

## CONSTITUCIONALISMO

**Sumário:** 1. Definição. 2. Histórico. 3. Mecanismos. 4. Dimensões.

### 1. Definição.

A abordagem do tópico *definição* será vinculada ao autor americano Thomas Cooley (sécs. XIX e XX), que abordou o que seria a ideia central do Constitucionalismo.

Segundo o autor, “a Constituição é, em última instância, a limitação dos poderes do governo nas mãos dos governados”<sup>1</sup>. A partir dessa concepção, pode-se definir o constitucionalismo como o **movimento jurídico-político de limitação do poder do Estado**.

Trata-se, portanto, de um movimento que pertence não só ao Direito Constitucional, como também à Ciência política: é um movimento jurídico, mas também é um movimento político.

O grande mote desse movimento é limitar o poder do Estado, isto é, o poder político. Assim, o constitucionalismo se contrapõe ao absolutismo, entendendo que o poder político merece alguma limitação. Oportunamente serão abordados como se faz essa limitação, desde quando se faz e quais são suas dimensões.

Por ora, é importante registrar que o constitucionalismo parte da ideia de que o poder político merece limitação (contrapondo-se ao poder político absoluto), e a limitação seria o objeto central do constitucionalismo.

### 2. Histórico.

No presente tópico, a abordagem do tema será vincula a Robert Graves, historiador britânico sobre Grécia clássica. A ideia central desse item é investigar a origem do constitucionalismo, isto é, a origem da ideia de limitação do poder político, de contraposição ao poder absoluto.

Autores nacionais e estrangeiros costumam afirmar que a origem do constitucionalismo está nas revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, especialmente as revoluções inglesa, francesa e americana. Há ainda quem sustente que a origem do constitucionalismo está em Roma, em razão da existência do Senado e de uma República. Contudo, já havia a ideia de limitação do poder político antes desses marcos.

---

<sup>1</sup> COOLEY, Thomas. *A Treatise on the Constitutional Limitations*. 6.ª ed. Boston: Little Brown, 1890, p. 69.

Robert Graves<sup>2</sup> estabelece uma distinção entre **origem remota ou mediata** e **origem próxima ou imediata**. Essa seria a melhor ideia sobre o constitucionalismo: há uma origem remota (mediata, indireta) e também há uma origem próxima (imediata, direta).

Assim, a **origem remota** do constitucionalismo seria a Federação Ática, citada na *Ilíada* de Homero.

A Federação Ática foi uma Federação grega fundada por Teseu, composta por 9 reinos soberanos que tinham moeda própria, forças armadas próprias e uma coordenação militar própria voltada para a defesa do seu território, e, segundo a mitologia grega, ficava no Pritaneu, atualmente uma zona próxima a Atenas.

A Federação é um modo pelo qual o poder político pode ser limitado. Em seguida serão verificados os instrumentos e mecanismos pelos quais se consubstancia essa ideia do constitucionalismo, no entanto, é importante desde logo registrar que o federalismo é um deles.

Isso porque uma das características de constituição do federalismo é a repartição de competências. Assim, a partir da ideia de que as competências podem ser repartidas é que o poder político, na Federação (se o Estado for Federal), encontra algum tipo de limitação.

Se na mitologia grega havia menção a Federação (com a terminologia “Federação Ática”), e a Federação é o modo pelo qual se pode limitar o poder político, é possível identificar a origem mais remota possível da limitação do poder político, isto é, a origem mais remota do constitucionalismo.

Antes desse marco – como Egito e Mesopotâmia –, era muito rarefeita a ideia de que o poder político poderia ser limitado, até porque, nesses cenários, havia um poder político que era absolutista. Desse modo, é na Grécia clássica que se inicia essa ideia de poder político limitado, e, na *Ilíada* de Homero (na mitologia grega), começa a existir a menção à Federação (Federação Ática).

Portanto, a ideia de poder político limitado pode ser verificada, de maneira mais remota, na **Grécia clássica (Federação Ática)**, uma vez que a Federação representa um modo pelo qual o poder político pode ser limitado (por conta da repartição constitucional de competências).

Todavia, a **origem mais próxima** (imediata, direta) do constitucionalismo, de fato, são as **revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII**, tratadas por Robert Graves como um só movimento, qual seja: **revolução anglo-franco-americana, em 1688, 1776 e 1789**.

<sup>2</sup> GRAVES, Robert. *The Greek Myths: the definitive retelling*. 2.ª ed. v. I. London: Penguin Books, 2011, p. 349-352.

### 3. Mecanismos.

A abordagem do tema *mecanismos* será vinculada ao pensamento do autor americano Cass Sunstein (sécs. XX e XXI).

Neste tópico, serão examinados como se implementa a limitação do poder político, como o poder político pode encontrar algum tipo de limite e quais são os grandes mecanismos pelos quais isso pode ser feito.

Cass Sunstein<sup>3</sup> aborda as quatro pedras de toque do Constitucionalismo, isto é, quatro mecanismos pelos quais o poder político pode ser limitado (de modo mais intenso ou menos intenso), quais sejam:

- a) Direitos fundamentais (*civil rights*);
- b) Controle de constitucionalidade (*judicial review*);
- c) Federalismo<sup>4</sup> (*federalism*);
- d) Freios e contrapesos (*checks and balances*).

A terminologia *civil rights* e *judicial review* são expressões próprias do constitucionalismo americano, que não se adequam perfeitamente ao direito brasileiro.

Isso porque, quanto à primeira expressão, os direitos fundamentais nem sempre têm um viés cível, podendo também ter um viés penal, processual, penitenciário, tributário etc. Assim, em relação à Constituição brasileira, é mais adequado utilizar a expressão “direitos fundamentais” (conforme o Título II da CRFB/88) e não “direitos civis”.

A mesma lógica se aplica em relação ao controle de constitucionalidade: não seria adequada a alusão à revisão judicial (*judicial review*) pois, no direito brasileiro, o controle de constitucionalidade pode ser tanto político como judicial, e quando for judicial poderá seguir a matriz americana (controle difuso) ou a matriz austríaca (controle concentrado). Portanto, o ideal é a referência a terminologia “controle de constitucional”, sem especificar o tipo de controle (político ou judicial; difuso ou concentrado).

#### 3.1. Direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais constituem modo pelo qual o poder político pode ter limitação, na medida em que conferem ao seu titular uma **esfera de proteção autônoma<sup>5</sup>, imune à interferência indevida, por parte do Estado ou da sociedade.**

<sup>3</sup> SUNSTEIN, Cass. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University, 1993, p. V.

<sup>4</sup> No caso de Estados Federais.

<sup>5</sup> A expressão “esfera de proteção autônoma” pertence ao autor espanhol Antonio Pérez Luño.

A menção a “Estado” e “sociedade” se deve ao fato de que pode haver uma aplicação vertical dos direitos fundamentais (nas relações entre uma pessoa e o Estado) ou aplicação horizontal (nas relações entre particulares). Atualmente, fala-se ainda em aplicação diagonal ou transversal, correlata a uma aplicação horizontal nas relações jurídicas em que há pessoas vulneráveis. Tais temas serão aprofundados oportunamente no curso.

Assim, é certo que qualquer direito fundamental confere uma esfera de proteção autônoma ao seu titular, que o imuniza de intervenções indevidas por parte do Estado – em relações verticais – ou da sociedade – nas relações horizontais. O direito à vida (direito individual), por exemplo, é respeitado na medida em que não se mata uma pessoa; a liberdade (direito individual) é respeitada na medida em que não se prende uma pessoa fora das hipóteses legais que admitem a prisão; respeita-se o direito de associação (direito coletivo) quando esta não é proibida; respeita-se a reunião (direito coletivo) quando não é dissolvida.

Ou seja, é a omissão do Estado ou do campo social que faz com que o direito venha a ser respeitado. Nesse ponto, portanto, o Estado encontra algum tipo de limite, de modo que não lhe é permitido atuar de qualquer maneira. O Estado encontra um limite, que corresponde a essa esfera de proteção que não pode ser invadida, por exemplo, para matar ou prender a pessoa, dissolver a reunião, proibir a manifestação etc. Com isso, os direitos fundamentais representam uma forma pela qual o poder político tem limitação.

Se porventura essa esfera for rompida, e as garantias correspondentes não forem suficientes, haverá o manejo de remédios constitucionais – *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data*, ação popular e ação civil pública – para a tutela dos direitos fundamentais.

### **3.2. Controle de constitucionalidade.**

O controle de constitucionalidade importa na invalidação de condutas estatais na sua atividade legislativa, isto é, no desempenho da função legislativa.

Essas condutas poderão ser comissivas ou omissivas, configurando assim uma inconstitucionalidade por ação (na hipótese em que o Estado produz uma norma legal contrária à Constituição, ora por vício material, ora por vício formal, ora por ambos os vícios) ou uma inconstitucionalidade por omissão (o Estado não produz a norma legal quando a Constituição obriga a sua produção).

Assim sendo, uma conduta comissiva (positiva) ou omissiva (negativa) do Estado no campo do processo legislativo, contrária à Constituição, será invalidada. Logo, o Estado não pode tudo, ele encontra um limite na Constituição, de modo que caso ultrapasse esse limite, e porventura vulnere o texto

constitucional – ora pela sua ação, ora pela sua omissão – haverá um modo pelo qual se poderá restabelecer esse equilíbrio: o controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, o controle de constitucionalidade costuma ser conceituado como o **sistema de imunização do texto da Constituição**. A Constituição é sujeita a algumas contaminações, e, por conta disso, predispõe um sistema de controle que poderá imunizar o seu texto.

Portanto, o controle de constitucionalidade impõe limites ao poder do Estado, em sua atividade legislativa, por conta da invalidação de condutas estatais, comissivas ou omissivas, podendo ser exercitado pelo Poder Judiciário ou não, de modo concentrado ou difuso.

### 3.3. Federalismo.

Neste ponto não há referência a Estados unitários ou confederações, mas somente aos Estados Federais (Federações), como Brasil, EUA, Alemanha, Argentina, México entre outros. E, no caso de Estados Federais, um terceiro mecanismo de limitação é o federalismo.

A Federação é um modo pelo qual se pode limitar o poder político, e possui características de constituição (para que ela se constitua) e características de conservação (para que ela se conserve).

Basicamente são 3 as **características de constituição** da Federação:

- a) **Autonomia política**, conferida às entidades federativas. A Federação possui soberania, e cada entidade política (inclusive a própria União) possui autonomia, que corresponde à auto-organização, autogoverno e autoadministração.
- b) **Bicameralismo**, de maneira que o Poder Legislativo da União é decomposto em duas Casas legislativas (no Brasil, Câmara dos Deputados e Senado Federal). Isso não se estende ao Poder Legislativo dos Estados (Assembleia Legislativa) e ao Poder Legislativo do DF (Câmara Legislativa) e Municípios (Câmara Municipal), todos unicamerais.
- c) **Repartição constitucional de competências**.

A repartição constitucional de competências é a característica da Federação que representa uma forma de limitação do poder político, uma vez que o Estado somente poderá atuar até um certo limite, qual seja: a competência que a Constituição definiu.

No Brasil, existem competências exclusivas, privativas, comuns e concorrentes. Logo, o Estado não pode tudo. E, nesse sentido, a Constituição estabelece modos pelos quais eventual violação do limite poderá

ser combatida para restabelecer essa limitação, como a decretação de intervenção federal<sup>6</sup>, que corresponde a um mecanismo de conservação da Federação.

Quanto às características de **conservação da Federação**, podem ser citadas:

- a) **Limitação do poder constituinte do Estado** (poder constituinte derivado decorrente);
- b) **Intervenção federal** (conforme destacado acima);
- c) **Existência de órgão que efetue controle de constitucionalidade.**

### 3.4. Freios e contrapesos.

Diferentemente dos tópicos anteriores, esse não é um mecanismo de limitação de fora para dentro do Estado, mas de dentro do próprio Estado. O mecanismo de freios e contrapesos significa o **controle recíproco entre os Poderes do Estado**: um Poder controla o outro, e é por este controlado.

Em regra, esse controle se dá entre dois Poderes (Poder Legislativo controlando o Executivo e sendo por ele controlado; Poder Judiciário controlando o Executivo, e sofrendo controle por ele). No entanto, existe a possibilidade de o controle não ser dúplice, mas tríade, quando então os três Poderes estarão presentes na mesma situação de fato. É o que ocorre em dois casos:

- a) No processo de *impeachment*; e
- b) No controle de constitucionalidade de lei promulgada pelo Congresso Nacional, na hipótese em que tenha havido do veto do Presidente da República e sua posterior rejeição.

No *impeachment*, o Chefe do Poder Executivo acusado da prática de crime de responsabilidade é julgado pelo Poder Legislativo (a Câmara dos Deputados admite a acusação e o Senado Federal julga), sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal na sessão de julgamento.

Quanto ao segundo caso, o Chefe do Executivo poderá, no processo legislativo, vetar um projeto de lei aprovado pelas Casas Legislativas, controlando assim o Poder Legislativo. Este, por sua vez, poderá rejeitar o veto, exercendo controle sobre o Poder Executivo. Com isso, o Presidente da República poderá postular ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, para impugnar a lei aprovada pelo Congresso Nacional, e o Poder Judiciário passará então a controlar os dois poderes ao julgar a ADI proposta.

<sup>6</sup> *Obs.:* Na hipótese de lesão ou ameaça de lesão a direitos fundamentais caberá um remédio constitucional. Se houver uma norma que viole a Constituição, caberá a sua invalidação via controle de constitucionalidade. E, por fim, se o Estado atuar fora dos limites das competências, a violação dessa limitação poderá ensejar a decretação de intervenção federal.

Portanto, o mecanismo de freios e contrapesos representa uma limitação que ocorre dentro do próprio Estado, na medida em que um Poder controla o outro, podendo invalidar sua atuação ou provocar o Poder Judiciário para que invalide essa atuação, via controle de constitucionalidade, na Federação, em respeito aos direitos fundamentais. E com isso todos os mecanismos são interligados.

#### 4. Dimensões.

A abordagem desse tópico será vinculada ao pensamento de Mark Tushnet<sup>7</sup>, que analisa a questão atinente às dimensões contemporâneas do constitucionalismo, e faz menção a dimensão regional latino-americana e a dimensões globais.

Quanto às dimensões regionais, será abordado o chamado **novo constitucionalismo latino-americano**, que envolve Venezuela, Equador, Bolívia e, recentemente, Cuba. Há outras dimensões regionais, mas será dado destaque a esse movimento.

Em seguida serão estudadas as dimensões globais do constitucionalismo. Neste ponto, serão abordados:

- a) **Neoconstitucionalismo**, também chamado de direito constitucional contemporâneo ou paradigma neoconstitucionalista.
- b) **Pós-positivismo**.  
  
*Obs.:* Embora o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo sejam tendências distintas, há temas que são comuns a eles, como a relação entre direito e moral e a força normativa dada aos princípios, como normas da Constituição (isto é, a ideia de que princípios não são meras admoestações/conselhos, mas comandos imperativos, cogentes). Contudo, há também diferenças temporais, autorais e estruturais entre o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo.
- c) **Garantismo constitucional** (Luigi Ferrajoli), e como ele se aplica ao direito constitucional contemporâneo e mundial.
- d) **Transconstitucionalismo**, também chamado de fecundação cruzada, cross-constitucionalismo ou constitucionalismo multinacional.

---

<sup>7</sup> TUSHNET, Mark. *Global Perspectives on Constitutional Law*. New York: Oxford University Press, 2009, p. VI.