

**Manoel Gonçalves Ferreira Filho**

Professor Titular (aposentado) de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor *honoris causa* da Universidade de Lisboa. Doutor pela Universidade de Paris.  
Ex-Professor visitante da Faculdade de Direito de Aix-en-Provence (França).  
Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Presidente do Instituto "Pimenta Bueno" – Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

# **PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS do direito constitucional**

**O estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro**

2009

 **Editora  
Saraiva**



Av. Marquês de São Vicente, 1697 – CEP 01139-904  
Barra Funda – São Paulo-SP  
Vendas: (11) 3613-3344 (tel.) / (11) 3611-3268 (fax)  
SAC: (11) 3613-3210 (Grande SP) / 0800557688 (outras localidades)  
E-mail: saraivajur@editorasaraiva.com.br — Acesso: www.saraivajur.com.br

#### FILIAIS

##### AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRÉ

Rua Costa Azavedo, 56 – Centro  
Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

##### BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dória, 23 – Brotas  
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895  
Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

##### BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenher Claro, 2-55/2-57 – Centro  
Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

##### CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga  
Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384  
Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

##### DISTRITO FEDERAL

SIG QD 3 Bl. B – Loja 97 – Selva Industrial Gráfica  
Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951  
Fax: (61) 3344-1709 – Brasília

##### GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto  
Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806  
Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

##### MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro  
Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

##### MINAS GERAIS

Rua Aldem Paraíba, 449 – Logotinha  
Fone: (31) 3429-8308 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

##### PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinogés, 186 – Batista Campos  
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038  
Fax: (91) 3241-0499 – Belém

##### PARAMÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurinda, 2895 – Prado Velho  
Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

##### PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista  
Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

##### RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro  
Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

##### RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel  
Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565  
Rio de Janeiro

##### RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos  
Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567  
Porto Alegre

##### SÃO PAULO

Av. Marquês de São Vicente, 1697 – Barra Funda  
Fone: PABX (11) 3613-3000 – São Paulo

ISBN 978-85-02-07721-8

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves

Princípios fundamentais do direito constitucional : o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro / Manoel Gonçalves Ferreira Filho – São Paulo : Saraiva, 2009.

1. Brasil – Constituição (1988)

Índice para catálogo sistemático:

1. Constituição : Teoria geral : Direito constitucional 342.4

*Diretor editorial* Antonio Luiz de Toledo Pinto

*Diretor de produção editorial* Luiz Roberto Curia

*Editora* Manuella Santos

*Assistentes editoriais* Rosana Simone Silva

Larissa Casares

*Produção editorial* Lígia Alves

Clarissa Boraschi Maria Coura

*Estagiário* Vinicius Azevedo Vieira

*Projeto gráfico e diagramação* Daniela Marchi da Silva

RO Comunicação

*Revisão de provas* RO Comunicação

*Serviços editoriais* Karla Maria de Almeida Costa

Carla Cristina Marques

Ana Paula Mazzoco

*Capa* Aline Frederico

[DATA DE FECHAMENTO DA EDIÇÃO: 10-10-2008.]

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

## Sumário

<b>Prefácio</b> .....	<b>VII</b>
<b>Parte I – Constitucionalismo e Constituição</b> .....	<b>1</b>
1. A herança do constitucionalismo antigo .....	5
2. A idéia moderna de Constituição .....	21
<b>Parte II – A atribuição do Poder</b> .....	<b>39</b>
3. O princípio democrático .....	43
4. A representação política .....	57
<b>Parte III – A limitação do Poder</b> .....	<b>79</b>
<i>Seção I – A limitação pelo Direito</i> .....	82
5. Os direitos fundamentais .....	83
6. O Direito suprapositivo .....	107
<i>Seção II – A supremacia da Constituição</i> .....	116
7. O princípio de constitucionalidade .....	117
8. O controle de constitucionalidade .....	133
9. A defesa da Constituição .....	149
<i>Seção III – O Estado de Direito e seus princípios</i> .....	175
10. O princípio de legalidade .....	179
11. O princípio de igualdade .....	197
12. O princípio de justicialidade .....	213

<b>Parte IV – A divisão do Poder</b> .....	<b>243</b>
13. A divisão funcional do Poder .....	247
14. A divisão territorial do Poder .....	269
<b>Parte V – Observações finais</b> .....	<b>297</b>
15. Tendências do direito constitucional contemporâneo ..	299

## *Prefácio*

Este livro decorre de um curso de pós-graduação que ministrei na Faculdade de Direito da USP, tal qual se deu com outros de meus escritos. Desenvolvi o referido curso, procurando aprofundar os temas clássicos do direito constitucional – os **princípios do direito constitucional**. Não parei nisso, pois tive o cuidado de, em função deles, estudar o direito brasileiro, particularmente o que está em vigor, ou seja, a Constituição de 1988. E, para a publicação, acrescentei elementos que aprofundam as matérias tratadas.

Sem dúvida, não é este livro um trabalho exaustivo. Tem, contudo, dois objetivos bem definidos. Um, o de servir ao aprofundamento do estudo do direito constitucional, particularmente para os muitos que hoje se empenham em cursos de pós-graduação. Outro, o de preservar um acervo doutrinário – aponte-se – clássico, que a doutrina construiu trabalhosamente aos poucos. Isto me parece necessário, porque, no afã de viver numa pós-modernidade, alguns têm o vizo de desprezar tais lições. Estas, assim, tendem a ser esquecidas e correm o risco de perder-se (até que algum pesquisador num futuro remoto as extraia das profundezas em que houverem sido soterradas). Ora, isto me parece um prejuízo. Para evitá-lo, procuro neste livro salvar, ainda que resumidamente, essa herança, sem deixar de atualizar o seu aporte. Assim, busco mostrar o estado-da-arte, numa perspectiva histórica e tradicional, válida se se aceitar que a sabedoria se acumula.

Claro está que não hesito em discutir determinadas idéias, quando conveniente à exposição, todavia, o desiderato deste livro não é a polêmica e sim a conservação de patrimônio cultural que me parece valioso.

É obra de um conservador, mas que se supõe um conservador esclarecido...

Quero, afinal, agradecer a colaboração, seja pelas sugestões, seja pela revisão do texto, da Prof<sup>ª</sup> Dra. Fernanda Dias Menezes de Almeida e do Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior.

São Paulo, outubro de 2007



Parte I

Constitucionalismo  
e Constituição



### 1. Os constitucionalismos

Numa visão larga, que decorre do famoso ensaio, *Constitucionalismo antigo e moderno*,<sup>1</sup> de Mc Ilwain, o constitucionalismo não se reduz ao projeto de implantação, em toda parte, de Constituições escritas, que a história mostra haver nascido no século XVIII. Significa a busca da limitação do Poder.

Deste modo, como Mc Ilwain ensina, teria havido um constitucionalismo “antigo” que o século das luzes substituiu por um constitucionalismo “moderno”.

### 2. O constitucionalismo antigo

É este a fonte, ao menos de inspiração, de muitos dentre os institutos e idéias que amoldam o constitucionalismo moderno. Compreende experiências e lições da Antigüidade, particularmente extraídas do pensamento filosófico, ou das instituições da democracia ateniense e da república romana. A elas, acrescentam-se outras vindas do ideário e das práticas medievais, sobretudo, de reflexo mais nítido no ideário moderno, as provenientes da Inglaterra, a partir da Magna Carta de 1215.

A este aporte devem-se somar algumas doutrinas políticas dos séculos XVI, XVII e XVIII que prepararam mais diretamente a eclosão do constitucionalismo moderno. São elas extremamente importantes para a compreensão deste.

A herança deixada por este constitucionalismo antigo é o tema do primeiro capítulo, adiante desenvolvido.

### 3. O constitucionalismo moderno

É este o movimento jurídico-político, desenvolvido a partir do último quartel do século XVIII, que reclama não só a adoção em todos os Estados do orbe de Constituições escritas, documentais, mas que elas tenham como

---

1. Charles Howard Mc Ilwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, trad. italiana, Bologna: Il Mulino, 1990.

conotação o desiderato de impedir o arbítrio. Ou seja, imponham uma organização limitativa do Poder.

Consiste, na verdade, num movimento amplamente vitorioso. Hoje, contam-se nos dedos os Estados que não possuem Constituição documental (Grã-Bretanha, Israel...). Mais. Todo Estado que alcança a independência adota uma Constituição; toda revolução vitoriosa edita uma Constituição e, ademais, num mesmo Estado se vem a adotar sucessivas Constituições apenas para demonstrar uma mudança política.<sup>2</sup>

No cerne do constitucionalismo moderno, está portanto uma idéia de Constituição – a idéia “moderna” de Constituição. Trata-se do núcleo essencial do direito, por isso chamado de constitucional, cujos princípios este livro se propõe estudar. Não deverá causar surpresa, em consequência, que a ela se dedicará o Capítulo 2.

#### *4. Um constitucionalismo pós-moderno?*

Cabe perguntar se não estaria diante dos nossos olhos um novo constitucionalismo: um constitucionalismo pós-moderno ou neoconstitucionalismo?

A resposta, hoje, parece-me dever ser negativa.

Se numerosas são as concepções que atualmente se entrecrocavam quanto à teoria da Constituição, a maioria delas desinteressada da preocupação com a limitação do Poder – o cerne tradicional do constitucionalismo –, nenhuma ainda se impôs incontestavelmente, nem tem reflexos indiscutíveis nas Constituições mais recentemente promulgadas. O neoconstitucionalismo ainda é difuso, consiste numa nebulosa cujas estrelas – os princípios fundamentais – não se distinguem claramente.

Assim, dele não haverá um tratamento à parte, embora evidentemente suas principais teses não sejam ignoradas, mas discutidas quando oportuno.

---

2. Por exemplo, a URSS em 1936 e 1977; e o próprio Brasil em 1988.



# Capítulo 1

## A herança do constitucionalismo antigo

### 1. As principais contribuições

O exame do constitucionalismo antigo – insista-se – tem a utilidade de revelar os antecedentes e muitas das fontes do constitucionalismo moderno. Aponta, assim, as lições que inspiraram o modelo jurídico-institucional que se procurou – e se procura ainda hoje – implantar por meio da Constituição escrita.

Dentre essas muitas lições, algumas podem ser vistas como as principais contribuições para o ideário do constitucionalismo moderno: 1) a conveniência do governo de leis; 2) a existência de direitos suprapositivos; 3) a origem popular do Poder; 4) os freios e contrapesos decorrentes da divisão do Poder; 5) a necessidade das assembleias representativas; e 6) a própria noção de supremacia da Constituição.

#### A) O governo de leis

#### 2. O Estado de Direito

Um dos elementos essenciais do constitucionalismo moderno é o Estado de Direito. Este veio a atender ao clamor pelo “governo de leis, não de homens”, que ecoa no art. XXX da Declaração de Direitos do Massachusetts. Visava isto a proscrever o arbítrio do governante, que era um dos principais fatores de indignação contra a monarquia absoluta, como por exemplo, espelha a história da França no século XVIII.

Ora, a idéia de um governo de leis vincula-se ao ensinamento de Aristóteles, na Antigüidade, e ao desenvolvimento do *rule of law*, na Inglaterra medieval.

#### a) O aporte helênico

#### 3. O império da lei

Aponta Jean-Jacques Chevallier ser o “império da lei a contribuição mais preciosa de Aristóteles para o constitucionalismo do futuro”.<sup>1</sup>

---

3. *Histoire de la pensée politique*, tomo I, Paris: Payot, 1979, p. 84.

De fato, o estagirita concebe a lei (positiva) como “inteligência sem paixão”<sup>4</sup> e a visualiza como uma forma de expressão e complementação do justo natural.<sup>5</sup> Assim, cabe daí extrair a idéia de que “o império da lei será ao mesmo tempo o da razão, da moralidade e da natureza”.<sup>6</sup>

Deriva disto um modelo, um ideal, que iria profundamente repercutir, no futuro, na consciência daqueles que se preocupavam com a adequação das instituições à natureza humana, a racionalidade e a moralidade, como o eram os pais do constitucionalismo moderno.

#### 4. Um direito transcendente

É preciso, todavia, lembrar que, na Antigüidade, o Direito propriamente dito era concebido como algo transcendente às leis editadas pelo governante – as leis humanas. Mais do que isto, superior a tais leis.

Literariamente, isto se exprime no célebre diálogo entre Antígona e Cleonte, na tragédia de Sófocles. Tal Direito, posta de lado a sua revelação por um deus – no que não criam os filósofos – ou era fruto dos costumes, ou era identificado pela razão como expressão da justiça. Assim, mais importante era o peso da experiência e da sabedoria do que o da vontade na sua definição.

Significativa a respeito desta concepção do Direito e de sua supremacia era a ação de “ilegalidade”<sup>7</sup> – a *graphé paranomon* – instituto do direito ateniense do período áureo, o da democracia. Consistia numa ação judicial, a ser apreciada pelo tribunal dos heliastas, na qual se pleiteava a anulação da lei editada pela Assembléia dos cidadãos em contradição com o Direito, bem como a punição de seu proponente e de quem, presidindo à reunião, a houvera deixado votar.<sup>8</sup>

#### b) O rule of law

##### 5. Common law e rule of law

A institucionalização do Estado de Direito reflete, ademais, o *rule of law* estabelecido na Inglaterra medieval. Este, na verdade, é um aspecto da *common law* – o “direito comum”, *jus commune* – cristalizado pela justiça real.

4. *Política*, III, 16, 1287a.

5. Cf. Michel Villey, *A formação do pensamento jurídico moderno*, trad. port., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 47.

6. Chevallier, ob. cit., loc. cit.

7. Cf. Jean Gaudemet, *Institutions de l'Antiquité*, Paris: Sirey, 1967, p. 165.

8. Esta ação é um antecedente da moderna ação direta de inconstitucionalidade, mas não se encontra, na gênese desta, qualquer referência ao instituto ateniense.

Como ensina Berman, Henrique II (século XII) “revolucionou o sistema jurídico na Inglaterra principalmente por impor a jurisdição real, e o direito real, sobre as matérias criminais e civis que anteriormente ficavam sob a jurisdição local e feudal e o direito local e feudal”.<sup>9</sup>

Ora, os juízes e cortes reais levaram a cabo uma unificação dos costumes em todo o reino, ao mesmo tempo em que os reviam segundo os princípios do direito romano que renascia. Suas decisões geraram precedentes, já resguardados pelo *stare decisis*, vindo a formar uma jurisprudência abrangente. Ora, a *common law* é o direito declarado por essa jurisprudência. Trata-se, pois, de um direito jurisprudencial e não de um direito costumeiro, embora tenha raízes na lei da terra – *legis terrae* – a que alude a Magna Carta de 1215.

#### 6. *Rule of law*

Da *common law* decorrem princípios que consubstanciam o *rule of law* – o império ou reino do direito. Ninguém melhor do que Dicey os resumiu.<sup>10</sup>

Para este, *rule of law* significa, “em primeiro lugar, a absoluta supremacia ou predominância do direito comum (*regular law*) como oposta à influência de poder arbitrário”, o que “exclui a existência de arbítrio de prerrogativa e mesmo de uma larga autoridade discricionária da parte do governo. Os ingleses são governados pela lei, e pela lei apenas (...)”.

Mais ainda, importa na “igualdade perante a lei, e na igual sujeição de todas as classes ao direito comum da terra (*ordinary law of the land*), administrada por cortes ordinárias de justiça”.

Estão, portanto, no *rule of law* os três princípios do Estado de Direito: legalidade, isonomia e justicialidade.

#### 7. *Remédios e garantias*

Não pára aí a contribuição medieval inglesa. Outra deve ser acrescentada, que interessa tanto ao Estado de Direito como aos direitos fundamentais.

Trata-se – é ainda Dicey quem sublinha, ao discorrer sobre o *rule of law* – da “inseparável conexão entre os meios de fazer valer um direito (*means of enforcing a right*) e o próprio direito que se deve fazer valer (*the right to be enforced*)”.<sup>11</sup> Ou seja, a conexão entre a garantia instrumental do direito e o direito subjetivo.

9. Henry Berman, *Law and revolution – The formation of the western legal tradition*, Cambridge: Harvard University Press, 1983, p. 442.

10. Albert Venn Dicey, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, London: Macmillan, reimpressão da 10. ed., 1961, p. 202.

11. *Id.*, p. 199.

E acrescenta ele: “O dito, *ubi jus ibi remedium*, torna-se deste ponto de vista algo muito mais importante do que uma mera proposição tautológica”.

Ora, o direito inglês providencia, especialmente pelos *writs*, a garantia dos direitos individuais. Isto também se integra numa visão ampla do *rule of law*, portanto do Estado de Direito, do ângulo da efetivação dos direitos.

## B) O direito suprapositivo

### 8. O direito inerente à natureza

Da concepção de existir um direito transcendente, a fórmula mais rica é a do Direito Natural. Tem esta ainda hoje uma forte influência como justificação dos direitos fundamentais e na alvorada do constitucionalismo moderno foi uma idéia-força da renovação institucional. Com efeito, esta visava a libertar o Homem das cadeias que a sociedade deturpada lhe havia imposto, restaurando-lhe o gozo dos direitos naturais. Mais. A própria Constituição tinha como finalidade assegurar esses direitos naturais do Homem. É o que indica o conhecido art. 16 da Declaração de 1789.

### a) O aporte da Antigüidade

#### 9. Origem da doutrina

A idéia de um direito decorrente da natureza humana já estava presente na Antigüidade.

Aristóteles certamente é um dos que afirmaram esta tese. Refere-se ele a um direito por natureza que se vincula à justiça.<sup>12</sup> Também, numa lei universal que é a lei natural.<sup>13</sup>

Por outro lado, registram os historiadores a importância que a ela deu o estoicismo. É o que está manifesto na obra de Cícero.

Nesta, a idéia de um direito natural é exposta de modo claro e elegante. No diálogo *Das leis*, encontra-se a célebre conceituação: “A lei é a razão suprema, gravada em nossa natureza, que prescreve o que se deve fazer e proíbe o que é preciso evitar”.<sup>14</sup> E, noutra passagem, insiste ele não ser a lei “uma invenção do espírito humano” ou “um decreto dos povos”.<sup>15</sup> Na verdade, a lei humana “é por favor e não em virtude de um direito real que toma o nome de lei”.<sup>16</sup>

12. *Ética a Nicômaco*, Livro V, cap. VII.

13. *Retórica*, Livro I, cap. 13.

14. *De legibus*, Livro I, cap. VI.

15. Livro II, cap. IV.

16. Livro II, cap. V.

**b) A visão medieval**

**10. Uma concepção generalizada**

Na Idade Média, a existência de um direito natural era admitida de modo generalizado, como o era a de sua supremacia.

Gierke aponta, nalgumas pinceladas, que havia um largo consenso em torno de que haveria uma lei natural, provinda do criador do homem, obrigatória para todos, anterior ao poder político, cujos princípios eternos e imutáveis prevaleciam sobre as leis humanas. Estas, se a contradissem, seriam de nenhum efeito e não obrigariam a quem quer que seja.<sup>17</sup>

**11. A doutrina de Santo Tomás de Aquino**

Certamente, a doutrina exposta por Santo Tomás de Aquino, na *Suma teológica*, é, pelas suas repercussões, a mais famosa versão medieval do direito natural.<sup>18</sup>

Nela, aprende-se que o homem é regido, de um modo longínquo, mas supremo, pela lei eterna; de uma maneira próxima e imediata, em razão de sua natureza, pela lei natural; como membro da sociedade política, pela lei humana; e como membro da sociedade sobrenatural, pela lei (positiva) divina.<sup>19</sup>

Disto decorre a existência de quatro espécies de lei. A primeira, a lei eterna, é a “própria razão do governo das coisas”, ou seja, a “razão divina”, que é eterna como Deus o é. A segunda, a lei natural, “é a participação da lei eterna na criatura razoável”. A terceira, a lei humana, é a determinação mais pormenorizada dos princípios da lei natural, que edita o governante. A última, a lei divina, é a explicitação das normas que hão de conduzir os homens à salvação eterna.

A lei natural, descoberta pela razão humana, é a mesma para todos e imutável nos seus princípios primeiros.<sup>20</sup> É ela superior à lei humana, que dela deriva. “Toda lei positiva humana não será uma lei senão na medida em que resulta da lei natural. Se, em qualquer ponto ela não está de acordo com a lei natural, ela não é mais lei, e sim corrupção da lei”.<sup>21</sup>

17. Otto Gierke, *Political Theories of the Middle Age*, trad. inglesa de Frederic W. Maitland, Boston: Beacon Hill, 1958, p. 75.

18. O chamado Tratado das Leis consiste na primeira seção da segunda parte (Ia-IIae) – questões 90 a 108 – da *Suma teológica*, parte esta publicada em 1268-1270.

19. Questão XCI.

20. Questão XCIV.

21. Questão XCV.

**c) A idéia na véspera do constitucionalismo**

**12. Grócio e a Escola do Direito Natural e das Gentes**

No início do século XVII, Hugo Grócio reequacionou a doutrina do direito natural. Dois são os pontos que merecem maior destaque. O primeiro é a laicização do direito natural. O segundo é conceber o direito natural como um sistema de regras gerais, ou princípios, mas também de direitos subjetivos.

Para ele, existe uma lei comum que vale por sua própria natureza, inscrita no coração dos homens. Tal lei, fornecida pela Razão, contém normas que “são obrigatórias por si mesmas, em razão do que são concebidas como necessariamente ordenadas ou proibidas por Deus”.<sup>22</sup> Elas são imutáveis, nem Deus pode mudá-las. Estas normas, na verdade, “existiriam de qualquer maneira, mesmo se admitíssemos – o que não poderia se dar sem que cometêssemos um crime horrível – que Deus não existe, ou que Deus não se interessaria pelos assuntos humanos como pretendem os epicuristas”.<sup>23</sup> Assim, a tese do direito natural prescinde de Deus, funda-se na Razão.

O segundo ponto é uma novidade, se comparada à visão medieval de que o direito natural era um corpo de princípios.<sup>24</sup> Para Grócio, esse direito não somente se exprime em princípios, mas em direitos subjetivos, faculdades ou poderes.<sup>25</sup>

**d) O direito natural no estado de natureza\***

**13.** É como um feixe de direitos subjetivos que concebem o direito natural Hobbes, Locke e mais tarde, Rousseau, ou seja, os mestres da doutrina do pacto social. No estado de natureza, vêem eles o homem como dotado pela natureza de liberdade, que se projeta em direitos de que pode usar segundo lhe convier. Tais direitos, naturais, pela origem, precisam ser assegurados e esta razão comanda o pacto social, em última análise, a Constituição.

Nem é preciso apontar que tais idéias estão no cerne do constitucionalismo moderno.

22. *De jure belli ac pacis*, tomo I, 1625.

23. Ob. cit., I, 1, X, 5.

24. Na verdade, há uma escola de juristas, dentre os quais Villey, que pretende que a noção de direito subjetivo inexistia em Roma e somente se firmou no início da Idade Moderna, ou, na melhor hipótese, no final da Idade Média. Cf. Michel Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris: PUF, 1983, cap. 6º.

25. Livro II. Cf. sobre isto Villey, *A formação do pensamento jurídico moderno*, cit., p. 666 e s.

### C) A origem popular do Poder

#### 14. O *pactum subiectionis*

Na *Epístola aos Romanos*, São Paulo diz que todo poder vem de Deus:<sup>26</sup> *Omnis potestas a Deo*, na fórmula latina incansavelmente repetida pelos estudiosos medievais.

Ora, nos conflitos entre o Papado e o Império, se veio a afirmar, da parte dos defensores do poder temporal, a tese de que o poder vinha de Deus, mas por intermédio do povo. Assim, distinguiam a origem natural do poder, que remontava, pois, ao autor da natureza, e a atribuição do poder, que se especifica por meio do consentimento da comunidade.

Este posicionamento se exprime na doutrina do pacto de sujeição – *pactum subiectionis*.<sup>27</sup> Segundo ela, a atribuição do poder ao monarca importava num pacto, ou contrato, do qual para ele decorriam poderes, mas também limitações e deveres, enquanto ao povo impunha a obediência, contudo, condicionada ao respeito não só das limitações como das obrigações, como por exemplo, a de zelar pelo bem comum e resguardar a segurança da comunidade.

A tese do pacto de sujeição reviveu na França das guerras de religião e ainda no início do século XVIII, quando foi brandida pelos monarcômacos. Eram estes opositores aos monarcas, franceses, que perseguiram os protestantes. Deles, um dos mais importantes foi Junius Brutus (pseudônimo de Hubert Languet), autor do livro *Vindiciae contra tyrannos*, na qual sustentava a limitação do poder real decorrente do *pactum subiectionis*.<sup>28</sup>

Novamente ganhou ímpeto no curso do século XVIII, portanto às vésperas da Revolução Francesa, invocada, sobretudo, por Le Paige. Servia de justificação para as ações dos Parlamentos, o de Paris e outros, que combatiam as inovações legais pretendidas pelos ministros de Luís XV<sup>29</sup> e, depois, de Luís XVI.

Esteve também presente na Inglaterra do século XVII, sendo uma das teses invocadas contra Carlos I, na guerra civil.

É evidente que a tese é uma das inspirações da soberania popular. Gierke, aliás, a trata como tal, num capítulo intitulado *A idéia de soberania popular*.<sup>30</sup>

26. N. 13.

27. Cf. Paul Bastid, *L'idée de Constitution*, Paris: Economica, 1985, p. 81 e s.

28. Cf. Bastid, *ob. cit.*, p. 82.

29. Cf. Michel Antoine, *Louis XV*, Paris: Fayard, 1989, p. 573 e s.

30. *Ob. cit.*, p. 37.

### 15. O pacto social

A corrente “revolucionária” do pensamento seiscentista e setecentista, representada por Hobbes, Locke e Rousseau, viu na própria sociedade a decorrência de um acordo entre os homens e, no poder, uma decorrência – a necessária garantia – da sociedade. Assim, reforçou a noção de origem popular do poder.

Nessa corrente, a figura de maior influência foi certamente Locke. Este inspirou a “leitura” da Constituição inglesa que iria prevalecer no século XVIII e, particularmente, a doutrina da separação de poderes que o constitucionalismo moderno inscreveu na sua bandeira – o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

### 16. A Declaração de Direitos como o pacto social

Vale apontar que, nas primícias do constitucionalismo moderno, as Declarações de Direitos eram vistas como o pacto social, a que a Constituição viria garantir, com isto protegendo os direitos naturais. Isto transparece da prática generalizada de, primeiro, editar-se uma Declaração, para depois fazer a Constituição. É o que se deu, por exemplo, na Virgínia, em 1776, na França, com a Declaração de 1789 e a Constituição de 1791 etc.

Este processo de institucionalização é apresentado por Sieyès como o modelo. Primeiro, o *estado de natureza*, com os homens exercendo ilimitadamente os seus direitos naturais; depois, pelo consentimento deles, o *pacto social*, pelo qual aceitam limitações ao exercício de tais direitos, necessárias à sociedade que fundam; enfim, a elaboração da Constituição pelos representantes extraordinários da sociedade, no exercício do poder constituinte.<sup>31</sup>

## D) Os freios e contrapesos e a divisão do Poder

### 17. A limitação do poder pela sua divisão

Clara está na Antigüidade a idéia de que, na organização política, deve haver uma divisão do poder, a fim de prevenir ou dificultar o abuso. Isto é, como instrumento de limitação do poder.

É evidente que essa divisão muitas vezes corresponde tão-somente ao imperativo da divisão do trabalho. Sem dúvida, esta última razão prevaleceu na multiplicação de magistraturas especializadas e autônomas que se registram, por exemplo, na Atenas democrática, ou na Roma republicana.

Entretanto, em muitos casos, essa divisão visa a estabelecer um equilíbrio de forças, como noutros, tem por objetivo estabelecer um contrapoder, que bloqueie ações inconvenientes ou abusivas.

---

31. *Qu'est-ce que le Tiers État?*, cap. V.



Nestas hipóteses, é visível que se procura estabelecer um sistema de freios e contrapesos.

### 18. O governo misto

O realismo da Antigüidade tem como uma de suas manifestações mais patentes o reconhecimento das divergências entre os estamentos sociais: ricos, pobres e classe média. Disto, extrai o pensamento antigo uma primeira consequência, observada no plano dos fatos, a de que ora um deles, ora outro, prevalece na organização política. E uma segunda, que é uma lição: a prevalência de uma classe sobre as outras acarreta graves inconvenientes. Tudo isto aparece claramente na obra de Aristóteles. Daí, a proposta de atenuar o conflito, impedindo o abuso de um dos estamentos, por meio de um governo misto, que ensejasse um certo equilíbrio entre os três. Reponta esta idéia em Aristóteles que, como terceira das formas legítimas<sup>32</sup> de governo, vê a *politeia*.<sup>33</sup> Esta consiste numa combinação de elementos atenuados de duas formas más, a oligarquia e a democracia, no fundo propiciando a prevalência da classe média.<sup>34</sup> Tal forma de governo seria a melhor, em termos do possível.

Tal idéia está, igualmente, no *De republica* de Cícero.<sup>35</sup>

A grande consagração da idéia de governo misto é devida a Políbio, que a aplicou a Roma na história desta que escreveu. Nela, descreve a república romana como um governo misto: o elemento monárquico estaria no Consulado; o aristocrático, no Senado; e o popular, na participação popular nas votações – nos *Comitia*.<sup>36</sup>

### 19. A divisão intra-orgânica do Poder

Outra lição da Antigüidade quanto à divisão do Poder é dada pelas instituições da república romana. Trata-se do estabelecimento, na estruturação das magistraturas, da possibilidade de bloqueio por um magistrado das medidas tomadas por outro.

32. É muito conhecido que Aristóteles distinguia formas legítimas de poder (que visam ao interesse geral) e formas ilegítimas (que visam ao interesse do governante). As primeiras são a monarquia (governo de um só), aristocracia (governo de alguns, os melhores) e *politeia* (acima examinada). As segundas são a tirania, a oligarquia (com a conotação de governo da minoria dos mais ricos) e a democracia (com a característica de governo dos mais pobres). V. *Política*, Livro, III, caps. 7º e 8º, 1279b.

33. Trata-se de um termo diretamente derivado do grego, para exprimir o que, nas traduções antigas, se designava por república.

34. *Política*, Livro IV, cap. 6º, 1295.

35. Livro I, XLV.

36. *História*, Livro VI.

Assim, por exemplo, a instituição de dois cônsules no direito republicano visava a impedir o abuso de qualquer um deles, pois se facultava ao outro a *intercessio*, isto é, o poder de bloquear, paralisando a decisão adotada pelo primeiro.

Roma foi mais longe ainda. Na verdade, a república romana concebeu a necessidade de contra poderes, para evitar abusos e especialmente para proteger a plebe.

Veja-se a instituição dos tribunos do povo. Este tribunado, cuja missão era inicialmente proteger os interesses daquela contra o patriciado, evoluiu para uma defesa contra abusos de poder, em geral. O tribuno da plebe não era tecnicamente um magistrado. Não tinham os tribunos poderes “positivos”, muito menos o *imperium* – o poder de comando coercitivo. Entretanto, podiam paralisar a atuação de magistrados (e de outro tribuno da plebe) – *prohibitio*; podiam cassar-lhes decisões (*intercessio*); podiam deter cidadãos e fazê-los sofrer julgamento etc.<sup>37</sup> Ademais, sua *potestas* era sacrossanta e sua pessoa inviolável.

#### 20. A idéia no limiar do constitucionalismo moderno

A divisão do poder como meio de prevenção do abuso tem grande destaque nas lições de uma obra publicada às vésperas do triunfo do constitucionalismo moderno que muito o influenciou. Trata-se d'*O Espírito das Leis*.

Neste, encontra-se enunciada a célebre fórmula sobre o poder deter o poder. São os freios e contrapesos.<sup>38</sup>

A tese surge exatamente como preâmbulo do capítulo sobre a Constituição da Inglaterra. Neste, encontra-se a separação dos poderes à moda de Montesquieu.

Ora, este modelo muito deve à doutrina do governo misto. Na lição d'*O Espírito das Leis*, o Executivo é visto como monárquico, o Judiciário como aristocrático, e o Legislativo partilhado, por meio do bicameralismo, entre a aristocracia e o povo.<sup>39</sup>

Não se olvide que, no conflito entre os poderes, nenhum prevalece, eles deverão entender-se, para “*aller de concert*”.<sup>40</sup>

37. Jean Gaudemet, *Institutions de l'Antiquité*, Paris: Sirey, 1967, p. 265/6; Finer, ob. cit., v. cit., p. 399/400.

38. Livro XI, cap. IV: “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder”.

39. Livro XI, cap. VI.

40. Livro XI, cap. VI: “Esses três poderes deveriam formar um repouso, ou inação. Mas, como pelo movimento necessário das coisas, eles serão constrangidos a ir em frente, eles serão forçados a caminhar de concerto”.

E o veto, previsto no processo legislativo, é análogo à *intercessio*, porque é um veto absoluto, insuperável por nova deliberação parlamentar (o que se admitiu – é certo – no constitucionalismo moderno).<sup>41</sup>

### E) *As Assembléias representativas*

#### 21. *A grande criação medieval*

A mais importante criação política da Idade Média, na opinião de Samuel Finer, foram as Assembléias representativas.<sup>42</sup>

Trata-se, por um lado, de algo que inexistiu na Antigüidade, pois as Assembléias que nesta se realizavam reuniam participantes por direito próprio que falavam por si e não por outros. Por outro lado, tais Assembléias representativas iriam marcar indelevelmente a vida dos governos, já que, se tiveram um breve ocaso, reapareceram com vigor no constitucionalismo moderno.

#### 22. *A difusão pela Europa*

A existência dessas Assembléias é um fenômeno generalizado na Europa, nos séculos XIII e XIV. Elas são encontradas de leste a oeste – da Espanha à Polônia e Hungria; de norte a sul, da Escandinávia à Itália. São as Cortes em Portugal e na Espanha, os Parlamentos na Inglaterra, Escócia, Sicília, os Estados Gerais na França, na Holanda etc.

Surgiram na península ibérica.<sup>43</sup> A primeira manifestação documentada de tais Assembléias são as Cortes do reino de Leão, reunidas em 1188.<sup>44</sup> Registram-se, porém, outras, na Catalunha (1218), em Valência (1283), em Aragão (1274), em Navarra (1300) etc.

#### 23. *Características*

Finer resume em dois pontos as características que marcam sua originalidade.<sup>45</sup>

O primeiro: são **assembléias políticas**, compostas de representantes que falam em nome de ordens e estamentos, a fim de defender-lhes os direitos,

41. Livro XI, cap. VI, na passagem em que ele distingue a “faculdade de estatuir” (“*faculté de statuer*”) da “faculdade de impedir” (“*faculté d’empêcher*”) que esclarece ser “o direito de tornar nula uma resolução tomada por outrem; o que estava no poder dos tribunos de Roma”.

42. Samuel E. Finer, *The history of Government, II – The intermediate Ages*, New York: Oxford University Press, 1997, p. 1024.

43. *Id.*, *ibid.*; também, Peter Spufford, coordenador e co-autor, *Origins of the English Parliament*, New York: Barnes & Noble, 1967, p. 2.

44. Spufford, *ob. cit.*, p. 33, transcreve decreto tomado nessas Cortes.

45. *Id.*, *ibid.*

bem como para prestar ao princípio o dever – já feudal – de conselho e colaboração.

O segundo: são instituições regulares, não reuniões *ad hoc*, como os *magna consilia* anteriormente reunidos pelos monarcas (que são seus antecedentes). Ou seja, embora a sua convocação ainda esteja na dependência da vontade do rei, já existem normas que presidem a sua estruturação.

#### 24. Os princípios regentes

Inspira-as o princípio *pars pro toto*.<sup>46</sup> Quer dizer, um grupo pode substituir o todo numa deliberação sobre o que concerne a todos. Isto seria o modo praticável de atender ao princípio *quod omnes tangit, ab omnibus approbetur* que data do direito romano e estava claramente posto, na Idade Média, pelo direito canônico.<sup>47</sup>

#### 25. A contribuição das ordens religiosas

Vale abrir um parêntese para apontar o papel que tiveram estas, mormente os cistercienses e os dominicanos, no desenvolvimento da idéia de representação, bem como no do sistema de seleção dos representantes.<sup>48</sup>

Foi no meio religioso que, por primeiro, se previu a participação de todos nas deliberações de interesse geral. Aplicou-se aí a norma haurida do direito privado romano, *Quod omnes tangit, ab omnibus approbetur*.

Com isto, combinou-se a idéia de que na seleção dos dirigentes, esta deveria ser feita pela maior *et sanior pars* – pela maioria mais sábia ou prudente.<sup>49</sup>

Na busca dessa *major et sanior pars*, desenvolveram as ordens religiosas técnicas, que somente mais tarde seriam empregadas no mundo laico. Assim, já em 251 a.C. há exemplo de exigência de maioria absoluta (o que no plano civil somente se deu em 1143). Em 951 encontra-se a maioria de dois terços (no plano leigo apenas em 968). A votação secreta aparece em 1159 (no campo laico somente em 1271).<sup>50</sup>

#### 26. Fatores e conseqüências de sua instituição

É difundida a idéia de que tais Assembléias foram criadas para autorizar a cobrança de contribuições não previstas no direito costumeiro

46. *Id.*, p. 1025.

47. *Id.*, p. 1030.

48. *Id.*, p. 1031 e s.

49. *Ob. cit.*, v. II, 1029 e s.

50. *Ob. cit.*, v. II, 1030.

feudal. Assim, são elas vinculadas ao brocardo inglês no *taxation without representation*. É notório o fato quanto ao Parlamento inglês, assim como quanto ao Landtage germânico.<sup>51</sup>

Isto não deixa de ser verdade, mas outras razões também contribuíram para sua instituição, ou para sua eventual convocação. Assim, na França, onde a Assembléia – os Estados Gerais – não tinham esse poder, a sua convocação e reunião teve mais de uma vez a finalidade de demonstrar apoio político para o monarca. Assim ocorreu, por exemplo, no início do século XIV, quando Felipe, o Belo, entrou em conflito com o Papa. E certamente era o que se pretendia em favor de Luís XVI, às vésperas da revolução.<sup>52</sup>

Uma consequência, todavia sempre se seguiu a tais convocações: colocar-se o rei sob o controle daqueles que reunia.<sup>53</sup> Isto é bem claro da história inglesa.

### 27. A sua estruturação

Era generalizada, na Idade Média, em toda a Europa ocidental, a distinção entre três ordens juridicamente caracterizadas: clero, nobreza e povo. As três deveriam participar da Assembléia, para que o todo estivesse nela representado. Clero e nobreza, porém, gozavam de privilégios, e de privilégios diferentes, razão por que as Assembléias medievais se separavam ordinariamente em três “câmaras” que se reuniam concomitantemente, mas separado. É o caso dos Estados Gerais franceses.

Excepcional foi o que se deu na Inglaterra, onde Clero (o Alto Clero que falava por todo o estamento) e Nobreza se reuniam em conjunto, formando a Câmara dos *Lords*, enquanto os representantes do povo formavam os *Comuns*.

### 28. Os poderes da Assembléia

Embora variasse de Estado para Estado, era princípio geral que as Assembléias não deliberavam senão acerca das questões que previa o ato de convocação. Isto importava em que os representantes deveriam ter “mandato” dos representados para tomar em nome deles a decisão. Deste ponto resultava uma aproximação, que em muitos casos é nitidamente registrada, entre a representação e o mandato, instituição bem conhecida do direito romano.

É preciso registrar, porém, que uma vez reunidas, as Assembléias se incumbiam de várias tarefas ou funções. Assim, a de examinar petições

51. *Id.*, p. 1026.

52. *Id.*, *ibid.*

53. *Id.*, p. 1028.

formuladas pelos súditos do rei, apreciar a fixação de normas, isto é, apreciar a instituição de leis, a de formular julgamentos criminais em casos de alta gravidade etc.<sup>54</sup>

29. O grande modelo: o Parlamento inglês

Ninguém contestará que, para o constitucionalismo moderno, o grande modelo foi o Parlamento inglês. Foi ele que Montesquieu tomou como o paradigma do Poder Legislativo, na separação dos poderes.

Os historiadores encontram-lhe a origem no Conselho Real. Para este, o monarca chamava quem queria ouvir. Assim, eram chamadas, em nome do dever feudal de conselho, as principais figuras da nobreza e do alto clero. E estas nem sempre compareciam, mas se faziam representar por procuradores, quando, por exemplo, temiam a ira real. Neste Conselho, encetava-se um “diálogo” – em latim, *parliamentum* – entre o monarca e esses magnatas. Daí a designação de Parlamento, que começou a ser usada em meados do século XIII.<sup>55</sup>

Mais tarde, foram convocados, além desses magnatas, representantes das cidades – burgueses, no sentido estrito do termo –, bem como cavaleiros das regiões rurais – os *shires*. É o que se vê da reunião de 1265. Pouco mais tarde, a partir da reunião de 1295, isto se tornou a regra. Por isto, tal ocasião marca o que se designa por Parlamento modelo.<sup>56</sup>

Com o passar do tempo, seguramente em fins do século XIV, os poderes do já chamado Parlamento tornaram-se largos. Assinala Finer que passaram a incluir “o julgamento de casos civis e criminais, a discussão de negócios de Estado, a autorização de tributos, a apreciação de petições, a reparação de queixas (*grievances*), que muitas vezes culminava em nova legislação”.<sup>57</sup>

No século XVII, já poderoso, o Parlamento pôde arrostar os monarcas, como o fez com Carlos I que acabou decapitado. Ao final deste período, com a Revolução de 1688 e o *Bill of Rights* de 1689, sua convocação anual se fez obrigatória, ao mesmo tempo em que não mais se admitiu legiferação sem a sua participação. De fato, a lei – *statute law* – é obra do *King in Parliament*. Surgiu, assim, o Poder Legislativo.

No século seguinte, já às vésperas do constitucionalismo moderno, logrou ele impor o princípio da responsabilidade política do Gabinete, habilmente usando do *impeachment* e do *bill of attainder*, que podiam

54. *Id.*, p. 1037/1038.

55. *Id.*, p. 1039.

56. *Id.*, *ibid.*

57. *Id.*, p. 1040.

importar em graves penas corporais e pecuniárias para os condenados. Seu poder político, desse modo, conquistou a supremacia.

Ninguém contestará que foi o Parlamento inglês tomado como modelo por Montesquieu e pelo constitucionalismo moderno.

### F) A lei suprema

#### 30. Uma lei superior ao rei

Ao final da Idade Média, encontram-se por toda a Europa referências às leis fundamentais do reino. Seriam elas superiores ao próprio rei, que não podia nem ab-rogá-las nem derogá-las. Antecipam, portanto, a idéia de que acima do governante há normas que o obrigam.

A sua primeira formulação é atribuída a Jean de Terre Rouge, escrevendo por volta de 1418, ao afirmar que “não é consentido ao rei mudar o que está ordenado *ad statum publicum regni*”.<sup>58</sup>

#### 31. A doutrina das leis fundamentais

A partir do século XV, a doutrina se teria desenvolvido, na França, mas ao sabor dos acontecimentos políticos.<sup>59</sup>

O seu cerne seria que, acima do rei e das leis que editava – as *lois du roi* –, existiria um corpo de normas de ordem superior – as *lois du royaume*. Estas estariam fora do alcance do monarca, que não poderia modificá-las.

Foi ela apresentada com vigor por um dos monarcômacos, François Hotman, no livro *Franco-Gallia*, publicado em 1573. Este, que já usa a expressão leis fundamentais, menciona oito delas, das quais a primeira concerne à sucessão do trono. Outras importariam na participação do Parlamento, dos pares, dos Estados Gerais na deliberação sobre certos atos, configurando o reino como um governo misto.

Vale assinalar, todavia, que Jean Bodin também se refere a leis fundamentais nos famosos *Seis livros da República*, de 1576.<sup>60</sup> Seriam elas a lei sobre a devolução do trono, outra sobre a inalienabilidade do domínio real e, a terceira, relativa à não-sujeição do poder temporal ao poder religioso.

No século XVIII, a doutrina das leis fundamentais, tal qual a do *pactum subiectionis*, voltou a ser invocada. Desta vez no embate entre os Parlamentos franceses contra os monarcas absolutistas.

58. Charles Howard Mc Ilwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna: Il Mulino, 1956, p. 119.

59. *L'idée de Constitution*, ob. cit., cap. VI.

60. Cf. Bastid, ob. cit., p. 61

### 32. A incerteza

Paul Bastid assinala, todavia, que jamais houve concordância sobre quais seriam tais leis, cujo rol variava segundo as quízílias e as necessidades políticas.<sup>61</sup>

Algumas, entretanto, gozavam de maior aceitação. Eram essencialmente as que Bodin assinalara: a da devolução da coroa, a da inalienabilidade do domínio real, a da incorporação dos bens particulares do príncipe chamado ao trono no domínio real e, enfim, a independência do poder temporal em relação ao poder espiritual (a chamada liberdade galicana).

Igualmente, inexistiu acordo quanto à sua eventual modificação. Alguns, como Terre Rouge, as pretendiam intangíveis, outros admitiam sua alteração, todavia com a participação dos Estados Gerais.

Inegavelmente, porém, essa doutrina antecipa a idéia de uma lei suprema, a sobrepassar acima do poder estabelecido. Pode-se supor não ter sido coincidência haver Vattel chamado de lei fundamental a primeira formulação jurídica da idéia moderna de Constituição.<sup>62</sup>

---

61. *Id.*, *ibid.*, p. 61.

62. No *Droit des gens*, de 1758, III, § 27.