

XXXII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO PAULO - SP

HISTÓRIA DO DIREITO

PAULO CEZAR DIAS

GUSTAVO SILVEIRA SIQUEIRA

ROSANE TERESINHA PORTO

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 - Profa. Dra. Samyra Haydée Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

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 - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

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

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

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

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

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

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

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Educação Jurídica

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

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

Eventos:

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

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Comissão Especial

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

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

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

H673

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

Coordenadores: Paulo Cezar Dias, Gustavo Silveira Siqueira, Rosane Teresinha Porto – Florianópolis: CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-284-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Os Caminhos Da Internacionalização E O Futuro Do Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. História. 3. Direito. XXXII Congresso Nacional do CONPEDI São Paulo - SP (4: 2025: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

XXXII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO PAULO - SP

HISTÓRIA DO DIREITO

Apresentação

Os trabalhos apresentados no Grupo de Trabalhos História do Direito I versam sobre diversos elementos com inegável interdisciplinaridade. Há fundamentos de atualidade e relevância crítica. Assim, a disposição das apresentações revela posturas de alta profundidade nas pesquisas. Outro aspecto importante é relacionado à conduta de discussões holísticas, trazendo força, valores expostos entre autores e autoras e evidências de elementos comparados que saem de qualquer previsibilidade. Nesse sentido, a abordagem antropológica entrelaça-se com o embasamento histórico e cria solidez aos artigos apresentados. Os aspectos formais estão respeitados em cada um dos trabalhos. A metodologia foi usada com respeito aos elementos temáticos. Mister abordar outro aspecto importante, no tocante à atualidade das bibliografias, pois são vastas e condizentes com a objetividade das pesquisas. Por todos os elementos que apresentamos aqui, entende-se que a força de pesquisas equilibradas e fundamentadas está alicerçada em seriedade e esmero dos pesquisadores envolvidos. Concluimos que, houve nexos entre os trabalhos e eles espelham a produção acadêmica responsável e com fulcro nas especificidades acentuadas por cada um dos pesquisadores e pesquisadoras. O evento ganha em qualidade e conhecimento valorizado pelo discernimento. Fica o convite à leitura!

PAULO CEZAR DIAS Centro Universitário Eurípides de Marília-SP

GUSTAVO SILVEIRA SIQUEIRA Mackenzie e UERJ

ROSANE TERESINHA PORTO Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul

ARTIGOS:

A DOUTRINA DE SEGURANÇA NACIONAL E A CONSOLIDAÇÃO DO REGIME AUTORITÁRIO BRASILEIRO (1964-1985)

Carlos Eduardo Ferreira Dantas, Werna Karenina Marques de Sousa

A EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA
E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA MULHER: DA
IMPUNIDADE HISTÓRICA À LEI MARIA DA PENHA

Alexander Rodrigues de Castro, Pedro Henrique Facco, João Marcos Mariani Junior

A TRAJETÓRIA HISTÓRICA DOS JOGOS DE AZAR E O CENÁRIO ATUAL DAS
BETS NO BRASIL

Daniela Ramos Marinho Gomes, Felipe Alves Dos Santos, Amanda Domingos Fenille

AS REVELAÇÕES ATRAVÉS DA HISTÓRIA DO NOTARIADO

Antônio Carlos Diniz Murta, Silvia Mara Linhares de Almeida

BRASIL IMPÉRIO: FIM DAS SESMARIAS, PERÍODO DE POSSE DE TERRA (1822-
1850) E A LEI Nº 601 DE 1850

Marco Roberto Serra Lyrio

BREVE HISTÓRIA DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA: ATUAÇÃO
EXTRAJUDICIAL E DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

RAUL Sousa Silva JUNIOR

CASAMENTO E CONCUBINATO NO BRASIL NO LIMAR DO SÉCULO XX:
MOTIVAÇÕES, ARRANJOS E POSSIBILIDADES JURÍDICAS

Maria Cristina Cardoso Pereira, Maria Leonor Leiko Aguenta, Maria Paula Costa Bertran
Munoz

DIREITO E PODER DURANTE O REINADO DOS REIS CATÓLICOS: O
ORDENAMENTO JURÍDICO COMO INSTRUMENTO DE CENTRALIZAÇÃO DO
PODER RÉGIO

Fernanda de Paula Ferreira Moi, José Querino Tavares Neto

DISCUSSÃO SOBRE A TESE DO BOM GOVERNO E A MEMÓRIA DE CONSTITUIÇÃO MISTA

Maren Guimarães Taborda, Timotheu Garcia Pessoa

ESTADO, MERCADO E TRANSIÇÃO ENERGÉTICA NOS PAÍSES ECONOMICAMENTE SUBDESENVOLVIDOS: UMA BREVE ANÁLISE DO CASO BRASILEIRO

Wladimir Tadeu Silveira Coelho, Marcia Sant Ana Lima Barreto

MOVIMENTOS SOCIAIS E TERRITÓRIO: A LUTA PELO DIREITO À MORADIA E À TERRA

Iara Roque Duarte, Luana Caroline Nascimento Damasceno, Iandra Roque Duarte

O ESTADO DEPENDENTE E A NATUREZA SUBORDINADA (1500–1930): CAPITALISMO, COLONIZAÇÃO E A EXPLORAÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL

Wladimir Tadeu Silveira Coelho, Lyssandro Norton Siqueira

RAÍZES HISTÓRICAS DAS PRISÕES E A FUNÇÃO EXCLUDENTE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Letícia Rezner, Osmar Veronese

RELAÇÕES ENTRE ESTADO E IGREJA(S) CRISTÃ(S) NA HISTÓRIA BRASILEIRA

Alana Taíse Castro Sartori, Noli Bernardo Hahn

DISCUSSÃO SOBRE A TESE DO BOM GOVERNO E A MEMÓRIA DE CONSTITUIÇÃO MISTA

DISCUSSION ABOUT THE THESIS OF GOOD GOVERNMENT AND THE MEMORY OF MIXED CONSTITUTION

**Maren Guimarães Taborda
Timotheu Garcia Pessoa**

Resumo

Trata o presente estudo da discussão dos temas de “bom governo” e de “constituição mista”, iniciadas na Antiguidade Clássica e resgatadas no Constitucionalismo moderno. Localizada na história do pensamento jurídico-político, a hipótese de trabalho é inventariar por que (a que necessidade histórica respondeu) e como (com quais procedimentos) tais memórias foram acionadas. Utiliza-se o método histórico-jurídico, no pressuposto de que o direito é parte integrante dos eventos e também o método hipotético-dedutivo, porque para a verificação da hipótese, observa-se um fenômeno particular (o Constitucionalismo) para estabelecer uma proposição geral, a de que os artífices do tempo constitucional acionaram aquisições evolutivas sedimentares, no caso a Teoria das Formas de Governo (indutivo). Por igual, consideram-se argumentos gerais (a tese do bom governo) para concluir que as constituições sociais democratas do presente da sociedade mundial podem ser consideradas constituições mistas (dedutivo). Os procedimentos são descritivos e comparativos de diferenciações feitas pela filosofia política e pela historiografia jurídica, recorrendo-se a fontes primárias (textos legais e filosóficos históricos) e a obras de filosofia política, de história do direito e de direito constitucional relacionadas ao tema. A exposição foi organizada em duas seções, de modo que a primeira trata da discussão sobre os governos na perspectiva do mando, da Antiguidade até a Idade Média, e a segunda, descreve a tese do governo constitucional como garantia da liberdade. Sínteses parciais foram lançadas ao longo da exposição e restam articuladas ao final.

Palavras-chave: Teoria das formas de governo, Bom governo, Constituição mista, Pensamento jurídico, Social-democracia

Abstract/Resumen/Résumé

This study addresses the discussion of the themes of "good government" and "mixed constitution," which began in Classical Antiquity and were revived in modern Constitutionalism. Located in the history of legal-political thought, the working hypothesis is to inventory why (what historical need it responded to) and how (through what procedures) such memories were activated. The historical-legal method is used, assuming that law is an integral part of events, and also the hypothetical-deductive method, because to verify the hypothesis, a particular phenomenon (Constitutionalism) is observed to establish a general

proposition, that the craftsmen of constitutional time triggered sedimentary evolutionary acquisitions, in this case the Theory of Forms of Government (inductive). Likewise, general arguments (the good government thesis) are considered to conclude that current social democratic constitutions in global society can be considered mixed constitutions (deductive). The procedures are descriptive and comparative of distinctions made by political philosophy and legal historiography, drawing on primary sources (legal and philosophical historical texts) and works of political philosophy, legal history, and constitutional law related to the topic. The article is divided into two sections, the first dealing with the discussion of governments from the perspective of command, from Antiquity to the Middle Ages, and the second describing the thesis of constitutional government as a guarantee of freedom. Partial summaries were presented throughout the article and are articulated at the end.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Theory of forms of government, Good government, Mixed constitution, Legal thought, Social democracy

Introdução

Filósofos e juristas, autodescrevendo o “tempo constitucional” na Europa, isto é, o processo no qual o código do sistema jurídico se impôs ao do sistema da política, acionaram sedimentos vindos do passado distante e do tempo médio, criados no esforço de compreender a realidade das formas de poder político, especialmente a antítese entre o bom e o mau governo “um dos grandes temas, senão o maior, da reflexão política de todos os tempos” (Bobbio, 2000, p. 205), considerando *governo bom* aquele submetido às leis da cidade e à Justiça e *melhor*, aquele que conta com uma *Constituição Mista*. E foram as memórias antigas de governo das leis, de Constituição Mista e repúdio à tirania que, ressignificadas, serviram para configurar esse “tempo constitucional”, que estruturou o Estado Moderno. Isso foi assim porque o direito sempre parte de si mesmo para reinventar-se no presente (De Giorgi, 2006, p.49).

Considerando que a memória produz a temporalidade dos sistemas sociais, sob o pressuposto de que a ciência jurídica constrói uma narrativa no tempo, é objetivo desse estudo discutir as memórias de “bom governo” e de “constituição mista” constituídas na tradição do pensamento político e afirmadas no Constitucionalismo. Assim, é a hipótese de trabalho do presente ensaio inventariar *por que* (a que necessidade histórica respondeu) e *como* (com quais procedimentos) tais memórias foram acionadas. Localizada na história do pensamento jurídico-político, a investigação utiliza o método histórico-jurídico, porque pressupõe que o direito é parte integrante dos eventos e também o método hipotético-dedutivo, porque para a verificação da hipótese, observa-se um fenômeno particular (o Constitucionalismo) para estabelecer uma proposição geral, qual seja, a de que os artífices do tempo constitucional acionaram aquisições evolutivas sedimentares, no caso a *Teoria das Formas de Governo* (caminho indutivo). Por igual, consideram-se argumentos gerais (a tese do bom governo) para concluir que as constituições sociais-democratas do presente da sociedade mundial podem ser consideradas tipos de *constituições mistas* (dedutivo). Os procedimentos são descritivos e comparativos de diferenciações feitas pela filosofia política e pela historiografia jurídica, recorrendo-se a fontes primárias (textos históricos - legais e filosóficos) e a obras de filosofia política, de história do direito e de direito constitucional relacionadas ao tema. A exposição foi organizada em duas seções, de modo que a primeira trata da discussão sobre os governos na perspectiva do mando, da Antiguidade até a Idade Média (1) e a segunda, descreve a tese do governo constitucional como garantia da liberdade (2). Sínteses parciais foram lançadas ao longo da exposição e restam articuladas ao final.

1 A arte do bom governo: da Antiguidade Clássica ao período intermediário

A discussão sobre a arte dos governos, consolidada por Aristóteles (384-322 a.C.), foi assimilada por Políbio (+- 208-125 a.C.), Tomás de Aquino (1225-1274) e Bártolo de Sassoferrato (1314-1357), que trabalharam sobre o tema da constituição mista e da tirania, cada um procurando dar respostas para os problemas de seu tempo. É por onde se deve iniciar.

1.1 O melhor regime político é o das classes médias no poder (Aristóteles)

Aristóteles, na *Política*, assimilando “governo” a “constituição” e usando critérios descritivos (um, poucos ou muitos governam) e prescritivos (governo exercido para o bem comum ou para o bem dos governantes) e socioeconômicos, construiu uma tipologia dos governos que se tornou clássica e ponto de partida para todos os pensadores políticos que se seguiram, não porque tenha feito uma tipologia dos regimes existentes, mas porque forneceu um quadro lógico que orienta a análise desses regimes. Em tais condições, Aristóteles pensou sobre três formas virtuosas de governo – monarquia, aristocracia e democracia, e três viciadas – tirania, oligarquia e demagogia ou *olocracia* (termo que Políbio usa).

Permeia o texto a sua concepção de justiça explanada no Livro V da *Ética à Nicômaco*, seja como *nóminon* - justo legal, o justo natural e a equidade - (Aristóteles, 1979, p. 131), seja como *íson*, igualdade, que diz respeito ou aquilo que é devido a cada cidadão nas distribuições de bens e encargos, por igualdade proporcional, ou, ainda o que é devido a cada um nas relações particulares (trocas voluntárias ou involuntárias), por igualdade aritmética (absoluta) (Aristóteles, 1979, pp. 131; 128; 125). De acordo com isso, Aristóteles, na *Política*, aduz que o mérito é medido em razão da contribuição dos indivíduos para a realização do fim da comunidade e, por isso, a justiça distributiva oligárquica difere da justiça distributiva democrática, no sentido de que a primeira determina que é de cada um segundo sua riqueza e a segunda, de acordo com a sua condição de livre (Aristóteles, 1998, p. 215). Nessas condições, para o Estagirita, querer o governo de *nomos* (ordem concreta e justa) é querer o governo da razão e não dos homens, já que *nomos* (a lei humana) é “razão liberta do desejo cego”, próprio dos animais (Aristóteles, 1998, p. 259). Para ele, governo reto se propõe a atingir o interesse comum; governo viciado, o que atende apenas os interesses próprios dos governantes (Aristóteles, 1998, p. 211).

Quando analisa os regimes efetivamente existentes e trabalha com a hipótese de um regime ou constituição ideal, ou o melhor regime possível, Aristóteles inicia seu argumento

tratando tal regime como o termo médio (*mesotes*) entre oligarquia e democracia (Aristóteles, 1998, p. 303), porque ele identifica duas partes (ou classes) na cidade, os muito pobres e os muito ricos (Aristóteles, 1998, p. 311), sendo essa uma distinção fundamental, por ser absolutamente excludente, na medida em que alguém pode ser militar pobre ou rico, camponês pobre ou rico, mas não se pode ser rico e pobre ao mesmo tempo. Se, para Aristóteles, a cidade é um “composto de cidadãos.” (Aristóteles, 1998, p. 185) e cidadão aquele que tem capacidade de participar na administração da justiça e no governo (Aristóteles, 1998, p. 187), na democracia, a cidadania (participação na assembleia e nos tribunais) pertence aos livres e os magistrados são escolhidos entre todos, por sorteio ou eleição. Na oligarquia, a cidadania é condicionada à riqueza e os magistrados são escolhidos por eleição.

De outra parte, criticando a tese da *Constituição Ideal* de Platão, no Livro II, Aristóteles se posiciona no sentido de que “é preferível a opinião dos que misturam um maior número de elementos, pois o regime formado a partir de um maior número de elementos é melhor” (Aristóteles, 1998, p. 131) e por isso, no governo misto (mesclado), a cidadania pertence aos livres, mas é condicionada a um mínimo de propriedade e os magistrados são escolhidos por eleição. O regime ideal é, portanto, aquele em que as classes médias estão no poder (Aristóteles, 1998, p. 319), porque, nele, a participação na assembleia e nos tribunais é vinculada simultaneamente à liberdade e à riqueza (classe média) e a participação nas magistraturas é vinculada à virtude (melhor educação), de modo que a multidão dos membros da classe média, atuando conjuntamente, tem um grau de virtude e prudência necessário à condução da vida política (Aristóteles, 1998, p. 225)

A partir dessas primeiras diferenciações feitas por Aristóteles, Políbio conforma a específica ideologia de Constituição Mista, sendo essa uma das memórias acionadas pelos construtores do Estado de Direito Moderno. É preciso, então, inventariar o que ele observou sobre a realidade histórica e constitucional.

1.2 A Constituição republicana romana como exemplo de Constituição Mista (leitura de Políbio)

Políbio procurou escrever uma história geral de seu tempo, guiado pela pergunta “como e sob que espécie de constituição os romanos conseguiram em menos de 53 anos submeter quase todo o mundo habitado ao seu governo exclusivo – fato nunca antes ocorrido” (Políbios, 1996, p. 41). A constituição (governo) de Roma, na sua época, estava organizada em um tripé: *senado*, que era a instituição política concreta que traduzia a autoridade dos pais fundadores da cidade: *magistraturas*, organização dos diversos cargos executivos, e

assembleias populares, os órgãos de representação do povo romano, que ordenavam as leis e julgavam os crimes cuja pena era a morte ou o exílio (Arangio-Ruiz, 1994, pp. 222-249). A resposta que ele oferece é que o sucesso de Roma está intimamente relacionado ao fato da Constituição Republicana de Roma ter sido, em sua opinião, uma forma de governo misto ou moderado, uma “mistura, combinação, integração, fusão” das três formas clássicas de governo: monarquia, aristocracia e democracia. Segundo ele, visualizando-se o poder dos cônsules na administração pública, poder-se-ia afirmar que o governo é puramente *autocrático e monárquico*; no que diz com o Senado, que deliberava em assuntos que nada tinha a ver com o povo, a constituição parecerá *aristocrática*. Se considerar a participação do povo e a sua exclusiva competência para “conferir distinções e infligir punições, os únicos laços que dão coesão aos reinos e às repúblicas, em suma à convivência humana”, bem como decidir sobre a paz e a guerra, aprovar ou rejeitar as leis e eleger magistrados, a constituição é *democrática* (Políbios, 1996, p. 335). Após essa descrição, Políbio passa a explicar como cada uma das três partes é capaz, se quiser, de criar obstáculos às outras ou de colaborar com elas. Se cada uma das autoridades políticas dispõe de meios para criar obstáculos aos outros ou cooperar com eles, “sua união é benéfica em todas as contingências, a tal ponto que é impossível achar um sistema político melhor do que este” (Políbios, 1996, p. 337). Já que todos cooperam, tanto na esfera pública quanto na esfera privada para a realização das tarefas de suas alçadas, a consequência é que essa forma de constituição é “dotada de uma eficácia irresistível para atingir todos os objetivos predeterminados” (Políbios, 1996, p. 338). Desse modo, quando um dos poderes cresce desproporcionalmente em detrimento de outros e passa a aspirar a supremacia e tende a predominar, suas intenções podem ser neutralizadas e obstadas pelos outros. “Nenhum predomina sobre os outros e nem pode desprezá-los”.

Comparando Roma e Cartago, Políbio chama a atenção sobre a superioridade das leis e costumes dos romanos, referindo-se à proibição da prática de suborno na política, punida com pena de morte, e de suas concepções religiosas, sustentáculo da coesão de Roma (Políbios, 1996, p. 346). O que ele ressalta, enfim, é que o sucesso de Roma se deveu à sua Constituição (mista) e ao seu direito, entendido como constitutivo do conceito mesmo de *res publica*, como tematizado por Cícero, em 51 a.C, para quem a *res publica* tem por fundamento o consentimento jurídico e a utilidade comum (Cícero, 1980, p. 147).

De fato, o *ius* foi o verdadeiro *logos* da sociedade romana, essencial para a sua socialização, uma disciplina autônoma da trama privada da vida comunitária, o direito de uma elite que havia concentrado um poder imenso e unificado politicamente o mundo (Schiavone, 2012, p. 31). Grande sucesso de Roma, diferenciado em época remota, fruto dos costumes, da

jurisprudência, da atuação dos pretores e das leis públicas (espécie de acordo formal entre magistratura, povo e senado¹), o *ius civile* constituiu uma racionalidade voltada para um realismo empírico e para o cálculo distributivo, concretizada em protocolos rígidos e vinculantes. Em tal invenção, os juristas tiveram pouco interesse no campo do direito público, pois, esse, permeado de elementos políticos, sociais, econômicos, não se prestava tanto quanto o direito privado, para separar, com rigor, nos fatos humanos, os elementos jurídicos dos não-jurídicos (Calasso, 1964, p. 825)². A compilação justinianeia, feita no século VI, foi transmitida para o Medievo, e acabou se constituindo num “fundamento universalmente reconhecido da futura elaboração científica do direito, bem como do sistema normativo em si mesmo, até o limite da idade contemporânea” (Calasso, 1964, p. 825). Foi no quadro da cultura medieval, dominada pelo patrimônio espiritual herdado do mundo antigo, especialmente o ensino das artes liberais³, que o direito justinianeu voltou a ser estudado, e a consequência metodológica mais relevante foi a criação do sistema do *ius commune*⁴, pelos *Glosadores* e *Comentadores* (século XII a XV). Exponentes desse novo direito, principalmente na sua dimensão política, foram Tomás de Aquino (1225-1274) e Bártolo de Sassoferrato (1314-1357), o mais célebre dos *Comentadores*. Eles sistematizaram, em suas obras, a discussão sobre as formas de governo, sobre a constituição mista e sobre a tirania, como segue.

1.3 As descrições de Tomás de Aquino e de Bártolo de Sassoferrato

Tomás de Aquino, nos comentários à *Política* de Aristóteles e na *Summa Theologica*, e Bártolo de Sassoferrato, em obras políticas como o *De Tyranno*, trataram dos problemas publicísticos mais ardentes da época, em especial a disputa secular sobre a origem do poder, a relação entre Império e Igreja, as relações entre soberanos e súditos, com o método

¹ Formalmente, para além das XII Tábuas, as leis de direito privado eram, no mais das vezes, plebiscitos. Nesse campo, a intervenção legislativa servia para estabelecer normas de organização ou de caráter econômico e social, como as leis sobre tutela, doações e dotes, matrimônio, sucessões, escravos e manumissões, usucapião, juízos privados e juízos públicos sobre coisas privadas, leis de processo civil (Rotondi, 1990, p. 100).

² De fato, a famosa formulação de Ulpiano, bastante genérica, indica ser direito público (político) tudo o que se refere à situação (*status*) da *res publica*, consistindo, basicamente, nas coisas sagradas, nos sacerdotes e nos magistrados (Digesto 1.1.1,2) e, com exceção dos Livros 47 (delitos privados) e 48 (juízos públicos), não há discussão sobre esses temas no *Digesto*, que é a parte substancial do *Corpus Iuris Civilis*. As *legges* imperiais sobre a administração das províncias e editos provinciais são tratadas no *Codex* (compilação de constituições imperiais vigentes até Justiniano), especialmente nos três últimos livros (10, 11 e 12), que compila o direito administrativo e financeiro do Império.

³ *Trivium* (gramática, dialética e retórica) e *quadrivium* (geometria, aritmética, astrologia e música).

⁴ Por *ius commune* se pode entender uma *doutrina* (pura ou constituída pela doutrina admitida judicialmente), um *conjunto de ordenamentos* (que compreende o direito romano, canônico, feudal e estatutário), um *sistema jurídico* (formado pelo *ius commune* e pelo *ius proprium*) ou uma corrente histórica (cada povo constitui um direito que é em parte comum e em parte, próprio) (Calasso, 1954, pp. 345-389).

escolástico. O primeiro tratou das várias espécies de principados e do governo misto; o segundo, da tirania, a partir de suas concepções de lei natural (comum participação do homem no *logos* divino, da qual resulta sua igualdade essencial, inicialmente formulada pelos estoicos antigos) e as relações dessa com a lei humana (política). Antecessores são Isidoro de Sevilla (560-636) e John de Salisbury (1120? - 1180). O primeiro asseverou dever ser a lei (expressão do direito tanto quanto o costume), honesta, justa, possível, em conformidade com a natureza e com os costumes do país para ser vigente e válida, bem como ser distinção entre o bom ou mau uso do poder o que diferencia o rei - monarca legítimo e pai do povo - do tirano, cujo “governo violento e opressivo é propriamente ilegal” (Sevilla, 1951, pp. 112-113). O segundo, em *Policraticus*, no Livro I, capítulo I, argumentou que a única ou maior diferença entre um tirano e um príncipe é que este “último obedece à lei e governa o povo de acordo com a vontade daquele que acredita ser seu ministro” (*apud* Bobbio, 2000, p. 209).

Nos comentários à *Política*, Tomás de Aquino disserta sobre os diversos regimes possíveis nos principados ou repúblicas (como chama a organização política), e, acompanhando o plano da obra aristotélica, discute, no Livro III, o governo das cidades (Aquino, s.d., p. 230). Aduz, inicialmente, que os governos podem ser da multidão (democracia), dos ricos em minoria (oligarquia), dos virtuosos (aristocracia) ou de um só homem, excelente (reino) ou péssimo (tirania). A partir daí, ele discute o problema da justiça nos principados, acompanhando Aristóteles na consideração de que o justo é o igual nas coisas que devem ser distribuídas segundo alguma medida (aritmética ou proporcional), e que a determinação desses bens pertence à política, bem como de que o “reino” é a melhor e mais reta forma política (Aquino, s.d., p. 218). No Livro IV, III, 9, a exposição gira em torno da tirania, entendida como uma “república péssima”, uma transgressão do reino (Aquino, s.d, p. 343). Já na parte IV do mesmo livro, Tomás de Aquino aduz que a “mais excelente de todas as repúblicas” é aquela constituída pelos “intermediários” (a virtude é um termo médio entre dois vícios), cujo bem máximo é que “os governantes tenham uma riqueza moderada e posses moderadas”, e aqui, concorda mais uma vez com seu mestre, no sentido de que a governo ideal é a constituição de classe média (Aquino, s.d., p. 351). O Aquinate, igualmente discutindo a tese do bom governo na Questão 105, artigo 1º, da *Summa Theologica*, considera que o governo mais bem constituído, de qualquer cidade ou reino, é aquele que resulta da combinação da monarquia “por ser só um o chefe”, da aristocracia, “por muitos governarem conforme o exige a virtude” e da democracia (governo do povo), “porque, deste, podem ser eleitos os chefes, ao mesmo tempo em que a eleição a eles pertence” (Aquino, 1980, p.1902)

Já no *Tratado sobre o Tirano*, Bártolo, afirma que “tirano é quem governa a coisa pública sem direito” (Lopes, 2006, p. 69), ou quem tendo direito, se mostra *tirano pelo exercício* sendo essa a pior forma de governo. Acompanha Tomás de Aquino na consideração da tirania ser um distanciamento do fluxo natural da criação, uma vez que, no contexto medieval, o atributo mais importante da soberania era a Jurisdição, pois, juntamente com o *iura* do rei, estava o poder de administrar a justiça tendo como base as leis consuetudinárias do país (Matteucci, 1990, p. 1181; Hespanha, 1993, p. 385). Ao realizar um exame do que seria o modo corrupto de governar, em quaisquer formas de governo, Bártolo ressaltou ser próprio dos tiranos “oprimir os melhores e mais poderosos homens da cidade”, matar seus irmãos, destruir os sábios e oprimir “o estudo e a disciplina”, não permitir associações e grupos, mesmo lícitos, ter muitos “espiões”, dividir a cidade em facções, “tentar empobrecer os súditos”, promover a guerra, não tratar dos interesses dos cidadãos, mas de estrangeiros e alinhar-se a um partido “para afligir o outro” (Lopes, 2006, pp. 71-72). Finalmente, argumentou que a resistência a uma ordem tirânica não teria o caráter de uma sedição, bem que a tirania é uma espécie de crime de lesa majestade, isto é, um atentado ao corpo do soberano, no caso, o rei.

O Renascimento, no século XVI, foi, literalmente, um renascimento dos ideais greco-romanos. Neste ambiente, Maquiavel (1469-1527) reorganiza a discussão sobre as formas de governo, asseverando que “todos os Estados⁵, todos os domínios que tiveram e têm autoridade sobre os homens foram, e são, repúblicas ou principados” (Maquiavel, 1979, p. 5) e, revolucionando a história das teorias políticas, funda a autonomia da política e defende a separação entre política e moral, reconhecendo que “o critério com base no qual se considera boa ou má uma ação política (...) é distinto do critério com base no qual se considera boa ou má uma ação moral” (Bobbio, 2000, p. 174). Com isso, dessacraliza a política e assume o primado do Estado em face da religião.

Nos *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*, ele assume que as formas de governo clássicas são “igualmente desvantajosas”: ou “porque não podem durar” (retas) ou “pelo princípio de corrupção que contêm” (viciadas) (Maquiavel, 1994, p. 25), bem como serem as repúblicas *aristocráticas* (caso de Esparta) ou *democráticas* (restrita em Atenas e ampla, em Roma) (Maquiavel, 1994, p. 26). Acaba elogiando o governo misto e a república romana (como Políbio) e entende que ali, existiu uma república perfeita, na medida em que

⁵ Expressão que surge exatamente em razão da existência de uma multidão de configurações políticas - cidades e déspotas - que não podiam expressar corretamente seu caráter através dos termos *imperium*, *regnum*, *terra* ou *città*.

cada um dos elementos do governo “recebeu uma porção de sua autoridade” e, governando em conjunto, puderam controlar-se mutuamente (Maquiavel, 1994, p. 25) e essa combinação fez com que essa constituição resistisse ao tempo. No Capítulo IV (mesmo livro), aponta que, em todos os governos, há oposição entre os interesses do povo e os dos aristocratas, assim como “todas as leis para proteger a liberdade nascem da sua desunião”, isto é, do conflito real existente, da luta: as desordens “fizeram nascer leis e regulamentos favoráveis à liberdade de todos” (Maquiavel, 1994, p. 31). Observa Bobbio, que por meio desta compreensão da função do conflito, a tese do governo misto adquire profundidade histórica, deixando de ser apenas um mecanismo institucional, para ser a “superestrutura de uma sociedade determinada: é a solução política de um problema – o conflito entre interesses antagônicos – que surge na sociedade civil” (Bobbio, 1995a, p. 94). Quando se consolidaram as monarquias absolutistas na Europa, monarcas como Henrique VIII (1491-1547), da Inglaterra, e Catarina de Médicis (1519-1589), rainha-mãe da França, agiram separando a *razão moral* (“faça o que deve ser feito e aconteça o que tiver que acontecer”) da *razão política* (“faça o que deve ser feito para que aconteça aquilo que você quer que aconteça”) (Bobbio, 2000, p.174).

É na Inglaterra do século XVII, marcada pelo absolutismo monárquico, que inicia o processo de distinção entre política (governo) e direito (jurisdição), e esse passa a conformar (impor seu código) à política, para fins de garantir a vida, a liberdade (pessoal e de contratação) e a propriedade dos indivíduos. É o que se passa a considerar.

2 Governo *constitucional* como garantia da liberdade (perspectiva dos governados)

Na primeira Revolução Liberal, na Inglaterra do século XVII, se concretizou, na realidade histórica, a liberdade, o poder individual, que é dado por natureza aos homens e que as leis civis (direito) limitam, compatibilizando-se a situação constitucional com postulados supra positivos (política com ética - Justiça) (Bobbio, 1999, p. 63). Estendido o processo à América e à França, no final do século XVIII, e partir daí, “para o mundo”, afirmou-se o cânone organizatório segundo o qual a sociedade que não conta com a garantia dos direitos ou separação de poderes, “não tem Constituição” ⁶. Na experiência, memórias (antigas e recentes) do sistema político e do sistema jurídico ganharam novos significados.

⁶ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, art. 16, verbis: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação de poderes, não tem Constituição” (Miranda, 1990, p. 59)

2.1 Distinção entre governo e jurisdição na experiência Inglesa

A Inglaterra, na época das guerras civis, vivia sob a égide de uma monarquia absolutista, na qual a soberania do Estado, tida como ilimitada, se personificava no rei, que recebia seu poder diretamente de Deus e, por isso mesmo, era *legibus solutus* (está desligado das leis), conforme uma particular interpretação do texto de Ulpiano presente do Digesto (D.1.3.31), e infalível (*the king can do no wrong*). Os monarcas, tentando controlar a ascensão da burguesia (organizada na Câmara dos Comuns desde o século XIII), adotaram políticas típicas de *tiranos por exercício*, como aumento de impostos sem autorização das Câmaras e o estabelecimento de empréstimos forçados (o que era vedado desde *Magna Carta*⁷), a perseguição religiosa aos Puritanos e dissoluções frequentes do Parlamento. Carlos I (1600 - 1649), levou tais políticas ao máximo, chegando a governar o país sem um parlamento por onze anos (*Reinado Pessoal*), a fazer guerras contra os Parlamntos inglês e escocês, a não apoiar os protestantes que lutavam no continente a *Guerra dos 30 anos*, até que foi submetido pelo Parlamento, processado e julgado por crime de alta traição e decapitado.

Pelo “Instrumento de governo” (*Instrument of government*), baixado por Cromwell, em 1653, na breve república, restaram diferenciadas duas funções do poder político - a jurisdição e o governo – que manifesta a distinção mais elementar, entre direito e poder e a imitação deste por aquele (Bassi, 1965, p. 23)⁸. Quanto ao sistema do direito, fruto de uma longa evolução, surgiu a partir da instituição, por Henrique II (1154-1189), de tribunais de júri para questões civis e criminais (*trial by jury*) e tribunais de última instância (*Tribunais Reais*), acrescentado, no século XV, o Tribunal de *Equity*. É um direito público por definição, porque, ligado ao poder real, foi desenvolvido “nos casos em que a paz do reino estava ameaçada ou quando qualquer outra consideração importante exigia ou justifica a intervenção do poder real”(David, 1993, p. 199) e, assim, o direito existente no país na época dos eventos era (como ainda é) basicamente jurisprudencial (*judge-made law*) e as decisões buscam uma solução justa especificamente para o caso concreto (*case law*). Por força dos precedentes vinculantes, as decisões dos tribunais superiores devem ser aplicadas por juízes e tribunais

⁷ Artigo 12 - “Não lançaremos taxas ou tributos sem o consentimento do conselho geral do reino (*commue concilium regni*) (...) e esses tributos não excederão limites razoáveis (...)” (Miranda, 1990, p. 14).

⁸ “I. Que a suprema autoridade legislativa da Comunidade da Inglaterra, Escócia e Irlanda, e dos domínios a ela pertencentes, residirá em uma pessoa e o povo se reunirá no Parlamento; o exercício da mais alta magistratura e a administração do governo será do Lord Protector (...)” Disponível em: <https://www.olivercromwell.org/wordpress/the-instrument-of-government/>. , acessado em 02 ago.2025.

inferiores quando julgarem casos semelhantes, obtendo-se com isso a unificação da jurisprudência (*rule of precedent*) (David, 1993, pp. 331-355)⁹.

Liberdade, para os ingleses, consistia em direitos concretos ou no conjunto formado por todos os direitos específicos, como postulado por Edward Coke (1552-1634)¹⁰, (MacIlwain, 1991, p. 28). Aqui, a convicção é a de que as liberdades, enquanto elaboradas pela jurisprudência e expressadas nos precedentes da *common law*, são essencialmente indisponíveis por parte do poder político. E essa específica memória foi resgatada pela Revolução sob o conceito de *Rule of law*, segundo o qual nem mesmo o mais soberano dos governantes (o rei) está acima do Direito ou acima da lei, e, portanto, ele não pode por vontade própria se subtrair ao cumprimento do Direito, nem tampouco suspender leis do Parlamento: *todos estão submetidos ao Direito do país*.

2.2 O governo misto

Os reconstrutores do corpo político inglês também recordaram as teses de Políbio sobre governo ou constituição mista. Esse regime é considerado ideal pela tradição, em razão da estabilidade que proporciona, da imparcialidade (evita que uma classe ou grupo prevaleça sobre os demais) e da limitação de poder que opera, já que impõe “o equilíbrio entre as diversas forças sociais, ao atribuir a cada uma delas uma parte do poder, permitindo assim que o poder de um controle o poder da outra (verdadeiro e autêntico precedente histórico do *balance of powers*)” (Bobbio, 1986, p. 556). Com isso a soberania parlamentar está impedida de degenerar em soberania ilimitada, pois a permanência dos *checks and balances* exige a participação na atividade legislativa das três ordens do Parlamento - Rei, Lordes e Comuns - como pela radical convicção de que existe um núcleo duro de direitos fundamentais dos quais não pode dispor o poder político. De acordo com Bobbio, quando o Parlamento apresentou, em 1642, um conjunto de proposições que pretendiam transferir competências reais para o Parlamento, Carlos I objetou, argumentando que isso feria a sua prerrogativa e, portanto, o ideal de constituição mista, que os antepassados sabiamente modelaram “mediante a combinação destas três formas (monarquia, aristocracia, democracia), de modo que dessem a

⁹ O processo era semelhante ao processo formulário romano, pois a parte deveria recitar corretamente certas fórmulas de ação (*forms of action*) perante o tribunal a fim de poder ganhar o caso. O direito em si a que ela fazia jus ficava em segundo plano, num sistema em que o “remédio precede os direitos” (*remedie precede rights*). Para cada fórmula, os tribunais emitiam uma ordem ou mandado (*writ*) para que algo fosse feito ou obedecido, fosse por um particular fosse por uma autoridade pública. Contra prisões ou detenções injustas ou arbitrárias por autoridades públicas, por exemplo, desenvolveu-se o *writ de habeas corpus*, o primeiro remédio processual a garantir o direito de ir e vir das pessoas (liberdade de locomoção) (David, 1993, pp. 288-289).

¹⁰ Presidente do *Common Pleas* de 1603 a 1613 e do *King's Bench* de 1613 a 1616, quando foi removido do cargo, por conflitos com Jaime I.

este reino (...) as vantagens de todas as três, sem os inconvenientes de cada uma delas” (Bobbio, 1986, p. 557).

Walter Bagehot, avaliando o regime instituído pela Revolução, que inaugura, segundo ele, a terceira fase da história da Constituição da Inglaterra (1873, p. 204-210), aduz que, durante esse período, as classes mais elevadas da população inglesa teriam compreendido a natureza do governo constitucional, mas as classes mais baixas não, pois ainda perceberiam erroneamente o monarca como o governante. Sustentando a necessidade de existir uma autoridade suprema em todo Estado (Bagehot, 1873, p. 171-175), identifica, no governo inglês três componentes, quais sejam a monarquia, o executivo e o legislativo (Bagehot, 1873, p. 61-74) e enuncia que o segredo eficiente da Constituição inglesa seria a fusão quase completa entre os poderes legislativo e executivo, sendo esse último um comitê do primeiro selecionado para a função executiva (Bagehot, 1873, p. 48). Segundo o autor, a Casa dos Comuns, composta por representantes eleitos, teria cinco funções: a mais importante seria escolher os integrantes do executivo; a segunda consistiria em expressar os anseios do povo; a terceira se traduziria em educar a população; a quarta exigiria informar a situação do país; e a última função seria a de legislar (Bagehot 1873, p. 118-120). A Casa dos Lordes, preenchida por membros não eleitos da aristocracia, estaria limitada a revisar as leis encaminhadas pela Casa dos Comuns e a exercer o que ele denomina de *veto de adiamento* (Bagehot, 1873, p. 102). O sucesso da Constituição Inglesa se deveria a uma *causa principal*, como o fato de a Casa dos Comuns ter o poder de escolher o poder executivo, e a *causas secundárias*, que consistiriam nas autorizações concedidas ao chefe do executivo tanto de aumentar a quantidade de membros da Casa dos Lordes para construir maioria nessa casa quando nela houvesse resistência a projetos de lei importantes para ele, quanto de dissolver a Casa dos Comuns nos casos em que ela atuasse de maneira impulsiva, ou buscasse atender a interesses próprios ou partidários, em detrimento do bem da nação (Bagehot, 1873, p. 176-178). No século XX, a Casa dos Comuns se sobrepôs à Casa dos Lordes, de modo que o Rei é o Chefe de Estado da Grã-Bretanha (e também da *Commonwealth*, comunidade das nações britânicas) e a Casa dos Comuns indica o Chefe de Governo, que é o líder do partido vencedor de eleições diretas. Enfim, para os ingleses, a constituição é o conjunto das leis radicadas na história da comunidade política, de costumes, de pactos e acordos entre os distintos componentes do reino.

A conversão do antigo problema de limitação ao poder político em problema jurídico, no entanto, só se consolidou nos processos revolucionários do século XVIII, especialmente o norte-americano e o francês, inspirados por Montesquieu (1689-1755), que

formulou a teoria da separação orgânica dos poderes como uma das condições fundamentais da adequada organização dos poderes em todo o “estado bem ordenado”, *ex parte Populi* (perspectiva dos governados). É o que deve ser tratado.

2.3 A separação de poderes, garantia de direitos e democracia.

Montesquieu, no livro “*Do Espírito das Leis*”¹¹ não propôs modelos abstratos e ideais na edificação de uma ciência da política e sim parâmetros extraídos das sociedades concretas da história. O seu procedimento científico, nesse campo da política e do direito constitucional, foi *realista*, porque procurou conjugar forma e matéria, essência e existência, valor e fato¹². Para ele, a lei é “razão humana, na medida em que governa todos os povos da terra, e as leis políticas e civis devem ser apenas os casos particulares em que se aplica essa razão humana” (Montesquieu, 1979, p. 28).

Interpretando a estrutura da Constituição Inglesa, Montesquieu, citando expressamente Aristóteles, Políbio, Tito Lívio, Dionísio de Halicarnasso, entre outros, no Livro XI, Capítulo VI (que ele denomina *Da Constituição da Inglaterra*) apresenta os princípios que ordenam os governos, com fundamento nas obras de Locke (*Tratado sobre o Governo civil*)¹³ e de Aristóteles (*Política*). No Livro IV, Montesquieu já fizera a discussão de como as leis devem ser relativas aos princípios de cada um dos governos, aduzindo que “para formar um governo moderado”, é preciso combinar os poderes, “regulamentá-los, moderá-los e fazê-los agir” e oferecer um meio de um resistir ao outro” e, que por isso mesmo, um governo é despótico, tirânico, quando “é uniforme em toda parte; como apenas paixões são necessárias para estabelecê-lo, todas as pessoas são úteis para isso” (Montesquieu, 1979, p.74). Assim, no Livro XI, IV, Montesquieu, tratando da democracia e da aristocracia, entende que nesses estados não se encontra a liberdade política que só pode existir nos governos moderados, se nesses últimos, não se abusa do poder. Isto só possível se, “pela disposição das coisas, o poder freie o poder”, ou seja, desde que existam, no Estado,

¹¹ Publicada pelo editor suíço J. Barrillot, em 1748, em com o extenso título: *Do Espírito das Leis ou Das Relações que as Leis Devem Ter com a Constituição de Cada Governo, Costumes, Clima, Religião, Comércio, etc.*.. ao que ele acrescentou investigações sobre as leis romanas, francesas e feudais (Montesquieu, 1979, p. 17).

¹² “Devem as leis ser relativas ao físico do país, ao clima frio, quente ou temperado; à qualidade do solo, à sua situação, ao seu tamanho(...) Possuem elas, enfim, relações entre si e com sua origem, com os desígnios do legislador e com a ordem das coisas sobre as quais elas são estabelecidas. É preciso considerá-las em todos esses aspectos” (Montesquieu, 1979, p. 28).

¹³ *Segundo Tratado Sobre O Governo*, em que o autor inglês distingue processo de criação do corpo político do processo e constituição de um governo, isto é, poder de fazer e executar o direito, como dois momentos lógicos e sucessivos. Daí, para ele, o governo é o exercício dos poderes Legislativo, Judiciário, Executivo e da Prerrogativa, e o Legislativo inclui o Judiciário, porque têm idêntica função, a de estabelecer o direito e o Executivo, que aplica a força para assegurar a observância das regras, inclui a Prerrogativa (discricionariedade). (Locke, 1979, p. 83).

mecanismos que garantam a contenção do poder e, ao mesmo tempo, sua permanência (Montesquieu, 1993, p. 91). Para o autor, seguindo Aristóteles, se existe, em cada Estado, três espécies de poder - o poder legislativo, o poder executivo “das coisas que dependem do direito das gentes”, e o executivo das que dependem do direito civil (Montesquieu, 1993, p. 92) - a garantia dessa liberdade se dará se esses poderes restem separados, isto é, que se atribua o exercício das funções estatais a órgãos distintos e independentes (Montesquieu, 1993, pp. 92-93).

Em tais condições, se o poder legislativo estiver reunido no mesmo órgão (“corpo de magistratura”), não existirá liberdade, porque esses podem estabelecer “leis tirânicas para executá-las tiranicamente”, diz Montesquieu. A partir daí, ele visualiza uma distribuição dos poderes legislativo, composto de duas partes (nobreza e povo) e executivo nos vários modos que um pode paralisar o outro, por suas “mútuas faculdades de impedir” e observa que os poderes, por tais meios, formariam “uma pausa ou inação”, mas como são obrigados a caminhar “pelo movimento necessário das coisas”, estão obrigados a entrar em acordo (Montesquieu, 1993, p. 99). O poder executivo, então, faz parte do poder legislativo apenas pela sua faculdade de impedir (veto), “rejeitando as decisões das proposições que desejaria não fossem feitas” (Montesquieu, 1993, p. 99). Com isso, Montesquieu introduz um novo elemento na técnica de separação dos poderes, qual seja, a divisão do poder legislativo entre as classes ou “estados” do reino, inspirado no pensamento político inglês (Matteucci, 1986, p. 247). A tese que desenvolve é de que só um governo balanceado, em que os diversos órgãos realizam um equilíbrio constitucional, é “capaz de obstar a consolidação de um governo absoluto” (Matteucci, 1986, p. 249), identificando cada órgão do Estado com uma classe ou camada social.

As revoluções políticas do final do século XVIII (norte-americana, em 1776, e francesa, em 1789) foram mais do que meras mudanças políticas ou lutas civis por liberdade frente à tirania, uma vez que seus objetivos eram transformar as sociedades, iniciar algo novo e não só mudar o regime político¹⁴. O fundamento filosófico é teoria dos direitos subjetivos (inalienáveis, imprescritíveis, anteriores e superiores ao Estado), isto é, o domínio sobre as “coisas indiferentes”, a esfera das ações possíveis ou da liberdade natural, especialmente como formulado por Locke, cujo problema central é a garantia da liberdade e propriedade - os

¹⁴ O moderno conceito de revolução, de acordo com Arendt, está “ligado à noção de que o curso da História começa subitamente de um novo rumo”, em que ideia de liberdade e experiência de um reinício coincidem. Somente a partir da experiência do século XVIII é que se começou a utilizar, na filosofia política, o termo “revolução”, que, na física e na astronomia, significa retornar ao lugar de onde se saiu, como ocorre com as órbitas dos planetas (Arendt, 1990, p. 23).

primeiros direitos naturais - frente ao poder despótico (Locke, 1979, p. 88). Essa tese respondeu às necessidades de uma economia de mercado em expansão, pois, do ponto de vista sociológico e do desenvolvimento da ordem econômica, são particularmente importantes as expectativas de que não se estorve uma ação ou omissão, chamadas de ‘faculdades’. A liberdade de contratação, assim, depende da extensão que o ordenamento jurídico conceda ao arbítrio dos indivíduos (Weber, 1992, pp. 532-533).

Diferentemente da Inglaterra, que possuía uma constituição material (*Rex in Parlament*), a experiência norte-americana criou a primeira república moderna a partir da adoção de um documento escrito, análogo às *Cartas de Companhia* da época da colonização, para organizar a sociedade política, com assembleias e magistrados próprios, fundados na ideia de que os direitos pertencem antes a indivíduos do que a grupos (Dworkin, 2000, p. 37). No Estado que se estabeleceu, foi instituído um governo presidencialista, caracterizado pela acumulação dos poderes de Chefe de Estado e Chefe de Governo em um único cargo, de modo que ele acaba acumulando três funções: a *chefia do Estado*, representativa da comunidade na ordem interna e externa; *chefia do Governo*, que conduz as políticas contingentes que a população escolheu, e a *chefia da Administração* (que estrutura a burocracia do Estado e os serviços públicos). Isso faz com que o presidente ocupe “uma posição plenamente central em relação a todas as forças e instituições políticas”, advinda do fato de haver sido eleito pela totalidade do corpo eleitoral (Pasquino, 1986, p. 519). Nesse sistema, o Judiciário “dá a última palavra” sobre a política, uma vez que a Constituição escrita, como lei fundamental do país, teve que ser metabolizada em um sistema jurídico no qual o juiz é o protagonista da experiência jurídica (*common law*). Por isso, nos Estados Unidos da América, é a Suprema Corte a sede da autoridade jurídica, que se exerce por meio de interpretação e “deriva sua própria autoridade da Constituição” (Arendt, 1990, pp. 160-161). Espécie de assembleia constitucional em permanente sessão, a Suprema Corte instituiu o *judicial review*, controle formal de constitucionalidade, institucionalizado no caso *Marbury vs Madison*, em 1803. E isso contraria a tese de Montesquieu. A república então constituída também operou uma nova distribuição territorial do poder do Estado, de caráter vertical, instituindo um Estado federal, isto é, um conjunto de Estados reunidos em uma Federação (a União Federal), com duas órbitas de poder, a *federal* e a *estadual*, cada qual com competências legislativas e executivas próprias (Madison, 1979, pp. 118-123).

Na França, em que a Revolução política ocorreu num ambiente de *ius commune*, no qual já vigorava a concepção de que aplicar uma lei (geral e abstrata) a um caso concreto é fazer justiça, porque essa já está contida naquela, toda a experiência foi centrada na

concepção de soberania da lei, que é a expressão da vontade popular (Rousseau, 1979, pp. 54-55). Fundado o prestígio da lei na vontade geral – fundamento e metáfora da soberania popular – e na sua generalidade, isto é, aplicabilidade a todos, consequência do princípio da igualdade, a lei acaba por impor-se aos outros poderes do Estado, Executivo e Judiciário, que lhe serão subalternos. As Constituições do período revolucionário até as da Restauração monárquica oscilaram entre a monarquia parlamentar (1791; 1814) e a República democrática (1793) ou censitária (1795), governadas por assembleias, mas consolidaram um sistema de estrita separação de poderes, de forma a não subsistir nenhum ponto de contato, principalmente entre as autoridades executivas e legislativas. Esse sistema rígido, impensável para Montesquieu, que havia reconhecido a subsistência de ações recíprocas entre os três poderes do Estado, importou uma organização compartimentada e estanque de cada poder, independente e isolado dos demais, já que cada um deles foi considerado um elemento fracionado da soberania, incorporado em um órgão que exercita a função correspondente (Bassi, 1965, p. 63). Nessas condições, a base da estrutura organizativa do Estado teve a tendência de deslocar-se do poder, como complexo orgânico, à função, entendida como atividade típica. A função legislativa como expressão da vontade geral veio a caracterizar-se pela generalidade de seus preceitos, contrapondo-se à função executiva, explicada através das decisões particulares.

Enfim, triunfou a ideia de que o corpo político, fosse organizado numa monarquia parlamentar ou numa república, havia constituído uma *democracia liberal*, nas quais os indivíduos não estariam mais legitimados a desobedecer. Mas esses Estados não foram democráticos, de fato, porque o critério para a participação política foi a propriedade e não a igualdade política “ou seja, a participação no poder político de todos os cidadãos, independentemente da posse de bens” (Bobbio, 1995b, p. 34). Além disso, sua função é tão somente assegurar ao homem uma convivência harmoniosa, já que a sociedade civil é regida por suas próprias leis, principalmente as econômicas.

Decorrente das lutas sociais e políticas dos séculos XIX e XX, foram organizadas, em várias partes do planeta, as democracias sociais, que exigem a participação dos cidadãos no poder político e na distribuição da riqueza social. Os direitos sociais (saúde, educação, moradia, etc.) passam a integrar o conceito de direitos e liberdades dos indivíduos, designados como direitos fundamentais. Participação na criação da ordem é o âmago da ideia de democracia, e diz respeito à “expansão progressiva do princípio da soberania popular, de modo a facilitar a integração, no aparelho do Estado, das forças sociais que dele estão excluídas” (Savignano, 1982, p. 2). Por isso, a Constituição social-democrática inclui os

conflitos sociais e econômicos na Constituição (Fioravanti, 2018, p. 182), de modo que as contradições sociais não podem ser visualizadas como colisão de princípios universais (Fischer-Lescano, 2016), ao mesmo tempo em que afirma a inviolabilidade ou intangibilidade das normas constitucionais e o equilíbrio dos poderes. Com isso, a ideia de democracia se articula como uma forma de governo da sociedade capaz de reduzir tensões sociais, diminuir os conflitos e distribuir de modo equitativo reservas escassas. Na Constituição social-democrática, a jurisdição, especialmente a constitucional (um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir e regular o exercício das funções estatais) (Kelsen, 2003, pp. 123-124), independentemente da forma em que esteja organizada, deve ter a força necessária para tutelar os direitos, de modo a impedir que os poderes se imponham unilateral e arbitrariamente na esfera dos indivíduos e associações. Justiça social, tutela rigorosa da esfera individual, segundo as características da inviolabilidade e equilíbrio dos poderes são as promessas de tal modelo histórico de Constituição que, nos termos da tradição constitucional dominante pode ser interpretada como *mista*, uma prática de moderação e estabilidade.

No entanto, como uma espécie de erupção daquilo que ficou latente, desde o final dos anos 90, articula-se, na sociedade mundial um novo tipo de domínio político, o chamado “populismo midiático”, que gerencia o consenso político controlando os meios de comunicação, de modo que não precisa mandar para a prisão os opositores, nem os censurar (Eco, 2022, p. 165). Nesse tipo de domínio, suprime-se a distinção entre o público e o privado, a força (ou a manipulação ideológica) acaba substituindo o consenso e propaganda, mentiras e fanatismo sustentam o regime político.

Considerações Finais

A *Teoria das Formas de Governo* é uma discussão que iniciou na Antiguidade e chegou aos nossos dias, conformando a organização do poder nos Estados, resultado do processo histórico de acoplamento entre Direito e Política. No processo de construção de novos corpos políticos e novas sociedades, juristas, filósofos e políticos acionaram pontos de referência, sedimentos dos sistemas políticos e dos sistemas jurídicos existentes. *Por que fizeram isso?* Porque a classe burguesa, que acumulava capital, necessitava de um ambiente livre de quaisquer amarras estatais para produzir e negociar e, por isso, era necessário afirmar a liberdade e a igualdade. *Como o fizeram?* Acionando a memória da teoria das formas de governo, especialmente na parte em que a tradição discutiu ser o “governo das leis” preferível a todos os demais. Tal noção já fora ressignificada na Idade Média, uma vez que os juristas consideraram *nomos* (lei da cidade) como parte da lei natural que, por sua vez, é a parte da lei

eterna de Deus que se irradia na razão humana, ou seja, o *direito como um todo*. Contrapondo-se ao poder tirânico, com fundamento de que a tirania é o pior dos regimes, porque o governante contraria o direito natural ou porque não tem título (sem legitimidade) ou porque, tendo título, se mostra tirano por suas ações, extinguindo a política fundada no consenso, os revolucionários ingleses afirmaram a superioridade do sistema jurídico sobre o poder político, porque o *common law* era aquilo que a história já tinha manifestado. As novas autoridades puseram em prática o “governo misto”, transformando três autoridades em duas, a *Coroa* e o *Parlamento* (assembleia).

Montesquieu, na França do século XVIII, formula a tese da separação dos poderes, entendendo que as funções principais do Estado (elementos, como denominou Aristóteles) deveriam ser distribuídas por órgãos diversos, para não reinar a tirania, e que esses órgãos representariam as diversas forças sociais, como num governo misto. Mas pensa isso no âmbito de uma monarquia, em que a nobreza ainda tinha poder. De qualquer modo, sua tese serviu de cânone organizatório para qualquer Estado constitucional, porque, além de reconhecer a importância de proceder a um fracionamento da autoridade estatal, atendo-se ao problema especificamente político, afirma a necessidade de se estabelecer um critério que sirva de base para esse fracionamento, pondo em relevo o caráter instrumental - jurídico - de dita separação. Assim, as revoluções burguesas estruturaram Estados *democráticos liberais*, a partir da adoção de uma Constituição escrita (o estatuto jurídico da política) que garantia a liberdade (os direitos) e distribuía as funções do Estado para autoridades diferentes, preconizando o seu equilíbrio.

A partir daí, em quase todos os Estados da Europa e da América, democracia deixa de ser considerada uma *forma de governo* para ser afirmada como um *regime de governo*, que resolve, de forma integrada, a questão do *fundamento, funcionamento e finalidade* do poder. No caso da constituição social democrática, como a brasileira, os *fundamentos do poder* são a soberania popular, a soberania do Estado, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político, a separação dos poderes, os princípios que regem a república nas relações internacionais, destacando-se a prevalência dos direitos humanos. O poder *funciona* por meio de sufrágio universal e voto direto e secreto, com valor igual para todos, que definem o processo eleitoral e tem por *finalidade* instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício de direitos sociais, a liberdade, a igualdade entre outros e, especialmente, construir uma sociedade livre, justa e solidária, e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Em tal concepção, o novo populismo, que tem como traço

característico a fábrica midiática de consenso e a concentração de poder econômico e ideológico e como finalidade a dissolução da Constituição Democrática, impede a tensão constitutiva entre os dois sistemas (direito e política), por meio da Constituição, e destrói as chances de aprendizado social que a experiência constitucional pode proporcionar. É a *tirania* contemporânea.

Referências

AQUINO, Tomás. **Suma Teológica**. Trad. Alexandre Corrêa. 2ª. Edição. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1980.

AQUINO, Tomás; ALVÉRNIA, Pedro de. Comentário à Política de Aristóteles (condensado) in: **Documenta Catholica Omnia**. Disponível em: <http://www.documentacatholicaomnia.eu> . Acesso em: 27 jul.2025.

ARANGIO-RUIZ, Vicente. **Historia del Derecho Romano**. 5. ed. Madrid: Reus, 1994.

ARENDT, Hannah. **Da Revolução**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. In: **Aristóteles (II)**. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Coleção “Os pensadores”).

ARISTÓTELES. **Política** Lisboa: Vega, 1998. Edição Bilíngue. 1ª. Edição.

BAGEHOT, Walter. **The English Constitution**. 2. ed. [S.l.: s.n.], 1873. Disponível em: <https://historyofeconomicthought.mcmaster.ca/bagehot/constitution.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2025.

BASSI, Franco. Il principio della separazione dei potere (evoluzione problematica). **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**. Ano XV, n. 1. Milano: Giuffrè, 1965.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: por uma teoria geral da política**. 7ª. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 8ª ed. 1995(a).

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant**. 3ª. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995 (b).

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política. A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos**. Organizado por Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro, Elsevier, 2000, 17ª tiragem.

BOBBIO, Norberto. “Governo misto” In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, pp.555-560.

CALASSO, Francesco. Diritto (le basi storiche delle partizione). In: **Enciclopedia del Diritto**, V. XII. Milano: Giuffrè Editore, 1964, pp. 822-846.

CALASSO, Francesco. **Medio Evo del Diritto. I – Le fonti**. Milano: Giuffrè Editore, 1954.

CÍCERO. República. *In: Epicuro/Lucrécio/Cícero/Sêneca/ Marco Aurélio*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, (Coleção “Os pensadores”), pp.137-180.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ECO, Umberto. **A passo de caranguejo: guerras quentes e o populismo da mídia**. Rio de Janeiro: Record, 2022.

FIORAVANTI, Maurizio. **La Costituzione Democratica**. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo. Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2018.

FISCHER-LESCANO, Andreas. Crítica da Concordância Prática. *In: CAMPOS, Ricardo (Org.) Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.37-61.

GARCÍA DEL CORRAL, D. Ildenfonso. **Cuerpo del derecho civil romano**. Valladolid: Lex Nova, 1989.

HESPAHNA, António Manuel. **Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MADISON, James. O Federalista, Capítulo XXXIX. *In: Jefferson/Federalistas/Paine/Tocqueville*. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Coleção “Os Pensadores”), pp.85-178.

LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre O Governo (Ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil). *In: Locke*. São Paulo: Abril Cultural, 1979, (Coleção “Os Pensadores”).

MACILLWAIN, Charles. **Constitucionalismo antiguo y moderno**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991.

MAQUIAVEL, Nicola. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1994, 3a. edição.

MAQUIAVEL. O Príncipe. *In: Maquiavel*. São Paulo São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Coleção “Os pensadores”).

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, pp.246-258.

MIRANDA, Jorge. **Textos Históricos do Direito Constitucional**. Lisboa, Casa da Moeda, 1990.

MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. *In: Montesquieu*. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Coleção “Os pensadores”).

MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis, XI, III. *In: KRIEGEL, Blandine. Textes de Philosophie Politique Classique*. Coleção Que sais-je? Paris: Presse Universitaires de France, 1993, pp. 90-101.

OLIVER CROMWELL ASSOCIATION. **Instrument of Government**. 1653. Disponível em: <https://www.olivercromwell.org/wordpress/the-instrument-of-government/>. Acesso em: 27 jul.2025.

PASQUINO, Gianfranco. Formas de Governo. *In: Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, pp. 517-521.

POLÍBIOS. **História**. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. *In: Rousseau*. São Paulo, Abril Cultural, 1979, (Coleção “Os pensadores”), pp.15-145.

ROTONDI, Giovanni. Leges publicae populi romani. *In: Enciclopedia Giuridica Italiana*. Hildesheim, Zurich, New York: Olms, 1990.

SASSOFERRATO, Bártolo. De Tyranno. *In: LOPES, José Reinaldo et al. Curso de História do Direito*. São Paulo: Método, 2006, pp.68-73.

SAVIGNANO, Aristide. Partizipazioni, *In: Enciclopedia del Diritto*, Volume XXXII. Milano: Giuffrè, 1982.

SCHIAVONE, Aldo. **IUS. La invención del derecho en Occidente**. 2ª. Ed. Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2012.

SEVILLA, San Isidoro. **Etimologias**. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1951.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad**. Esbozo de sociologia comprensiva. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.