

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II**

**RIVA SOBRADO DE FREITAS**

**RUBENS BEÇAK**

**DELMO MATTOS DA SILVA**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Delmo Mattos da Silva, Riva Sobrado De Freitas, Rubens Beçak – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-566-9

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Cidadania. 3. Sociedade Plural. 4. Garantias. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



# XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

## DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

---

### **Apresentação**

Honra-nos o convite realizado para compor a coordenação do Grupo de Trabalho (GT) DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II realizado pela Direção do XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). O evento transcorreu entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017 na cidade de São Luís/MA, especificamente na Universidade CEUMA (UniCEUMA).

Realmente, pode-se dizer que foi uma jornada de profícuo trabalho iluminando os percursos da Pós-Graduação em Direito no Brasil. Deste modo, cumpriu-nos a fácil e, da mesma forma, difícil tarefa de avaliação, seleção e condução das apresentações dos artigos submetidos ao GT DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II.

Com o objetivo de dinamizar a leitura e a exposição, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática. Não obstante, as discussões e fundamentações debatidas nas apresentações representaram atividades de pesquisa e de diálogos em uma relação direta com a comunidade acadêmica e a sociedade. Nesse sentido, os temas abordados revelam desafios e anseios atuais da sociedade por uma renovação dos compromissos da pesquisa jurídica brasileira e a preservação de direitos, da dignidade da pessoa humana e do aperfeiçoamento do regime democrático.

Em síntese, podemos dizer tratar-se de reconhecer a todos os seres humanos, pelo simples fato de serem humanos, seus direitos básicos – justamente os direitos fundamentais.

Os coordenadores do GT DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II agradecem os pesquisadores pelo elevado debate travado em cada temática que, certamente, proporcionou-nos novas reflexões e ponderações favoráveis para a amadurecimento intelectual e de desenvolvimento social, característica essencial dos eventos do CONPEDI.

Coordenadores do GT:

Profª Dr. Riva Sobrado de Freitas - UNOESC

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP

Prof. Dr. Delmo Mattos - UniCEUMA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento.  
Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

## **TIPOS DE CONSTITUCIONALISMO: UMA ANÁLISE SOBRE OS DIVERSOS MODELOS DE CONSTITUCIONALISMO**

### **TYPES OF CONSTITUTIONALISM: AN ANALYSIS OF THE VARIOUS MODELS OF CONSTITUTIONALISM**

**Davi Niemann Ottoni**

#### **Resumo**

O presente trabalho busca realizar uma análise sobre os diferentes tipos de constitucionalismo. O objetivo é conflitar as diferentes propostas explanando sobre cada um dos modelos e quais benefícios são propostos com a adoção de cada um deles. Assim, após discorrer sobre cada um deles, convida-se o leitor para uma reflexão geral sobre cada um e sobre e qual a nomenclatura ideal para tratar do tema.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo, Tipos, Democracia, Justiça, Sociedade

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

The present work seeks to perform an analysis on the different types of constitutionalism. The objective is to confront the different proposals by explaining about each of the models and what benefits are proposed with the adoption of each one of them. Thus, after discussing each one of them, the reader is invited to a general reflection on each one and on what is the ideal nomenclature to deal with the theme.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Constitutionalism, Types, Democracy, Justice, Society

## INTRODUÇÃO

Para desenvolver o presente trabalho, utilizaremos a metodologia teórico-jurídica exploratória, com técnica de pesquisa de fontes bibliográficas do direito em geral. O objetivo será construir um raciocínio lógico-argumentativo consistente o suficiente para demonstrar a relevância da conclusão a que o artigo propõe.

A busca por uma análise comparativa entre os diversos tipos atuais de constitucionalismo permite uma compreensão mais acurada do processo de construção do estado democrático de direito em todo o mundo. Tal ideia permite uma compreensão importante dos reais contornos da estrutura utilizada em todo o mundo, e adianta-se ao longo da história, de como está sendo organizada as sociedades atuais e se existe uma necessidade real de avanço para novas etapas, ou até mesmo desafios, no constitucionalismo brasileiro.

## CONCEITO DE CONSTITUCIONALISMO

Para o Professor Uadi Lammêgo Bujos constitucionalismo “é uma palavra recente revestida numa ideia remota” (BULOS, 2012). Para justificar tal concepção lembra o fato de que Platão já pregava a ideia de um Estado constitucional. Afonso Arinos, por sua vez, confere o seu surgimento ao inglês John Locke por justificar o individualismo e o liberalismo como sendo as bases naturais da estrutura governativa das sociedades humanas (FRANCO, 1994).

Independentemente da aferição exata de seu surgimento, o constitucionalismo terá seu conceito elaborado com incrível limpidez pelo próprio professor Afonso Arinos que o conceitua como

“[...] um sistema coerente de princípios jurídicos e idéias políticas, ao qual se deu o nome genérico de constitucionalismo. O chamado constitucionalismo começa por ser uma tentativa de construção racional ao governo de todos os povos civilizados.” (FRANCO, 1994)

Assim, o constitucionalismo tem como papel relevante a construção racional de um estado voltado a vencer desafios e promover avanços para a sociedade (OTTONI, 2016)

## **O SENTIDO AMPLO DE CONSTITUCIONALISMO**

Tem-se como sentido amplo de constitucionalismo a ideia de que toda sociedade possuiu uma constituição pouco importando a época por qual passou a humanidade. De imediato, o sentido amplo faz justiça à literalidade. A expressão ampla infere que em qualquer momento histórico pelo qual tenha passado a humanidade, ali em meio à sociedade, fazia-se presente uma constituição.

Neste contexto pouco importa o regime político ou jurídico utilizado pela sociedade à época. Se existia um Estado, este possuía uma constituição.

Tal concepção parte da premissa de que para se viver em sociedade sempre se busca a razão. Em tal busca a presença de normas essenciais era inevitável já que a busca de direitos essenciais frente à opressão sempre foi inerente ao homem. Daí a conseqüente busca de normas fundamentais que resguardassem a convivência em sociedade.

Não seria outra a razão que a luta entre a opressão e a liberdade acabou por resultar na concretização dos grandes acontecimentos do direito constitucional. Foi a Revolução Francesa o ápice de tal embate. Assim como o foi de diversos outros movimentos revolucionários que trouxeram à tona as primeiras constituições de diversos países.

É nesta linha de raciocínio que fica evidente a presença de constituições independente do fato da sociedade estar submetida um monarca com poderes feudais ou à um ditador com plenos poderes. Mesmo em tais situações a constituição estava presente seja escrita ou não, pouco importando se traçava limites ou se ampliava os poderes do chefe da sociedade, se ela se materializava em costumes ou crenças. O que importa é a existência de preceitos essenciais, normas principais, ou qualquer outro nome que lhe fosse dado, pois o que importava é que sem a sua existência a sociedade não sobreviveria (OTTONI, 2016).

## **CONSTITUCIONALISMO EM SENTIDO ESTRITO**

Aqui terá importância abordar o constitucionalismo em *stricto sensu* que tem sua concepção em razão do movimento constitucionalista. É o movimento constitucionalista quem

vai alçar o constitucionalismo ao posto de técnica jurídica de tutela das liberdades públicas (OTTONI, 2016).

Uadi Lammego Bulos ressalta que o constitucionalismo assume facetas variadas em razão da qualidade técnica que lhe é empregada. Sua importância trará impactos de grandeza jurídica, social, política e sociológica para a sociedade como um todo (BULOS, 2011).

Trará impacto jurídico uma vez que se propõe a regulamentar o exercício do poder na sociedade. Para tanto salientará a necessária presença e uma constituição escrita à qual toda a sociedade sob sua égide se submeterá.

O impacto social estará presente ao estimular o povo na luta contra qualquer poder absoluto. Para tanto o poder será dividido, organizado e disciplinado pela constituição.

O impacto político, pois incentivará o embate contra qualquer forma de opressão ou arbítrio por parte dos dirigentes da sociedade. Para tanto a sociedade irá exigir que sejam resguardados os direitos fundamentais em suas constituições.

Por fim, também um impacto ideológico, que se manifestará na ideologia liberalista. Tal ideologia somente conseguirá ganhar contornos na sociedade em razão da supremacia das normas constitucionais e não da vontade dos homens.

Foi com o intuito de atingir um impacto com tamanha envergadura que o movimento constitucionalista defendeu que o caminho ideal para se vencer o absolutismo ocorreria com a adoção das constituições escritas pelos Estados. Somente com essas constituições seria possível garantir direitos e garantias fundamentais frente ao mando de qualquer governante que fosse.

Essa defesa seria colocada em prova durante o século XVIII. É a exposição de tais ideias como solução frente ao Antigo Regime Absolutista que o movimento constitucionalista irá de encontro ao seu maior desafio. Comprovar que a adoção de uma constituição permitiria um novo avançar para uma sociedade que não suportava desmandos por parte de suseranos que justificavam sua posição como desejo divino.

Enquanto o suserano absolutista justifica a concentração dos poderes em torno de sua pessoa por questões divinas, o constitucionalismo apresentava a proposta da divisão de poderes com embasamento na razão. Assim teremos concretizado o sentido de constitucionalismo: à do estudo dedicado à melhor distribuição de poder. Somente dessa forma teremos uma sociedade estatal baseada na igualdade e na liberdade e que funciona como um estado democrático de direito (LOEWENSTEIN, 1976).



Esta definição encontrará guarida também no art. 16 na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Toda a sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos Poderes, não tem constituição”.

Com essa defesa, o constitucionalismo se transformará na técnica jurídica de tutela das liberdades por excelência. É por meio dele que a sociedade buscará se resguardar frente aos poderes instituídos, garantindo a todos o exercício de direitos fundamentais.

Para alcançar tal objetivo o constitucionalismo deverá realizar exigências mínimas para que a constituição de um estado garanta esta realidade:

1º - Esclarecer quais são as diferentes ordens estatais detentoras de poder. Assim se evitará a concentração de poder de forma autocrática;

2º - Um mecanismo planejado que estabeleça a cooperação entre os diversos detentores de poder. Assim será possível assegurar a eficácia do sistema de freios e contrapesos preconizado por Montesquie;

3º - A existência de mecanismos que impeçam aos detentores autônomos do poder tentem resolver seus problemas utilizando forças autocráticas. Assim, deverá ser resguardado o constitucionalismo democrático sobre toda a sociedade que se encontra sob a égide da constituição escrita;

4º - A criação de mecanismos para a adaptação das normas constitucionais aos diferentes contextos sociais e políticos. Evita-se assim o uso da ilegalidade, da força ou da revolução;

5º - Por fim a norma fundamental deverá resguardar a proteção aos direitos fundamentais (LOEWENSTEIN, 1976).

## **TIPOS DE CONSTITUCIONALISMO**

Ao longo da história o constitucionalismo avançou e teóricos elaboraram convenções distintas sobre como o mesmo deveria ser adotado. Tais convenções ultrapassaram a mera adaptação a realidades locais e apresentaram ideias relevantes que, devido ao avanço que tais medidas proporcionaram, foram adotadas em diversos países. Passaremos à análise de cada um

dos principais tipos de constitucionalismo com o fim de compreender a proposta de cada um deles.

## **CONSTITUCIONALISMO LIBERAL**

O constitucionalismo liberal desenvolveu-se durante a primeira fase do constitucionalismo moderno, trata-se do constitucionalismo baseado no liberalismo, liberalismo político ou liberalismo econômico.

Tal concepção de constitucionalismo defenderá que a presença do Estado na sociedade deve ocorrer dentro do mínimo necessário para se garantir questões essenciais como segurança, em particular, a segurança dos indivíduos. Busca-se um Estado que não intervencor nos mais variados campos da sociedade, desde a economia às relações privadas. Pauta-se pela defesa do individualismo, promovendo constantemente a liberdade direito essencial.

Tal concepção de constitucionalismo passou a ser alvo de duras críticas na doutrina dentre as quais a de que promove uma ideologia que permite a extorsão do homem pelo próprio homem. Tal ideia liga a concepção do constitucionalismo liberal ao período industrial, favorecendo-se a exploração de uma massa de trabalhadores que envolvia até mesmo crianças

Apesar de ser alvo constante de críticas o constitucionalismo liberal possui a relevância de seu surgimento ser o primeiro na construção do constitucionalismo moderno. Coube a ele também a importância de ressaltar que a constituição deveria servir como meio para a limitação do poder do estado. Tais características ressaltam a importância do constitucionalismo liberal para os atuais pesquisadores do direito.

## **CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO**

De construção mais recente, o constitucionalismo contemporâneo assumiu contornos após a segunda guerra mundial, é nesse constitucionalismo que o Brasil encontra-se inserido. O constitucionalismo contemporâneo caracteriza-se por constituições extensas, a exemplo da constituição brasileira e seus 250 artigos. Seus textos primam pelos detalhes, apresentando certo

nível de programaticidade e de dirigismo (constituições dirigentes). Aliás, essa é uma característica típica do constitucionalismo contemporâneo, em seu texto encontram-se normas com finalidades e objetivos que devem ser alcançados, metas essas voltadas geralmente ao aumento da justiça social.

É essa característica o alvo da maioria das críticas doutrinárias. Apresentar metas que não podem ser concretizadas tornam, segundo críticos, um texto desconexo com a realidade social em que a constituição vive. Tais promessas se tornariam portanto “mentiras constitucionais” já que cairiam em descrédito frente a sua difícil concretização.

## **CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO OU DO POR VIR**

Constitucionalismo do futuro ou do por vir foi elaborado pelo doutrinador argentino José Roberto Dromi. Dromi faz uma proposta de um constitucionalismo com características próprias.

A característica da veracidade tem como intuito servir de contraponto justamente à proposta da programaticidade, característica essa prevista nas constituições dirigentes. Em razão disso a constituição deve buscar sempre a verdade propondo normas realizáveis e condizentes com o meio onde é elaborada. As propostas devem portanto serem elaboradas dentro das possibilidades que existem afastando artigos de difícil execução. Assim, nesta característica, Dromi sustenta uma crítica direta às normas programáticas presentes nas constituições contemporâneas e propõe uma solução por definitivo em relação às mesmas. A busca por normas realizáveis e condizentes com a nação.

Outra proposta de Dromi diz respeito à “solidariedade de povos”. Essa seria uma característica da constituição do por vir já que sua preocupação estaria voltada para a parte vulnerável da sociedade global buscando assistir os países mais pobres sem buscar nada em troca como compensação.

A característica da continuidade também é proposta por Dromi no sentido que a constituição do futuro tem que se ocupar de não perder as conquistas que já foram alcançadas. Assim, mesmo sendo uma constituição do por vir, a mesma não buscará uma ruptura com o passado mas sim manter as conquistas e cuidar para que elas avancem ainda mais.

Dromi também defende a participatividade como outra característica da constituição do futuro. Ao inserir tal característica a constituição cuidaria de prever meios sofisticados e efetivos de participação do povo na condução do país. Aqui Dromi não faz menção do mero processo eleitoral por meio da participação por votos mas sim de métodos diversificados de controle popular por meio de um amplo incentivo à debates e discussões sobre a condução do estado.

Ao citar outra característica, a da Integracionalidade, Dromi defende a previsão constitucional de normas que incentivem a integração regional dos Estados seguindo o exemplo da União Européia e do Mercosul.

Por fim, Dromi apresenta como outra característica essencial para a constituição do futuro a universalidade dos direitos humanos fundamentais. Para Dromi tal característica representa valores que devem nortear todos os estados.

Por meio de sua proposta, Dromi deixa transparecer que a Constituição do Futuro ou do por vir apresenta características próprias que são resultados de uma proposta de correção para todas as críticas que são justamente direcionadas às constituições contemporâneas somadas aos últimos avanços na doutrina constitucionalista. Entretanto, a história não é linear, e conceitos como o incentivo à integracionalidade podem não apresentar uma unanimidade mais entre os constitucionalistas. Veja-se o exemplo do Brext, evento recente que coloca em cheque o modelo da União Européia colocando em debate o futuro da integração regional entre os países (DROMI, 1997).

## **CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL**

O constitucionalismo internacional, também denominado constitucionalismo globalizado, tem sua proposta girando em torno do direito internacional dos direitos humanos. Assim, o constitucionalismo internacional foca sua construção se pautando pelos tratados internacionais, resoluções e declarações internacionais dos direitos humanos, tendo como principal elemento em destaque a declaração universal dos direitos humanos de 1948.

## **O CONSTITUCIONALISMO TERMIDORIANO**

## Origem

O constitucionalismo termidoriano recebe outras nomenclaturas na doutrina dentre as quais se destaca o constitucionalismo Wing e o constitucionalismo evolutivo. Para compreender o constitucionalismo termidoriano é importante lembrar o processo de construção do constitucionalismo.

A construção do constitucionalismo ocorre de duas maneiras, a primeira decorre de uma ruptura institucional intensa geralmente promovida por um movimento revolucionário, o outro modo, também consiste em uma ruptura, entretanto essa segunda ruptura se dá em um processo gradual e lento.

O comum é um processo de construção que ocorra de forma gradual e lenta evolutiva se contrapondo ao processo radical e revolucionário.

A revolução francesa foi um exemplo de revolução drástica que promoveu uma ruptura com as instituições então existentes. Ocorre que, em fase posterior, chamada de fase reacionária, o processo tomou um rumo mais lento, onde as propostas ocorriam de forma gradual e lenta. É nesse momento que a França entra na fase termidoriana.

No caso, termidor era o décimo-primeiro mês do calendário revolucionário francês, esse calendário esteve em vigor na França no período de 22 de setembro de 1792 a 31 de dezembro de 1805 e que foi proposto para substituir o até então adotado calendário gregoriano. No calendário gregoriano o mês termidor correspondia geralmente ao período entre 19 de julho e 17 de agosto. No calendário revolucionário francês tem-se como destaque o dia 9 do mês termidor em razão de marcar o dia da revolta francesa contra os atos de terror de Robespierre. Tal fato decorre de que Robespierre defendia o terror como mecanismo de justiça, entretanto tal desculpa servia para imposição de atos de terror que marcaram profundamente a história francesa. Em razão disso o dia 9 do mês de termidor foi uma reação a esse excesso. Daí a origem da expressão “reação termidoriana” ou uma “ação reacionária”.

Temos como reação termidoriana o golpe de estado articulado pela alta burguesia francesa e que marcou o fim de sua participação no movimento revolucionário. Devido a essa reação burguesa doutrinadores defendem que tal fato foi na realidade uma contrarrevolução, já que vai de encontro à própria revolução francesa.

## **Influência**

O constitucionalismo termidoriano sofreu influência direta do Whig Party, um partido político fundado em 1678 na Inglaterra, de forte inclinação liberal e que se posicionava de forma contrária ao Tory Party de linha conservadora. O Whig Party defendia o regime parlamentar e era de forte influência Calvinista.

## **Do que trata o constitucionalismo termidoriano nos dias atuais**

Hoje a concepção termidoriana indica uma concepção de constitucionalismo que defenda uma ideologia conservadora a mudanças sociais de modo que eventuais transições ocorrem de forma gradual e lenta.

Geralmente esses processos lentos de mudança ocorrem durante a fase pós-revolucionária, em que a liderança que promoveu a forte ruptura institucional passa o bastão para grupos conservadores que adotam medidas diversas das iniciais, promovendo até mesmo ideias combatidas na revolução.

Daí tal concepção ser frequentemente ligada à ideia de constituição utilizada como meio para se voltar ao *status quo* pré-revolucionário, perdendo sua razão de ser inicial de meio de transformação social.

## **NEOCONSTITUCIONALISMO**

O constitucionalismo apresentou avanços desde o constitucionalismo liberal, achando profundas transformações no constitucionalismo social até chegar no constitucionalismo contemporâneo. Entretanto, tais transformações ocorreram com a constituição não ocupando o devido lugar de destaque que lhe é merecido. Exemplo disso é a constituição francesa que tinha mais um valor político do que um valor jurídico-normativo dotado de efetividade. Era em razão disso que o princípio basilar do estado de direito era o princípio da legalidade (o estado baseado

na lei). Assim o Estado francês viveu um momento onde a lei era até mais importante que a constituição em termos práticos.

A eclosão tanto da primeira quanto da segunda guerra mundiais resultaram na reflexão de valores pela sociedade, muitos deles de cunho moral. A necessidade do debate em torno dos valores morais favorece ao surgimento de um pós-positivismo que por fim se desdobrará no neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo apresenta como um de seus pontos centrais a afirmação e o reconhecimento de que a constituição possui força normativa. Aqui temos como força normativa a capacidade que a constituição possui para se impor e gerar os seus efeitos na sociedade. Assim o neoconstitucionalismo apresentará como força essencial a capacidade normativa que a constituição deve necessariamente possuir na sociedade.

Para alcançar esse intento o neoconstitucionalismo defenderá uma expansão da jurisdição constitucional, ou seja, será necessária a presença de órgãos capazes de defender e interpretar as normas constitucionais. Sendo assim, o controle de constitucionalidade terá um importante papel no neoconstitucionalismo, fazendo com que a interpretação constitucional assuma um protagonismo central na sociedade.

No exercício da interpretação constitucional deverá ocorrer sistematicamente uma reaproximação entre o direito e a moral. Nesse cenário o indivíduo assume um novo papel onde será ele o responsável por legitimar o direito. Para alcançar tal intento o neoconstitucionalismo promoverá uma retomada das ideias kantianas onde o direito deve se reaproximar da moral.

## **TRANSCONSTITUCIONALISMO**

A sociedade moderna trará desafios onde desacordos razoáveis entre instâncias jurídicas distintas tendem a se tornar frequentes. Assim uma decisão emanada pelo STF pode ser distinta da proferida pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos como de fato o foi no julgamento da ADPF 153 que tratava da lei de anistia.

Situações como a da lei da anistia brasileira tendem a ser corriqueiros em sistemas jurídicos que se tornam cada vez mais complexos emanando uma pluralidade de posicionamentos diferentes e em razão disso divergentes. Uma decisão do Tribunal Europeu de

Direitos Humanos pode destoar por completo do Tribunal Suíço fazendo com que um emaranhado de informações, por muitas vezes relacionadas a situações congêneres, apresentem distinções significativas.

São tais situações, projetadas em razão do entrelaçamento das ordens normativas que Marcelo Neves denomina transconstitucionalismo. Segundo Neves o transconstitucionalismo ressalta a necessidade de criação de mecanismos eficientes para o diálogo entre as diversas ordens e instâncias judiciais. Tais mecanismos buscariam resolver eventuais desacordos que surjam entre as mais variadas instâncias (NEVES, 2014).

## **INTERCONSTITUCIONALISMO**

José Joaquim Gomes Canotilho propõe o interconstitucionalismo que defende uma relação entre diversas constituições dentro de um mesmo espaço político. Tal dinâmica fará com que surjam constantes conflitos, justaposições e até mesmo convergência entre os vários ordenamentos.

O interconstitucionalismo busca portanto identificar a coexistência de duas ou mais constituições dentro de um mesmo espaço político. Para Canotilho admite-se tal contexto em duas situações distintas sendo uma com alta complexidade e a outra menos complexa.

A situação menos complexa decorre da relação de divisão do poder político dentro da federação. Nesse sistema de estado a constituição de um estado-membro da federação deverá conviver com a constituição federal daquela república. Assim será inevitável a incidência de duas normas constitucionais em um mesmo espaço, tanto a constituição estadual quanto a federal deverão necessariamente coexistir ao mesmo tempo.

Trata-se de uma situação menos complexa segundo Canotilho pois a solução se dá de forma simples. Devido a hierarquia constitucional onde a constituição federal se sobrepõe à estadual evitam-se desarranjos permitindo a coexistência ao longo do tempo.

A situação mais complexa decorre da nova estrutura que se propõe em decorrência do avanço do direito comunitário, em especial o europeu. A União Europeia se apresenta com uma proposta antes não tentada onde países soberanos, cada qual com sua própria constituição, se unem em torno de um propósito comum no qual passam a conviver sob a Carta dos Direitos



Fundamentais da União Europeia, carta essa dotada de suprallegalidade. Assim, os tribunais de cada país europeu podem apresentar posicionamentos distintos do Tribunal de Justiça da União Europeia em um mesmo caso. Uma das propostas para solucionar tal situação é posta por Marcelo Neves que defende uma relação dialógica em busca do consenso (CANOTILHO, 2008).

## **O NOVO CONSTITUCIONALISMO PLURINACIONAL**

Também conhecido como constitucionalismo pluralista, constitucionalismo andino ou ainda constitucionalismo democrático latino-americano, tem como proposta a nova institucionalização do Estado chamado plurinacional, baseando-se em novas autonomias, no pluralismo jurídico, em um novo regime político calcado na democracia intercultural e em novas individualidades particulares e coletivas.

O texto é colocado da forma acima pelos seus defensores porque promove um encadeamento lógico de ideias que somadas constituem o cerne do constitucionalismo plurinacional. Ao iniciar a colocação com a observação de que o constitucionalismo plurinacional tem como intuito a instituição do estado plurinacional está-se a falar na formulação de instituições políticas da organização do estado, da organização dos poderes, da administração pública. Trata-se de uma nova institucionalização pública, ou seja, o que se propõe é uma nova formatação das instituições estatais. Essa nova instituição se faz necessária para se dar o lugar a um estado plurinacional. Tal concepção serve de alavanca para a compreensão do que propõe esse novo constitucionalismo.

Para entendê-lo é necessário lembrar a concepção clássica de Estado que parte da premissa de que a nação formaria um Estado. Uma vez que Nação possui em seu sentido natural o conjunto de indivíduos unidos pela identidade em torno de uma etnia, uma formação histórica, uma língua em comum, dentre outros fatores sociológicos e culturais.

Entretanto o que se observa é que um mesmo Estado pode ser formado por uma pluralidade de nações. Tal constatação permite a inferência de que existem vários estados plurinacionais. Assim, o Brasil seria um claro exemplo onde, apesar da existência de uma cultura notadamente preponderante, existem outros grupos dotados de raiz, cultura, identidade e até mesmo língua próprias. Esses grupos já são identificados como “povos tradicionais” a

quem lhes é reservada atenção especial pela 6ª Câmara de Revisão do Ministério Público. Nesse grupo estão os índios, os quilombolas, as populações ribeirinhas, dentre outras comunidades.

O que o constitucionalismo plurinacional faz é avançar no debate em torno desses povos, defendendo uma atuação além da protagonizada pelo MPF e a legislação brasileira. Uma postura que não foi adotada pelo Brasil e que demandaria uma ampla reforma constitucional.

É certo que essas comunidades chegam a ter sua proteção respaldada pela constituição. Os índios possuem a garantia de que terão sua organização social reconhecida, bem como seus costumes crenças e direitos originários protegidos. Tal respaldo encontra-se detalhada pelo art. 231 da CRFB que ainda garante o direito originário sobre a terra que tradicionalmente ocupam.

A proteção constitucional também recai sobre as comunidades quilombolas, que tiveram a propriedade definitiva por suas terras estabelecidas no art. 68 dos ADCT da CRFB. A proteção constitucional direcionada a esses povos decorre da diversidade cultural e histórica que possuem. Entretanto o constitucionalismo plurinacional afirma que o papel exercido pela atual Constituição Federal é devido, mas não é o suficiente. Para o constitucionalismo plurinacional o tratamento dispensado aos povos tradicionais deve ir além assumindo contornos intrínsecos decorrentes de uma nova refundação do estado.

Tal mudança de postura em relação a esses povos deve-se ocorrer reconhecendo que os mesmos um conjunto próprio de regras para convivência. Tais regras podem assumir um conjunto normativo totalmente próprio com força equivalente ao ordenamento jurídico do próprio Estado. Assim, o constitucionalismo plurinacional reconhece a existência de um pluralismo jurídico que emana de fontes totalmente distintas.

É essa a linha de raciocínio adotada pela Bolívia que não somente reconheceu a coexistência de normas com fontes distintas (no caso as normas estatais em convivência com as normas indígenas), como também implementou uma justiça especial indígena. A coexistência da justiça especial indígena com a justiça comum terá sua convergência no Tribunal Constitucional Plurinacional. Um tribunal que possui necessariamente em sua composição membros de origem indígena.

Mas tal transformação não está restrita ao âmbito do judiciário. A defesa do já citado novo regime calcado na democracia intercultural implica em uma participação efetiva também no Poder Legislativo. Tal representação ocorreria por meio da reserva de vagas necessariamente reservadas àqueles de origem indígena.

Por fim, tal atitude por parte do Estado permite uma mudança de visão do indivíduo indígena na sociedade em que vive, já que sua individualidade poderá ser vista tanto na individualidade em quanto ser único, como também na individualidade enquanto membro de um determinado grupo (MAGALHÃES, 2011).

## **CONCLUSÃO**

A análise dos diversos tipos de constitucionalismo admite uma primeira reflexão. É certo que algumas modalidades de constitucionalismo ocorreram em épocas distintas e bem definidas, onde temos exemplos do constitucionalismo liberal, social e contemporâneo. Outro ponto é que apesar da época do surgimento do constitucionalismo sua concepção ocorre em razão dos desafios que a era moderna põe ao sistema jurídico onde podemos destacar tanto o transconstitucionalismo como o interconstitucionalismo. Entretanto pautar a construção dessas teorias com base unicamente ao momento em que foram criadas não parece um apontamento adequado. Sendo assim a expressão “tipos de constitucionalismo” em detrimento a “fases de constitucionalismo”, se apresenta mais adequada como temática do presente assunto abordado.

Por fim, as construções de diversos modelos de constitucionalismo demonstram a busca constante da teoria constitucional em permitir que a norma fundamental de cada sociedade seja mais eficaz em seu papel central: tornar a sociedade mais justa, igualitária e com capacidade de promover avanços na justiça social. Tem-se, portanto, como ponto comum em toda a concepção da doutrina constitucionalista, a ideia de uma maior eficácia de um texto constitucional que permita não somente o exercício do estado de direito mas também um eficácia maior no exercício da justiça na sociedade que a adote.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, J. J. GOMES. “Brançosos” e interconstitucionalismo: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2008.

DROMI, José Roberto. La reforma constitucional: el constitucionalismo del “por venir”. In: El derecho publico de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana. Madrid: Fundación BBV, 1997.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. O Constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal. Brasília: Ministério da Justiça. 1994.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la constitución. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ed. Ariel, 1986.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros; AFONSO, Henrique Weil. O Estado Plurinacional da Bolívia e do Equador: matizes para uma releitura do direito internacional moderno. São Paulo: RBDC, 2011.

NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além das colisões. São Paulo: Lua Nova, 2014.

OTTONI, Davi Niemann. XXV Congresso Nacional do Conpedi. Caderno Constituição e Democracia I: 2016. Disponível em <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/3yms1d13/snixW6m1jm2WqdBx.pdf>