

De quantos documentos é feita a constituição do Brasil?

Lucas Costa

Mesmo quem não é familiarizado com o tema do constitucionalismo possivelmente já leu ou ouviu falar que alguns países possuem constituições não-escritas. É provável que o caso do Reino Unido venha logo à mente. Mas, afinal, os britânicos – e, talvez, outros países – realmente possuem uma constituição não-escrita? E o que isso significa? Spoiler: este texto possui duas informações que são, para usar a linguagem dos jovens, categoria etária da qual obviamente faço parte, potencialmente, *mind-blowing* (muito surpreendentes).

Antes de rascunhar considerações sobre estas perguntas, vale esclarecer logo de cara: o Reino Unido talvez possua uma constituição não-escrita, ao contrário, *obviamente*, do Brasil, cuja Constituição (de 1988) é, inequivocadamente, escrita. Certo? Bom... sim, mas apenas porque, em verdade, não existem constituições não-escritas (como alegarei adiante). A constituição brasileira é escrita, assim como a dos britânicos, e – o que talvez seja uma surpresa para meus leitores – pode ser definida sob a mesma forma de constitucionalismo que o Reino Unido. Mas já chegamos lá.

Este texto estabelece um diálogo direto com um artigo de Richard Albert, Professor de Direito, na *University of Texas at Austin*, publicado em 2023: “*Multi-textual Constitutions*” (“Constituições multi-textuais” em tradução livre) (Albert 2023). Para Albert, na verdade, não existem constituições não-escritas. Todas são escritas, mas em alguns países as constituições são definidas por um único documento (são uni-textuais) e em outros elas são compostas por mais de um documento com status constitucional (são multi-textuais). Este é, precisamente, o caso do Reino Unido, assim como, entre outros exemplos, de Israel, da Áustria, da Itália, do Azerbaijão, da Lituânia e, sim, segundo Albert, *também* do Brasil (primeiro *mind-blowing*).

Como assim? O Brasil possui uma constituição multi-textual? Talvez, mas mais sobre isso adiante, antes algumas notas de esclarecimento conceitual: sobre o que estou tratando quando me refiro à constituição de um país? Se estou falando sobre “constituições multi-textuais”, ou seja, compostas por mais de um texto, então, não posso estar me referindo àquele livrinho (ou livrão, na maioria dos casos) escrito “Constituição do País Tal”. Pois ele é uma coisa só, não há uma multiplicidade de textos que me permita falar em multi-textualismo.

...

Quando eu iniciei meus estudos sobre constituições, ainda na graduação, por força de um projeto de iniciação científica com o qual eu havia começado a trabalhar, uma de minhas primeiras descobertas empolgantes, pelo menos para mim, não teve relação, exatamente, com avanços na pesquisa, mas sim com a revelação de que eu podia solicitar gratuitamente (e para um aluno de graduação este é um detalhe fundamental) um exemplar impresso da “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988” enviando um simples e-mail para a Biblioteca do Senado. Ou seria algum outro órgão? Já não me lembro, mas lembro que, curiosamente, a experiência me fez sentir a cidadania de forma mais plena do que quando exerci meu direito ao voto. Àquela época, para mim, a constituição era perfeitamente traduzida por aquele livro impresso, que havia chegado, na faixa, em meu endereço. Hoje eu sei que estava enganado.

Aquele livro não era a constituição, pelo menos não ela por inteiro. Não porque esqueceram de imprimir algumas de suas páginas, mas porque há outros elementos além do texto que definem a constituição de cada país. Com efeito, não há muita dúvida, hoje, que o texto da constituição é apenas parte de algo maior, frequentemente chamado de ordem constitucional. Mas ainda há uma boa controvérsia sobre qual é o peso do documento (o texto) em relação ao todo (a ordem constitucional). Até porque isso varia de país para país. Em alguns casos o texto é mais central, em outros é mais importante, por exemplo, a

interpretação que as cortes constitucionais dão ao texto. Aliás, escrevo sobre isso em **novo artigo**, em breve aqui no DataCons.

Para diferenciar o texto da constituição da ordem constitucional, além destes dois termos que são bastante claros e diretos, é bem comum – uma espécie de convenção – se referir ao primeiro como Constituição com C maiúsculo e ao segundo como constituição com c minúsculo. Assim, aquele livro que recebi impresso em minha casa é a Constituição do Brasil de 1988, mas quando quero me referir a tudo que envolve o texto no cotidiano de sua aplicação, por exemplo, a forma como o Supremo Tribunal Federal o interpreta nos casos concretos (e ao fazer isso obriga que o entendimento seja aplicado pelos demais tribunais e juízes, tornando-o, na verdade, norma constitucional, como se escrito na constituição estivesse), eu me refiro à constituição do Brasil.

Esta distinção conceitual é importante no estudo de Albert sobre constituições multi-textuais, pois, quando ele fala em uma constituição multi-textual, está se referindo à uma ordem constitucional formada por vários textos, podendo, inclusive, um deles ser a Constituição.

...

Se admitirmos a ideia de multi-textualidade, então o que estamos afirmando é que uma ordem constitucional pode ter, além da Constituição, outros textos com o mesmo status. No caso do Reino Unido isto é bastante claro, pois são diversas as leis, promulgadas de forma esparsa, separadas por décadas ou séculos umas das outras, que são consideradas constitucionais. O caso italiano é um pouco diferente: embora os italianos tenham uma Constituição (a de 1947), por autorização da própria, podem ser criadas outras leis com status constitucional. Ou seja, outros documentos, que não fazem parte da Constituição, mas possuem os mesmos efeitos dela, incluindo o atributo do entrenchamento, que para muitos autores é o que, afinal, diferencia uma norma constitucional de outra infraconstitucional: normas constitucionais desfrutam de uma proteção superior às demais

leis, isto é, para serem alteradas ou revogadas, quando isso é possível, exigem um processo mais custoso – no caso do Brasil, por exemplo, a aprovação de uma emenda constitucional, em vez de demandar uma simples maioria no Congresso, precisa de uma maioria de 3/5 na Câmara e no Senado, em dois turnos de votação.

Mas e o Brasil? Nossa Constituição admite status constitucional a outros documentos que não sejam ela própria? A resposta é sim. Uma emenda constitucional promulgada em dezembro de 2004 (Emenda Constitucional nº 45) definiu que, a partir daquele momento, tratados e convenções internacionais que tratassem sobre direitos humanos e fossem aprovados pelo mesmo procedimento por meio do qual são aprovadas emendas à Constituição (descrito acima) seriam “equivalentes às emendas constitucionais”.

A conclusão, para Albert, é que, portanto, a constituição do Brasil é multi-textual. E ele está, tecnicamente, correto. Embora o Brasil tenha aprovado apenas três tratados com base no rito definido por este novo dispositivo constitucional é incontroverso que, além da Constituição de 1988, há outros textos com status constitucional na ordem constitucional brasileira.

O mesmo Albert sugere que a Constituição dos Estados Unidos (alerta para fato *mind-blowing* nº 2), em tese, também é multi-textual, ao contrário do que geralmente (ou sempre) se acredita. Tecnicamente, de fato, a constituição dos Estados Unidos possui, além da Constituição promulgada em 1787, outras 27 emendas, promulgadas ao longo dos mais de dois séculos de sua existência (a primeira é de 1791, a última de 1992). Ocorre que nenhuma destas emendas fazem parte do documento principal. São documentos avulsos. Não por acaso as dez primeiras emendas, adotadas dois anos após a promulgação da Constituição, são conhecidas, em conjunto, como “Carta de direitos” – elas não foram incorporadas ao texto da Constituição, cada uma é uma lei própria, mas todas compartilham a mesma supremacia constitucional. Isto define, para Albert, o multi-textualismo.

Ainda assim, para Albert a constituição dos Estados Unidos não é multi-textual, ou melhor é “multi-textual na lei e uni-textual em percepção” (p. 1697). Ou seja, embora ela satisfaça todas as condições que definem uma constituição multi-textual, ela não é percebida como tal.

Na minha opinião, o mesmo caso se aplica ao Brasil: embora nossa Constituição admita a existência de tratados e convenções com status constitucional e, de fato, existam três tratados internacionais formalmente reconhecidos como tais, *ninguém* (com a exceção de Albert) se refere à ordem constitucional brasileira como multi-textual.

...

Aqui no DataCons elaboramos análises empíricas sobre o conteúdo social das constituições. Por meio do empenho de um modelo que batizei de ***Constitutional Social Score Model (CSSM)*** conseguimos atribuir pontuações (que vão de 0 a 10) às Constituições refletindo o quanto elas são, em tese, capazes de levar à realidade concreta os direitos sobre os quais elas tratam. Nosso modelo, no estado atual, ignora todos os demais elementos da ordem constitucional, focando apenas no texto, ou seja, na Constituição com C maiúsculo.

O texto de Albert me despertou a curiosidade: a pontuação do Brasil mudaria caso a gente também levasse em consideração os outros textos, isto é, os tratados que receberam status constitucional?

São no total três, compostos por quatro textos: (1) Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; (2) Protocolo Facultativo desta mesma Convenção; (3) Tratado de Marraquexe; (4) Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância.

Destes quatro textos apenas os três primeiros possuem potencial de alterar a pontuação da Constituição brasileira, pois questões relacionadas à raça ainda não foram incorporadas ao nosso modelo.

Mais especificamente, estes tratados podem mexer com a pontuação de um dos oito grupos de direitos sociais que compõem o CSSM (para mais detalhes sobre o modelo ou sobre os outros grupos que fazem dele parte, acesse nosso [codebook/guidebook](#)): os direitos das pessoas com deficiência.

Desconsiderando os tratados, este grupo possui a pontuação 8.4. A construção da pontuação deste grupo funciona assim: as constituições garantem a pontuação 5, desde que possuam uma definição, ainda que genérica, de proteção às pessoas com deficiência. A cada novo direito garantido às pessoas com deficiência, de um total de 12, soma-se mais 0.5 ponto. Se algum destes direitos for assegurado por meio de três ou mais dispositivos, soma-se 0.2 ponto adicional. No caso do Brasil, a pontuação se define da seguinte forma:

- Proteção genérica às pessoas como deficiência: trata-se de um código atribuído às constituições que afirmam proteger as pessoas com deficiência, ou que, considerando um direito comum a todos, estabelece que as pessoas com deficiência possuem prioridade no atendimento, ou devem ser atendidas por algum procedimento especial e mais benéfico. A Constituição brasileira possui vários dispositivos que recebem este código.

O inciso II, do art. 23, por exemplo, define ser competência de todos os entes da federação “cuidar [...] da proteção e garantia das pessoas com deficiência”. Em razão disso, a Constituição brasileira já garante 5 pontos neste grupo.

- Direito à integração da pessoa com deficiência à sociedade: este código é atribuído àquelas constituições que definem expressamente ser direito da pessoa com deficiência ser integrada à sociedade.

A Constituição brasileira define este direito por meio de quatro dispositivos (o que lhe assegura, além do 0.5 ponto o 0.2 adicional, totalizando 0.7), em diferentes capítulos, incluindo questões relacionadas as competências legislativas, à assistência social e ao sistema público de saúde.

O inciso XIV, do art. 24 estabelece ser competência concorrente de todos os entes da federação legislar sobre a integração social das pessoas com deficiência. O art. 203 dispõe em seu inciso IV, que um dos objetivos da assistência social é “a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e sua integração à vida comunitária”. O §1º, do art. 227, por sua vez, traz dois dispositivos relacionados à integração da pessoa com deficiência, por meio de seu inciso II, que define a “criação de programas de [...] integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência”.

- Direito à saúde relacionado às pessoas com deficiência: pessoas com deficiência possuem necessidades especiais, razão pela qual há constituições que regulam ações de saúde voltadas à esta população.

No Brasil este tipo de direito pode ser encontrado em dois artigos da Constituição. O 23, que já mencionamos acima, define ser competência de todos os entes da federação “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência, e o 227, que dispõe sobre a criação de programas de “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental”.

Estes artigos garantem mais meio ponto para este grupo de direito.

- Educação para pessoas com deficiência: na maioria dos países, inclusive no Brasil, a educação é um direito universal, ou seja, de todos. Mas aqui também se aplica o princípio da equidade – tratar diferente os diferentes. Ou seja, pessoas com deficiência possuem necessidades especiais, razão pela qual é comum que constituições reconheçam o direito a uma educação especial ou capacitadora para esta população.

Na Constituição brasileira este tipo de direito é mencionado em três dispositivos diferentes, o que lhe faz somar 0.7 ponto ao grupo de direito.

São os artigos 203, 208 e 227, os quais, respectivamente, tratam sobre treinamento para pessoas com deficiência, “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência” e “treinamento para o trabalho”, voltado a este público.

- Programas de prevenção contra deficiência: além de prestar serviços para melhorar as vidas das pessoas com deficiência, reduzindo os obstáculos e aumentando sua inclusão, é fundamental que sejam executadas ações voltadas a evitar as causas de deficiência. Este código é atribuído ao reconhecimento constitucional deste problema.

No caso do Brasil, esta política é formalmente reconhecida no artigo 227 da Constituição, que estabelece a “criação de programas de prevenção [...] para as pessoas portadoras de deficiência”. Mais meio ponto garantido.

- Adaptações para as pessoas com deficiência: são classificadas com este código todas as Constituições que entendem ser direito das pessoas com deficiência o acesso à locais e procedimentos adaptados às suas necessidades.

No caso da Constituição brasileira, este direito é reconhecido, novamente, por meio do artigo 227, que dispõe sobre a “facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação”. Mais meio ponto na conta.

- Direito a seguro social para pessoas com deficiência: por último, mas definitivamente não menos importante, a Constituição brasileira reconhece a responsabilidade do Estado na oferta de seguro social às pessoas com deficiência. Talvez este seja um dos aspectos mais conhecidos e importantes entre todos os direitos voltados as pessoas com deficiência na Constituição do Brasil. Ele é definido por meio do artigo 203, que em seu inciso V criou uma regra bem clara: as pessoas com deficiência têm direito “a garantia de um salário mínimo de benefício mensal”, desde que “comprovem não possuir meios de prover à própria

manutenção ou de tê-la provida por sua família”. Este tipo de benefício ficou conhecido como Benefício de Prestação Continuada, o famigerado BPC, que foi regulamentado por meio de Lei Orgânica em 1993, passando a ser concedido a partir de 1996. Hoje este programa é alvo preferencial daqueles que querem ver o desafogo fiscal ser assegurado mediante cortes nos benefícios sociais dos mais pobres, mas isso é assunto para outra hora. Para agora, vale dizer que esta disposição constitucional soma outro 0.5 ao grupo.

Se somarmos todos os pontos do tópico chegamos à pontuação de 8.4, que é extremamente alta: apenas a Constituição do Equador, de 2008, que é nota 10, possui uma pontuação maior.

Mas como seria a nota do Brasil caso o CSSM considerasse também os tratados que receberam status constitucional? Para descobrir isso codifiquei todos eles.

A Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência reafirma, detalha e inova na oferta de direitos às pessoas com deficiência, em relação aos dispositivos constitucionais. Além de ressaltar o tratamento em iguais condições às demais pessoas no que diz respeito aos direitos civis e políticos consagrados constitucionalmente, desde pelo menos o século XVIII, esta Convenção estabelece dois novos direitos (não observados em nenhum dos mais de 500 documentos constitucionais analisados pelo CSSM), inclui direitos previstos no CSSM, mas ausentes na Constituição brasileira e define diversos dispositivos que visam efetivar direitos que já estavam nela reconhecidos, elevando sua pontuação de 8.4 para 13.3 – como o limite admitido pelo CSSM é de 10 pontos para cada grupo, o Brasil teria uma Constituição perfeita neste quesito, se equiparando à Constituição equatoriana de 2008, única a alcançar esta mesma nota.

Um dos dois novos direitos se refere preservação da identidade das pessoas com deficiência, conforme artigo 3 desta Convenção, que estabelece como um de seus princípios “O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência

e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade” e alínea 4, do artigo 30, o qual define que “seja reconhecida e apoiada” a “identidade cultural e linguística específica” das pessoas com deficiência, “incluindo as línguas de sinais e a cultura surda”.

O segundo novo direito estabelece, no artigo 29 da Convenção, a criação de organizações “para representar pessoas com deficiência em níveis internacional, regional, nacional e local, bem como a filiação de pessoas com deficiência a tais organizações”.

Quatro são os direitos já previstos no CSSM, ausentes na Constituição brasileira, mas presentes no texto da Convenção: (A) o direito à conscientização sobre as condições e necessidades de pessoas com deficiência, presentes em quinze dispositivos diferentes da Convenção[1]; (B) o definição de proibição e punição contra violência cometida contra pessoas com deficiência[2]; (C) direito da pessoa com deficiência a ter uma companhia, para satisfazer as necessidades resultantes de sua deficiência[3]; (D) Políticas afirmativas voltadas às pessoas com deficiência[4].

Finalmente, outros três direitos já estavam presentes na Constituição de 1988, mas são muito mais detalhados e específicos na Convenção, que incluiu nada menos que 37 dispositivos relacionados ao direito à adaptação para pessoas com deficiência, outros dois relacionados a condições especiais de serviço de saúde para este público e correspondentes à seguridade social.

Já o *Protocolo Facultativo* à esta Convenção não trata, especificamente, sobre novos direitos, mas sim sobre a regulamentação da forma com a qual deverá se dar o cumprimento da Convenção pelos Estados signatários. Não envolve, portanto, qualquer alteração na pontuação do grupo de direito relacionado às pessoas com deficiência.

Finalmente, o *Tratado de Marraquexe* estabelece meios para facilitar o acesso a obras públicas às pessoas, cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para ter

acesso ao texto impresso. Ao considera-lo incluiríamos outros mecanismos de efetivação do direito de adaptações às pessoas com deficiência, mas não haveria alteração da pontuação, seja porque ela já alcançou dez, a nota máxima, ou porque este direito já atinge o valor de 0.7 ao serem considerados os 37 dispositivos desta natureza na Convenção.

Este nosso breve estudo mostrou que, com efeito, reconhecer status constitucional às convenções e tratados internacionais pode ter efeito prático sobre a ordem constitucional, da qual a Constituição faz parte.

Permanecerá, contudo, como objeto de controvérsia se textos apêndices à Constituição principal de fato possuem o mesmo valor dela. Minha opinião é que não, por duas razões: primeiro, estes tratados e convenções apenas possuem status constitucional porque e enquanto o texto original autoriza que eles o tenham. Ou seja, são textos cujo status constitucional é condicional e muito mais perene. Basta alterar o texto do § 3º, do artigo 5º da Constituição (aquele que autoriza atribuir status constitucional aos tratados/convenções) que todos os tratados e convenções perdem seu status constitucional, da noite para o dia. Em segundo lugar, estes tratados e convenções não são percebidos pela comunidade jurídica, ou pelas pessoas que tem alguma afinidade com a Constituição, como equivalentes ao texto principal. Percepção traduz, nas palavras de Albert, a característica sociológica da definição de uma ordem como uni ou multi-textual. Assim, embora estes tratados e convenções sejam muito importantes e, formalmente sejam partes da Constituição, fora dela, a percepção informal – a que, ao final, mais vale – é de que, em vez de serem partes da Constituição, estamos diante de uma declaração solene de reconhecimento da importância do valor humanístico de atribuir às pessoas com deficiência uma série de direitos que, aliás, estão alinhados com o espírito de nossa Constituição.

[1] Art. 4, 1; Art. 8, 1 e 2; Art. 16, 2; Art. 25; Art. 31, 1.

[2] Art. 16, 1-5; Art. 25.

[3] Art. 19; Art. 20.

[4] Art. 27, 1.

Referências

Albert, Richard. 2023. "Multi-Textual Constiutions." *Virginia Law Review* 109: 1629–98.