

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

ZULMAR ANTONIO FACHIN

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Lucas Gonçalves da Silva; Zulmar Antonio Fachin – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-711-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I durante o VI Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 20 a 24 de julho 2023, sob o tema geral “Direito e Políticas Públicas na Era Digital”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Faculdade de Direito de Franca e das Faculdades Londrina. Trata-se da sexta experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. Liberdade de expressão, história das constituições brasileiras e sistema constitucional latinoamericano também foram temas marcantes do grupo.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Caio Augusto Souza Lara

Zulmar Antonio Fachin

Lucas Gonçalves da Silva

ORIGEM E EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO

ORIGIN AND EVOLUTION OF CONSTITUTIONALISM

Marcos Vinícius Canhedo Parra ¹

Resumo

O movimento do constitucionalismo é antigo, e com seu desenvolvimento ganhou complexidade, em razão dos diversos matizes de constitucionalismo que se formaram. Isso, pois sequer se pode mencionar a existência de um constitucionalismo. Existem diversos constitucionalismos, que se formaram dentro do contexto histórico de cada povo. O assunto é de grande relevância pois o próprio direito constitucional se estruturou em decorrência do surgimento e evolução do constitucionalismo. Não se poderia falar em direito constitucional caso a ideia de constitucionalismo existisse, pois é a partir dela que surge a noção de limitação de poder, ínsita ao constitucionalismo, e o direito constitucional se dedica justamente à estruturação de todo o arcabouço jurídico que confere fundamento a essa estrutura. Portanto, este artigo se dedica ao estudo do constitucionalismo, abrangendo toda sua evolução. Aponta-se a origem do constitucionalismo, sua evolução e os diversos constitucionalismos. Fez-se uso da pesquisa bibliográfica, com revisão de literatura, do método dedutivo e de uma abordagem dogmática.

Palavras-chave: Constitucionalismo, Direito constitucional, Estado, Limitação, Poder

Abstract/Resumen/Résumé

The constitutionalism movement is old, and with its development it gained complexity, due to the different shades of constitutionalism that were formed. This is because one cannot even mention the existence of a constitutionalism. There are several constitutionalisms, which were formed within the historical context of each people. The subject is of great relevance because constitutional law itself was structured as a result of the emergence and evolution of constitutionalism. One could not speak of constitutional law if the idea of constitutionalism existed, since it is from it that the notion of limitation of power arises, inherent to constitutionalism, and constitutional law is dedicated precisely to the structuring of the entire legal framework that gives foundation to this structure. Therefore, this article is dedicated to the study of constitutionalism, covering all its evolution. It points out the origin of constitutionalism, its evolution and the different constitutionalisms. Bibliographical research was used, with a literature review, the deductive method and a dogmatic approach.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionalism, Constitutional right, State, Limitation, Power

¹ Bacharel e Mestrando em Direito pela UNESP. Mestrando em Direito pela UCAM. Pós-Graduado em Direito pela EPD, PUC Minas e UÁM (Espanha). Pós-Graduando em Direito pela UC (Portugal).

1. Introdução

Atualmente, o direito constitucional é um ramo do direito já bem consolidado e objeto de amplos debates. Se, no passado, era considerado de menor importância, não há nada menos verdadeiro agora. A doutrina a respeito do direito constitucional evoluiu muito, e isso porque seu próprio destaque a estimulou.

É um campo que se ocupa dos elementos básicos do Estado, e as discussões sobre o Estado se acentuaram bastante nas últimas décadas. Não é surpreendente, pois as pessoas passam suas vidas vinculadas a um Estado, o que já é motivo suficiente para que se interessem por seu estudo, com a intenção de lhe dar a melhor configuração possível.

Há pouco tempo, algumas décadas, o direito constitucional era relegado a um plano secundário, pairando em um estádio inferior até mesmo a ramos de direito adjetivos, como o processual, que não tem um impacto direto na vida dos cidadãos, mas apenas indireto, por fornecer as regras processuais que garantem, ou deveriam garantir, o devido processo legal.

Contudo, mesmo assim, o direito processual encontra o fundamento da garantia do devido processo legal no direito constitucional, porque é na Constituição Federal que está prevista a obrigatoriedade de que seja respeitado. Na Constituição Federal de 1988, por exemplo, está disposto no artigo 5º, inciso LIV, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Esse é apenas um exemplo dos muitos que poderiam ser dados para ilustrar como o direito constitucional é um ramo de grande importância e cujo destaque foi injustamente suprimido por muito tempo. Pela evolução histórica desse ramo do direito, não há sentido em conferir a ele pouco relevo.

Dentre os temas fundamentais de direito constitucional, encontra-se aquele acerca do constitucionalismo, sobre o qual se discorrerá, dado que o direito constitucional se estruturou a partir de seu próprio surgimento e evolução.

O artigo vale-se da pesquisa bibliográfica, com a revisão de literatura, e de uma abordagem dogmática. Trata-se de uma abordagem essencialmente indireta e qualitativa. Indireta, pois não se realizam investigações *in loco* ou entrevistas, mas apenas estudo da bibliografia. Qualitativa, pois não importam, para as conclusões, o volume de dados coletados, apenas o material suficiente e bem delimitado. O método utilizado é o dedutivo, pois de um panorama amplo se obtém determinadas conclusões.

2. O surgimento do constitucionalismo

O movimento de evolução constitucional, ou constitucionalismo, foi um processo gradual pelo qual passaram praticamente todos os povos, com exceção dos que preferiram se manter conformados em sociedades tribais, como os indígenas das Américas, as tribos africanas e os aborígenes australianos.

Talvez, o que tenha mantido o direito constitucional em segundo plano, no início do século XX, ao qual Barroso se refere, tenha sido a ascensão do positivismo jurídico, com certa brutalidade, colocando a lei ordinária no protagonismo dos ordenamentos jurídicos, especialmente de países europeus, que fizeram um uso distorcido da construção teórica de Hans Kelsen buscando legitimar a produção legislativa inconsequente para satisfação de interesses de ditadores como Adolf Hitler e Benito Mussolini.

Passado esse período, que deixou cicatrizes profundas na história da humanidade, construções teóricas voltadas para a valorização dos princípios surgiram e revigoraram o direito constitucional, como a de Robert Alexy, que fez uma leitura principiológica do direito, trazendo de volta ao debate jurídico sua essência e força, que haviam sido desprezadas durante o período de domínio do positivismo jurídico.

O positivismo jurídico pouco se importava com questões morais, éticas ou principiológicas. Seu fundamento teórico foi elaborado por Hans Kelsen, embora o jurista não pudesse prever as consequências de seu uso, assim como Albert Einstein não vislumbrou o que poderia ser feito com a energia atômica.

Kelsen escreveu seu livro *Teoria Pura do Direito* isolando o direito de outras ciências, por isso “teoria pura”, mas, ao fazê-lo, não se deu conta de que o direito não pode permanecer insulado, afastado do diálogo com outros campos do saber, pois, mal utilizado, pode gerar resultados catastróficos.

O direito é uma ciência que se destina a criar regras, as quais são fundamentais para a regência da sociedade. Contudo, essas regras não podem ser aleatórias, devem guardar conformação com valores imperantes em determinada sociedade, e esses valores dizem respeito à moral e à ética. Afastadas essas, as regras podem ser escritas à vontade, e uma vontade viciada criará regras viciadas, como a humanidade presenciou.

Pela percepção disso, muitos autores passaram a dedicar sua atenção a novas construções teóricas, voltadas para trazer de volta o direito para o debate com a moral, a ética e os princípios, conferindo a ele outra leitura, a leitura principiológica.

O direito não pode prescindir de princípios, antigos e aceitos como impositivos por si só e pela mera utilização da razão. Embora isso possa soar como o retorno do naturalismo jurídico, disso não se trata, mas, sim, de observar que certas regras são cogentes por sua própria justiça.

Essa postura, orientada por uma leitura principiológica do direito, fez com que o direito constitucional ganhasse vida, para, naturalmente, deslocar-se até o pináculo do ordenamento jurídico, irradiando-se por todo os outros ramos do direito, os quais já não podem ignorá-lo.

É por isso que se fala em direito civil constitucional, em direito processual constitucional, e assim por diante. Já não há como analisar nenhum ramo do direito sem relacioná-lo ao direito constitucional, porque é nele que residem os fundamentos do ordenamento jurídico, os traços básicos e imperativos que o legislador constituinte lhe quis conferir.

Portanto, o direito constitucional ocupa posição de destaque perante outros ramos do direito, o que não significa discutir a maior ou menor importância de nenhum deles, mas, apenas, entender como se articulam, e, ao fazer isso, perceber que o que os mantém unidos e dialogando é a moldura proporcionada pelo direito constitucional.

Dito isso, o que confere ao direito constitucional grande relevância é aquilo que se convencionou chamar de constitucionalismo. O constitucionalismo é um fenômeno já muito antigo, e se desenvolveu ao longo da história assumindo diferentes feições de acordo com o ordenamento jurídico de cada povo.

Mais à frente, será exposta, em detalhes, a evolução do constitucionalismo. Mas, em síntese, o movimento se iniciou ainda na Antiguidade, desenvolvendo-se na Grécia e em Roma, e assumiu características marcantes durante o século XVIII, com a independência dos Estados Unidos da América e a Revolução Francesa, que incorporaram ao constitucionalismo a noção de constituição escrita, pois, até então, resumia-se à ideia de limitação de poder.

O constitucionalismo contemporâneo, ou neoconstitucionalismo, não é outra coisa que o constitucionalismo antigo e moderno somado à preocupação com a efetivação das disposições constitucionais.

Atualmente, não há mais contento em apenas limitar o poder, mesmo que por constituições escritas. Os direitos previstos nas constituições devem ser efetivados, isto é, devem passar do plano da promessa para o plano dos fatos, do concreto.

Não basta que direitos sejam elencados, se não há instrumentos destinados a assegurá-los. Por isso, o legislador constituinte brasileiro dedicou o título II da Constituição Federal de 1988 aos direitos e garantias fundamentais. Note-se bem, não apenas aos direitos, mas também às garantias fundamentais.

Isso pois, conforme distingue a doutrina, as garantias são os mecanismos pelos quais os direitos são tutelados, são os meios pelos quais as pessoas podem buscar seu resguardo.

3. O conceito de constitucionalismo

O conceito, ou conceitos, de constitucionalismo, sua origem e evolução, até chegar ao neoconstitucionalismo, é o que se passará a estudar.

O constitucionalismo não é de fácil definição, embora possa parecer, em um primeiro momento. Brevemente, pode-se dizer que é um modo de limitar o poder. E está correto. Contudo, não se resume a isso, não é simples assim, pois essa afirmação comporta apenas o aspecto puramente jurídico, e em um plano reducionista, sem considerar outras conotações.

A doutrina diverge sobre e apresenta conceitos que consideram também a vertente social, histórica e material, de modo que em uma primeira acepção, o constitucionalismo seria um movimento político-social, em outra, estaria relacionado à existência de cartas constitucionais escritas, em outra, à evolução histórica e constitucional de um determinado Estado, e, em outra, aos propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades (TAVARES, 2020, n.p.).

Além disso, TAVARES, citando GOMES CANOTILHO, lembra que não existe apenas um constitucionalismo, como se fosse um fenômeno único e com a mesma forma de desenvolvimento e manifestação entre todos os povos, mas vários, cada um com feição própria de acordo com suas particularidades.

Assim é que há o constitucionalismo inglês, o norteamericano, e o francês, entre outros. Isso parece ser uma decorrência lógica e natural, pois cada ordenamento jurídico, apesar de possuir o mesmo fim, que é limitar e regular o poder estatal, assume características diversas conforme os costumes e tradições que se sedimentaram com o passar do tempo: “GOMES CANOTILHO adverte que não há um único

constitucionalismo, mas vários, como o constitucionalismo do modelo inglês, o de matiz norte-americana e o de referência francesa, por exemplo” (2020, n.p.).

Apesar da existência de diversas matizes de constitucionalismo, o traço comum entre todas é a preocupação da sociedade em manter o poder do governante dentro de rígidos contornos, para evitar que seja utilizado de maneira arbitrária e tirânica, como muitas vezes ocorreu ao longo da história.

O constitucionalismo é um movimento jurídico, portanto, mas, também, político e, talvez, ainda mais, social, pois é o povo que sentiu a necessidade de criar regras para conter o poder despótico.

Foram as necessidades da sociedade, que se viu à mercê de governantes autocráticos e cruéis, que estimularam a criação de um conjunto legal que colocasse limites ao poder, para que, se não fosse completamente contido, ao menos houvesse alguma previsibilidade de qual sua extensão (TAVARES, 2020, n.p.).

A preocupação em manter o poder estatal conforme às regras estabelecidas, que, segundo o autor, assume um tom garantístico, conduz ao conceito genérico e mais importante do constitucionalismo, que é, então, o movimento que busca limitar o poder.

Não se pode esquecer dos outros conceitos, já citados, e que consideram questões diversas, como a existência de constituições escritas e seus impactos, mas, em essência, é isso o que o constitucionalismo quer, e que o define: limitar o poder.

Mais à frente, com o estudo do desenvolvimento do constitucionalismo, será apresentado o conceito de neoconstitucionalismo, quando, então, será possível notar que, atualmente, os povos não se contentam mais apenas com a limitação do poder, mas querem, ainda, que as disposições constitucionais, todas elas, sejam efetivadas, de modo que o conceito de neoconstitucionalismo está atrelado ao de efetivação, que assume grande relevância, e está no centro dos debates, não apenas sobre constitucionalismo, mas sobre o direito de modo geral.

Tornaram-se comuns as constituições extensas, analíticas, com centenas de artigos, estabelecendo direitos e mais direitos, especialmente aquelas de Estados com economia subdesenvolvida, como é o caso do Brasil, do México e da Índia. Mesmo que haja uma vontade genuína de melhorar a condição das pessoas, por detrás dessas extensas listas de direitos, o fato é que não são concretizados.

E, sua não concretização tem implicações potencialmente desastrosas, pois, além de, francamente, não mudarem a situação para melhor, vulgarizam os direitos. São eles

previstos, mas nunca se efetivam, então, surge um sentimento de descrença, uma sensação de que os direitos não passam de expedientes perfunctórios, para acalmar os ânimos

E, de fato, esse sentimento, essa percepção, não estariam errados, pois as constituições que contêm uma infinidade de direitos, de certa forma, são apenas constituições retóricas. Isso é perigoso. Para se utilizar de uma expressão de Hannah Arendt, deve-se evitar a banalização dos direitos.

Ingressando na análise histórica do constitucionalismo, embora há quem entenda exagerado, alguns autores afirmam que o constitucionalismo já se manifestava entre os hebreus.

Sua sociedade era pouco desenvolvida, sob o aspecto de um ordenamento jurídico sofisticado, e era predominantemente teocrática, característica comum a diversos povos, à época. Toda a composição social se articulava ao redor de dogmas religiosos, que dispunham, também, sobre como uma sociedade deveria se organizar.

Os textos religiosos detinham um poder praticamente incontestável, pois o que neles estivesse escrito era considerado como provindo do próprio Deus. Apesar de, a princípio, destinarem-se à crença, ao culto, em seu emaranhado de ideias acabavam por estabelecer regras que assumiam um caráter jurídico.

Religião e direito, portanto, misturavam-se. E assim foi durante muitos séculos, e ainda pode ser percebido ainda hoje, em Estados apegados à religião, e que cultuam seus líderes como portadores da vontade divina.

Esses textos religiosos, contendo disposições jurídicas, de certa forma, foram, para alguns autores, as primeiras manifestações do constitucionalismo, ao estabelecerem regras de limitação do poder.

Ainda que de maneira precária, perfunctória, sem maiores detalhamentos, mas impunham as regras. Os líderes, religiosos e políticos, não podiam extrapolar o que os textos sagrados determinavam, pois isso seria o equivalente a ofender a própria vontade da divindade (TAVARES, 2020, n.p.).

A parte final do trecho de TAVARES é bastante indicativa do que se deve entender pela origem do constitucionalismo entre os hebreus. Era bastante tímido, especialmente quando comparado à sua conformação atual, fruto de séculos de desenvolvimento, mas, como se disse, alguns autores aceitam que a primeira manifestação do constitucionalismo se deu no seio dessa sociedade.

É uma constatação de interesse mais histórico do que prático, pois, sendo ainda uma forma muito rudimentar de constitucionalismo, pouco pode contribuir para as

discussões a respeito, mas, apenas para demonstrar que, já há muito tempo, mesmo povos com organizações sociais precárias se preocupavam com a limitação do poder dos governantes. Não é de se espantar, pois o poder sem fronteiras bem definidas se degenera em tirania.

Depois, foi em Atenas que despontou com verdadeira intensidade a percepção de que é necessário estabelecer um sistema jurídico amplo e forte o suficiente para limitar o poder dos governantes.

Os gregos, com seu costumeiro hábito de pensar, concluíram que as atrocidades perpetradas por vários de seus governantes só poderiam ser evitadas com a elaboração de leis que lhes arrefecessem o ânimo despótico.

Assim, colocaram-se a produzir regras cujos impactos marcaram toda a humanidade, até os dias correntes. Foram os gregos que primeiro descobriram os benefícios da separação dos poderes, apesar de o apogeu dessa ideia vir a ocorrer muito mais tarde, atingindo seu cume com Montesquieu.

Foram eles que criaram a democracia, e todo seu esquema, estabelecendo que os cidadãos deveriam participar, ativamente, da vida das cidades. Foram eles que separaram o poder político do poder religioso, apesar de a vida cotidiana dos gregos, à época, ser intrinsecamente relacionada à religião. Foram eles que estabeleceram as bases para um sistema judicial, e criaram locais para a aplicação das leis, como os fóruns, que estão presentes ainda hoje. Foram eles, acima de tudo, que colocaram as leis no pináculo de sua organização social, para deverem obediência a ela, e não à vontade do governante do momento (BARROSO, 2020, n.p.).

Todas essas criações e articulações representam marcas muito claras do surgimento do constitucionalismo entre os gregos, por pretenderem estabelecer exatamente aquilo que é sua essência, a limitação do poder.

Em Atenas, ficou claro que uma sociedade não poderia ser perene sem um ordenamento jurídico que garantisse estabilidade e previsão. Os cidadãos devem saber o que esperar de seus governantes, até mesmo para poderem planejar o futuro. Se, hoje, isso parece claro, àquele tempo, essas ideias ainda eram embrionárias e se desenvolviam.

Abre-se um parêntese para esclarecer como o pensamento grego era sofisticado, já naquela época. Embora naquele período o conceito de constituição escrita não fosse corrente, como é atualmente, já se percebia que a estabilidade de um ordenamento jurídico só pode existir a partir de um arcabouço normativo, com regras expressas, as quais

poderiam ser consultadas sempre que fosse necessário esclarecer o deslinde de uma questão.

Hoje, está muito claro que a grande função do ordenamento jurídico, e, especialmente das constituições, é conferir estabilidade às relações sociais. Com as regras do jogo escritas, todos saberão como se portar, e quais as consequências de um comportamento contrário a elas.

A própria noção de controle de constitucionalidade, como se verá à frente, depende substancialmente de um alto grau de previsibilidade, que, por sua vez, depende de uma constituição escrita. O controle de constitucionalidade é feito a partir de suas disposições.

4. A evolução do constitucionalismo

Retornando à evolução do constitucionalismo, considere-se, ainda, que, em todas as épocas, sempre houve a quem interessasse destruir a produção política e jurídica grega, para que o poder completo e arbitrário pudesse ser exercido.

Em Roma isso aconteceu, da parte de alguns imperadores, e, mais à frente, com a queda de Roma, de reis bárbaros, e, depois, de reis e senhores feudais europeus, que exerciam domínio praticamente absoluto sobre seus vassalos. Para o constitucionalismo, foram períodos obscuros. Talvez, sequer se poderia falar em constitucionalismo (BARROSO, 2020, n.p.).

Neste ponto, deve ser dada uma explicação. Falar em constitucionalismo requer uma apropriada contextualização histórica. Só é possível falar em constitucionalismo entre os hebreus, por exemplo, a partir da perspectiva da limitação do poder.

Considerando a definição do constitucionalismo como limitação do poder, ele existia entre os hebreus. Mas, se o contexto histórico for outro, como a Inglaterra e a França do século XVIII, falar em constitucionalismo nessa época não é o mesmo que falar em constitucionalismo na Idade Antiga.

Mais à frente, o assunto será melhor explorado, mas já é lançado para maior clareza. O constitucionalismo do século XVIII envolve a existência de constituições escritas, definindo as bases dos Estados, e garantindo direitos, frutos de reivindicações que envolveram muito esforço. Por esse ângulo, não se pode afirmar que o constitucionalismo existiu na Idade Antiga.

Mas, cada época deve ser analisada pela lente apropriada. O constitucionalismo existiu, sim, na Idade Antiga, mas apenas sob o aspecto da limitação do poder.

Já o constitucionalismo da Idade Moderna possui outra conotação, e diz respeito ao surgimento de constituições escritas, sob todos os aspectos muito mais sofisticadas do que qualquer documento jurídico de épocas anteriores.

O século XVIII foi marcado por várias lutas por independência e pela garantia de direitos, como a luta pela independência dos Estados Unidos da América e a Revolução Francesa.

O povo já não se contentava mais com promessas, e, com o êxito desses conflitos, exigiu documentos escritos que garantissem suas conquistas. À essa ocasião, portanto, surgiram as primeiras constituições, a exemplo da norte-americana de 1787 e a francesa de 1791.

O constitucionalismo, assim, sofreu o impacto dessa inovação jurídica, para absorver a ideia de constituição escrita como o documento principal a certificar a limitação do poder.

Retornando à linha do tempo do constitucionalismo, em Roma, apesar de, em muitos períodos, abusos ocorrerem por alguns governantes, desenvolveu-se um sistema jurídico requintado e que exerceu influência sobre todo o mundo ocidental pelos séculos seguintes e até os dias correntes. Tanto assim, as faculdades de direito ainda ensinam direito romano.

Em Roma, o direito foi exaustivamente estudado, novos institutos surgiram, sua aplicação foi lapidada, despontaram vários profissionais que se ocupavam de funções diversas, como o advogado, o juiz, o notário, e tudo isso contribuiu para que o direito romano atingisse um grau de desenvolvimento nunca alcançado pelo direito de qualquer outra sociedade.

Segundo BARROSO, o diploma legal de maior destaque, com relação ao constitucionalismo, foi a Lei das Doze Tábuas (2020, n.p.).

Se, em Roma, o constitucionalismo aflorou com muita intensidade, levando aquela sociedade a formas de organização sofisticadas, muitas das quais perduram até hoje, com seu ocaso, em decorrências das invasões bárbaras, instalou-se na Europa Ocidental um período sombrio.

Todo o território antes pertencente à Roma se fragmentou e deu origem a diversos reinos, que, com o tempo, fragmentaram-se ainda mais para dar origem aos feudos.

Foi o início da Idade Média, em que as sombras se instalaram sobre a produção intelectual, e mantiveram as sociedades europeias adormecidas em modos de organização bastante simplórios, senão primitivos, se comparados com aqueles das sociedades grega e romana.

Como já se disse, mal se poderia falar em constitucionalismo, com relação a esse longo período, pois os reis e, sobretudo, os senhores feudais, detinham enormes parcelas de poder, subjugando seus vassalos conforme suas vontades.

Ao final da Idade Médica, despontaram os Estados modernos, absolutistas, concentrado ainda mais o poder, nas mãos de um único governante, que poderia tudo. Isso derivou mais das circunstâncias da época do que de uma construção teórica, a princípio.

Foi necessário conceder grande poder a um monarca para aniquilar a organização feudal. Depois, no entanto, alguns teóricos, como Jean Bodin e Hobbes, deram respaldo intelectual aos Estados absolutistas, o que lhes assegurou a existência por muito tempo.

Os excessos dos monarcas, contudo, fragilizaram seus governos, por se tornarem alvo da crítica popular, e, após, de pensadores influentes, que, assim como Jean Bodin e Hobbes escreveram para fortalecer o Estado absolutista, passaram a redigir para destruir suas bases, permitindo o florescimento de novas instituições, destinadas a conter o poder despótico.

Com Locke e a Revolução Inglesa, despontou o Parlamento inglês, que transferiu boa parcela de poder para o legislador, enfraquecendo o monarca. Com Rousseau e as Revoluções Francesa e Americana, o poder foi, enfim, transferido para o povo, que passou a exercê-lo por meio de representantes legitimamente escolhidos.

Apesar disso, a monarquia foi mantida, por tradição, em alguns países, como é o caso da Inglaterra, que ainda divide as atribuições de estado e de governo entre a rainha e o primeiro-ministro (BARROSO, 2020, n.p.).

A evolução do sistema jurídico inglês merece análise mais detida por haver impacto, sobremaneira, na criação das raízes do que veio a ser o constitucionalismo moderno.

A Inglaterra se formou a partir de diversos reinos anglo-saxões, que se uniram para formar um único reino. Mas, o feudalismo também o alcançou, e conferiu grande poder aos senhores feudais, ou barões, que passaram a reivindicar maior poder político junto ao monarca, além de direitos que os protegessem contra suas incursões arbitrárias.

Assim, forçaram o rei João Sem Terra, em 1215, a assinar a *Magna Cartha*, que foi um documento fundamental para a consolidação do constitucionalismo inglês, e lançou as bases do constitucionalismo moderno.

Após, já com respaldo e proteção, conseguiram alcançar ainda mais poder político com o Parlamento, a partir do qual estabeleceram um diálogo equilibrado com o monarca.

Essa se tornou a configuração do constitucionalismo inglês, que ainda se mantém, e do constitucionalismo moderno, em que há um equilíbrio entre os poderes do Estado (BARROSO, 2020, n.p.).

O movimento constitucionalista inglês foi de extrema importância para sedimentar a noção de que o poder do governante deve ser limitado, e, mais ainda, para demonstrar que o melhor meio de o fazer é por meio de uma constituição escrita, pois é o documento fundamental no qual fica assentado todo o esquema de limitação e de direitos conferidos ao povo.

Mas, os movimentos culminantes para implantar, definitivamente, o constitucionalismo, em sua feição moderna, isto é, de limitação do poder atrelada à existência de uma constituição escrita, foram os movimentos norteamericano e francês, que resultaram de uma série de agitações sociais, contra o poder despótico exercido pelos monarcas.

Na França, o povo já estava farto de abusos dos governantes, que se autoproclamavam detentores de plenos e ilimitados poderes, como fez Luís XIV, sendo seu pensamento externado na famosa frase “o estado sou eu”.

Isso foi o estopim para revoluções, que se canalizaram para chegar à Revolução Francesa, em 1789, que sepultou a monarquia absolutista, com a promulgação da Constituição de 1791.

Já nos Estados Unidos da América, que, à época, sequer existia em sua conformação atual, pois os estados que hoje o compõem eram apenas colônias inglesas, os abusos cometidos pelo governo inglês conduziram a rompantes, muitos dos quais violentos, que inculcaram na mente dos colonos a ideia de que apenas se libertariam pela luta e proclamação de sua independência, o que conseguiram, promulgando, finalmente, sua Constituição, em 1787.

Não se pode esquecer, todavia, que, antes mesmo da Constituição de 1787, os norteamericanos já haviam elaborado outros documentos de declaração de independência, com a previsão de direitos e de limitação do poder do governo inglês sobre os colonos,

como os documentos da época colonial, a Declaração de Independência, a Declaração de Virgínia e outras Declarações de Direitos dos primeiros Estados (MORAES, 2020, n.p.).

Com a Constituição norteamericana de 1787 e a francesa de 1791, o constitucionalismo, em sua feição moderna, tornou-se o ideal de um ordenamento jurídico, e foi replicado em muitos outros Estados, todos assentados na experiência daqueles dois, e, ainda hoje, mantém as características que lhe foram atribuídas no início.

MARINONI, MITIDIERO E SARLET indicam alguns traços que marcaram o constitucionalismo norteamericano, já naquele primeiro momento, e que nunca desapareceram, apenas sofreram transformações pontuais para sua evolução, que são a soberania popular, com a retirada do poder absoluto dos governantes, a garantia dos direitos fundamentais, especialmente da liberdade e da igualdade, valores que sempre foram caros à sociedade norteamericana, a separação dos poderes, com o consequente equilíbrio entre eles, emergindo a importância dos poderes legislativo e judiciário, e a Federação, pela união de Estados antes independentes entre si em único Estado, com o objetivo de fortalecimento (2019, n.p.).

Os autores observam, ainda, que o apogeu do constitucionalismo, especialmente nos Estados Unidos da América, está relacionado à atuação do poder judiciário, ao qual compete o controle da produção legislativa e da atuação do poder executivo, garantindo o sistema de *checks and balances*, o que será tema do próximo capítulo, que tratará do controle de constitucionalidade (2019, n.p.).

É interessante destacar, ainda, conforme os autores, que o constitucionalismo norteamericano é marcado pela promulgação de uma constituição exatamente no mesmo momento em que nascia um novo Estado, o que confere ainda mais importância ao movimento constitucionalista, que garantiu o surgimento desse Estado (2019, n.p.).

MARINONI, MITIDIERO E SARLET salientam, ainda, que o momento crucial para o apogeu do constitucionalismo moderno foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 1789, pela qual, se um Estado não estabelecesse a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais, não teria uma constituição, efetivamente (2019, n.p.).

5. O constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo

Exceto por algumas questões particulares, e que pretendem lapidar o constitucionalismo, pode-se dizer que é a ordem predominante no mundo. Atualmente,

contudo, fala-se em neoconstitucionalismo, que diz respeito, em síntese, ao fato de o constitucionalismo não poder se contentar com a limitação do poder estatal, mas precisar ir além, para garantir, efetivamente, a aplicação dos direitos previstos nas constituições.

BULOS chama o neoconstitucionalismo de constitucionalismo contemporâneo, e diz que é marcado, ainda, pela existência de constituições analíticas, ou seja, extensas, que tratam de assuntos diversos, e não apenas de normas estruturante do Estado ou de direitos fundamentais, que constituem o núcleo de uma constituição (2015, p. 78).

Exemplo dessa espécie de constituição é a brasileira de 1988, que possui centenas de artigos, muitos dos quais acerca de matérias que não precisariam, a princípio, constar desse diploma, e poderiam ser muito bem colocados na legislação infraconstitucional.

Para ilustrar, consta do artigo 241, §2º, que “o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”. Não há absolutamente nenhuma necessidade de que essa previsão esteja alocada no diploma constitucional. É um conteúdo que nem sequer tangencia aqueles que são normalmente tratados pelo direito constitucional.

A única razão de ser tratado como matéria constitucional é porque a doutrina, no estudo da tipologia das constituições, traz os conceitos de conteúdo formalmente constitucional e materialmente constitucional.

O primeiro é aquele que é constitucional unicamente em razão de ser valer dessa roupagem. O segundo é aquele que é constitucional porque em sua essência o é, como são as normas que estruturam o Estado e as de direitos fundamentais.

Neste ponto, é interessante mencionar que há uma tendência de se reconhecer, cada vez mais, o conceito de bloco de constitucionalidade. Normalmente, considera-se matéria constitucional apenas aquilo que está contido na constituição.

Mas, percebeu-se a existência de muitas normas que, apesar de estarem fora do corpo da constituição, possuem inegável caráter constitucional, não havendo razão para não lhes atribuir essa qualidade por meramente estarem alocadas em outros diplomas.

A doutrina e a jurisprudência, diante dessa constatação, aventou a ideia de bloco de constitucionalidade, portanto, pelo qual deve-se considerar como constitucionais todas as normas que tenham conteúdo constitucional, ainda que previstas em outros textos.

Assim, há normas que estão alocadas na constituição, mas não precisariam estar, como aquela sobre o Colégio Pedro II, e outras ficariam melhor se estivessem nela localizadas.

O conceito de bloco de constitucionalidade exerce impacto sobre o controle de constitucionalidade, pois o exame de constitucionalidade poderá ser feito adotando como parâmetro de confrontação todas as normas componentes do bloco.

Regressando aos comentários sobre as constituições analíticas, é necessário considerar o gosto do legislador brasileiro pelas emendas constitucionais. Apesar de a Constituição Federal de 1988 ser ainda jovem, já sofreu mais de cem emendas, que alteraram, muito, o texto original, muitas vezes com interesses distantes daqueles da sociedade.

Existem outros exemplos de constituições bastante extensas, como a do México e a da Índia, ambas com centenas de artigos e centenas de emendas. Não há nada de errado em constituições analíticas, a princípio. Na verdade, se bem utilizadas, podem garantir a estabilidade social, política e jurídica de um Estado. Mas, se mal empregadas, também podem servir a interesses escusos.

No passado, as constituições tendiam a ser sintéticas, ou seja, ao contrário das analíticas, bastante enxutas, versando apenas sobre os assuntos essenciais à estruturação do Estado e os direitos fundamentais, como é o caso da Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787.

Sua constituição possui pouquíssimos artigos, embora cada um deles tenha uma sessão própria, em que se alonga no assunto retratado, e passou por um reduzido número de emendas, pouco mais de 25.

Esse arranjo constitucional tende a proporcionar maior longevidade à constituição. A norte-americana, note-se, tem mais de 200 anos. Mas, para que sirva bem a um Estado, é necessário um grau de maturidade social, político e social raro, que poucas sociedades têm. A democracia norte-americana, por circunstâncias históricas, sempre foi muito forte, muito bem sedimentada.

Uma constituição reduzida, portanto, foi o suficiente para que o Estado se estruturasse, relegando ao plano infraconstitucional todas as matérias que não fossem absolutamente necessários de permanecerem no texto constitucional. Talvez, em uma sociedade menos madura e com uma democracia fraca, isso sirva mais à arbitrariedade estatal do que à contenção e conformação do poder.

Como a maior parte das sociedades não são maduras, e, entenda-se bem, quando se fala em maturidade quer-se referir às experiências sociais, políticas e jurídicas que levam uma sociedade a um grau de percepção e perspicácia profundos em relação às suas

próprias contingências, é lógica a preferência por constituições analítica, e é isso o que ocorre.

Outra característica do constitucionalismo contemporâneo, ou neoconstitucionalismo, está ligada à volta da moral, da ética e dos princípios ao diálogo com o direito.

Diálogo esse que havia sido suprimido por juristas e teóricos do positivismo do início do século XX, o que culminou em regimes autoritários, ditatoriais, como o nazismo, de Adolf Hitler, e o fascismo, de Benito Mussolini. As consequências, trágicas, são do conhecimento de todos. BULOS esclarece (2015, p. 78).

Um dos juristas que mais contribuíram para isso foi Hans Kelsen, que em seu livro *Teoria Pura do Direito* quis isolar o direito de outras ciências, para dissecá-lo o quanto possível, chegando, por fim, à norma pura.

O objeto do direito seria a norma, e nada mais. Mas, Kelsen não percebeu no que o isolamento do direito, e de seu objeto, a norma, poderia resultar, sem o balizamento da moral, da ética e dos princípios.

A norma passou a ser utilizada como instrumento sem nenhuma limitação que não a vontade dos governantes do momento, muitos dos quais movidos por ideais racistas e genocidas, e que se serviram de seu poder para levar o mundo a um estado de caos que resultou na morte de milhões de pessoas.

Foram necessárias duas guerras mundiais para perceber que o direito não poderia deixar de dialogar com outras ciências, e, especialmente, com a moral, a ética e os princípios, pois o direito não deve servir a si mesmo nem a satisfazer os desejos ensandecidos de pessoas determinadas, mas à sociedade. O direito é criado para bem reger a sociedade.

Assim, após eventos horríveis ao longo do século XX, a moral, a ética e os princípios retornaram para a órbita do direito, e o constitucionalismo contemporâneo retrata esse retorno, pois as constituições que surgiram no final daquele século e início do século seguinte vieram repletas da influência de princípios antigos, elementares, e que haviam sido esquecidos, sendo, talvez, o mais importante deles, o princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, que irradia fortes efeitos sobre todo o ordenamento jurídico.

Contudo, o neoconstitucionalismo não se contenta com meras previsões, ainda que orientadas por princípios de máxima relevância, e com forte conteúdo programático, com a promessa de elevar o Estado a outro patamar.

O neoconstitucionalismo quer a efetivação dessas previsões. Preocupa-se, portanto, com a efetividade dos direitos (BULOS, 2015, p. 77).

Essa é a grande preocupação contemporânea. Não apenas prever direitos, o que era a meta das sociedades de outra época, porque já estão previstos, mas, sim, efetivá-los, realmente levá-los do plano das ideias para o plano dos fatos.

As constituições contemporâneas, como dito, são analíticas, extensas, versam sobre assuntos sem fim, muitos dos quais sequer são necessários.

Mas, de nada adianta que abarquem uma série de temas e não garanta que os direitos previstos possam ser efetivamente gozados pelo povo. Uma constituição que preveja tudo e não garanta nada não passa de uma constituição retórica, um enfeito, um diploma decorativo, que nada fará, concretamente, pela sociedade.

É certo que normas programáticas, como as denominam a doutrina, são importantes, como um projeto de futuro, um ideal do que a civilização deseja alcançar. No entanto, não podem se limitar a isso. Os planos contidos nessas normas devem ter potência o suficiente para se concretizarem. Essa é a discussão do momento, e que toma a atenção de todos.

Uma crítica que se pode fazer às constituições analíticas é que, por vezes, abraçam tantas matérias que todas elas, de certa forma, perdem a seriedade, perdem a sacralidade que o direito deve ter, em razão de a maior parte delas jamais se efetivarem. Os textos constitucionais são longos e cheios de promessas que não são atendidas.

A sensação que se tem é que existem muitos direitos, mas nada valem, e, portanto, podem ser desrespeitados, sem consequências. Prever direitos demais, sem a capacidade de satisfazê-los é algo perigoso, por esse raciocínio, e deve ser bem ponderado pelo legislador constituinte. O direito não pode ser banalizado, utilizando-se de uma expressão de Hannah Arendt.

Seguindo para o encerramento deste capítulo, colocam-se as observações de BRANCO E MENDES, que ressaltam a ideia de que a supremacia das constituições não surgiu como uma verdade autoevidente, mas é, sim, fruto de uma longa evolução histórica, com idas e vindas, e que, com o tempo, o Parlamento, ou o legislador, conseguiu se sobrepor à vontade despótica dos governantes, para submeter todos ao julgo das leis (2020, n.p.).

Destacam, ainda, o retorno da moral, da ética e dos princípios para o diálogo com o direito, e reafirmam o papel do poder judiciário em garantir a aplicação das

constituições, o que será o tema do próximo capítulo, que tratará do controle de constitucionalidade.

É do poder judiciário a prerrogativa de guardar a constituição e fazer respeitar as suas disposições. Um judiciário fraco e pouco empenhado fará com que as disposições constitucionais percam sua relevância.

Nesse sentido, apontam para a proeminência que o poder judiciário assume, não acima do poder legislativo, mas em um nível que gera uma verdadeira tensão entre os poderes, pelo papel próprio que o primeiro deve desempenhar, de controlar os atos do segundo, contrapondo o constitucionalismo e a democracia, não de maneira antagônica, mas causando inegável choque.

Por um lado, o Parlamento detém legitimidade para representar a vontade do povo. Por outro, o poder judiciário deve exercer controle sobre a produção legislativa, sempre de acordo com a constituição, o que lhe confere a prerrogativa de interferir em decisões políticas.

Sempre, note-se bem, de acordo com a constituição. Mas, diga-se outra vez, não sem a eclosão de atritos entre ambos os poderes, o que é uma constante, inclusive, em âmbito brasileiro (BRANCO E MENDES, 2020, n.p.).

6. Conclusão

O constitucionalismo é um fenômeno antigo, e ao longo de seu desenvolvimento assumiu diversos matizes, especialmente pelo contexto histórico de cada povo, de modo que sequer se pode mencionar a existência de um constitucionalismo, mas de diversos constitucionalismos.

No entanto, sem se esquecer dessa importante observação, o constitucionalismo surgiu como um movimento de limitação do poder, dado que em determinados momentos da história o povo esteve submetido à vontade dos governantes.

Após, à noção de limitação do poder somou-se a ideia de necessidade de constituições escritas, como reforço à limitação do poder, e como passo fundamental para a consolidação do papel de normas constitucionais nessa tarefa.

E, a partir do movimento do constitucionalismo surgiram diversos expedientes, a exemplo do controle de constitucionalidade, fundamental para a edificação da estrutura de limitação de poder a que se propõe esse movimento.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2015.

MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** São Paulo: Atlas, 2020. E-book.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book.