

# Constitucionalismo e Conceito de Constituição

## *Constitutionalism and the Concept of Constitution*

**JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JUNIOR<sup>1</sup>**

Universidade de São Paulo (USP). São Paulo (SP). Brasil.

**RESUMO:** O artigo tem a finalidade precipuamente didática de examinar o constitucionalismo, explorando os seus fundamentos e desdobramentos, inclusive no que se refere aos seus ciclos mais recentes. Também analisa o conceito de Constituição e a tipologia constitucional. Por fim, embasado nas premissas históricas e teóricas, destaca a importância de persistir na busca de mecanismos capazes de limitar o poder e prevenir o absolutismo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalismo; Constituição; democracia.

**ABSTRACT:** The article has the primary didactic purpose of examining the Constitutionalism, exploring its foundations and developments, including the more recent cycles. It also analyzes the concept of the Constitution and the constitutional typology. Finally, based on historical and theoretical premises, it highlights the importance of persisting in the search for mechanisms capable of limiting power and preventing absolutism.

**KEYWORDS:** Constitutionalism; Constitution; democracy.

**SUMÁRIO:** Introdução; I – Constitucionalismo antigo, medieval e moderno; I.1 Constitucionalismo antigo; I.2 Constitucionalismo medieval; I.3 Constitucionalismo moderno; II – Conceito de Constituição e tipologia constitucional; II.1 Conceito moderno; II.2 Mera folha de papel ou documento com força normativa?; II.3 Tipologia constitucional; Conclusão: persistir e evoluir na democracia; Referências.

## INTRODUÇÃO

A palavra “constitucionalismo”, sem nenhuma especificação, remete aos movimentos de limitação do poder – que tiveram por objetivo superar e prevenir o absolutismo – decorrentes das três grandes Revoluções Liberais: (i) a Revolução Gloriosa inglesa, de 1688-1689, quando: (i.a) o Rei Jayme II foge para a França; (i.b) o Parlamento inglês escolhe novos Rei e Rainha, Guilherme de Orange e Maria; e (i.c) afirma, o Parlamento, a sua soberania; (ii) a Revolução Americana, referenciada pela Independência das até então Treze Colônias inglesas na América, em 4 de julho de 1776; e (iii) a Revolu-

---

1    Orcid: <<https://orcid.org/0000-0001-6394-8307>>.

ção Francesa, decorrente de um conjunto de fatos, como a queda da Bastilha, em 14 de julho de 1789, mas cujo principal marco para o constitucionalismo, possivelmente, é a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789 (aliás, Direito ainda vigente na França porque é expressamente citada pelo Preâmbulo da Constituição francesa de 1958, compondo, assim, o bloco de constitucionalidade francês<sup>2</sup>). A inestimável importância da Declaração, sobretudo para o constitucionalismo, é corroborada pelo teor de cada um dos seus dispositivos, valendo destacar o art. 16: “Toda sociedade em que a garantia dos Direitos não esteja assegurada, nem a separação dos Poderes determinada, não tem Constituição”.

Dele constam os dois limites ao poder do Estado concebidos para prevenir o absolutismo: *um externo* (“externo” porque relativo à afirmação de Direitos que são anteriores e superiores ao Estado, poderes de agir perante o Estado e a sociedade, inerentes à condição humana, independem do Estado que deve reconhecê-los, protegê-los e promovê-los) e *um interno* (“interno” porque relativo a uma dada forma de organizar o Estado que busca conter o poder estatal “por dentro”, ou seja, por meio do próprio arranjo institucional. O constitucionalismo, assim, “é uma técnica da liberdade contra o poder arbitrário”<sup>3</sup>. Daí decorre um conceito material de Constituição.

Esses movimentos e soluções compõem o constitucionalismo moderno, cujas raízes remontam à Antiguidade, grega e romana, ou seja, há, também, um constitucionalismo antigo. É o ponto de partida de toda uma cultura constitucional que não admite o grave desvio representado pelo absolutismo (daí as Revoluções Liberais). Não por outra razão, o sugestivo título de uma das obras mais importantes sobre o tema é “Constitucionalismo: antigo e moderno”, de Charles Howard McIlwain<sup>4</sup>. Inclusive, já os antigos tinham, eles próprios, um conceito de Constituição. Com efeito, ambos os conceitos, antigo e moderno, guardam boa medida de identidade.

2 FAVOREU, Louis. *Droit constitutionnel*. 14. ed. Paris: Dalloz, 2011. p. 129-130. O Conselho Constitucional francês geralmente se refere “aos princípios e regras de valor constitucional para designar o conjunto de normas situadas no nível constitucional, cujo respeito se impõe à lei” (FAVOREU, Louis; LLORENTE, Francisco Rubio. *El bloque de la constitucionalidad*. Madrid: Civitas, 1991. p. 19). A doutrina francesa denomina esse conjunto “bloco de constitucionalidade”.

3 MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 24. É célebre a lição de Montesquieu: “A experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites”. A seguir, dá a receita de como impedir o abuso: “Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder” (MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1995. p. 118).

4 McILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: ancient and modern*. Indianápolis: Liberty Fund, 2008 (vide <<http://oll.libertyfund.org/title/2145>>).

A exposição que segue tem por objetivo fazer breve síntese didática do constitucionalismo antigo, medieval e moderno (primeira parte da exposição), bem assim examinar o conceito de Constituição no tempo e a respectiva tipologia (segunda parte da exposição).

## I – CONSTITUCIONALISMO ANTIGO, MEDIEVAL E MODERNO

Charles Howard McIlwain aponta como sendo do início do século XVII as primeiras referências à “constituição” no sentido moderno, ou seja, “a completa estrutura [framework] do Estado”: (i) uma frase do Bispo Hall, em 1610, a saber: “a constituição da Commonwealth de Israel”; e (ii) algumas palavras de Sir James Whitelocke, também do mesmo ano, “possivelmente não tão precisas, mas ainda mais impressionantes”, a saber: “a moldura [frame] natural e a constituição da política deste Reino, que é o *ius publicum regni*”<sup>5</sup>.

Por outro lado, McIlwain anota que “esse uso do termo ‘constituição’ poderia ser novo em 1610, mas a ideia que transmite é na realidade uma das mais antigas, se não a mais antiga, em toda a história do constitucionalismo”<sup>6</sup>. Remete ao conceito grego de *politeia*, usualmente traduzido como “constituição”. Cita, então, Cícero, no seu *De Re Publica*, “em passagem que contém o primeiro uso que conheço da palavra ‘constituição’ no seu sentido moderno aceito”. Ao comentar a forma mista de governo, afirma Cícero: “Essa constituição possui uma grande medida de equidade sem a qual os homens dificilmente poderiam permanecer livres por qualquer período de tempo”<sup>7</sup>. Conclui Cícero que “a constituição da república não é o trabalho de uma única época ou de um único homem”<sup>8</sup>.

McIlwain explica que “é um termo que compreende todas as inúmeras características que determinam a peculiar natureza de um Estado, e elas incluem a sua inteira tecitura econômica e social, bem assim as matérias de governo no sentido moderno mais estrito”<sup>9</sup>. É um termo descritivo que encerra estreita analogia entre a organização do Estado e o organismo

---

5 McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern...*, p. 19.

6 McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern...*, p. 19.

7 McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern...*, p. 19.

8 McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern...*, p. 19.

9 McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern...*, p. 19.

de um ser humano individual: corpo e mente, o primeiro guiado e governado pela segunda, assim como governantes e governados<sup>10</sup>.

### 1.1 CONSTITUCIONALISMO ANTIGO<sup>11</sup>

Aristóteles, no clássico *A política*, descreve as constituições das cidades-estado gregas antigas e assim conceitua: “Ora, a *politeia* [= ‘constituição’] é a organização que, nos Estados, têm as magistraturas, a forma como se encontram distribuídas, bem como a determinação do elemento soberano [*politeia* = ‘governo’ ou ‘poder político’] e do objetivo de cada comunidade” (*A política*, 1289a15-18)<sup>12</sup>.

Fonte direta, importante e acessível sobre a democracia ateniense é o livro *Constituição dos atenienses*, de Aristóteles (ou de um discípulo próximo, portanto, um trabalho “aristotélico” em espírito<sup>13</sup>). A primeira parte da obra conta sobre os séculos que antecederam e prepararam a prática democrática em Atenas, passando por Sólon e Clístenes<sup>14</sup>. A segunda parte, então, descreve a *politeia* ateniense ao tempo de Aristóteles<sup>15</sup> (384 a.C. a 322 a.C.). Importa, aqui, essa segunda parte.

Atenas, entre os séculos V e IV a.C., era uma democracia direta. A pessoa é livre porque obedece à lei que ela própria faz: “dar lei a si mesmo”<sup>16</sup>. A maturidade democrática ateniense confunde-se com o “governo” de Péricles, que durou algo em torno de trinta anos, até a sua morte em 429 a.C.<sup>17</sup>. Tucídides atribui a Péricles um célebre discurso fúnebre no primeiro ano da Guerra do Peloponeso (431 a.C.). Dele consta o emprego mais remoto que se conhece da palavra democracia:

---

10 McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern...*, p. 19 (citando Sir Paul Vinogradoff).

11 O presente tópico e os dois seguintes ampliam o artigo AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O constitucionalismo. In: *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional*. Do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, p. 3-16, 2012 (que, pela sua própria característica de retratar uma prova acadêmica realizada em espaço delimitado de tempo, continha lacunas e falhas que se busca, aqui, decantar).

12 Tradução de Delfim Ferreira Leão na *Introdução* à obra de ARISTÓTELES. *Constituição dos atenienses*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 12-13.

13 LEÃO, *Introdução...*, p. 14-15. No mesmo sentido: MOSSÉ, Claude. *Péricles: o inventor da democracia*. São Paulo: Estação da Liberdade, 2008. p. 82 (“...o autor da Constituição de Atenas, que, se não foi Aristóteles, terá sido certamente um de seus alunos...”).

14 LEÃO, *Introdução...*, p. 14-15.

15 LEÃO, *Introdução...*, p. 15.

16 BOVERO, Michelangelo. *Contra o governo dos piores*. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 29.

17 MOSSÉ, *Péricles: o inventor da democracia...*, p. 9.

Nosso regime político (politeia) não se propõe tomar como modelo as leis de outros: antes somos modelo que imitadores. Como tudo nesse regime depende não de poucos, mas da maioria, seu nome é democracia. Nela, enquanto no tocante às leis todos são iguais para a solução de suas divergências particulares, no que se refere à atribuição de honrarias o critério se baseia no mérito e não na categoria a que se pertence; inversamente, o fato de um homem ser pobre e de condição humilde não o impede de prestar serviços ao Estado, desde que tenha capacidade para tanto [...].<sup>18</sup>

Por outro lado: “O fim da democracia ateniense tem data inequívoca: a derrota militar para a Macedônia, em 338 a.C.”<sup>19</sup>.

Participavam da vida política – eram cidadãos – os filhos de pais que fossem ambos cidadãos<sup>20</sup>. Aos dezoito anos, o homem jovem iniciava o “circuito dos santuários”, uma formação cívica, militar e religiosa que durava dois anos, findos os quais “o seu lugar é já com os restantes cidadãos”<sup>21</sup>. Porém, na prática, o jovem primeiro servia ao exército e à marinha atenienses, apenas depois viria a participar da política. As fontes permitem tão só aproximações sobre o número de cidadãos em meados do século V a.C.: “De quarenta a quarenta e cinco mil em idade de empunhar armas, ou pelo menos de servir na frota”<sup>22</sup>. Ademais:

O número de hoplitas de que Atenas dispunha às vésperas da guerra do Peloponeso elevava-se a treze mil, aos quais se somavam os dezesseis mil que faziam a guarda das muralhas. Mas entre estes últimos, além dos cidadãos mais jovens e mais velhos, havia também os metecos [...].<sup>23</sup>

Relativamente aos estrangeiros, Claude Mossé estima “em cerca de quinze mil o número de metecos”<sup>24</sup>. Estavam excluídos da participação política as mulheres, os estrangeiros e os escravos. Por sua vez, Robert Dahl estima o corpo de cidadãos “em torno de *sessenta mil* no período áureo da democracia ateniense, em 450 a.C.”<sup>25</sup>.

18 Excerto extraído de MOSSÉ, *Péricles: o inventor da democracia...*, p. 69.

19 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 6.

20 ARISTÓTELES, *Constituição dos atenienses...*, p. 88.

21 ARISTÓTELES, *Constituição dos atenienses...*, p. 89.

22 MOSSÉ, *Péricles: o inventor da democracia...*, p. 132.

23 MOSSÉ, *Péricles: o inventor da democracia...*, p. 132. Os hoplitas eram soldados de infantaria e os metecos eram estrangeiros residentes.

24 MOSSÉ, *Péricles: o inventor da democracia...*, p. 132.

25 DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: UnB, 2001. p. 121.

As leis eram votadas pela Assembleia popular reunida na ágora (uma praça pública). Antes, eram discutidas pelo Conselho (*Boulè*)<sup>26</sup>. Deveriam observar o Direito imemorial passado de pai para filho<sup>27</sup>. Aliás, a existência de um Direito ancestral superior “constitui o cerne da Antígona de Sófocles”<sup>28</sup>. Desse modo, “o direito de iniciativa [...] envolvia a responsabilidade do proponente pelo mérito da proposta”<sup>29</sup>. Daí podia decorrer uma espécie de ação chamada *graphè paranomon* a ser julgada pela Heliastia<sup>30</sup> ou Tribunal dos Heliastas, um tribunal popular<sup>31</sup>, permitindo “que alguém fosse alvo de um processo por ter feito uma proposta contrária à constituição”<sup>32</sup>. Podia resultar a anulação da lei<sup>33</sup> (a qualquer tempo), bem assim penas que iam desde a multa até a morte (no prazo de um ano da aprovação da lei)<sup>34</sup>. Logo, a *graphè paranomon* moderava a demagogia legislativa<sup>35</sup>.

As decisões eram tomadas erguendo-se as mãos para votar: “Isso supunha, numa assembleia que podia reunir vários milhares de pessoas, uma disciplina extraordinária”<sup>36</sup>. Neste contexto, “o papel do orador era fundamental”<sup>37</sup>, em razão do que Atenas atraía “aqueles que se vangloriavam de ensinar a arte da persuasão”<sup>38</sup>, os chamados sofistas<sup>39</sup> (conceito inicialmente sem a sua ulterior carga pejorativa).

---

26 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 47-48. Também “*bule dos Quinhentos*” (MOSSÉ, *Péricles: o inventor da democracia...*, p. 73).

27 FERREIRA FILHO, *Do processo legislativo...*, p. 46-47.

28 FERREIRA FILHO, *Do processo legislativo...*, p. 44. Quando Antígona reclama ao Rei Creonte o corpo do seu irmão, Polínice, argumenta o seguinte (SÓFOCLES. *Antígona*. Porto Alegre: L&PM, 1999. p. 36): “Nem eu supunha que tuas ordens tivessem o poder de superar as leis não escritas, perenes, dos deuses, visto que és mortal. Pois elas não são de ontem nem de hoje, mas são sempre vivas, nem se sabe quando surgiram”.

29 FERREIRA FILHO, *Do processo legislativo...*, p. 48.

30 MOSSÉ, *Péricles: o inventor da democracia...*, p. 73-74.

31 FERREIRA FILHO, *Do processo legislativo...*, p. 48.

32 Nota de Leão à *Constituição dos atenienses...*, p. 68.

33 Mauro Cappelletti aponta a *graphè paranomon* como precedente (talvez o mais antigo) do próprio controle de constitucionalidade (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 49-51).

34 FERREIRA FILHO, *Do processo legislativo...*, p. 48.

35 FERREIRA FILHO, *Do processo legislativo...*, p. 48. No mesmo sentido, nota de Leão à *Constituição dos atenienses...*, p. 68-69. Teria sido utilizada pela primeira vez, de forma clara, em 415 a.C., mas foi suspensa em 411 e 404 a.C., para facilitar a derrubada da democracia (nota de Leão à *Constituição dos atenienses...*, p. 95).

36 MOSSÉ, *Péricles: o inventor da democracia...*, p. 71.

37 MOSSÉ, *Péricles: o inventor da democracia...*, p. 72.

38 MOSSÉ, *Péricles: o inventor da democracia...*, p. 72.

39 MOSSÉ, *Péricles: o inventor da democracia...*, p. 72.

Na pólis ateniense, a maioria das magistraturas, ou seja, cargos públicos em sentido amplo, era preenchida por meio de sorteio, “uma espécie de loteria”<sup>40</sup>, com algumas exceções, como os estrategos (gerais) e os tesoureiros militares e dos teatros:

Todos os funcionários da administração ordinária são tirados à sorte, com exceção do tesoureiro dos fundos do exército e dos tesoureiros do fundo teatral, bem como o responsável pelo serviço de águas; estes magistrados são escolhidos por eleição direta e, uma vez designados, ocupam o cargo de um festival das Panateneias até à realização de outro festival. [o que significa um provável período anual] Todos os cargos militares são também preenchidos por eleição direta.<sup>41</sup>

Assim, “os cidadãos que poderiam ser eleitos detinham a mesma chance de ser escolhidos”<sup>42</sup>, de modo que “um cidadão comum tinha uma boa chance de ser escolhido por essa loteria pelo menos uma vez na vida para servir como o funcionário mais importante a presidir o governo”<sup>43</sup>.

Na mesma lógica de coisas, o Conselho dos Quinhentos também era “tirado à sorte, cinquenta membros por cada tribo”<sup>44</sup>. Aliás, ainda no mesmo sentido, Claude Mossé também anota: “E como não se podia ocupar esse cargo mais de duas vezes, grande número de cidadãos podia chegar até ele”<sup>45</sup>.

O sorteio era a técnica democrática de escolha porque conferia igualdade de chances aos cidadãos, considerados iguais: “O autor da *Constituição de Atenas* não fala de pobres nem de ricos. O que ele questiona é antes o caráter aleatório do sorteio. A ideia, porém, está subjacente”<sup>46</sup>. Por sua vez, “Aristóteles sabia muito bem que a eleição em si, no seu próprio conceito, não é um procedimento democrático, mas sim aristocrático: é uma escolha e, como tal, não se justifica senão como escolha ‘dos melhores’, de um homem ou de um partido como melhor do que outro”<sup>47</sup>.

---

40 DAHL, *Sobre a democracia...*, p. 22.

41 ARISTÓTELES, *Constituição dos atenienses...*, p. 90.

42 DAHL, *Sobre a democracia...*, p. 22.

43 DAHL, *Sobre a democracia...*, p. 22.

44 ARISTÓTELES, *Constituição dos atenienses...*, p. 90-91.

45 MOSSÉ, *Péricles: o inventor da democracia...*, p. 73.

46 MOSSÉ, *Péricles: o inventor da democracia...*, p. 135.

47 BOVERO, *Contra o governo dos piores...*, p. 31.

Constam do conceito de constituição de Aristóteles os dois aspectos que permitem avaliar a natureza dos regimes de governo: não se limita à simples descrição das constituições gregas de então. Propõe tipologia dos regimes com dois cortes, um quantitativo, outro qualitativo (em que há juízo de valor, segundo o governo busque ou não o melhor para a comunidade – o “bem comum”)<sup>48</sup>:

| Quantos governam | Bem comum<br>(formas puras)       | Bem próprio<br>(formas corrompidas) |
|------------------|-----------------------------------|-------------------------------------|
| Um               | Monarquia                         | Tiranía                             |
| Poucos           | Aristocracia                      | Oligarquia                          |
| Todos            | <i>Politeia</i><br>(“democracia”) | Democracia<br>(“demagogia”)         |

Na *politeia*, todos governam para o bem comum: identificam o que os unem e governam para realizar o bem naquilo que têm em comum. Na demagogia, todos governam, mas não para o bem comum: todos competem para realizar os respectivos bens particulares, um modelo insuflado e corrompido por sofistas, ou seja, demagogos. Essa antiga distinção ajuda a compreender a diferença entre vontade geral e vontade de todos de Jean-Jacques Rousseau<sup>49</sup>.

Michelangelo Bovero sustenta que Aristóteles parece preferir a *politeia* como “uma mistura e uma harmonização dos aspectos positivos, ou das características menos negativas, de dois regimes em si corrompidos, a democracia e a oligarquia”<sup>50</sup>. Uma abordagem que encontrará explicação mais clara em Políbio.

Os antigos viam nas formas puras “o germe da degenerescência e corrupção”<sup>51</sup>. Daí a solução de Políbio, “que tende a considerar como forma

48 Cf. *A política*, 1279a33 a 1279b10.

49 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 37-38. A melhor tradução para o excerto de Rousseau que aqui importa é a seguinte: “Se, quando o povo suficientemente informado delibera, os cidadãos não tinham comunicação alguma entre si, do grande número de pequenas diferenças resultaria sempre a vontade geral e a deliberação seria sempre boa. Mas, quando surgem cambalachos (*brigues*), associações parciais em detrimento da grande, a vontade de cada uma dessas associações se torna geral em relação a seus membros e particular em relação ao Estado: pode-se então dizer que não há tantos votantes quantos homens mas somente quantas associações” (FERREIRA FILHO, *Do processo legislativo...*, p. 70).

50 BOVERO, *Contra o governo dos piores...*, p. 140.

51 FERREIRA FILHO, *Do processo legislativo...*, p. 134.



de governo distinta e autônoma a que resulta das três formas simples retas e que, como tal, será denominada ‘governo misto’ pela tradição sucessiva”<sup>52</sup>, aliás, como se vê na citação *supra* de Cícero por Charles Howard McIlwain.

O governo moderado é o cerne do Capítulo VI do Livro XI de *O espírito das leis*, e Montesquieu elogia experiências do mundo antigo, inclusive a República Romana enquanto exemplo de governo misto<sup>53</sup>: o Consulado remete à monarquia, o Senado remete à aristocracia e os Comícios da plebe remetem à democracia.

Carl Schmitt explica a relação entre Povo e Senado da Roma Republicana pela distinção entre poder e autoridade:

ao Poder [...] correspondem conceitos como soberania e majestade; autoridade, ao contrário, significa um prestígio essencialmente baseado no elemento da *continuidade* e contém uma referência à tradição e permanência. A contraposição clássica encontra-se também para isso no Direito político de Roma: o Senado tinha *autoritas*; do Povo, ao contrário, desprendem-se *potestas* e *imperium*.<sup>54</sup>

Charles Howard McIlwain confirma esta leitura sobre os antigos ao analisar a sigla SPQR (*Senatus Populusque Romanus*: “o Senado e o povo romano”). Volta a citar Cícero, agora no seu *De Legibus*: “*potestas in populo, auctoritas in senatu*” e explica que a diferença constitucional e a inter-relação entre o Senado e o Povo seriam aproximadamente análogas às que-las existentes entre um moderno “governo” inglês e o Parlamento inglês<sup>55</sup>. Enfatiza a teoria romana da Constituição: “O povo, e o povo sozinho, é a fonte de todo o Direito”. E acrescenta: “SPQR significa senado e *populus*, não senado e qualquer assembleia, ainda que mais ou menos representativa do povo”<sup>56</sup>.

Também Robert Dahl atesta similitude entre o que o pensamento grego antigo denominava *politeia* (democracia) e o que o pensamento romano antigo denominava república. Eram tão similares – inclusive no que toca à deliberação popular direta – que Dahl corrige afirmação de Madison no

52 BOVERO, *Contra o governo dos piores...*, p. 141.

53 MONTESQUIEU, *O espírito das leis...*, p. 123-124.

54 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2003. p. 93.

55 McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern...*, p. 30.

56 McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern...*, p. 30.

*Federalista* n. 10 no sentido de que a democracia seria direta e a república seria representativa. Em verdade, o constitucionalismo antigo era, em ambos os casos, grego e romano, democracia (grega) e república (romana), uma democracia direta<sup>57</sup>. “Roma não conheceu a representação política”<sup>58</sup>. A representação é própria do constitucionalismo moderno que, nem por isso, deixará de ser democrático. Em verdade, resulta um novo modelo de democracia, a “democracia representativa”, segundo fórmula de John Stuart Mill, já em meados do século XIX<sup>59</sup>.

## 1.2 CONSTITUCIONALISMO MEDIEVAL

A Idade Média não conheceu um Estado nos moldes daquele concebido pela modernidade. Caracterizava-se pelo feudalismo, ou seja, o reino, enquanto propriedade do Rei, era sucessivamente dividido em feudos confiados a senhores feudais que mantinham pactos pessoais recíprocos de lealdade e fidelidade, em toda uma cadeia de suseranos e vassalos convergente ao Rei.

Ao contrário do que algumas vezes se pensa, a Idade Média não foi um período de obscurantismo cultural, mas, sim, um período em que muitas das instituições e práticas atuais amadureceram a partir da experiência da antiguidade.

Charles Howard McIlwain toma em consideração a obra de Henry of Bracton acerca das leis e dos costumes ingleses, que ele considera “o maior dos livros medievais sobre Direito inglês e constitucionalismo, se não sobre o Direito de qualquer nação europeia”<sup>60</sup>. Enfatiza a influência do Direito romano, “não tanto esta ou aquela regra, mas um método de raciocinar sobre o Direito, de perceber a interdependência das regras, de fazê-las tomar lugar como componentes de um corpo”<sup>61</sup>. McIlwain destaca, dentre as proposições de Bracton, aquela segundo a qual o Rei medieval tem um superior não apenas em Deus e no Direito que o faz soberano, mas, também, na *curia*, ou seja, nos condes e barões que lhes são associados: “E quem tem um associa-

57 DAHL, *Sobre a democracia...*, p. 26-27.

58 BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo...*, p. 8.

59 MILL, John Stuart. *Do governo representativo*. São Paulo: Ibrasa, 1995. p. 28.

60 McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern...*, p. 42.

61 McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern...*, p. 43.

do tem um senhor”<sup>62</sup>. Assim, o Rei medieval não estava acima do Direito; ao contrário, era subordinado ao Direito.

Então, McIlwain distingue *gubernaculum* e *iurisdictio*<sup>63</sup>.

O *gubernaculum* é a prerrogativa real, uma função de última instância, irresponsável em si mesma, mas apenas em si mesma<sup>64</sup>. McIlwain destaca, dentre os poderes discricionários da Coroa, a manutenção da paz, como também seria o caso, transpondo para os tempos modernos, das relações exteriores<sup>65</sup>.

Por sua vez, definições sobre direito compartilham o caráter de costume imemorial e, “desde que tenham sido aprovadas pelo consentimento daqueles que delas fazem uso e confirmadas pelo juramento dos reis, ninguém pode modificá-las ou destruí-las sem o consentimento comum de todos aqueles com cujo conselho e consentimento foram promulgadas”<sup>66</sup>.

Assim, a *iurisdictio* é bem demonstrada pelo trabalho dos juízes do Rei: eram indicados por ele, atuavam em seu nome, mas estavam obrigados por juramento a determinar os direitos do súdito segundo o Direito, não segundo a vontade do Rei<sup>67</sup>. Aliás, as Cortes reais produziam precedentes cuja reiterada observância originou o *stare decisis*<sup>68</sup>. “Quando o Rei João substituiu este Direito por sua vontade, processando pela força vassalos cujo erro não estava judicialmente provado, o resultado foi a guerra civil e a Magna Carta”<sup>69</sup>.

A começar pela Magna Carta, de 1215, o século XIII foi essencial para o constitucionalismo: “Dessa época em diante, pode-se afirmar que, com exceção de breves intervalos excepcionais, a limitação dos poderes reais não decresce jamais na Grã-Bretanha”<sup>70</sup>.

---

62 McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern...*, p. 43.

63 McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern...*, p. 47.

64 McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern...*, p. 48.

65 McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern...*, p. 51.

66 McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern...*, p. 50.

67 McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern...*, p. 52. No mesmo sentido: MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad...*, p. 124.

68 “Na Inglaterra, desde o século XII, os juízes itinerantes do rei ‘diziam’ em seu nome a justiça nos diferentes tribunais, procedendo assim à unificação dos diferentes costumes e à elaboração do *common law* [...]” (MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad...*, p. 32)

69 McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern...*, p. 52.

70 RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Introducción al derecho constitucional comparado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 193.

Em 1215, o Rei João Sem Terra foi obrigado a outorgar a Magna Carta aos seus barões, documento que traz a origem de alguns dos princípios fundamentais do atual direito público inglês. Por exemplo, “da afirmação de que se o rei desejasse tributos excedentes aos pactuados deveria concedê-los o *Magnum Concilium*, derivou-se o princípio da autotaxação dos cidadãos através dos deputados com assento na Câmara dos Comuns”<sup>71</sup>. O *Magnum Concilium* era formado pelos altos feudatários laicos e eclesiásticos. Com o tempo, passaram a ser convidados às reuniões representantes dos condados e das cidades para assegurar que os tributos aprovados pela assembleia seriam efetivamente suportados por todos os cidadãos livres<sup>72</sup>.

Em 1265, um poderoso feudatário, Simon de Montfort, “reuniu o Parlamento contra a vontade do Rei Henrique III e convocou, também, dois cavaleiros de cada condado e dois representantes de cada cidade”<sup>73</sup>, sendo considerado o “pai da Câmara dos Comuns”<sup>74</sup>.

Tão relevante foi esse episódio que é recordado nas cores da *House of Commons* e da *House of Lords*: verde e azul, os comuns e os nobres de “sangue azul”<sup>75</sup>. Essa antiga tradição é celebrada em outros parlamentos bicamerais da experiência comparada, inclusive no Congresso Nacional brasileiro e em eventuais parlamentos estaduais bicamerais, como se dá nos Estados Unidos<sup>76</sup>.

Então, em 1295, o rei Eduardo I consolidou o procedimento, “utilizando convocações diretas e pessoais para os membros dos primeiros dois *estados* (*nobreza e clero*) e convocatórias por meio de representantes relativamente ao *terceiro estado*”<sup>77</sup> (o que alguns chamam “Parlamento

---

71 RUFFÌA, *Introducción al derecho constitucional comparad...*, p. 193. “Porém, seria um erro histórico ver nela [Magna Carta], ainda que fosse só por aproximação, algo análogo a uma Constituição moderna liberal ou democrática” (SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Ariel, 2003. p. 68). Isso porque a Magna Carta veio em favor apenas da aristocracia feudal, não do povo em geral (SCHMITT, *Teoría de la Constitución...*, p. 68).

72 RUFFÌA, *Introducción al derecho constitucional comparad...*, p. 193.

73 RUFFÌA, *Introducción al derecho constitucional comparad...*, p. 193-194.

74 RUFFÌA, *Introducción al derecho constitucional comparad...*, p. 194.

75 *House of Commons Green*. London: House of Commons, 2010. p. 2-3. Vide: <<https://www.parliament.uk/globalassets/documents/parliaments-role/g10.pdf>>. “Este ótimo sistema foi encontrado na floresta” (MONTESQUIEU, *O espírito das leis...*, p. 124).

76 Nos Estados Unidos, apenas Nebraska possui uma única Casa parlamentar estadual (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Ariel, 1986. p. 247).

77 RUFFÌA, *Introducción al derecho constitucional comparad...*, p. 194. Eduardo I é lembrado pelo seu embate com William Wallace, herói nacional da Escócia.

modelo”<sup>78</sup>). Trata-se de um modelo eleitoral distrital e majoritário (*first past the post*), mantido em suas linhas gerais no Reino Unido até o presente (confirmado em consulta popular realizada em 5 de maio de 2011<sup>79</sup>).

Representativa do pensamento medieval é a *Suma teológica* de S. Tomás de Aquino. Aponta a seguinte hierarquia de leis: (i) a lei eterna, ou seja, o próprio Deus<sup>80</sup>; (ii) a lei Divina, parte da lei eterna revelada ao ser humano<sup>81</sup>; (iii) a lei natural, “participação da lei eterna na criatura racional”<sup>82</sup>; e (iv) a lei humana, que traz “disposições particulares descobertas segundo a razão humana”<sup>83</sup>. Lógico, a lei humana deve ser conforme à lei natural, que – por sua vez – reflete a lei divina, que – por fim – é conforme à lei eterna.

É verdade que S. Tomás ensina: “O príncipe se diz isento da lei quanto à força coativa da lei; com efeito, ninguém é propriamente coagido por si mesmo; a lei não tem força coativa a não ser em virtude do poder do príncipe”<sup>84</sup>. Porém, S. Tomás explica que a eventual “dispensa [de observância à lei] importa propriamente na comensuração de algo comum aos singulares”<sup>85</sup>. Em síntese, é preciso que a dispensa atenda ao bem comum. Então, S. Tomás conclui: “Se, porém, sem esta razão e somente pela vontade der a licença, não será fiel na dispensa, ou será imprudente: infiel, certamente, se não tem a intenção do bem comum; imprudente, porém, se ignora a razão da dispensa”<sup>86</sup>.

Charles Howard McIlwain identifica no modelo medieval um defeito fundamental: “Residia no abandono de qualquer sanção efetiva acerca dos

---

78 RUFFIÀ, *Introducción al derecho constitucional comparad...*, p. 194.

79 Vote 2011: UK rejects alternative vote. In: <<https://www.bbc.com/news/uk-politics-13297573>>.

80 AQUINO, S. Tomás de. *Suma teológica*. São Paulo: Loyola, v. 4, 2005. p. 529 (Questão 91, Artigo 1).

81 AQUINO, *Suma teológica...*, p. 535 (Questão 91, Artigo 4). Importa destacar o seguinte excerto: “[...] porque o homem se ordena ao fim da bem-aventurança eterna, que excede a proporção da potência natural humana [...], assim foi necessário que, acima da lei natural e humana, fosse dirigido também a seu fim pela lei divinamente dada”.

82 AQUINO, *Suma teológica...*, p. 531 (Questão 91, Artigo 2). Participação que, no caso da criatura racional, acontece “de um modo mais excelente, enquanto a mesma se torna participante da providência, provendo a si mesma e aos outros” (AQUINO, *Suma teológica...*, p. 531).

83 AQUINO, *Suma teológica...*, p. 533 (Questão 91, Artigo 3).

84 AQUINO, *Suma teológica...*, p. 592 (Questão 96, Artigo 5). A propósito, vide FERREIRA FILHO, *Do processo legislativo...*, p. 56.

85 AQUINO, *Suma teológica...*, p. 602 (Questão 97, Artigo 4).

86 AQUINO, *Suma teológica...*, p. 602-603 (Questão 97, Artigo 4). A propósito, vide FERREIRA FILHO, *Do processo legislativo...*, p. 56.

limites legais à vontade arbitrária de um único indivíduo”<sup>87</sup>, o que dependia de um “monstro raro”, qual seja, “um príncipe temente a Deus”<sup>88</sup>.

O modelo de Estado próprio à Idade Média cede lugar a uma compreensão nova – “moderna” – de Estado, já na referência clássica à *forma de governo* constante da primeira frase de *O Príncipe*, de Nicolau Maquiavel, obra do início do século XVI: “Todos os Estados, todos os domínios que tiveram e que têm império sobre os homens, foram e são repúblicas ou principados”<sup>89</sup>.

Supera-se a compreensão do reino como propriedade privada do Rei, mas, ao mesmo tempo, o poder do Estado – agora soberano e nacional – é reforçado, porque não mais depende da frágil rede de pactos pessoais recíprocos de lealdade e fidelidade entre suseranos e vassallos convergente ao Rei:

[...] O advento do Estado soberano rompe esta longa cadeia, esta complexa série de mediações em que se articula o poder, este sistema hierárquico que continha em uma ordem vertical os distintos estamentos e classes, desde o rei até o súdito mais humilde, deixando um espaço vazio entre o primeiro, que mira cada vez mais a onipotência ou o monopólio político, e o segundo, cada vez mais só e desarmado, reduzido à sua esfera privada.<sup>90</sup>

Abre-se, então, o caminho para o Absolutismo, ou seja, a compreensão segundo a qual o poder viria de Deus de modo direto ao Rei, sem a intermediação dos súditos, o que não corresponde à tradição medieval<sup>91</sup>. Seus doutrinadores clássicos são Jean Bodin<sup>92</sup>, na França, e Thomas Hobbes<sup>93</sup>, na

---

87 McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern...*, p. 55.

88 McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern...*, p. 55.

89 MACHIAVELI, Niccolò. *Il Príncipe*. Torino: Einaudi, 1961. p. 3.

90 MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad...*, p. 41.

91 “A supremacia do Direito nunca foi tão firmemente sustentada quanto na Idade Média. Tal certamente decorre do predomínio da cosmovisão cristã entre filósofos, governantes e governados. De fato, a crença em Deus criador e ordenador de todas as coisas marcava em todos os campos a ideia da superioridade absoluta da Lei divina, fundamentalmente justa.” (FERREIRA FILHO, *Do processo legislativo...*, p. 53)

92 BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006. Note-se: para Bodin, “monarca real é aquele que se mostra tão obediente às leis da natureza como ele quer que o sejam seus súditos a ele, deixando a liberdade natural e a propriedade dos bens a cada um” (BODIN, *Los seis libros de la República...*, p. 97). Considera tirânico o monarca que, “atropelando as leis naturais, abusa da liberdade dos súditos livres como se fossem seus escravos e dos bens alheios como dos seus” (BODIN, *Los seis libros de la República...*, p. 99). No entanto, afirma “que o súdito jamais está autorizado a atentar contra o seu príncipe soberano, por perverso e cruel tirano que seja. É lícito não obedecê-lo em nada contrário à lei de Deus ou da natureza e, em tal caso, fugir, esconder-se, evitar os castigos, sofrer a morte, antes que atentar contra a sua vida ou honra” (BODIN, *Los seis libros de la República...*, p. 106).

93 HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2008. p. 193-209. Manoel Gonçalves Ferreira Filho compara: “Como a Bodin, o horror à anarquia o faz colocar acima de tudo a autoridade”. Por outro lado, “para

Inglaterra. Foi nesse momento em que o Rei pretendeu-se acima do Direito, logo, absoluto. A reação veio com as Revoluções Liberais.

### 1.3 CONSTITUCIONALISMO MODERNO

O constitucionalismo que nasce com as Revoluções Liberais afastou e preveniu Reis que se pretendiam absolutos, ou seja, acima do Direito. Para tanto, limitou-lhes o poder, mormente pela Doutrina dos Direitos Fundamentais e pela separação dos poderes, segundo receita expressa do art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (“Toda sociedade em que a garantia dos Direitos não esteja assegurada, nem a separação dos Poderes determinada, não tem Constituição”).

Merece destaque o fato revolucionário a distinguir as Idades Média e Moderna, qual seja, a tomada de consciência de um novo poder, o de “fazer” leis: “Antes, a escassa atividade legislativa entendia-se como simples declaração do direito, de acordo e integrado com as normas consuetudinárias; agora, ao contrário, aparece uma concepção voluntarista ou decisionista do direito [...] porque *autoritas, non veritas facit legem*”<sup>94</sup>.

Note-se que a conhecida frase com que Montesquieu inicia *O espírito das leis* reflete a antiga tradição: “As leis, no seu sentido mais amplo, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas [...]”<sup>95</sup>.

Só mais recentemente essa compreensão foi superada. Carl Schmitt registra o muito longo arco histórico em que perdurou:

A burguesia, em luta por sua liberdade e seu Estado de Direito, adotou aqui um conceito de lei que descansa em uma velha tradição europeia e que passou, desde a filosofia grega, à Idade Moderna, através da Escolástica: Lei não é vontade de um ou de muitos homens, mas uma coisa geral e racional; não *voluntas*, mas *ratio*.<sup>96</sup>

---

Hobbes, o comando do soberano é a lei, independentemente do seu conteúdo, porque se tem de presumir a justiça deste, porque a razão individual não está à altura de, imparcialmente, determinar o que é justo ou não, de onde decorreria, se aos súditos se deixasse a apreciação do núcleo da lei, o restabelecimento da guerra de todos contra todos” (FERREIRA FILHO, *Do processo legislativo...*, p. 63).

94 MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad...*, p. 33.

95 MONTESQUIEU, *O espírito das leis...*, p. 3.

96 SCHMITT, *Teoría de la Constitución...*, p. 151.

Nicola Matteucci considera o constitucionalismo moderno como o momento máximo de criatividade das ideias e soluções constitucionais: inicia-se com a Revolução Gloriosa, de 1688-1689, prossegue com a Revolução Americana, de 1776, e chega à Revolução Francesa, de 1789. Afirma, inclusive, que, depois, “teremos apenas uma imitação dos grandes modelos (inglês, francês, americano) ou simples variações em temas que têm já a sua gramática bem consolidada”<sup>97</sup>.

A primeira Revolução Liberal foi a Gloriosa, inglesa, de 1688-1689. Jaime II, católico,

queria devolver a Inglaterra ao catolicismo romano e, para isso, tinha mobilizado um exército de trinta mil homens, sob comando de oficiais católicos, havia dissolvido o Parlamento (julho de 1688), havia nomeado para importantes cargos sempre elementos católicos e restabelecido a Alta Comissão para impor a própria vontade à Igreja anglicana.<sup>98</sup>

O nascimento de um herdeiro “havia feito impossível uma solução legal” em favor da filha de Jaime II, Maria, esposa de Guilherme de Orange<sup>99</sup>. Com a escalada do conflito, Jaime II foge da Inglaterra, e o Parlamento inglês escolhe um novo Rei, Guilherme de Orange: “Era derrotado não só o princípio da monarquia de direito divino, mas também a lei consuetudinária que regulava a sucessão ao trono: afirmava-se, assim, a onipotência do Parlamento”<sup>100</sup>. Em síntese, o Parlamento inglês tudo pode, inclusive alterar a Constituição inglesa aprovando uma lei comum.

Na síntese de Paolo Biscaretti di Ruffia, as contribuições inglesas para o constitucionalismo teriam sido as seguintes: (i) a monarquia constitucionalmente limitada<sup>101</sup>; (ii) a irresponsabilidade do Chefe de Estado em novas bases – segundo o Direito Constitucional, não segundo o Direito Divino<sup>102</sup>; (iii) o parlamento bicameral<sup>103</sup>; (iv) a tutela jurisdicional eficaz em favor das liberdades civis essenciais<sup>104</sup>.

---

97 MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad...*, p. 24.

98 MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad...*, p. 143.

99 MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad...*, p. 143.

100 MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad...*, p. 143.

101 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 116.

102 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 116.

103 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 116.

104 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 116-117.



A Revolução Americana tem como marco a Independência das Treze ex-Colônias, em 4 de julho de 1776. Em verdade, é todo um processo que começa antes e que prossegue para depois do 4 de julho. Nicola Matteucci menciona outros marcos temporais, inclusive a Constituição dos Estados Unidos (1787), a primeira Constituição escrita, bem assim o célebre caso *Marbury v. Madison* (1803), quando, pela primeira vez, uma lei do Congresso Americano veio a ser declarada inconstitucional<sup>105</sup>. Em suma, a polêmica contra a Inglaterra acontece em face de duas diretrizes: “A de um legislativo limitado pelos direitos que os americanos tinham como ingleses, e aquela outra, potencialmente federalista, de uma *Commonwealth* de nações livres, cada uma com suas assembleias, com um Parlamento em Londres que tratava somente das questões mais gerais”<sup>106</sup>. No que se refere ao *Bill of Rights* da Constituição americana (composto pelas dez primeiras Emendas à Constituição de 1787): “Para todos os efeitos práticos, o *Bill of Rights* é parte da Constituição original. De toda sorte, as emendas provaram ser um verdadeiro maná de ampliação dos direitos necessários a uma ordem democrática”<sup>107</sup>.

Paolo Biscaretti di Ruffia assim sintetiza as contribuições americanas: (i) a estrutura federal de Estado<sup>108</sup>; (ii) uma aplicação particularmente rígida do princípio da divisão dos poderes<sup>109</sup>; (iii) o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis<sup>110</sup>. Também merecem destaque outras duas contribuições: (iv) a Constituição é tratada “com algo da reverência que um dia esteve reservada à palavra de Deus”<sup>111</sup>, ou seja, nas palavras de Thomas Paine, “uma Bíblia política”<sup>112</sup>; e isso sem prejuízo de (v) revisões para evitar “a tirania dos mortos sobre os vivos”, segundo sustentava Thomas Jefferson<sup>113</sup>.

Por fim, a Revolução Francesa. A morte de Luís XIV, em 1715, “permitiu às instituições francesas tradicionais reivindicar antigos direitos e rea-

---

105 MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad...*, p. 161-170.

106 MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad...*, p. 163.

107 DAHL, Robert. *How democratic is American Constitution?* 2. ed. New Haven & London: Yale University Press, 2003. p. 27.

108 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 118-119.

109 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 119.

110 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 119.

111 MARKOFF, John. *Olas de democracia. Movimientos sociales e cambio político*. Madrid: Tecnos, 1999. p. 128.

112 MARKOFF, *Olas de democracia...*, p. 128-129.

113 MARKOFF, *Olas de democracia...*, p. 129.

lizar novas petições”<sup>114</sup>. Pensadores franceses projetam constituir um único grande parlamento para a França, “destinado a concorrer com o monarca na formação das leis”<sup>115</sup>. Vale lembrar que os Estados Gerais franceses não se reuniam há quase dois séculos quando foram convocados, por Luís XVI, em 1788<sup>116</sup>. Foram inaugurados em 5 de maio. Em 17 de junho, foi proclamada a Assembleia Nacional. Em 9 de julho, veio a Assembleia Constituinte, no que “se manifestou a aliança entre o terceiro estado e os Parlamentos contra o despotismo ministerial”<sup>117</sup>. É desse momento a doutrina do poder constituinte, de Sieyès<sup>118</sup>. Nicola Matteucci conta que dois “problemas frearam o início dos trabalhos da Assembleia Constituinte, mostrando, pela primeira vez, a profunda divisão interna do terceiro estado”, quais sejam, “o bicameralismo e o veto real, por um lado; e a Declaração de direitos, por outro”<sup>119</sup>. A solução do primeiro problema passa pela influência de Montesquieu, especialmente no que se refere ao governo moderado<sup>120</sup>. A solução do segundo vem com a afirmação de direitos anteriores e superiores ao Estado, limitando o poder do Estado em favor do indivíduo, o que se dá em diálogo com a então recente experiência americana relativamente às dez primeiras Emendas à Constituição de 1787<sup>121</sup>.

Paolo Biscaretti di Ruffia resume nos seguintes pontos as contribuições francesas: (i) a elaboração dogmática e com dimensão universal do princípio da divisão dos poderes<sup>122</sup>; (ii) a elaboração doutrinária dos direitos públicos subjetivos dos cidadãos<sup>123</sup>; (iii) a afirmação expressa do princípio da soberania nacional<sup>124</sup>. Merece destaque uma última contribuição: (iv) a prática de “adornar cada alteração notável da organização do poder com um novo texto escrito”<sup>125</sup>.

---

114 MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad...*, p. 217.

115 MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad...*, p. 217.

116 MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad...*, p. 224.

117 MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad...*, p. 226.

118 MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad...*, p. 227-229.

119 MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad...*, p. 229.

120 MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad...*, p. 230-233.

121 MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad...*, p. 242-244.

122 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 117-118.

123 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 118.

124 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 118.

125 MARKOFF, *Olas de democracia...*, p. 128.

Alexis de Tocqueville, ao comparar os constitucionalismos americano e francês, explica a razão de existir controle de constitucionalidade confiado aos juízes americanos, mas não aos franceses. Sendo a Constituição de 1787 passível de modificação pelo Congresso Americano, o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis não transfere poder constituinte à magistratura. Por outro lado, na França de então (século XIX), os textos constitucionais que se sucederam não admitiam modificação ou eram muito difíceis de emendar. Assim, “o poder constituinte estaria realmente nas suas mãos [*dos juízes*], pois somente eles teriam o direito de interpretar uma constituição da qual ninguém poderia modificar os termos”<sup>126</sup>.

Exposição didática sobre a influência das Revoluções Liberais no Direito Comparado é feita por Paolo Biscaretti di Ruffia. Menciona dez ciclos, divididos em dois grandes períodos que se distinguem: (i) o primeiro, do constitucionalismo clássico, de 1787 até 1918, cujos cinco ciclos se sucedem em uma marcha progressiva do constitucionalismo<sup>127</sup>; (ii) o segundo, do constitucionalismo mais recente, “assinalado por textos inspirados em concepções políticas notoriamente distintas”, também com cinco ciclos que, no entanto, em boa medida, sobrepõem-se no tempo<sup>128</sup>.

Sobre o primeiro período de cinco ciclos:

- (i) Constituições revolucionárias do século XVIII (1776 a 1799): inicia-se com a Declaração de Independência, de 1776, passa pelos Artigos da Confederação, de 1777, e culmina com o primeiro texto constitucional moderno, a Constituição Americana de 1787<sup>129</sup>. Repercutiu a partir da segunda metade do século XIX na América Latina<sup>130</sup>. No que se refere à França, é deste ciclo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, depois incorporada à Constituição de 1791<sup>131</sup> (que inspirou as seguintes Constituições: espanhola, de 1812; norueguesa, de 1814; e italiana, de 1821<sup>132</sup>). Seguiram-se as duas Constituições de 1793, que não

---

126 TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. 4. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998. p. 84. Por outro lado, a Constituição francesa vigente, de 1958, sofreu reforma, em 2008, tendo sido introduzido mecanismo repressivo de controle da constitucionalidade, a questão prioritária de constitucionalidade: o Conselho de Estado e a Corte de Cassação podem provocar o Conselho Constitucional a se manifestar relativamente a uma disposição legislativa em face dos direitos e liberdades afirmados pela Constituição.

127 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 503.

128 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 504.

129 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 505.

130 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 506.

131 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 506.

132 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 506.

conheceram prática, uma girondina, de fevereiro, e outra jacobina, de junho, que enunciou, pela primeira vez, direitos sociais (ao trabalho e à educação)<sup>133</sup>. Por fim, a Constituição do Diretório, de 1795, “com sua fórmula singular de governo colegiado”, cujo modelo foi aplicado às repúblicas criadas pelo exército revolucionário: Itália, Holanda e Suíça (que ainda segue o modelo)<sup>134</sup>;

- (ii) Constituições napoleônicas (1799 a 1815): a Constituição de 1799 estabelece o Consulado, com três cônsules, tendo Napoleão a qualidade de primeiro; segue-se o Senado-consulta, de 1802, com Napoleão feito cônsul vitalício; então, em 1804, é estabelecido o Império<sup>135</sup>. As artimanhas de Napoleão serviram de inspiração a regimes autoritários: (a) eleições substituídas por designações; e (b) multiplicação de assembleias parlamentares com o intuito de debilitá-las<sup>136</sup>. Assim: (b.1) o Conselho de Estado preparava as leis; (b.2) o Tribunado discutia as leis, mas não as votava; (b.3) o Conselho Legislativo votava as leis, mas não as discutia; (b.4) o Senado controlava-lhes unicamente a constitucionalidade; e (b.5) o Executivo era forte, apoiado em consultas populares<sup>137</sup>. Esse modo de atuação do Senado remete ao “projeto de ‘júri constitucional’ elaborado por Sieyès, sem dúvida influenciado pela argumentação de Alexander Hamilton”<sup>138</sup>. Por outro lado, são legados desse ciclo: (a) o Conselho de Estado, até hoje funcional na França (e replicado em outros textos constitucionais, aí incluída a Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824); (b) o Código Civil; (c) a criação de juízes de carreira independentes frente ao Executivo; e (d) a igualdade entre os cidadãos<sup>139</sup>;
- (iii) Constituições legitimistas da restauração (1815 a 1830): com a queda de Napoleão, algumas monarquias foram restabelecidas, porém, não mais eram absolutas, mas, sim, limitadas, “primeiro como monarquias constitucionais puras e, depois, como parlamentares”. A igualdade entre os cidadãos foi preservada<sup>140</sup>;

---

133 RUFFÌA, *Introducción al derecho constitucional comparado*..., p. 506.

134 RUFFÌA, *Introducción al derecho constitucional comparado*..., p. 507.

135 RUFFÌA, *Introducción al derecho constitucional comparado*..., p. 507.

136 RUFFÌA, *Introducción al derecho constitucional comparado*..., p. 507.

137 RUFFÌA, *Introducción al derecho constitucional comparado*..., p. 508. No mesmo sentido: LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*..., p. 83-84.

138 FAVOREU, *Droit constitutionnel*..., p. 241.

139 RUFFÌA, *Introducción al derecho constitucional comparado*..., p. 508.

140 RUFFÌA, *Introducción al derecho constitucional comparado*..., p. 508-509.

- (iv) Constituições liberais (1830 a 1848): impulsionadas porque o legitimismo não deixou satisfeita a burguesia<sup>141</sup>. Na Grã-Bretanha, o sufrágio é “notavelmente” ampliado<sup>142</sup>. Quando a Bélgica separou-se da Holanda, o povo chamou espontaneamente uma nova dinastia, mas ficou definido que a soberania era da Nação e o rei somente teria os poderes que lhe fossem atribuídos; as câmaras eram eletivas e o parlamentarismo foi implantado<sup>143</sup>. O Estatuto Albertino é deste período<sup>144</sup>;
- (v) Constituições democráticas (1848 a 1919): o voto é ampliado até a universalização<sup>145</sup>. São deste período as três leis constitucionais francesas, de 1875, que “regeram o país até a reforma autoritária efetuada pelo marechal Petain em 1940, depois da firma do armistício com a Alemanha nacionalsocialista”<sup>146</sup>. Também é deste ciclo o *Parliament Act*, de 1911, que reduziu as atribuições da *House of Lords* inglesa; o sufrágio masculino universal veio em 1918, “o que foi finalmente estendido a todas as mulheres em 1928”<sup>147</sup>.

Sobre o segundo período de cinco ciclos:

- (i) Constituições democráticas racionalizadas (1919 a 1937): “Seu êxito prático não resultou particularmente brilhante”<sup>148</sup>. Com o fim da I Guerra Mundial, desapareceram vários grandes Impérios, “o que deu lugar à formação de numerosos pequenos Estados nacionais, que surgiram das suas ruínas, Estados que adotaram geralmente governos republicanos de democracia radical”<sup>149</sup>. Compõe esse ciclo, por exemplo, as Constituições dos seguintes países: da Alemanha, de 1919; da Áustria, de 1920; e da Espanha, de 1931<sup>150</sup>. Buscaram “racionalizar”, em especial, o sistema de governo parlamentar<sup>151</sup>. Aqui, Ruffia expõe a principal crítica a essas Constituições: várias delas foram consideradas “excessivamente teóricas, ou seja, foram mais fruto de elaborações doutrinárias de gabinete do que resultado de apreensões concretas realizadas com apoio nas exigências dos diversos Estados em que deveriam ser aplicadas posteriormente”<sup>152</sup>. Por isso foram

141 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 509.

142 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 509.

143 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 509-510.

144 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 510.

145 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 510.

146 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 510-511.

147 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 511.

148 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 512.

149 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 513.

150 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 513.

151 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 513.

152 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 513.

ditas “Constituições dos professores”, a saber: Preuss, na Alemanha de 1919; Kelsen, na Áustria de 1920; e Posadas, na Espanha de 1931<sup>153</sup>. Por outro lado, Ruffia reconhece que o contexto econômico-social em que vieram não lhes favorecia<sup>154</sup>;

- (ii) Constituições democrático-sociais (1946 aos dias atuais): os esquemas constitucionais clássicos sofrem atualização substancial “e uma racionalização mais equilibrada das respectivas formas de governo parlamentar”<sup>155</sup>. Destacam-se, neste período, e sobretudo como vieram a evoluir, as seguintes Constituições: da Itália, de 1947; da Alemanha, de 1949; da França, de 1958; de Portugal, de 1976; da Espanha, de 1978. Novidade importante é a incorporação de valores constitucionais que buscam proteger a própria democracia. Nessa lógica, é expressivo o art. 1º, § 1º, da Constituição espanhola de 1978: “Espanha constitui-se em um Estado social e democrático de Direito, que propugna como valores superiores de seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político”. Também se insere neste ciclo a Constituição brasileira de 1988, inclusive com norma constitucional que bem sintetiza os valores constitucionais que animam e protegem a democracia brasileira, a saber, o seu art. 17: “É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana [...]”;
- (iii) Constituições autoritárias do entreguerras: este ciclo, em geral, não levou à elaboração de novos textos constitucionais “precisamente em virtude de que os mesmos princípios políticos e jurídicos que estavam em sua base conduziram a uma desvalorização das garantias inerentes às normas formalmente constitucionais”<sup>156</sup>. Em suma, havia “notável separação [...] entre os preceitos escritos e a realidade da vida constitucional”<sup>157</sup>;
- (iv) Constituições socialistas: a queda da União Soviética – e do respectivo bloco de influência no leste europeu – tornou residual esse ciclo, encontrando reminiscência na China e em Cuba. Após a Constituição russa de 1918, foram três textos constitucionais: 1924, 1936 e 1977. No caso soviético, as Constituições eram “reproduções visíveis dos diferentes graus de desenvolvimento, primeiro até a realização do socialismo,

153 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 513.

154 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 513-514. A propósito, confira-se lição de Robert Dahl: “Onde as condições subjacentes são altamente desfavoráveis, é improvável que a democracia venha a ser preservada com qualquer projeto constitucional” (*Sobre a democracia...*, p. 145).

155 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 514.

156 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 514.

157 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 515.

e depois da sociedade comunista”<sup>158</sup>. A Constituição soviética de 1977 exibiu um sistema de governo assembleísta, sem separação de poderes, pois todo o poder seria, em tese, da classe proletária<sup>159</sup>, com proeminência do *Soviet Supremo*, “órgão supremo do poder estatal”<sup>160</sup>. Porém, na prática, em face da “breve duração das sessões parlamentares”, o poder era exercido pela comissão diretora do *Soviet Supremo*: o *Presidium*<sup>161</sup>. Ademais, estruturas estatal e partidária confundiam-se<sup>162</sup>. Por fim, a negação da “doutrina burguesa” da separação dos poderes resulta, “como corolário, a inadmissibilidade, pelos ordenamentos do tipo socialista, de um controle de constitucionalidade que seja exercido por órgãos extra-parlamentares”<sup>163</sup>;

- (v) Constituições adotadas nos Estados do chamado “Terceiro Mundo” (expressão que talvez não seja, hoje, a mais adequada): são textos constitucionais, sobretudo do pós-Segunda Guerra Mundial, “em sua maioria imitados de modelos ocidentais específicos”, o que resulta “uma existência em grande parte teórica ou livresca”, em geral de caráter presidencial<sup>164</sup>. Com efeito, Robert Dahl anota: “Talvez impressionados pela estabilidade e poder americanos, países em desenvolvimento têm muitas vezes adotado alguma versão do sistema presidencial”<sup>165</sup>. A seguir, aconselha: “O intrincado sistema constitucional americano provavelmente não é adequado para exportar a outros países”<sup>166</sup>. Para compreender essas Constituições, não basta a leitura dos respectivos textos: “A pesquisa deveria ser dirigida essencialmente ao funcionamento concreto de suas instituições constitucionais”<sup>167</sup>.

## II – CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO E TIPOLOGIA CONSTITUCIONAL

Charles Howard McIlwain refere diferentes modos de compreender o fenômeno constitucional. Conta, por exemplo, que, em 1792, Arthur Young mencionava, com desprezo, a noção francesa, “como se uma constituição

158 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 515.

159 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 361-362.

160 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 374.

161 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 375-377.

162 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 362. Sobre a reunião, pela primeira vez, das funções formalmente mais elevadas do Partido e do Estado, pouco antes da Constituição de 1977, confira-se: RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 357.

163 CAPPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado...*, p. 32.

164 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 516.

165 DAHL, *How democratic is American Constitution...*, p. 96.

166 DAHL, *How democratic is American Constitution...*, p. 96.

167 RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 516.

fosse um pudim a ser feito segundo uma receita”, enquanto Thomas Paine escrevia, na mesma época, que as recentes Constituições escritas americanas estariam para a liberdade assim como a gramática para a linguagem<sup>168</sup>. Segue mencionando Paine: “Uma constituição não é ato de um governo, mas de um povo constituindo um governo, e um governo sem uma constituição é um poder sem direito”<sup>169</sup>.

Para McIlwain, a visão mais antiga de Constituição foi melhor colocada por Bolingbroke em 1733: “Complexo de leis, instituições e costumes derivados de certos princípios de razão, dirigidos a certos fins de bem público, que compõem o sistema geral de acordo com o qual a comunidade concordou em ser governada”<sup>170</sup>. E considera bom o governo quando “toda a Administração dos negócios públicos é realizada com sabedoria e em estrita conformidade aos princípios e fins da Constituição”<sup>171</sup>. Então, McIlwain aponta a diferença entre a compreensão de Paine e a de Bolingbroke: “Para o primeiro, um ato governamental contrário à Constituição é um ato de ‘poder sem direito’; para o segundo, isso apenas nos garante dizer que o governo não é bom”<sup>172</sup>. Para Bolingbroke, se o governo falha, é um mau governo, mas não privado de direito: “Ele não sugere, como Paine, que o governo possa ser desobedecido, exceto por meio de revolução”<sup>173</sup>. McIlwain aponta, aqui, uma curiosidade: ambos, Bolingbroke e Paine, dão o mesmo exemplo do que seria uma lei inconstitucional: o Septennial Act, de 1716, pelo qual o Parlamento inglês, eleito por três anos, confirmou a si próprio por outros quatro anos, lei que Paine considera prova conclusiva de que “não há constituição na Inglaterra”<sup>174</sup>. McIlwain argumenta que se trata de aplicação da onipotência do Parlamento, isso porque: “Os oponentes de Jayme II declararam que o trono estava vacante apenas em virtude do fato de que suas vozes foram assumidas como sendo a voz da nação”<sup>175</sup>. Mais: McIlwain lembra que Burke argumentara, em 1791, que os americanos, em

---

168 McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern...*, p. 6.

169 McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern...*, p. 6.

170 McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern...*, p. 7.

171 McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern...*, p. 7.

172 McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern...*, p. 7.

173 McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern...*, p. 7.

174 McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern...*, p. 7.

175 McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern...*, p. 8.



sua rebelião contra a Inglaterra, estavam “na mesma relação com a Inglaterra, como a Inglaterra fez com o Rei Jaime II, em 1688”<sup>176</sup>.

## II.1 CONCEITO MODERNO

O parâmetro mais evidente para um conceito moderno de Constituição é o já citado art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. É um conceito militante, por isso mesmo dito “polêmico”<sup>177</sup>, pois traz uma “receita” de limitação do poder para prevenir o Absolutismo<sup>178</sup> e, para tanto, afirma duas matérias constitucionais: Direitos (individuais) e separação dos Poderes.

Porém, no que se distinguem os conceitos antigo e moderno de Constituição? Por que, por exemplo, a Magna Carta não é considerada a primeira Constituição moderna?

O conceito de Constituição subjacente ao art. 16 da Declaração tem raízes na Antiguidade, passou pela Idade Média e, então, chegou à modernidade. Porém, o fenômeno constitucional, como entendido modernamente, “só se difundiu e ganhou o público na segunda metade do século XVIII, triunfando com a Revolução de 1789”<sup>179</sup>.

Em boa medida, o conceito que decorre do art. 16 coincide com a compreensão antiga<sup>180</sup>. Compare-se, por exemplo, com o conceito de Aristóteles: (i) a organização e a distribuição das magistraturas pode ser identificada com a separação dos Poderes, sobretudo quando considerada de modo amplo, não apenas como referência (e originalmente era uma clara referência) à tripartição de Poderes de Montesquieu, mas como organização dos Poderes em geral e, em especial, como expressão – que segue sendo

---

176 McILWAIN, *Constitutionalism: ancient and modern...*, p. 8.

177 O “caráter polêmico” é explicado pela doutrina: “Não designava qualquer organização fundamental, mas apenas a que desse ao Estado uma estrutura conforme aos princípios do liberalismo” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 6).

178 “Era, pois, uma arma ideológica contra o *Ancien Régime*, contra o absolutismo, contra a confusão entre o monarca e o Estado, contra uma organização acusada de ser irracional. Propunha substituir tudo isso por um governo moderado, incapaz de abusos, zeloso defensor das liberdades individuais.” (FERREIRA FILHO, *Curso de direito constitucional...*, p. 6)

179 FERREIRA FILHO, *Curso de direito constitucional...*, p. 3.

180 “A palavra Constituição tem tido diferentes acepções na terminologia jurídica. Na Antiguidade ela significava aproximadamente o mesmo que hoje.” (FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1968. p. 41)

– do governo misto ou moderado que perpassa da antiguidade à modernidade; (ii) o fim (ou a finalidade da cidade), o bem comum, pode ser identificado com a garantia dos Direitos, não apenas com a garantia dos Direitos de primeira geração, mas com a garantia dos Direitos Fundamentais de todas as gerações.

Por sua vez, a Magna Carta, de 1215, “é, em sua consideração histórica, não mais que um dos muitos exemplos de estipulações medievais entre Príncipe e senhores feudais”<sup>181</sup>. Era em favor apenas dos barões, não do povo como um todo:

[...] O nome “Magna Carta” não se explica historicamente porque contém uma lei fundamental no sentido das Constituições modernas [...]; o nome originário é “Carta *libertatum*” ou “Carta *Baronum*”. Só séculos mais tarde, desde o XVII, pela luta do Parlamento contra o absolutismo dos Stuarts, ganhou o sentido moderno, tornando-se origem de uma Constituição liberal. Porém, seria um erro histórico ver nela [...] algo análogo a uma Constituição moderna liberal ou democrática. Se se garante nessa Magna Carta a todo “homem livre” (*freeman*) certos direitos protegidos contra o abuso do poder real, isso é algo muito diferente de uma moderna Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. “Homem livre” era então apenas o barão; [...]. Assim, pois, a Magna Carta historicamente não é mais do que um convênio de uma aristocracia feudal com um senhor territorial [...].<sup>182</sup>

Importa examinar a compreensão moderna acerca do que seja uma Constituição.

Carl Schmitt examina vários conceitos (ou várias acepções) de Constituição:

(i) conceito absoluto de Constituição: Schmitt argumenta que todas as coisas e todos os seres têm a sua própria constituição. Então, limitando-se a analisar a Constituição “do Estado”, diz que ela seria relativa à “unidade política de um povo”<sup>183</sup>. Examina variações e chega, então, a Hans Kelsen, assim descrevendo a respectiva compreensão de Estado: “Um sistema e uma unidade de normas jurídicas” em que – segundo interpreta Kelsen – “apenas valem as normas *positivas*, ou seja, aquelas que *realmente* valem; não valem porque em justiça *devam* valer, mas, sim, apenas porque são *positivas*, sem conside-

181 SCHMITT, *Teoría de la Constitución*..., p. 67.

182 SCHMITT, *Teoría de la Constitución*..., p. 68.

183 SCHMITT, *Teoría de la Constitución*..., p. 29.

ração a qualidades como razoabilidade, justiça, etc.". Schmitt conclui que, nisso, cessa o *dever ser* e desaparece a normatividade, substituída por uma "tautologia de simples fatos"<sup>184</sup>;

(ii) conceito relativo de Constituição: para Schmitt, refere-se à "lei constitucional em particular"<sup>185</sup>. Aqui, não importa o conteúdo, mas "características externas e acessórias, chamadas formais"<sup>186</sup>. Argumenta que o "formal" da Constituição escrita não está no colocar algo por escrito em um documento: "O caráter formal só pode ser adquirido quando certas propriedades, seja da pessoa ou órgão que emite o documento, seja do conteúdo instrumentado, justificam falar de uma Constituição em sentido formal"<sup>187</sup>. Então, aponta a reforma dificultada como característica formal da lei constitucional: "As mudanças constitucionais estão submetidas a um procedimento com condições mais difíceis", de modo a proteger duração e estabilidade das leis constitucionais e, assim, "aumenta-se a força legal"<sup>188</sup>. Note-se que Schmitt mostra-se crítico da troca do conteúdo pela forma: a Constituição "deveria receber a garantia de duração por causa de sua significação fundamental"<sup>189</sup>. Assim, "a reforma dificultada já não era a consequência da qualidade constitucional, mas o contrário: convertia-se em constitucional uma prescrição para protegê-la por quaisquer razões práticas [...] frente às cambiantes maiores parlamentares"<sup>190</sup>. Aponta, criticamente, que toda a Constituição fica, assim, reduzida às prescrições relativas à reforma constitucional; ora, não é o procedimento de reforma que define a essência do objeto reformado<sup>191</sup>. Em suma: não se pode confundir o poder constituinte do povo com as faculdades de reforma atribuídas ao parlamento<sup>192</sup>;

(iii) conceito positivo de Constituição: aqui, Schmitt, parte da distinção entre Constituição e lei constitucional<sup>193</sup>. A Constituição em sentido positivo seria "um ato do poder constituinte" que *decide* "a forma e modo da unidade política"<sup>194</sup>. Enquanto a Constituição vale em razão da vontade política de quem a coloca, as leis constitucionais valem com base na Constituição

184 SCHMITT, *Teoría de la Constitución...*, p. 34.

185 SCHMITT, *Teoría de la Constitución...*, p. 37.

186 SCHMITT, *Teoría de la Constitución...*, p. 37.

187 SCHMITT, *Teoría de la Constitución...*, p. 38.

188 SCHMITT, *Teoría de la Constitución...*, p. 41.

189 SCHMITT, *Teoría de la Constitución...*, p. 43.

190 SCHMITT, *Teoría de la Constitución...*, p. 43.

191 SCHMITT, *Teoría de la Constitución...*, p. 44.

192 SCHMITT, *Teoría de la Constitución...*, p. 44.

193 SCHMITT, *Teoría de la Constitución...*, p. 45.

194 SCHMITT, *Teoría de la Constitución...*, p. 45-46. É esse o conceito com que trabalha Schmitt em sua *Teoría da Constituição*.

e pressupõem uma Constituição<sup>195</sup>. A essência da Constituição residiria em decisões políticas fundamentais acerca, por exemplo, da forma de Estado, forma de governo, sistema de governo e regime de governo<sup>196</sup>. As leis constitucionais podem ser reformadas, mas não a Constituição no que se refere às decisões políticas fundamentais<sup>197</sup>. Importa destacar que Schmitt critica a chamada onipotência (ou soberania) do Parlamento, argumentando que “uma resolução majoritária do Parlamento inglês não bastaria para fazer da Inglaterra um Estado soviético”<sup>198</sup>;

(iv) conceito ideal de Constituição: seria aquele “que responde a um certo ideal de Constituição”<sup>199</sup>. Na evolução histórica que toma em consideração, Schmitt conclui que o conceito ideal dominante é o do “Estado burgês de Direito”<sup>200</sup>, ou seja, em síntese, o conceito dito “polêmico” de Constituição antes referido.

Karl Loewenstein conceitua Constituição em termos que bem refletem o constitucionalismo:

A classificação de um sistema político como democrático constitucional depende da existência ou carência de instituições efetivas por meio das quais o exercício do poder político esteja distribuído entre os detentores do poder, e por meio das quais os detentores do poder estejam submetidos ao controle dos destinatários do poder, constituídos em detentores supremos do poder. [...] <sup>201</sup>

Lembra, ainda, que a história do constitucionalismo é a busca “das limitações ao poder absoluto exercido pelos detentores do poder”<sup>202</sup> e anota que se trata de um produto da ideologia liberal<sup>203</sup>.

Na literatura brasileira, observa-se compreensão de coisas no mesmo sentido. A propósito, confirmam-se os três seguintes conceitos.

---

195 SCHMITT, *Teoría de la Constitución*..., p. 45-46.

196 SCHMITT, *Teoría de la Constitución*..., p. 47-48.

197 SCHMITT, *Teoría de la Constitución*..., p. 49.

198 SCHMITT, *Teoría de la Constitución*..., p. 49-50.

199 SCHMITT, *Teoría de la Constitución*..., p. 58.

200 SCHMITT, *Teoría de la Constitución*..., p. 62.

201 LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*..., p. 149.

202 LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*..., p. 150.

203 LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*..., p. 151.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho oferece um “conceito jurídico” de Constituição: “Conjunto de regras concernentes à forma do Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação”<sup>204</sup>. Ensina que as regras pertinentes aos assuntos referidos – “sejam elas escritas, sejam de elaboração solene ou não” – são “materialmente constitucionais”, inclusive no que relativas aos limites impostos pelos direitos fundamentais<sup>205</sup>.

Na mesma linha segue Virgílio Afonso da Silva, para quem o conceito de Constituição “exige mais do que regras sobre o exercício do poder, ao demandar também a proteção de direitos fundamentais” e “requer uma qualificação para as regras de exercício do poder, ao exigir que elas estejam baseadas em alguma forma de separação de poderes”<sup>206</sup>. Na tradição do constitucionalismo clássico, pontua: “É necessário que haja ambos [direitos fundamentais e separação dos poderes] e que ambos tenham como objetivo evitar concentração e arbítrio no exercício do poder”<sup>207</sup>. Também exige abertura das instituições à participação popular<sup>208</sup>, bem assim que a Constituição seja um “pacto que funda uma comunidade política”<sup>209</sup>, isto é, “um denominador comum capaz de unir as mais diferentes visões de mundo em torno de um projeto de país”<sup>210</sup>.

Em sentido análogo, talvez com maior detalhamento, é o magistério de Luís Roberto Barroso, para quem “os objetivos últimos da Constituição” podem ser sistematizados em quatro pontos:

- a) institucionalizar um Estado democrático de direito, fundado na soberania popular e na limitação do poder; b) assegurar o respeito aos direitos fundamentais, inclusive e especialmente os das minorias políticas; c) contribuir para o desenvolvimento econômico e para a justiça social; d) prover mecanismos que garantam a boa administração, com racionalidade e transpa-

---

204 FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 9.

205 FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 9-10.

206 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. p. 33.

207 SILVA, *Direito constitucional brasileiro...*, p. 33.

208 SILVA, *Direito constitucional brasileiro...*, p. 33. A exigência de representação é ponto chave de texto seminal da Revolução Francesa (SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 5).

209 SILVA, *Direito constitucional brasileiro...*, p. 33.

210 SILVA, *Direito constitucional brasileiro...*, p. 34.

rência nos processos de tomada de decisão, de modo a propiciar governos eficientes e probos.<sup>211</sup>

Considera que essa seria uma “visão substancialista, e não procedimentalista da Constituição”<sup>212</sup>, o que claramente também é o caso dos dois outros conceitos da doutrina brasileira antes referidos, na medida em que igualmente destacam não apenas o processo de tomada de decisão do Estado, mas, também, os seus limites materiais mais importantes, quais sejam, os Direitos Fundamentais.

## II.2 MERA FOLHA DE PAPEL OU DOCUMENTO COM FORÇA NORMATIVA?

Debate historicamente importante e didaticamente instrutivo, seja para compreender o conceito de Constituição, seja para transitar a uma análise da tipologia constitucional, é aquele estabelecido entre Ferdinand Lassalle<sup>213</sup> e Konrad Hesse<sup>214</sup>, ainda que separados por 97 anos.

Ferdinand Lassalle proferiu, em Berlim, no dia 16 de abril de 1862, uma palestra sobre a essência da Constituição.

Para ele, conceituar Constituição, por exemplo, como a lei fundamental em que se baseia a organização de direito público de uma nação, não explica o que seria uma Constituição, pois não nos orienta “se uma determinada Constituição é, e por que, boa ou má, factível ou irrealizável, duradoura ou insustentável”<sup>215</sup>.

Propõe comparar Constituição e lei<sup>216</sup>. Argumenta que, “no espírito unânime dos povos, uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum”<sup>217</sup>. Deve ser uma “lei fundamental”, o que requer: (i) “seja uma lei básica”; (ii) “consti-

---

211 BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo*..., p. 92.

212 BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo*..., p. 91-92.

213 LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* Trad. Walter Stönnner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicaool.html>>. Para o fim de citações, com as devidas indicações de páginas, será utilizada a seguinte publicação (não obstante adotada, preferencialmente, a tradução de 1933): LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

214 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

215 LASSALLE, *A essência da Constituição*..., p. 6.

216 LASSALLE, *A essência da Constituição*..., p. 7.

217 LASSALLE, *A essência da Constituição*..., p. 8.

tua [...] o verdadeiro fundamento das outras leis”, devendo “atuar e irradiar através das leis comuns do país”; ou seja, (iii) não se trata de “um capricho”, mas: “O fundamento a que respondem não permite serem de outro modo. Somente as coisas que carecem de fundamento, que são as casuais e fortuitas, podem ser como são ou mesmo de qualquer outra forma; as que possuem um fundamento não, pois aqui rege a lei da necessidade”<sup>218</sup>. Compara com a lei da gravidade que une o Sol e os planetas. Assim, para Lassalle, a Constituição, enquanto lei fundamental de uma nação, seria “uma força ativa que faz, por uma exigência da necessidade, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são, de tal forma que, a partir desse instante, não podem decretar, naquele país, embora quisessem, outras quaisquer”<sup>219</sup>.

A essa “força ativa” Lassalle denomina “fatores reais de poder”<sup>220</sup>. Sugere uma hipótese: por força de um sinistro, um incêndio, um país vem a ficar sem nenhuma das suas leis, sendo necessário decretar novas leis. Então, questiona se “o legislador, completamente livre, poderia fazer leis a capricho ou de acordo com o seu próprio modo de pensar?”<sup>221</sup>

Para responder, Lassalle cogita qual seria a reação de cada fator real de poder, a começar pela monarquia: seria possível descartá-la? Lassalle sustenta que o monarca responderia: “Podem estar destruídas as leis, porém a realidade é que o exército subsiste e me obedece, acatando minhas ordens [...]. Assim, apoiado neste poder real, efetivo, das baionetas e dos canhões, não tolero que venham me impor posições e prerrogativas em desacordo comigo”<sup>222</sup>. A seguir, conclui: “Um rei a quem obedecem o exército e os canhões é uma parte da Constituição”<sup>223</sup>.

Desenvolve raciocínio análogo com aristocracia, grande burguesia, banqueiros, pequena burguesia e classe operária<sup>224</sup>, cada qual manejando a respectiva moeda de troca. Conclui que seria essa, “em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que

---

218 LASSALLE, *A essência da Constituição...*, p. 9.

219 LASSALLE, *A essência da Constituição...*, p. 10.

220 LASSALLE, *A essência da Constituição...*, p. 10-11.

221 LASSALLE, *A essência da Constituição...*, p. 11.

222 LASSALLE, *A essência da Constituição...*, p. 12.

223 LASSALLE, *A essência da Constituição...*, p. 12.

224 LASSALLE, *A essência da Constituição...*, p. 12-17.

regem uma nação”<sup>225</sup>. Colocados em uma folha de papel, tornam-se Direito, tornam-se instituições jurídicas<sup>226</sup>: “Quem atentar contra eles atenta contra a lei e por conseguinte é punido”<sup>227</sup>. Lassalle explica que os fatores reais de poder não constam de modo explícito da Constituição: “Isto se define de outra maneira, mais limpa, mais diplomática”<sup>228</sup>, qual seja, pela conformação do sistema eleitoral (no caso, de tipo censitário)<sup>229</sup> e de instituições como o Senado<sup>230</sup>.

Volta a enfatizar o papel das Forças Armadas, inclusive lembrando que o art. 108 da Constituição da Prússia, de 1848, não exigia do Exército e da Marinha o juramento de guardar a Constituição<sup>231</sup>. A seguir, argumenta que, enquanto “o instrumento do poder político do rei, o Exército, está organizado, [...], o poder em que se apoia a Nação, [...], embora seja, como de fato o é realmente, infinitamente maior, não está organizado”<sup>232</sup>. Lassalle é explícito ao reconhecer: “A Nação carece desses instrumentos do poder organizado, [...], isto é, dos canhões”<sup>233</sup>. Ainda assim, não exclui que “a população, um dia, cansada de ver os assuntos nacionais tão mal administrados e pior regidos e que tudo é feito contra sua vontade e contra os interesses gerais da nação, pode se levantar contra o poder organizado, opondo-lhe sua formidável supremacia, embora desorganizada”<sup>234</sup>.

Para Lassalle, “todos os países possuem ou possuíram sempre, e em todos os momentos da sua história, uma Constituição real e verdadeira. A diferença nos tempos modernos [...] não são as Constituições reais e efetivas, mas sim as Constituições escritas nas folhas de papel”<sup>235</sup>. Questiona de onde se origina a aspiração de possuir uma Constituição escrita e responde: “No fato de que nos elementos reais do poder imperantes dentro do país se tenha operado uma transformação”<sup>236</sup>. Insiste que a Constituição escrita deve corresponder à real, sob pena de irromper “um conflito que é impos-

---

225 LASSALLE, *A essência da Constituição...*, p. 17.

226 LASSALLE, *A essência da Constituição...*, p. 17-18.

227 LASSALLE, *A essência da Constituição...*, p. 18.

228 LASSALLE, *A essência da Constituição...*, p. 18.

229 LASSALLE, *A essência da Constituição...*, p. 18-20.

230 LASSALLE, *A essência da Constituição...*, p. 20.

231 LASSALLE, *A essência da Constituição...*, p. 21.

232 LASSALLE, *A essência da Constituição...*, p. 22.

233 LASSALLE, *A essência da Constituição...*, p. 22.

234 LASSALLE, *A essência da Constituição...*, p. 23.

235 LASSALLE, *A essência da Constituição...*, p. 27.

236 LASSALLE, *A essência da Constituição...*, p. 28.



sível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá, necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país”<sup>237</sup>.

Lassalle conclui:

Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.<sup>238</sup>

É fácil constatar que, na prática, Lassalle troca o Direito pela força, sobretudo a força militar como fator real de poder, aliás, enfatizada por ele na própria conclusão da exposição (“...quis demonstrar, de um modo especial, o valor que representa o Exército como fator decisivo...”<sup>239</sup>). Porém, o constitucionalismo, em seu papel de limitar o poder, evoluiu de modo muito mais construtivo, como se pode ver do contraponto feito por Konrad Hesse.

A exposição de Hesse também é uma palestra, em verdade, mais precisamente, uma aula inaugural na Universidade de Freiburg, ministrada em 1959, segundo anota Gilmar Ferreira Mendes na Apresentação da tradução do trabalho de Hesse<sup>240</sup>.

Sintetiza a compreensão de Lassalle nos seguintes termos:

A condição de eficácia da Constituição jurídica, isto é, a coincidência de realidade e norma, constitui apenas um limite hipotético extremo. É que, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar.<sup>241</sup>

Para Hesse, isso seria a negação da Constituição jurídica e, portanto, do próprio Direito Constitucional enquanto ciência jurídica; explica que o Direito Constitucional é *ciência normativa* e distingue-se da Sociologia e da Ciência Política, que são “ciências da realidade”<sup>242</sup>. Ora, se esse também

---

237 LASSALLE, *A essência da Constituição...*, p. 33.

238 LASSALLE, *A essência da Constituição...*, p. 40.

239 LASSALLE, *A essência da Constituição...*, p. 40.

240 HESSE, *A força normativa da Constituição...*, p. 5.

241 HESSE, *A força normativa da Constituição...*, p. 10.

242 HESSE, *A força normativa da Constituição...*, p. 11.

fosse o caso do Direito Constitucional, “não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes”<sup>243</sup>. Ao contrário, Hesse argumenta que “a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado. A questão que se apresenta diz respeito à força normativa da Constituição”<sup>244</sup>.

A resposta de Hesse considera (i) “como ponto de partida o condicionamento recíproco existente entre Constituição jurídica e a realidade político-social”, (ii) “os limites e as possibilidades da atuação da Constituição jurídica” e (iii) “os pressupostos de eficácia da Constituição”<sup>245</sup>.

Hesse recusa isolar norma e realidade, como pretendem o positivismo jurídico (da Escola de Paul Laband e Georg Jellineck) e o positivismo sociológico (de Carl Schmitt)<sup>246</sup>: “Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento de realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo”<sup>247</sup>. Hesse reconhece: “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade”<sup>248</sup>. Tem ela pretensão de eficácia que “não pode ser separada das condições históricas de sua realização”<sup>249</sup>. Para Hesse, devem ser contempladas “as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais” e “o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas”<sup>250</sup>.

Por outro lado:

[...] a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia,

---

243 HESSE, *A força normativa da Constituição*..., p. 11.

244 HESSE, *A força normativa da Constituição*..., p. 11.

245 HESSE, *A força normativa da Constituição*..., p. 13.

246 HESSE, *A força normativa da Constituição*..., p. 13.

247 HESSE, *A força normativa da Constituição*..., p. 14.

248 HESSE, *A força normativa da Constituição*..., p. 14.

249 HESSE, *A força normativa da Constituição*..., p. 14.

250 HESSE, *A força normativa da Constituição*..., p. 15.

a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. [...]”<sup>251</sup>

Por isso, afirma que a Constituição real e a Constituição jurídica estão em uma relação de coordenação<sup>252</sup>. Essa interdependência leva à indagação acerca das possibilidades e dos limites da realização da Constituição, o que – afirma Hesse – não seria “revelação nova”, mas “uma obviedade para a Teoria do Estado do Constitucionalismo”<sup>253</sup>. Cita Wilhelm Humboldt e explica que “somente a Constituição que se vincula a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se”<sup>254</sup>.

Hesse transcreve excerto de Humboldt sobre a Constituição alemã, de dezembro de 1813, merecendo destaque o seguinte:

[...] Toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um *germe material de sua força vital* no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento. Afigura-se altamente precário pretender concebê-la com base, exclusivamente nos princípios da razão e da experiência.<sup>255</sup>

Logo, a Constituição (jurídica) “não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica”, ou seja, ignorando “as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes”, sob pena de a Constituição carecer “do imprescindível germe de sua força vital”<sup>256</sup>.

Por outro lado: “Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida”<sup>257</sup>. Então, Hesse introduz a ideia de “*vontade de Constituição*”, ou seja, em síntese, “a compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio”<sup>258</sup>, ordem essa que “necessita

---

251 HESSE, *A força normativa da Constituição*..., p. 15.

252 HESSE, *A força normativa da Constituição*..., p. 15.

253 HESSE, *A força normativa da Constituição*..., p. 16.

254 HESSE, *A força normativa da Constituição*..., p. 16.

255 HESSE, *A força normativa da Constituição*..., p. 17-18.

256 HESSE, *A força normativa da Constituição*..., p. 18.

257 HESSE, *A força normativa da Constituição*..., p. 19.

258 HESSE, *A força normativa da Constituição*..., p. 19.

estar em constante processo de legitimação”<sup>259</sup> e que demanda “o concurso da vontade humana”<sup>260</sup>.

Para preservar a força normativa da Constituição, Hesse considera “indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual mudança [das] condicionantes”<sup>261</sup> (inclusive conciliando, “mediante meticulosa ponderação”, estruturas aparentemente contrárias, por exemplo, “direitos fundamentais não podem existir sem deveres”<sup>262</sup>), bem assim que haja correlação entre o conteúdo da Constituição e a respectiva prática<sup>263</sup>. Recomenda, ainda, que a revisão constitucional não seja frequente<sup>264</sup> e que a interpretação constitucional esteja submetida ao “princípio da ótima concretização da norma”<sup>265</sup>, ou seja: “A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido [...] da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”<sup>266</sup>. Assim, conclui Hesse: “Uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa”<sup>267</sup>.

Ainda sobre a vontade de Constituição, Hesse ensina: “Quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição”<sup>268</sup>. Conforme o próprio Hesse anota, será, sobretudo, “nas situações de emergência, nos tempos de necessidade”, que a força normativa da Constituição será colocada à prova<sup>269</sup>. Daí a importância da vontade de Constituição:

[...] existem pressupostos realizáveis [...] que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. Somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos

---

259 HESSE, *A força normativa da Constituição*..., p. 19.

260 HESSE, *A força normativa da Constituição*..., p. 20.

261 HESSE, *A força normativa da Constituição*..., p. 20-21.

262 HESSE, *A força normativa da Constituição*..., p. 21.

263 HESSE, *A força normativa da Constituição*..., p. 21.

264 HESSE, *A força normativa da Constituição*..., p. 22.

265 HESSE, *A força normativa da Constituição*..., p. 22.

266 HESSE, *A força normativa da Constituição*..., p. 22-23.

267 HESSE, *A força normativa da Constituição*..., p. 23.

268 HESSE, *A força normativa da Constituição*..., p. 24.

269 HESSE, *A força normativa da Constituição*..., p. 25.

problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas [...], em questões de poder [...].<sup>270</sup>

Segundo Hesse, “o Direito Constitucional deve preservar, modestamente, a consciência dos seus *limites*”<sup>271</sup>, mas, também, “deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional”<sup>272</sup>.

Por fim, Hesse destaca o papel das Cortes constitucionais para o significado da Constituição normativa: “Estão autorizadas, com base em parâmetros jurídicos, a proferir a última palavra sobre os conflitos constitucionais, mesmo sobre questões fundamentais da vida do Estado”<sup>273</sup>.

Quando da exposição de Hesse, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, tinha apenas dez anos de vigência e despertava desconfianças<sup>274</sup>. No entanto, está em sua oitava década. Foi bastante reformada, mas regeu com sucesso: (i) a reconstrução do país no pós-Segunda Guerra Mundial, (ii) a inserção da Alemanha na União Europeia e (iii) a reunificação alemã, o que não é pouco.

### II.3 TIPOLOGIA CONSTITUCIONAL

A literatura registra variadas tipologias constitucionais, cada qual com ênfase em diferentes aspectos do fenômeno constitucional para ajudar a melhor compreendê-lo. Assim, as tipologias geralmente apresentadas têm finalidade precipuamente didática e, por isso, merecem consideração.

#### Constituições escritas e costumeiras

A tipologia mais elementar é o binômio Constituição escrita e Constituição costumeira. Como é intuitivo, a Constituição escrita tem base essencialmente escrita, enquanto a Constituição costumeira é, sobretudo, um conjunto de usos, práticas e costumes institucionais, bem assim algumas leis

---

270 HESSE, *A força normativa da Constituição...*, p. 25.

271 HESSE, *A força normativa da Constituição...*, p. 26.

272 HESSE, *A força normativa da Constituição...*, p. 27.

273 HESSE, *A força normativa da Constituição...*, p. 28.

274 Inclusive do próprio Hesse (*A força normativa da Constituição...*, p. 30) e de outros, por exemplo, Loewenstein (*Teoría de la Constitución...*, p. 201-204).

escritas, essas e aqueles relativos a assuntos materialmente constitucionais. A Constituição escrita é própria de países de Direito preponderantemente escrito, de base romano-germânico; já a costumeira é própria de países de Direito consuetudinário, com base em *common law*.

O *common law* não é um Direito simplesmente costumeiro, mas, sim, um Direito em boa medida jurisprudencial, em que juízes absorvem – e processam – os usos e costumes da comunidade<sup>275</sup>, devolvendo-os na forma de precedentes, o que não exclui leis aprovadas pelo Legislativo, inclusive em matéria constitucional.

Caso típico de Constituição costumeira é a Constituição da Inglaterra<sup>276</sup>. Outro exemplo é a Constituição de Israel<sup>277</sup>.

A riqueza da vida revela variações. O que explicaria um país de *common law*, como os Estados Unidos, ter uma Constituição escrita? Karl Loewenstein explica: em uma federação, “uma constituição escrita é absolutamente necessária”<sup>278</sup>. A Constituição americana é, sobretudo, um pacto federativo, repartindo competências entre os entes da federação, inclusive permitindo a participação dos Estados na reforma constitucional. “Esta é uma regra sem exceções”<sup>279</sup>.

### Constituição em sentido material, formal e documental

Paolo Biscaretti di Ruffia propõe interessante tipologia trinária: (i) Constituição em sentido substancial ou objetivo, também dito material na doutrina; (ii) Constituição em sentido formal; e (iii) Constituição em sentido documental.

Constituição em sentido substancial é “o conjunto de normas jurídicas fundamentais, escritas ou não escritas, que estabelecem a estrutura

---

275 A propósito, a obra clássica de DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 19-20.

276 Virgílio Afonso da Silva sustenta que “a Constituição do Reino Unido [...] não é uma constituição não escrita, mas tão somente uma constituição não codificada”, e menciona exemplos de partes escritas da referida Constituição constantes de leis comuns, quais sejam, *Acts of Union* e *Human Rights Act* (SILVA, *Direito constitucional brasileiro...*, p. 36). Trata-se de um truismo que não elimina a utilidade didática do binômio aqui exposto: constituição escrita e constituição costumeira.

277 DORNER, Dalia. Does Israel have a Constitution? *Saint Louis University Law Journal*, v. 43, p. 1325-1335, 1999.

278 LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución...*, p. 182.

279 LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución...*, p. 182.

essencial do Estado”<sup>280</sup>. Podem ou não constar de um texto formalmente constitucional.

Por sua vez, Constituição em sentido formal são as normas jurídicas diversas daquelas da legislatura comum, diversas porque demandam um processo “de elaboração mais difícil”<sup>281</sup>. Lógico, a forma escrita é pressuposto desta modalidade constitucional.

Por fim, Constituição em sentido documental é “um ato normativo particular e solene que contém a maioria das disposições substanciais de caráter constitucional”<sup>282</sup>. Em suma, é um documento em que é declarada solenemente a Constituição de um dado país. Aqui, também, a forma escrita é pressuposto natural.

Dados esses conceitos, é preciso destacar consequências práticas. Vale repetir: nem todas as normas materialmente constitucionais têm forma constitucional. Ademais, Constituição em sentido formal e Constituição em sentido documental “não se identificam sempre de maneira exata”<sup>283</sup>:

[...] Na Itália monárquica, o Estatuto de 1848 [“Estatuto Albertino”], que era um ato solene e certamente bem diferenciado de outras leis, apresentava-se sem dúvida como uma *Constituição em sentido documental*, porém, ainda não dava lugar a uma Constituição em sentido formal (que somente surgiu na Itália em 1947), já que dito Estatuto não assinalava nenhum procedimento especial para sua reforma e, em consequência, considerou-se que o seu texto podia ser modificado inclusive por leis ordinárias, o que de fato ocorreu em várias ocasiões. [...] <sup>284</sup>

Diversamente, a História francesa guarda exemplo de três leis constitucionais, “expedidas no curso de 1875, sem um ato solene”, mas que regeram a França até 1940: estavam sujeitas a processo de revisão específico, “o que deu origem a uma Constituição em sentido formal, mas não havia uma verdadeira Constituição em sentido documental”<sup>285</sup>.

A Constituição brasileira de 1988 é Constituição nos sentidos formal e documental. Por outro lado, a realidade brasileira conhece normas for-

---

280 RUFFIÀ, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 499.

281 RUFFIÀ, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 499-500.

282 RUFFIÀ, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 501.

283 RUFFIÀ, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 501.

284 RUFFIÀ, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 501.

285 RUFFIÀ, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 501.

malmente constitucionais que não estão consolidadas na Constituição de 1988, compondo uma legislação formalmente constitucional extravagante. É o caso de dois tratados internacionais sobre Direitos Fundamentais internalizados na forma do § 3º do art. 5º da Constituição<sup>286</sup> (ou seja, na forma de processo análogo ao de emenda) e de numerosas normas constitucionais transitórias constantes de várias emendas.

### **Constituição rígida, flexível e semirígida**

Para que se possa cogitar de Constituição rígida (ou de rigidez constitucional), são colocados, em geral, dois requisitos: ser a Constituição (i) escrita e ser (ii) formal, isto é, a sua modificação requer um processo diferente – no sentido de mais difícil – daquele próprio à lei comum da legislatura do país.

Do magistério de Hans Kelsen decorre um terceiro, qual seja: (iii) a existência de um mecanismo de controle da regularidade das leis em face da Constituição. Após destacar, como fator de maior estabilidade às normas constitucionais em comparação com as normas comuns, um processo de revisão especial, claro, especial no sentido de mais difícil<sup>287</sup>, Kelsen sustenta que “uma Constituição a que falta a garantia da anulação dos atos inconstitucionais não é, em sentido técnico, completamente obrigatória”<sup>288</sup>. A seguir, afirma: “Esse fraco grau de força obrigatória efetiva está em radical desacordo com a aparência de firmeza, que alcança a rigidez, conferida à Constituição, submetendo a sua revisão a condições reforçadas”<sup>289</sup>.

São exemplos de Constituições técnica e conceitualmente rígidas a Constituição americana de 1787 e a Constituição brasileira de 1988. O Artigo V da Constituição americana exige que a proposta de emenda seja apresentada por dois terços de ambas as Casas do Congresso Nacional e ratificada por três quartos das Legislaturas dos Estados. Por sua vez, o art. 60, § 2º, da Constituição brasileira de 1988 considera aprovada a proposta de emenda constitucional que, tendo sido discutida e votada em dois turnos –

---

286 “Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007” e “Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, celebrado em Marraqueche, em 28 de junho de 2013”.

287 KELSEN, Hans. *La garanzia giurisdizionale della Costituzione* (La giustizia costituzionale). In: *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981. p. 153.

288 KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione...*, p. 199.

289 KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione...*, p. 200.



duas vezes – em cada Casa do Congresso Nacional, obtiver três quintos dos votos dos respectivos membros.

A Constituição flexível é aquela cuja revisão pode ser realizada por uma lei comum da legislatura. Não está presente o aspecto formal, conquanto possa estar o documental. Assim, a rigor técnico, toda Constituição costumeira é, por definição, flexível (é o caso da Constituição da Inglaterra). Por sua vez, uma Constituição escrita será flexível caso permita alteração por uma lei comum da legislatura (era o caso do já citado Estatuto Albertino). Por outro lado, na prática, uma Constituição conceitualmente flexível pode ser mais estável no tempo que muitas Constituições consideradas tecnicamente rígidas.

Por fim, a doutrina menciona o que seria uma Constituição “semirrígida”, no caso, a Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. A expressão é equívoca, pois denota algo que estaria a meio caminho entre a rigidez e flexibilidade. Porém, não era isso o que se tinha. Em verdade, a Constituição brasileira de 1824 possuía uma parte rígida e uma parte flexível, a teor do respectivo art. 178:

É só constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos direitos políticos, e individuais dos cidadãos. Tudo o que não é constitucional, pode ser alterado sem as formalidades referidas pelas Legislaturas ordinárias.

Vale destacar que a parte rígida era relativa, em síntese, à organização dos poderes e aos Direitos Fundamentais; logo, refletia a compreensão tradicional sobre qual seria a matéria constitucional nos termos do art. 16 da Declaração de 1789<sup>290</sup>. A medida da rigidez constitucional era dada pelos arts. 174 a 177 da Constituição brasileira de 1824. Em suma: (i) dependia da iniciativa de um terço da Câmara dos Deputados<sup>291</sup>; (ii) exigia a formação de uma lei comum<sup>292</sup>; (iii) aprovada, a lei ordenava aos eleitores dos deputados para a Legislatura seguinte que conferissem especial faculdade para a

---

290 Virgílio Afonso da Silva atesta a inspiração do art. 178 da Constituição brasileira de 1824 no art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (*Direito constitucional brasileiro...*, p. 37).

291 Cf. art. 174 da Constituição brasileira de 1824.

292 Cf. art. 175 da Constituição brasileira de 1824.

reforma<sup>293</sup>; e (iv) discutida e aprovada na legislatura seguinte, a reforma seria promulgada<sup>294</sup>.

Esse processo de reforma, concebido em “termos pacíficos e cheios de circunspecção que devem presidir tão importante assunto”<sup>295</sup>, alongado no tempo porque marcado pelo seu trânsito de uma Legislatura para a seguinte (cada uma com duração de quatro anos<sup>296</sup>, precisamente para decantar e amadurecer a real necessidade da reforma, é inspirado em mecânica francesa<sup>297</sup>.

Como bem aponta Virgílio Afonso da Silva, o elemento de rigidez não estava na “necessidade de maioria qualificada (três quintos ou dois terços, por exemplo)”, mas no “procedimento de emenda [...] mais complexo do que o procedimento de elaboração de leis ordinárias”<sup>298</sup>, porque, como visto, aquele se alongava no tempo, transitando de uma legislatura para a outra.

Por outro lado, a rigidez constitucional é relativa e deve ser compreendida contextualmente. Por exemplo, a última Constituição soviética, de 1977, em seu art. 174, previa que a reforma constitucional poderia ser feita mediante o voto de dois terços dos membros de cada Casa do Soviet Supremo. No entanto, o cumprimento de exigência da espécie parece bastante “simplificado” em contexto de partido único, como era o da extinta União Soviética.

### **Constituição garantia, balanço ou dirigente**

A Constituição-garantia é a de tipo clássico, que “visa garantir a liberdade, limitando o poder”<sup>299</sup>.

À Constituição-garantia contrapõe-se a Constituição-balanço, observada na extinta União Soviética: “É a Constituição que descreve e registra a organização política estabelecida”<sup>300</sup>. Assim, “quando alcançado novo está-

---

293 Cf. art. 176 da Constituição brasileira de 1824.

294 Cf. art. 177 da Constituição brasileira de 1824.

295 PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. São Paulo: Editora 34, 2002. p. 567.

296 Cf. art. 17 da Constituição brasileira de 1824.

297 Por exemplo, o Título VII da Constituição francesa de 1791, que desdobrava o processo ao longo de quatro legislaturas, cada uma com duração de dois anos (cf. Título III da mesma Constituição).

298 SILVA, *Direito constitucional brasileiro...*, p. 40.

299 FERREIRA FILHO, *Curso de direito constitucional...*, p. 12.

300 FERREIRA FILHO, *Curso de direito constitucional...*, p. 12.

gio na marcha para o socialismo”, era adotada uma nova Constituição que “faria o *balanço* do novo estágio”<sup>301</sup>.

Por fim, a Constituição dirigente decorre da tese de doutorado de José Joaquim Gomes Canotilho. Abstraída a polêmica sobre o respectivo exato sentido, importa anotar: (i) teria sido “encarecida por juristas de inspiração marxista, como o português Canotilho, que desejavam prefigurar na Constituição a implantação de um Estado socialista, primeiro; comunista, afinal. Como exemplo, a Constituição portuguesa (que, várias vezes revista, perdeu esse objetivo)”<sup>302</sup>; (ii) ao contrário do que eventualmente é suposto, Canotilho exclui a realização do dirigismo constitucional por meio judicial de modo claro e contundente: “Os pressupostos da realização e da garantia das imposições constitucionais, econômicas e socialmente relevantes, não são ‘extorquíveis’ pelos juízes nem atualizados pelo cidadão isolado em ação constitucional de defesa”<sup>303</sup>. Canotilho coloca várias dificuldades ao reconhecimento de um direito subjetivo à legiferação<sup>304</sup> e conclui que “a tarefa da realização constitucional é uma tarefa político-normativa de todos os órgãos de direção política e de todos os cidadãos com ‘vontade de constituição’”<sup>305</sup>, no que cita Konrad Hesse e sua fórmula clássica. Trata-se de clara profissão de fé na política democrática e respectivas instituições representativas (não obstante a pré-definição, pelo constituinte, de uma pauta para o legislador). E é significativo notar que as compreensões de Canotilho aqui sumariadas constam das teses que fecham o respectivo trabalho<sup>306</sup>.

### Constituição sintética e Constituição analítica

Constituição sintética é aquela que, em essência, limita-se a aspectos gerais da matéria constitucional típica<sup>307</sup>. Exemplo sempre lembrado é a Constituição americana de 1787, com apenas sete artigos. Claro, é completada por 27 Emendas e ainda sofre o influxo de práticas sociais próprias ao autogoverno e da jurisprudência da Suprema Corte em matéria constitu-

301 FERREIRA FILHO, *Curso de direito constitucional...*, p. 12.

302 FERREIRA FILHO, *Curso de direito constitucional...*, p. 12.

303 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 345.

304 CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador...*, p. 341-344.

305 CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador...*, p. 351.

306 CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador...*, p. 482-483.

307 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 10.

cional<sup>308</sup>, o que muito relativiza o pretenso caráter sintético da Constituição americana.

Constituição analítica é aquela que, para além de normas materialmente constitucionais, traz, ainda, considerável quantidade de normas (apenas) formalmente constitucionais, ou seja, relativas a assuntos que escapam à matéria constitucional<sup>309</sup>. Boa parte das Constituições das democracias ocidentais é de tipo analítico.

### **Constituição promulgada e Carta outorgada**

Quanto à origem, Alexandre de Moraes cita duas espécies: (i) *promulgadas*, aquelas “que derivam do trabalho de uma Assembleia Nacional Constituinte composta de representantes do povo, eleitos com a finalidade de sua elaboração”<sup>310</sup>, tarefa que também pode ser confiada ao próprio Parlamento do país, eleito e investido de poderes especiais para tanto; e (ii) *outorgadas*, aquelas “elaboradas e estabelecidas sem a participação popular, através de imposição do poder da época”<sup>311</sup>.

Paolo Biscaretti di Ruffia registra, no século XIX, eventual emprego do nome “Carta” para o caso de outorga<sup>312</sup> (com natural sentido pejorativo).

### **Constituição histórica e Constituição dogmática**

Quanto ao modo de elaboração, a doutrina menciona dois tipos constitucionais: (i) *constituição histórica*, “fruto de lenta e contínua síntese da História e tradições de um determinado povo”<sup>313</sup>; e (ii) *constituição dog-*

---

308 Vide, a propósito, SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds*. New Jersey: Princeton University Press, 2009. p. 1-16.

309 Alexandre de Moraes identifica Constituição analítica e Constituição dirigente (*Direito constitucional...*, p. 10). Porém, uma Constituição pode ter amplitude analítica sem ter caráter dirigente. Não obstante eventuais opiniões diversas, parece ser esse o caso da Constituição brasileira de 1988. Diga-se, o § 2º do art. 242 da Constituição brasileira de 1988 (“O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”) é mera definição minudente acerca de ente competente, logo, ajuda a compor o caráter analítico, mas não dirigente, do texto constitucional. Minúcia constitucional não significa, necessariamente, dirigismo constitucional.

310 MORAES, *Direito constitucional...*, p. 9. No mesmo sentido, BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo...*, p. 82.

311 MORAES, *Direito constitucional...*, p. 9. No mesmo sentido, BARROSO, *Curso de direito constitucional contemporâneo...*, p. 82.

312 RUFFIÀ, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 501.

313 MORAES, *Direito constitucional...*, p. 8. No mesmo sentido, FERREIRA FILHO, *Curso de direito constitucional...*, p. 11.

*mática*, “produto escrito e sistematizado por um órgão constituinte, a partir de ideais fundamentais da teoria política e do direito dominante”<sup>314</sup>.

### **Constituição nominal, semântica e normativa**

A compreensão do fenômeno constitucional não se dá apenas pelo estudo do texto constitucional, mas, sim, requer análise do contexto em que se coloca a Constituição. O estudioso do Direito Constitucional que ignora a realidade política vive uma ilusão dogmática. O fenômeno constitucional não pode ser estudado a sério sem que se tome em consideração “a anatomia do processo do poder político”, segundo lúcida fórmula de Karl Loewenstein<sup>315</sup>. Direito Constitucional alheio à realidade política é tão completo e possível quanto corpo sem alma. Aliás, no início do século XX, isso resultou Constituições “escritas por professores positivistas de direito constitucional inacessíveis aos ensinamentos da ciência política”<sup>316</sup>. O resultado é bem conhecido.

Por isso, é muito bem colocada a chamada “classificação ontológica das constituições”, de Karl Loewenstein, critério que “radica na concordância das normas constitucionais com a realidade do processo do poder”<sup>317</sup>. Ensina ele que “uma constituição é o que os detentores e os destinatários do poder fazem dela na prática”<sup>318</sup>.

Loewenstein assim conceitua Constituição normativa: “Para que uma constituição seja viva, deve ser, portanto, efetivamente ‘vívda’ por destinatários e detentores do poder, necessitando um ambiente nacional favorável para sua realização”<sup>319</sup>. Constituição e comunidade vivem em uma simbiose: “Para ser real e efetiva, terá que ser observada lealmente por todos os interessados e terá que estar integrada na sociedade estatal, e esta nela”<sup>320</sup>. É aquela cujas normas “dominam o processo político” e “o processo do poder se adapta às normas da constituição”<sup>321</sup>. Essa narrativa dialoga com a Cons-

---

314 MORAES, *Direito constitucional...*, p. 8. No mesmo sentido, FERREIRA FILHO, *Curso de direito constitucional...*, p. 11.

315 LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución...*, p. 23.

316 LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución...*, p. 111.

317 LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución...*, p. 217.

318 LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución...*, p. 217.

319 LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución...*, p. 217.

320 LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución...*, p. 217.

321 LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución...*, p. 217.

tituição dotada de força normativa de Konrad Hesse e igualmente depende da existência de “vontade de constituição”.

É interessante, didática mesmo, a comparação feita por Karl Loewenstein: a Constituição normativa “é como um traje que cai bem e que se usa realmente”<sup>322</sup>.

Por outro lado, Loewenstein denomina Constituição nominal aquela cujas normas são ignoradas pelo processo político<sup>323</sup>, o que não se confunde com processo natural de mutação constitucional<sup>324</sup>. “Provavelmente, a decisão política [...] foi prematura. A esperança, no entanto, persiste, dada a boa vontade dos detentores e dos destinatários do poder, de que cedo ou tarde a realidade do processo do poder corresponderá ao modelo estabelecido na constituição”<sup>325</sup>.

Retomando a comparação, “o traje fica pendurado durante certo tempo no armário e será colocado quando o corpo nacional houver crescido”<sup>326</sup>.

Por fim, Loewenstein chama Constituição semântica cuja “realidade ontológica não é senão a formalização da existente situação do poder político em benefício exclusivo dos detentores do poder fático, que dispõem do aparato coercitivo do Estado”<sup>327</sup>. Não se tem, aqui, a tarefa original da Constituição de limitar o poder<sup>328</sup>. “Se não houvesse em absoluto nenhuma constituição formal, o desenvolvimento fático do processo de poder não seria notavelmente diferente”<sup>329</sup>.

Então, Loewenstein completa a comparação: “O traje não é em absoluto um traje, mas um disfarce”<sup>330</sup>.

A Constituição de Lassalle parece transitar entre o nominal e o semântico. A Constituição-balanço, por sua vez, é uma Constituição semântica, aliás, segundo anota o próprio Loewenstein<sup>331</sup>.

---

322 LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución...*, p. 217.

323 LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución...*, p. 218.

324 LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución...*, p. 218.

325 LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución...*, p. 218.

326 LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución...*, p. 218.

327 LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución...*, p. 218.

328 LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución...*, p. 218.

329 LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución...*, p. 218.

330 LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución...*, p. 219.

331 LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución...*, p. 221.

## CONCLUSÃO: PERSISTIR E EVOLUIR NA DEMOCRACIA

O constitucionalismo tem raízes profundas. Repousa em muito antiga tradição que segue evoluindo. Por isso mesmo, tão ou mais importante do que cogitar acerca de um “novo” constitucionalismo é persistir no aprimoramento das práticas de limitação do poder, seja no que se refere à organização dos Poderes, seja no que se refere à promoção dos Direitos Fundamentais.

Variados processos históricos ao longo do tempo “redefinem de modo continuado o significado da democracia”<sup>332</sup>. Mormente nos momentos de crise, o essencial é ter atitude persistente e resiliente em favor do regime democrático de governo, bem assim avançar na qualidade da democracia – fazendo-a sempre mais responsiva àquilo que dela espera a comunidade<sup>333</sup> – para eliminar quaisquer riscos de perda de fé nas instituições democráticas.

Hans Kelsen conta o que considera “símbolo – trágico – da democracia”<sup>334</sup>. Refere-se a “a um episódio da vida Jesus”, narrado no “Capítulo XVIII do Evangelho de São João”<sup>335</sup>. Jesus é acusado perante Pilatos e o governador romano organiza um plebiscito, não obstante não encontre nenhum crime em Jesus. “O plebiscito volta-se contra Jesus”<sup>336</sup>. Kelsen parece ver em Pilatos um democrata que faz a vontade do povo, ainda que seja ela em favor de um ladrão em detrimento do Filho de Deus.

Gustavo Zagrebelsky, em obra especificamente dedicada a essa abordagem de Kelsen, sugere três espécies de democracia: dogmática, cética e crítica. As duas primeiras instrumentalizam a democracia: “O dogmático pode aceitar a democracia apenas se e até quando serve como força, uma força dirigida a impor a verdade. O cético, por sua vez, como não acredita em nada, pode tanto aceitá-la quanto repudiá-la”<sup>337</sup>. Ambos “não servem à democracia, mas dela se servem, se e até quando puder servir”<sup>338</sup>. Por sua vez, a democracia crítica vê a democracia como fim, não apenas como

332 MARKOFF, *Olas de democracia*..., p. 11.

333 DIAMOND, Larry; MORLINO, Leonardo. Introduction. In: *Assessing the quality of democracy*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2005. p. xxix-xxxi.

334 KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. In: *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 107. A propósito, AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Do positivismo jurídico à democracia em Kelsen. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília: Presidência da República, n. 5, 1999.

335 KELSEN, *Essência e valor da democracia*..., p. 107.

336 KELSEN, *Essência e valor da democracia*..., p. 107.

337 ZAGREBELSKY, Gustavo. *II “Crucifige!” e la democrazia*. Torino: Einaudi, 1995. p. 6.

338 ZAGREBELSKY, *II “Crucifige!” e la democrazia*..., 6.

meio: “Não presume possuir a verdade e a justiça, mas também não considera insensato buscá-las”<sup>339</sup>. É o que Zagrebelsky chama “pensamento da possibilidade”:

[...] O pensamento da possibilidade contém sempre e de novo a abertura à busca e o seu postulado é a estrutural pluralidade de toda situação em que venha a se encontrar. A sua exigência ética não é a verdade ou a justiça absolutas, como para o espírito dogmático, mas, entre todas as possibilidades, a busca orientada ao melhor, uma exigência que apenas o espírito radicalmente cético poderia negar, em nome de uma tentação absolutista arruinada. Apenas para o pensamento da possibilidade, a democracia, além de um meio, pode também ser um fim e, portanto, além de servir, também deve ser servida. À democracia que assume como própria essa atitude do espírito adequa-se o nome de democracia crítica.<sup>340</sup>

Para Zagrebelsky, a multidão que gritava “crucifica-o!” era exatamente o contrário do que a democracia crítica pressupõe: “Não tinha nem instituições, nem procedimentos, era instável, emotiva e portanto extremista e manipulável...”<sup>341</sup>. Para Zagrebelsky, o amigo da democracia crítica é Jesus, “aquele que, silente, até o fim convida ao diálogo e à reflexão retrospectiva”<sup>342</sup>. Aliás, Zagrebelsky lembra em sua reconstrução: “O silêncio de Jesus seria então apenas a última tentativa de estabelecer o diálogo”<sup>343</sup>. Aliás, como é próprio do cordeiro ou da ovelha muda que se deixa sacrificar<sup>344</sup>. Por outro lado, diferentemente de Jesus que ressuscitou depois de três dias, “não podemos nos permitir esperar em silêncio ‘até o fim’. Por isso, a democracia da possibilidade e da busca, a democracia crítica, deve mobilizar-se contra quem refuta o diálogo, nega a tolerância, busca somente o poder, acredita que tem sempre razão”<sup>345</sup>.

Como visto, as “Constituições dos professores”<sup>346</sup> não foram capazes de conduzir a uma mobilização da espécie. Daí a importância de prestigiar os subseqüentes valores constitucionais incorporados aos textos constitucionais, valores que buscam proteger a própria democracia, sobretudo no

339 ZAGREBELSKY, Il “Crucifige!” e la democrazia..., 6.

340 ZAGREBELSKY, Il “Crucifige!” e la democrazia..., p. 7.

341 ZAGREBELSKY, Il “Crucifige!” e la democrazia..., p. 119.

342 ZAGREBELSKY, Il “Crucifige!” e la democrazia..., p. 119.

343 ZAGREBELSKY, Il “Crucifige!” e la democrazia..., p. 29.

344 ZAGREBELSKY, Il “Crucifige!” e la democrazia..., p. 31.

345 ZAGREBELSKY, Il “Crucifige!” e la democrazia..., p. 120.

346 Vide, já citados, RUFFIA, *Introducción al derecho constitucional comparado...*, p. 513 e LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución...*, p. 111.



que podem fomentar e orientar o diálogo e a busca de uma democracia de qualidade sempre crescente.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Do positivismo jurídico à democracia em Kelsen. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília: Presidência da República, n. 5, 1999.
- \_\_\_\_\_. O constitucionalismo. In: *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional*. Do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, p. 3-16, 2012.
- AQUINO, S. Tomás de. *Suma teológica*. São Paulo: Loyola, v. 4, 2005.
- ARISTÓTELES. *Constituição dos Atenienses*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006.
- BOVERO, Michelangelo. *Contra o governo dos piores*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- DAHL, Robert. *How democratic is American Constitution?* 2. ed. New Haven & London: Yale University Press, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Sobre a democracia*. Brasília: UnB, 2001.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DIAMOND, Larry; MORLINO, Leonardo. Introduction. In: *Assessing the quality of democracy*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, p. ix-xliii, 2005.
- DORNER, Dalia. Does Israel have a Constitution? *Saint Louis University Law Journal*, v. 43, p. 1325-1335, 1999.
- FAVOREU, Louis. *Droit constitutionnel*. 14. ed. Paris: Dalloz, 2011.
- \_\_\_\_\_; LLORENTE, Francisco Rubio. *El bloque de la constitucionalidad*. Madrid: Civitas, 1991.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

\_\_\_\_\_. *Do processo legislativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1968.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2008.

KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. In: *A democracia*. São Paulo: Maritins Fontes, p. 23-107, 1993.

\_\_\_\_\_. La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La giustizia costituzionale). In: *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, p. 143-206, 1981.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

\_\_\_\_\_. *Que é uma Constituição?* Trad. Walter Stönnner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Ariel, 1986.

MACHIAVELI, Niccolò. *Il Principe*. Torino: Einaudi, 1961.

MARKOFF, John. *Olas de democracia: movimientos sociales y cambio político*. Madrid: Tecnos, 1999.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998.

McILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: ancient and modern*. Indianápolis: Liberty Fund, 2008.

MILL, John Stuart. *Do governo representativo*. São Paulo: Ibrasa, 1995.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MOSSÉ, Claude. *Péricles: o inventor da democracia*. São Paulo: Estação da Liberdade, 2008.

PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. São Paulo: Editora 34, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RUFFIÀ, Paolo Biscaretti. *Introducción al derecho constitucional comparado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

SIEYÈS, Joseph Emmanuel. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SÓFOCLES. *Antígona*. Porto Alegre: L&PM, 1999.

SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. 4. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il “Crucifige!” e la democrazia*. Torino: Einaudi, 1995.

#### **Sobre o autor:**

**José Levi Mello do Amaral Júnior** | E-mail: jose.levi@usp.br

Professor Associado de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Professor do Mestrado e do Doutorado em Direito do CEUB/DF. Livre-Docente em Direito Constitucional (USP, 2018). Doutor em Direito do Estado (USP, 2003). Mestre em Direito do Estado e Teoria do Direito (UFRGS, 2001). Procurador da Fazenda Nacional (desde julho de 2000). Advogado-Geral da União (2020-2021). Procurador-Geral da Fazenda Nacional (2019-2020). Secretário-Executivo do Ministério da Justiça (2016-2017) e Consultor-Geral da União (2015-2016).

Data de submissão: 17 de maio de 2021.

Data do aceite: 22 de junho de 2021.