

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -  
CURITIBA**

**CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I**

**RIVA SOBRADO DE FREITAS**

**LUCAS GONÇALVES DA SILVA**

**ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO**

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

#### **Diretoria – CONPEDI**

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

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

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

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

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

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

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

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

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

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

#### **Secretarias:**

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

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

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

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

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

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

---

C758

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Anderson Orestes Cavalcante Lobato, Lucas Gonçalves da Silva, Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-288-0

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

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Constituição. 3. Democracia.

I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



# XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

## CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

---

### **Apresentação**

A sociedade brasileira continua fortemente marcada pelo processo de transição democrática que permitiu a adoção da atual Constituição brasileira de 1988. De fato, o desafio da nova Constituição brasileira continua sendo o da efetividade. Se no final dos anos noventa a problemática da efetividade da Constituição encontrou no Judiciário um espaço de pressão para a concretização dos direitos sociais, a atualidade da crise econômica e política questiona fortemente a atuação do Judiciário que cotidianamente se envolve em questões políticas e sociais.

O GT Constituição e Democracia I nos ofereceu primeiramente uma série de trabalhos críticos sobre a atuação do Judiciário. A problemática da legitimidade desloca a expectativa de efetividade da Constituição para o espaço democrática de decisão política. Observa-se não somente a crise de legitimidade dos poderes do Estado, mas sobretudo, surge uma nova expectativa de participação política que não se contenta com os instrumentos do sistema representativo, exigindo uma escuta da vontade das ruas, dos movimentos sociais, das manifestações apartidárias, que ultrapassam claramente a vontade dos representantes eleitos ou selecionados pelos concursos públicos de provas e títulos. As críticas e questionamos fundamentos no espaço democrática de decisão política denunciam os limites do constitucionalismo brasileiro pós-1988, ou de outro modo, pós-transição democrática. Com efeito, novo constitucionalismo exige respeito ao texto constitucional; sinceridade na aplicação dos valores e princípios constitucionais e, sobretudo, reconhecimento da diversidade cultural marcada pelo pluralismo jurídico e à crítica ao positivismo das decisões de Justiça.

Pensar a diversidade cultural, econômica e social no Brasil contemporâneo implica necessariamente enfrentar escolhas antagônicas no debate político e partidário, cujo único ponto de contato seria a promoção da justiça social. De fato, a problemática da efetividade da Constituição deixa de ser um objetivo em si mesmo, para despertar a importância sobre o método de promoção dos direitos constitucionalmente protegidos.

Profa. Dra. Riva Sobrado De Freitas - UNOESC

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Prof. Dr. Anderson Orestes Cavalcante Lobato - FURG

## **CONSTITUCIONALISMO: A INERENTE LUTA POR DEMOCRACIA E CONSTRUÇÃO RACIONAL DE GOVERNO**

### **CONSTITUTIONALISM: THE INHERENT FIGHT FOR DEMOCRACY AND GOVERNANCE RATIONAL CONSTRUCTION**

**Davi Niemann Ottoni**

#### **Resumo**

O constitucionalismo é fruto de intensas lutas presentes ao longo de toda a sociedade global. A busca constante de regras fundamentais para ordenar a convivência em sociedade revela um homem que quer a felicidade e repulsa à opressão. Entretanto, por mais racional que demonstre ser, a luta por essa “felicidade” se deparará com uma série de desafios. O que se constata é de que sustentar a mera razão constituiu uma batalha frente aos interesses opostos à democracia. O intuito é levar o leitor à reflexão sobre essas conquistas, já que deve-se estar sempre atento na sua luta contra a tirania.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo, Democracia, Estado de direito

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

Constitutionalism is the result of intense struggles present throughout the entire global society. The constant search of the fundamental rules to order society in coexistence reveals a man who wants happiness and disgust oppression. However, for more rational representing this "happiness" is faced with a number of challenges. This work seeks to bring up these challenges and to sustain the mere reason was a challenge facing the opposing interests of democracy. The aim is to demonstrate the need to value appropriately such achievements as the man should always be careful in their fight against tyranny.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Constitutionalism, Democracy, Rule of law

## **INTRODUÇÃO**

A construção do estado democrático de direito envolve uma longa história de lutas e reflexões. O atual momento vivido pela sociedade global é fruto de uma evolução que em um primeiro momento ocorreu de forma lenta, gradual e, por que não, também pautada por retrocessos. Compreender a real magnitude desta luta gradual leva à reflexão sobre a importância histórica que ocorreu na construção do constitucionalismo.

Ao debruçarmos sobre a evolução histórica do constitucionalismo percebemos que o sonho de normas fundamentais que garantam uma sociedade justa e organizada sempre acompanharam o homem. Uma ideia hoje tomada como essencial e comum foi adquirida após uma intensa luta que atravessou séculos.

Em uma crescente abordagem histórica. O presente artigo se dedica a uma profunda compreensão destas conquistas históricas que se iniciam em períodos remotos, onde não existia a norma escrita, passa pelo período antigo onde analisa-se as sociedades romanas e gregas e alcança-se o período medieval.

O período medieval aborda assuntos paradigmáticos na busca da desmistificação do mito de que tal momento histórico suprimiu por completo o avanço do constitucionalismo. Nele veremos um universo rico de conquistas no tão pouco abordado Constitucionalismo Inglês e a presença dos forais e dos contratos de colonização nas demais sociedades daquela época.

Em seguida será abordado o constitucionalismo moderno com a promulgação das primeiras constituições escritas: a Constituição Norte Americana de 1787 e a Constituição Francesa de 1791. Por fim encerra-se com o alcance da época contemporânea e o atual neoconstitucionalismo.

Para uma compreensão adequada de cada momento histórico foi utilizada uma demarcação temporal adotada pelo professor Uadi Lammêgo Bulos em seu Curso de Direito Constitucional (BULOS, 2012, p. 66).

## **CONCEITO DE CONSTITUCIONALISMO**

O Professor Uadi Lammêgo Bujos ressalta que o constitucionalismo “é uma palavra recente revestida numa ideia remota” (BULOS, 2012, p. 64). E para justificar tal concepção lembra o fato de que Platão já pregava a ideia de um Estado constitucional. Afonso Arinos por sua vez confere o seu surgimento ao inglês John Locke por justificar o individualismo e o liberalismo como sendo as bases naturais da estrutura governativa das sociedades humanas (FRANCO, 1994, p. 7).

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

“[...] um sistema coerente de princípios jurídicos e idéias políticas, ao qual se deu o nome genérico de constitucionalismo. O chamado constitucionalismo começa por ser uma tentativa de construção racional ao governo de todos os povos civilizados.” (FRANCO, 1994, p. 7)

### **O CONSTITUCIONALISMO PRIMITIVO: 30.000 anos a.C. a 3.000 a.C.**

A concepção de constitucionalismo primitivo pauta-se na ideia de que nos mais remotos tempos as sociedades buscaram se auto organizarem tendo como base normas fundamentais. Tais normas pautariam a convivência entre os membros da sociedade, o respeito aos valores essenciais, aos acordos firmados e às autoridades locais, dentre outros quesitos.

De fato não há como organizar qualquer grupo de indivíduos sem normas essenciais que regem suas condutas frente aos demais. É inerente à condução de objetivos em comum a necessidade de respeitar valores intrínsecos. Tais valores remetem a questões variadas como o respeito ao chefe local, a concepção de honrar aqueles a quem se deve afeto, dentre outros temas.

Essa pequena reflexão demonstra que qualquer sociedade, por mais primitiva que seja, possuiu incorporada à si a presença de normas fundamentais. Desde uma organização pequena e tribal a até mesmo sociedades mais complexas e bem organizadas.

Nestas organizações tribais menos complexas. Ou sociedades antigas mais simples. Estas normas se fizeram presentes de forma consuetudinária conforme ressalta o professor Uadi Lammêgo Bulos:

“Apresentava-se, tão somente, em sua manifestação mais singela, sob a forma de organizações consuetudinárias, em que os chefes familiares ou os líderes dos clãs traçavam as normas supremas que deveriam nortear a vida em comunidade, estabelecendo a estrutura mestra, a essência, o cerne da ordenação jurídica daqueles povos.” (BULOS, 2012, pág. 67)

Assim, o que se constata é a presença inerente do respeito a normas essenciais em qualquer sociedade por mais primitiva que seja. Mesmo não existindo constituições escritas tais normas estavam sempre presentes demonstrando que a existência de tais regras é necessária para consecução de qualquer sociedade. Sua origem estava calcada geralmente na obediência ao costume.

A busca inerente de qualquer sociedade, em qualquer momento histórico, de pautar o comportamento dos seus membros, demonstra que tal contexto não encontra limites em qualquer ambiente histórico que se deseje apontar. Neste contexto Gilissen ressalta a presença de tais normas até mesmo em populações da Nigéria, na região dos Grandes Lagos do centro da África (onde se destacaram os Buganda como exemplo) e da Zâmbia (onde os Lozi se destacaram). Nestas regiões da África, em momentos distantes da história da atual sociedade moderna, em povos que não eram dotados da escrita, estiveram presentes estágios de ordenação constitucional bem próximos do Estado centralizado que foi observado nas monarquias europeias. Nestes ambientes, a presença de reis que governavam auxiliados por governadores locais, mesmo não existindo constituições escritas, demonstram uma organização complexa, pautada por princípios fundamentais que possibilitavam sua execução (GILISSEN, 1976, p. 33-34).

Além dos povos africanos acima citados John Gilissen faz menção das populações autóctones de Java e de Bali. Gilissen ressalta que antes mesmo da colonização holandesa estes povos possuíam um sistema jurídico desenvolvido. Tal sistema deixou os holandeses de tal forma surpresos que o apelidaram de *adatrecht*<sup>i</sup> (GILISSEN, 1976, p. 33).

É inevitável que tais organizações consuetudinárias se misturavam ao contexto de pouca compreensão científica vivida em tal período. O desconhecimento do ser humano pela compreensão exata dos mais variados fenômenos que lhe ocorriam ao derredor levava-o à construção de uma série de mitos que desembocavam na melhor argumentação para o inevitável: a presença de uma divindade. Assim, a junção do elemento consuetudinário ao politeísmo era constante e a conseqüente ideia da autoridade divina conferida aos sacerdotes e reis se tornariam comuns. Tal arquétipo foi essencial para a construção deste direito

consuetudinário, já que o castigo divino serviria como argumento para obediência das normas tribais (GILISSEN, 1976, p. 37).

Daí a visão tão distante deste período histórico pelos atuais pesquisadores. A inerente mistura de normas com justificativas baseadas na concepção do misticismo tornavam por diversas vezes tal estrutura permeada pela falta da razão. Fato é que a distinção entre a regra jurídica e a regra religiosa era uma tarefa difícil já que o homem vivia sob temor constante dos poderes sobrenaturais (GILISSEN, 1976, p. 35).

É neste período que Gilissen explica a presença de mecanismos pouco dotados e razão e que serviam para justificar a vontade divina. Tais juízos divinos se manifestavam no uso de ordálios, onde a consequência representava a materialização da vontade divina. Os ordálios, ou “julgamentos de Deus”, ocorriam por provas que decorriam da água de ferver, do fogo, do veneno, ou pelo duelo, onde o resultado final demonstrava a real vontade divina (GILISSEN, 1976, p. 36).

Mas é reduzir de forma indevida o tal contexto social remetendo a obediência ao misticismo fortemente presente nas sociedades tribais. Gilissen também deixa evidente essa ressalva ao relatar que a obediência aos costumes nem sempre ocorriam somente por crenças místicas mas também em razão do próprio desprezo que o infrator sofria perante os seus, ou até mesmo ao receio das penas impostas pelos chefes tribais a aqueles que descumpriam as normas (GILISSEN, 1976, p. 37).

Entretanto, apesar do inerente misticismo que somava-se ao direito consuetudinário destas sociedades primitivas, é inegável à presença de tais normas essenciais, que permitiam a convivência entre os membros da sociedade. Daí a premissa de Hermann Heller se demonstrar válida, a de que qualquer sociedade que tenha existido tenha tido uma constituição. Não há como negar que a convivência social impõe regras, mesmo não escritas, a aqueles que desejam conviver em grupo (HELLER, 1968, p. 201).

Mesmo não sendo escritas estas constituições sempre estiveram presentes. A presença do Direito Público neste ambiente histórico foi citado por John Gilissen. Gilissen chamou atenção para o fato de que mesmo nestas sociedades primitivas não escritas percebia-se a organização desenvolvida de grupos sócio-políticos:

“Ora, no momento em que os povos entram na história, a maior parte das instituições civis existem já, nomeadamente o casamento, o poder paternal e ou

maternal sobre os filhos, a propriedade (pelo menos mobiliária), a sucessão, a doação, diversos contratos tais como a troca e o empréstimo. Do mesmo modo, no domínio daquilo que nós hoje chamamos direito público, uma organização relativamente desenvolvida dos grupos sociopolíticos existe já em numerosos povos sem escrita.” (GILISSEN, 1979, p. 31)

Temos portanto a certeza de que a ideia de constitucionalismo não se prende ao surgimento da construção escrita. De fato, mesmo em sociedades que não conheciam a escrita, seus povos se submeteram a um Direito Constitucional, mesmo tal direito não se materializando em um texto escrito. Somente assim essas sociedades conseguiriam se “constituir” e perpetuarem ao longo do tempo sem caminharem rapidamente à sua destruição. A permanência destas sociedades era devido à obediência de regras presentes em suas constituições materiais (reais):

“Se estamos diante de matérias que constituíram essas sociedades e sem elas não seriam vislumbradas como sociedades, conforme observamos, essa **Constituição** só pode ser definida sociologicamente como uma **Constituição material (real)**.” (FERNANDES, 2016, p. 30)

É da ideia de constituição material (real) que segundo Lassalle

“Uma constituição real e efetiva a possuíram e a possuirão sempre todos os países, pois é um erro julgarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos.” (LASSALLE, 1946, p. 12a)

Também é certo que mesmo nestas sociedades primitivas, viu-se a presença dos primeiros textos escritos que seriam apontados até mesmo como os primeiros textos constitucionais escritos. Nesse diapasão se posiciona Karl Loewenstein, que aponta como a primeira constituição escrita nos textos bíblicos.

Loewenstein sustenta que o povo hebreu foi o primeiro a estruturar um estado forte, pautado em normas escritas, onde o poder dos governantes era limitado e submetido a fiscalização e punições por parte dos sacerdotes. Assim, o primeiro povo a experimentar o constitucionalismo seria o povo hebreu, que percebeu o texto escrito como um elemento necessário para construção de um estado forte, antes pautados unicamente nos elementos povo e território (LOEWENSTEIN, 1986, p. 53). Gilissen ainda vai ressaltar que esse conjunto de

preceitos dos Hebreus será perpetuado não somente em seu próprio sistema jurídico como influenciará todo o mundo contemporâneo, estando presente no atual direito canônico dos cristãos católicos e até mesmo no direito muçulmano no que trata à organização da família (GILISSEN, 1976, p. 52 e 67). Além da esfera religiosa do direito, sem dúvida alguma a Bíblia exercerá um papel de lei moral imperativa que influenciará os atuais governos seculares (LOEWENSTEIN, 1986, p. 53).

Escrito ou não o que se constata em qualquer época primitiva é a presença constante de regras constitutivas de suas sociedades. Tais regras constitutivas fizeram com que quaisquer dessas sociedades primitivas fossem detentoras de suas próprias constituições reais e efetivas, que eram integralizadas pelos fatores reais de poder presentes no seu contexto social (LASSALLE, 1946, p. 12a).

## **CONSTITUCIONALISMO ANTIGO: 3.000 a.C. ao século V**

O constitucionalismo antigo encontra-se retratado no período greco-romano. Nestas duas sociedades as normas fundamentais constitutivas alcançaram estruturas avançadas frente à que qualquer outra sociedade havia praticado desde então. Essa é a razão pela qual a sociedade grega e também a romana são lembradas com constância no direito moderno.

### **A sociedade romana**

Uadi Lammêgo Bulos lembra que já no Baixo Império Romano o termo constituição (*constitutio*) era utilizado para designar todas as leis elaboradas pelo imperador.

Em seguida, já vivenciando a república, a sociedade romana contou com os interditos, textos legais elaborados com a finalidade de proteger os cidadãos romanos contra os arbítrios e a opressão por parte do Estado (BULOS, 2012, p. 68).

A experiência romana reforça à intensa busca do homem por normas fundamentais em torno da limitação do estado frente ao direito.

## **A sociedade grega**

A experiência grega durante o século V revela uma sociedade inspiradora para o constitucionalismo. Nela constata-se a primeira tentativa de uma democracia constitucional idealizada por centúrias elaboradas pelas assembleias centuriatas. Pela primeira vez busca-se nas Cidades-Estado gregas do século V o efetivo exercício da democracia de espectro mais amplo (BULOS, 2012, p. 69).

## **CONSTITUCIONALISMO MEDIEVAL: século V ao século XV**

O imaginário geral tem o período medieval, permeado por diversos reinos absolutistas, restringiu por completo qualquer ideia constitucionalista. De fato, autores clássicos como Ferdinand Lassalle, ressaltaram as dificuldades históricas para o desempenho do constitucionalismo nesta época. Lassalle em seu clássico livro “O que é a Constituição” afirmou

“Mas, o príncipe não acredita na necessidade de pôr por escrito a nova Constituição; a monarquia é uma instituição demasiado prática para proceder assim. O príncipe tem em suas mãos o instrumento real e efetivo do poder, tem o exército permanente, que forma a Constituição efetiva desta sociedade, e ele e os que o rodeiam dão expressão à essa idéia, assinalando ao país a denominação de ‘Estado militar’” (LASSALLE, 1993, pág. 49b).

Entretanto, ficar preso à ideia de que o período feudal foi uma época em que o constitucionalismo ficou suprimido trata-se de um equívoco

“É engano pensar que na Idade Média o constitucionalismo ficou sufocado, em virtude do feudalismo, da rígida separação de classes e do vínculo de subordinação entre suseranos e vassalos.” (BULOS, 2012, p. 69)

De fato, durante o período medieval, ideias como a limitação do poder dos governantes e pelo exercício efetivo do poder judiciário na sociedade fomentaram pleitos por toda a Europa.

Devido às medidas arbitrárias tomadas pelo suserano ideias de limitação do poder estatal ganharão força e irão influenciar a construção do constitucionalismo de até então. Nesta época já ocorriam decisões de juízes que anulavam decisões do rei por julgarem que as mesmas contrariavam o direito natural.

Nesse quadro ganha força o jusnaturalismo que coloca o direito natural como superior com base no argumento de as leis preexistiam aos homens. Surgem também textos jurídicos que reconhecem a primazia das leis frente ao abuso de poder.

## **O Constitucionalismo Inglês**

Tal contexto acaba favorecendo a conjectura de um dos principais textos para o constitucionalismo, a *Magna Charta Libertatum*, de 15 de junho de 1215. O texto outorgado em 15 de junho pelo lendário João Sem Terra abriu caminho para diversos precedentes que foram adotados pelas constituições posteriores.

Na *Magna Charta Libertatum*, antes mesmo das declarações de direitos que viriam somente após o século XVIII, foram assegurados importantes pleitos, dentre os quais podem ser citados: o direito de petição, a instituição do júri, a cláusula do devido processo legal, o *habeas corpus*, o princípio do livre acesso à justiça, a cláusula do devido processo legal, a aplicação proporcional das penas, a liberdade de religião, dentre outros. Princípios esses que irão dar forma e inspirar todo o constitucionalismo moderno e contemporâneo.

Ao outorgar a *Magna Charta Libertatum* o Rei João Sem Terra firma em definitivo um acordo para que a Coroa respeitasse os direitos de seus súditos. Com isso a *Magna Charta Libertatum* ganhou força tal que os reis seguintes acabaram sendo compelidos à confirmarem por mais de uma vez. Ricardo II, Henrique III e Henrique IV a proclamaram por seis vezes. Já Henrique V e Henrique VI, uma vez. Eduardo I por três vezes e Eduardo III por incríveis quatorze vezes (BULOS, 2012, p. 70).

A *Magna Charta Libertatum* acaba inspirando diversos documentos sobre direitos fundamentais que antecederam o constitucionalismo moderno. O professor Bernardo Gonçalves Fernandes lembra que ela foi também o ponto de partida da longa construção do constitucionalismo inglês que alcançou sua consolidação com a Revolução Gloriosa de 1688-1689. Nela afirmou-se a Supremacia do Parlamento inglês (FERNANDES, 2016, p. 32).

Todo esse processo, que teve origem na *Magna Charta Libertatum* de 1215, foi seguida pela elaboração do *Petition of Right* de 1628 e alcançou seu apogeu na já citada Revolução Gloriosa em 1688 evidencia o surgimento de uma nova ordem constitucional no século XVII. É justamente por vivenciar essa longa construção de textos e conquistas tão importantes que Bernardo Gonçalves Fernandes vai atentar para o fato de que não “podemos desconsiderar a existência de um constitucionalismo britânico” (FERNANDES, 2016, p. 32)

A *Petition of Right*, de 1628, trouxe os termos de garantia dos direitos dos cidadãos ingleses e representou mais uma vez o resultado de uma pressão que desta vez não partiu dos súditos mas sim de seus representantes no parlamento que compeliram o Rei Carlos I à sua feitura (BULOS, 2012, p. 70). À *Petition of Right* outros importantes documentos o *Habeas Corpus Act* de 1679, a *Bill of Rights*, de 1689 e o *Act of Settlement* de 1701.

### **Aspectos importantes para o constitucionalismo na Europa e colônias norte-americanas**

Fora da Inglaterra surgiram os *forais* ou *cartas de franquia* que estiveram presentes por toda a Europa Medieval. Os forais também visaram garantir direitos individuais frente ao Rei com uma distinção particular aos pactos. Nestes documentos assegurava-se aos súditos sua participação no governo.

Fora da Europa destacavam-se os contratos de colonização que surgiram nas 13 colônias que antecedem à formação dos Estados Unidos. Deles se destacaram o *Compacto of Mayflower*, de 1620, e as *Fundamental Orders of Connecticut*, de 1639. Nestes textos defende-se a igualdade entre os colonos, ideia com origem calcada na forte influência puritana dos colonos da época.

Bulos destaca a importante influência dos *forais* e das *cartas de colonização* para o constitucionalismo moderno. Afinal, mesmo não sendo constituições, foram textos escritos que estabeleceram a organização do governo e asseguraram direitos fundamentais (BULOS, 2012, p. 70).

### **O CONSTITUCIONALISMO MODERNO: século XV ao século XVIII**

Foi somente no século XVIII que o constitucionalismo alcançou uma verdadeira consistência. Tal fato foi resultado de fatores históricos, políticos, sociais e jurídicos que somados à crescente construção pela garantia dos direitos frente ao estado, que por sua vez deveria ter seus poderes divididos e devidamente pontuados pela norma fundamental que consolidou o ambiente ideal para sua idealização.

É neste período que surgem as constituições dos Estados Unidos da América, de 14 de setembro de 1787, e o da França, de 3 de setembro de 1791. Ambas constituições escritas e rígidas, características essas que inauguraram o constitucionalismo posteriormente adotado em todo o mundo.

Estas constituições trazem as mais variadas experiências que consolidarão teorias relevantes para o Direito Constitucional. Destaca-se a ideia do Poder Constituinte Originário, com forte contribuição do Abade Emmanuel Joseph Sieyès que esclarece seu papel como força criadora das constituições. Surge também a concepção do Poder Constituinte Decorrente que cuida da criação e reforma das constituições dos Estados-membros.

Realiza-se a tão desejada divisão dos Poderes preconizada por Montesquieu e a consequente limitação das funções estatais.

A partir deste ponto da história, a própria declaração de direitos do homem e do cidadão, cita em seu art. 16º, que a solução de constituições escritas que assegurem a garantia de direitos e estabeleçam a separação de poderes passa a ser vista como elemento essencial do estado:

“Art. 16º. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789)

## **A Constituição dos Estados Unidos da América**

O desenrolar dos fatos que culminaram na promulgação da primeira constituição escrita se iniciaram bem antes de 1787. Foi importante a experiência de onze das treze colônias norte-americanas. Ao adquirirem independência, entre os anos de 1776 e 1780, estas colônias passaram por constituintes. Essa experiência inicial serviu para consolidar a ideia de que a palavra constituição servia para designar o ato legislativo escrito, que possuiria uma hierarquia superior, capaz de estabelecer quais seriam as vigas mestras do Estado (BULOS, 2012, p. 72).

A Constituição dos Estados Unidos da América, de 14 de setembro de 1787 surgiu para substituir o *Articles of Confederation*. Assim, a constituição norte-americana teve o importante papel inicial de instituir o federalismo, o presidencialismo e a separação de poderes.

A primeira constituição escrita é elaborada em um texto curto permeado por apenas sete artigos, alguns subdivididos em várias seções. Desde então a Carta americana de 1787 passou por vinte e sete emendas. As dez primeiras emendas foram aprovadas em 25 de setembro de 1789 e por fim ratificadas em 15 de dezembro de 1791. Bulos lembra que estas primeiras emendas realizaram o importante papel de consagrar a técnica do *Bill of Rights* (Carta de Direitos), que já era conhecida desde 1689 (BULOS, 2012, p. 71). De fato, a busca da introdução de normas para a proteção das liberdades individuais e da justiça visaram corrigir a falta da proteção a tais direitos na Carta Norte Americana.

Mostra-se um início do constitucionalismo que muito havia para avançar e compreender. Afonso Arinos ressaltou o importante papel da Constituição dos EUA na história do constitucionalismo:

“Com efeito, foi a Constituição escrita dos Estados Unidos da América, de 1787, o modelo que correspondeu ao anseio geral de fazer constar de um certo número de normas solenes e imutáveis, compendiadas em documento especial, as bases do governo do Estado.” (FRANCO, 1994, p. 8)

## **A Constituição Francesa**

Foi a Constituição Francesa promulgada em 3 de setembro de 1791 a primeira carta escrita da França e de toda a Europa. Os franceses elaboraram sua primeira constituição em um trabalho intenso de sua assembleia constituinte. Foram dois anos de debates e construção criando um modelo que inspiraria não somente a feitura e o conteúdo de suas constituições seguintes como também de todo o mundo.

Em seu texto a Constituição Francesa estabeleceu a monarquia constitucional, limitou os poderes reais, instituiu a separação dos poderes. Caberia ao rei que era, segundo a própria constituição, inviolável e sagrado, a chefia do Poder Executivo. Assim o rei possuía a incumbência de sancionar os projetos de lei que fossem anteriormente aprovados em três assembleias consecutivas.

O Poder Legislativo seria uma Assembleia Legislativa única composta por 745 representantes eleitos pelo povo. A eleição seguia o critério censitário. O cidadão deveria preencher os requisitos da idade mínima de 25 anos, pagar imposto correspondente a três dias de trabalho e de residir na França.

Já o Poder Judiciário era composto por juizes, que integravam um tribunal de Cassação.

O texto da Carta Francesa de 1791 vai inspirar a elaboração dos textos franceses de 1814, 1830, 1875 e 1946. Também foi influenciada a Constituição Belga de 1831 e posteriormente outras constituições europeias (BULOS, 2012, p. 72).

### **O constitucionalismo moderno e o neoconstitucionalismo**

É após o surgimento destas duas constituições e a forte influência desempenhada pelas mesmas na constitucionalização europeia que se desemboca no constitucionalismo moderno do século XX. É a fase do pós-positivismo jurídico, que alguns autores preferirão chamar de neopositivismo. Fase consolidadora da superação do positivismo<sup>ii</sup> exacerbado. Foi a partir da segunda metade do século XX que questões de cunho ético começaram a ser discutidas. Tal fato contribuiu com a ruptura definitiva com o modelo positivista adotado até então.

Assim, a ética e o direito se reaproximam no constitucionalismo moderno e os princípios ganham status constitucional. Inicia-se a fase do constitucionalismo principialista, um movimento que será consolidado no constitucionalismo contemporâneo. Trata-se da ascensão definitiva do princípio à condição de norma em razão da face principiológica do direito.

Tal aproximação esclarece a relação dos princípios com a constituição. Constata-se por definitivo que tais princípios ganham status constitucional e integram a constituição pouco importando se são expressos ou implícitos.

Os reconhecimentos de tais princípios não importam em nenhuma surpresa dada à condição de que sempre estiveram presentes no seio da sociedade influenciando as tomadas de decisões. Princípios da legalidade, da igualdade, da Separação de Poderes, da solidariedade, da equidade, da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, da razoabilidade

e da reserva de jurisdição, passaram a ser suscitados com o fito de adequar a hermenêutica constitucional dentro de uma esfera que atenda os anseios atuais da sociedade sobre a qual ela prepondera. Assim, cria-se o ambiente definitivo para o neopositivismo<sup>iii</sup> se desenvolver junto ao direito e consolidar o pós-positivismo<sup>iv</sup> jurídico vivenciado nos dias atuais.

## CONCLUSÃO

O constitucionalismo foi uma construção demorada e gradual na evolução histórica da atual sociedade. Se acatarmos o constitucionalismo primitivo segundo o período histórico mencionado pelo professor Uadi Lammêgo Bulos teremos uma construção que permeou mais de 27.000 anos (BULOS, 2012, p. 66). A construção de constitucionalismo durante as priscas eras pode ser analisada por documentos históricos do ano 30.000 a.C. até o ano 3.000 a.C.. Uma enormidade quando comparado com os últimos dois mil anos da atual era Cristã.

Tal dimensão deve levar a reflexão da dificultosa construção da sociedade moderna como a conhecemos. O atual estado democrático de direito, construído sob a égide de uma Constituição escrita, não foi uma mera conquista recente. É anseio presente nas mais distantes eras, onde a população já demonstrava a necessidade de se organizar, de restringir e dividir os poderes constituídos, e de assegurar os seus cidadãos de que não devem ser submetidos a qualquer ato de opressão.

A conquistas destes direitos foram alcançados por uma forte pressão popular contra uma verdadeira resistência protagonizada por um número bem menor de atores. Tamanha força para evitar os avanços democráticos da sociedade revelam que Lassalle tinha razão quanto ao fato de que ser detentor dos fatores reais de poder impediam a realização da arte e sabedoria constitucional.

Assim as conquistas do constitucionalismo ocorreram de forma gradual, por muitas vezes pautadas na contagem de séculos. Entretanto, a experiência histórica do Constitucionalismo Inglês, onde importantes cartas de direitos foram sendo redigidas após intensa luta do povo inglês. Lutas que tiveram como primeira conquista a *Magna Charta Libertatum* de 1215 e alcançaram seu apogeu na Revolução Gloriosa de 1688. Constatamos já de antemão que a luta pelo estado democrático de direito traz frutos e que muitos deles são colhidos de forma intensa após incansável e longa labuta.

Temos que as constituições norte-americana e francesa, ambas as primeiras constituições escritas. Representam o ponto inicial da construção de todo o constitucionalismo contemporâneo. Entretanto é importante olharmos para trás e exercermos a reflexão sobre toda a construção necessária para se alcançar o atual estado democrático de direito. Somente assim conseguimos dimensionar a real valoração das atuais conquistas, e enxergar que eventuais retrocessos devem ser questionados, evitados e até mesmo combatidos pela sociedade atual. Somente assim compreenderemos que para termos uma constituição respeitada em toda sua essência será necessário ficarmos atentos aos reclames constantes por aqueles que lutam pela manutenção dos princípios do constitucionalismo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Biblioteca de Direitos Humanos da USP. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Salvador: JusPodivm. 2016.

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

GILLISSEN, John. Introdução histórica ao direito. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa: 2ª edição. 1979.

HELLER, Hermann. Teoria del Estado. México: Fondo de Cultura Econômica, 1974.

LASSALLE, Ferdinand. A essência da constituição. 1946a.

LASSALLE, Ferdinand. O que é uma Constituição? São Paulo: Edição e publicações do Brasil, 1933b.

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

---

<sup>i</sup> direito *adat*, *adat-law* ou em uma tradução livre *lei-adat*.

<sup>ii</sup> O positivismo surgiu na Escola do socialismo utópico de Saint-Simon (1760-1865) no ano de 1830. Mas foi Augusto Comte quem realmente lhe deu projeção firmando-se como seu principal pensador. Os positivistas defendiam os métodos experimentais e influenciaram não só o direito como várias áreas do conhecimento.

<sup>iii</sup> Neopositivismo, ou Positivismo Lógico, teve seu surgimento na segunda metade do século XX em Viena. Defende a ideia de que não existe uma linguagem quimicamente pura, em qualquer dos planos que se pretenda percorrer (sintático, semântico ou pragmático).

<sup>iv</sup> A ascensão do III Reich seguida pela eclosão da segunda guerra-mundial leva à reflexão sobre a derrocada histórica do Jusnaturalismo e ao fracasso político do Positivismo. Busca-se então o “pós-positivismo jurídico”,

---

um movimento que tenta reaproximar o Direito da Ética e estudar a relação do Direito Interno com o Internacional.