

# **I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **HISTÓRIA DO DIREITO**

**ALEXANDRE WALMOTT BORGES**

**ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA**

**RICARDO MARCELO FONSECA**

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

**Diretoria - CONPEDI**

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

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

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

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

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

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

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

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

**Conselho Fiscal:**

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

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

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

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

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

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

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

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

**Comunicação:**

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

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

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

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

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

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

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

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

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

**Eventos:**

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

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

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

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

H673

História do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ricardo Marcelo Fonseca

Alexandre Walmott Borges

Rogério Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-045-9

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

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

## HISTÓRIA DO DIREITO

---

### **Apresentação**

As apresentações dos trabalhos do GT HISTÓRIA DO DIREITO foram marcadas pela novidade da participação por via eletrônica. Pela primeira vez as salas e os debates se realizaram por meio virtual. Apesar do ineditismo o evento foi realizado com pleno sucesso. Os trabalhos mostraram alta qualidade e as discussões serviram à troca de ideias, de materiais, de informações entre os pesquisadores e pesquisadoras. Abaixo há a síntese dos trabalhos deste GT do Conpedi.

O artigo de autoria de Frederico Marcos Krüger tem por título ‘A GÊNESE FAMILIAR COMO FONTE DO DIREITO E OS NOVOS DESAFIOS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO’. Deteve-se o trabalho na pesquisa das origens das instituições jurídicas, das “famílias”. Dessa evolução se constatou o desenvolvimento acelerado populacional e as leis que emergiram dos fatos valorativos que desencadearam o sentido da criação de novas normas para acompanhar o relacionamento comportamental.

O texto ‘A CONDIÇÃO JURÍDICA E A RESPONSABILIDADE DA MULHER E DAS VESTAIS NO DIREITO ROMANO’ é da autoria de Elaine Marcilio Santos e Alessandro Hirata. O artigo tratou da condição jurídica da mulher em Roma, a partir de fontes analisadas à luz da metodologia dialética. Expôs-se um panorama geral do peculiar tratamento jurídico destinado às mulheres e discorreu-se sobre as sacerdotisas cultoras da deusa romana Vesta, as vestais, as quais tinham uma especial condição jurídica de independência em relação aos homens, e que também podiam realizar atividades como o comércio marítimo, sendo inclusive proprietárias de embarcações de cunho comercial, conforme comprovam recentes descobertas arqueológicas na Sardenha.

O artigo ‘A SUCESSÃO DO CÔNJUGE NAS CODIFICAÇÕES CIVIS BRASILEIRAS’, de autoria de Leonora Roizen Albek Oliven, procurou sistematizar e comparar a sucessão hereditária de cônjuges na vigência das duas codificações civis brasileira. A análise foi feita a partir da relevância da família matrimonializada para o direito e para a sociedade brasileira, propondo um percurso histórico-jurídico para a compreensão da sua importância e preocupação específica da codificação contemporânea.

O texto ‘RESGATANDO FRAGMENTOS DA HISTÓRIA DA CIVILÍSTICA NACIONAL: O CONCEPTURO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E A CRÍTICA DE

PONTES DE MIRANDA À BEVILAQUA’ buscou resgatar fragmentos da história da civilística nacional ao tentar compreender e explorar as críticas realizadas por PONTES DE MIRANDA à BEVILAQUA no que diz respeito à possibilidade (defendida por aquele) de que havia uma dupla disposição testamentária em favor do concepturo: (i) pura e direta, prevista no artigo 1.718, bem como pela instituição de (ii) fideicomisso, regulamentada pelos artigos 1.733 a 1.740, ambos do Código Civil de 1916. Os autores são Fabricio Manoel Oliveira e Rodrigo Coelho dos Santos.

O artigo ‘AS REFLEXÕES DOS PARÂMETROS MODERNOS DO DIREITO POSITIVO NOS SÉCULOS XVIII A XX: UMA ANÁLISE DA TRADIÇÃO JURÍDICA ALEMÃ’ teve por proposta realizar reflexões dos parâmetros modernos do direito positivo nos séculos XVIII a XX, analisando-se, sobremaneira, a tradição jurídica alemã. A autoria é de Cristian Kiefer Da Silva.

O texto ‘O PROCESSO HISTÓRICO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO’ teve por objeto da pesquisa o estudo de efeitos da constitucionalização no direito civil sobre o regime contratual, em especial o influxo da função social como elemento essencial no tocante à sua finalidade. A pesquisa iniciou por um exame temporal da relação entre o constitucionalismo e o direito civil para que se pudesse elucidar o fenômeno da constitucionalização, assim como as evoluções no sistema do direito civil dela oriundas. Os autores são Francisco José Turra , Olavo Figueiredo Cardoso Junior e Rodrigo Feracine Alvares.

O artigo ‘AS RAÍZES DO DIREITO À LIBERDADE (E DA PERSONALIDADE): PAINEL SOBRE A QUESTÃO HUMANA, E DIGNIDADE, NAS AMÉRICAS ESPANHOLA E LUSITANA NOS SÉCULOS XVII E XVIII’ propôs-se a realizar um apanhado entre a controvérsia de Valladolid e o Diretório Indígena no Brasil (séc. XVIII) e das mudanças de percepção das noções de humanidade para os índios nos primórdios dos direitos humanos e dos direitos de personalidade. A autoria é de Crístian Rodrigues Tenório e Alexander Rodrigues de Castro.

O texto ‘DIREITO PÚBLICO NA ORIGEM DO BRASIL: ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA, TRIBUTÁRIA, GOVERNAMENTAL E JUDICIÁRIA DAS CAPITANIAS HEREDITÁRIAS’ teve por objeto uma das fases mais antigas do ordenamento jurídico brasileiro, a da implantação das Capitânicas Hereditárias, em 1530. Foi dada ênfase na estruturação das capitânicas e nos assuntos que atualmente estavam incluídos no Direito Público. O autor é Wagner Silveira Feloniuk.

O artigo 'PODER E DIREITO EM TENSÃO: UMA ANÁLISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL A PARTIR DA PERSPECTIVA HISTÓRICA DE PIETRO COSTA' propôs-se à discussão sobre contribuições do historiador do direito Pietro Costa na análise das tensões entre poder e direito em diferentes tempos históricos. Partindo-se da premissa de que a história consiste em uma espécie de horizonte de continuidades e rupturas, por meio de revisão bibliográfica das principais obras do autor, almejou-se investigar quais tradições histórico-culturais deram lugar à fórmula do Estado democrático-constitucional contemporâneo, bem como perquirir se este modelo ainda guarda tensões dos componentes originários. As autoras são Laura Maeda Nunes e Ana Cristyna Macedo Leite S. Bosco.

O texto 'DOCTRINA E CULTURA JURÍDICA NO OITOCENTOS: ESTUDO SOBRE A PRODUÇÃO INTELLECTUAL DO RÁBULA JOSÉ MARCELLINO PEREIRA DE VASCONCELLOS' centrou-se na análise da produção jurídica de José Marcellino Pereira de Vasconcellos, cujas obras somam 24 livros, edições com 1200 exemplares e exemplares com até 11 edições. Problematizou-se a acolhida das grandes editoras nacionais e do público leitor de obras de rábula localizado em província sem estabelecimento universitário. Com as informações coligidas sobre a produção jurídica de Pereira de Vasconcellos, buscou-se identificar o perfil das obras publicadas e o público interessado. A autora é Adriana Pereira Campos.

O artigo 'TECNICAMENTE, A PRIMEIRA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL' propôs-se a discutir o reconhecimento das Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa como a primeira norma a viger no Brasil como Constituição. O texto português vigeu a partir de 9 de março de 1821 no Brasil. A autoria é de Wagner Silveira Feloniuk.

O texto 'TAVARES BASTOS E A EMANCIPAÇÃO DOS CATIVOS' teve por objeto a obra de Tavares Bastos, e a dedicação deste autor às liberdades econômicas e civis, e sobre a causa abolicionista, a forma de reparação dos dos proprietários e dos próprios cativos. O autor é Gabriel D. B. C. Rocha.

O artigo 'A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DO TRABALHO NO CAMPO NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1946. ANÁLISE DA AÇÃO LEGISLADORA DE CONCRETIZAÇÃO NO PERÍODO DEMOCRÁTICO DE 1946 A 1964'' teve por objetivo a problematização sobre as normas infraconstitucionais reguladoras dos direitos sociais do trabalho no campo durante a vigência democrática da Constituição de 1946. A abordagem temporal foi ordenada com o objetivo de verificação e análise do postulado de que houve a ocorrência de dois períodos de ação do legislador infraconstitucional brasileiro,

durante a vigência da Constituição de 1946. Os autores são Alexandre Walmott Borges e Luiz César Machado de Macedo.

O texto ‘A GÊNESE DO “SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO”, SUAS VICISSITUDES E A DESCONEXÃO DA IDEOLOGIA SISTEMÁTICA EUROPEIA’ teve por objetivo a investigação da gênese do conceito de “sistema tributário brasileiro”, com uma abordagem comparativa da situação jurídico-política brasileira para com a das demais nações, primordialmente as europeias. O autor é Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior.

O artigo ‘EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E SUA APROXIMAÇÃO COM A NOVELA EM CADEIA DE RONALD DWORKIN’ tinha por objetivo foi explorar como se deu a transição dessas Constituições, conferindo especial atenção para a acumulação gradativa dos preceitos constitucionais, com base na obra de Ronald Dworkin. A autoria é de Luiz Fernando Lourenço Guimarães.

O texto ‘DE ESTADO AUTORITÁRIO E PATERNALISTA AO IDEAL DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA COMO ÓBICE À IMPLEMENTAÇÃO DO MÉTODO DIALÉTICO VIGENTE NO CPC/15’, teve o objetivo de explicar problemas específicos do ambiente jurídico brasileiro. Utilizando-se do contextualismo linguístico e da revisão bibliográfica proposta pela história da litigiosidade buscou-se destacar transformações pelas quais a cultura jurídica passou desde o século XIX; analisar a participação do Estado nessas mudanças e mostrar quais são os obstáculos e expectativas para alcançar o ideal Estado Democrático de Direito, após o CPC/15. A autoria é de Adriana Pereira Campos, Anna Luíza Sartorio Bacellar e Miryã Bregonci da Cunha Braz.

O artigo ‘FONTES ESQUECIDAS: UMA REFLEXÃO HISTÓRICA SOBRE O PERIODISMO JURÍDICO BRASILEIRO PELA (RE)DESCOBERTA DA REVISTA DE CRÍTICA JUDICIÁRIA (1924-1940)’, procurou, com pesquisa à Revista de crítica jurídica, a discussão sobre o periodismo jurídico como fonte relevante na construção da cultura jurídica brasileira, no período de 1924-1940. A autoria é de Stéphanie Fleck da Rosa .

O texto ‘AS DESIGUALDADES SOCIAIS NA HISTÓRIA E NA CONTEMPORANEIDADE E A VIOLAÇÃO À DIGNIDADE HUMANA’ teve o objetivo de investigar as desigualdades sociais que ocorreram contra a humanidade na história, com o intuito de demonstrar que estas sempre ocorreram e geraram efeitos prejudiciais à dignidade da pessoa humana. A autoria é de Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão e de Suelen Maiara dos Santos Alécio.

Desejamos aos/às interessadas boa leitura.

Coordenadores do GT:

Rogério Luiz Nery da Silva é doutor em direito com pós doutorados pela Universidade de Paris Nanterre e pela New York Fordham School of Law, Mestre em Direito e Economia, Professor do PPGD Unoesc - Mestrado e Doutorado em Direito. Professor visitante na Università degli Studi di Foggia (Itália) e na Cardinal Stephan Wyzninsky University Varsóvia (Polônia) pelo programa Erasmus.

Alexandre Walmott Borges. É graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1994), Especialista em História e Filosofia da ciência, mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1996) e doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2002). Doutor em História pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU (2019). Atualmente é professor dos programas de pós graduação, mestrado em direito, da Universidade Federal de Uberlândia - UFU, e da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP; é professor da pós-graduação em biocombustíveis, mestrado e doutorado, programa conjunto da Universidade Federal de Uberlândia e Universidade Federal dos Vales do Mucuri e Jequitinhonha. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional e na Ordem Econômica Constitucional, com interesses de pesquisa principalmente nos seguintes temas: história e teoria constitucional (sistemas jurídicos constitucionais em comparação, laicidade e associação religiosa do estado, história constitucional brasileira, história dos sistemas de controle de constitucionalidade, história da ordem econômica constitucional); direito constitucional econômico (política normativa da economia, sistemas normativos da energia, estado, serviços públicos e atividades econômicas estatais). É pesquisador líder do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados - LAECC. Orienta projetos de iniciação científica, dissertações e teses pela FAPEMIG e CNPQ. Realiza projetos com financiamento da FAPEMIG e da CAPES. Realizou estágio de pós-doutorado na Universidade Autônoma de Barcelona sob a supervisão do Professor Doutor José Carlos Remotti Carbonell, com pesquisa na área de constitucionalismo multinível. Realizou estágio de pesquisador visitante na Universidade de Barcelona, Faculdade de Filosofia, com a associação à pesquisa Capitalismo e Temporalidade sob a coordenação do Professor Gonçál Mayos.

Ricardo Marcelo Fonseca. Professor Titular de História do Direito do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1990), licenciado e bacharel em História pela Universidade

Federal do Paraná (1990), especialista em Direito Contemporâneo (PUC-PR/IBEJ - 1993), mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1998) e doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2001). Fez pós-doutorado na Università degli Studi di Firenze, Itália, entre 2003 e 2004, sob a supervisão de Paolo Grossi. É ou foi professor visitante na Università degli Studi di Firenze, Università degli Studi di Macerata, Universidad Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha) e Universidade de Lisboa. Áreas de atuação privilegiada são História do Direito, Teoria do Estado e Filosofia do Direito. Membro correspondente no Brasil do Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (INHID), de Buenos Aires. Vice-presidente do Instituto Latino-Americano de História do Direito (ILAHID). Vice-presidente acadêmico do Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD). Sócio correspondente do IHGB (Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro). Foi membro do Comitê de Assessoramento (CS - antropologia, arqueologia, ciência política, relações internacionais e direito) do CNPq entre 2015 e 2018. Foi diretor do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR entre 2008 e 2016. Reitor eleito da Universidade Federal do Paraná (UFPR) para mandato 2016-2020. É pesquisador (bolsista produtividade em pesquisa) do CNPq, nível 1-B.

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho História do Direito apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de História do Direito. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).



**TECNICAMENTE, A PRIMEIRA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL**  
**TECHNICALLY, THE FIRST BRAZILIAN CONSTITUTION**

**Wagner Silveira Feloniuk <sup>1</sup>**

**Resumo**

Artigo propondo o reconhecimento das Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa como a primeira norma a vigor no Brasil como Constituição. O texto português vigeu a partir de 9 de março de 1821 no Brasil. A norma se proclama Constituição, tem declaração de direitos, separação de poderes, foi outorgada pelo detentor da soberania (no sistema do antigo regime) e, portanto, tem todos os requisitos para ser, ainda que apenas tecnicamente, a primeira Constituição em território brasileiro.

**Palavras-chave:** Bases da constituição da monarquia portuguesa, Constitucionalismo, Portugal, Brasil, História do direito, História constitucional

**Abstract/Resumen/Résumé**

This is a paper proposing the recognition of the Bases of the Constitution of the Portuguese Monarchy as the first rule into effect in Brazil as Constitution. The Portuguese text was put into effect in March 9, 1821 in Brazil. The rule proclaims itself a Constitution, it has a bill of rights, separation of powers, and it was imposed by the sovereign holder (in the old regime system) and therefore has all the requirements to be, even if only technically, the first constitution in Brazilian territory.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Bases of the constitution of the portuguese monarchy, Constitutionalism, Portugal, Brazil, Legal history, Constitutional history

---

<sup>1</sup> Professor Adjunto do Curso de Relações Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande. Doutorado em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

## INTRODUÇÃO

O estudo de temas do Direito Constitucional e da História do Direito em conjunto podem ajudar a definir alguns momentos importantes do desenvolvimento político de um país. Um deles é saber quando uma Constituição vigeu. Ao fazer esse estudo sobre o Brasil, não se pretende diminuir a importância da Constituição Imperial de 1824, o primeiro texto elaborado no país e com uma importância social profunda. Este estudo busca verificar se antes da norma imperial, outra norma do mesmo período, as Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa, não foram a primeira Constituição a ter uma breve vigência no Brasil, de 9 de março de 1821 até a independência. Essa norma portuguesa pode ter entrado em vigência no Brasil caso possua todas as características necessárias para essa afirmação ser feita.

O objetivo é analisar as Bases e verificar se ela tem os conteúdos que em seu período seriam necessários para ser chamada de Constituição. A divisão de poderes e a declaração de direitos são os dois principais elementos a serem verificados nesse sentido. Caso a análise normativa permita concluir que o texto tem esses elementos, se poderá passar a análise final – se a norma vigeu no Brasil, e se isso foi uma vigência apenas formal ou se houve efeitos efetivos desse ato.

### 1 CONSTITUIÇÃO – DIFERENTES SIGNIFICADOS

A palavra Constituição foi utilizada para denominar fenômenos muito diversos ao longo do desenvolvimento político ocidental. Para fins metodológicos, importa dividir o uso da palavra em três fases quando se analisa um texto normativo do início do período das constituições escritas.

A primeira fase remete ao uso que a palavra constituição (inicial em minúsculo no português) teve desde a época da Grécia Antiga, com Platão (MCILWAIN, 2008, p. 8) e seguiu até a modernidade, no século XVIII. Um autor que utiliza o termo constituição nesse sentido aqui apresentado é Lord Visconde Bolingbroke, em famosa passagem escrita em uma carta no ano de 1733:

By constitution we mean, whenever we speak with propriety and exactness, that assemblage of laws, institutions and customs, derived from certain fixed principles of reason, directed to certain fixed objects of public good, that compose the general system, according to which the community hath agreed to be governed<sup>1</sup> (BOLINGBROKE, 1841, p. 88).

Constituição era conjunto de elementos que compunham as comunidades políticas – leis, costumes, tradições, crenças, instituições. Esse conceito englobava elementos políticos, jurídicos e culturais. É o sentido de Montesquieu, no Espírito das Leis, quando descreve a separação dos poderes no Livro XI, Capítulo VI, intitulado Constituição do Governo da Inglaterra. A palavra é utilizada para a descrever funcionamento do governo inglês como um todo. Não havia a separação de um sentido jurídico específico para a palavra, ela não era uma norma com características

---

<sup>1</sup> Tradução livre: “Por constituição nós queremos dizer, sempre que nós falamos com propriedade e exatidão, aquele conjunto de leis, instituições e costumes, derivadas de certos princípios certos da razão, direcionadas a certos objetos do bem público, que compõe o sistema geral, de acordo com o qual a comunidade aceitou ser governada”.

específicas. Na fase inicial, o ordenamento jurídico era uma parte da constituição – não é o que ocorre hoje, quando a Constituição é a norma de mais alta hierarquia dentro do ordenamento jurídico.

Houve breves períodos de democracia no mundo antigo, caracterizados pela liberdade de elaboração e aplicação das leis por parte de uma parcela pequena da população, mas sem o desenvolvimento de direitos que limitassem a atuação política e jurídica. Salvo durante essas exceções, a maior parte da humanidade viveu sob o mando forçado de poucos durante a maior parte da história. Durante todo esse período, ao contrário do que ocorreria na modernidade, a expressão constituição não foi utilizada como um dos elementos de protesto pela busca de liberdade pessoal e política. As constituições não eram um elemento tipicamente utilizado para conter atos dos governantes. Especialmente até o final da Idade Média, o constitucionalismo não havia conseguido limitar os príncipes, a irrisignação só poderia ocorrer nos momentos de revolução (MCILWAIN, 2008, p. 55). Os maiores expoentes do pensamento político, como Maquiavel e Hobbes, sequer lutaram para limitar o soberano, pelo contrário, lutavam por ter unidade política, mesmo que arbitrária, pondo fim a situações políticas que poderiam ser ainda mais graves (VILE, 1998, p. 5).

Essa primeira fase faz uso do termo em um sentido existente até hoje, o de “elementos que constituem”. No entanto, a partir do século XVII se desenvolvem pensamentos políticos que iriam criar um novo sentido para a palavra, mais específico, se referindo a determinadas normas, de hierarquia mais alta e com determinadas características especiais.

A precursora da limitação política dos monarcas foi a Inglaterra. Ali foi dado início ao segundo período do constitucionalismo. A alteração se dá com a Revolução Puritana a partir de 1625 e a transformação de uma monarquia do antigo regime em uma monarquia limitada (LOEWENSTEIN, 1965, p. 132). Carlos I estabeleceu uma política menos liberal que seus antecessores e acabou por gerar uma série de revoltas que culminariam na vitória do exército dos parlamentares em 1649, na sua decapitação e a ditadura de Oliver Cromwell. Nesse período surgem as primeiras normas voltadas a limitar o poder real com as características liberais que influenciariam os textos das futuras constituições do século XVIII, a Agreement of the People de 1649 e a Instruments of Government de 1654.

A uso palavra constituição não se alterou pela inovação das ideias na Inglaterra e por isso as normas de maior hierarquia no país não receberam esse nome tão logo surgem os movimentos liberais ingleses<sup>2</sup>. Apesar do protagonismo pragmático inglês, é ideia dos filósofos e teorias franceses, que daria início ao uso da palavra Constituição na segunda fase, quase um século mais tarde, na sua própria vertente de limitação do poder real.

A constituição (ainda no sentido da primeira fase) seria escrita, concretizada dentro de ideias liberais e de contrato social – assim surgiria a Constituição, a segunda fase do uso da palavra.

---

<sup>2</sup> Além desses termos ingleses, outros termos também eram utilizados para denominar as normas supremas no período que antecedeu a segunda fase. McIlwain cita, por exemplo, as normas ordenadas “ad statum publicum regni”, conforme utilizadas por Jean de Terre Rouge em 1418 ou 1419. Jean Bodin, em 1566, também trata de questões de conteúdo materialmente constitucional no sexto capítulo do seu livro *Methodus*, sob o título “De statu Rerumpublicarum” (2008, p. 58-59).

Um relevante exemplo desse período de transição seria a Constituição da Córsega, escrita por Jean-Jacques Rousseau em 1755, um texto quase literário, com características das constituições modernas, mas comentários típicos dos tratados políticos. O uso da palavra Constituição foi consolidado definitivamente na América três décadas depois. A origem material, especialmente no Estados Unidos, está no constitucionalismo inglês do século anterior, mas isso não retira o protagonismo dos franceses na idealização do novo uso.

Em obra sobre sua viagem à França realizada em 1787 e publicada em 1792, o inglês Arthur Young ainda se surpreende com o novo uso da palavra. Apesar de viver na Inglaterra, local onde os efeitos práticos buscados em uma Constituição liberal já eram sentidos, ele escreve jocosamente que Constituição “is a new term they have adopted; and which they use as if a constitution was a pudding to be made by a receipt”<sup>3</sup>, conforme traz McIlwain (2008, p. 6).

A alteração do significado da palavra surgiu pelo avanço político em prol da liberdade. É fundamental compreender o papel das lutas políticas porque ele determinará o segundo significado da palavra, afastando ela da simples ideia de elementos que constituem e trazendo para uma norma que defendesse um pensamento político específico do período moderno – o liberalismo.

A palavra Constituição passava a significar um texto escrito<sup>4</sup> com características específicas e voltadas a limitar o poder estatal. A construção é feita principalmente com a separação de poderes e com a criação de garantias contra a atuação estatal. Agora as constituições passavam a ter um papel específico, a busca pela limitação do poder. As intenções da segunda fase podem ser explicadas nas palavras de um dos maiores expoentes da política ocidental e defensor da primeira Constituição com esse sentido, Alexander Hamilton:

Ambition must be made to counteract ambition. **The interest of the man must be connected with the constitutional rights of the place.** It may be a reflection on human nature, that such devices should be necessary to control the abuses of government. But what is government itself, but the greatest of all reflections on human nature? If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government, which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: You must first enable the government to control the governed; and in the next place, oblige it to control itself. A dependence on the people is, no doubt, the primary control on the government; but experience has taught mankind the necessity of **auxiliary precautions.** (HAMILTON; MADISON; JAY, 1802, p. 27-28, grifo nosso).

A precaução auxiliar a que se refere Hamilton é uma Constituição escrita que limite poderes e declare direitos. A separação de poderes, para Vile, está ao lado da representação como um dos maiores pilares da política ocidental, são os dois apoios necessários para que possam haver sistemas de governo chamados de constitucionais (VILE, 1998, p. 2). Somando-se aos pilares, as declarações de direitos seriam a proteção vertical contra a atuação do governo e outro impulso de grande importância para que nos últimos três séculos tenham havido tantas alterações que aumentaram a liberdade e a igualdade nas sociedades políticas ocidentais.

<sup>3</sup> Tradução livre: “é um novo termo que eles adotaram; e o qual eles usam como se a constituição fosse um pudim para ser feito por meio de receita”.

<sup>4</sup> Com o desenvolvimento doutrinário, também se firmou a ideia de que uma Constituição poderia ter o conceito da segunda fase e ainda assim não ser escrita, como ocorre com a Inglaterra.

Karl Loewenstein resume, em texto que não merece interpretação, as características das constituições da fase liberal – do significado da palavra Constituição na segunda fase. O constitucionalismo de segunda fase, iniciado no século XVII havia dado início ao movimento; as ideias francesas e o desenvolvimento político das colônias norte-americanas concretizaram o uso da palavra Constituição nos seguintes termos:

These functional principles did not spring to life like Minerva from Jupiter's head; they evolved slowly, by trial and error. But, after the vast experimentation of the English, American, and French revolutions, constitutional experience reached the stage where there could be agreement on certain minimum requirements of any formalized constitutional order.

The following elements are considered the irreducible minimum: (1) There should be a differentiation of the various state functions and their assignment to **different state organs or power holders, to avoid concentration of power** in the hands of a single autocratic power holder. (2) There should be a planned mechanism for the co-operation of the several power holders. These arrangements – the "**checks and balances**" familiar to American and French constitutional theory – imply the sharing and, being shared, the limitations of the exercise of political power. (3) There should be a mechanism, likewise planned in advance, for avoiding deadlocks between the several autonomous power holders to **prevent one among them, when the constitutionally required co-operation of the others is not forthcoming, from solving the impasse on his own terms** and, thereby, subjecting the power process to autocratic direction. When, under the impact of the democratic ideology of popular sovereignty, constitutionalism had reached the point where the role of the ultimate arbiter of conflicts between the instituted power holders was assigned to the sovereign electorate, the original concept of liberal constitutionalism had been perfected as democratic constitutionalism. (4) There should be a method, also planned in advance, for peaceably adjusting the fundamental order to changing sociopolitical conditions - **the rational method of constitutional amendment** - in order to avoid the resort to illegality, violence, and revolution. (5) Finally, and this occurred at an early date in the evolution of constitutionalism and indicates its **specific liberal telos**, the fundamental law should also contain the explicit recognition of certain areas of individual self-determination - the individual rights and fundamental liberties – and their protection against encroachment by any and all power holders. Next to the principle of shared and, therefore, limited power these areas inaccessible to political power, have become the core of the substantive constitution (LOEWENSTEIN, 1965, p. 127, grifo nosso).

**Durante a segunda fase, não há uma distinção clara entre o papel político e o papel jurídico de uma Constituição, mas surge a ligação da palavra com uma norma de hierarquia superior às demais.** As maiores preocupações durante esse período de transição do exercício da soberania eram políticas e é isso o que permite que Loewenstein escreva que há um *telos* liberal nas constituições – essa é a parte mais política delas, desnecessária para organizar o Estado formalmente, mas essencial para o desenvolvimento do período.

É na segunda fase da palavra Constituição que foram escritas as Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa. Foi com o modelo liberal que os franceses e espanhóis criaram suas normas constitucionais e inspiraram os deputados portugueses que elaboraram seu texto pouco tempo depois. O nome Constituição estava carregado desse sentido valorativo liberal. O uso do termo Constituição foi intencional, expresso, planejado pelos legisladores. O juramento dos deputados das Cortes Portuguesas fora o de criar um texto ainda mais liberal que o espanhol, como fica demonstrado nos diários da seção legislativa número 21, com ata de 23 de fevereiro de 1821 (PORTUGAL, 1821).

A segunda fase é o momento no qual a aura de luta política da palavra Constituição atinge seu auge. Com o tempo, a criação de normas supremas com o nome Constituição se espalha e se

torna hegemônica no mundo, inclusive no Oriental. Essa expansão, no entanto, também fez com que um uso político tão específico fosse dando lugar a uma palavra com sentido desligado de ideias específicas.

A terceira fase, a atual, é trazida por uma conjunção de fatores. Nela a palavra Constituição perde a maior parte de sua ligação com o liberalismo e se torna um conceito utilizado pela doutrina do Direito em sentido mais técnico e mais inclusivo – utilizando-o mesmo quando sequer há um regime democrático. Os motivos responsáveis pela transição à nova fase também são os que explicam o conceito atual da palavra.

O primeiro motivo para a entrada na terceira fase é o uso da palavra Constituição para fins diversos daquele planejado pelos liberais. Antes da primeira Constituição da França, ainda em março de 1791, entraria em vigor a Constituição da Polônia, utilizando o nome dos novos tempos – *Konstytucja* –, mas estabelecendo um sistema típico do antigo regime (POLÔNIA, 1791). Essa é uma realidade que se iniciou no século XVIII e continua ocorrendo rotineiramente até os dias atuais – os mais diversos Estados passaram a ter constituições. Mesmo os totalitarismos do século XX prestam seu tributo a essa realidade, nenhum deles deixou de ter uma. Como aponta BOBBIO, o conteúdo liberal das constituições foi contestado inclusive quando o termo foi utilizado na criação de sistemas essencialmente diferentes do liberal – como no caso dos Estados soviéticos (1998, p. 258).

A superação do uso da palavra Constituição em seu sentido fortemente liberal se deu então, em parte, pela conjuntura política – cada vez mais a palavra foi utilizada para outras finalidades em países com outras realidades políticas.

Na visão de importantes autores contemporâneos, o atual sentido da palavra Constituição também é o resultado do avanço da Ciência Política e do Direito no sentido de depurar o conceito (BOBBIO, 1998, p. 247). Concordando, Louis Favoreu *et al* (2012, p. 58) atribuem a definição moderna de Constituição a Hans Kelsen, a membros da Escola da Viena e, mais recentemente, a autores como Hart e aos trabalhos das escolas realistas norte-americana e escandinava. Favoreau entende que atualmente existe a busca por uma epistemologia rigorosa na construção dos conceitos, influenciadas pela intensificação formalismo lógico e empirismo crítico. Construíram-se conceitos neutros de valor ou que mostrem a necessidade de valores sem os definir – a finalidade liberal foi retirada do conceito, ainda que suas contribuições permaneçam na maior parte das normas atuais. Constituição passou a ser, na maior parte dos países, a norma de hierarquia suprema, defendida tribunais especiais, alterada com dificuldade extraordinária e que trata de certos assuntos essenciais à vida política e à relação entre as pessoas e o Estado.

Utilizando a autorizada doutrina de Konrad Hesse<sup>5</sup>, considera-se a palavra como atualmente tendo o seguinte significado:

Constituição é a ordem jurídica fundamental da Comunidade. Ela fixa os princípios diretos com relação aos quais deve-se produzir a unidade política e assumir as tarefas do Estado. Contém os procedimentos para resolver os conflitos no seio da Comunidade.

<sup>5</sup> Esta é uma forma conceituar de Constituição atualmente, ela é relevante, mas sequer se propõe ele como um conceito majoritário – o atual desenvolvimento é abundante e suas nuances não são objeto deste trabalho.

Regula a organização e o procedimento de produção da unidade política e de atuação estatal. Cria as bases e determina os princípios da ordem jurídica em seu conjunto. Nisso tudo, a Constituição é o “plano estrutural básico, orientado por determinados princípios que dão sentido à conformação jurídica de uma Comunidade” (HESSE, 2009. 86).

As diferenças para a segunda fase são notáveis em dois aspectos. O menos relevante é a preocupação com a separação de poderes – agora que a soberania emana do povo nos países democráticos em um ambiente de maior estabilidade e houve notáveis avanços institucionais, o tema continua sendo fundamental, mas é menos abordado. O mais relevante é a declaração de direitos fundamentais de natureza liberal, que agora não faz parte da definição. Esse é outro fator na alteração de sentido do termo.

Nos Estados democráticos, o surgimento de um Estado interventor é ainda outro motivo que auxiliou no movimento de generalização do termo Constituição. Desde os partidos de trabalhadores do século XIX na Europa, as constituições de muitos países avançaram em ritmos diferentes na direção de maior atuação estatal na busca por bem-estar social. Parte dessas atuações estatais são incompatíveis com ideias liberais clássicas – como exemplos extremos, cita-se as duas constituições socialistas do México em 1917 e da Alemanha de 1919. Nos Estados Unidos, por outro lado, a manutenção do texto original até os dias atuais fez com que ele seja um dos textos mais liberais em vigência. Esse avanço pouco concatenado de conteúdo somado à manutenção do nome Constituição em qualquer dos casos também contribuiu para que o termo cada vez menos pudesse ter seu sentido unívoco inicial.

Os direitos liberais de igualdade formal e limitação do Estado se integraram à tradição dos países ocidentais, e atualmente também há expectativa de direitos oriundos da intervenção do Estado. Os objetos de proteção se ampliaram. Os direitos fundamentais ainda servem para a proteção ao indivíduo, mas agora também objetivam resguardar ambiente, os grupos e as futuras gerações. Assim se manifesta um doutrinador das demandas atuais sobre o Estado:

O constitucionalismo, então, reforça todos os pontos de vista sobre a importância da legalidade. Porém, não se resume a esse aspecto. Por sua condição mesma de se apresentar como um texto jurídico, mas, também, sobretudo, como uma carta política, complementa e apresenta um além em relação a segurança jurídica, e que diz respeito, justamente, a realização dinâmica da justiça individual, social e cultural (OLIVEIRA JUNIOR, 2008, p. 3670).

Em suma, na terceira fase de desenvolvimento da palavra, houve a retirada do conteúdo liberal do núcleo do conceito. Considerar as Bases como constituição dentro dessa fase seria simples, bastando verificar se seu conteúdo contém os elementos típicos das constituições atuais. Entretanto, nesse caso, textos de todos os períodos da história também seriam constituições – mesmo aqueles criados séculos antes de um legislador poder compreender a palavra com o significado de uma norma de hierarquia suprema.

## **2 REGIMENTO DE DOM JOÃO III A TOMÉ DE SOUZA E OUTRAS NORMAS ANTERIORES**

A divisão e apresentação de três fases do uso da palavra Constituição é necessária para justificar que textos anteriores às Bases não sejam aceitos como a primeira norma fundamental do Brasil. O candidato mais comum a esse título no Brasil é o Regimento de Dom João III, entregue ao governador Tomé de Souza e escrito em 17 de dezembro de 1548, na cidade de Almeirim, Portugal. A norma foi trazida ao Brasil no ano seguinte. Pedro Calmon é um dos autores de maior relevo a publicarem posicionando-se dessa forma, com seu trabalho intitulado “A primeira constituição do Brasil: regimento de dom João III a Tomé de Souza” (CALMON; PEIXOTO; MELLO, 1943).

Defende-se que sejam chamados de Constituição os textos que surgiram a partir da segunda fase do uso da palavra, quando ela foi associada a uma norma escrita que tinha valores os liberais do século XVII e XVIII. Não há consenso definitivo sobre qual seria essa primeira Constituição. A maior parte dos autores cita a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, mas no momento em que se iniciou a Guerra da Independência daquele país, doze constituições foram elaboradas entre 1776 e 1786 – e, como venceram a revolução e aqueles eram Estados soberanos confederados até a entrega de suas independências e criação da federação de 1787, essas poderiam ser consideradas as primeiras constituições. A primeira é 5 de janeiro de 1776 do Estado de New Hampshire. Alternativamente, por já terem o caráter liberal, poderiam ser considerados até os textos ingleses do século XVII.

A palavra Constituição deve ser utilizada para textos liberais durante a segunda fase e, depois da generalização imposta no terceiro período, em qualquer norma que contenha os elementos materiais aceitos na doutrina. O principal motivo para o posicionamento ocorre porque antes da era liberal, a palavra não era associada a uma norma específica. Antes da segunda fase, constituição eram os elementos que constituíam algo – como uma comunidade política. Doutrinariamente, essa parece ser a posição mais aceita, tanto que a amplíssima maioria dos textos jurídicos indica como primeira Constituição escrita, um texto liberal, a dos Estados Unidos da América.

Textos anteriores ao século XVIII têm todos os elementos de uma Constituição no sentido atual do termo, mas nunca houve a intenção de chamar esses textos de Constituição quando foram feitos. Karl Loewenstein se posiciona da mesma forma, escrevendo que a primeira Constituição é a dos Estados Unidos da América, mas colocando como nota de rodapé que, talvez, a primeira Constituição escrita seja o texto do príncipe japonês Bokotu, do ano de 604 (LOEWENSTEIN, 1965, p. 420). O autor não diferencia as fases e cria na nota de rodapé citando uma norma criada antes da palavra ter o novo conceito a ela atribuído, mas nota os diferentes sentidos e se posiciona com o restante da doutrina de Direito Constitucional no seu uso a parte da fase liberal.

As Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa foram um texto do segundo período de utilização da palavra Constituição, se qualificando nessa análise preliminar. A seguir, é preciso verificar em sua história e conteúdo se ela pode ser chamada de Constituição.



### 3 CONJUNTURA HISTÓRICA DA CRIAÇÃO DAS BASES

O Conselho de Estado de Portugal se reunira, em 19 de agosto de 1807, para definir os planos a serem acionados caso o Estado português fosse invadido por Napoleão (GOMES, 2011, p. 49). A campanha militar francesa se desenvolvia na Europa sem que ninguém conseguisse fazer frente ao poderio do imperador em terra. O imperador Napoleão não havia conseguido a hegemonia marítima na Europa, e por isso estava disposto a invadir Portugal por desrespeitar o bloqueio à Inglaterra. O pequeno reino português facilitava o comércio entre a ilha e o continente, afrontando os planos franceses. Em 1º de novembro de 1807, foi dado o ultimato: a Casa de Bragança deixaria de reinar na Europa em dois meses se as exigências francesas não fossem atendidas. A decisão foi por continuar apoiando a aliada histórica, a Inglaterra, que assim conseguiu manter seu acesso ao continente e ainda, como parte do acordo para a transmigração da família real, abrir os portos brasileiros para o comércio direto, pagando inclusive menos tributos que os próprios portugueses (16% e 15%, respectivamente).

Para o Brasil, a vinda da família real trouxe muitos avanços importantes. Segundo as fontes da época, o país de três milhões de habitantes (sendo um milhão, escravos) (VANHAGEN, 1856, p. 298) recebeu uma série de melhorias junto com os quinze mil portugueses, grande parte da elite burocrática e financeira de Portugal. Foram criados, naquele curto espaço de tempo, uma academia da marinha, uma de artilharia e fortificação, uma tipografia, um fábrica de pólvora, a biblioteca nacional, a academia de belas artes, o Banco do Brasil e várias outras instituições. Além das obras, o Brasil acabava de virar a sede do reino e receber todo o aparato burocrático decorrente. No judiciário, por exemplo, houve avanços como a criação de um tribunal supremo no Rio de Janeiro, as relações do Maranhão e de Pernambuco, bem como a criação de diversas comarcas, vilas com juízes de fora (VANHAGEN, 1845, p. 319).

Em Portugal, o efeito foi o contrário, Raymundo Faoro narra um cenário de enorme desordem econômica e social. Em 1807, setecentos e setenta e sete navios portugueses haviam entrado nos portos brasileiros, esse era o cenário imediatamente anterior à abertura dos Portos; em 1820, foram cinquenta e sete (FAORO, 2001, p. 295-297). No período de treze anos de afastamento da família real, o Brasil deixou de ser um monopólio comercial dos portugueses para ter menos de 10% do comércio relacionado a eles (PRADO JÚNIOR, 2010, p. 48). Narrando os acontecimentos que via se desenvolver, Visconde de Cairu traz ainda outras causas de importante insatisfação para lusitanos: os efeitos sociais da guerra contra Napoleão, instituições ineficientes e corruptas, a influência inglesa em Portugal (inclusive ocupando a regência), a residência da família real no Brasil e o final dos privilégios econômicos e políticos sobre o Brasil (CAIRU, 1827, p. 12).

A permanência da família real, no entanto, é o elemento com mais destaque nos acontecimentos. Em 18 de junho de 1815, foi travada a Batalha de Waterloo, e a derrota determinou o rápido declínio da campanha militar de Napoleão. Apesar do fim da guerra que se seguiu, Dom João VI não voltara a Portugal e não dava sinais de que iria fazê-lo. Sob a influência liberal francesa, inglesa e espanhola, a elite que ocupou o vazio político começou a cada vez mais se aproximar do liberalismo. Em 1817, veio a primeira conjuração, contida com sucesso, mas nela

já era visível a defesa das ideias de limitação e responsabilização do poder, reconhecimento de Direitos Humanos a todos e as outras grandes características do ideário (BONAVIDES, p. 209). Os portugueses queriam a volta da monarquia, mas reformulada sob as ideias liberais, limitadas por uma Constituição escrita.

A Revolução do Porto, de 24 de agosto de 1820, determinante para a volta de Dom João VI, emana das mesmas ideias e decorre dos fatores de insatisfação. A grande influência era a Espanha, país no qual o monarca fora fortemente limitado e a sociedade havia criado uma Constituição a partir da luta de grupos de cidadãos contra os invasores franceses. Apesar de não citar com frequência o ocorrido, Ruy Barbosa escreveria que “foi com o chuço e a faca que os homens rústicos de Portugal e Espanha receberam e combateram na suas hostes tumultuárias os exércitos de Napoleão, ali vencido” (BARBOSA, 1977, p. 518). O político estava se referindo especialmente à Batalha de Bailén, quando a população espanhola, através das Juntas de Governo de Sevilha e de Granada, conseguiu infligir a primeira batalha em terra a Napoleão (GUZMAN, 1975, p. 28). A história da Espanha servia de inspiração e havia gerado uma Constituição que ia ao encontro dos interesses dos revolucionários.

Tamanha era a admiração e o interesse no apoio militar, que até mesmo uma nova união ibérica foi tentada pelos portugueses durante a revolução de 1820 (BERBEL, 2008, p. 229). A inspiração original para as constituições liberais escritas, a França, pouco servia de influência direta, devido à guerra recente e à grande violência ocorrida durante a Revolução Francesa de 1789 (BREWER-CARÍAS, 2009, p. 29-30). A famosa expressão de Rousseau, a lei como expressão da vontade geral, nunca viria a ser utilizada nos textos constitucionais portugueses, um exemplo significativo do movimento da elite portuguesa de não aceitar as doutrinas mais incisivas da França (CUNHA, 2006, p. 228).

A Revolução do Porto objetivava expandir seu movimento para toda Portugal e depois estabelecer um governo pacífico, mas também era desejo deles formar Cortes Extraordinárias para elaborar uma nova Constituição. Em 2 de setembro de 1820, os representantes da Junta do Porto, o governo provisório, elaboram uma carta conclamando o apoio da regência do reino em Lisboa que havia, até aquele momento, se oposto ao movimento (BERBEL, 2008, p. 228). Apenas dois dias depois, vem a adesão e unificação do movimento – Lisboa estava exigindo também a volta do monarca sob os ares liberais. Haveria a reunião das cortes para a criação da Constituição, uma assembleia que não era convocada a mais de um século (GOMES, 2010, p. 87). Os grupos das duas cidades estariam juntos no processo de criação da nova Constituição.

Os grupos das duas cidades não eram iguais, o grupo de Lisboa tinha mais militares e nobres, que não cogitariam o fim da monarquia e amenizavam as limitações liberais ao monarca. O grupo do Porto tinha mais comerciantes e ideias mais radicais quanto ao liberalismo, especialmente se o rei decidisse não voltar à Portugal. Ambos, no entanto, demandavam a volta do rei e a limitação de seu poder (BONAVIDES, p. 209). As normas eleitorais da Constituição de Cádiz, a fonte de inspiração espanhola, foram utilizadas para realizar as eleições em Portugal ao longo de dezembro de 1820 – a primeira reunião foi em 26 de janeiro de 1821, sem nenhum brasileiro presente.

**O grupo de cem deputados lusitanos criaria as Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa menos de um mês após o início das reuniões.** Ela terminou de ser elaborada ao longo

do mês de fevereiro, tendo sido jurada pelas principais autoridades militares e religiosas em 29 de fevereiro, aprovada pelos deputados em 2 de março, decretada pela Chancelaria-Mor da Corte e Reino no dia 9 e enviada para todas as autoridades competentes no dia 10, conforme a informação dada na versão original da norma (PORTUGAL, 1821).

Não se sabia, até aquele momento, o posicionamento que Dom João VI iria tomar. As cortes estavam atuando sob grande incerteza e pressão. Tamanhos eram os temores que Paulo Ferreira da Cunha utiliza a expressão “mito do inimigo” para descrever o receio que havia na sociedade portuguesa. O país havia se revoltado e, ainda que exigisse a volta de seu monarca, havia o medo de que os membros da Santa Aliança, criada para restaurar as monarquias europeias, invadissem o país. Portugal poderia fazer pouco para conter os exércitos de Rússia, Inglaterra ou Áustria. Nunca houve indicações de que tal ataque fosse iminente, mas até sentimentos xenofóbicos surgiram no período, algo que Portugal desconhecia até então. A tensão com relação a inimigos internacionais ocorria por boatos de um movimento internacional de contrarrevolução, trauma pelas recentes invasões francesas e temores duradouros das cenas da revolução francesa (CUNHA, 2006, p. 163-164).

Havia o risco de o Rei abandonar Portugal. A Revolução Francesa era relativamente recente, também começara por uma revolta liberal, mas terminara por cortar a cabeça de Luís XVI e causar a morte de parte da nobreza. As circunstâncias eram muito diferentes em Portugal e a morte do monarca francês não fora desprovida de conjunturas muito específicas, mas a situação não ensejava segurança de que o monarca desejaria voltar, nem sob o risco de perder o trono. Na América, ainda não havia nenhum foco conhecido de revolução ligada ao movimento em dezembro de 1820<sup>6</sup> e a população também aceitava bem o monarca (CAIRU, 1827, p. 37). Por seu lado, os poderosos aliados ingleses incentivavam a permanência, pois os lucros com o comércio brasileiro eram grandes e um cenário de tão grande incerteza política não era promissor (BERBEL, 2006, p. 186).

Para os revoltosos, o risco de abandono de Portugal era muito grande. O monarca era um símbolo fundamental para a população e até para os revoltosos. Os deputados estavam em grupos divergentes e não tinham amplo apoio, a legitimação do movimento seria muito maior se houvesse o retorno do rei. Os deputados foram chamados por alguns de “pais da Pátria”, mas também o foram de “demagogos, conspiradores, traidores e membros de ordens secretas”. O apoio do monarca era importante para a viabilidade do movimento (CUNHA, 2006, p. 168-176).

Desfazendo os temores, o rei voltaria à Portugal. Em 21 de fevereiro, Dom João VI publica um manifesto afirmando que iria enviar o príncipe Dom Pedro a Portugal. O príncipe teria plenos poderes para tratar com as cortes e planejar a nova Constituição – solução que Aurelino Leal narra não ter sido recebida com satisfação por Dom Pedro (2002, p. 10-12). Dom João VI iria adotar as partes da Constituição que fossem adaptáveis e aplicáveis ao Brasil, pois um texto que fosse adequado a Portugal poder não “ser igualmente adaptável e conveniente em todos os seus artigos

---

<sup>6</sup> Em um desenvolvimento alheio às grandes revoluções liberais da França, Inglaterra, Brasil ou Portugal, sob aparente desconhecimento dos atores do período, um jovem estudante de Direito brasileiro chamado Filipe Alberto Patroni Martins Parente, que fazia doutorado em Coimbra, soube do início da Revolução do Porto e decidiu trazer ela ao Brasil. Em 10 de dezembro, ele chegou ao Brasil e em três semanas conseguiu criar um movimento que prevaleceu sobre as poucas forças militares de Grão-Pará e se instalou na capital, com seus 12.471 habitantes (5.179 desses, escravos) (GOMES, 2010, p. 85). Os portugueses receberam a representação do Grão-Pará e aceitaram rapidamente transformá-lo em província, iniciando a adesão brasileira. Outros locais ainda tentariam aderir ao movimento, alguns com sucesso. Mesmo no Rio de Janeiro, ao longo de 1821, começou a ser sentida a pressão para que houvesse uma resposta “liberal” por parte do monarca. É provável que esses acontecimentos tenham tido algum peso sobre a decisão de Dom João VI de voltar ao Brasil, já no início de 1821 (LEAL, 2002, p. 8).

e partes especiais à povoação, localidade e mais circunstâncias tão penosas como atendíveis deste reino do Brasil” (LEAL, 2002, p. 9-10). Neste momento, o monarca não aceita jurar à nova Constituição que estava sendo feita. Apenas as Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa estavam sendo aprovadas e isso não poderia servir de apoio à decisão do monarca (ARMITAGE, 2011, p. 17).

Apesar da relutância inicial, os portugueses tinham forças leais à revolução no Brasil e sua resposta à relutante aceitação do monarca foi forte. Na madrugada de 24 de fevereiro de 1821, a tropa Divisão Auxiliadora Portuguesa marchou para o largo do Rossio e fez três exigências ao monarca: o juramento imediato à futura Constituição a ser elaborada pelas cortes em Portugal; a demissão de alguns membros do governo; e, em dado trazido por José Murilo de Carvalho<sup>7</sup> a adoção temporária da Constituição de Cádiz no Brasil (CARVALHO; BASTOS; BASILLE, 2012, p. 17).

Dom João VI mandou que seus dois filhos, Dom João e Dom Miguel comparecessem ao local. Os dois príncipes voltaram com termos que foram, aceitos pelo rei (LEAL, 2002, p. 11-12), com exceção da adoção da Constituição de Cádiz (CARVALHO; BASTOS; BASILLE, 2012, p. 17). Foi lido pelos dois o decreto no qual o rei jurava fidelidade irrestrita à nova Constituição. Mais tarde, o próprio Dom João VI foi levado ao local e ratificou seu próprio juramento<sup>8</sup>.

Depois do rei, os demais membros da família real, servidores públicos e outros indivíduos célebres ainda fariam o mesmo juramento (ARMITAGE, 1837, p. 18).

Em poucos dias, as cortes portuguesas enviaram uma correspondência demandando o retorno da família real à Portugal. O apoio militar novamente serviu de incentivo à aquiescência de Dom João VI. Em 7 de março de 1821, o rei declara a intenção de voltar em um decreto. Dom Pedro, o primogênito, se tornaria regente e passaria a reinar no Brasil com os mesmos poderes que o pai. No mesmo documento, é determinado que fossem realizadas as primeiras eleições gerais da história do Brasil, utilizando as normas da Constituição espanhola, como fora feito em Portugal (com uma adaptação em razão de diferenças populacionais). Como traz o primeiro parágrafo do decreto, Dom João VI iria às Cortes Gerais dar ao Reino Unido de Portugal, Brasil e Alvarés “uma Constituição política conforme os princípios liberais que, pelo incremento das luzes, se acham geralmente recebidos por todas as nações” (BONAVIDES; AMARAL, 2012, p. 491-492).

Dom João VI embarcaria para Portugal em 26 de abril, depois de diversos acontecimentos relevantes para a história brasileira ocorridos nesse curto espaço de tempo. A Constituição de Cádiz fora proclamada em 21 de abril, enquanto eram realizados procedimentos das eleições gerais (MELLO MORAES, 1871, p. 47). Após uma repressão violenta e sua retirada de vigência no dia seguinte, diminuiriam ainda mais as chances de continuidade no Brasil (GOMES, 2011, p. 283). Sobre a autoria desse desenvolvimento violento, que diminuiu as possibilidades de uma comoção

---

<sup>7</sup> É feita a referência expressa à fonte porque a pesquisa não encontrou outros autores, modernos ou contemporâneos aos fatos, que tenham apresentado essa exigência.

<sup>8</sup> Decreto de 24 de Fevereiro de 1821

Approva a Constituição, que se está fazendo em Portugal, recebendo-a ao Reino do Brazil e mais dominios. Havendo Eu dado todas as providencias para lidar a Constituição que está fazendo em Lisboa com o que é conveniente ao Brazil, e tendo chegado ao Meu conhecimento que o maior bem que posso fazer aos Meus Povos é desde já approvar essa mesma Constituição, e sendo todos os Meu cuidados, como é bem constante, procurar-lhes todo o descanso, e felicidade: Hei por bem desde já approvar a Constituição, que alli se está fazendo e recebel-a no Meu Reino do Brazil, e nos mais dominios da Minha Corôa. Os Meus Ministros e Secretarios de Estado a quem este vai dirigindo o façam assim constar expedindo aos Tribunaes, e Capitães Generaes as ordens competentes. Palacio do Rio de Janeiro em 24 de Fevereiro de 1821. Com a rubrica de Sua Magestade (BONAVIDES; AMARAL, 2012, p. 76).

social que levasse à permanência de Dom João VI, há suspeita do envolvimento do príncipe Dom Pedro, conforme afirmam autores modernos e espectadores dos fatos, como Gomes (2001, p. 283), Mello Moraes (1871, p. 46), Lustosa (2006, p. 211), Afonso Arinos (FRANCO, 1994, p. 22) e Armitage (1837, p. 22).

#### 4 O LIBERALISMO DAS BASES

Atualmente, o nome Constituição não depende da efetiva defesa de Direitos Humanos e uma separação de poderes que tente, na prática, limitar o Estado. A palavra é utilizada para designar a lei de maior hierarquia dos ordenamentos, mesmo em regimes autoritários ou totalitários.

Na época em que foram promulgadas as Bases, a palavra Constituição ainda estava envolta no movimento liberal – como os deputados e até Dom João VI escrevem em manifestações públicas.

Saber se as Bases foram efetivamente uma Constituição exige um exame de seu conteúdo. Ser Constituição, naquele momento de explosão de importância do movimento constitucionalista em função do liberalismo, era ter características específicas. O exemplo mais contundente dessa afirmação é o artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que normatiza que: “Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution”<sup>9</sup> (FRANÇA, 1789). É preciso verificar se há separação de poderes e declaração de direitos e após, identificar outros elementos indicadores do pensamento liberal nas disposições das Bases. A análise exige rigor para que a caracterização não deixe dúvidas.

As Bases têm apenas trinta e sete artigos, a maior parte deles com normas do tipo princípio, sem determinação imediata de seu conteúdo. Foram criadas duas seções, a primeira delas, demonstrando a ligação imediata com o liberalismo, se chamaria “Dos Direitos Individuais do Cidadão”, a segunda, onde se encontrará a divisão dos poderes, se chamaria “Da Nação Portuguesa, sua Religião, Governo e Dinastia”. Era com base nesses princípios que a nova Constituição de Portugal deveria ser criada com vistas a “estabelecer e organizar os Limites dos Poderes Políticos do Estado” – termos do preâmbulo da norma (PORTUGAL, 1821).

A primeira seção tem quinze artigos, grande parte deles diretamente influenciado pelos textos liberais franceses (FERRANDO BADÍA, 1991, p. 228). Até mesmo a organização imita as constituições francesas, colocando a declaração de direitos fundamentais antes das normas de organização do Estado.

Os primeiros sete artigos tratam da liberdade, segurança e propriedade<sup>10</sup>, princípios que o Estado deveria manter e pertenceriam a todos os cidadãos. A liberdade consistiria em fazer tudo o que a lei não proíbe<sup>11</sup>. A segurança, consistiria na proteção dada pelo governo para conservar seus

<sup>9</sup> Tradução livre: “Toda a sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes é determinada, não tem Constituição”.

<sup>10</sup> Artigo 1º das Bases anuncia que a liberdade, segurança e propriedade devem ser mantidos pela Constituição Política da Nação Portuguesa, que seria feita a seguir.

<sup>11</sup> Artigo 2º das Bases. É tão forte a ligação com a França que até as diferenças textuais são pequenas. Artigo 2º das Bases traz: “**A liberdade consiste na faculdade, que compete a cada um de fazer tudo o que a lei não proíbe.** A conservação desta Liberdade depende da exacta observância das leis.” Na Constituição Francesa de 1791, o texto é: “**mais comme la liberté ne consiste qu'à pouvoir faire tout ce qui ne nuit ni aux droits d'autrui, ni à la sûreté publique, la loi peut établir des peines** contre les actes qui, attaquant ou la sûreté publique ou les droits d'autrui, seraient nuisibles à la société” ou, em tradução livre “**Como a liberdade não consiste em mais do que poder fazer tudo o que não prejudique os direitos de outros, nem à segurança pública, a lei**

direitos pessoais, sendo expressamente proibida a prisão sem culpa formada, salvo nos casos em que a Constituição determinasse, e nesses o juiz teria vinte e quatro horas para dar por escrito a razão da prisão ou ele, e todos os oficiais envolvidos e quem requeresse a prisão, responderiam por prisão arbitrária<sup>12</sup>. A necessidade de especificar a acusação é uma norma de proteção sem precedentes em constituições francesas ou na espanhola, uma característica portuguesa, que era vanguarda em direitos relacionados à persecução penal mesmo antes do influxo liberal.

O sétimo artigo, também de claro caráter liberal, afirma que “A propriedade é um direito sagrado, e inviolável, que tem todo o cidadão de dispor à sua vontade de todos os seus bens, segundo a lei” – em texto muito semelhante à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité”<sup>13</sup> (FRANÇA, 1789).

Ao falar da propriedade, as Bases criam uma diferença pouco relevante: no texto francês, a propriedade é inviolável e sagrada; no texto português, ela é sagrada e inviolável. A herança liberal de origem francesa é inequívoca.

Dos artigos 8º ao 10, é regradada a liberdade de comunicação de pensamentos. A livre comunicação é um direito do homem e os cidadãos poderiam manifestar suas opiniões em qualquer matéria sem censura prévia, resguardado o dever de responder pelo abuso dessa liberdade<sup>14</sup>. É igualmente grande a semelhança com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão nesse aspecto, até mesmo no uso da palavra “precioso” aparece nas duas normas, e é o único local onde isso ocorre: “A livre comunicação dos pensamentos é um dos mais preciosos direitos do homem...” (PORTUGAL, 1821) e “La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme...”<sup>15</sup> (FRANÇA, 1789).

Com a finalidade de proteger a Liberdade de Imprensa e os delitos resultantes do seu abuso, deveria ser criado um Tribunal Especial, com leis elaboradas pelas próprias cortes<sup>16</sup>. A exceção feita quanto à liberdade de imprensa é quanto à matéria religiosa, os bispos poderiam censurar escritos publicados sobre Dogma e Moral e o governo deveria auxiliá-los nos castigos contra os culpados<sup>17</sup>.

O próximo artigo<sup>18</sup> continua declarando direitos com um dos aspectos mais relevantes do pensamento liberal – a igualdade formal perante a lei. Atualmente, busca-se a igualdade material, mas no período em que a nobreza ainda tinha diversas vantagens, o tratamento igual perante a lei já era uma alteração extremamente significativa e aparecia na lei<sup>19</sup>.

O artigo 11 cria suas exceções. Elas seriam definidas mais tarde – por 66 votos a 17, o clero perdeu todos os seus privilégios especiais na jurisdição em 1º de março de 1822 – como ocorreu

---

**pode estabelecer penas** contra os atos que, atacando ou a segurança pública ou os direitos de outros, sejam prejudiciais à sociedade” (FRANÇA, 1791).

<sup>12</sup> Conteúdo dos artigos 3º ao 6º das Bases.

<sup>13</sup> Tradução Livre: “a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado, exceto quando a necessidade pública, legalmente determinada, o exigir, e sob a condição de justa e prévia indenização” (FRANÇA, 1789).

<sup>14</sup> Artigo 8º das Bases.

<sup>15</sup> Artigo completo da passagem da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, tradução livre: “A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos dos homens. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, ressalvado a responder pelo abuso desta liberdade nos casos determinados pela lei” (FRANÇA, 1789).

<sup>16</sup> Artigo 9º das Bases.

<sup>17</sup> Artigo 10 das Bases.

<sup>18</sup> Artigo 11 das Bases.

<sup>19</sup> 11. A lei é igual para todos. Não se devem portanto tolerar nem os privilégios do Foro nas Causas Civis, ou Crimes, nem Comissões especiais. Esta disposição não compreende as causas, que pela sua natureza pertencerem a júízos particulares, na conformidade das leis, que marcarem essa natureza. (PORTUGAL, 1821).

no sistema francês antes disso. Continuou havendo justiça especial apenas para os militares em crimes especificamente ligados às suas funções, em semelhança ao que ocorria na França, no artigo 13 do Título VI (FRANÇA 1791) e Espanha, no artigo 250 da Constituição de Cádiz (ESPANHA, 1812) e ocorre em muitos outros sistemas até os dias atuais.

Os últimos quatro artigos, do 12 ao 15, tratam de diversos direitos. O Direito Penal<sup>20</sup> é tratado para proibir penas cruéis, infamantes e o confisco de bens, e é também afirmado que nenhuma pena deveria passar da pessoa do delinquente. Por fim, ainda é dito que nenhuma lei, especialmente as penais, devem ser estabelecidas sem necessidade – uma norma de economia legal sem precedentes em outras normas constitucionais do período. Apesar das influências de autores como Voltaire e Beccaria, é notável o protagonismo português (CUNHA, 2006, p. 225).

Por fim, são trazidos concursos públicos como meio de acesso aos cargos públicos, proibindo distinções que fossem além dos talentos e virtudes<sup>21</sup> - outra marca liberal e um dos aspectos singulares da revolução francesa. É aberta a possibilidade para que todo o cidadão possa representar por escrito às Cortes e ao Poder Legislativo com suas relações, queixa ou petições<sup>22</sup>. E, finalizando a lista de direitos, é garantido o segredo das cartas – o sigilo de correspondência – e o Correio é expressamente responsabilizado por infrações<sup>23</sup>.

É possível identificar, pela análise das normas, uma declaração de direitos nas Bases – quase metade da norma é dedicada expressamente a realizar essa declaração. A primeira característica material para que uma norma pudesse receber o nome de Constituição, portanto, foi preenchida. A influência francesa é especialmente relevante nessa seção, o que permite notar não apenas a ligação com o liberalismo, mas também com algumas das normas mais relevantes do período. Além disso, há que se visualizar a existência de uma divisão de poderes.

“Da Nação Portuguesa, sua Religião, Governo e Dinastia” é a segunda seção das Bases e tem vinte e dois artigos. Em função da sua dimensão, a organização estatal é feita de maneira imprecisa, ampla – caberia à futura Constituição de Portugal construir a estrutura real do governo.

O governo estabelecido pelas Bases é uma monarquia constitucional hereditária que teria leis fundamentais para regular o exercício dos três poderes políticos. A dinastia reinante seria a Casa de Bragança, com o rei sendo Dom João VI, e os demais, aqueles que fossem seus legítimos descendentes pela ordem regular de primogenitura<sup>24</sup>. Há expressa menção ao caráter constitucional da monarquia e, conseqüentemente, à sua limitação.

Outro aspecto liberal é a definição da soberania<sup>25</sup>. O artigo 20 das Bases normatiza que “Soberania reside essencialmente na Nação. Esta é livre e independente, e não pode ser patrimônio<sup>26</sup> de ninguém” (PORTUGAL, 1821). Em função da soberania residir na nação a partir de agora, surgiria o direito de os representantes legitimamente eleitos elaborarem a Constituição de Portugal<sup>27</sup>, é o efeito do pensamento liberal sobre o constitucionalismo.

O artigo 23 é aquele que estabelece a divisão de poderes nas Bases. É estabelecida uma separação expressa entre os três poderes, para que nenhum pudesse exercer a atribuição dos outros.

---

<sup>20</sup> Artigo 12 das Bases.

<sup>21</sup> Artigo 13 das Bases.

<sup>22</sup> Artigo 14 das Bases.

<sup>23</sup> Artigo 15 das Bases.

<sup>24</sup> Artigo 18 das Bases.

<sup>25</sup> Artigo 20 das Bases.

<sup>26</sup> Essa referência à soberania como parte do patrimônio parece vir da Constituição de Cádiz: “Art. 2. La Nación española es libre e independiente, y no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona.” (ESPANHA, 1812).

<sup>27</sup> Artigo 21 das Bases.

**O uso da expressão “três poderes” é uma novidade em textos constitucionais.** Ele não ocorreu na Constituição da Córsega (ROUSSEAU, 1855), na Constituição Estados Unidos (1787), da Polônia (1791) ou nenhuma das Constituições Francesas (1791, 1793, 1795, 1799, 1802, 1804, Carta Constituição de 1814, Ato Adicional de 1815) ou na Constituição de Venezuela (1811). A separação já era feita na prática constitucional, mas essa numeração tem o condão adicional de afirmar, implicitamente, que não haveria nenhum outro poder a ser considerado<sup>28</sup>.

O Poder Legislativo das Bases é regido do artigo 24 ao 30. Regras de eleição de representantes<sup>29</sup>, processo legislativo<sup>30</sup>, imunidade material dos representantes por suas opiniões<sup>31</sup> e limitações à intervenção real<sup>32</sup> são apresentadas com detalhamento. A doutrina do Espírito das Leis é utilizada com fidelidade (MONTESQUIEU, 1995, p. 327), como havia ocorrido nos Estados Unidos, França e Espanha e com normas bastante semelhantes.

As atribuições do legislativo<sup>33</sup> são outro aspecto relevante na aferição das características liberais de uma Constituição. As cortes já haviam se atribuído competência para criar a nova Constituição, o papel mais relevante no nascimento de um Estado. No artigo 29, as cortes ainda se atribuem diversas outras competências<sup>34</sup>.

Além do artigo 29, as ainda se atribuem as competências de criar e repartir tributos<sup>35</sup>, manter a dívida pública<sup>36</sup>, criar e comandar uma força militar permanente<sup>37</sup> e manter os estabelecimentos de caridade e instrução públicas<sup>38</sup>. Apesar da lista de competências não ser extensa, fica parente a submissão do rei à vontade do legislativo, sinais fortes do novo momento político na Europa e da superação do antigo regime.

O Poder Executivo recebe apenas três artigos nas Bases<sup>39</sup>. O principal é aquele que determina a irresponsabilidade do rei, contrastando com a dos que executariam suas ordens – os ministros responderiam por ele. É outra norma tipicamente liberal e imita os modelos espanhóis e franceses, nos quais se aceita a monarquia imune à lei restringindo os poderes dos ministros e secretários<sup>40</sup>.

Além desse, o artigo 32 determina que a dotação do Rei e da Família Real seria feita pelo legislativo uma vez a cada reinado; e o artigo 33, que haveria um Conselho de Estado com membros compostos também pelo legislativo. A relevância de ambos é demonstrar a clara intenção dos revolucionários portugueses em ter algum controle sobre o rei. Dom João VI não apenas tinha jurado fidelidade à Constituição que sequer havia sido feita – já estava definido que seus ministros

<sup>28</sup> 23. Guardar-se-á na Constituição uma bem determinada divisão dos três Poderes, Legislativo, Executivo, e Judiciário. O Legislativo reside nas Cortes com a dependência da Sanção do Rei, que nunca terá um veto absoluto, mas suspensivo, pelo modo que determinar a Constituição. Essa disposição porém não compreende as Leis feitas nas presentes Cortes, as quais leis não ficarão sujeita a veto algum.<sup>20</sup>

O Poder Executivo está no Rei, e seus Ministros, que o exercem debaixo da autoridade do mesmo Rei.

O Poder Judiciário está nos Juizes. Cada um destes Poderes será respectivamente regulado de modo, que nenhum possa arrogar a si as atribuições do outro (PORTUGAL, 1821, grifo nosso).

<sup>29</sup> Artigo 24 das Bases.

<sup>30</sup> Artigo 24, 25 e 27 das Bases.

<sup>31</sup> Artigo 28 das Bases.

<sup>32</sup> Artigo 26 das Bases.

<sup>33</sup> Artigo 29 das Bases.

<sup>34</sup> 29. As Cortes pertence nomear a Regência do Reino, quando assim for preciso; prescrever o modo por que então se há-de exercitar a sanção das leis, e declarar as atribuições da mesma Regência. **Somente às Cortes pertence também aprovar os Tratados de aliança ofensiva e defensiva;** de subsídios, e de Comércio; conceder ou negar a admissão de Tropas estrangeiras dentro do Reino; determinar o valor, peso e, lei, e tipo das moedas, **e terá as demais atribuições, que a Constituição designar** (PORTUGAL, 1821).

<sup>35</sup> Artigo 34 das Bases.

<sup>36</sup> Artigo 35 das Bases.

<sup>37</sup> Artigo 36 das Bases.

<sup>38</sup> Artigo 37 das Bases.

<sup>39</sup> Artigos 31, 32 e 33 das Bases.

<sup>40</sup> **31. O Rei é inviolável na sua pessoa. Os seus Ministros são responsáveis pela falta de observância das leis,** especialmente pelo que obrarem contra a liberdade, segurança, e propriedade dos Cidadãos e por qualquer dissipação ou mau uso dos bens públicos (PORTUGAL, 1821, grifo nosso).



seriam responsáveis pelos atos decididos por ele, não decidiria sua competência legislativa, seus recursos financeiros e o seu conselho de Estado teria membros apontados apenas pelo legislativo.

O Poder Judiciário ficou desprovido de artigos específicos. É uma característica comum nos textos constitucionais da época se ocupar pouco dos juízes – e não surpreende que essa norma resumida não tenha nenhum artigo. Todas os cuidados eram feitos em relação ao legislativo e executivo, o período de transição do exercício da soberania fez com que a preocupação com o fortalecimento do judiciário fosse retardada na maior parte dos países.

As Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa estabelecem, em suma, claramente a separação de poderes e imprimem nela as demais características liberais da época: a alteração do local principal de exercício da soberania; a predominância do poder legislativo; a eleição de representantes para a nação ou povo.

O resultado da análise é bastante claro, características liberais predominam incontestes no texto das Bases. Ela tinha as características que uma norma da segunda fase do uso da palavra Constituição deveria ter. Em sentido material, ela poderia ser chamada de Constituição.

## 5 BASES COMO CONSTITUIÇÃO NA VONTADE DO LEGISLADOR

Há dois aspectos relevantes a serem observados para se poder concluir se as Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa são uma Constituição. O principal deles é a análise material do texto, saber se ele tem o conteúdo liberal necessário que justifique a utilização desse termo naquele período. O menos relevante deles é a vontade do legislador, de caráter mais formal.

Não há nos trinta e sete artigos nenhuma definição da hierarquia da norma. No entanto, ao final das Bases, é feita a afirmação de que a norma seria Constituição provisória:

O presente Decreto se publique, registre, guarde no Arquivo Nacional da Torre do Tombo e, por duplicado, no das Cortes, e se remeta por exemplares impressos a todas as Estações a quem competir, para ter desde logo pronto cumprimento, **ficando as Bases que nele se contém, servindo provisoriamente de Constituição**: com declaração, porém, que os casos exceptuados de que trata o artigo 5, serão inteiramente os mesmos da legislação actual; que a execução dos artigos 8, 9,10, e ficará suspensa por depender de novas leis, que serão feitas imediatamente. A Regência do Reino jure as referidas Bases, e faça expedir as ordens necessárias, para que em determinado dia sejam tão bem juradas por todas as Autoridades Eclesiásticas, Cívicas, e Militares.

A mesma Regência o tenha assim entendido, e faça prontamente executar. Paço das Cortes em 9 de Março de 1821. (Portugal, 1821, grifo nosso)

A afirmação é inequívoca, as Bases foram colocadas pelos liberais de Portugal no topo do ordenamento jurídico. Há exceções sobre a vigência de apenas quatro artigos, mas nenhum deles envolve aspectos estruturais. As exceções são feitas sobre o tempo que teria o juiz para fundamentar por escrito qualquer prisão, a liberdade de comunicação, a proteção da liberdade de imprensa e a possibilidade de censura sobre os textos religiosos – respectivamente, artigos 5º, 8º, 9º e 10 da norma. Mesmo a exceção reforça, indiretamente, o aspecto constitucional do texto: as constituições são o local no qual tipicamente se encontram as ordens para que o legislador crie leis, como ocorre ali, esses quatro artigos não estariam em vigor até que fossem feitas leis adaptando e possibilitando sua efetivação.

## 6 VALIDADE E EFICÁCIA DAS BASES

As bases são o primeiro texto liberal no Brasil a ter as características de uma Constituição liberal, impressão reafirmada pela afirmação dos legisladores de que ela seria constituição provisória. É preciso verificar, então, se a sequência de fatos narrada é suficiente para concluir que houve validade e eficácia das Bases – se essa norma portuguesa vigeu no Brasil efetivamente. A eficácia, nesse sentido, não poderá ser apenas jurídica. Como doutrina Kelsen, esse conceito deve ser atribuído apenas quando houve aplicação efetiva da norma, ainda que em uma análise global e ampla.

Naquele momento, o Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves ainda era governado pelo monarca português. A soberania não emanava do povo ou nação, ela emanava do rei, apoiado em fundamentos religiosos, como ocorria com os outros reinos cristãos europeus. A doutrina regalista, aceita em Portugal, compreende o rei como o senhor de todo o reino, constituído por sucessão dinástica e com legitimação criada pela vontade divina e pelo juramento de fidelidade às leis e aos costumes (ADAME GODDARD, 2010, p. 59).

Sendo Dom João VI o detentor da soberania, a adesão do monarca ao movimento português também foi o momento em que as Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa passaram a vigor no Brasil formalmente.

A respeito da eficácia em sentido material<sup>41</sup>, valem as passagens de Hans Kelsen<sup>42</sup>. **“Uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são, numa consideração global, eficazes, quer dizer, são de fato observadas e aplicadas”** (KELSEN, 2006, p. 237).

São relativamente pequenas as alterações práticas trazidas pela vigência dessa norma para o Brasil. Ela era formada principalmente por princípios<sup>43</sup>, não tendo havido qualquer movimento no sentido de alterar instituições para criar alguma adequação. A maioria das normas existentes teriam sido recepcionadas pelas Bases.

Apesar dos efeitos sociais e políticos pequenos, há argumentos fortes no sentido de reconhecer sua eficácia. Primeiro: o poder soberano reconheceu o movimento que criou as bases como legítimo. Segundo: Dom João VI jurou fidelidade à Constituição que iria ser feita com a influência das bases, reconhecendo não apenas elas, mas o resultado que iria surgir com sua influência. Terceiro: foram realizadas, no Brasil, as eleições gerais previstas no decreto de 7 de março, mostrando que normas de hierarquia inferior às bases, e por ela autorizadas, tiveram efeitos concretos.

A realização das eleições é um dado importante, ela demonstra a existência de eficácia daquele novo ordenamento, e como os efeitos práticos não foram irrelevantes em um sentido social

---

<sup>41</sup> Uma revolução [...] é toda modificação ilegítima da Constituição, isto é, toda modificação da Constituição, ou a sua substituição por uma outra, não operadas segundo as determinações da mesma Constituição. De um ponto de vista jurídico, é indiferente que esta modificação da situação jurídica seja produzida através do emprego da força dirigida contra o governo legítimo ou pelos próprios membros deste governo. [...] Uma grande parte das leis promulgadas sob a antiga Constituição permanece, como costuma dizer-se, em vigor. Se estas leis devem ser consideradas como estando em vigor sob a nova Constituição, isto somente é possível porque foram postas em vigor sob a nova Constituição, expressa ou implicitamente pelo governo revolucionário. O que existe, não é uma criação do direito inteiramente nova, mas uma recepção das normas de uma ordem jurídica por outra ... O conteúdo de validade destas normas permanece na verdade o mesmo, mas seu fundamento de validade, [...] e o **fundamento de validade** de toda a ordem jurídica, mudou” (KELSEN, 2006, p. 238, grifo nosso).

<sup>42</sup> Não há uma filiação plena ao positivismo como forma de explicação do caso. O uso de partes centrais da teoria kelseniana foi feito pela clareza do autor e utilidade nos casos em que há dúvidas sobre a vigência ou não de uma nova Constituição.

<sup>43</sup> A palavra princípio é aqui utilizada no sentido moderno, inexistente naquele período, com a definição de acordo com a doutrina de Humberto Avila: “Os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, estabelece um estado de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema, notadamente das regras. Sendo assim, os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido das regras” (AVILA, 2005, p. 79)

ou político. Ainda que sem protagonismo da norma, foi sob sua vigência que todos os conflitos entre Dom Pedro e as Cortes Portuguesas se desenvolveriam e culminariam na independência do Brasil. Assim, conclui-se que houve vigência da norma no Brasil, como ocorreu em Portugal e Algarves.

O juramento do monarca é o ato principal, a manifestação dá início à eficácia da norma. Foi uma expressão de vontade exarada pela única pessoa competente para tanto, o detentor da soberania, e foi feita utilizando meios que não foram contestados em sua forma ou conteúdo – um juramento público e um decreto. Assim, se deve concluir que ali houve o início da vigência da norma.

A norma previa expressamente a situação de adesão e sua entrada em vigência nesse caso. O artigo 21<sup>44</sup> normatiza que elas vigeriam “nas outras três partes do mundo”, além de Portugal e Algarves, a partir da declaração dos representantes dessas partes.

É uma referência ao Brasil e tal declaração se concretizou. A partir daquele momento, em sentido técnico, o Brasil teve a vigência da norma portuguesa durante o período de 9 de março de 1821 até a independência em 7 de setembro de 1822, com a breve pausa de 21 de abril de 1821, quando vigeu a Constituição de Cádiz por um dia.

## CONCLUSÃO

Houve diversos usos da palavra Constituição. No Brasil, as Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa foram a primeira norma da segunda fase, quando Constituição passou a ser uma norma suprema. Assim, essa norma se tornaria candidata a ser, em sentido técnico, a primeira Constituição a ter vigência no país.

A análise da norma demonstra que as Bases se adequam ao pensamento liberal da época, tendo como fonte de inspiração principalmente as constituições francesas e a espanhola. Houve uma declaração de Direitos Fundamentais nos quais os mais importantes direitos de igualdade e liberdade são reconhecidos. Na organização do Estado, é feita uma separação de poderes nos moldes propostos por Montesquieu e já em funcionamento nos Estados Unidos da América. Os legisladores pretenderam que a norma fosse uma Constituição provisória e a criaram com as normas que as constituições da época tinham.

A partir do momento em que o rei declara sua vontade de maneira legítima, as bases entram em vigor no Brasil. O monarca detinha a soberania até aquele momento, nos moldes do antigo regime. Os desenvolvimentos posteriores e, em especial, as eleições gerais ocorridas nos meses seguintes permitem concluir que a norma realmente teve alguma eficácia concreta, pois as decisões dos deputados que atuavam sob suas normas foram cumpridas e criaram efeitos sociais e políticos de grande relevância. Com tudo isso considerado, conclui-se que as Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa são a primeira Constituição a viger no Brasil, a partir de sua vigência em 9 de março de 1821.

---

<sup>44</sup> 21. Somente à Nação pertence fazer a sua Constituição, ou lei fundamental, por meio de seus Representantes legitimamente eleitos. Esta lei fundamental obrigará por ora somente aos Portugueses residentes nos Reinos de Portugal e Algarves, que estão legalmente representados nas presentes Cortes. **Quanto aos que residem nas outras três partes do mundo, ela se lhes tornara comum, logo que pelos seus legítimos Representantes declarem ser essa a sua vontade** (PORTUGAL, 1821, grifo nosso).

## REFERÊNCIAS

- ADAME GODDARD, Jorge. Asimilación y rechazo en México del sistema de relaciones entre la Iglesia y el Estado contemplado en la Constitución de Cádiz. In: **Anuario Mexicano de Historia del Derecho**, Volumen XXII, Sección de Artículos, 2010.
- ARMITAGE, John. **Historia do Brazil desde a chegada da real familia de Bragança, em 1808, até a abdicação do Imperador D. Pedro I, em 1831**. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp, 1837.
- ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos Princípios**. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros LTDA, 2005.
- BARBOSA, Ruy. **Obras Completas de Rui Barbosa**. Volume XXXVIII, Tomo I. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, Fundação casa de Rui Barbosa, 1977, 518.
- BERBEL, Marcia Regina. La Constitución española en el mundo luso – americano (1820-1823). **Revista de Índias**, Volume 68, Número 242, 2008.
- BERBEL, Márcia Regina. Os apelos nacionais nas cortes constituintes de Lisboa (1821/22). In: **A independência brasileira: novas dimensões**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998.
- BOLINGBROKE. **The Works of the Lord Bolingbronke with a Life, prepared expressly...** Filadélfia: Carey and Hart, 1841, vol. II.
- BONAVIDES, Paulo. **As Nascentes do Constitucionalismo Luso-Brasileiro, Uma Análise Comparativa**.
- BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. **Textos Políticos da História do Brasil**. Volume VIII. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2012
- BREWER-CARÍAS, Allan R. **La Constitución de Cádiz de 1812 y los Princípios del Constitucionalismo Moderno: Su Vigencia em Europa y em América**. Anuario Jurídico Villanueva, Madri, Volume III, 2009.
- CAIRÚ, José da Silva Lisboa, Visconde de. **Historia dos principaes successos politicos do Imperio do Brasil (Parte X)**. Rio de Janeiro: Na Typographia Imperial e Nacional, 1827.
- CALMON, Pedro; PEIXOTO, Afrânio. MELLO, Martinho Nobre de. A primeira constituição do Brasil: regimento de dom João III a Tomé de Souza. In: **Volume I das Publicações do Instituto de Estudos Portugueses do Liceu Literário Português (Fundação José Gomes Lopez)**. Rio de Janeiro: 1943.
- CARVALHO, José Murilo de; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello [org]. **Às Armas, Cidadãos! Panfletos Manuscritos da Independência do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras; Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.
- CUERVO LO PUMO, Caetano. **Limites do Intervencionismo Judicial no Processo Eleitoral Brasileiro: O problema da Legitimidade Democrática e Representativa no Sufrágio**. 2009, dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Raízes da República: introdução histórica ao direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006.
- ESPAÑA. **Constitución Política de la Monarquía Española**. In: LABASTIDA, Horacio. Las Constituciones Españolas. 1ª Edição. Cidade do México: Universidade Nacional Autônoma do México, 1994.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The United States Constitution**.
- FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. Formação do Patronato Político Brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Editora Globo, 2001
- FAVOREAU, Louis; GAÏA, Patrick; GHEVONTIAN, Richard; MESTRE, Jean-Louis; PFERSMANN, Otto; ROUX, André; SCOFFONI, Guy. **Droit Constitutionnel**. 14ª ed. Paris: Édition Dalloz, 2012.

- FERRANDO BADÍA, Juan. **Proyección exterior de la Constitución de 1812**. Revista Ayer, número 1, 1991.
- FRANCO, Afonso Arinos de Mello. **O Constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal**. Brasília: Ministério da Justiça, 1994.
- GOMES, Laurentino. **1808**. Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil. 2ª Edição. São Paulo: Editora Planeta, 2011.
- GUZMÁN, Eduardo de. **Las ocho constituciones de España: Cádiz, 1812**: dramáticos orígenes de la vida parlamentaria española. Tiempo de historia. Prensa Periódica, Madri, Ano I, número 10, set. 1975
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist, on the New Constitution by Publius**. Nova Iorque: Pritend and sold by George F. Hopkins, at Washington's Head, 1802.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. Tradução de Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2011,
- HESSE, Konrad. **Conceito e Peculiaridade da Constituição**. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LEAL, Aurelino. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2002.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Political Power and the Governmental Process**. Londres e Chicago: The University of Chicago Press, 1965.
- LUSTOSA, Isabel. **D. Pedro I**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- MCILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: Ancient and Modern**. Indianapolis: Liberty Fund, 2008.
- MELLO MORAES, Alexandre José. **Historia do Brasil-reino e Brasil-imperio compreendendo**. Rio de Janeiro: Typ. de Pinheiro & C., 1871.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **L'esprit de loi**. Saint-Amand: Édition Gallimard, 1995.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. Constituição e Direitos Humanos Fundamentais - Exigibilidade e Proteção. In: **Anais do XVII Conselho Nacional do CONPEDI**. Brasília: CONPEDI, 2008.
- POLÔNIA. **New constitution of the government of Poland, established by the revolution, the third of May, 1791**. 2ª ed. Londres: Printed for J. Debrett, 1791.
- PORTUGAL. **Bases da Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1821**. Lisboa: Tipografia de J. F. M. de Campos, 1821.
- PORTUGAL. **Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias da Nação Portuguesa**. Primeira legislatura, primeira sessão legislativa, número 21, ata de 23 de fevereiro de 1821. Lisboa, 1821-1822.
- PORTUGAL. **Regimento que levou Tomé de Souza governador do Brasil, Almerim, 17/12/1548**. Lisboa.
- PRADO JÚNIOR, Caio. **Evolução Política do Brasil**. Colônia e Império. São Paulo: Editora Brasiliense, 2010.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Constitución de Corse**.
- VARNHAGEN, Francisco Adolfo de. **Historia Geral do Brazil isto é do seu...** Tomo II. Rio de Janeiro, caza de E. e H. Laemmert, 1856.
- VENEZUELA. **Constitución de 1811**.
- VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the Separation of Powers**. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.
- WORMUTH, Francis D. **The Origins of Modern Constitutionalism**. Estados Unidos da América: Harper & Brothers, 1949.