

## ORIGEM DO CONSTITUCIONALISMO EM SUA PRIMEIRA FASE

*João Célio Oliveira dos Santos\**

Só seremos capazes de entender o que é uma constituição, quais são suas funções e como ocorre seu processo de formação após, entender mesmo que vagamente, o que é o Estado, pelo fato dessa não existir sem este, não haveria razão de falar de um sem a presença do outro, o Estado precede sua Constituição, no entanto a formação constitucional precede ao Estado que ela irá servir. Para que se tenha um estado é necessário que anteriormente se tenha um pacto social com aquele povo que irá fazer parte no Estado e para que se tenha um estado faz necessário enclausurar as ações construídas, vejamos o que diz Wanderley Messias:

O Estado não é, pois, de modo algum, um poder que se impôs à sociedade de fora para dentro; tampouco é a 'realidade da ideia moral' nem a imagem e a realidade da razão, como afirma Hegel: é antes um produto da sociedade, quando essa chega a um determinado grau de desenvolvimento; é a confissão de que essa sociedade se enredou numa irremediável contradição com ela própria e está dividida por antagonismos irreconciliáveis, que não consegue conjurar [...] faz-se necessário um poder colocado aparentemente por cima da sociedade [...] Este poder, nascido da sociedade, mas posto acima dela se distanciando cada vez mais, é o Estado.<sup>1</sup>

Na concepção de Friedrich Hegel, citado Wanderley Messias o estado precisa de se afastar da sociedade de forma que ele se torne extremamente poderoso, temido e ao mesmo tempo honrado pelo Imaginário humano. Este poder mencionado pelo autor é o contrato social, que é definido por Canotilho, “como o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários serviam de alicerce aos **estamentais** perante o monarca, bem como, de limites a este poder”.<sup>2</sup> Dado a volatilidade a relatividade deste conjunto normativo, tornou-se necessário a criação de algo que fosse mais sólido e isonômico, que tenha o condão de impor limites ao antagonismo social. Estes anseios foram saciados no que hoje denominamos de constituição, neste diapasão, Luigi Ferrajoli vai dizer que:

Uma Constituição não serve para representar a vontade comum de um povo, senão para garantir os direitos de todos, inclusive frente à vontade popular. Sua função não é expressar a existência de um demos, é dizer de uma homogeneidade cultural, identidade coletiva ou coesão social, senão o contrário, de garantir, através daqueles direitos, a convivência pacífica entre sujeitos e interesses diversos e virtualmente em conflito.<sup>3</sup>

A formação de uma constituição não se dá em um único ato, nem em único momento, trata-se de um processo lento que vai se sedimentando a partir das experiências de um determinado grupo, estas serão repassadas pelas gerações e se embebedando das práticas dos povos vizinhos,

\* MESTRANDO no Curso Mestrado Profissional em Ciência das Religiões, aplicado pela Faculdade Unida de Vitória, endereço eletrônico tezzoluno@gmail.com.

<sup>1</sup> COSTA, W. M. *Geografia política e geopolítica: discursos sobre o território e o poder*. p. 258-259.

<sup>2</sup> CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 52.

<sup>3</sup> FERRAJOLI, L. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2 ed. 2005 p. 53.

dado a porosidade do tecido que forma o corpo social, o que faz cunhar uma certa semelhança dos direitos dos diversos grupos de uma mesma região, isso se dá através de um fenômeno dinâmico, intitulado constitucionalismo, como definiu Norberto Bobbio:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.<sup>4</sup>

Embora, o fenômeno constitucionalista que hoje conhecemos e identificamos principalmente nas sociedades democráticas, seja algo novo, na visão de Fioravanti “o constitucionalismo é concebido como o conjunto de doutrinas que aproximadamente a partir da metade do século XVII tem se dedicado a recuperar no horizonte da Constituição dos modernos quanto ao aspecto do limite e da garantia<sup>5</sup>”, já Ferdinand Lassalle, entende o contrário quando este afirma que:

[...] assim, pois, todos os países possuem ou possuíram sempre e em todos os momentos da sua história uma Constituição real e verdadeira. A diferença, nos tempos modernos – e isto não deve ficar esquecido, pois tem muitíssima importância –, não são as constituições reais e efetivas, mas sim as constituições escritas nas folhas de papel [...].<sup>6</sup>

A aparente divergência existente entre os dois autores pode ser explicada a partir de uma delimitação, como bem fez, Uadi Bullos, ao descrever o constitucionalismo sob um aspecto amplo quanto por um aspecto estrito:

[...] sentido amplo – é o fenômeno relacionado ao fato de todo Estado possuir uma Constituição em qualquer época da humanidade, independentemente do regime político adotado ou do perfil jurídico que se lhe pretenda irrogar; e sentido estrito – é a técnica jurídica de tutela das liberdades, surgida nos fins do século XVIII, que possibilitou aos cidadãos exercerem, com base em constituições escrita, os seus direitos e garantias fundamentais, sem que o Estado lhes pudesse oprimir pelo uso da força e do arbítrio.<sup>7</sup>

Seguindo a visão do autor é necessário fazer um recorte temporal para trabalhar com o tema, pois até o século XVIII, tudo que foi vivenciado pelos povos foi intitulado experiência constitucional de uma forma muito barroca, o constitucionalismo foi suprimido pela vontade dos monarcas e, existindo até então movimentos esporádicos e isolados onde, vários povos vivenciaram algumas experiências. Neste primeiro momento surgiu marcos que são tidos como as sementes deste movimento que ganhou neste segundo desdobramento nome de constitucionalismo moderno.

É público e notório que neste momento histórico, outros povos como os egípcios, babilônios, sumérios, palestinos, assírios, persas, fenícios, os africanos de Cartago, bem como, e a própria Roma, entre outras, estavam se organizando politicamente, criando leis e referenciando condutas, porém, estes direitos que ali se formavam não se encontravam reunidos em um documento escrito, mas originavam-se da tradição, dos costumes e de alguns poucos de princípios e normas positivadas. Mas na visão da doutrina constitucionalista moderna tudo que ocorreu antes da promulgação da Constituição Norte Americana no Século XVIII, exceto o movimento hebreu, não chegaram a ganhar status de constituição. Para Paulino Jacques estes movimentos:

Eram mais instituições que constituições, documentos escritos, códigos políticos. Não escritos, consuetudinários, e, por ato de modificação. Não se conheciam, ainda, o ‘poder

<sup>4</sup> BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

<sup>5</sup> FIORAVANTI, M. *Constitución: da la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001, p. 83-84.

<sup>6</sup> LASSALLE, F. *A essência da constituição*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

<sup>7</sup> BULLOS, U. L. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64.

constituente', de onde emanam as Constituições escritas, mas tão-só o 'poder legiferante ordinário'.<sup>8</sup>

Muitos destes movimentos tiveram conquistas extraordinárias dentre este podemos destacar a atuação dos Romanos com a criação de um ordenamento jurídico que se reinventou por mais de um milênio e influenciando várias cavilações.

O ordenamento jurídico adotado pelo povo Hebreu, trata-se de conjunto de normas escrito por volta de 1.400 A.C, que regulamentou vários aspectos daquela sociedade entre eles, o direito cível no que tange a vizinhança, de propriedade, a família, a sucessão e outros, também abordou princípios do direito penal, econômico, comercial e internacional, este texto conhecido como "Torá, é tido como o primeiro ordenamento jurídico que estabeleceu limites as ações do governante"<sup>9</sup>, estes limites foram previstos, em alguns casos, expressamente, o que hoje denominamos de regra, e em momentos outros por tipologia aberta, o que veio a ser conhecido no mundo contemporâneo como princípio, estabelecendo as direções que as mudanças normativas deveriam seguir.

O direito dos Hebreus hoje ganha reconhecimento em termos de primeira constituição até então conhecida, não somente por ser uma norma escrita em um tempo remoto e prever um serie de direitos até então não conhecidos, mas sim, por conter normas limitadoras ao poder do governador, e sobretudo, por existir naquele Estado a figura dos profetas, cuja a responsabilidade era de delatar os eventuais abusos cometidos pelo líder nacional. O escritor alemão Karl Loewenstein, corrobora este entendimento onde identifica a presença do modelo governo Teocrático, tendo nas escrituras "lei do Senhor" os limites do poder político e a figura do profeta, como sendo a primeira oposição na história da humanidade, tendo como função legitimar uma constituição moral<sup>10</sup>. "Embora se trate de um movimento bastante tímido se comparado a seu atual estágio de desenvolvimento, é preciso aceitar que aos hebreus se deve a primeira aparição do constitucionalismo<sup>11</sup>".

Os gregos, por volta dos anos 1200 A.C, começaram a se organizar uma espécie de clã familiar, sendo uma família coletiva, chefiada pelo mais velho do grupo, este líder possuía autoridade religiosa, política e militar. A partir do séc. VIII a.C., ocorreu um processo de desintegração destas famílias em virtude da escassez de alimento decorrente do crescimento populacional. A polis foi o fruto da desagregação familiar, pois, fez surgir a expansão colonial e a divisão de classe, e juntamente a esta aparece a opressão, manifesta no surgimento da escravatura, sendo claro os sintomas de que esta sociedade já não era tão coletiva e igualitária.

Diante da necessidade de mitigar estes desvios sociais desenvolveram a democracia, embora a época regime não ter perdurado, hoje ele é a forma de governo mais usado no mundo. Segundo o constitucionalista Júnior Cretella, neste período, "o gênio Aristóteles reuniu, sob o nome de 'Politeiai', cerca de 158 textos escritos ou regras vigentes e, entre estas, a de cada cidade grega (Esparta, Atenas, Olímpia, Corinto) 'polis' e a de Cartago, tais normas escritas e costumeiras, visava controlando os poderes do soberano e disciplinava os direitos individuais,"<sup>12</sup> no entanto, o autor prossegue dizendo que tais regras não gozavam de status de normas constitucionais, para ele, "na Antiguidade, remota e clássica, não havia sequer a ideia de Constituição<sup>13</sup>".

O constitucionalista André Tavares contrapõe esta ideia, e afirma que embora a democracia Grega não tenha sobrevivido o absolutismo teria sido um experimento de constitucionalismos muito solido.

A Cidade-Estado grega representou o início de uma racionalização do poder, e até hoje constitui o único exemplo concreto de regime constitucional de identidade plena entre governantes e governados, uma vez que se tratava de uma democracia direta. Além disso, o regime constitucional grego estabelecia diferentes funções estatais, distribuídas entre

<sup>8</sup> JACQUES, P. *Curso de Direito constitucional*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 17.

<sup>9</sup> LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ed. Ariel, 1979, p. 154.

<sup>10</sup> LOEWENSTEIN, 1979, p. 154-155.

<sup>11</sup> TAVARES, A. R. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 26.

<sup>12</sup> CRETELLA, J. J. *Elementos de direito constitucional*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 16.

<sup>13</sup> CRETELLA, 2000, p. 16.

diferentes detentores de cargos públicos, que eram escolhidos por sorteio, para tempo determinado, sendo permitido o acesso a esses cargos a qualquer cidadão. No entanto, tal fase do constitucionalismo foi interrompida por longo período de concentração e abuso de poder, que tomou conta de todo o mundo.<sup>14</sup>

Para a doutrina majoritária as experiências constitucionais vivenciadas pelos judeus e pelos gregos representam a primeira fase do fenômeno constitucionalista.

## REFERÊNCIAS

- BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BULLOS, U. L. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COSTA, W. M. *Geografia política e geopolítica: discursos sobre o território e o poder*. p. 258-259.
- CRETELLA, J. J. *Elementos de direito constitucional*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- FIORAVANTI, M. *Constitución: da la antigüedad a nuestros dias*. Madrid: Trotta, 2001.
- FERRAJOLI, L. *Pasado y futuro del Estado de derecho*. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. 2 ed. Madrid: Trotta, 2005.
- JACQUES, P. *Curso de direito constitucional*. 5 ed, Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- LASSALLE, F. *A essência da constituição*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.
- LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1979.

---

<sup>14</sup> TAVARES, 2012, p. 26.