



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”¹. 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.

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



Robert Graves² 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 (imediate, 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** (imediate, 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**.

² 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 Sunstein³ 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) Direito fundamentais (*civil rights*);
- b) Controle de constitucionalidade (*judicial review*);
- c) Federalismo⁴ (*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 autônoma⁵, imune à interferência indevida, por parte do Estado ou da sociedade.**

³ SUSTEIN, Cass. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University, 1993, p. V.

⁴ No caso de Estados Federais.

⁵ 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 federal⁶, 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.

⁶ *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 Tushnet⁷, 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.

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

4.1. Dimensão regional.

No tocante à dimensão regional, será abordado o **novo constitucionalismo latino-americano** (Rubén Dalmau). Essa é a principal dimensão regional que o constitucionalismo possui na América Latina, mas não é a única.

Existem outras dimensões contemporâneas do constitucionalismo no século XXI na América Latina, como o **Constitucionalismo da redemocratização**, podendo ser citados como exemplo: Brasil (1988), Paraguai (1992), a Argentina (1994) e Uruguai (1997), casos em que houve transição pacífica, pelas Constituições, de uma ditadura cívico-militar para uma democracia civil. Contudo, a dimensão mais importante, e que será objeto de estudo, é o novo constitucionalismo latino-americano.

Rubén Dalmau, em sua obra, aludia a 3 situações: Venezuela (1999), Equador (2005) e Bolívia (2009). Portanto, em sua concepção originária o movimento durou 10 anos. No entanto, é possível acrescentar também Cuba (2019), de modo que o movimento teria durado no mínimo 20 anos, podendo no futuro prosseguir com outros exemplos.

A análise será dividida em duas partes: o aspecto formal (o que existe em relação à forma de elaboração constitucional); e o aspecto material (em relação ao conteúdo da nova Constituição).

Quanto ao **aspecto formal**, a grande característica desse movimento é a retomada do chamado **método bonapartista ou cesarista** (Constituição bonapartista ou cesarista), que guarda relação com o tema *poder constituinte*.

Poder constituinte pode ser definido como o poder de instituição ou reforma da Constituição Federal ou Estadual. O poder constituinte não é somente aquele que cria, mas também aquele que reforma uma Constituição; da mesma forma, o poder constituinte não é apenas aquele que cria ou modifica a Constituição Federal, mas também aquele que cria ou modifica a Constituição do Estado.

No que toca à elaboração constitucional, fala-se em poder constituinte originário quando há instituição da Constituição Federal, Nacional. Esse poder que cria uma nova Constituição tem 3 características básicas:

- a) Inicialidade;
- b) Incondicionamento;
- c) Ilimitação.

Portanto, o poder constituinte originário é inicial, incondicionado e ilimitado. Por ora, é importante destacar que o poder constituinte originário é incondicionado, isto é, que ele não tem modos de manifestação pré-concebidos, pré-definidos, preestabelecidos. Os modos pelos quais o poder constituinte

originário pode ter manifestação são modos livres. A Islândia, por exemplo, utilizou redes sociais para elaborar sua nova Constituição, o que posteriormente se verificou na Cidade do México e aguarda-se, futuramente, no Chile.

Malgrado sejam livres, há modos mais comuns pelos quais o poder constituinte se manifesta, quais sejam: promulgação e outorga.

Outorga se relaciona à ideia de imposição ou ditadura, pois neste caso a Constituição é estabelecida por declaração unilateral de vontade do agente do poder constituinte. O agente do poder constituinte impõe a sua vontade de modo unilateral, e com isso estabelece (impondo) uma Constituição.

Exemplo: Constituição brasileira de 1937. Havia no Brasil uma ditadura (Estado Novo), e o agente do poder constituinte (Getúlio Vargas) declarou sua vontade e impôs uma Constituição (outorgada).

Promulgação, de outro lado, é relacionada à ideia de deliberação ou democracia, pois se trata de uma Constituição estabelecida por deliberação majoritária de vontades dos agentes do poder constituinte. Os agentes do poder constituinte deliberam suas vontades, e a maioria legitima a decisão, que é democraticamente tomada.

Exemplo: Constituição de 1988. Houve uma Assembleia Nacional Constituinte e, após deliberação, foi aprovada a nova Constituição (promulgada).

Diante dessa distinção, o **novo constitucionalismo latino-americano** é caracterizado por retomar uma terceira via, chamada de **método bonapartista ou cesarista**. O que marca esse método é que existe uma Constituição outorgada (imposta), que posteriormente é legitimada por consulta feita ao povo, por plebiscito ou referendo.

Portanto, a Constituição bonapartista ou cesarista é aquela que, na sua origem, nasce ilegítima, mas depois ganha a participação do povo (por plebiscito ou referendo). Ou seja, a Constituição foi imposta, mas em seguida sujeita-se ao povo por consulta feita a ele.

Esse método tem a função de legitimar a Constituição, submetê-la ao batismo do povo, dar a ela um grau de legitimidade mínima que em sua origem não possuía (uma vez que ela nasce ilegítima, sob o signo da imposição, sendo a legitimidade adquirida depois, por meio da participação superveniente do povo na sua elaboração).

Tanto o plebiscito quanto o referendo são formas de consulta feita ao povo. São, portanto, consultas populares sobre algum assunto politicamente importante. A distinção entre essas formas de consulta é o tempo: o plebiscito é anterior à decisão a ser tomada; referendo é posterior à decisão.

Assim, se a consulta é feita antes, de tal modo que só será tomada a decisão se a consulta for aprovada, tem-se o plebiscito. De outro lado, se a consulta é feita depois que a decisão já foi tomada, de tal modo que esta só será mantida (a decisão) se aprovada consulta, há referendo.

No Brasil houve dois casos de plebiscito e um de referendo:

- 1) **Plebiscito sobre forma de governo e sistema governo:** havia uma proposta emenda à Constituição de mudança da forma de governo, de República para Monarquia; e mudança do sistema de governo, de presidencialismo para parlamentarismo. Contudo, foi mantida a república presidencialista. Como não havia ainda emenda em vigor (mas apenas uma proposta de emenda à Constituição), trata-se de um exemplo de plebiscito.
- 2) **Plebiscito sobre divisão do Estado do Pará:** havia uma proposta de emenda para a criação de mais dois Estados da Federação pela subdivisão do Pará, sendo feita consulta acerca do tema. Como não havia ainda emenda em vigor, trata-se de um exemplo de plebiscito.
- 3) **Referendo sobre a lei de armas:** em 2005 estava em vigor a lei de armas, que criava uma distinção entre posse de arma e porte de arma. Questionava-se se a posse de arma deveria continuar sendo crime ou não. A norma já estava em vigor, e houve consulta popular para saber se a sua vigência seria mantida ou não, e não foi. Com isso, a norma foi em seguida revogada, para adequá-la à solução dada pelo povo. Portanto, houve referendo neste caso.

O método bonapartista ou cesarista estava abolido no cenário mundial, e foi retomado com o novo constitucionalismo latino-americano, na Venezuela, Equador, Bolívia e Cuba. Nessas quatro situações houve outorga, uma vez que não havia um órgão legitimado democraticamente que elaborasse a Constituição, mas em seguida a Constituição foi submetida a plebiscito, e obteve alto índice de aprovação popular.

Portanto, o que caracteriza o novo constitucionalismo latino-americano sob o ponto de vista formal é a readoção do método bonapartista ou cesarista, em que a Constituição não tem participação popular na sua origem, mas adquire essa participação supervenientemente, por consulta feita ao povo, por plebiscito ou referendo, que tem como missão legitimar democraticamente essa Constituição, nascida sob o signo da imposição.

Sob o ponto de vista **material**, destaca-se a análise feita por Frank Walsh⁸, que destaca 5 características desse movimento:

⁸ WALSH, Frank. *The Legal Death of the Latin American Democracy: bolivarian populism's model for centralizing power, eliminating political opposition and undermining the rule of law*. Law & business review of the Americas, n.º 16, 2010, p. 241.

- a) Conceito de democracia;
- b) Divisão dos poderes;
- c) Constituição analítica;
- d) Suspensão da Constituição;
- e) Conceito de nação.

Cada uma dessas características serão a seguir analisadas.

a) Conceito de democracia.

Quanto ao conceito de democracia, Frank Walsh destaca que nesses regimes há uma preocupação exacerbada com o aspecto quantitativo, em detrimento do aspecto qualitativo. Nesse contexto, destaque-se que, segundo Mark Tushnet, **democracia**, no século XXI, corresponde a uma **regra da maioria** somada a uma **regra da minoria** (ou seja, a democracia também se liga às minorias; não há como se falar em democracia sem considerar também as minorias).

A **regra da maioria** é correlata ao respeito à vontade do povo, que se expressa pelos votos nas urnas, vontade essa que é transitória. Trata-se, portanto, da concepção clássica da democracia, em que a vontade do povo se expõe de forma majoritária através dos votos e elege alguém.

A **regra da minoria**, por sua vez, indica o respeito a valores fundamentais, inclusive e especificamente das minorias. E, se de um lado as maiorias são transitórias, os valores fundamentais são permanentes.

O somatório dessas duas concepções gera a democracia no século XXI: respeito à vontade do povo (transitória) + respeito aos valores fundamentais, especialmente das minorias (permanente).

Assim, no que toca ao conceito de democracia, em tais regimes há um **apego exacerbado a quantidade de votos (a regra de maioria)**, ao passo que a regra da minoria, notadamente política, não é tutelada de modo efetivo, havendo uma proteção deficiente ou parcial em relação à minoria política e aos valores fundamentais dela.

b) Divisão de poderes.

No mundo contemporâneo, a tripartição de poderes já não seria mais suficiente, em virtude do surgimento de novas demandas que não são mais satisfeitas. Assim, começa-se a verificar no mundo uma tendência da tetrapartição e da pentapartição de poderes.

Há Estados que possuem quatro poderes (ex.: Japão, em que as forças armadas formam um poder do Estado autônomo; o Brasil teve o Poder Moderador durante o Império); e há Estados que possuem 5 poderes.

Na Venezuela, por exemplo, há cinco poderes:

- **Poder Executivo.**
- **Poder Judiciário.**
- **Poder Legislativo** (unicameral): no Poder Legislativo venezuelano o Senado foi extinto. Trata-se de um raro caso de Federação unicameral, na qual o Poder Legislativo é composto por só um órgão, qual seja: a Câmara dos Deputados.
- **Poder Eleitoral**, que corresponde a uma espécie de Justiça Eleitoral elevada a classe de Poder do Estado.
- **Poder Cidadão**, que é uma espécie de “ouvidor-geral” ou “defensor do povo”.

Importou-se para o regime venezuelano o *ombudsman*, que é um instituto previsto em quatro Constituições: Dinamarca, Suécia, Noruega e Finlândia.

Na Argentina fala-se “defensor do povo”, e em Portugal “ouvidor-geral”, que é aquele que recebe reclamações do povo sobre alguns assuntos. Na Venezuela, essa função foi elevada a uma categoria de Poder do Estado.

Obs.: Se, no Brasil, futuramente, houver uma emenda à Constituição que crie outros Poderes do Estado ela seria constitucional, pois a CRFB/88, em seu art. 60, §4.º, não trata como cláusula pétrea a tripartição de poderes, mas a separação de poderes. Desse modo, a extinção de um dos Poderes seria inconstitucional, pois seria algo tendencioso a concentrar o poder, mas a criação de um quarto ou quinto poder seria válida.

c) Constituição analítica.

Nos séculos XX e XXI, o padrão verificado é de Constituições que possuem por volta de 100 artigos (exemplos: Constituição polonesa, da África do Sul, na Europa oriental e Ásia).

As Constituições dos Estados pertencentes ao movimento do novo constitucionalismo latino-americano beiram a quase 500 artigo. A Constituição do Equador, por exemplo, tem 444 artigos. Isso ocorre porque tais Constituições entram em pormenores em relação a alguns temas, ou trazem para o seu texto temas que não são próprios de Constituição, isto é, que não têm matéria de Constituição.



A intenção com isso é estabilizar essas matérias, uma vez que, sendo tais Constituições rígidas, só se admite alteração de suas normas via emenda constitucional, um processo mais dificultoso, impedindo assim a alteração via lei ordinária.

Portanto, outra característica dessas Constituições é a **análise pormenorizada de alguns assuntos, e a previsão de assuntos que não são próprios dela**, com a intenção de dificultar futura mudança, estabilizando determinadas matérias. Com isso, tornam-se Constituições muito analíticas.

d) Suspensão da Constituição.

Em geral, o que se verifica nas Constituições é a possibilidade, em situações de exceção, da suspensão de parte do seu texto (ora direitos fundamentais, ora garantias constitucionais). A Constituição brasileira, por exemplo, prevê o Estado de Defesa (em situação menos grave) e o Estado de Sítio (em situação mais grave).

Em relação a essa característica, o que se verifica é que, em alguns casos, admite-se a possibilidade de **suspensão de toda a Constituição**, conferindo-se ao Chefe do Poder Executivo do Estado a possibilidade de, por ato administrativo normativo, exercer a função legislativa do Estado.

Questiona-se, inclusive, se neste caso haveria uma democracia instalada ou não, diante da possibilidade de suspender toda a Constituição e não somente parte dela.

e) Conceito de nação.

Nesse ponto, é importante ressaltar a distinção técnica entre população, povo e nação.

População é um conceito demográfico, corresponde ao conjunto de pessoas sob o território nacional. Não se leva em consideração se a pessoa é nacional ou estrangeira, domiciliada ou não no país.

Povo é um conceito político, correlato ao conjunto de pessoas que exercem direitos políticos, que votam (participação política ativa) e/ou são votadas (participação política passiva), portanto são considerados cidadãos. Os cidadãos fazem parte do povo de determinado Estado.

Nação por sua vez é um conceito sociológico, vinculado ao conjunto de pessoas com origens, tradições e costumes comuns, que quase sempre se refletem por uma língua comum e/ou por professarem uma religião comum.

Contudo, o paradigma de Estado-nação vem ruindo atualmente, de modo que nem sempre a um Estado corresponderá uma Nação. Assim, nada impede que existam nações decompostas em dois ou mais Estados, como também é possível encontrar Estados que compreendam duas ou mais nações.

No primeiro caso, são exemplos: Coreia, em que uma nação é decomposta em dois Estados (Coreia do Norte e Coreia do Sul); e Alemanha antes da reunificação (Alemanha Ocidental e Oriental).

Na segunda situação, são exemplos: Canadá, que possui uma parte inglesa e uma parte francesa (ou seja, trata-se de um Estado com duas nações); e Suíça, que possui uma parte francesa, uma italiana e outra alemã.

A Constituição da Bolívia recebe o nome de **Constituição plurinacional boliviana**: o seu preâmbulo reconhece explicitamente a existência de duas nações, a metropolitana (nação espanhola colonizadora) e a nativa (índios). A Constituição boliviana, portanto, trata os índios como nação e reconhece que o Estado é plurinacional, havendo nele mais de uma nação.

4.2. Dimensões globais.

Neste tópico serão abordados quatro temas⁹: neoconstitucionalismo, pós-positivismo, garantismo constitucional e transconstitucionalismo.

4.2.1. Neoconstitucionalismo.

Em relação à nomenclatura, é possível se falar em neoconstitucionalismo, direito constitucional do século XXI, novo direito constitucional ou paradigma neoconstitucionalista.

De acordo com Alfonso Figueroa¹⁰, o neoconstitucionalismo seria a proposta teórica, ideológica ou metodológica de **superação da clássica antinomia entre o jusnaturalismo e o juspositivismo**. Não só Alfonso Figueroa, mas também outros autores, como Miguel Carbonell, costumam tratar neoconstitucionalismo como teoria, ideologia ou método.

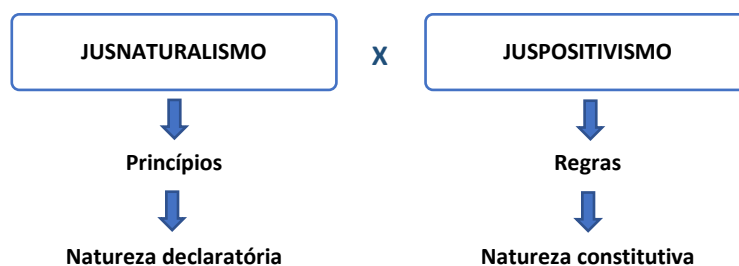
O mais importante é destacar que o seu grande mote é superar a antinomia clássica que sempre existiu entre dois paradigmas jurídicos: o paradigma jusnaturalista e o paradigma juspositivista, o que levou Alfonso Figueroa a indicar o neoconstitucionalismo como novo paradigma jurídico, chamando-o de paradigma neoconstitucionalista.

⁹ ACKERMAN, Bruce. *The Rise of World Constitutionalism*. Virginia Law Review, n.º 83, 1997, p. 794.

¹⁰ FIGUEROA, Alfonso. Teorias de Direito Neoconstitucionalistas. Anuário de Filosofia do Direito, n.º 1, 2002, p. 337-339.

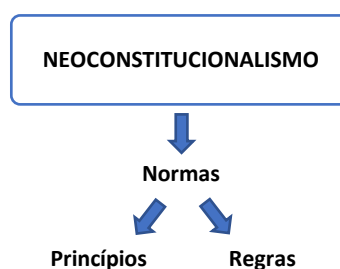
No mundo ocidental contemporâneo sempre existiram dois paradigmas jurídicos, jusnaturalista e juspositivista. Nasceria, então, um terceiro paradigma intermediário entre os dois, o paradigma neoconstitucionalista.

É possível dizer, grosso modo, que de acordo com o **jusnaturalismo** o direito se esgotaria em **princípios**, de tal modo que a atividade normativa do Estado teria **natureza declaratória**, ou seja, declararia o direito pré-existente a ela, haveria um direito declarado. De outro lado, o **juspositivismo** traz a ideia de que o direito se traduziria em **regras**, de tal modo que a atividade normativa do Estado teria **natureza constitutiva**, isto é, o Estado constituiria o direito a partir da sua atividade normativa, haveria um direito constituído (não declararia algo pré-existente).



O **neoconstitucionalismo**, contudo, opta por um novo perfil, não opta por uma abordagem exclusiva das regras ou dos princípios, mas reconhece um gênero conhecido como **norma**, que ora pode assumir a estrutura de **princípios**, ora o formato de **regras**.

O neoconstitucionalismo não nega as diferenças teóricas e práticas existentes entre princípios e regras: reconhece que existem diferenças quanto à estrutura, função e até mesmo de posição na ordem jurídica, mas não há diferença normativa entre essas espécies, visto que ambas são normas jurídicas. Inclusive, um dos pilares do neoconstitucionalismo é a força normativa dos princípios.



Assim, há normas com alto grau de abstração e pouco de densidade, em razão da linguagem muito aberta e pouco densa da Constituição, o que faz com que princípios e regras comportam diferentes classificações. Os princípios podem ser fundamentais, gerais e setoriais ou especiais, ao passo que as regras, de acordo com o critério da eficácia e da aplicabilidade, podem ser de eficácia plena, contida ou limitada.

Além disso, de certo modo há também um empoderamento do Poder Judiciário, ao qual é conferida uma posição de intérprete dos princípios da Constituição, que têm múltiplas formas pelas quais podem ser implementados.

Portanto, a ideia central do neoconstitucionalismo é que os princípios são tão normas quanto as regras: os princípios não são meras admoestações, conselho, orientações, e sim comandos, cogentes, imperativos. Evidentemente os princípios não são aplicados da mesma forma que as regras, na medida em que não há subsunção ao caso concreto, mas influenciam uma solução para o caso a ser deslindado. Os princípios também são fonte do direito, assim como as regras.

O paradigma neoconstitucionalista, sobre o qual se reporta Alfonso Figueroa, é um paradigma jurídico intermediário entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, que não opta por uma abordagem exclusiva das regras ou dos princípios, mas opta em falar de normas, que ora podem ter a estrutura de princípios, ora podem ter a estrutura de regras.

4.2.2. Pós-positivismo.

O pós-positivismo se aproxima do neoconstitucionalismo, mas com ele não confunde. Embora existam temas comuns, são escolas diferentes.

No pós-positivismo também se aborda, por exemplo, a questão dos princípios e a sua força normativa. Além disso, também no neoconstitucionalismo é abordada a questão da moral, e a relação existente entre moral e direito, que é um tema caro ao pós-positivismo. Contudo, o enfoque que é dado por cada uma das escolas é distinto.

Nesse sentido, é possível identificar **3 diferenças**:

- Diferença temporal;
- Diferença autoral;
- Diferença estrutural.

Em relação à diferença temporal, o pós-positivismo nasceu no século XX, entre 1994 e 1995, ao passo que o neoconstitucionalismo nasceu na primeira década do século XXI, entre 2004 e 2005. Portanto, o pós-positivismo é anterior ao neoconstitucionalismo.

Quanto à segunda distinção, o grande autor do pós-positivismo é Antonio Carlos Maia; de outro lado, o principal autor do neoconstitucionalismo é Eduardo Ribeiro Moreira, que aborda as suas premissas teóricas e as consequências que ele gera, como o ativismo judicial.

Por fim, há uma diferença estrutural. Assim, embora existam temas de contato entre as duas escolas, o enfoque dado, ora a um tema, ora a outro, é diferente.

No **neoconstitucionalismo** o tema central é o **princípio, sua força normativa e o que isso acarreta como consequência**: o empoderamento do Poder Judiciário, fomento dado ao ativismo judicial, a linguagem constitucional que é muito aberta e pouco densa, a função que se confere ao intérprete de concretizar valores constitucionais. Portanto, o enfoque são os princípios, e a distinção que há entre princípios e regras, todos incluídos no gênero “norma”.

No **pós-positivismo**, por outro lado, o enfoque é a **relação que existe entre Direito e moral**. Não se nega que há diferenças entre Direito e moral, o pós-positivismo reconhece que são campos diferentes, até mesmo de normatização, mas entende que há uma ligação embrionária entre Direito e moral, ou seja, que o Direito não pode se desvincular totalmente da moral.

Desse modo, nega-se que a norma jurídica possa ser válida pelo simples fato de ser feita conforme outra norma superior a ela, sem que haja qualquer tipo de conteúdo ético que possa preencher essa norma. A norma jurídica então deveria ser preenchida por valores éticos, havendo uma vinculação mínima, isto é, uma interrelação, entre moral e Direito.

Logo, o pós-positivismo se contrapõe a ideia de Kelsen de que haveria um Direito puro: para o pós-positivismo, o Direito deveria ser preenchido por valores éticos, que a moral deveria indicar; deveria haver uma correlação necessária entre Direito e moral. Esse tema é a principal preocupação que informa o pós-positivismo, embora também existe no neoconstitucionalismo (mas não é o seu enfoque).

4.2.3. Garantismo constitucional.

O garantismo de Luigi Ferrajoli surgiu no campo do Direito Penal, mas se estendeu para o Direito Constitucional. Assim, deixou de existir somente o garantismo penal e, agora, existe também o garantismo constitucional.

O garantismo penal surgiu contrapondo-se à efetivação de acusações criminais. Contudo, sua ideia básica sempre foi de efetivação de garantias constitucionais. A premissa básica para abordar o garantismo constitucional é a distinção que deve ser feita entre direitos fundamentais, garantias constitucionais e remédios constitucionais.

Sempre se falou que a Constituição deveria afirmar direitos; em seguida disponibilizar garantias para assegurar esses direitos; e, por fim, prescrever remédios para tornar as garantias efetivas. A ideia do garantismo sempre foi centrada na garantia constitucional, como instrumento que efetiva/assegura o direito,

e, se não fosse suficiente, fazia com que, posteriormente, houvesse a possibilidade do manejo de remédios constitucionais (habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data*, ação popular e ação civil pública).

Portanto, o que Ferrajoli sempre sustentou foi a efetivação das garantias constitucionais, para que houvesse, com isso, o asseguramento efetivo dos direitos, e a utilização efetiva dos remédios constitucionais.

O garantismo constitucional sustenta **três grandes premissas**:

- Garantia de todos os direitos fundamentais;
- Garantia frente a todos os poderes;
- Garantia em todos os níveis

Quanto à primeira premissa, até hoje a preocupação central foi garantir direitos individuais (vida, propriedade, liberdade, segurança). Contudo, atualmente a preocupação deve ser **garantir qualquer direito, não somente individuais**, mas também direitos coletivos, direitos sociais, direito à nacionalidade e direitos políticos.

No Brasil, a Constituição está efetivada no art. 5.º, que trata dos direitos individuais, mas falta um grau maior de efetividade em relação aos direitos sociais do art. 7.º, por exemplo (educação, previdência, desporto, saúde, lazer).

Portanto, deve-se garantir qualquer direito, e não somente os direitos individuais, de viés liberal, mas também direitos sociais, prestacionais, de um viés positivo, que impõe ao Estado uma obrigação de fazer, que se satisfaz através de uma ação estatal. Ou seja, devem ser garantidos não só os direitos contra o Estado, mas também os direitos através do Estado.

Em relação à segunda garantia (*frente a todos os poderes*), destaca-se que deve ser assegurada uma garantia **não somente perante o Poder Executivo, mas frente perante o Poder Legislativo e o Poder Judiciário**. Não à toa o garantismo constitucional fomenta o controle judicial de políticas públicas. Pode ser que a Constituição desenhe uma política pública, e condicione a sua execução a uma atuação do próprio administrador. Caso este seja omissor, essa omissão abre para o Poder Judiciário a possibilidade de controlar a política pública, diante da omissão administrativa. Qualquer Poder da República teria competência para efetuar esse tipo de controle.

Por fim, a *garantia em todos os níveis* diz respeito à **garantia em nível interno e internacional**, isto é, não só em relação à Constituição, mas também em relação a tratados e convenções de direitos humanos. Inclusive, o art. 5.º, §3.º, da CRFB/88, trata a hipótese como equivalente à emenda constitucional, caso a ratificação do tratado se dê pelo mesmo rito pelo qual se aprova uma emenda à Constituição.

Art. 5.º. §3.º. 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.

Portanto, o garantismo tem a grande preocupação de **efetivar garantias constitucionais**, de modo que essas três premissas têm relação com *o que se efetiva* (qualquer direito fundamental), *perante quem se efetiva* (qualquer Poder do Estado) e *onde se efetiva* (em todos os níveis).

4.2.4. Transconstitucionalismo.

O transconstitucionalismo (expressão de Marcelo Neves) também pode ser encontrado com outras nomenclaturas, tais como:

- Cross-constitucionalismo (André Ramos Tavares),
- Constitucionalismo multinacional (Guilherme Peña de Moraes),
- Constitucionalismo transfronteiriço (Luis Claudio de Araújo), ou
- Fecundação cruzada (Bruce Ackerman).

Contudo, é mais comum encontrar a expressão transconstitucionalismo.

O transconstitucionalismo significa o **aproveitamento de conhecimento estrangeiro para resolver questões internas**. No mundo globalizado uma questão não é apenas nacional, não pertence apenas a um Estado, ela se espalha para além dele. Desse modo, seria salutar que o conhecimento estrangeiro pudesse ser utilizado dentro do Estado nacional para resolver determinadas questões, que também são verificadas nele, mas que não são somente dele.

Portanto, transcende ao Estado a ideia de Constituição, e alcança outros Estados, na medida em que as questões são comuns a eles, envolvendo justamente a Constituição, sua interpretação e sua aplicação.

A grande manifestação prática do transconstitucionalismo é a utilização persuasiva de jurisprudência estrangeira por Tribunais Constitucionais. Essa afirmação pode ser dividida em três partes: a) “utilização persuasiva”; b) “jurisprudência estrangeira”; c) “por Tribunais Constitucionais”.

Primeiramente, ressalte-se que a **utilização** deve ser **persuasiva**, não deve ser vinculante; deve ser argumentativa, não obrigatória. Não se trata de um caso em que o Estado, por tratado ou convenção, se obriga/vincula a aplicar determinada jurisprudência. Trata-se de hipótese na qual um Tribunal, por critério meramente argumentativo, de modo voluntário, com influência meramente persuasiva, e para fins de reforçar a sua argumentação, utiliza jurisprudência estrangeira (ex.: um acórdão americano, argentino, colombiano, português etc). A utilização, portanto, é apenas persuasiva, argumentativa.

Além disso, a **jurisprudência** deve ser **estrangeira** (de um Estado estrangeiro), não uma jurisprudência internacional ou intercontinental. Não se trata de uma hipótese na qual um Estado participa de uma organização e utiliza sua jurisprudência, também não se trata de um acórdão que pertence a um Tribunal interamericano. A utilização é de um acórdão estrangeiro (da Alemanha, dos Estados Unidos, Espanha, Portugal etc).

Por fim, a **utilização** deve ser feita por um **Tribunal Constitucional**, entendido como qualquer Tribunal que interprete ou aplique a Constituição, seja um Tribunal puro ou não.

Há Tribunais que são criados somente para envolver a Constituição, como é o caso da Espanha, de Portugal e da Itália; e há Tribunais Supremos (Cortes Supremas), que têm competências em matéria constitucional, como ocorre no Brasil e nos EUA. Portanto, pouco importa a formatação da Corte, o que importa é que ela tenha competência para interpretar e aplicar a Constituição.

No Brasil, verificado como o Supremo Tribunal Federal se manifesta acerca disso, é possível identificar **4 grandes modelos** pelos quais o Tribunal aplica a jurisprudência estrangeira:

- a) Resistência ou repulsão¹¹;
- b) Referência ou reprodução¹²;
- c) Assimilação ou assenhoramento¹³;
- d) Incorporação ou alinhamento¹⁴.

Em relação a cada modelo será trabalhado seu conceito e um exemplo, no Brasil e no exterior. Os casos citados serão estudados oportunamente com mais vagar ao longo do curso.

a) Resistência ou repulsão.

Nesse modelo, o Tribunal Constitucional cita o acórdão estrangeiro, mas segue um caminho contrário. O Tribunal conhece a jurisprudência e faz questão de citá-la, mas para efeito meramente retórico, seguindo posição contrária àquela antes citada.

O grande exemplo no Brasil seria o da ADPF 153/DF, que julgou a anistia política. Nesse caso, o Brasil citou o caso argentino (*José Matias Nanco*) e o caso chileno (*Nibia Sabalsagaray Curutchet*).

¹¹ ADPF 153/DF. Casos *José Matias Nanco* e *Nibia Sabalsagaray Curutchet*.

¹² ADI 595/ES. *Décision 71-44 DC du 16 juillet 1971*.

¹³ RE 466.343/SP. Casos *Nordstern Allgemeine Versicherung AG* e *Société des Cafés Jacques Vabre*.

¹⁴ ADPF 347/DF. *Sentencia T-606/98, Octubre 27 de 1988*.

Ocorre que, nesses casos, assim como no Paraguai e no Uruguai (que não foram citados especificamente pela Corte), entendeu-se que a anistia política então dada seria inconstitucional. O Brasil, por outro lado, conheceu de um caso similar e declarou que a norma brasileira seria constitucional.

De acordo com a visão do STF, seria um acordo/pacto moral, entre forças até então em conflito, e que haveria total validade desse pacto. Com isso, embora o Tribunal tenha citado dois acórdãos, seguiu o caminho contrário. Na Argentina, no Chile e nos demais países latino-americanos entendeu-se pela inconstitucionalidade.

b) Referência ou reprodução.

Nesse modelo o Tribunal também cita o acórdão estrangeiro, mas não o utiliza de fato (não dá aplicação concreta, efetiva).

O grande exemplo seria o da ADI 595/ES – e a ADI 514, em que também se optou por esse modelo. Nesse julgamento, foi analisado o conceito bloco de constitucionalidade: o STF mencionou explicitamente a decisão tomada pelo Conselho Constitucional Francês (*Décision 71-44 DC du 16 juillet 1971*), que utilizou o conceito.

Na França, contudo, esse conceito é aplicável, pois a Constituição francesa é sintética (51 artigos). No Brasil, dificilmente seria aplicado, pois em verdade o conceito se aplica a Constituições sintéticas, e não se coaduna com Constituições analíticas como a brasileira, que já é extensa.

O bloco de constitucionalidade é o mecanismo pelo qual se amplia o parâmetro de controle de constitucionalidade para além da Constituição formal, de modo a reconhecer que normas legais, internacionais, com substrato constitucional, podem servir de paradigma/parâmetro de controle de constitucionalidade.

Assim, o que se verifica hoje é apenas a citação feita ao bloco de constitucionalidade pelo STF, em dois acórdãos, sem qualquer aplicação concreta. Ou seja, há apenas a referência ou reprodução, sem aplicação efetiva em nenhum caso concreto.

c) Assimilação ou assenhoramento.

Nesse caso, o Tribunal Constitucional não cita o acórdão para seguir outro caminho, nem cita o acórdão para não utilizá-lo. O Tribunal cita e utiliza a jurisprudência estrangeira, mas faz algumas adaptações.

No RE 466.343/SP, o STF reconheceu que os tratados internacionais sobre direitos humanos, ratificados antes de 2004, teriam *status* supralegal (superior à lei e inferior à Constituição).

No direito comparado, prevalece a ideia de que o *status* pode vir a ser constitucional (Itália, Alemanha, Portugal, Espanha); na Costa Rica, o tratado de direitos humanos tem *status* supraconstitucional (superior à Constituição); Holanda e França, por sua vez, reconhecem o *status* supralegal.

Diante disso, o STF reconheceu que o *status* poderia ser supralegal, tal como na Holanda e na França, e citou os acórdãos correspondentes (*Nordstern Allgemeine Versicherung AG* e *Société des Cafés Jacques Vabre*). Contudo, a Corte fez algumas aclimações, pois estabeleceu uma diferenciação entre a ratificação ocorrida antes e depois de 2004. Assim, caso a ratificação tenha sido feita antes de 2004, o *status* será supralegal; no entanto, caso o tratado tenha sido ratificado após 2004, o *status* passa a ser constitucional, por se amoldar à regra do art. 5.º, §3.º, da CRFB/88, na forma da EC 45/04, equivalente, portanto, à emenda à Constituição.

d) Incorporação ou alinhamento.

Nesse modelo, o Tribunal cita a decisão estrangeira, e a utiliza tal como concebida. O Tribunal se alinha àquela ideia, incorporando a concepção sem qualquer adaptação. No Brasil o grande exemplo seria a ADPF 347/DF, quando então o STF fez menção ao chamado Estado de Coisas Inconstitucional (ECI).

O Estado de Coisas Inconstitucional é uma situação grave, de violação massiva de direitos humanos, de bloqueio de processos políticos disponíveis e falta de qualquer solução jurídica a ser dada ao caso concreto.

Trata-se de uma construção que decorre do direito colombiano, sendo citada pelo STF a *Sentencia T-606/98, Octubre 27 de 1988*, em que o Tribunal Constitucional Colombiano enfrentou uma questão ligada à falência do sistema penitenciário, sendo reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional.

Na Colômbia, o ECI foi reconhecido em três situações: sistema penitenciário, saúde pública e deslocamentos forçados internos entre províncias colombianas em virtude da atuação das FARC. O Brasil incorporou a decisão, reconhecendo também que existe o ECI em relação ao sistema penitenciário brasileiro, sem fazer qualquer tipo de adaptação/aclimatação.