SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

O CONSTITUCIONALISMO PRIMITIVO: IMPORTÂNCIA PARA OS DIREITOS HUMANOS

THE CONSTITUTIONALISM PRIMITIVE: IMPORTANCE FOR HUMAN RIGHTS

Davi Niemann Ottoni

Resumo

A análise do constitucionalismo primitivo é constantemente desprezada no âmbito acadêmico. Entretanto a compreensão deste período extenso da história leva à uma série de reflexões importantes para entender a luta do homem pelos seus direitos. A busca constante de regras fundamentais para ordenar a convivência em sociedade revela um homem em busca constante pela felicidade e repulsa à opressão. O presente trabalho busca trazer à luz tal reflexão. O intuito é demonstrar a necessidade de valorar adequadamente tais conquistas já que o homem deve estar sempre atento na luta contra a tirania.

Palavras-chave: Constitucionalismo, Período primitivo, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

The primitive constitutionalism analysis is constantly overlooked in the academic field. However, the understanding of this long period of history leads to a number of important considerations for understanding man's struggle for their rights. The constant search of the fundamental rules to order the coexistence in society reveals a man in constant search for happiness and disgust oppression. This study aims to bring to light such reflection. The aim is to demonstrate the need to properly value the achievements since the man must always be alert in the fight against tyranny.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionalism, Period primitive, Fundamental rights

INTRODUÇÃO

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

O CONSTITUCIONALISMO PRIMITIVO

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

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

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

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

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

Assim, o que se constata é a presença inerente do respeito a normas essenciais em qualquer sociedade por mais primitiva que seja. Mesmo não existindo constituições escritas tais normas estavam sempre presentes demonstrando que a existência de regras é

necessária para consecução de qualquer sociedade. Sua origem estava calcada geralmente na obediência ao costume.

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

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

É inevitável que tais organizações consuetudinárias se misturavam ao contexto de pouca compreensão científica vivida em tal período. O desconhecimento do ser humano pela compreensão exata dos mais variados fenômenos que lhe ocorriam ao derredor levava-o à construção de uma série de mitos que desembocavam na melhor argumentação para o inevitável: a presença de uma divindade. Assim, a junção do elemento consuetudinário ao politeísmo era inevitável e a consequente ideia da autoridade divina conferida aos sacerdotes e reis se tornariam comuns. Tal arquétipo foi essencial para a construção deste direito consuetudinário, já que o castigo divino serviria como argumento para obediência das normas tribais (GILISSEN, 1976, p. 37).

Daí a visão tão distante deste período histórico pelos atuais pesquisadores. A inerente mistura de normas com justificativas baseadas na concepção do misticismo tornavam por diversas vezes tal estrutura permeada pela falta da razão. Fato é que a

distinção entre a regra jurídica e a regra religiosa era uma tarefa difícil já que o homem vivia sob temor constante dos poderes sobrenaturais (GILISSEN, 1976, p. 35).

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

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

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

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

> "Ora, no momento em que os povos entram na história, a maior parte das instituições civis existem já, nomeadamente o casamento, o poder paternal e ou maternal sobre os filhos, a propriedade (pelo menos mobiliária), a sucessão, a doação, diversos contratos tais como a troca e o empréstimo. Do mesmo modo, no domínio daquilo que nós hoje chamamos direito público, uma organização relativamente desenvolvida dos grupos sociopolíticos existe já em numerosos povos sem escrita." (GILISSEN, 1979, p. 31)

Temos portanto a certeza de que a ideia de constitucionalismo não se prende ao surgimento da construção escrita. De fato, mesmo em sociedades que não conheciam a

escrita, seus povos se submeteram a um Direito Constitucional, mesmo tal direito não se materializando em um texto escrito.

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

Loewenstein sustenta que o povo hebreu foi o primeiro a estruturar um estado forte, pautado em normas escritas, onde o poder dos governantes era limitado e submetido a fiscalização e punições por parte dos sacerdotes. Assim, o primeiro povo a experimentar o constitucionalismo seria o povo hebreu, que percebeu o texto escrito como um elemento necessário para construção de um estado forte, antes pautados unicamente nos elementos povo e território (LOEWENSTEIN, 1986, p. 53). Gilissen ainda vai ressaltar que esse conjunto de preceitos dos Hebreus será perpetuado não somente em seu próprio sistema jurídico como influenciará todo o mundo contemporâneo, estando presente no atual direito canônico dos cristãos católicos e até mesmo no direito muçulmano no que trata à organização da família (GILISSEN, 1976, p. 52 e 67). Além da esfera religiosa do direito, sem dúvida alguma a Bíblia exercerá um papel de lei moral imperativa que influenciará os atuais governos seculares (LOEWENSTEIN, 1986, p. 53).

CONCLUSÃO

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

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

O que se conclui é a necessária valoração das atuais conquistas, e demonstrar que eventuais retrocessos devem ser questionados, evitados e até mesmo combatidos pela sociedade atual. Somente assim compreenderemos que as conquistas dos atuais direitos fundamentais estão pautadas em um desejo presente desde sempre na humanidade e que seu posicionamento como norma suprema deve ser resguardado para sempre.

BIBLIOGRAFIA

ALLOTT, A. N. Judicial and legal systems in Africa. 2. ed. London, 1970 *apud* C. C. Turpin. Judicial and Legal Systens in Africa.

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

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

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

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

[i] direito *adat*, adat-law ou em uma tradução livre lei-adat.