



A NEOCONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E O ESTATUTO DA CIDADE

Inocencio Martins

Centro Universitário de Brasília - CEUB, Brasília, DF, Brasil

E-mail: inocencio.coelho@ceub.edu.br

Trabalho enviado em 08 de outubro de 2021 e aceito em 09 de outubro de 2021



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Dir. Cid., Rio de Janeiro, Vol. 15, N.02., 2023, p. 813-820.

Inocência Martins

DOI: [10.12957/rdc.2023.62906](https://doi.org/10.12957/rdc.2023.62906) | ISSN 2317-7721

I - SOBRE A “NOVA” CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Aceita a doutrina de Hans Kelsen e Adolf Merkl¹ de que os sistemas jurídicos estruturam-se hierarquicamente à moda de uma pirâmide, cuja base empírica é a Constituição e os sucessivos degraus são normas derivadas desse texto fundante, pode-se dizer que, sob essa compreensão dos ordenamentos jurídicos, qualquer modelo que se produza no seu âmbito já nasce, *necessariamente*, constitucionalizado ou, em outras palavras, *em conformidade* com aquela norma primeira e fundante. Outra consequência lógica dessa compreensão hierarquizada dos sistemas jurídicos é a apontada por Kelsen, a nos dizer que “a afirmação corrente de que uma *lei inconstitucional é nula* carece de sentido porque uma lei nula não é lei; que a expressão *lei inconstitucional* aplicada a um preceito legal que se considera válido, é uma contradição nos termos, pois se o preceito é válido só pode sê-lo porque corresponde à Constituição; se é contrário a ela, não pode ser válido”; e que, finalmente, em decorrência dessa mesma hierarquização sistêmica, não pode haver nenhuma contradição entre normas que pertencem a diferentes níveis do ordenamento legal.²

No plano histórico parece lícito afirmar-se, igualmente, que a constitucionalização do direito, entendida como a necessária conformação do sistema jurídico aos comandos constitucionais – tanto na criação, quanto na interpretação e na aplicação dos modelos jurídicos nos diferentes ramos do direito é coisa bem mais antiga do que a constitucionalização do direito dos nossos dias, a qual, em verdade, é apenas uma *neoconstitucionalização*, seja como: 1) a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito; 2) a invasão constitucional em novos domínios jurídicos, não apenas no Brasil mas também nos mais diversos países; 3) o efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico; ou, ainda, 4) o processo de transformação de um ordenamento, ao término do qual, o ordenamento em questão resulta totalmente ‘impregnado’ pelas normas constitucionais.³

¹ Hans Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 82-100; Adolf Julius Merkl. *Escritos de teoría do Direito*. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2018, p. 282-308.

² Hans Kelsen. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: Unam, 1969, p. 185 e 192.

³ Virgílio Afonso da Silva. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 18 e 27; Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmiento. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 39-44; Luís Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 378-379; Riccardo Guastini. *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, in *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara, 2003, p. 153.

Nossa compreensão desse fenômeno como simples *neoconstitucionalização* decorre de que, se olharmos para a história com olhos de ver, não será difícil identificarmos episódios ou momentos, bem mais distantes, em que se afirmou a *supremacia* da Constituição e a decorrente dominância dos seus comandos sobre todas as normas de menor hierarquia, desde os textos legislativos – pelo controle da sua constitucionalidade – até os chamados atos singulares, de mera execução, como são as decisões judiciais e administrativas.

No âmbito judicial ou jurisdicional, acreditamos poder identificar como o marco inicial da supremacia da Constituição em 1803, na decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no julgamento do caso *Marbury v. Madison*. Algumas passagens desse julgado militam em favor do nosso entendimento de que a chamada constitucionalização do direito, de que tanto se fala em nossos dias, é roupagem nova sobre coisa velha, ideia sobre a qual nos conforta contar com opinião de Luís Roberto Barroso, ao dizer que “a interpretação de todo o direito posto à luz da Constituição é característica histórica da experiência americana, e não singularidade contemporânea.”⁴ Então, vejamos.

É uma proposição por demais clara para ser contestada, que a Constituição *veta* qualquer deliberação legislativa incompatível com ela: ou que a legislatura possa alterar a Constituição por meios ordinários.

Não há meio termo entre estas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la.

Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as constituições escritas são absurdas tentativas de parte do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável.⁵

Pois bem, entre as condições necessárias para se dizer que um ordenamento jurídico está *impregnado* pelas normas constitucionais, Riccardo Guastini indica como a primeira delas a existência de uma Constituição *escrita e rígida*.

Uma Constituição é rígida se, e somente se, em primeiro lugar, é escrita; em segundo lugar, está protegida (ou garantida) contra a legislação “ordinária”, no sentido de que as normas constitucionais não podem ser modificadas ou derogadas a não ser mediante um procedimento especial de revisão constitucional (mais complexo que o procedimento de formação das leis).⁶

⁴ Luís Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 381.

⁵ John Marshall. *Decisões constitucionais de Marshall*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 25.

⁶ Riccardo Guastini. *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, in *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara, 2003, p. 155.

Como segunda condição, o mesmo Guastini aponta a existência de um *órgão jurisdicional encarregado de proteger a Constituição* contra alguma lei incompatível com ela, variando os modelos de proteção conforme os diferentes sistemas jurídicos. O primeiro dos modelos apontados por esse jurista é precisamente o norte americano, no qual se aprecia, incidentalmente, a constitucionalidade da lei depois que ela for editada.

Outra condição, apontada igualmente por Guastini, para que se possa dizer que um ordenamento jurídico está *constitucionalizado*, é que nele se *interpretem as leis sempre em conformidade com a Constituição*. Sabendo-se que essa conformidade consiste em escolher, entre duas interpretações, aquela que realiza a Constituição ao invés de contrariá-la, não nos encontramos diante de nenhuma novidade trazida pela “atual” constitucionalização do direito, antes apenas daqueles “princípios de muito bom aviso” ou “preceitos sábios”, que os juízes e tribunais devem observar no exercício do controle de constitucionalidade, como registra o clássico Lúcio Bittencourt, com estas palavras precisas: “Se a lei, pelos seus termos, permite duas interpretações, uma que a põe na órbita constitucional e outra que a torna incompatível com a lei suprema, deve o juiz preferir aquela e desprezar esta última.”⁷

Uma quarta condição, no que interessa para reforço do nosso entendimento de que a chamada constitucionalização do direito não passa de uma *neoconstitucionalização*, é o que Riccardo Guastini chama de “*sobreinterpretação*” da Constituição, uma leitura não restritiva mas *extensiva* do seu texto – para tanto considerado “finito”, incompleto, limitado, lacunoso –, de modo a ensejar que o intérprete extraia do fraseado constitucional inumeráveis normas implícitas, que se mostrem idôneas para regular qualquer aspecto da vida política e social. Pois bem, ainda em julgado de John Marshall, desta vez no caso *Mac Culloch v. Estado de Maryland*, em 1819, nos deparamos com as reflexões extraídas esparsamente do voto desse grande Juiz e transcritas a seguir, as quais reputamos pioneiras e paradigmáticas em termos de interpretação constitucional aberta à ação do tempo.

Examinando esta questão, nunca nos devemos esquecer de que é uma Constituição que estamos comentando. (sem itálico no original).

[...]

Uma constituição, contendo a conta exata e circunstanciada de todas as subdivisões de que os seus grandes poderes são suscetíveis, e de todos os meios pelos quais eles podem ser exercidos, participaria da prolixidade de um código de leis, e a custo seria percebida pelo entendimento humano. Provavelmente ela nunca seria compreendida pelo povo. A sua natureza requer, portanto, que só os seus grandes contornos sejam delineados, e que só os seus importantes objetos

⁷ C.A.Lúcio Bittencourt. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1949, p. 118.

sejam designados, e que os menores ingredientes que compõem esses objetos sejam deduzidos da natureza dos mesmos objetos.

[...]

Procedamos assim no caso dos autos. O assunto é a execução desses amplos poderes de que a felicidade da nação depende essencialmente. Deveria ter sido a intenção daqueles que deram tais poderes assegurar a sua útil execução, tanto quanto a prudência humana pode fazê-lo. Esse *desideratum* certamente não seria alcançado com o encerro da escolha de meios dentro de limites tão estreitos que impedissem absolutamente o Congresso de poder adotar uma medida idônea e conducente ao fim. *Esta disposição é vista em uma constituição destinada a durar nos séculos vindouros, e consequentemente, a ser adaptada as várias crises dos negócios humanos.*⁸ (sem itálico no original).

Palavras proféticas desse notável Juiz, eis que, em plena era da energia nuclear, a maior potência econômica e militar do planeta permanece regida por uma Constituição com 234 anos de vigência e apenas 27 Emendas, que foi “ditada à luz de uma vela de sebo”, como disse Rodney L. Mott, numa expressão pitoresca, resgatada pelo meu saudoso e erudito mestre Orlando Chicre Miguel Bitar.⁹

Quanto à *força vinculante da Constituição*, não se trata, evidentemente, de nada de novo sob o sol, eis que a *injuntividade* é da própria natureza das leis fundamentais, pois não haveria sentido em promulgá-las se não fosse para ordenarem, efetivamente, todo o conjunto da vida social. O mesmo se diga sobre a condição, também apontada por Guastini para se considerar constitucionalizado um sistema jurídico, qual seja, que a Constituição tenha influência sobre as relações políticas no âmbito desse sistema. Afinal, já em 1861, o socialista Lassalle – para quem a Constituição é a soma dos fatores reais de poder operantes na sociedade –, já dizia que as questões constitucionais, basicamente, não são questões de direito, mas *questões de poder*¹⁰, o que nos remete a Georges Burdeau, ao dizer que a Constituição é o *estatuto do poder*, pois se antes dela o poder é mero fato, resultado das circunstâncias, produto de um equilíbrio frágil entre as diversas forças políticas que o disputam, com a Constituição esse poder muda de natureza, para se converter em *Poder de Direito*, em um mando desencarnado e despersonalizado¹¹. A essa luz, obviamente, é da natureza e finalidade das constituições pretenderem ordenarem efetivamente o processo político, abstração feita das ideologias que lhes são inerentes. Não por acaso, Karl Loewenstein nos sugere uma análise *ontológica* das constituições, com a sua consequente classificação em

⁸ John Marshall. *Decisões constitucionais de Marshall*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 109, 110, e 115.

⁹ Orlando Bitar. *A lei e a Constituição*, in *Obras completas de Orlando Bitar*. Rio de Janeiro: Conselho Federal de Cultura & Departamento de Assuntos Culturais do MEC, v. 2, 1978, p. 43.

¹⁰ Ferdinand Lassalle. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988, p. 49.

¹¹ Georges Burdeau. *Traité de science politique*. Paris: LGDJ, 1980, t. 4, p. 44-45.

normativas, nominais ou semânticas, conforme o grau de correspondência entre a pretensão normativa dos seus preceitos e a realidade do processo do poder. A essa luz, seriam normativas as constituições que efetivamente dirigem o processo político; nominais, a seu turno, aquelas cuja força normativa é débil e, por isso, não ordena as decisões políticas fundamentais; e semânticas, finalmente, as cartas políticas que apenas refletem as subjacentes relações de poder, não passando de meros simulacros de Constituição.¹² Mais não se precisa dizer sobre a influência da Constituição nas relações políticas, fenômeno que é congênito ao constitucionalismo histórico, doutrina e prática que nasceram e se desenvolveram em torno do art. 16 da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, e que precede a novel “constitucionalização do direito”.

No âmbito doutrinário – a evidenciar que aquilo que hoje chamamos de constitucionalização do direito é termo novo para dizer coisas bem mais velhas – registramos o que o clássico Mirkine-Guetzévitch chamou de *tendência à racionalização do poder* presente nas Constituições promulgadas após a primeira Guerra mundial. Eis o que nos diz esse insigne mestre do direito comparado.

Todas as Constituições promulgadas após a primeira Guerra mundial exprimem a mesma tendência, que chamamos outrora *tendência à racionalização do poder*, e que se esforça por encerrar nas redes do direito escrito o conjunto da vida política. Assim o *político* e o *social* tornam-se *jurídico*. A racionalização do poder tendendo a substituir o fato metajurídico do poder pelas regras do direito escrito é um fenômeno constante da moderna evolução constitucional. Se para um socialista moderno todas as relações econômicas e sociais devem transformar-se em relações jurídicas de direito público, para um jurista moderno todas as regras constitucionais costumeiras não escritas transformam-se igualmente em regras legislativas, até mesmo constitucionais. A racionalização do poder no direito constitucional é a substituição do histórico pelo jurídico.¹³

II - A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ESTATUTO DA CIDADE

Pelo que expusemos no primeiro tópico, reiteramos o nosso entendimento de que aquilo que ora se chama de constitucionalização do direito da cidade ou, se preferirmos, do *Estatuto da Cidade*, é a sua necessária submissão e conformação à Constituição da

¹² *Teoría de la Constitución*, cit., p. 216-222.

¹³ Boris Mirkine-Guetzévitch. *Les Constitutions Européennes*. Paris: Presses Universitaires de France, tomo 1º, 1951, p.17, e *Evolução Constitucional Europeia (Ensaio Sintético)*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957, p. 30.

República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, assim como às Emendas ao seu texto original, editadas nos termos da mesma Carta Política.

Como, em razão do nosso modelo federativo de distribuição de competências – que, no caso do direito urbanístico, estão repartidas entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios – tem-se que o *Estatuto da Cidade* é o conjunto de todas as normas promulgadas por esses entes políticos, dos preceitos constitucionais às normas de menor hierarquia, editadas no âmbito dos municípios. A validade desse plexo normativo submete-se ao controle dos órgãos a tanto competentes nos diversos níveis da federação. As leis e atos normativos federais, ao exame da sua constitucionalidade pelo STF; as leis e atos normativos estaduais e municipais, ao crivo dos Tribunais de Justiça dos Estados, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 125 da Constituição Federal e das respectivas constituições estaduais.¹⁴

Como todas essas normas, ao fim e ao cabo, devem ser editadas e lidas em conformidade com as regras e princípios constitucionais, a essa harmonização sistêmica é que chamamos de constitucionalização do Estatuto da Cidade.

De conformidade com a especificação desse plexo normativo, como a fez o ilustre jurista Andreas Krell, tem-se que a fonte formal superior do Direito da Cidade é a Constituição federal, especialmente o capítulo sobre a Política Urbana (artigos 182 e 183); que na legislação federal, há destaque para o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01); que ao nível dos Estados, todas as constituições estabelecem normas sobre assuntos urbanísticos, assim como as Leis Orgânicas dos quase 5.600 municípios brasileiros; que, a partir da promulgação do Estatuto de 2001, os principais conceitos do Direito da Cidade passaram por um processo de consolidação e difusão; e que a maior parte desse Estatuto exige leis municipais posteriores.¹⁵ Assim esse plexo normativo vai se expandindo e revitalizando, a compasso das exigências sociais.

Vistas em conjunto, pois só assim elas podem ser compreendidas, essas normas compõem o que chamaríamos de o *estatuto jurídico do fenômeno urbano*, assim como se diz que a Constituição é o estatuto jurídico do fenômeno político. Um e outro, como coisas do espírito, esses estatutos são organismos vivos expostos à ação do tempo, caminhando pari passu com as transformações ocorridas no ambiente histórico-social da sua aplicação, nesse

¹⁴ Léo Ferreira Leoncy. *Controle de constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 35-114.

¹⁵ Em Nota a essa passagem do seu artigo, o professor Andreas Krell informa, ainda, que são leis federais ligadas ao Direito da Cidade: o Estatuto da Metrópole (Lei 13.089/15); a Lei do Parcelamento do Solo Urbano (6.766/79); a da Política Nacional de Mobilidade Urbana (12.587/12); a da Regularização Fundiária Urbana (13.465/17); a de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico (11.445/07); a da Política Nacional de Resíduos Sólidos (12.305/10); e a da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (Lei 12.608/12).

constante devir por força do qual o direito não é, ele *vai sendo* aquilo que as forças sociais consigam positivizar em normas jurídicas. De outro lado, por força do modelo e da dinâmica do nosso federalismo, assim como da autopoiese, que caracteriza o direito como criador de si mesmo, ambos os estatutos estão sujeitos ao *panta rhei* da eterna mudança. Por último, mas igualmente importante, quaisquer normas que venham a ser editadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, das mais elevadas às de menor hierarquia, que disponham sobre *direito da cidade* incorporam-se a esses dois estatutos, desde que sejam conformes com a Constituição. O mesmo valendo para as normas – federais, estaduais, distritais ou municipais – que regulavam a vida nas cidades antes da Carta de 1988, as quais, se compatíveis com a nova ordem constitucional, são recepcionadas e passam a valer como *direito novo*, porque foi alterado o seu fundamento de validade, conforme o magistério de Kelsen.¹⁶ Em perspectiva semelhante e de todo compatível com esta abordagem, sob o título *A constitucionalização releitura-inclusão do direito da cidade*, o mesmo e ilustre Andreas Krell anota que a constitucionalização do Direito brasileiro levou à crescente releitura dos textos e institutos legais de todos os seus ramos, que foram “irradiados” pelos valores consagrados na Lei Maior, e que, nesse sentido, há uma “constitucionalização-inclusão” em que certos institutos jurídicos são inseridos no próprio texto constitucional, assim como há uma “constitucionalização-releitura”, nos casos em que os conceitos e institutos inseridos nas leis ordinárias passam por uma filtragem hermenêutica à luz das normas-princípios constitucionais, para que a sua criação, interpretação e aplicação sejam materialmente adequadas aos ditames da Constituição Federal.

Em suma, nisto consiste, a nosso ver – *Si parva licet componere magnis*¹⁷ –, a constitucionalização do Direito da Cidade, fenômeno jurídico que preferimos chamar de *neoconstitucionalização*, pelas razões apontadas neste artigo.

Sobre os autores:

Inocência Martins

Doutor em Direito

Centro Universitário de Brasília - CEUB, Brasília, DF, Brasil

E-mail: inocencia.coelho@ceub.edu.br

¹⁶ Hans Kelsen, *Teoria geral do direito e do Estado*, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 171.

¹⁷ “Se for lícito comparar aos grandes os pequenos.”