



American College of Brazilian Studies

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO,
DIREITO CONSTITUCIONAL,
CONSTITUIÇÃO E
CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Professor

Dimitri Sales

UNIDADE

01

EQUIPE MULTIDISCIPLINAR

Assis Santos da Silva Presidente/CEO

Pedro Buck Coordenador de Área

Maria José Barbosa Coordenadora Pedagógica

Gabriel Fioretti Criação de Arte

Rafael Brito Diagramação

AUTOR

MSc. Renata Camilo de Oliveira

SUMÁRIO

RESUMO	7
DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO	8
DIREITO CONSTITUCIONAL	9
CONSTITUIÇÃO: CONCEPÇÕES E CONTEÚDO	13
CONSTITUCIONALISMO: ACEPÇÕES E ORIGEM	18
BIBLIOGRAFIA	21

Na Unidade I, introduzimos o estudante nos conceitos de Teoria da Constituição, Direito Constitucional, Constituição e constitucionalismo. A expressão Direito Constitucional é usualmente, utilizada para designar tanto um dos ramos das ciências jurídicas (Ciência do Direito Constitucional), como um dos ramos do Direito positivo. Quanto à Ciência do Direito Constitucional, é comum a diferenciação entre a perspectiva dogmático-concreta da doutrina do Direito Constitucional (estudo dogmático do Direito Constitucional de um Estado específico) e a perspectiva teórico-abstrata da Teoria da Constituição (estudo de conceitos, institutos e categorias gerais do Direito Constitucional). Em nosso curso, buscaremos, porém, inter-relacionar as duas perspectivas, de forma que a Teoria da Constituição sirva também para um exercício crítico-reflexivo, isto é, como uma “chave interpretativa” do próprio Direito Constitucional brasileiro.

Enquanto ramo do Direito positivo, o Direito Constitucional é considerado, tradicionalmente, como o próprio cerne do Direito Público. A divisão entre público e privado não pode, contudo, ser tomada em sentido absoluto. Além disso, a Constituição, como lei básica dotada de superioridade, é o fundamento de validade de todas as normas infraconstitucionais e, portanto, de todos os ramos do Direito. Contudo, ao mesmo tempo, muitas vezes, o significado e alcance do próprio dispositivo constitucional ganhará densidade através da atividade legislativa e jurisdicional nos demais ramos jurídicos. Na realidade, existe, portanto, uma reciprocidade de influência entre o Direito Constitucional e os demais ramos do Direito, tornando-se a mesma ainda mais intrincada nos casos em que a Constituição, como faz a brasileira, estabelece normas referentes diretamente aos diversos ramos jurídicos.

Mesmo da perspectiva estritamente jurídica, o termo constituição recebe diferentes significados. As duas primeiras acepções apresentadas tomam como referência a dicotomia material (conteúdo, substância) vs. formal (forma de apresentação e de elaboração). Em sentido material, ela se refere ao conjunto básico das normas sobre a composição e o funcionamento de uma comunidade política. Constituição formal é, por sua vez, aquela consubstanciada necessariamente de forma escrita, em um documento solene, instituído pelo poder constituinte. A Constituição, ao designar o conjunto normativo fundamental de um Estado, representa, ainda, o escalão mais elevado do Direito positivo, condicionando destarte a produção das demais normas jurídicas (supremacia constitucional). Na modernidade, ela se apresenta, além disso, como limite ao poder público, que é obrigado a respeitar os direitos fundamentais e é organizado conforme o princípio da separação dos poderes. Apresentamos, também, a compreensão dinâmica, isto é, o caráter processual e aberto da Constituição, que se refere a como ela é efetivamente interpretada, aplicada e vivenciada pela sociedade.



Apontamos, assim, que a leitura que se faz do texto constitucional altera-se de acordo com as transformações na sociedade.

Por fim, discorreremos sobre alguns sentidos do termo constitucionalismo. No seu sentido mais corrente e em linhas gerais, ele designa o movimento político-social gerador das Constituições em sentido moderno, pois defende que a limitação do poder estatal se dê através de Constituições escritas, que garantam direitos fundamentais e estabeleçam a separação de poderes.

DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO: INTER-RELAÇÃO E CONCEITOS

O termo Direito Constitucional é usualmente utilizado em duas diferentes acepções. Em uma delas, ele é tomado para designar um dos ramos da ciência jurídica; mais especificamente a disciplina científica que tem por objeto o estudo sistematizado das normas constitucionais.¹ Nessa acepção, ele denomina, portanto, a Ciência do Direito Constitucional, isto é, o conjunto sistemático de conhecimentos acerca da Constituição. Em outro sentido, o termo designa o próprio conjunto normativo que compõe a Constituição, ou seja, um dos ramos do Direito positivo, do Direito vigente.

Na medida em que o Direito Constitucional, como um dos ramos do Direito positivo, refere-se ao próprio conjunto normativo que compõe a Constituição, sua definição depende diretamente da concepção adotada de Constituição, termo que recebe diversas e díspares significações (ver ponto 3 abaixo). De modo geral, considera-se a Constituição como o conjunto normativo fundamental de um Estado, de forma que seus preceitos são dotados de superioridade em relação às demais normas do ordenamento jurídico. Ela define os direitos fundamentais e determina a organização básica do Estado e seus Poderes.

Em relação à Ciência do Direito Constitucional, os manuais costumam diferenciar duas perspectivas de análise.² A primeira, a perspectiva dogmático-concreta, realizaria um estudo dogmático de um Direito Constitucional historicamente concreto. Essa perspectiva – a da doutrina do Direito Constitucional – voltar-se-ia, portanto, para a análise dos princípios e regras constitucionais de uma ordem jurídica concreta – p.ex., estudo do Direito Constitucional positivo brasileiro. A segunda posição metodológica, considerada

1 Sobre a relação entre sujeito e objeto, em especial, nas ciências humanas e sociais, remetemos à discussão travada na disciplina Metodologia da Pesquisa Jurídica, em que se ressaltou o caráter histórico do conhecimento, bem como a impossibilidade de um rompimento absoluto com a subjetividade inerente ao pesquisador e ao objeto de pesquisa.

2 Cf., para o que segue, CANOTILHO. Direito Constitucional, p. 131-132; TAVARES. Curso de Direito Constitucional, p. 19-20.

teorético-abstrata, direcionar-se-ia, basicamente, para a fixação, precisão e aplicação de conceitos, institutos e categorias gerais do Direito Constitucional. Essa segunda posição – a da Teoria da Constituição – desenvolveria esses conceitos, institutos e categorias a partir do que há de comum entre as diversas ordens constitucionais, mas como “construção” teórica seria, em certa medida, desgarrada de elementos circunstanciais concretos.³

A análise de um ordenamento jurídico-constitucional específico não pode, todavia, ser realizada à revelia das reflexões teoréticas empreendidas pela Teoria da Constituição, assim como a teoria não pode ser desvinculada dos elementos concretos que a densificam e não pode perder certo caráter pragmático. No nosso curso, a Teoria da Constituição não terá assim por finalidade apenas o estudo de conceitos, categorias, princípios, institutos e indagações extraídos da observação de uma multiplicidade de ordenamentos jurídicos, mas abstraídos dos mesmos. Ela se prestará também como uma “chave interpretativa” do próprio Direito Constitucional vigente e deverá servir para um exercício crítico-reflexivo, para explicitar e problematizar paradigmas e pré-compreensões acerca da sociedade, da política e do Direito.⁴

DIREITO CONSTITUCIONAL COMO RAMO DO DIREITO PÚBLICO E SUA RELAÇÃO COM OUTROS RAMOS DO DIREITO

Tomando como referência a tradicional (ainda que controversa) dicotomia entre **Direito Público e Privado**, o Direito Constitucional é classificado como um dos ramos do

3 Nesse sentido, diversos autores estabelecem uma diferenciação entre Direito Constitucional especial (positivo ou particular) e Direito Constitucional geral (ou teoria geral do Direito Constitucional). BONAVIDES. Curso de Direito Constitucional, p. 41-43; SILVA. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 35-36. Destaque-se, ainda, a existência da metodologia de análise do Direito Constitucional comparado, que, ao confrontar dois ou mais aspectos do Direito Constitucional de diferentes países, provê subsídios para o chamado Direito Constitucional geral.

4 CATTONI. Direito Constitucional, p. 25 e ss; onde o autor destaca que a Ciência do Direito Constitucional é ramo da dogmática jurídica, mas que seu estudo é, epistêmica e metodologicamente, informado e conformado pelas reflexões teoréticas produzidas no âmbito de teorias que estudam o político de uma perspectiva mais ampla, isto é, da perspectiva de sua institucionalização jurídico-social. O autor acentua que, além da Teoria da Constituição, a Teoria Geral do Direito Público (ou Direito Constitucional geral), o estudo das Instituições Políticas e a Teoria do Estado privilegiam esta perspectiva. Ele adota, porém, a Teoria da Constituição (baseada na Teoria do Discurso), por um lado, para fazer jus à tensão (e não oposição ou contradição) existente entre norma (ou ideal) e fato (ou realidade), pois a realidade já é plena de idealidades, e, por outro lado, para que as análises não sejam centradas apenas no Estado, afinal não há hoje como restringir a esfera pública ao Estado.



Direito Público. Nesse sentido, Silva o define como “*Direito Público fundamental* por referir-se diretamente à organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política”.⁵ Em termos semelhantes, para Ferreira Filho, o Direito Constitucional “é o próprio cerne do Direito Público interno, já que seu objeto é a própria organização básica do Estado, e, mais que isso, o alicerce sobre o qual se ergue o próprio Direito Privado”.⁶

O binômio Direito Público X Privado teve seu apogeu com o liberalismo, sendo que um dos principais critérios para a diferenciação dos dois ramos é provido pela teoria subjetiva ou teoria do sujeito jurídico (*Subjektstheorie*). De forma simplificada, segundo essa teoria, tem-se uma norma de Direito Público quando ela obriga ou concede direitos a uma pessoa de direito público como tal. O Direito Público regularia, assim, basicamente as ações do poder público e as relações entre o poder público e o particular (sujeito de direito privado), o que seria o caso, p.ex., do Direito Constitucional, Administrativo, Tributário e de todo o Direito Processual. O Direito Privado, por sua vez, regularia as relações jurídicas entre os sujeitos de direito privado, ou seja, sujeitos em igualdade de condições jurídicas, tendo como ramos, e.g., o Direito Civil e Empresarial. Existem, ainda, os critérios providos pela teoria da subordinação (segundo a qual, no Direito Público há, em princípio, relações hierárquicas, de subordinação) e pela teoria do interesse (que questiona se a norma atende predominantemente ao interesse do particular ou da esfera pública).⁷

Urge ressaltar, no entanto, que a dual classificação Direito Público X Privado é hoje, por diversos motivos, colocada em xeque.⁸ Isso porque, primeiramente, o Direito de um país forma um só sistema, que deve manter coerência como um todo e ser compreendido em sua totalidade. Além disso, não há um critério rigoroso para a delimitação dos dois ramos, como atesta a constitucionalização de normas que, originalmente, pertencem ao Direito Privado, a discussão

5 SILVA. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 34. Cf., ainda, BONAVIDES. Curso de Direito Constitucional, p. 35: “Sem o estudo da matéria constitucional ficaria o Direito Público ininteligível, tanto quanto o Direito Privado sem o Direito Civil.”

6 FERREIRA FILHO. Curso de direito constitucional, p. 18.

7 Nesse sentido, Diniz, conjugando a teoria subjetiva e a teoria do interesse, afirma que o “direito público é aquele que regula relações em que o Estado é parte, regendo a organização, a atividade do Estado, considerado em si mesmo, em relação com outro Estado e em suas relações com particulares, quando procede em razão de seu poder soberano e atua na tutela do bem coletivo. O direito privado é o que disciplina relações entre particulares, nas quais predomina, de modo imediato, o interesse de ordem privada.” DINIZ. Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 1, p. 34.

8 Destacou-se, nesse sentido, na Unidade 1 da disciplina Teoria Geral do Direito Privado I, que essa bipartição apenas pode ser mantida com fins metodológicos e didáticos.

sobre a influência do Direito Constitucional (sobretudo dos direitos fundamentais) nas relações privadas, a possibilidade de a Administração Pública agir regida pelo chamado Direito Privado, a emergência do terceiro setor ou a controvérsia referente à classificação do Direito do Trabalho. A dicotomia em questão baseia-se, de fato, numa certa distinção entre esfera pública e esfera privada, que, ao contrário de algo dado, é uma construção histórico-social, podendo receber diferentes leituras.⁹ Todavia, ainda hoje, essa divisão determina, até certo ponto, algumas questões práticas, como a referente à legislação aplicável à relação jurídica, a da competência judiciária ou a própria organização dos cursos de Direito.

Ainda assim, faz-se mister destacar que, especialmente para os países que adotam uma Constituição rígida¹⁰, é ela o fundamento de validade de todas as outras normas (normas infraconstitucionais) e, portanto, de todos os ramos do Direito (supremacia constitucional).¹¹ A Constituição é, nesse sentido, a lei suprema do país, de forma que somente serão consideradas válidas as normas infraconstitucionais que se revelarem compatíveis com ela. Disso decorre, inclusive, a possibilidade de controle de constitucionalidade das normas, consoante estudaremos na Unidade IV.

A relação do Direito Constitucional com os demais ramos jurídicos é, contudo, bastante complexa: por um lado, toda a legislação infraconstitucional tem como fundamento último a Constituição (não podendo contrariá-la), mas, por outro lado, muitas vezes, o significado e alcance do próprio dispositivo constitucional ganhará densidade exatamente através da atividade legislativa e jurisdicional nos demais ramos jurídicos. Atualmente, a tendência é, além disso, atribuir às Constituições centralidade hermenêutica no sistema jurídico, em função da qual os demais ramos do Direito devem ser também interpretados a partir do que dispõe o texto constitucional. Isso pode se tornar ainda mais acentuado nos casos em que a Constituição, como faz a brasileira, estabelece normas referentes diretamente aos diversos ramos jurídicos. De fato, o alargamento, no séc. XX, do âmbito de ação do

9 É assim que, se, no passado, o público era tomado como sinônimo de estatal, hoje ele deve ser visto como uma dimensão bem mais complexa, como dimensão discursiva de mobilização e expressão dos diversos fluxos de comunicação. Isso requereu inclusive a profunda revisão por que passa a teoria jurídica processual, com o surgimento, p. ex., no Direito brasileiro, da Ação Civil Pública (Lei Federal 7.347/85), do Mandado de Segurança Coletivo (art. 5º, LXX da CF) e das novas ações coletivas do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal 8.078/90). CATTONI. Direito Constitucional, p. 31.

10 Como trataremos de forma detalhada na Unidade II, a Constituição rígida não pode ser alterada pela simples edição de lei infraconstitucional. A CF, com veremos, pode ser considerada rígida ou mesmo super-rígida.

11 Nesse sentido, não raro, os manuais fazem uso da imagem metafórica de uma árvore, sendo que o Direito Constitucional formaria o seu troco do qual derivam os outros ramos do Direito. Cf. BONAVIDES. Curso de Direito Constitucional, p. 35; SILVA. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 34.



Estado, nas diversas esferas da vida social, fez com que as relações do Direito Constitucional com demais ramos se tornassem cada vez mais intrincadas, como passamos a demonstrar, a título de curiosidade, com algumas das disciplinas jurídicas.¹²

O **Direito Administrativo** é considerado o ramo jurídico mais próximo ao Direito Constitucional. Entre ambos há, essencialmente, uma diferença de abrangência e de grau: enquanto o Direito Constitucional trata, dentre outros, da estrutura básica e princípios gerais da função pública, o Direito Administrativo regulamenta o detalhamento da mesma. A Constituição brasileira contém diversas disposições de Direito Administrativo, como as concernentes à desapropriação (arts. 182, 184 e 185), as que estabelecem os poderes ou atribuições do Presidente da República e dos Ministros de Estado (arts. 84 e 87, parágrafo único), bem como as pertinentes à Administração Pública (arts. 37 a 43).

Também em relação ao **Direito Financeiro e Tributário**, as Constituições costumam trazer normas sobre a administração das finanças e distribuição da competência tributária no organismo estatal. De fato, a disciplina constitucional de matérias tributárias mostra-se coerente, por um lado, porque a tributação interfere na liberdade e propriedade das pessoas e, por outro lado, porque, no caso de um Estado federal, ela sustenta a autonomia dos diversos membros da Federação. No Título VI, bem como em outros artigos (como, e.g., no art. 24, I, art. 30, III e art. 212) da Constituição brasileira, encontram-se, assim, consagrados princípios e diretrizes basilares da atividade tributária e financeira do Estado.

A leitura dos direitos fundamentais previstos em diversas Constituições evidencia, outrossim, que, em regra, elas consagram garantias referentes ao **Direito Penal**, como, p.ex., o princípio de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Na Carta Magna brasileira, as diversas garantias penais de natureza constitucional estendem-se do inciso XXXVII ao LXVIII do art. 5º.

No campo do **Direito Processual** (civil e penal), é importante ressaltar a tendência de constitucionalização de vários princípios processuais, de forma que, atualmente, é corrente a abordagem dos “princípios constitucionais do processo” ou, ainda, do “Direito Processual Constitucional”. A título de exemplo, podem ser citadas as seguintes normas processuais, consagradas em nossa Constituição: garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa aos litigantes e acusados em geral (art. 5º, LV), assistência judiciária aos necessitados (art. 5º, LXXIV), mandado de segurança (art. 5º, LXIX), ação popular (art. 5º, LXXIII), *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), bem como as disposições sobre as bases da organização do Poder Judiciário (art. 92 e ss.).

12 Para o que segue, cf. BONAVIDES. Curso de Direito Constitucional, p. 43-49.



Com o **Direito do Trabalho**, observa-se fenômeno semelhante no Direito brasileiro. São numerosos os direitos do trabalhador assegurados constitucionalmente (cf. art. 7º, 8º e 9º). Mencionem-se, e.g., as garantias do salário mínimo, do repouso semanal remunerado e do décimo terceiro salário, a liberdade sindical e o direito de greve.

Tendo se dilatado na sociedade o círculo de intervenções do Estado, verificou-se sensível declínio da disciplina feita pelo denominado **Direito Privado** sobre certos institutos fundamentais em proveito da influência crescente do Direito Constitucional.¹³ Interesses reputados, no liberalismo, exclusivamente individuais tomaram, ao longo do séc. XX, notável transcendência social, ocasionando, por fim, sua ordenação pelo Direito Constitucional. É assim que, e.g., recebem abrangente tratamento constitucional o direito de propriedade (art. 5º, XXIII, art. 170, III e, dentre outros, art.182) e a família (arts. 226 a 230).

Para além da proximidade material dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, duas tendências podem ser observadas no que concerne à relação entre o Direito Constitucional e o **Direito Internacional Público**, a saber: a internacionalização do Direito Constitucional e a constitucionalização do Direito Internacional. A primeira delas manifesta-se na recepção de preceitos do Direito Internacional por algumas Constituições, que incorporam o Direito externo no âmbito interno (p. ex., art. 25 e 23 da Lei Fundamental alemã e art. 5º, §§ 2º, 3º e art. 4º da CF). A segunda tendência afirma-se na inspiração que a ordem constitucional oferece às instituições e aos internacionalistas que almejam a formação de uma comunidade de Estados, devidamente institucionalizada (cf., nesse sentido, o Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia e, até mesmo, a Carta da ONU). Por fim, vale ressaltar que a Constituição brasileira enumera, no art. 4º, I a X, os princípios que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil.

CONSTITUIÇÃO: CONCEPÇÕES E CONTEÚDO

A palavra “constituição” caracteriza-se por ser um termo polissêmico. Em seu sentido mais corrente, ela designa o modo de ser de alguma coisa, ou seja, os elementos que formam (constituem) essa coisa, sua essência e organização intrínseca, que pode referir-se a objetos inanimados, a seres vivos ou mesmo a entidades, como no caso de uma determinada comunidade política. Assim que, alguns autores, transcrevendo esse sentido comum para a seara jurídico-normativa, consideram-na como o particular modo de ser de um Estado. Contudo, mesmo da perspectiva estritamente jurídica, existem diferentes concepções sobre o termo, algumas das quais serão abordadas a seguir.¹⁴

13 Vale lembrar aqui a discussão empreendida no âmbito da disciplina Teoria Geral do Direito Privado I sobre a “publicização” do Direito Civil.

14 Existem, também, outras expressões costumeiramente utilizadas



De início, cumpre distinguir a acepção material e a formal que o termo pode receber.¹⁵ Do ponto de vista **material** (ou substancial), Constituição é o conjunto básico de normas que se referem à composição e ao funcionamento da ordem política. Nesse sentido, ela corresponde às normas fundamentais de uma sociedade, sendo, por isso, o conjunto normativo que institui (constitui) essa mesma sociedade como uma comunidade política. Sob essa perspectiva, é possível afirmar que não existe Estado sem uma Constituição material, pois toda sociedade politicamente organizada pressupõe uma estrutura mínima.¹⁶ Enfim, o aspecto material diz respeito ao conteúdo das determinações consideradas mais importantes, que por essa razão são contempladas como matéria constitucional. Como veremos na Unidade II, consideram-se, tradicionalmente, como matéria constitucional, as normas referentes à estrutura e ao funcionamento básico do poder político e aos direitos fundamentais.

Constituição em sentido **formal** é, por sua vez, aquela consubstanciada necessariamente de forma escrita, em um documento solene, instituído pelo poder constituinte e que pode conter, em seu corpo, também normas que não sejam consideradas como materialmente constitucionais. Do ponto de vista formal, toma-se, então, como referência não o conteúdo, mas o modo diferenciado como as normas se apresentam (escritas em um documento), como são produzidas (com solenidade e intencionalidade pelo poder constituinte) e, para muitos autores, como podem ser alteradas (com complexidade, rigor). De fato, a Constituição formal é, normalmente, rígida, diferenciando-se, da legislação ordinária porque a criação e reforma de suas normas exigem o cumprimento de certos requisitos mais rigorosos.¹⁷ Ressalte-se que, na atualidade, predominam amplamente as Constituições escritas, dotadas de maior rigidez.

para denominar a constituição em sentido jurídico, como, e.g., Carta Magna, Lei Maior, Lei das Leis, Lei Magna ou mesmo Carta Política.

15 Cf. BONAVIDES. Curso de Direito Constitucional, p. 80-82; ROTHENBURG. Constituição (definição), p. 78. Voltaremos a abordar essa diferenciação na Unidade II.

16 Foi essa a lição dada por Lassalle quando, em 1862, ao caracterizar a Constituição como a soma dos fatores reais do poder que regem uma determinada nação, destacou que todos os países, em todos os tempos, tiveram uma Constituição no sentido real. Segundo ele, o que, portanto, é verdadeiramente peculiar à época moderna não são as Constituições reais, mas sim as Constituições escritas, as "folhas de papel". LASSALLE. Über Verfassungswesen, p. 27. A concepção de Constituição desse autor costuma ser classificada na doutrina como sociológica.

17 Nesse sentido, Kelsen chega mesmo a identificar o aspecto formal com a rigidez. Para ele, a Constituição, em sentido formal, isto é, o documento escrito designado como Constituição, contém "preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos." KELSEN. Teoria Pura do Direito, p. 247 e s. Ressalte-se, porém, que esta correlação, ainda que feita por vários autores, não é necessária (ver Unidade II).



Considera-se que a Constituição encontra-se no ápice da estrutura escalonada do Direito, sendo assim o fundamento de validade das demais normas jurídicas (**superioridade ou supremacia constitucional**). Isto é, a Constituição, como norma fundamental que disciplina a organização do Estado (sentido material), representa o escalão mais elevado do Direito positivo, condicionando destarte a produção das demais normas jurídicas – quer esteja a Constituição consubstanciada em um documento formal e solene, elaborado por um órgão constituinte (Constituição escrita), quer seja formada pela reunião de costumes, decisões jurisprudenciais e/ou leis esparsas (Constituição “não escrita” ou consuetudinária).¹⁸

Nesse sentido, é ilustrativa a descrição feita por Kelsen do ordenamento jurídico como sendo um conjunto hierarquizado de normas jurídicas, no qual a norma superior determina a produção da norma inferior, sendo que esta somente é válida porque foi produzida conforme a forma determinada pela norma superior, que representa, consequentemente, o fundamento imediato de validade da norma inferior. O ordenamento se estrutura, portanto, na forma de uma pirâmide, sendo que, no topo desta, situa-se a Constituição (precedida, para Kelsen, apenas por uma norma hipotética, pressuposta).¹⁹ A Constituição determina, deste modo, a competência, o procedimento e, eventualmente, até certo ponto, o conteúdo para a produção das leis que, por sua vez, determinam a produção dos decretos e assim por diante.

Se, ao discorrer sobre o aspecto material e formal do termo Constituição, bem como sobre a questão da superioridade constitucional, não examinamos qualquer requisito concreto de conteúdo para sua caracterização, cumpre-nos ainda indicar a acepção moderna de Constituição. De fato, a Constituição, na **modernidade**, representa não somente um conjunto de meras normas de estruturação e funcionamento

18 Cf. KELSEN. Teoria Pura do Direito, p. 247. Todavia, é importante destacar que, ainda que o atributo da superioridade possa ser reconhecido também para a Constituição consuetudinária, ele se torna extremamente mais palpável quando a Constituição se diferencia formalmente de todas as outras normas, que podem, então, ser denominadas como infraconstitucionais. Na Unidade II, estudaremos a diferenciação entre Constituição escrita e não-escrita.

19 Não cabe, no âmbito de nossa disciplina, uma análise aprofundada da proposta positivista de Kelsen (criar uma ciência “pura”, marcada pela objetividade e exatidão) e das críticas que devem ser feitas à sua construção. No entanto, mesmo que sua imagem da pirâmide seja útil para a visualização da questão da superioridade da Constituição, ainda teremos oportunidade de avaliar que sua descrição da prática jurídica acaba sendo unidimensional, pois ele reduz o problema da validade do Direito à sua gênese formal (regras são válidas porque são decretadas, conforme as regras, pelas instituições competentes). Daí inclusive a necessidade de pressupor uma norma hipotética fundamental para justificar a validade da Constituição. De fato, em sua discussão sobre a validade do Direito, o jurista da chamada Escola de Viena eclipsa o aspecto de uma possível legitimação democrática.



do Estado, mas serve, outrossim, como limite ao poder estatal, que se apresenta como garantidor de direitos fundamentais e é organizado conforme o princípio da separação dos poderes.

As Constituições jurídicas da época moderna surgiram, consoante abordaremos, sobretudo a partir do fim do século XVIII, com as revoluções burguesas e a ascensão do liberalismo. É nesse contexto, denominado como constitucionalismo moderno, que elas começam a ser compreendidas como um documento escrito a partir do qual se extraem as normas essenciais de regência do Estado e de proteção do indivíduo contra eventuais arbitrariedades do Poder Público. Essa concepção de Constituição foi exarada no art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 nos seguintes termos: "Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição". Nesse sentido, considera Canotilho que: "Por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político."²⁰ Assim sendo, os textos constitucionais à época do constitucionalismo liberal dispunham, basicamente, sobre a organização fundamental do Estado e seus Poderes (forma e sistema de governo, regime político, forma de Estado com a distribuição de competências, modos de aquisição e exercício do poder) e sobre os direitos individuais, estabelecendo, consequentemente, limites para a atuação estatal.²¹

No entanto, especialmente a partir do séc. XX, com a instauração do denominado Estado Social (*Welfare State*) e aumento da intervenção estatal no domínio socioeconômico, verifica-se uma tendência de ampliação das matérias reguladas constitucionalmente. Boa parte das Constituições ampliou seu escopo, passando a abranger novos direitos e a regulamentar diversos aspectos da ordem econômica e social. O conteúdo das Constituições sofreu, portanto, considerável incremento, de forma que, atualmente, muitas Constituições (inclusive a brasileira) trazem disposições sobre vários ramos do Direito e disciplinam os fins estatais em muitas áreas da vida social,

20 CANOTILHO. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 52.

21 Nesse sentido, como estudaremos na Unidade VI, a grande maioria dos direitos fundamentais que surgem no início da modernidade visavam exatamente proteger o particular contra intervenções estatais e, assim, limitar a ação do Estado em relação a determinadas liberdades e à privacidade do indivíduo. Diversos exemplos desses direitos fundamentais clássicos podem ser encontrados no art. 5º da atual Constituição brasileira: o Estado não pode impedir que os indivíduos manifestem seus pensamentos (IV), nem pode impor uma religião oficial e impedir que os indivíduos tenham suas próprias crenças (VI), ele não pode impedir que os particulares criem associações (XVIII), nem pode proibi-los de realizarem manifestações públicas (XVI), não pode entrar, de qualquer maneira, no domicílio do indivíduo (XI), nem violar as suas correspondências (XII) etc.

além de seus dois conteúdos tradicionais: organização do poder político e previsão de direitos, que já não se limitam aos clássicos direitos individuais, abarcando também, direitos sociais e difusos, dentre outros. Ressalta-se, assim, que, mesmo na modernidade, ocorreram e ocorrem mudanças na concepção de Constituição e, ainda, que mesmo sem alteração do texto constitucional, a leitura que se faz do mesmo transforma-se no tempo (vide a Constituição dos Estados Unidos da América com seus mais de 200 anos).

É assim que, na atualidade, diversos autores buscam chamar a atenção para a **dimensão processual** da Constituição, para o seu caráter dinâmico. A Constituição não é apenas um documento escrito (um texto jurídico) em sua expressão estática, mas, também, na perspectiva de sua aplicação, o modo como as disposições constitucionais são efetivamente concretizadas, ou seja, como essa regulamentação se projeta e integra à realidade, como ela acontece na prática (dimensão dinâmica).²² Assim sendo, a Constituição não deve ser reduzida a mero texto desconectado da realidade à qual deve se aplicar (como de resto nenhuma norma jurídica o deve), pois são os elementos fáticos que auxiliam na atribuição de sentido ao texto.²³

Dessa forma, a Constituição pode ser compreendida como um projeto pretensioso e aberto de realização do Direito, que se atualiza no tempo, cabendo às atuais e futuras gerações a inesgotável tarefa de realização e adequação do texto constitucional aos novos contextos.²⁴ Fala-se de uma abertura constitucional (ou de uma Constituição aberta), enfatizando-se que a Constituição, em grande medida, possibilita o confronto e a luta política de partidos e forças sociais portadores de projetos alternativos para a concretização dos próprios fins constitucionais.²⁵ De fato, a concretização e

22 ROTHENBURG. Constituição (definição), p. 80. Os estadunidenses falam de uma Constituição “vivente” (*living Constitution*), evidenciando que a leitura desta se altera de acordo com as transformações na sociedade.

23 Nesse contexto, faz-se mister destacar um novo enfoque hermenêutico que parte da não identidade entre norma e texto da norma. Segundo esse enfoque, a norma se constrói na interpretação, é o resultado desta. A interpretação dá-se, é verdade, com base no texto da norma. Porém, todo texto está necessariamente inserido em um contexto e nesse contexto recebe o seu significado. Cf., nesse sentido, MÜLLER. Métodos de Trabalho do Direito Constitucional, p. 53 e ss.; para quem o texto da norma fornece apenas os indícios mediadores do teor da norma, não havendo acesso imediato a qualquer coisa no processo interpretativo. Profícua é, ainda, a lição dada por Gadamer já nos idos de 1960. Em seus termos: “Desse modo, podemos destacar que o que há de verdadeiramente comum a todas as formas de hermenêutica é que o sentido que se deve compreender somente se concretiza e se completa na interpretação. Mas, de certo modo, essa ação interpretadora se mantém totalmente ligada ao sentido do texto. Nem o jurista e nem o teólogo consideram a tarefa da aplicação como uma liberdade frente ao texto.” GADAMER. Verdade e Método I, p. 436.

24 Cf. HABERMAS. Faktizität und Geltung, p. 477, 535 (edição brasileira: v. II, p. 131, 189).

25 CANOTILHO. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 1338.



efetivação, no tempo, do projeto constitucional se dá tanto nos processos políticos de tomada de decisão, como no âmbito da interpretação, inclusive, judicial.²⁶ Ou seja, ao mesmo tempo em que as normas constitucionais não estão à disposição dos poderes públicos (pois eles são submetidos a elas e obrigados a respeitá-las), elas ganham densidade também através da atividade de criação e de aplicação do Direito.

A Constituição não é, portanto, um código cerrado, um projeto finalizado, nem tampouco é mero instrumento procedimental com “regras do jogo” que permitam chegar a qualquer resultado. Senão que, mantém-se aberta, mas sem perder o seu caráter de complexo de normas jurídicas para a realização dos princípios fundamentais de uma comunidade e para a domesticação dos poderes sociais. Em suma, a pretensão de estabilidade da Constituição assenta-se num compromisso que, ao mesmo tempo, consagra determinados princípios e abre, inevitavelmente, a possibilidade de re-significações cotidianas.

CONSTITUCIONALISMO: ACEPÇÕES E ORIGEM²⁷

É possível a identificação de, pelo menos, quatro sentidos para o termo constitucionalismo.²⁸ Num primeiro sentido, ele é empregado para designar o movimento político-social, de origem histórica bastante remota, que visa limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, ele é identificado com a reivindicação de que haja cartas constitucionais escritas, dotadas de superioridade formal. O termo, também, é utilizado, num terceiro sentido, para indicar os propósitos latentes e atuais da função e posição da Constituição nas diversas sociedades. Por fim, numa vertente mais restrita, ele denomina a evolução histórico-constitucional de um determinado Estado.

“Se uma lei básica se propõe conformar relações de vida historicamente cambiantes isso obriga-a a um conteúdo temporalmente adequado, isto é, um conteúdo apto a permanecer ‘dentro do tempo.’”

26 Nesse sentido, abordaremos, posteriormente, a mutação constitucional, que se refere a mudanças na compreensão, no significado atribuído ao texto, ao longo do tempo. Ou seja, muitas vezes, o texto da Constituição (a letra da Lei) permanece inalterado, mas a leitura que se faz do mesmo muda. A dimensão processual da Constituição abre a possibilidade de re-significações, isto é, de mutações constitucionais.

27 TAVARES. Curso de Direito Constitucional, p. 1 e ss.

28 Cf., nesse sentido, FIORAVANTI. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, p. 85: “El constitucionalismo es concebido como el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar en el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto del límite y de la garantía.” Com “modernos”, o autor refere-se aos homens e mulheres da sociedade pós-medieval ocidental. Nessa obra, ele apresenta diversas doutrinas constitucionais desde a Antiguidade até o final do XX e opta, ainda assim, por utilizar o termo constitucionalismo para indicar o movimento na modernidade, pois, na sua opinião, nunca existiu *um* constitucionalismo, mas sim várias doutrinas sobre a Constituição (p. 12).

Ainda que as raízes do constitucionalismo (como movimento político-social que busca limitar o poder político) possam ser encontradas já na Antiguidade, é somente a partir dos primórdios da era moderna que ele ganha força como um movimento voltado à limitação do poder do Estado através da criação de uma Constituição escrita. É, especialmente, no contexto do liberalismo e do iluminismo que ele se configura como reivindicação de que a limitação do arbítrio estatal se dê através da garantia de direitos fundamentais positivados e do princípio da separação de poderes. Por essa razão, não raro considera-se que o constitucionalismo surgiu no início da modernidade – constitucionalismo moderno ou liberal.²⁹ Ainda assim, é certo que existiram impulsos bem anteriores para o que veio a ser o movimento gerador das Constituições em sentido moderno.

Nesse sentido, ainda na Idade Média, surgiu a *Magna Carta Libertatum*, imposta, pela aristocracia inglesa, no ano 1215, ao Rei João Sem Terra. Esse documento dispôs, é verdade, sobre privilégios da nobreza, mas, ao mesmo tempo, impôs restrições ao poder do monarca e se referiu ao que viriam a ser direitos civis clássicos, como o direito de propriedade e o direito à livre locomoção. O movimento constitucional inglês avança e, já nos primórdios da modernidade, com as disputas entre Rei e Parlamento, alcança importantes marcos com a *Petition of Rights* (1628), que visava à garantia de liberdades públicas, e, sobretudo, com a *Bill of Rights* (1689) que pôs fim à monarquia absolutista e é considerada um documento basilar para o desenvolvimento do Parlamentarismo. A Inglaterra desenvolveu, assim, apesar de rompantes revolucionários, um processo longo, lento e moderado de construção de instituições constitucionais, formando, por fim, uma Monarquia Constitucional, mas sem uma Constituição escrita em um documento único, com supremacia formal.

Foram a Guerra Revolucionária Estadunidense e a Revolução Francesa que consumaram o implemento de Constituições denominadas escritas. A Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, somada às suas 10 primeiras emendas de 1791 (*Bill of Rights* federal), bem como a Constituição da França de 1791, somada à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, consagram a obtenção de documentos escritos que previam a tripartição dos poderes e que continham uma declaração dos direitos do homem. Esses marcos deram início à trajetória das Constituições escritas, uma jornada que continua sendo traçada e que, com progressos e retrocessos, visa à constituição de uma comunidade política de cidadãos livres e iguais (princípios da liberdade e igualdade).

29 Ressalte-se, contudo, que já em 1776 surgiu a Declaração dos Direitos da Virgínia (*Virginia Bill of Rights*).

BIBLIOGRAFIA

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Livr. Almedina, 1993.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Livr. Almedina, 2003.

CATTONI, Marcelo. Direito Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil. Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIORAVANTI, Maurizio. Constitución. De la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1998. (Edição brasileira: _____. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I e II.).

KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. Über Verfassungswesen. Darmstadt: Wissenschaftl. Buchgesellsch., 1958.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de Trabalho do Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Constituição (definição). In: DIMOULIS, Dimitri (Coord.). Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

