – Fundamentação dos Direitos Fundamentais

<i>6.1 Introdução</i>	439
-----------------------------	-----

6.2 Uma prestigiosa teoria dos direitos fundamentais	440
6.3 Uma teoria geral dos direitos fundamentais	442
6.4 Fontes de inspiração	443
6.5 Conceito de direitos fundamentais	447
6.6 Caracteres dos direitos fundamentais	451
6.7 Classificação dos direitos fundamentais	452
6.8 Integração das categorias de direitos fundamentais	452
6.9 Direitos e garantias dos direitos	453

**Capítulo 7 – Teoria dos Direitos Individuais
(Vida, Igualdade, Liberdade)**

7.1 Conceito de direito individual	457
7.2 Classificação dos direitos individuais	459
7.3 Direito à vida	
7.3.1 A vida como objeto do Direito	460
7.3.2 Direito à existência	461
7.3.3 Direito à integridade física	462
7.3.4 Direito à integridade moral	464
7.3.5 Vida privada	464
7.4 Liberdade e igualdade como valores da democracia	466
7.5 Direito de igualdade	
7.5.1 Introdução ao tema	467
7.5.2 Igualdade, equidade e justiça	469
7.5.3 Isonomias formal e material	472
7.5.4 O sentido da expressão “igualdade perante a lei”	474
7.5.5 Igualdade de homens e mulheres	476
7.5.6 Igualdade “sem distinção de qualquer natureza”	478
7.5.7 Discriminações e inconstitucionalidade	479
7.6 Direito de liberdade	
7.6.1 Questão de ordem	480

7.6.2 <i>Liberdade interna e liberdade externa</i>	480
7.6.3 <i>Conteúdo do direito de liberdade</i>	482
7.7 <i>Eficácia das normas constitucionais sobre as liberdades</i>	482
7.8 <i>Sistemas de restrições das liberdades individuais</i>	483

Capítulo 8 – Teoria dos Direitos Individuais (Segurança e Propriedade)

8.1 *Segurança*

8.1.1 <i>Introdução</i>	484
8.1.2 <i>Conceito de segurança</i>	485
8.1.3 <i>A segurança e os valores do Direito</i>	486
8.1.4 <i>O princípio constitucional e a segurança do Direito</i>	487
8.1.5 <i>Conceito de segurança jurídica</i>	488
8.1.6 <i>A segurança como garantia</i>	489
8.1.7 <i>Segurança como proteção dos direitos subjetivos</i>	491
8.1.8 <i>Segurança como direito social</i>	495
8.1.9 <i>Segurança por meio do Direito</i>	496
8.1.10 <i>Segurança e garantismo</i>	501

8.2 *A propriedade*

8.2.1 <i>Fundamento constitucional</i>	502
8.2.2 <i>Conceito e natureza</i>	504
8.2.3 <i>Regime jurídico da propriedade privada</i>	505
8.2.4 <i>Propriedade e propriedades</i>	507
8.2.5 <i>Propriedades especiais</i>	508

8.3 *Função social da propriedade*

8.3.1 <i>Questão de ordem</i>	512
8.3.2 <i>Conceito e natureza</i>	513
8.3.3 <i>Função social e transformação do regime de propriedade</i>	513
8.3.4 <i>Limite: conteúdo essencial mínimo da propriedade</i>	514

Capítulo 9 – Teoria dos Direitos Sociais

9.1 Estado da questão	516
9.2 Direitos sociais e direitos econômicos	517
9.3 Conceito de direitos sociais	518
9.4 Polêmica sobre a natureza dos direitos sociais	520
9.5 Fundamentação dos direitos sociais	528
9.6 Integração harmônica dos direitos	531

*Capítulo 10 – Direitos Fundamentais de Solidariedade
(Coletivos e Difusos)*

10.1 Questão de ordem	537
10.2 Direitos coletivos e direitos difusos	538
10.3 Os novos direitos do homem	540
10.4 Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado	541
10.5 Direito do consumidor	548
10.6 Direito ao desenvolvimento	549
10.7 Direito fundamental à paz	550
10.8 Direitos dos índios	551
10.8.1 Índio	551
10.8.2 Direitos dos índios	552
10.8.3 Organização social dos índios: comunidade, etnia e nação	552
10.8.4 Direitos sobre as terras indígenas	554
10.8.5 Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios	555
10.8.6 O indigenato	559

Capítulo 11 – Eficácia das Normas de Direitos Fundamentais

11.1 Introdução	559
11.2 Eficácia dos direitos individuais	
11.2.1 Consideração prévia	560
11.2.2 Premissas da crítica	561

11.2.3 A questão terminológica	563
11.2.4 A questão classificatória	564
11.2.5 A questão da existência das normas de eficácia contida	565
11.3 Progressividade e não regressividade	578
11.4 Positivização como pressuposto de sua eficácia	579
11.5 Reserva do possível e mínimo existencial	584
11.6 Obrigações estatais	592
11.7 Eficácia dos direitos fundamentais em face de terceiros	594

Capítulo 12 – Harmonia e Colisão dos Direitos Fundamentais

12.1 Harmonia dos direitos fundamentais	596
12.2 A questão das gerações dos direitos fundamentais	597
12.3 Conflitos normativos	598
12.4 Colisão entre direitos fundamentais	602
12.5 Natureza dos direitos em colisão	604
12.6 Ponderação e valores	609
12.7 Restrições	611

TÍTULO III – ONTOLOGIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Capítulo 1 – O Ser dos Princípios

1.1 Colocação do tema	617
1.2 Noção de princípio	618
1.3 O que não é princípio	620
1.4 Princípios jurídicos	623
1.5 Origem e formação dos princípios jurídicos	626
1.6 Constitucionalização de princípios jurídicos	631
1.7 Princípios e valores	632
1.8 O principialismo constitucional	634

Capítulo 2 – Os Princípios no Sistema Constitucional

2.1 O ser dos princípios constitucionais	639
2.2 Positividade dos princípios constitucionais	641
2.3 Os princípios do constitucionalismo brasileiro	643
2.4 Os princípios segundo a Constituição de 1988	648
2.5 Tipologia dos princípios constitucionais	
2.5.1 Algumas considerações terminológicas	651
2.5.2 Tipos de princípios constitucionais	653
2.5.3 Princípios constitucionais fundamentais	653
2.5.4 Princípios fundamentais e princípios gerais do direito constitucional	655
2.6 Princípios institucionais (regionais)	656
2.7 Disposições programáticas e princípios constitucionais	656
2.8 Conclusão	658

Capítulo 3 – Natureza dos Princípios Constitucionais

3.1 Revolução e princípios constitucionais	659
3.2 Uma questão de princípios e de regras	661
3.3 Princípios constitucionais ônticos	
3.3.1 O princípio da constitucionalidade	662
3.3.2 O princípio federalista	663
3.3.3 O princípio republicano	666
3.3.4 O princípio da divisão de Poderes	668
3.4 Princípios procedimentais	669
3.5 Princípios constitucionais deônticos	
3.5.1 Generalidades	674
3.5.2 O Estado Democrático de Direito	674
3.5.3 O princípio democrático	681
3.5.4 O princípio da legalidade	
3.5.4.1 Conceito	681

3.5.4.2	<i>O princípio da legalidade e o da reserva de lei</i>	682
3.5.4.3	<i>Legalidade e legitimidade</i>	685
3.5.5	<i>O princípio da liberdade e regras da liberdade</i>	
3.5.5.1	<i>A ideia de liberdade</i>	686
3.5.5.2	<i>Liberdade e necessidade</i>	688
3.5.5.3	<i>O problema da conceituação</i>	688
3.5.5.4	<i>Liberdade e liberação</i>	691
3.5.5.5	<i>Liberdade e democracia</i>	692
3.5.6	<i>O princípio da igualdade</i>	692
3.5.6.1	<i>Princípio e regras da igualdade</i>	693
3.5.6.2	<i>Ideia de igualdade</i>	693
3.5.7	<i>Liberdade e igualdade, uma vinculação intrínseca</i>	695
3.5.8	<i>Princípios dos direitos sociais</i>	699
3.5.9	<i>Princípios dos direitos de solidariedade</i>	700
3.6	<i>Conclusão</i>	701

Capítulo 4 – Fenomenologia dos Princípios Constitucionais

4.1	<i>Questão de ordem</i>	702
4.2	<i>Natureza material dos princípios</i>	702
4.3	<i>Relevância dos princípios</i>	705
4.4	<i>Função dos princípios</i>	708
4.5	<i>Eficácia dos princípios constitucionais</i>	710

TERCEIRA PARTE – GNOSIOLOGIA CONSTITUCIONAL

TÍTULO I – PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DE UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL COGNOSCITIVA

Capítulo 1 – Cognoscibilidade do Ser Constitucional (Hermenêutica e Interpretação Constitucionais)

1.1	<i>Questão de ordem</i>	717
1.2	<i>Hermenêutica e interpretação</i>	719

<i>1.3 Interpretação</i>	723
<i>1.4 Função da interpretação</i>	748
<i>1.5 Objeto da interpretação</i>	752
<i>1.6 Sujeitos da interpretação</i>	
<i>1.6.1 O intérprete</i>	756
<i>1.6.2 Quem pode ser sujeito da interpretação</i>	757
<i>1.7 Natureza da interpretação</i>	761
<i>1.8 Superinterpretação e subinterpretação</i>	763
<i>1.9 Aplicação</i>	765

Capítulo 2 – Teoria dos Textos Constitucionais

<i>2.1 Colocação do tema</i>	768
<i>2.2 Noção de texto</i>	769
<i>2.3 Texto e interpretação</i>	771
<i>2.4 Texto e textualismo</i>	772
<i>2.5 Formato do texto constitucional</i>	773
<i>2.6 Sujeito do texto constitucional</i>	774
<i>2.7 Texto e matéria constitucional</i>	778
<i>2.8 Intertexto constitucional. O diálogo constitucional</i>	781
<i>2.9 Intertextualidade e metalinguagem constitucional</i>	786
<i>2.10 Texto e compreensão</i>	786

Capítulo 3 – Teoria dos Enunciados Constitucionais

<i>3.1 Colocação do tema</i>	788
<i>3.2 Tipos e noção de enunciados</i>	788
<i>3.3 A doutrina de Austin</i>	791
<i>3.4 Aplicação da doutrina aos enunciados constitucionais</i>	798
<i>3.5 Verbos e expressões</i>	805
<i>3.6 Dêixis constitucionais</i>	809
<i>3.7 Pressuposição jurídica e pressuposto jurídico</i>	819

3.8 Enunciado e proposição	827
3.9 Dispositivo, disposição, preceito, prescrição e enunciado	833

Capítulo 4 – Teoria das Significações Jurídicas

4.1 Questão de ordem	837
4.2 Considerações especiais sobre a significação	840
4.3 Sentido jurídico	842
4.4 Sentido, contexto, interpretação	847
4.5 O significado das regras jurídicas	849
4.6 Elementos do discurso jurídico	851
4.7 Uma abordagem do ponto de vista do texto constitucional ...	853

TÍTULO II – TEMAS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Capítulo 1 – Considerações Gerais sobre a Hermenêutica Constitucional

1.1 Interpretação constitucional	861
1.2 Hermenêutica contextual	
1.2.1 Texto e contexto	862
1.2.2 Sentido do texto constitucional: de onde vem?	863
1.2.3 Tarefa da hermenêutica constitucional	865
1.2.4 Hermenêutica das palavras	865
1.2.5 Hermenêutica do espírito	866
1.2.6 Conceito de hermenêutica contextual	866
1.3 Originalismo e intenção do constituinte	871
1.4 Jurisdição constitucional e interpretação constitucional	877
1.5 Presunção de constitucionalidade e de inconstitucionalidade	880
1.6 Interpretação conforme a constituição	882

<i>1.7 Sentenças interpretativas</i>	886
<i>1.8 Regras jurídicas sobre interpretação</i>	887

Capítulo 2 – Formação da “Norma Subconstitucional”

<i>2.1 Conceito de “norma subconstitucional”</i>	890
<i>2.2 Precedente</i>	892
<i>2.3 Contribuição dos advogados</i>	893
<i>2.4 Audiências públicas</i>	894
<i>2.5 Balancing, ponderação e sopesamento</i>	895
<i>2.6 Argumentação</i>	898
<i>2.7 Proporcionalidade</i>	900
<i>2.8 O princípio da razoabilidade</i>	905
<i>2.9 A tópica</i>	916

Capítulo 3 – Formas da Interpretação Constitucional

<i>3.1 Questão de ordem</i>	926
<i>3.2 Enunciados e interpretação</i>	926
<i>3.3 Apropriação</i>	927
<i>3.4 Interpretação explicativa</i>	928
<i>3.5 Interpretação referencial</i>	931
<i>3.6 Interpretação compreensiva</i>	933

Capítulo 4 – Interpretação dos Direitos Fundamentais e Jurisprudência dos Valores

<i>4.1 Introdução</i>	935
<i>4.2 Interpretação e categorias dos direitos fundamentais</i>	939
<i>4.3 A dignidade da pessoa humana como diretiva da interpretação</i>	940
<i>4.4 O STF e a interpretação das normas dos direitos individuais</i>	
<i>4.4.1 A igualdade</i>	942

4.4.1.1	<i>Igualdade e orientação sexual</i>	943
4.4.1.2	<i>Igualdade e ação afirmativa</i>	945
4.4.2	<i>Livre manifestação do pensamento</i>	950
4.4.3	<i>Liberdade de informação jornalística</i>	951
4.4.4	<i>Liberdade de expressão</i>	957
4.4.5	<i>Liberdade de ação profissional</i>	959
4.4.6	<i>Direito de defesa</i>	961
4.4.7	<i>Algemas</i>	963
4.4.8	<i>Anonimato</i>	964
4.4.9	<i>Direito de propriedade</i>	965
4.5	<i>Interpretação de normas de direitos sociais</i>	967
4.5.1	<i>O STF e o direito à educação</i>	968
4.5.2	<i>O STF e o direito à saúde</i>	969
4.5.3	<i>O STF e o direito de família</i>	973
4.5.4	<i>Direito de greve</i>	981
4.6	<i>O STF e a interpretação dos direitos solidários</i>	982
4.6.1	<i>Direito ao meio ambiente</i>	982
4.6.2	<i>Direito dos índios</i>	984
4.7	<i>O STF e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas</i>	988
4.8	<i>Restrições de direito</i>	989
4.9	<i>Jurisprudência dos valores</i>	992
4.9.1	<i>Jurisprudência dos valores e constitucionalização de direitos</i>	994
4.9.2	<i>Fundamento constitucional para a constitucionalização de novos direitos</i>	998
4.10	<i>Conclusão</i>	1000
	<i>Síntese Conclusiva – Constituição e Cultura</i>	1001
	<i>Bibliografia</i>	1009