

HISTORIOGRAFIA JURÍDICA NA FORMAÇÃO DO ESTADO

THE LEGAL HISTORIOGRAPHY IN STATE FORMATION

Antonio Manuel Hespanha¹

O presente artigo foi submetido para a Academia Brasileira de Direito Constitucional como texto de apoio aos Estudos da pós-graduação em Direito Constitucional. Diante de seu ineditismo e prestígio do autor, a ABDCONST, por meio de seus editores, presenteia a todos com a publicação do presente artigo na Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Antonio Manuel Hespanha, nascido em Coimbra, Portugal, lecionou na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Recebeu o título de Doutor Honoris Causa pelas Universidades de Lucerna, na Suíça, e pela Universidade Federal do Paraná. Em 01 de julho de 2019 faleceu aos 74 anos. A Academia Brasileira de Direito Constitucional presta uma homenagem a este grande jurista por meio da publicação de seu escrito, de forma a eternizá-lo. Ressalta-se que o resumo foi elaborado pelos Editores.

RESUMO (elaborado pelos Editores): O presente artigo reflete sobre a teoria constitucional das mornaquias corporativistas e o constitucionalismo no iluminismo sob a óptica da historiografia jurídica e da formação do Estado. Analisa-se também a Constituição Imperial de 1822 e a Constituição brasileira de 1824. Apesar de o direito não ser sinônimo de política, uma vez que a justiça não pode se confundir com o ato político, tem-se como certo que as soluções jurídicas possuem seguras e inevitáveis consequências políticas. Ademais se destaca que, no estudo histórico dos mecanismos do poder, existem duas linhas de orientação, as quais serão analisadas e apontadas neste estudo.

Palavras-chave: Estado; Historiografia; Constituição.

ABSTRACT (prepared by the Editors): This article deals with the constitutional theory of corporatist mornachias and the constitutional theory of the enlightenment from the perspective of legal historiography the formation of the state. The Imperial Constitution of 1822 and the Brazilian Constitution of 1824 are also analyzed. Although law is not synonymous with politics, since justice cannot be confused

¹ Professor Catedrático no Departamento de Direito da Universidade Nova de Lisboa. E-mail: amh@uniduo.pt. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8912-133X>

with political act, it is certain that legal solutions have safe and inevitable political consequences. Furthermore, it is highlighted that, in the historical study of mechanisms of power, there are two guidelines, which will be analyzed and pointed out in this study.

Key-words: State; Historiography; Constitution.

Sumário: 1. Pressupostos metodológicos; 2. Estado; 3. Constituição; 4. Teoria constitucional das monarquias corporativistas (ou jurisdicionalistas); 5. A teoria constitucional do iluminismo; 6. Rupturas e continuidades; 7. A Constituição Imperial de 1822; 8. A Constituição brasileira de 1824; 9. Referências.

1. PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS

No estudo dos mecanismos do poder, o contexto teórico é hoje dominado por duas preocupações. Por um lado, a de não reduzir os fenômenos político-institucionais a um reflexo das tensões socio-econômicas. Por outro, a de adotar um conceito alargado de poder que inclua no sistema político fenômenos que não pertencem ao universo jurídico-estadual. Esta nova forma de compreender o poder obriga a pôr em causa algumas das perspectiva correntes sobre a natureza do “constitucionalismo”, bem como da natureza das (r)evoluções que o instauraram: (i) problematizando um modelo explicativo que ligue muito estreitamente as modificações do poder à evolução das estruturas económicas ou à dinâmica das classes sociais; e (ii) recusando-se a ver nas alterações políticas revolucionárias algo que se reduz apenas aos mecanismos do direito oficial e do Estado, abrangendo, pelo contrário, a consideração de outras ordens do poder - como a igreja, a família, a burocracia, a ciência - e de mecanismos de condicionamento social diferentes dos mecanismos jurídico-institucionais, como a opinião pública². Daí que, no estudo histórico dos mecanismos do poder, o atual contexto teórico se caracterize,

² Cf., neste sentido, ORNAGHI, 2001, 9-16; no mesmo sentido, para a história administrativa, MELIS, 1996. Cf., ainda, três magníficos textos de reflexão teórica sobre a historiografia da Revolução: BENIGNO, 1995, p.7-54; LUPO; BEGIGNO, 1996, p. 83-126; SPANG, 2003, p. 119-147, todos fundamentais para se entender o que está hoje em causa, do ponto de vista historiográfico, quando se faz a história constitucional deste período. Um bom conspecto geral da história constitucional ocidental é dado por Maurizio Fioravanti, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999.

sobretudo, por duas linhas de orientação.

A primeira linha de orientação reside na *superação das concepções que reduzem os fenômenos políticos e institucionais ou a um reflexo ou a um instrumento das tensões sociais e económicas*. Neste sentido, reage-se contra a ideia de que os mecanismos do poder possam ser explicados ou por uma certa lógica socio-económica ou por um projeto intencional (de um grupo, de uma «classe»), realçando-se, em contrapartida, a sua dependência em relação às condições materiais de produção do próprio poder. Essas condições materiais de “produção do poder” (ou da “comunicação política”) incluem:

- questões do âmbito do imaginário (nomeadamente, do imaginário político, designadamente, as ideias correntes sobre como é o homem, o que é a sociedade, o que é governar, quais os fins do bom governo);
- questões ligadas à imaginação jurídico-constitucional (o que é a “constituição”, quais os modelos imaginados dos constitucionalistas, os seus “dogmas”, os seus “institutos”);
- questões ligadas à materialidade da comunicação política, nomeadamente ligadas à textualidade constitucional (o discurso constitucional, o seu vocabulário, a sua ordem, os seus suportes, as suas referências, os seus subentendidos);
- ou, mais em geral, questões ligadas à própria estrutura da comunicação política, como, por exemplo, a dimensão e natureza do universo dos atores e dos destinatários (ou objetos) da ação política, os meios de comunicação política disponíveis, os horizontes de receção dos textos;
- questões relativas ao âmbito da “governança” (*governance*), como as suas áreas de ação e os seus objetivos;

- questões relativas aos aspetos logísticos da “governança” (meios humanos, financeiros, comunicacionais)³.

A segunda linha de orientação metodológica consiste na *adoção de um entendimento alargado de «poder», que não o identifique com os fenómenos e processos classicamente descritos pela história jurídico-institucional clássica*, mas que considere ainda (i) outros polos políticos que não o Estado e o direito oficial, e (ii) *outras tecnologias disciplinares* – que, por vezes, são apenas ideias-força (“políticas”, no sentido de *policies*), outras vezes, mecanismos institucionais por intermédio dos quais se condicionam os comportamentos (o “aparelho técnico”, a “assistência”, o “fomento”, etc.), outras vezes são padrões “morais” (nos vários sentidos da palavra, desde o de princípios éticos até ao de simples hábitos ou costumes), outras vezes são imagens da sociedade e do homem (como os saberes, a opinião pública)⁴.

Estes objetivos são conseguidos pela adoção de um conceito de sistema constitucional:

- que contemple, ao lado do poder «oficial» (o Estado, a lei), todos os outros poderes que se manifestam na sociedade, acima, ao lado e abaixo do Estado,
- que compreenda mecanismos jurídico-políticos atuando pelo constrangimento e dispositivos condicionando por formas não coativas
- que tenha em conta a autonomia (auto-referencialidade) da constituição.

A primeira questão tem uma grande importância numa época em que a análise política (e jurídica) desperta para a existência de níveis *não estaduais* da

³ Tudo isto necessitaria de explicações complementares detalhadas, que não cabem neste lugar; abordei alguns destes temas na introdução ao meu livro *Cultura política europeia [...]*, caps. 1 a 3. (HESPANHA, 2012, s/p) Outros são longamente abordados na bibliografia de carácter metodológico antes citada.

⁴ Muito deste impulso veio da leitura de Michel Foucault sobre os mecanismos disciplinares, nomeadamente em Michel Foucault (1976, s/p), “Il faut défendre la Société”. Mas também teve uma grande importância a transferência para o séc. XIX de um olhar que desvalorizava o “Estado”, já corrente na historiografia política do Antigo Regime (v., por todos, António Manuel Hespanha (1984, s/p), *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime*).

constituição, tendendo a pensar esta como uma norma *societal(societalconstitution)*⁵, em vez de estadual, que se manifesta em múltiplos níveis (*multilevelledconstitution*). Segundo alguns, só este ponto de vista permitiria ultrapassar os impasses de uma teoria constitucional assente numa perspectiva estadualista quando confrontada com um mundo de constitucionalismo difuso, globalizado e atento à complexidade social (LACCHÈ, 2016, s/p).

No entanto, a última questão é, igualmente, decisiva, dada a tendência que domina a “historiografia política” no sentido de se preocupar, ou apenas com “as ideias”, ou apenas com “a política”. Num caso ou no outro, o nível especificamente jurídico é completamente desatendido, como se fosse matéria histórica inerte. No caso particular da história da constituição e do Estado, isto leva a uma sua absorção pela história das ideias políticas ou, no outro extremo, pela história – de pendor sistémico ou de pendor bio-protopográfico – da “prática política”.

Em todo o caso, apesar de, conjunturalmente, este ser um tópico a ser sublinhado, o perigo de uma história constitucional meramente dogmática – ou seja, reduzida à história dos conceitos ou dos textos constitucionais, como se eles fossem entidades separadas do resto da prática social –, como foi feita, durante décadas, pelos juristas, não está definitivamente afastado, nomeadamente entre os historiadores do direito. Daí que, lidando nós aqui sobretudo com um discurso – o discurso constitucional –, não podemos nunca deixar de o descrever em toda a sua complexidade. Ou seja: atentos às intenções originárias dos autores, mas também aos específicos “horizontes de leitura” e diferentes “intenções de apropriação” dos recetores/leitores. Preocupados com as “invenções” e sentidos novos, mas também, em contrapartida, com “vocabulários” e “gramáticas” que convidam à continuidade. Conscientes de que, se o discurso constitucional é uma realidade mole, quase

⁵ Ver GuntherTeubner (2012, s/p), Constitutional fragments. Societal constitutionalism and globalization; David Sciulli (1992, s/p), Theory of social constitutionalism: foundations of a non-marxist critical theory; comentário muito esclarecedor, David M. Frankford (1994, p. 1076-1124), The Critical Potential of the Common Law Tradition.

imaterial, de textos e de palavras, ele incarna e realiza-se através de dispositivos duros, constituídos por pessoas, artefactos materiais, sistemas de organização, que distorcem o sentido das palavras. E, finalmente, atentos a que, se o direito não é, diretamente, política (porque a justiça não se costuma confundir, nos nossos valores sociais, com a oportunidade), o certo é que as soluções jurídicas têm seguras e inevitáveis consequências políticas.

2. ESTADO

A palavra “estado” é muito antiga na tradição política europeia. «Status», «stato», «estat», «estado», «estate», «Staat» significa, antes de tudo, um bem fundiário e, relacionado com isto e no plural, ou o património de um príncipe ou os seus “estados” territoriais. Para além disto, significa o estado (grego, *stasis*, equilíbrio) de uma comunidade, no sentido da sua constituição natural, que lhe traz saúde e equilíbrio, como acontece com a constituição física em relação ao corpo. Depois, significa, a corte de um príncipe, o seu regime e as esferas da sua política. Até, finalmente, ser utilizado como sinónimo de «Res publica» («Gemeinwesen», coisa pública), na Itália desde 1500, na França no decurso do séc. XVI, em Inglaterra, e já muito continuamente na Alemanha no séc. XVII. Enquanto que em França já no séc. XVII se falava de «étatsouverain», na Alemanha, isto só ocorre no séc. XIX. Na verdade, a expressão domina a linguagem política alemã desde então, enquanto que em França e, sobretudo, em Inglaterra, a expressão desempenhava um papel secundário, ao lado das expressões «republique», «nation», «country» e outras semelhantes” (REINHARDT, 1999, p. 15).

Na linguagem política contemporânea, a expressão recebeu um conteúdo forte da publicística alemã do séc. XIX.

Os juristas alemães finalizaram a teoria do Estado, atribuindo-lhe personalidade jurídica e desenvolvendo de forma correspondente a sua

definição, por volta de 1837. A partir disto, construíram as seguintes características ou pretensões do Estado moderno: (i) Um território, como espaço de soberania exclusiva; (ii) uma população, como conjunto de pessoas aí assente e associadas de forma duradoura umas às outras e ao território; 3. um poder soberano, que (a) na ordem interna significava o exclusivo da força legítima e (iii) na ordem externa significava a independência jurídica em relação a outras instâncias. A unidade estrita do território, do povo e do poder representavam uma espécie de denominador comum. Apenas existiria um poder de Estado, se existisse uma população do Estado, composta de indivíduos juridicamente associados entre si e falando a mesma língua. (REINHARDT, 1999, p. 16).

Como já acenámos e como o mesmo W. Reinhard refere, a definição jurídica é, no entanto, insuficiente para os historiadores. Se se quiser estudar o equilíbrio global dos poderes numa sociedade, tem que se constatar que a forma contemporânea de Estado, tal como os juristas oitocentistas a configuraram, apenas existiu entre os finais do séc. XVIII e os meados do séc. XX. E, mesmo neste arco de tempo, a estrutura estadual formal esteve longe de cobrir todas as articulações de poder⁶ que se manifestam na estrutura global da sociedade.

A ideia de Estado incorpora, a partir dos finais do séc. XVIII, uma referência muito forte à monopolização do poder político, à constituição de um centro político único na sociedade. A qual, por isso, fica vazia de poder de *imperium* organizada, apenas, por relações políticas paritárias, de natureza contratual, entre cidadãos iguais, (“sociedade civil”, “sociedade civil sem império”).

A ideia de que na sociedade há, ou deve haver, apenas um centro político teve um parto longo e difícil no pensamento político ocidental. Perdidas as concepções «estadualistas» romanas - embora não os textos que as expressavam -, o mundo medieval e moderno viu o poder como uma realidade repartida por diversíssimos

⁶ Sobre o conceito de poder com que aqui lidamos (qualquer possibilidade de agir sobre a conduta de outrem; o conceito é ainda mais vasto do que o de Max Weber: “Chance, innerhalb inner-sozialen Beziehungen eigenen Willens auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichwie worauf diese Chance beruht” [a possibilidade de, no seio de uma relação social, impor a sua vontade, mesmo contra a de outrem, independentemente do domínio a que esta oportunidade se refira] (Max Weber), nomeadamente para poder incluir formas mais difusas de poder, como aquelas que M. Foucault incluiu no “poder pastoral]; (REINHARDT, 1999, p. 17).

polos sociais, cada qual dotado da sua esfera política («jurisdicional») autónoma. Um deles era, decerto, a coroa. Mas custou muito a implantar-se a conceção de que as prerrogativas político-jurisdicionais desta fossem de natureza diferente das dos outros centros políticos. Que existiam direitos naturalmente pertencentes ao rei (*regalia*, direitos reais) era admitido desde o século XII (HESPANHA, 2012, s/p); que esses direitos lhe pertencessem de maneira forçosa, isso foi ponto sobre que a doutrina hesitou e que a prática desmentiu até muito tarde. Que ao rei competia uma jurisdição suprema (*majestas*, *mayoria*) também era pacífico; mas que esta equivalesse a um poder não partilhado, livre de quaisquer constrangimentos internos ou externos, eis o que ninguém - nem porventura J. Bodin (1530-1596) - conseguiu estabelecer até aos finais da época moderna (HESPANHA, 1994, s/p).

Em Portugal (ou mesmo na Península Ibérica)⁷, mais concretamente, a receção das teorias absolutistas, em desenvolvimento no resto da Europa, foi dificultada pelo pronunciado «particularismo» político da Segunda Escolástica peninsular e pelo pluralismo efetivo do sistema político-institucional. No entanto, nos finais do século XVIII, as ideias correntes nos círculos dirigentes tinham sofrido uma profunda mutação. O iluminismo pombalino tinha conseguido impor a ideia do carácter ilimitado absoluto do poder real. Na *Dedução Chronologica* (1767) já se afirma que «o governo monárquico é aquele em que o supremo poder reside todo inteiramente na pessoa de um só homem, o qual homem, ainda que se deva conduzir pela razão, não reconhece contudo outro superior (no temporal) que não seja o mesmo Deus; o qual homem deputa as pessoas que lhe parecem mais próprias para exercitarem nos diferentes ministérios do governo; e o qual homem, finalmente, faz as leis e as derroga, quando bem lhe parece» (II, p. 640). E obra que orientará a formação dos juristas portugueses até aos meados do século XIX, as

⁷Para os últimos e mais exaustivos panoramas comparatistas, a monumental recolha de Horst Dippel (ed.), *Constitutionsoftheworld. SourcesontheRiseofModernConstitutionalism*, De GruyterSaur, 2006-2013; Peter Brandtetalii, *QuellenzureuropäischenVerfassungsgeschichte [...]*, Frankfurt/Main, Verlag J.H.W. Dietz, 1998.

Institutionesiuriscivilislusitani [Instituições de direito civil (= dos cidadãos) português] (1780-1793), de Pascoal de Melo Freire, abre com a declaração de que «no direito supremo do imperante se contém tudo o que é necessário para a defesa da cidade e para fazer tudo aquilo sem o que não se pode obter de modo cómodo a segurança, tanto interna como externa, e a salvação do povo, que é a lei suprema» (I, § 2.)⁸.

A unidade do poder político não foi sempre explicada da mesma forma. Para o jusnaturalismo contratualista, o seu fundamento era a unidade da própria comunidade humana que tinha estabelecido o pacto social originário. Para os adeptos da monarquia pura (como, em Portugal, Pascoal de Melo ou Francisco de Sousa e Sampaio) - que viam na conquista e na sucessão dinástica a origem do poder do rei -, era a unidade da própria pessoa do rei, como senhor único e exclusivo de todos os súbditos, embora o facto de o seu poder se exercer em função do bem-estar da sociedade excluísse o carácter patrimonial do Estado. Finalmente, para a última vaga jusnaturalista, já identificada com o ideário democrático, o fundamento da unidade do poder supremo, ou soberania, era a unidade da própria Nação.

A equivocidade dos seus fundamentos teóricos assegura, assim, que esta ideia de unidade e exclusividade do poder político⁹ permite que se realize, sem grandes problemas, o trânsito do despotismo iluminado para os regimes democráticos revolucionários, constituindo um pano de fundo, permanente e progressivamente mais nítido, da evolução do pensamento político moderno e contemporâneo.

No que respeita à história constitucional americana, alguma da historiografia

⁸ Cf., sobre este ponto, António Manuel Hespanha (1993, p. 121-157), “Representações da sociedade e do poder”.

⁹ Que se começara a ser gerada com o contratualismo da escolástica franciscana, ainda nos finais da Idade Média, que se robustecera com o contratualismo aberto dos grandes pensadores políticos de Quinhentos e Seiscentos (Jean Bodin, Th. Hobbes), que se vulgarizara com a difusão europeia do jusracionalismo alemão (S. Pufendorf, Chr. Thomasius, J. G. Heineccius), que se legitimara, do ponto de vista democrático, com a adesão de, por exemplo, J. J. Rousseau (V., sobre tudo isto, em síntese, António M. Hespanha (2012, s/p), *Cultura jurídica europeia* [...], cap. 7.)

constitucional mais relevante tem realçado uma diferença estrutural entre o constitucionalismo dos impérios coloniais pré-revolucionários e o constitucionalismo “nacional” das repúblicas americanas, nomeadamente no que respeita à questão da consideração constitucional das populações indígenas. Apoiado na obra fundamental de Josep Fradera sobre a estrutura político-constitucional dos impérios europeus (inglês, francês, espanhol e português) (FRADERA, 2015, s/p), Bartolomé Clavero (2017, s/p) chama a atenção para que a constituição não escrita dos impérios europeus da época moderna tinha em consideração a entidade constitucional das populações nativas, atribuindo-lhes um estatuto que implicava o reconhecimento constitucional dos seus territórios e da suas ordens jurídicas. Algum do primeiro constitucionalismo (nomeadamente, a Constituição de Cádiz, de 1812) teria mantido esta natureza pluralista da ordem constitucional, ao permitir que as populações nativas, constituindo-se em municípios, mantivessem a sua autonomia jurisdicional. Embora esta inclusão constitucional comportasse uma inferioridade e sujeição a padrões normativos do colonizador (nomeadamente, a sua compatibilidade com a religião e a “civilização”, tal como os europeus as entendiam.

Com a independência das comunidades de colonos nas Américas (inicialmente, nos Estados Unidos), este reconhecimento da entidade constitucional dos indígenas constituía uma limitação grave para os anseios de subjugação colonial dos colonos em relação às “nações índias”. Daí que o constitucionalismo nacional americano tenha combatido, por muitos processos – desde a fixação de fronteiras “nacionais” de forma abstrata e homogeneizadora, englobando as terras indígenas¹⁰, até à limitação da cidadania aos colonos, quer expressa, quer implícita (como acontecia também com as mulheres)¹¹, passando pelo condicionamento da cidadania

¹⁰ Cf. Projecto de Constituição brasileira de 1823, art. 1 (“[...] desde a foz do Oyapok até aos trinta e quatro graus e meio ao sul”, (BRASIL, 1823, p. 6).

¹¹ Cf. Projecto de Constituição brasileira de 1823, arts. 122 ss.. Embora os indígenas não estivessem, nem no projeto de 1823, nem na constituição de 1824, formalmente excluídos da

à profissão da religião católica¹²—, a inclusividade (mesmo desigual) da constituição imperial. É isto que leva Clavero a defender que, na América, “el constitucionalismo es consubstancial al colonialismo” e que, por isso, a abolição do colonialismo implica aí uma refundação constitucional do Estado (como teria acontecido com a Constituição da Bolívia, de 2009).

3. CONSTITUIÇÃO

Tocamos neste capítulo dos problemas-chave da construção teórica do conceito de comunidade (ARISTÓTELES, 2012, s/p); a combinação de uma concepção naturalista e objetivista da sociedade e do poder, própria da Escolástica tradicional, que imaginava a comunidade como um corpo dotado de uma organização constitucional que decorria da natureza e se impunha necessariamente a governantes e governados; com a ideia, com origem no pensamento político romano, de que o fundamento do poder estava num ato de vontade ou do povo, reunido em comícios e deliberando por votos (*lex de imperio*), ou do representante escolhido pelo povo (*magistrado, princeps*). Isto refletia-se nas etimologias imaginadas para a palavra “constituição”, que ou era relacionada com a raiz que significava, em grego, equilíbrio (*stasis*) ou se derivava da combinação de “com” (conjuntamente) e “statuere” (estabelecer). Assim, a palavra ou remetia para a ideia

cidadania, eles eram abrangidos pela incapacidade que decorria da “incapacidade física ou moral” (Projeto de 1823, artº 32, I, Constituição de 1824, artº 8.I. Como refere Mónica Dantes (2007, s/p), “tornaram-se comuns declarações, como a do Capitão-Mor Francisco de Morais Sarmiento, na documentação produzida tanto no século XVIII, quanto no XIX. Quando considerados índios, então o problema era sua vadiagem. «Estes índios são preguiçosos, como naturalmente são todos; ébrios, vadios e fazem grandes desordens e perturbações na Cidade; sua lavoura é insignificante, que apenas lhes chega para uma escassa sustentação» [cita Luiz R. B. Mott, «Branços, pardos, pretos e índios em Sergipe: 1825-1830», Anais de História, Assis, ano VI, 1974, p. 162]. Os índios que restavam, chamados, a partir de então, de “curibocas e mestiços”, foram doravante incluídos no sempre crescente grupo de ociosos, imprestáveis e ladrões que, segundo a elite, infestava o Brasil”. Ainda segundo Mônica Dantas (2010, p. 19-58), a questão deu origem a uma consulta do Conselho de Estado (1858), em que a questão era, em geral, decidida no sentido da exclusão.

¹² Cf. Projecto de Constituição brasileira de 1823, arts. 14 e 15.

de equilíbrio natural – como na expressão “constituição física” - ou para a de deliberação comum – como no uso jurídico da palavra para designar a lei do príncipe.

Nos juristas, esta polissemia permitia combinar a ideia de uma ordem política enraizada na natureza das coisas, o que implicava uma relação forçosa e indisponível entre os governantes e os seus súbditos, com os textos jurídicos que, a propósito da *lex regia de imperio* ou do estabelecimento de *iura própria vel civilis*, salientavam a eficácia da vontade dos povos para constituir direito. Como permitia explicar os textos filosóficos de autoridade – por exemplo, de Aristóteles – que registavam a variabilidade das formas de governo¹³.

4. A TEORIA CONSTITUCIONAL DAS MONARQUIAS CORPORTATIVAS (OU JURISDICIONALISTAS)

Os juristas teólogos da Segunda Escolástica – professores em Salamanca, Coimbra, Valladolid e Évora – defendiam que, em última instância (“*tanquam prima et universalis causa*”), todo o poder vinha de Deus, criador do mundo (SUAREZ, 2012, s/p). Na verdade, a Criação efetuara-se de dois modos: ou criando coisas por um ato específico e arbitrário de vontade; ou, criando-as com uma certa natureza e finalidade que lhes impunha certos atributos e um certo modo de funcionamento, sem os quais a sua natureza e finalidade não se realizariam. No primeiro caso, a vontade de Deus era a causa direta do regime da coisa; no segundo, apenas a causa última, já que a causa direta era a própria natureza e finalidade da criatura.

Aplicada ao poder em sociedade, esta teoria provocava uma “naturalização” dos poderes constitucionais, poderes que decorriam da própria natureza (da ordem imanente) da sociedade. O poder político, nas suas manifestações e funcionamento,

¹³ Cf. Hespanha (2012, s/p) capítulos 7 e 8.

derivava indiretamente do ato de Deus de criação das sociedades com fins específicos (o bem comum, a solidariedade entre as pessoas, o louvor de Deus), e diretamente de exigências de organização e operação postas por estes fins, esses, sim, estabelecidos pela Providência¹⁴.

Pôr nestes termos a questão da origem da ordem constitucional era afirmar o seu caráter indisponível, quer para os reis como para os povos. O que afastava as concessões da constituição como um pacto ou como um ato de vontade régia ou popular. O papel do rei e dos súbditos estava definido desde o início da sociedade e de forma necessária. Nem o rei podia exercer os seus poderes contra os fins do ofício de reinar, nem os súbditos podiam limitar ou condicionar a função real em sentido contrário ao da sua função. A manutenção dos equilíbrios justos (constitucionais) da sociedade era assegurado, não pela existência de instituições “representativas”, nem por qualquer forma de “pacto”, mas pelos respeito dos direitos e deveres recíprocos, decorrentes da natureza das funções, e garantidos pelo direito (*iussuumcuiquetribuere*) e pelos tribunais.

Há, no entanto, existiam outros níveis de organização da *respublica* sobre os quais os membros da comunidade política já tinham poderes de disposição. Com efeito, escrevia Francisco Suarez (2012, s/p), “o poder pode ser considerado enquanto reside ou pode residir no todo do corpo político da comunidade ou cidade humanas [o que aqui chamamos poder constitucional] ou enquanto reside em alguns dos membros da sociedade [o que poderemos chamar poder de governo]”. Neste último caso, descemos par um nível inferior da organização política em que a vontade dos homens já desempenhava um papel constitutivo, pelo que as soluções podem ser várias. Já não se tratava da *ordem constitucional*, mas antes do *regime político*, para o qual Aristóteles tinha criado uma classificação tripartida (democracia, aristocracia, democracia, *Política*, I,7,1327b). Também os juristas se

¹⁴ “O direito natural é necessário à conservação da natureza humana, tal como o exige [*appetit*] a própria natureza do homem, F. Suarez (2012, s/p).

referiam a esta possibilidade de o povo decidir acerca do regime político (da forma do governo, “quod principii placuit legibus vigorem; utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in omnes eius imperium et potestatem conferat” (D., 1.4.1; I., 1.2,6), enquanto que os teólogos sublinhavam o carácter conjuntural e não necessário das escolhas feitas neste plano (“Quia nulla esse ratio quae definitum modum regiminis necessarium esse convincat”, Santo Agostinho, *De civitate Dei*, V, 17).

5. A TEORIA CONSTITUCIONAL DO ILUMINISMO

O pensamento político do Iluminismo católico da Europa do Sul (e, portanto, português) tardio esteve já interessado nas temáticas daquilo que, depois, veio a ser o pensamento constitucional. Tendo ventilado pela primeira vez – ou, pelo menos, de uma forma nova – alguns dos pontos centrais do constitucionalismo contemporâneo.

Um deles foi o do carácter voluntário da ordem política: o direito e a constituição teriam sido instituídos pelo legislador – ou pelo legislador primitivo, no contrato social; ou pelo legislador derivado, ao abrigo dos poderes que lhe tinham sido conferidos por aquele contrato. E não, como pretendia o naturalismo do direito comum clássico, colhidos (pelos juristas) da natureza e da tradição.

Outro foi o de que a constituição devia ser escrita e solenemente codificada, sob a forma de um texto legal fundamental.

O tópico da necessidade de considerar a vontade do príncipe, tal como estava formalizada na lei, como fonte exclusiva de direito, suprimindo a confusão e a anarquia resultante de um quadro pluralista das fontes de direito (desde o costume às decisões judiciais), começou a ser difundido em Portugal nos inícios da segunda

metade do séc. XVIII¹⁵. A própria semântica o atestava: começa-se a notar uma tendência para usar, em substituição da palavra “lei” – que remetia para a atitude passiva de “ler” algo que já estava escrito –, a palavra “constituição” – de *con+statuere*, estabelecer conjuntamente – para designar as providências jurídicas emanadas da vontade real. O carácter eminente da lei implicava, porém, uma mudança dramática na arquitetura do sistema jurídico; e isto levou muito tempo a consumir-se, como veremos.

O exemplo desta política das fontes tradicionais do direito comum em relação à lei é, em Portugal, a “*Lei da Boa Razão*” (19.8.1769). A Lei tinha por fim modificar radicalmente o quadro das fontes de direito, tal como resultava das *Ordenações* do reino, desde o séc. XV (*Ordenações afonsinas*, 1446; *Ordenações manuelinas*, 1512; *Ordenações filipinas*, 1604), nomeadamente em face da interpretação doutrinal e jurisprudencial que a estas era dada. O primeiro conjunto de determinações da Lei dizia respeito aos costumes, à jurisprudência e à doutrina. A estratégia era, em qualquer dos casos, desvalorizá-los em face da lei. Relativamente aos costumes, a Lei punha-lhes exigentes condições de vigência, quer quanto à sua generalidade e antiguidade, quer quanto ao seu conteúdo, ao dispor que eles teriam que ser conformes aos princípios da boa razão, bem como às determinações das leis (*ibid.*). A Lei também enfraquecia fortemente a relevância das fontes doutrinárias tradicionais, não apenas ao reafirmar que os direitos romano e canónico – o que, nesta altura, queria sobretudo dizer, a doutrina romano-canónica – apenas vigoravam na falta de lei do reino¹⁶, mas também ao negar valor vinculativo à *Glosa* de Acúrsio e aos *Comentários* de Bártolo (§ 13), obras

¹⁵ Nuno E. Gomes da Silva (1991, p.350), *História do direito português*; Rui Manuel Marcos de Figueiredo (1990, s/p), *A legislação [...], A Legislação Pombalina. Alguns Aspectos Fundamentais, Separata do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, mas, agora, sobretudo António Pedro Barbas Homem (2003, s/p), *Judex perfectus. Função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal*.

¹⁶ O direito canónico era, pura e simplesmente, excluído como fonte de direito dos tribunais seculares.

que, direta ou indiretamente, tinham condicionado toda a doutrina anterior (HESPANHA, 2012, s/p).

No entanto, aquilo que costuma ser apontado como o passo inicial desta ascensão da lei parece, pelo contrário, preparar a primazia da razão, de uma razão agora ligada à modernidade e não à tradição, à invenção e não à observação. De facto, se a Lei fechava uma porta à doutrina, abria-lhe, em contrapartida, uma outra. Na verdade, a Lei estabelecia que costumes e direito romano só vigorariam se não contrariassem os princípios da Boa Razão (§ 9). Começa aqui, justamente, o filão que vai determinar o futuro das fontes de direito durante os próximos cem anos, pelo menos¹⁷.

“Boa razão” era, desde logo, o padrão geral a que qualquer norma jurídica se devia conformar. E, por isso, a razão tanto devia constituir o espírito da legislação régia (§ 14) como transformar-se no critério de validade dos costumes e do direito romano¹⁸. Esta “boa razão” – como espírito das leis dos monarcas iluminados e, na verdade, como a nova lei constitucional dos Estados – podia também recolher-se diretamente de uma norma jurídica em vigor. Por isso se estabelecia que, nas matérias “modernas” – relacionadas com a política (“polícia”), a economia, o comércio e a navegação –, vigorassem no Reino, as leis das nações cristãs, civilizadas e políticas, que traduziam as aquisições da “Aritmética Política, e da Economia do Estado” (§ 9). Constituindo aquilo a que se passará a chamar o

¹⁷ Fonte principal (embora longe de ser a única), Emer de Vattel, *Ledroitdesgens*, ou *Principes de la loinaturelle*, Londres, 1758, online em <http://oll.libertyfund.org/titles/vattel-le-droit-des-gens-ou-principes-de-la-loi-naturelle-vol-1>.

¹⁸ “Os quais deviam estar de acordo com aqueles primitivos princípios, que contém verdades essenciais, intrínsecas e inalteráveis, que a ética dos mesmos Romanos havia estabelecido, e que os direitos divino e natural formalizaram para servirem de regras Morais, e Civis entre o Cristianismo; ou aquela boa razão que se funda as outras regras, que de unânime consentimento estabeleceu o direito das Gentes para a direcção, e Governo de todas as Nações civilizadas; ou aquela boa razão, que se estabelece nas Leis Políticas, Económicas, Mercantis, e Marítimas, que as mesmas Nações Cristãs têm promulgado com manifestas utilidades, do sossego público, do estabelecimento da reputação, e do aumento dos cabedais dos Povos [...]”.

“Direito público universal”¹⁹.

Na sequência destas conclusões, o ensino do direito tinha que ser mudado correspondentemente. Assim, os Estatutos da Universidade de Coimbra, reformados em 1772, criaram uma cadeira de “Direito natural, público e universal, e de Direito das gentes” (*Estatutos da Universidade*, III, II, V, § 3), comum às duas Faculdades jurídicas (“Leis” e “Cânones”)²⁰. É na doutrina produzida no âmbito desta última disciplina que se formam as categorias com que o direito público irá lidar até bem depois da revolução liberal. De facto, o compêndio do austríaco Carlos António Martini²¹, que veiculava as posições do jusnaturalismo holando-alemão (Grócio, Pufendorf, Wolff, Thomasius, etc.), manteve-se em uso nas cadeiras de direito público durante mais de três quartos de século (LARANJO, 1907, p. 85). Daí que as bases filosóficas do iluminismo contratualista se tenham adaptado basicamente à teoria política e constitucional do primeiro liberalismo, da qual apenas destoava o método metafísico e dedutivista do jusracionalismo²².

Com esta ideia de um direito baseado na razão combinava-se uma outra – a de um direito harmonicamente disposto numa compilação que escapasse à confusão e à transitoriedade da legislação corrente e que pudesse constituir, quer um repositório de base – “fundamental” – do direito do reino, quer - ao mesmo tempo - o *acquis* inderrogável da ciência da legislação (por sua vez, aplicação de uma série de ciências a montante – a do direito natural, a da economia, a da polícia, a da

¹⁹ “Que – como escreverá António Ribeiro dos Santos (1844, p.5) – provêm da mesma natureza da sociedade civil, que é comum a todos os impérios, e que contém em geral os direitos e obrigações recíprocas dos súbditos e dos imperantes”.

²⁰ Cf., por último, Rui Manuel Marcos (2012, p. 164-175). Eram ainda criadas duas cadeiras de “direito pátrio” no curso de “Leis”. Para a literatura jurídica posterior a lei da “Boa Razão”, cf. Mário Reis Marques (1982, p. 819), “Elementos para uma aproximação do estudo do “*ususmodernuspandectarum*” em Portugal”.

²¹ Carlo Antonio de Martini (1726-1800), *Positionesdelegenaturali*, Viena, 1772 (Olisipone, Franciscum Borges de Sousa, 1772, Conimbricæ, 1802; e outras edições). Sobre ele, Mário Reis Marques (2003, p. 471).

²² Cf., com descrição detalhada do contributo dos vários juristas iluministas na génese do vintismo, Zília Osório de Castro (1986, p. 497-653).

estatística)²³. Este monumento é “o código”, entidade que se vai colocar como um objectivo estratégico da política e da ciência do direito durante mais de um século²⁴.

6. RUTURAS E CONTINUIDADES

A historiografia das revoluções liberais tem-nas glorificado como um atos de rutura, ficando, nesse sentido, prisioneira da imagem que a maior parte dos revolucionários faziam da própria revolução²⁵.

No domínio da história constitucional, tende a encarar-se o novo constitucionalismo como algo de inaugural, sem raízes no Antigo Regime nem continuidades de Antigo Regime na leitura das novas ideias²⁶.

E, no entanto, eram muitas as continuidades entre o primeiro constitucionalismo liberal e o constitucionalismo de Antigo Regime.

Desde logo, o constitucionalismo liberal não era uma invenção a partir do nada. Havia um constitucionalismo de Antigo Regime, ao qual já nos referimos.

Apesar do clima de inauguração de uma nova era constitucional, sobreviviam muitos elementos caraterísticos do período anterior.

Sobrevivia o conceito anterior de soberania como poder supremo, mas não exclusivo. A Constituição de 1822, no seu preâmbulo falava expressamente dos limites do poder e do seu esquecimento, como causa dos males da Pátria, assim como reconhecia que a origem do poder constituinte não estava nas cortes

²³ Sobre o paralelismo entre poder, direito e ciência, cf. A. M. Hespanha (2012, s/p); sobre ciência e legislação, António Barbas Homem (1820, s/p); Airton L. Cerqueira-Leite Seelaender (2003, s/p).

²⁴ Sobre o movimento da codificação e o seu sentido epocal e civilizacional, v., por último, Paolo Cappellini e Bernardo Sordi (2002, s/p).

²⁵ Para uma discussão, em geral, do assunto, há bibliografia geral: v.g., Rebecca L. Spang (2003, 119-147).

²⁶ Uma crítica muito bem construída à historiografia constitucional comum foi feita por Fernando Martinez Perez (2002, s/p), "Leyexpresa, clara y terminante".

constituintes, mas na Santíssima Trindade²⁷.

Sobrevivia a ideia de autorregulação dos corpos políticos (como a Igreja, ou a família, cada qual absoluto nos limites das suas atribuições [jurisdição]), que a ordem constitucional devia incorporar e respeitar.

Sobrevivia a concepção da legislação, não como um *ato de vontade* arbitrária, mas como a *revelação* de uma ordem anterior e indisponível, como uma deliberação de tipo "judiciário" (englobando um "conhecimento de causa" e um "contraditório"), o que levava a assimilar o parlamento a um "grande tribunal" de Antigo Regime, decidindo segundo o mesmo processo de confronto de "votos".

Sobrevivia a ideia de que a tradição (não a natureza) gera situações jurídicas (algumas delas constitucionais), que as novas constituições devem reconhecer ou com as quais se devem acomodar) (ex.: continuação da dinastia, titulação do Rei, leis fundamentais).

Sobrevivia o entendimento das atribuições dos poderes, não como resultado de uma definição apriorística, baseada na natureza do Estado - como grande sujeito que "quer" (legislativo), "executa" (executivo) e "delibera" (judicial)-, mas como resultado de uma distribuição tradicional, histórica, de competências.

Sobrevivia a ideia de que a manutenção da constituição estava, sobretudo, na reserva das jurisdições ["dos direitos de cada um"], quer das pré-constitucionais, quer das dos novos "poderes" (*monarquia limitada*), garantida por um sistema de contrapesos e de controlos (*checks and balances*, como na Constituição inglesa).

Sobrevivia a ideia de que qualquer ato do poder pressupõe o acertamento

²⁷ "EM NOME DA SANTÍSSIMA E INDIVISÍVEL TRINDADE. As Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes na Nação Portuguesa, intimamente convencidas de que as desgraças públicas, que tanto a tem oprimido e ainda oprimem, tiveram a sua origem no desprezo dos direitos do cidadão, e no esquecimento das leis fundamentais da Monarquia; e havendo outrossim considerado, que somente pelo restabelecimento destas leis, ampliadas e reformadas, pode conseguir-se a prosperidade da mesma Nação, e precaver-se, que ela não torne a cair no abismo, de que a salvou a heroica virtude de seus filhos; decretam a seguinte Constituição Política, a fim de assegurar os direitos de cada um, e o bem geral de todos os Portugueses".

prévio dos direitos envolvidos, pelo que a administração não se pode fazer sem um momento jurisdicional.

Sobrevivia a identificação dos direitos particulares (não necessariamente individuais) com direitos historicamente radicados (adquiridos por uso, por concessão, geral ou particular), e não abstratamente naturais. Daí que os direitos não sejam absolutamente invioláveis, mas violáveis desde que se observasse o processo juridicamente devido (de acordo com a natureza da origem desses direitos e, por isso, não necessariamente um processo jurisdicional).

7. A CONSTITUIÇÃO IMPERIAL DE 1822

Um movimento militar (a 24.8.1820) proclama a Junta de Governo do Porto, encarregada de convocar Cortes para se fazer uma constituição que, mantendo a religião e a dinastia, remediasse os males do Reino.

O governo acede (Instruções de 31.10), sendo obrigado por um pronunciamento militar a adotar um sistema direto de sufrágio, igual ao da Constituição de Cadiz (arts. 27 a 103; Instruções de 22.11).

As eleições tiveram lugar em Dezembro de 1820 (no ultramar, prolongaram-se até inícios de 1822).

O Projeto de Bases da Constituição (1821) é apresentado como resultado da reflexão sobre o antigo direito público português, mais do que sobre teorias políticas modernas.

A nova Constituição é concebida como “regeneração” da memória da constituição tradicional, “ampliada e reformada”.

A Nação aparece como "a união de todos os portugueses" (art. 20), exercitável exclusivamente pelos seus representantes eleitos, dela dependendo toda e qualquer autoridade pública (artº 26).

Nisto consiste o “princípio democrático”, que orienta esta constituição. A

autoridade do rei provém da Nação (artº 121), o poder constituinte e legislativo reside exclusivamente nos Deputados em Cortes, sem dependência da sanção do rei” (artº 27), nenhum indivíduo ou corporação exercendo autoridade pública, que se não derive da mesma Nação (artº 26).

A unicameralismo (arts. 32 ss..) representava a unidade da Nação e da sua vontade (soberania).

A soberania manifesta-se, antes de tudo, no primado da lei, como expressão da autodeterminação da Nação (cf. art. 104: "Lei é a vontade dos cidadãos declarada pela unanimidade ou pluralidade dos votos dos seus representantes juntos em Cortes, precedendo discussão pública"). Mas também na notória submissão dos poderes às cortes ou poder legislativo. O dogma da separação dos poderes tinha, assim, uma efetividade reduzida. Cabendo, por exemplo, às cortes, importantes poderes de governo (a promoção do bem geral da Nação; a fixação anual dos efetivos militares; a fixação anual dos impostos e as despesas públicas; a criação e supressão de empregos públicos, bem como a fixação dos respectivos ordenados) e mesmo de justiça (a avaliação da responsabilidade política, criminal e cível dos secretários de Estado e demais funcionários, arts. 102 e 103 e ss.).

No entanto, a Nação conserva ainda resíduos organicistas, que a diferenciam do conjunto de todos os cidadãos (o “povo”). Nela sobrevivem corpos “naturais”, típicos de Antigo Regime, como as “famílias” e os “municípios”. O que faz com que, por exemplo no plano eleitoral, o voto não fosse universal, mas reservado aos chefes de família, excluindo os domésticos (mulher, filhos, servos e escravos).

Assim, estão excluídos do voto: os menores de 25 anos; as mulheres; os sujeitos ao pátrio poder, como as filhos-família, independentemente da idade, a menos que exercessem ofícios públicos; os criados de servir que não vivam em casa separada dos patrões (art. 33, II e III); os submetidos à autoridade religiosa regular, i.e., os que vivam em comunidades monásticas, que são como que famílias; os socialmente inúteis, que nada aportavam à república, como os vadios (art. 33, IV);

aos quais se acrescentariam, no futuro, os analfabetos adultos (art. 33, VI).

Do lado dos que podiam ser eleitos, as restrições ainda eram maiores. Exigia-se renda suficiente, excluía-m-se aqueles cujas inclinações naturais (falta de senso, irresponsabilidade) ou vinculações sociais pudessem importar diminuição da liberdade de opinião: os falidos, os que servissem empregos da Casa Real, os libertos. Excluía-m-se os estrangeiros, ainda que naturalizados, pela presumível falta daquele amor à pátria, como coisa orgânica, que só os naturais de origem podem ter²⁸.

Que a Nação reconhecia a identidade política de corpos inferiores não era demonstrado apenas por este reconhecimento da organização própria das famílias. Esse mesmo reconhecimento levava a identificar concelhos e províncias como unidades infranacionais com entidade política própria. Por isso, na escolha dos eleitores municipais, mantinha-se um sistema eleitoral em que as elites da terra exerciam a sua predominância tradicional, filtrando os eleitores locais. Quanto às províncias, não obtiveram grande destaque constitucional. Mas, nas suas propostas de 25.4.1825, os deputados brasileiros mostravam que concebiam a Nação como dividida em “províncias” com capacidades constituintes próprias, em termos de que cada uma podia decidir pela adesão ou não à Constituição do Reino Unido²⁹.

Por outro lado, a Nação era concebida como um corpo histórico, com tradições incorporadas, pelo que a sua soberania está limitada pela sua própria tradição (nomeadamente, dinastia tradicional, direitos tradicionais dos povos, ordem jurídica tradicional). Esta vinculação da Nação à sua história nota-se bem na definição do direito vigente. Os representantes eleitos da Nação têm o exclusivo da legislação (arts. 27, 102, 105, 110). Mas não o exclusivo de estabelecer o direito. De facto, a Constituição não definia as fontes de direito, deixando esta atribuição livre nas mãos dos juízes. Em Portugal e no Brasil (colonial e, depois, imperial), o

²⁸ Disposições semelhantes no Projeto constitucional brasileiro de 1823 (antes citado).

²⁹ V. a célebre “Indicação” de Diogo Feijó, de 25.4.1822, em Jorge Caldeira (1999, p. 49-54).

conglomerado de ordens normativas que constituíam o direito estava definido na Lei da Boa Razão, de 18.8.1769. Porém, como esta era imprecisa na identificação concreta das fontes direito, a definição destas era feita quase livremente pela doutrina ou, caso a caso, pelos julgadores.

Em todo o caso, a ênfase legalista é, aparentemente, grande. O poder executivo tem como finalidade "fazer executar as leis" (art. 122); os impostos não são obrigatórios se não tiverem sido votados em cortes (arts. 224, 234); os funcionários não são proprietários dos seus ofícios (art. 13), respondendo pelas violações da constituição e das leis (art. 14); as câmaras estãoobediência às leis nas matérias de governo administrativo e económico (arts. 216, 218); os direitos individuais são reconhecidos, "nos limites da lei". Porém, é preciso notar que por "lei" entendia-se o "direito vigente" ou a "lei tal como era interpretada". E, com isto, valia como lei o direito recebido pela doutrina e pelos tribunais.

O estatuto constitucional do poder judicial é significativo deste legalismo moderado. A Constituição revelava, nesta matéria, uma tensão entre dois polos. Por um lado, o de garantir a independência dos tribunais, o que correspondia à ideia do seu papel central na defesa do sistema constitucional e na defesa pública, imparcial e neutra dos direitos dos cidadãos. Mas, por outro lado, a Constituição colocava os juízes e oficiais de justiça sob estrita vigilância, quanto a abusos e prevaricações, o que correspondia à imagem popular dominante de uma justiça arbitrária, corrupta e corporativa³⁰. Mas, paradoxalmente, nenhuma disposição obrigava os juízes a julgarem segundo a lei, preferindo esta a outras fontes de direito. Tal como não existia mecanismos judiciários de controle da constitucionalidade das leis.

³⁰ Medidas suplementares visavam aumentar a confiança popular na justiça. Uma delas era o júri eleito (cf. art. 178), julgando sobre a matéria de facto, previsto, tanto para as causas criminais - expressa e especialmente referida é a sua intervenção no julgamento dos delitos de abuso da liberdade de imprensa -, como para as cíveis.

Os cidadãos eram iguais perante a lei³¹. Mas, dado que a lei compreendia o direito tradicional, esta igualdade tinha que se compatibilizar com outros fenómenos da desigualdade própria da sociedade de ordens: como os direitos senhoriais; a desigualdade dos sexos; a relevância legal da religião; os títulos nobiliárquicos; a escravatura).

Este é o modelo da Constituição de 1822, bem como da Constituição espanhola de Cádiz, de 1812, que se aplicou momentaneamente no Brasil (____). Ambas pertencem a um modelo “democrático” de constituição, filiado na Constituição francesa de 1793, estabelecendo a unidade da Nação e da soberania, o primado da lei e do legislativo, a atribuição a este de poderes na área executiva (“governo de assembleia”) e a recusa do controle judicial da constitucionalidade das leis, o que equivalia ao estabelecimento de uma grande flexibilidade da Constituição, nas mãos do legislativo.

Também a Carta Orgânica da República de Pernambuco de 1817 (António Carlos) obedecia a este modelo mais radical de uma soberania popular exclusiva e indivisa: “O Governo Provisório da República de Pernambuco, revestido da Soberania pelo povo, em quem ela só reside, desejando corresponder à confiança do dito povo, e conhecendo que sem formas e regras fixas e distintas o exercício das funções que lhe são atribuídas, por vago, inexato e confuso, não pode deixar de produzir choques, e dissensões sempre nocivas ao bem geral, e assustadoras da segurança individual, fim e alvo dos sacrifícios sociais. Decreta e tem decretado [...]”. No entanto, pelo menos nesta forma provisória de Constituição, o órgão representativo era escolhido pelas câmaras municipais, pelo sistema de eleição dos ofícios municipais de Antigo Regime, ou seja, pelos pais de família das elites locais³², recebendo as conceções corporativas da constituição tradicional.

³¹ Artº. 9: “A lei é igual para todos. Não se devem, portanto, tolerar privilégios do foro nas causas cíveis ou crimes, nem comissões especiais [...]”.

³² Tito Lívio Cabral Renovato Silva (2015, s/p); Marcelo CassebCosentino, (2017, s/p).

Novamente, o compromisso entre inovação e tradição (ou de incorporação da tradição num projeto constitucional inovador), que caracteriza a primeira constituição liberal portuguesa.

Diferente, federal e reconhecendo a entidade política dos reinos e das províncias, era o projeto dos deputados brasileiros às cortes portuguesas de 1822³³, que previa a existência de “cortes especiais”³⁴ para cada um dos dois reinos do Império, e umas “cortes gerais”, que representariam toda a Nação³⁵. Quanto às províncias, elas tinham uma entidade suficiente para escolher a que Reino deveriam pertencer³⁶. Abaixo das províncias, adotava-se o modelo municipalista e patriarcal da Constituição de 1822.

8. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1824

A outorga da constituição do Brasil de 1824 representou uma viragem no sentido do processo constituinte iniciado em 1823 pela Assembleia Constituinte³⁷.

No Brasil, o processo constituinte começou com um projeto, elaborado por liderada por António Carlos de Andrada e Silva, a apresentado a uma assembleia constituinte³⁸.

O projeto estava aparentado com as ideias mestras da Constituição de 1822, de onde tira muitas das suas disposições, embora temperadas no sentido de uma

³³Projeto brasileiro de Constituição, proposto às Cortes Gerais portuguesas em 15 de junho de 1822. Preparado pela “Indicação” de Diogo Feijó (1999, p. 49-54).

³⁴ “1. Haverá no Reinodo Brasil, e no de Portugal e Algarves dos Congressos, um em cada Reino; os quais serão compostos de representantes eleitos pelo povo, na forma marcada na Constituição”.

³⁵ “8. Na capital do impero Luso-Braziliano, além das cortes especiais do respectivo Reino, se reunirão as Cortes Gerais de toda a Nação, as quais serão compostas de cinquenta Deputados tirados das Cortes especiais dos dois Reinos, vinte e cinco de cada uma, eleitos pelas respectivas legislaturas à pluralidade absoluta de votos”.

³⁶ “3. As províncias do Asia e África portuguesa declararão a que Reino se querem incorporar, para terem parte na respectiva representação do Reino a que se unirem”.

³⁷ Convocada em 3 de Junho de 1822. Dom Pedro I discursou sobre o que esperava dos legisladores

³⁸ V., Isabel Lustosa (2007 s/p); Andrea Slemian (2009. s/p).

constituição mais tradicional.

Depois da dissolução *manumilitari* da Assembleia constituinte (12.11.1823), D. Pedro I constituía uma comissão de validos, que designou de Conselho de Estado, para elaborar um projeto de constituição (Carneiro de Campos). Enviado às câmaras municipais, foi, por sugestão destas, imediatamente promulgada em 1824(25.3), como carta constitucional outorgada³⁹.

A constituição de 1824, irmã gêmea Carta Constitucional portuguesa de 1826, teve uma longa vigência de 65 anos, até 15 de novembro de 1889. Foi objeto de uma única revisão (Ato Adicional de 1834, aprovado pela Lei nº. 16 de 12 de agosto, de sentido descentralizador, com a criação de Assembleias legislativas provinciais), por sua vez revista em Maio de 1840, num sentido oposto, de alguma centralização (SLEMIAN, 2006, s/p).

A Constituição de 1824 pertence a um tipo diferente das constituições do séc. XIX e enquadra-se num ramo quase oposto do pensamento político liberal.

É promulgada sob o impacto filosofia política liberal-aristocrática de Benjamin Constant e de François Guizot. Nela não há referência à sede da soberania, embora, implicitamente, ela apareça unida à coroa⁴⁰. Coerentemente com esta estreita união entre Coroa e Soberania, a vontade do Rei, que se assume sê-lo “por Graça de Deus” (embora também por unânime aclamação dos povos, de acordo com a velha ideia de um poder de origem divina mediado pelos povos, a

³⁹ “DOM PEDRO PRIMEIRO, POR GRAÇA DE DEOS, e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil: Fazemos saber a todos os Nossos Subditos, que tendo-Nos requeridos o Povos deste Imperio, juntos em Camaras, que Nós quanto antes jurassemos e fizessemos jurar o Projecto de Constituição, que haviamosofferecidoás suas observações para serem depois presentes á nova Assembléa Constituinte mostrando o grande desejo, que tinham, de que elle se observasse já como Constituição do Imperio, por lhes merecer a mais plena approvação, e delle esperarem a sua individual, e geral felicidade Politica : Nós Jurámos o sobredito Projecto para o observarmos e fazermos observar, como Constituição, que dora em diante fica sendo deste Imperio a qual é do theor seguinte:”

⁴⁰ Cf. “Art. 48. No Juizo dos crimes, cuja accusação não pertence á Camara dos Deputados, accusará o Procurador da Corôa, e Soberania Nacional”.

Deo per populum), foi o suficiente para a outorga da Constituição⁴¹.

A Constituição mantém a generalização da cidadania a todos os nacionais (agora entendidos como todos os nascidos em território brasileiro, mas restringe expressamente essa qualidade aos livres ou libertos, art. 6) (o que incluiria, nomeadamente, as populações não europeias das colónias).

No entanto, esta generalização corresponde apenas à generalização da capacidade de gozo dos direitos *civis*, cuja base a Constituição define como sendo "a liberdade, a segurança individual e a propriedade" e que garante a todos os cidadãos (art. 179).

Porém, já ao tratar dos direitos de participação política, a constituição assume implicitamente a distinção de B. Constant entre cidadãos ativos e cidadãos passivos.

Apenas reconhece direitos políticos (pelo menos na sua vertente de direitos eleitorais⁴²) a alguns, nomeadamente em função da sua renda (Cf. arts. 92 a 95 (de 100\$00 para ser eleitor a 400\$00 para ser elegível como deputado). O sufrágio indireto era um outro meio de "filtrar" a vontade dos menos capazes pela mediação dos mais capazes.

No seu último artigo (art. 179), a Constituição garante os direitos civis e políticos⁴³, entendidos de forma próxima do modelo liberal da Europa continental:

⁴¹“DOM PEDRO PRIMEIRO, POR GRAÇA DE DEOS, e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil: Fazemos saber a todos os Nossos Subditos, que tendo-Nos requeridos o Povos deste Imperio, juntos em Camaras, que Nós quanto antes jurassemos e fizessemos jurar o Projecto de Constituição, que haviamosofferecidoás suas observações para serem depois presentes á nova Assembléa Constituinte mostrando o grande desejo, que tinham, de que elle se observasse já como Constituição do Imperio, por lhes merecer a mais plena approvação, e delle esperarem a sua individual, e geral felicidade Política : Nós Jurámos o sobredito Projecto para o observarmos e fazermos observar, como Constituição, que dora em diante fica sendo deste Imperio a qual é do theor seguinte:”

⁴² “Art. 90. As nomeações dos Deputados, e Senadores para a Assembléa Geral, e dos Membros dos Conselhos Geraes das Provincias, serão feitas por Eleições indirectas, elegendo a massa dos Cidadãos activos em AssembléasParochiaes os Eleitores de Provincia, e estes os Representantes da Nação, e Provincia”.

⁴³ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte”.

(i) os direitos são garantidos, e não criados pela Constituição ("têm por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade"), pois são os direitos da sociedade natural, fundados na própria natureza do homem, mas tutelados, agora, pela sociedade civil; (ii) esta tutela legal é dada, ao mesmo tempo, pela Constituição e pelas leis ordinárias, designadamente pelas leis civis e pelas leis penais; e (iii) apenas existe com o âmbito previsto na lei.

O primeiro dos meios de garantia de direitos era - na continuação do direito de Antigo Regime - a garantia, em relação ao Estado, das esferas jurídicas dos particulares protegidas pelo direito (pelas leis⁴⁴), assegurando a sua intangibilidade ou, pelo menos, o dever de indenizar por parte dos poderes públicos que as ofendam. Mas todo este sistema de garantias judiciais foi desmontado pelo primeiro liberalismo, com o fundamento de que violava a separação de poderes e tolhia a administração⁴⁵

A reclamação contra atos da administração era, apenas, um recurso administrativo voluntário, cuja decisão não dispunha de poderes vinculativos⁴⁶ (Regimento do Conselho de Estado nº 124, de 5.2.1842 – decisões eram pareceres, a ratificar pelo Imperador. Não vinculante

Desta garantia de direito fazia ainda parte o controlo da inconstitucionalidade. O princípio mais comumente aceite era o de que o poder estava limitado pela Constituição. Por isso, o art. 173 da Constituição atribuía ao parlamento o exame do exato cumprimento desta, ao passo que outros artigos obrigavam as autoridades e titulares de cargos públicos a jurar "cumprir e fazer cumprir a Constituição" (cf. art. 69) e atribuía a todos os cidadãos o direito de "apresentar por escrito ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas

⁴⁴ Note-se que "leis" é um campo menos vasto do que "direito", pelo que o liberalismo restringe a esfera de proteção dos direitos individuais, preço a pagar por uma sua "certificação".

⁴⁵ V. art. 179, XVII; as competências dos antigos tribunais especiais de âmbito administrativo foram deslocadas para o Judiciário, L. 4.10.1831.

⁴⁶ Regimento do Conselho de Estado nº 124, de 5.2.1842 – as decisões eram pareceres, a ratificar pelo Imperador; v. José Reinaldo de Lima Lopes (2010, s/p); Rafael José de Souza (2014, p. 61).

ou petições, e até expor qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a autoridade a efectiva responsabilidade dos infractores" (art. 145, XXX)

Mas a Constituição tinha sido outorgada pelo imperador, como representante da Nação (cf. arts. 11 e 12⁴⁷), nele residindo o poder constituinte originário e o dever primeiro de "observar e fazer observar a Constituição" (arts. 103 e 106; ainda, alargando esta competência aos Conselheiros de Estado, art. 141). Daí que: (i) as cortes não pudessem alterar a constituição sem o acordo do rei, que devia sempre sancionar as reformas constitucionais (arts. 176 e 177); (ii) a necessidade de sanção real das leis constituísse a primeira defesa em relação à onipotência do legislativo.

Podia dizer-se que uma decisão do parlamento que obtivesse maioria parlamentar e sanção imperial tinha passado por dois crivos de apreciação da sua constitucionalidade, ambos eles revestidos da dignidade de representantes da Nação (a assembleia geral e o imperador).

Como o imperador detinha também o poder moderador, "chave de toda a organização política", a quem competia velar "incessantemente sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos", e que a sanção das leis era uma atribuição deste poder (e não do executivo, cf. arts. 13,69 e 101, III), a firmeza das leis aprovadas pelo monarca ainda ficava mais reforçada.

Percebe-se, portanto, que se manifestasse uma resistência séria em admitir que outro órgão de soberania - nomeadamente, os tribunais - pudessem invalidar ou desaplicar por inconstitucional um ato legislativo. O único controlo do legislativo seria, portanto, político, nomeadamente *ex antena* concessão da sanção imperial e *ex postno* exercício do poder parlamentar de vigiar o cumprimento da constituição (art. 173) (CONTINENTINO, 2015, s/p).

A Carta foi uma das poucas constituições oitocentistas que se afastou da clássica tripartição de poderes.

⁴⁷ Cf. "Art. 11. Os Representantes da Nação Brasileira são o Imperador, e a Assembléa Geral. Art. 12. Todos estes Poderes no Imperio do Brazil são delegações da Nação".

Partindo do princípio de que "a divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efectivas as garantias" (art. 10), a Carta estabelece quatro poderes (o legislativo, o moderador, o executivo e o judicial), dos quais um (o moderador) é definido como "a chave de toda a organização política" (art. 71) todos menos um (o judicial) estão nas mãos dos "representantes da Nação portuguesa" ("o rei e as cortes gerais", art. 12).

9. REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: EDIPRO, 2019.

BENIGNO, Francesco. Specci dela rivoluzione revisionismo storiografici a confronto. **Storica**, n. 1, p. 7-54, 1995.

BRANDT, Peter. **Quellen zur europäischen Verfassungs geschichte**. Frankfurt, 2006.

CALDEIRA, Jorge. **Diogo Antônio Feijó**. São Paulo: Editora 34, 1999.

CAPPELLINI, Paolo; SORDI, Bernardo. **Codici: Unariflessionedifinemillennio**. Milano: Giuffrè, 2002.

CASTRO, Zília Osório de. Constitucionalismo vintista: antecedentes e pressupostos. **Cultura, História e Filosofia**, n. 5, p. 497-652, 1986.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do controle da constitucionalidade das leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX 1824-1891**. São Paulo: Leya, 2015.

_____. **A revolução pernambucana e os dilemas constitucionais, do passado e do presente**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-15/revolucao-pernambucana-1817-dilemas-constitucionais>>. Acesso em: 03 mai. 2017.

DANTAS, Mônica Duarte. **Constituição, poderes e cidadania na formação do Estado-Nacional brasileiro**. São Paulo: Instituto prometheus, 2010.

DANTAS, Mônica Duarte. **Froteiras movediças: relações sociais na Bahia do século XIX (a comarca de itapericu e a formação do arrail de canudos)**. São Paulo: Aderaldo & Rothschild-fapesp, 2007.

DIPPEL, Horts. **Constitutions of the world**. Kassel: de gruyter saur, 2013.

FIGUEIREDO, Rui Manuel Marcos de. **A legislação pombalina: alguns aspectos fundamentais, separata do suplemento ao boletim da faculdade de direito da universidade de coimbra**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1990.

FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzione**. Bologna: Il mulino, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Il faut défendre la société**. Paris : Seuil, 1997.

FRADERA, Josep. **La nación imperial (1750-1918)**. Barcelona: EDHASA, 2015.

FRANKFORD, David. The critical potencial of the common law tradition. **Columbia Law Review**, v. 94, n.3, p. 1076-1124, abr. 1994.

HESPANHA, Antonio Manuel. **As vésperas do leviathan: instituições e poder político**. Coimbra: Almedina, 1994.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura política europeia**. Coimbra: Almedina, 2012.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Poder e instituições na europa do antigo regime**. Lisboa: Gulbenkian, 1984.

_____. Qu'est-ce que la constitution dans les monarchies ibérique de l'époque moderne. **Themis**, v. 2, p. 5-18, 2001.

_____. **Representações da sociedade e do poder**. Coimbra: Almedina, 2002.

HOMEM, Barbas. **Judexperfectus**. Função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal, 1640-1820. Coimbra: Almedina, 2003.

LACCHE', Luigi. Rethinking constitutionalism between history and global world: realities and challenges. **Journal of constitutional history**, v. 32, n. 2, p. 5-31, 2016.

LARANJO, José Frederico. **Princípios direito político e direito constitucional português**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1907.

LUPO, Salvatore; BENIGNO, Francesco. Pensarei il novecento secondo François Furet. p. 83-126, 1996.

LUSTOSA, Isabel. **D. Pedro I**. São Paulo: Companhia das letras, 2007.

MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Coimbra: Ed. Autor, 2003.

MELIS, Guido. **Storia dell'amministrazione italiana 1861-1993**. Milano: Il mulino, 1996.

MOTT, Luiz R. B. Brancos, pardos, pretos e índios em Sergipe: 1825-1830. **Anais de História**, Assis, 1974.

ORNAGHI, Lorenzo. Scienza politica e storia costituzionale: osservazioni intorno a un sodalizio utile (e possibile). **Giornale di Storia Costituzionale**, N.1, P. 9-16, 2001.

PEREZ, Fernando Martinez. Ley expresa clara y terminante: orden normativo y paradigma jurisdiccionalen el primer constitucionalismo español. **Revista electrónica de historia constitucional**, n. 3, jun. 2002.

REINHARDT, Wolfgang. **Geschichte der staatsgewalt**: eine vergleichende verfassungsgeschichte von den anfängen bis zur gegenwart. Munique: C. H. Beck Verlag, 1999.

SCIULLI, David. **Theory of social constitutionalism: foundation of a non-marxismt critical theory.** New York : Cambridge University Press, 1992.

SEELAENDER, Airton L Cerqueira-Leite. **Polizei, ÖkonomieundGesetzgebungslehre.** Frankfurt amMain: VittorioKlostermann, 2003.

SILVA, Nuno E. Gomes da. **História do direito português.** Lisboa: Gulbenkian, 1991.

SILVA, Tito Lívio Cabral Renovato. **A revolução de 1987 e o primeiro modelo de constituição no brasil:** uma análise histórica e jurídica do movimento à luz da teoria do poder constituinte. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/11260>>. Acesso em: 01 jun. 2014.

SLEMIAN, Andrea. **Sob o império das leis:** constituição e unidade nacional na formação do Brasil (1822-1834). São Paulo: USP, 2009.

SOUZA, Rafael José de. **Justiça administrativa:** o sistema brasileiro. São Paulo: USP, 2014.

SPANG, Rebecca L. Paradigms and paranoia : how modern is the french revolution ? **American Historical Journal**, n. 1, p. 118-147, fev. 2003.

SUAREZ, Francisco. **Defensio fidei catholica ead versus anglicanaes ectae errores.** São Paulo: Nabu press, 2012.

TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments:** societal cnstitutionalism and globalization. Oxford: Oxford University Press, 2012.

VATTEL, Emer de. **Le droit des gens.** Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/vattel-le-droit-des-gens-ou->> Verlag J.H.W. Dietz, 1998.

Data da submissão: 01/02/2019

Data da primeira avaliação: 02/11/2019

Data da segunda avaliação: 03/01/2020

Data da aprovação: 06/01/2020