

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

SURGIMIENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO



**SURGIMENTO
DO ESTADO
CONSTITUCIONAL
DE DIREITO**



Universidade Federal do Maranhão

Reitor Prof. Dr. Natalino Salgado Filho
Vice Reitor Prof. Dr. Marcos Fábio Belo Matos



EDUFMA

Editora da UFMA

Diretor Prof. Dr. Sanatiel de Jesus Pereira

Conselho Editorial Prof. Dr. Antônio Alexandre Isídio Cardoso
Prof. Dr. Elídio Armando Exposto Guarçoni
Prof. Dr. André da Silva Freires
Prof. Dr. Márcio José Celeri
Prof^a. Dra. Diana Rocha da Silva
Prof^a. Dra. Gisélia Brito dos Santos
Prof. Dr. Edson Ferreira da Costa
Prof. Dr. Marcos Nicolau Santos da Silva
Prof. Dr. Carlos Delano Rodrigues
Prof. Dr. Felipe Barbosa Ribeiro
Prof^a. Dra. Maria Aurea Lira Feitosa
Prof. Dr. Flávio Luiz de Castro Freitas
Bibliotecária Dra. Suênia Oliveira Mendes
Prof. Dr. José Ribamar Ferreira Junior



Associação Brasileira
das Editoras Universitárias

Associação Brasileira das Editoras Universitárias

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA

**SURGIMENTO
DO ESTADO
CONSTITUCIONAL
DE DIREITO**

São Luís



EDUFMA

2023

Copyright by © EDUFMA 2023

Projeto Gráfico, Capa e Diagramação Patrícia Régia Nicácio Freire

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Santana, José Cláudio Pavão.

Surgimento do Estado constitucional de direito [recurso eletrônico] / José Cláudio Pavão Santana. – São Luís: EDUFMA, 2023.
Livro eletrônico PDF (1 arquivo: 11,3 MB).

ISBN 978-65-5363-319-3

1. Constitucionalismo – História. 2. Estado constitucional de direito. 3. Direito constitucional. I. Título.

CDD 342.029
CDU 342(091)

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Gilvane Carvalho Ferreira - CRB13/MA - 597

EDITADO NO BRASIL [2023]

Nenhuma parte desta obra poderá ser reproduzida ou transmitida por qualquer forma e/ou quaisquer meios (eletrônico ou mecânico, incluindo fotocópia e gravação) ou arquivada em qualquer sistema ou banco de dados, sem permissão prévia da Editora.

|EDUFMA | EDITORA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO

Av. dos Portugueses 1966 | Vila Bacanga

CEP: 65080-805 | São Luís | MA | Brasil

Telefone: (98) 3272-8157

www.edufma.ufma.br | edufma.sce@ufma.br

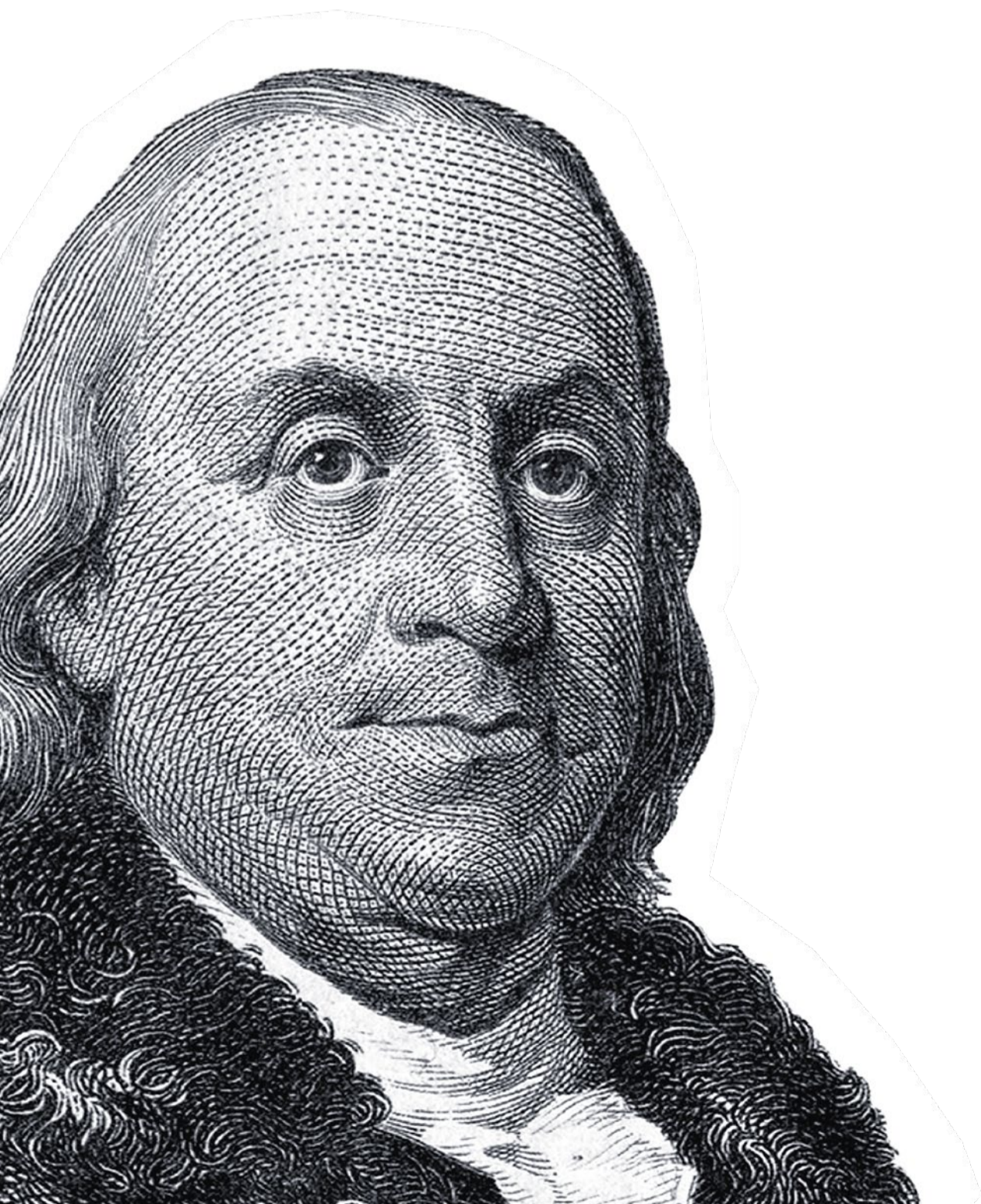
*Quando chegar o amanhã,
e o tempo tiver passado,
compreenderemos, enfim,
o que em nós ficou gravado.*

José Cláudio Pavão Santana

“Já percorri esse longo caminho da liberdade. Procurei não vacilar e dei muitos passos em falso no percurso. No entanto, descobri que depois de subir um monte bem alto a gente apenas verifica que há muitos outros montes a escalar. Tirei um instante para descansar, para dar uma olhadela no panorama glorioso que me cerca, para olhar para trás e ver que distância percorri. Porém só posso descansar um instante, pois com a liberdade vêm as responsabilidades e eu não posso demorar-me; minha longa caminhada ainda não terminou”.

**Longo Caminha para a Liberdade.
Nelson Mandela**

APRESENTAÇÃO



APRESENTAÇÃO

O presente trabalho trata do surgimento e evolução do Estado Constitucional de Direito. Discute o fato histórico em contexto sucinto, contrapondo os conceitos de Estado de Direito, Estado Legal e Estado de Direito Constitucional.

Foi concebido originalmente como monografia para atender à disciplina Teoria Geral do Constituição ministrada pelo Professor Titular André Ramos Tavares, no Curso de Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, no ano de 2005.

Posteriormente o professor tornou-se meu orientador na tese de doutoramento cujo trabalho final tem por título *As Leis Fundamentais do Maranhão: Densidade jurídica e valor constituinte. A contribuição da França Equinocial ao constitucionalismo americano.*

Mais tarde o trabalho foi transformado no livro *O Pré-constitucionalismo na América*, com a apresentação do mesmo professor.

Já se vão alguns anos, mas o tema não ficou comprometido pelo tempo. Ao contrário, tem despertado inúmeros estudantes que já me procuraram para conversar e eventualmente receberem orientação em trabalhos de conclusão de curso.

É que o eixo de discussão sobre o constitucionalismo tem nos Estados Unidos o maior referencial histórico, sem que se observe que o continente americano foi alvo de diversas explorações de aventureiros, piratas e corsários.

Certo é que o constitucionalismo cada vez mais tem merecido atenção que necessita ser estudado em dimensões mais ampliadas e sem qualquer tipo de resistência a acontecimentos históricos que ainda demandam aprofundamento.

Graças a isso a literatura tem sido ampliada em favor de um tema cuja importância demanda mais do que um simples capítulo em manuais propedêuticos.

O próprio conceito de Constituição convida a enfrentamentos bem mais ampliados, o que nos possibilita nos últimos estudos produzidos sustentar a existência da dimensão atemporal para identificar um compor normativo ao qual propõe-se a ideia de núcleo de pré-constitutividade, que reside na Constituição Natural.

Mantive a redação original como a estrutura formal do trabalho, que penso ser útil para os estudos do Direito Constitucional. Apenas incluí anexos que ilustram o resultado da evolução histórica do tema.

No ano em que completo 38 anos de magistério na UFMA, como professor da disciplina de Teoria Geral da Constituição, desejo que este singelo trabalho possa servir a tantos quantos a ele tenham acesso e possam se utilizar para seus estudos.

Ficará disponível na internet sem qualquer custo para o leitor. É mais uma contribuição para a difusão do conhecimento.

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

Costumo dizer que conhecimento não transmitido é conhecimento perdido. Por isso, apesar da imaturidade hoje reconhecida de quando escrevi o texto, tenho a plena convicção de que os corações generosos relevarão os erros.

Boa leitura.

Prof. Pós-Doutor José Cláudio Pavão Santana

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	14
2. FIXANDO BASES	18
3. FRAGMENTOS HISTÓRICOS DO ESTADO E DO DIREITO	23
3.1. <i>O Movimento Hebreu</i>	26
3.2. <i>Grécia</i>	26
3.3. <i>Roma</i>	27
3.4. <i>Do Absolutismo ao Estado Moderno</i>	27
4. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO	41
5. CONCLUSÃO	49
6. DOCUMENTOS HISTÓRICOS	53
7. BIBLIOGRAFIA	60

INTRODUÇÃO



1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata do Estado Constitucional do Direito. Discute seu surgimento e, de modo conciso, o desenvolvimento ao longo do tempo, propondo realçar o significado que serve de epígrafe à unidade temática apresentada pelo aluno-autor na disciplina Teoria da Justiça Constitucional, no Programa de Pós-Graduação do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, durante o primeiro semestre do ano de 2005.

Cumpre, assim, uma atividade acadêmica, pois se destina ao preenchimento de um dos requisitos da disciplina. Por isso, deve obedecer prioritariamente as formalidades exigidas pela natureza do Curso. Guarda consigo, contudo, o que se pretende seja singela contribuição ao estudo do tema.

O estudo é destituído de uma pretensão exauriente, seja pela disciplina formal imposta, seja

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

pela riqueza historiográfica que envolve o tema, fonte de uma pesquisa bem mais detalhada e que será objeto do trabalho ao final do curso a ser apresentado sob a forma de tese.

Na remissão a textos, obras e observações optou-se pelas notas de rodapé por permitirem um exame mais imediato à leitura, sem o inconveniente das constantes mudanças de páginas em busca de notas de fim de capítulo.

A bibliografia, além da indicada pelo programa da disciplina, socorre-se do que é usual no campo jurídico e em outras áreas do conhecimento, procurando-se, quando possível e sem comprometer substancialmente o fenômeno histórico, maximizar a contribuição pessoal.

Oxalá se consiga apresentar estas reflexões como contribuição científica e que possibilitem a avaliação necessária ao cumprimento do dever acadêmico.

Registra-se, aqui, especial agradecimento ao Prof. Dr. André Ramos Tavares, que com as pon-

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

derações na apresentação da aula que deu origem a este trabalho, incentivou o autor a um mergulho ainda mais profundo no tema, à vista da indicação bibliográfica.

FIXANDO BASES



2. FIXANDO BASES

Construir o significado da expressão ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO a partir de uma perspectiva histórica exige observação a fatos pretéritos que serão, aqui, seccionados para fins meramente metodológicos.

Para tanto, é fundamental e inarredável que se fixe como pressuposto que a denominação “Estado Constitucional de Direito” tem o significado de momento histórico que sucede um ciclo do que se costuma chamar Estado Moderno. Sucede (ao menos num primeiro instante) mas não encerra.

Sob esta perspectiva, identificar o Estado como sociedade politicamente organizada ou o Estado Constitucional de Direito pressupõe a sedimentação de observações que decorrem da evolução

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

desses fenômenos, como resultados da ação participativa¹ do homem.

Contudo, é impositivo observar que o Estado tem diversas teorias que reclamam a si a autoridade para explicá-lo enquanto fenômeno político-jurídico, merecendo ser mencionadas como referenciais as contratualistas, institucionalistas e funcionalistas², sem prejuízo de tantas outras. Sobre elas um enfoque mais detalhado se reserva a um estudo da formação política do Estado.

Sendo, como de fato é, um fenômeno político-jurídico o Estado reclama a existência de Direito, cuja qualidade orgânico-institucional ordena a relação entre governantes e governados, a fim de serem estabelecidos parâmetros que legitimem e justifiquem o poder.

A identificação do Estado de Direito é vinculada sempre aos acontecimentos históricos ocorridos entre os Séculos XVIII e XIX que tiveram como contribuição visível a abolição do Estado

1 Usa-se, aqui, a expressão *ação participativa* em contraposição a *ação contemplativa*.

2 MIRANDA, Jorge – *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 1.

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

Absoluto e a inauguração de um novo modelo de organização política. A esse período também denominados constitucionalismo.

A palavra constitucionalismo, afirma Santi Romano³ “...empregada em sentido antonomástico, designa as instituições e os princípios adotados pela maioria dos Estados que, a partir dos fins do século XVIII, têm um governo que, em contraposição àquele absoluto, se diz ‘constitucional’”.

O constitucionalismo pode ter várias conotações, como adverte André Ramos Tavares⁴. Adota-se, aqui, como evolução histórico-constitucional do Estado em geral, coincidindo também com o movimento iluminista deflagrado no final do Século XVIII.

Mas o tema reclama um mergulho mais profundo nesses acontecimentos, uma vez tendo o constitucionalismo sido precedido por acontecimentos históricos que certamente constituíram pilares para a conformação do que denominamos

3 *Princípios de Direito Constitucional Geral*, trad. Maria Helena Diniz, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 42.

4 *Curso de direito constitucional* – São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1.

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

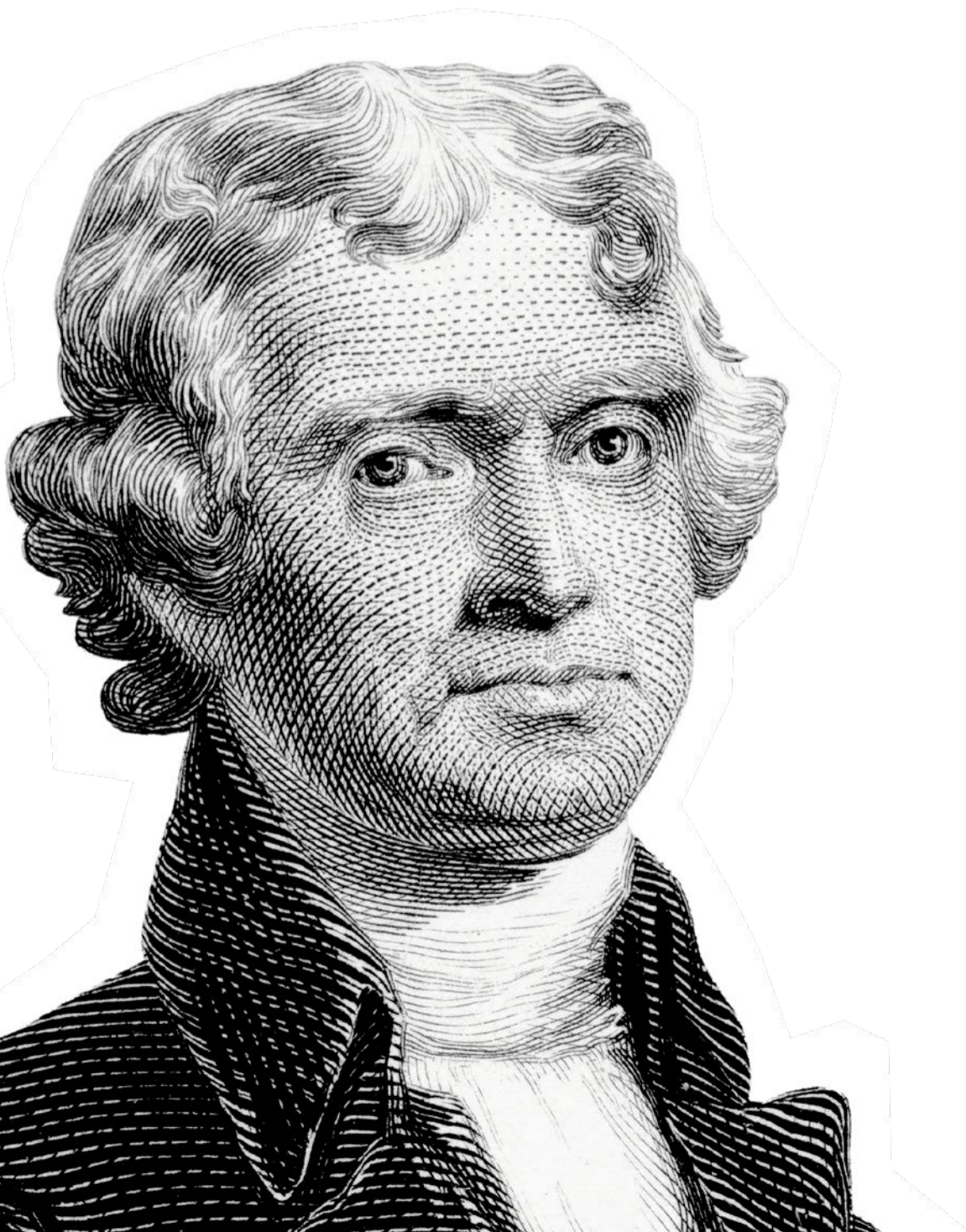
José Cláudio Pavão Santana

hoje Estado Constitucional de Direito. A esse outro período denominamos aqui de pré-constitucionalismo⁵⁶.

5 O Prof. Dr. André Ramos Tavares usa o termo “Constitucionalismo antigo” considerando ser errôneo supor que o constitucionalismo cinge-se às revoluções modernas. A denominação “pré-constitucionalismo” tem idêntico significado para nós, por uma perspectiva meramente semântica, uma vez guardar harmonia com a noção de constituição em sentido material e historicamente é merecedor de destaque nesta monografia. Demais, é o termo utilizado no projeto de pesquisa que servirá de tese final do doutoramento.

6 Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 21, fala em um “constitucionalismo contemporâneo”.

**FRAGMENTOS
HISTÓRICOS DO
ESTADO E DO
DIREITO**



3. FRAGMENTOS HISTÓRICOS DO ESTADO E DO DIREITO

A prospecção histórica em torno dos centros de produção do Direito (para adotar a linguagem programática disciplinar) possibilita um mergulho profundo na história, com o propósito de identificar momentos que permitam construir a noção de Estado Constitucional de Direito.

Como remissão, v.g., merecem menção o Código de Hamurabi, a Legislação Mosaica, o Código de Manu, a Legislação de Drácon e de Sólon na Grécia Antiga, a Lei das XII Tábuas, o Alcorão, a “Magna Charta”, e tantos outros que antecedem às Declarações de Direitos exaltadas como marcos referenciais da formação do constitucionalismo.

De cada um deles é lícito extrair uma contribuição, uma vez que a necessidade de ordenação ou regência é uma exigência da história do homem.

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

Jorge Miranda⁷ destaca como sociedades políticas pré-estatais a família patriarcal, o clã e a tribo, a “gens” romana, a “fratria” grega, a gentilidade ibérica, o senhorio feudal.

Delas, por óbvio, não se pode extrair uma configuração constitucional nos termos pretendidos aqui, inobstante contribuam para a formulação do conceito de Estado de Direito, cuja evocação histórica inicial coincide com o aparecimento do Estado Moderno.

Ganham realce alguns momentos históricos reiteradamente lembrados no estudo do Direito. Sobre uns faz-se breve menção, apenas com registro histórico. Sobre outros, reservam-se maiores considerações, embora não maior densidade, uma vez sendo ponto central o Estado Constitucional de Direito.

7 *Ob. Cit.* p. 20.

3.1. O MOVIMENTO HEBREU

Dada a diversidade de fontes para o estudo, fazemos um corte epistemológico para adotar o Movimento Hebreu como marco do constitucionalismo antigo.

A pretensão de “assegurar determinada organização do Estado”⁸ já se encontrava presente entre os hebreus na denominada “Lei do Senhor”.

3.2. GRÉCIA

Os gregos, com as Cidades-Estado oferecem a maior contribuição ao pensamento político-constitucional, dentre outras razões pelas discussões em torno de temas como a democracia e a isonomia. O regime político com a conformidade de toda sua estrutura, também, são fatores que des-

8 TAVARES, André Ramos, *ob. cit.* p. 3.

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

pontam como “o primeiro caso real de democracia constitucional”⁹.

3.3. ROMA

O Estado Romano guarda semelhanças com o Estado grego. A vinculação do homem a uma comunidade política é condição para o exercício de direitos que não se constituem de forma inata. Merece registro como característica desse Estado a precisa noção do Direito Público e do Direito Privado.

3.4. DO ABSOLUTISMO AO ESTADO MODERNO

A Idade Média desponta como um período que guarda uma dualidade em torno desse processo histórico examinado.

⁹ *Ibidem.*

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

Num primeiro momento é possível falar-se de uma fase de declínio desse processo construtivo do Estado Constitucional de Direito. Não há, propriamente, Estado, ganhando visibilidade o sistema hierárquico de poder político determinado por vínculos contratuais através do mecanismo entre suseranos e vassallos: “*nulle terre sans seigneur*”.

É a privatização do poder, que, em lugar do “*imperium*” configura-se pelo “*dominium*”¹⁰, com notória constituição patrimonialista que perdura até o aparecimento do Estado Moderno. A configuração de Estado encontra suporte em Nelson Saldanha¹¹, que acentua:

“Pode-se denominar de Estado, pelo menos em sentido amplo, muito embora a teoria política moderna fixe exigência de existência de Estado dentro de padrões que esposam fatores endógenos e exógenos atuais”

Num segundo momento, contudo, é lícito reconhecer a reconstrução de um movimento em

10 MIRANDA, Jorge, *ob. cit.* p. 31.

11 *Curso de introdução à ciência política*, unidade III, bloco II, o estado. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 20.

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

torno de direitos individuais, inaugurado pela “Magna Charta”¹².

A “Magna Charta Libertatum” foi outorgada por João Sem Terra em 15 de junho de 1215, sendo posteriormente confirmada: seis vezes¹³ por Henrique III; três vezes por Eduardo I; catorze vezes por Eduardo III; seis vezes sobre por Ricardo II; seis vezes por Henrique IV; uma vez por Henrique V, e uma vez por Henrique VI.

Esse monumento, conquanto tenha importado num “resgate de certos valores, como garantir direitos individuais em contraposição à opressão estatal”¹⁴ não possui extensão geral como sói acontecer com os documentos que resultam do Século XVIII. Inobstante, isto não lhe tira o papel histórico fundamental como um degrau na construção do Estado Constitucional de Direito.

De qualquer modo existe no período a sinalização de construção da lei fundamental com o

12 Para nós, ainda, pré-constitucionalismo.

13 *Apud* MIRANDA, Jorge, *Textos Históricos do Direito Constitucional*, Lisboa: Imprensa nacional - Casa da Moeda, 1980, pp. 13/16.

14 TAVARES, André Ramos, *ob. cit.* p. 4.

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

significado inicial “de um conjunto de princípios, normas e práticas adotadas nas relações religiosas e comunitárias, especialmente entre as classes sociais e o soberano”¹⁵¹⁶.

Consigne-se, ainda, como contribuição britânica “Petition of Rights” data de 7 de junho de 1628, constituiu-se em documento através do qual os lordes espirituais e temporais e os comuns, reunidos em parlamento, requereram ao monarca o reconhecimento de alguns direitos que haviam sido estabelecidos desde o reinado de Eduardo I. A esses documentos juntam-se as revoluções de 1.648 e 1.688.

O “Bill of Rights”, datado de 13 de fevereiro de 1689¹⁷, constituiu-se no documento mais importante na formação do constitucionalismo inglês. Pode-se afirmar que a partir de então o poder monárquico cede lugar à supremacia do parlamento,

15 *Ibidem*.

16 *Ibidem*. A partir desse momento constitucional o autor considera uma fase do pré-constitucionalismo.

17 Sobre a época, Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo : Malheiros, 2002, 9ª. Ed. rev.. e ampl., p. 141, fala no ano de 1688.

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

que se reúne “a fim de deliberar sobre os meios de impedir que a religião, as leis e as liberdades pudessem voltar a ser ameaçadas de subversão”¹⁸.

Por isso, fundamentam a declaração em pressupostos como o de que a ação do monarca seria ilegal, desde que desautorizada pelo Parlamento, nítida demonstração da superação da vetusta asserção “the king can do no wrong”.

Conquanto assim possa ser considerado (o documento), Bernard Swartz o considera “*um documento tanto rudimentar em relação aos direitos individuais que procurava garantir*”¹⁹.

Com a natureza declaratória, mas munido de realce marcante no princípio da legalidade, o “Bill of Rights” passa à história como pacto formal que viabiliza democraticamente a relação entre o homem e o Estado, tendo no Parlamento o freio contra a ação da monarquia, acentuando a característica mais tarde buscada pelo constitucionalismo, através das revoluções americana e francesa.

18 Jorge Miranda, *ob. cit.* p. 23.

19 SWARTZ, Bernard. *Os grandes direitos da humanidade*. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1977, p. 11.

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

Da “Magna Charta”, sem deixar de mencionar a importância do “Act of Settlement” e o “Habeas Corpus Act”, tem-se, com brevidade, elencados alguns dos postulados que vieram a ser adotados pelo chamado Estado Constitucional em fins do século XVIII.

Com a reconstrução dessa noção de Estado há o ressurgimento da concepção de autoridade concentrada na pessoa do rei. Essa concentração transforma a relação que era absolutamente impessoal e hierarquizada em uma relação direta com o detentor do poder, desenvolvendo-se uma perspectiva institucional de poder.

A soberania, que ganha realce tanto frente ao elemento humano quanto ao elemento geográfico do Estado, vai desempenhar papel fundamental na formação do Estado Moderno.

A contribuição Americana ao processo de formação do Estado constitucional é fértil.

José Afonso da Silva²⁰ lembra-nos que a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (datada de 16 de junho de 1776) foi a primeira

20 *Ob. cit.*, p. 141

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

declaração de direitos fundamentais existente na América, em sentido moderno. Juntamente com a Declaração de Independência dos Estados Unidos, que data de 4 de julho de 1776, portanto, cronologicamente posterior, forma o arcabouço para o surgimento da Constituição dos Estados Unidos da América, de 17 de setembro de 1787.

O movimento iluminista difundido em toda a Europa chegou ao continente americano com a mesma ênfase dos postulados formulados pelos seus autores, merecendo de Jefferson e Adams incontáveis escritos acerca da libertação do homem.

As sublevações contra a coroa britânica, que submetia a colônia ao pagamento de pesados dízimos sobre a produção da nova terra, a adoção das leis intoleráveis, pelas quais os colonos seriam julgados em solo britânico por crimes praticados contra a coroa, arregimentaram idéias e homens para a formação de um estado livre e soberano.

A Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia surgiu no continente americano como forma de afirmar determinados direitos naturais e inatos ao homem, como instrumento de formação

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

do Estado de Direito, pautado nos compromissos inarredáveis de independência como princípio e na liberdade como fundamento.

Esta escalada americana no processo evolutivo do Estado de Direito encontra eco, mais tarde, no processo de formação do Estado Legal, como pontifica André Ramos Tavares²¹ uma vez nas colônias antes da independência:

“(...) vigorava (ar) a superioridade das leis da metrópole, de maneira que as noções de *superioridade* e *dever de obediência* já eram aceitas amplamente. Em outras palavras, pode-se afirmar que havia uma cultura estabelecida pela idéia de hierarquização. É compreensível, pois, que por ocasião da independência, em 1776, as ex-colônias preservassem a idéia que é a essência do fenômeno: as antigas Cartas do Reino deveriam ser substituídas por uma Carta ou Lei Fundamental dos novos estados independentes, cuja observância e aplicação dar-se-ia nos mesmos termos até então existentes”.

Conquanto a monarquia inglesa, à época, já dispusesse do controle parlamentar, os ideais pro-

21 *Teoria da justiça constitucional*, p. 51.

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

pagados no continente americano sofreram significativo avanço, estabelecendo uma forma de poder fundada na legitimação popular, em detrimento do sistema monárquico de que se originou o povo americano, formulação, aliás, adotada posteriormente pela maioria dos estados de direito que surgiram ao longo da história.

Frente à necessidade do estabelecimento de um governo como instrumento de concretização do bem comum e segurança do povo, a declaração assenta a garantia de destituição do poder de todo aquele que não consiga atingir o ideal de felicidade a que têm direito os governados.

O perfil adotado pela Declaração de Virgínia pode ser destacado pela preocupação em objetivar a fundamentação do poder, estabelecendo os primados da democracia do Estado de Direito moderno ou constitucional, tendo o homem por destinatário e principal objetivo do Estado.

A separação de poderes, a forma de ascensão, a alternância do poder, bem como a participação popular, são verdades declaradas que revelam, sob o ponto de vista da extensão dos destinatários, ser a Declaração de Virgínia o primeiro do-

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

cumento dessa natureza de que se tem notícia no continente americano.

Com efeito, pode-se atribuir à Declaração de Virgínia essa qualidade, mormente se levarmos em conta a evolução da formação dos direitos fundamentais, cuja expressão é encontrada através de textos esparsos, sem consolidação que permita, antes do acontecimento do continente americano, encontrar-se na história a compilação de documentos de tal natureza. Mesmo que a esta constatação nos socorra a história, é de bom tom observar que a peculiaridade americana mesmo que sirva de exemplo à história universal, ainda assim haveremos de encontrar, bem antes de 1776, documentos que revelam a preocupação no regimento de relações entre o homem e o Estado.

Tendo-se como verdadeiro que a Declaração de Virgínia dispõe de credenciamento para ser tratada como manifestação do constitucionalismo na América, haveremos, então, de adotar a concepção oferecida à Constituição que não se limite à elaboração formal apenas, pois, como ela, mesmo que muito mais timidamente, a “Magna Charta” também, ainda que num universo menor, preocu-

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

pou-se em estabelecer limitações ao poder, como forma pioneira de subsistência do próprio estado de direito que veio surgir posteriormente. Destaque-se, contudo, que o postulado da origem do poder, aliado à propriedade como direito essencial aos homens, são elementos de sensíveis diferenças frente a qualquer outro texto dessa natureza escrita até então.

A previsão dos postulados da Declaração do Bom Povo de Virgínia e o acentuado e acelerado desgaste entre a colônia e a coroa levaram à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 4 de julho de 1776.

A Declaração de Independência surge historicamente como instrumento que formaliza e publiciza os postulados firmados pela Declaração de Virgínia, sem que isto vislumbre a mais pálida negativa de importância do texto.

Pois bem, as asserções contidas na Declaração de Independência recebem a denominação de *verdades* que são na realidade princípios, fundados nos postulados forjados na Declaração de Virgínia. Isto, aliás, é o que vai acontecer com a Constitui-

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

ção dos Estados Unidos da América²², cuja feição se exterioriza pelas idéias de independência, introduzidas em documento que recebe da história destaque para o estudo do Estado constitucional de Direito e de todo o Direito Constitucional.

Portanto, enquanto a Declaração de Independência torna assente o desejo de romper, como de fato aconteceu, com a coroa inglesa, tornando eficazes as verdades além do continente americano, a Constituição do povo americano estabelece formalmente a instituição de um Estado de Direito, firmado nos princípios contidos na Declaração de Virgínia, mas sob ênfase da soberania indispensável à sua própria subsistência, o que outrora não havia sido expressamente enunciado.

Historicamente a evolução do constitucionalismo passou a guardar destaque à Constituição dos Estados Unidos da América como documento pioneiro de autodeterminação de um povo, reservando ao inesgotável debate sobre a origem da constituição a marca indelével de que constituição em sentido formal é obra dos homens ame-

22 De 17 de setembro de 1787.

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

ricanos, inobstante todos os postulados tenham sido firmados no ideário do iluminismo nascido na Europa.

O pioneirismo americano representa um ideal embalado por todo o fundamento do iluminismo europeu, o que vai ser confirmado pela Revolução Francesa, posteriormente.

O excessivo descentralismo encontrado no período feudal gerou o sentimento nacional que tinha por base a centralização do poder como forma alternativo-substitutiva do regime esfacelado pelas relações novas que surgiram. Bem a propósito Nelson Saldanha²³ as indica como sendo as mais importantes: *“Aspirações burguesas e o incremento da vida urbana; o início da economia capitalista, a Reforma Protestante, o Humanismo e o Renascimento, a expansão europeia e as novas técnicas, nos novos modos de viver e pensar”*.

Mas o advento da Revolução Francesa, cujo simbolismo a todos encanta, inaugura, na realidade, a fase do que André Ramos Tavares chama de

23 Ob. cit. p. 22.

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

“Estado ‘legalista’”, mercê de um fetiche acentuado sobre a norma oriunda do legislador.

O legalismo encerra a idéia de fundamento, origem e fonte do poder na lei em contraposição ao que houvera antes como regime político ora num juízo sobrenatural, ora num racionalismo naturalista. Qualquer que seja a ótica que se prenda observador. Sempre caminhará para identificar a legitimidade do poder como fenômeno que transborda do excesso legislativo, ou, mais propriamente, legalista.

Impõe-se, assim, a formulação conceptual do que vem a ser o Estado Constitucional de Direito propriamente.

ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO



4. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

A formulação de uma definição é presença frequente nas obras jurídicas, conquanto nem sempre guarde precisão taxionômica. Definir encerra limites, e lembra a moldura Kelseniana que serve de alegoria ao sistema orgânico das normas. Por que não se pretende encerrar um debate, senão contribuir para o que existe, elegemos buscar uma conceituação para o que venha a ser um Estado Constitucional de Direito.

Assim como se pode perquirir sobre o Estado de Direito como sinônimo de Estado das Leis é lícito, da mesma forma, considerar o Estado Constitucional como o Estado que possui Constituição. Mas a ilação não possui essa singeleza, mercê de poder-se, mesmo durante o Estado Legal, falar em Constituição em sentido material.

O advento da Revolução Francesa sinaliza como marco do Estado de Direito (inspirado já em

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

preceitos efetivamente concretizados pela realidade da América da época), conquanto, num primeiro momento mereça ênfase a idéia de advento do Estado Legal: “*le loi*” não “*le roi*” detém legitimidade constitutiva. É a transposição do “Estado dos Reis” para o “Estado das Leis”, rompendo-se assim as raízes do Direito derivado do fundamento “teológico-religioso” de conteúdo sobrenatural presente no Estado Absoluto, em que – na expressão do Padre Antonio Vieira as “*vestes que usavam os reis, Deus lhas empresta do seu divino guarda-roupa*”²⁴

A forma orgânica do Estado de Direito passou a derivar de uma configuração soberana diversa, conforme destaca André Ramos Tavares:

“A soberania deixou de ser atribuída ao monarca, identificado com o antigo regime das monarquias absolutas (...) para permanecer em definitivo ao povo.”²⁵

24 Apud PAUPÉRIO, Machado, *Teoria geral do estado*. Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 48.

25 *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 29.

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

Essa identificação de soberania popular através das leis não reúne, contudo, indicativos para configurar o Estado Constitucional de Direito, na medida em que a ênfase atribuída ao Poder Legislativo fez florescer a idéia de identidade semântica entre Direito e Lei, concentrada sobretudo na *“visão privatística do Direito, característica da época, considerando-o como conjunto normativo pronto, já produzido (descurando da análise do momento ou processo de produção dessas normas)”*²⁶

Com a ordem legal instituída em fortes bases individualistas contidas no ideal burguês do *“laissez faire”*, ganha projeção a lei como fonte legítima do Direito (na realidade, como sinônimo) como única forma possível e legítima de limitar os direitos naturais.

Essa circunstância explica, segundo André Ramos Tavares²⁷, o porquê as *“constituições não têm feito referência ao tema das fontes”* do Direito. É, precisamente, nas Constituições onde se deve

26 Idem, p. 31.

27 Ob. cit. , p. 32.

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

buscar a fonte como determinante do conceito de Estado Constitucional de Direito que buscamos.

A supremacia legal, ainda segundo André Ramos Tavares²⁸ encontra sua fundamentação em bases triplas, a saber: “(i) A aspiração democrática, na lei se via realizada. (ii) A realização iluminista do ideal da razão. (iii) A certeza e a segurança se reconheciam no instrumento ‘lei’”.

Esse exacerbado “legalismo” desemboca, historicamente, no Estado Social, a partir de quando os direitos sociais começam a ser constitucionalizados com a Constituição de 1917.

É de se observar, contudo, que esse fenômeno de constitucionalização de direitos isoladamente não teve o condão de transmutar essa noção conceitual de Estado de Direito para Estado Constitucional. Ao contrário. Isso se processa no tempo²⁹.

28 *Ibidem.*

29 *Vide TAVARES, Adré Ramos, Teoria da justiça constitucional, p. 54.*

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

Falar-se em Estado Constitucional requer (ainda que de forma sucinta) rememorar o tópico acerca das fontes do Direito.

O que outrora tinha como origem, fundamento e validade na LEI, passa a ganhar realce na CONSTITUIÇÃO enquanto “fonte-origem-produção” do Direito.

De certo que esta asserção exige que sejam estabelecidas bases formais que permitam essa mudança radical em torno das normas jurídicas. É que advém a percepção que não mais se há de buscar no plano legal ou infraconstitucional a legitimidade do ordenamento, senão no plano constitucional, onde residem não apenas a espécie normativa individual (a lei) mas a norma contemplando a idéia de fundamento, princípio, lei e regra.

Esse órgão, contudo, passa a imprimir, por consequência lógica inarredável, que seja reelaborada a idéia constituição formal, porquanto os instrumentos de controle de sanidade das normas se operam através de procedimentos específicos na ordem jurídica.

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

Recolhe-se de André Ramos Tavares³⁰ como elementos fundamentais para o surgimento do Estado Constitucional o poder constituinte e a noção de supremacia. É, portanto, a partir de então que se pode falar em Estado Constitucional de Direito numa perspectiva científica propriamente.

A noção de norma como fenômeno decorrente do parlamento (com poderes legislativos excessivos) ganha significação na teoria do poder constituinte, em que a idéia de poder legislativo encontra limites no núcleo do pacto formal que vai se constituir no que a doutrina ora denomina de *cláusulas pétreas*, ora, *cláusulas irrevisíveis*, ora *núcleo irreformável*.

Esse limite homenageia a idéia de supremacia constitucional, na medida em que é na Constituição, nas suas normas, princípios e valores onde haveremos de encontrar a fonte do Direito, muito além da seara legal estreita de outrora.

Comporta, ademais, observar, que poder constituinte e supremacia como elementos exteriores de qualificação do Estado Constitucional passam

30 *Idem*, p. 50.

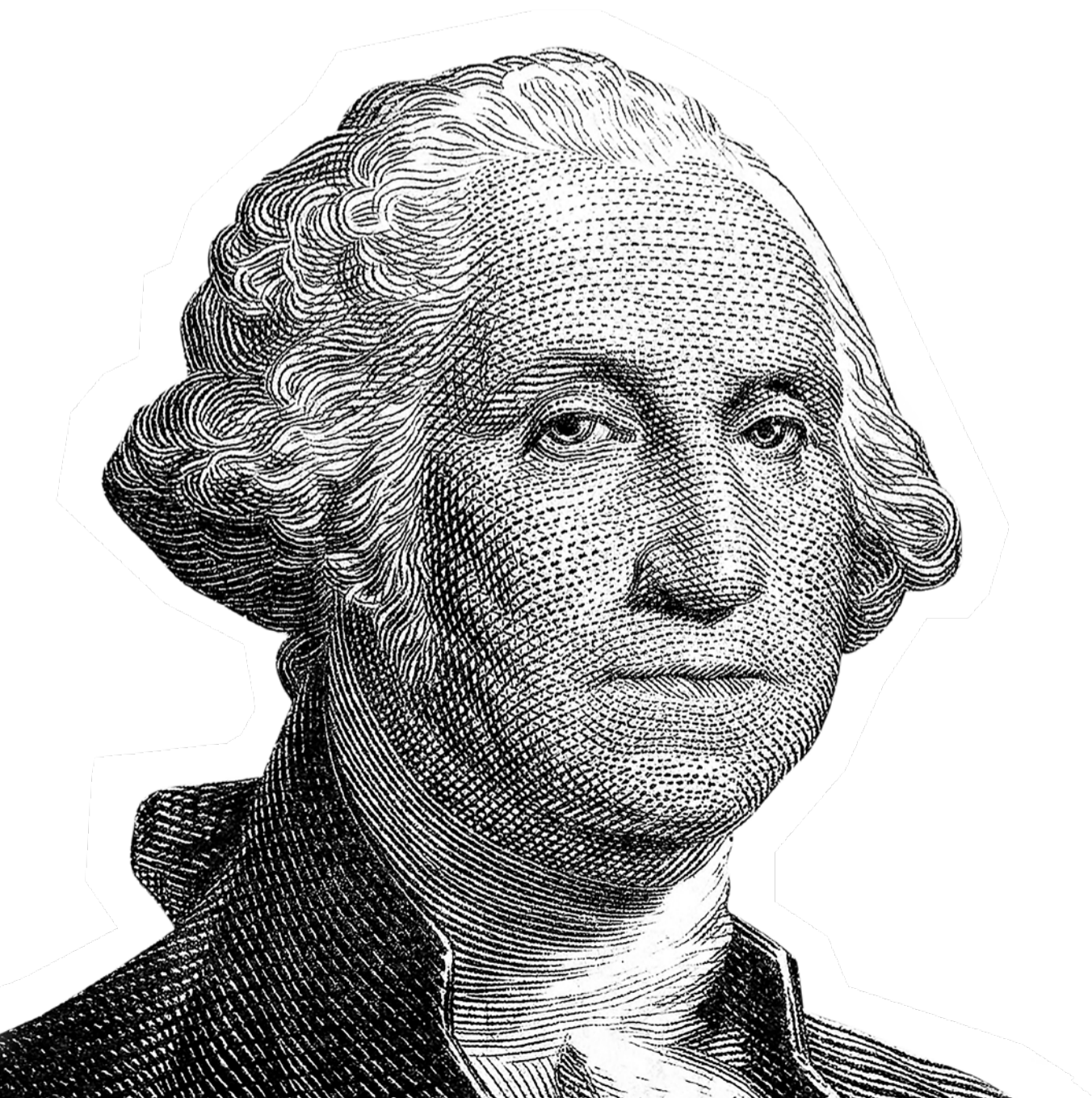
SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

a exigir para sua preservação uma nova instância de apreciação, interpretação e guarda da Constituição, o que inaugura a idéia de uma Justiça Constitucional.

Por derradeiro a noção de Estado Constitucional como conceito que serve de objetivo ao presente trabalho, compõe-se como o Estado que se organiza e estrutura com base num documento de natureza jurídico-política (forma e essência) denominado Constituição, oriundo do Poder Constituinte soberano e atemporal, em torno do qual gravitam todas as normas como elementos de Direito.

CONCLUSÕES



5. CONCLUSÕES

As reflexões aqui formuladas possibilitam relacionar sob a forma de tópicos as seguintes conclusões:

A proposição estabelecida como meta para o presente trabalho foi de apresentar a evolução histórica do surgimento do chamado Estado Constitucional de Direito.

Para tanto, é fundamental e inarredável que se fixe como pressuposto que a denominação “Estado Constitucional de Direito” tem o significado de momento histórico que sucede um ciclo do que se costuma chamar Estado Moderno. Sucede (ao menos num primeiro instante) mas não encerra.

A idéia inicial de Estado, despida das características formais hodiernamente adotadas, sempre esteve presente em organismos sociais em qualquer período da história, ora tendente à idéia de organicidade social, inicialmente, ou política, posteriormente.

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

A concepção histórica sobre a formação do Estado Constitucional demanda explorar a formação do constitucionalismo, com ênfase na formação constitucional americana.

A passagem do Estado Absoluto para o Estado de Direito desemboca no Estado Legal, em que os a concentração de poderes no parlamento torna excessivo os instrumentos legais adotados, empurrando o legalismo a um declínio que exige uma nova perspectiva de compreensão do Direito.

Com as idéias de poder constituinte e supremacia constitucional há uma nova compreensão do Estado de Direito (Das Leis), que passa a ser chamado de Estado Constitucional de Direito.

A Constituição passa a ser fonte de todo o ordenamento jurídico, como instrumento de validação em que deve haver uma convergência legal.

A idéia de Estado Constitucional passa a exigir, para proteção, poder e guarda, de organismo que disponha de competência específica para tamanha tarefa, inaugurando a discussão acerca da (aqui) denominada Justiça Constitucional, assunto que demanda uma outra abordagem específica.

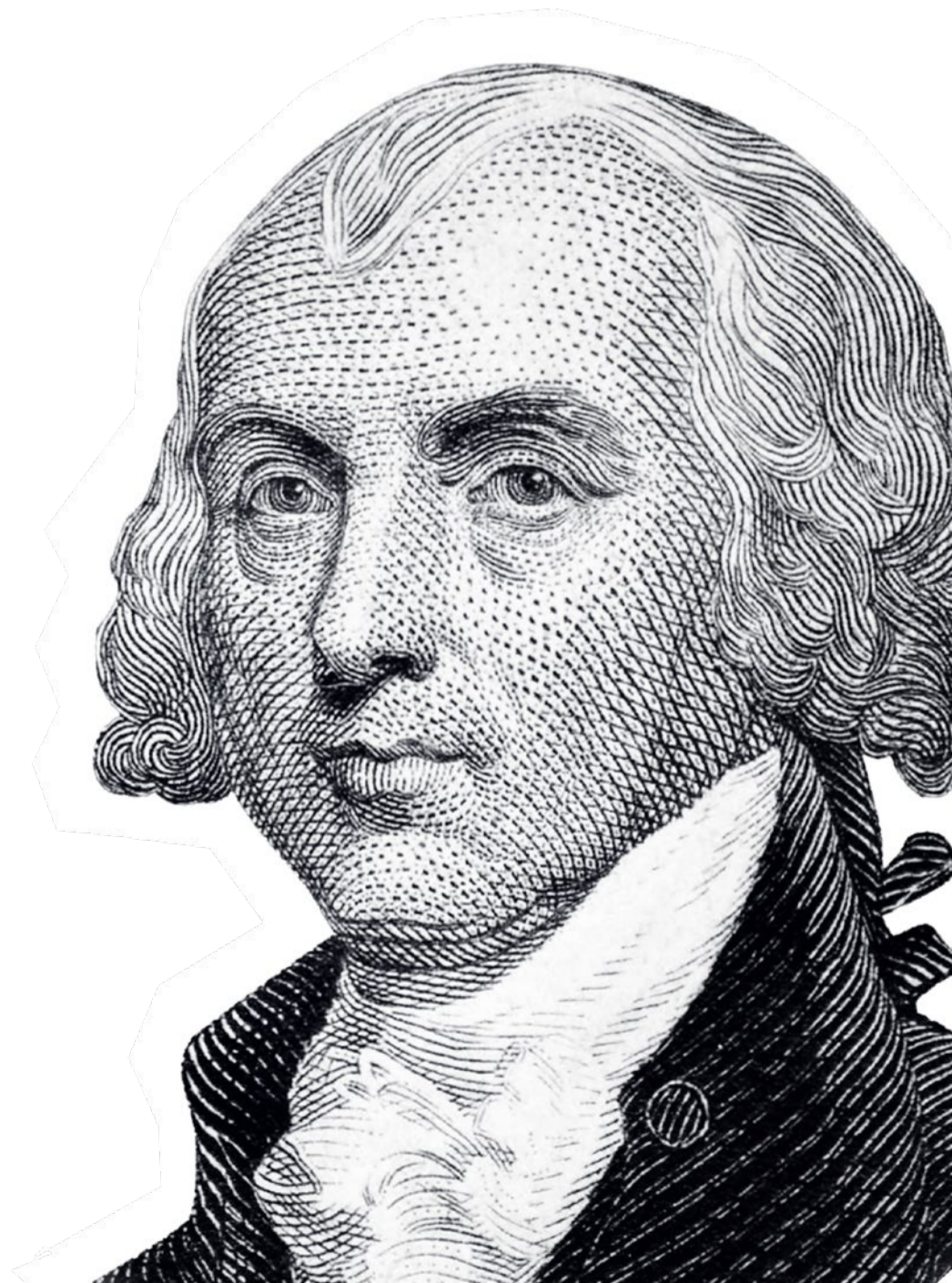
A nós, aqui, serve como objetivo, apenas, fixar o conceito de que o Estado Constitucional de Direito com aquele que se estrutura com base num

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

documento de natureza jurídico-política (forma e essência) denominado Constituição, oriundo do Poder Constituinte soberano e atemporal, em torno do qual gravitam todas as normas como elementos de Direito.

DOCUMENTOS HISTÓRICOS

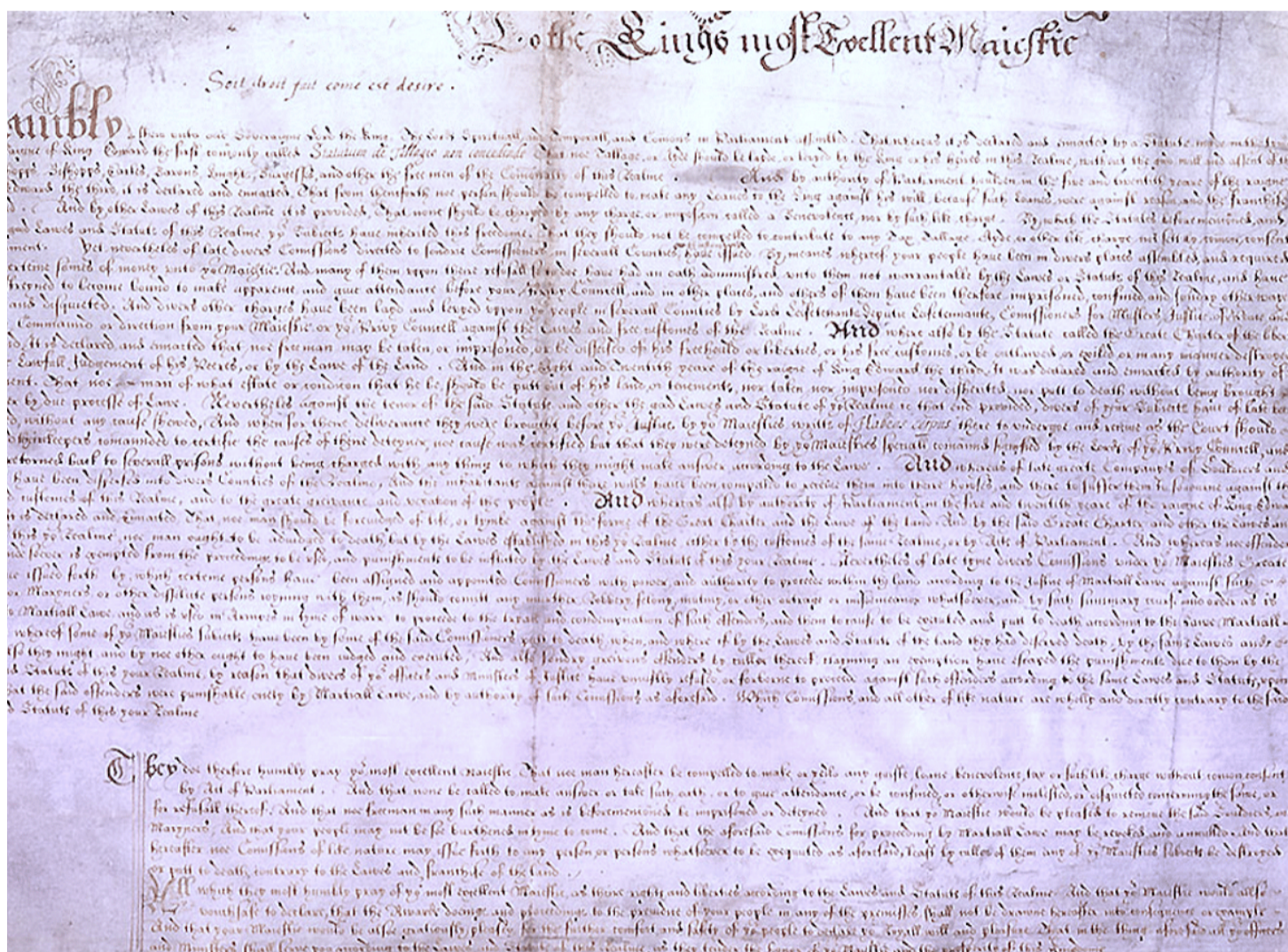


A “MAGNA CHARTA LIBERTATUM”



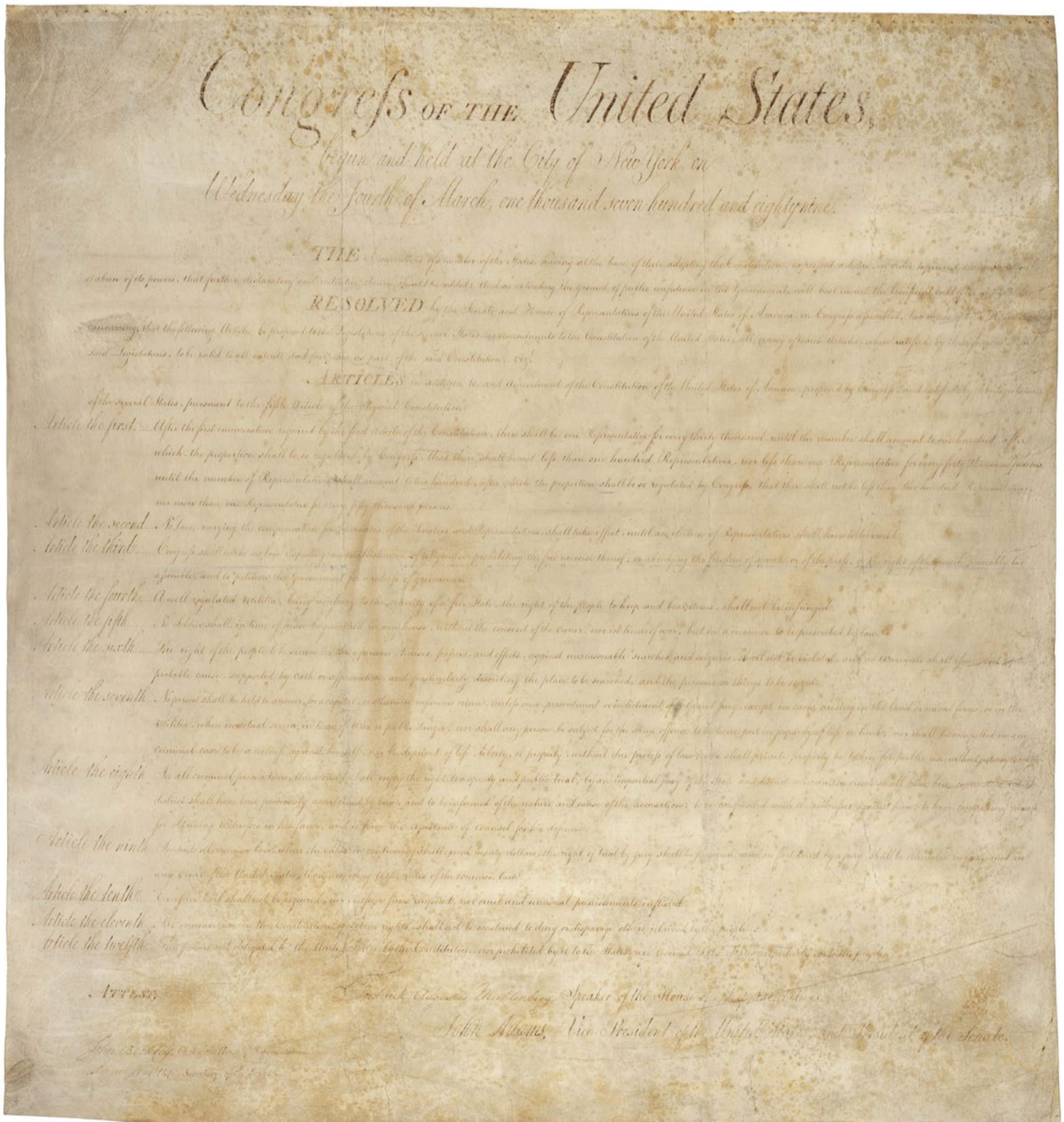
PETITION OF RIGHTS

7 de junho de 1628



BILL OF RIGHTS

13 de fevereiro de 1689



MAYFLOWER COMPACT

11 de novembro de 1620

54.
Acted by them done (this their condition considered) might
be as firme as any patent; and in some respects more sure.
The forme was as followeth.

In y^e name of god Amen. We whose names are underwritten
the loyal subjects of our dread soueraigne Lord King James
by y^e grace of god, of great Britaine, France, & Ireland King,
defendor of y^e faith, &c.

Haueing undertaken, for y^e glorie of god, and aduancements
of y^e christian ^{faith} and honour of our king & countrie, a voyage to
plant y^e first Colonie in y^e Northern parts of Virginia. Doe
by these presents solemnly & mutually in y^e presence of god, and
one of another, covenant, & combine our selues together into a
Ciuill body politicke; for ^{our} better ordering, & preservation & fur-
therance of y^e ends aforesaid; and by vertue hereof to enacte,
constitute, and frame such just & equal lawes, ordinances,
acts, constitutions, & offices, from time to time, as shall be thought
most meete & conuenient for y^e generall good of y^e Colonie: vnto
which we promise all due submission and obedience. In witness
whereof we haue herevnder subscribed our names at Cap-
codd y^e 11. of Nouember, in y^e year of y^e raigne of our soueraigne
Lord King James of England, France, & Ireland y^e eighteenth,
and of Scotland y^e fifth & fourth. An: Dom. 1620.]

After this they chose, or rather confirmed in John carver (a man
godly & well approved amongst them) their gouernour for that
year. And after they had provided a place for their goods, or
comon store, (which were long in unlading for want of boats,
foulnes of y^e winter weather, and sickness of diuers) and began
some small cobages for their habitation; as time would admit
they met and consulted of lawes, & orders, both for their
ciuill & military gouernments, as y^e necessitie of their condi-
tion did require, still adding therunto as urgent occasion
in severall times, and ^{as} cases did require.

In these hard & difficult beginings they found some discontent
arise

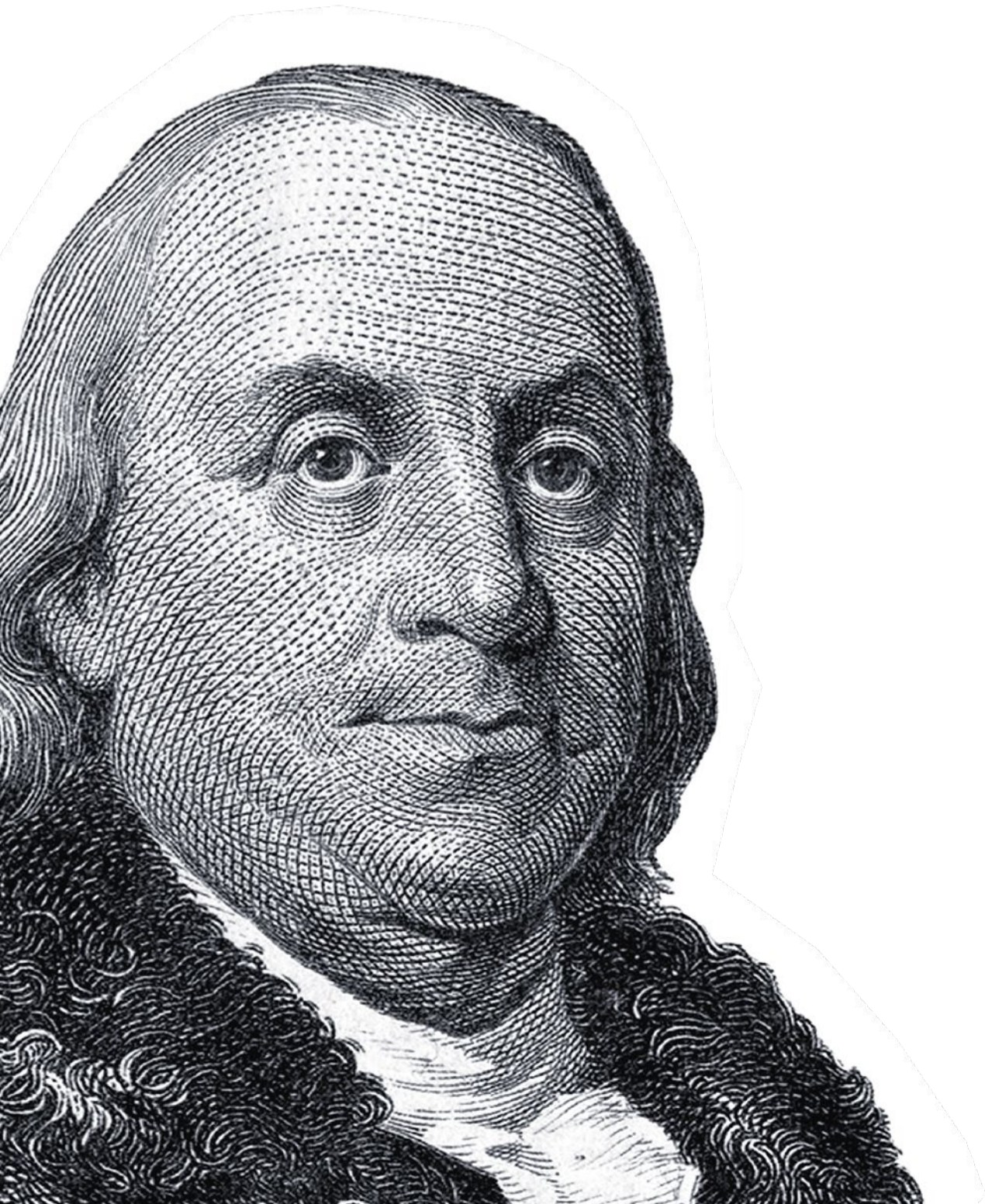
A CONSTITUIÇÃO AMERICANA

“WE THE PEOPLE”

4 de julho de 1787



BIBLIOGRAFIA



6. BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DIMOULIS, Dimitri, *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 60/109.

_____. *in* A reforma do Judiciário analisada e comentada. TAVARES, André Ramos *et ali*. São Paulo: Editora Método, 2005.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FRISCHEISEN, Luiziana Cristina Fonseca. *Políticas públicas - a responsabilidade do administrador público e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SURGIMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

José Cláudio Pavão Santana

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional. Introdução e revisão técnica*. Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria pura do direito*. 2ª ed. ver. da tradução por CRETELLA JR, J e CRETELLA, Agnes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

MORAES, Alexandre. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

_____. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

_____. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (dê)s estruturando a justiça: comentários completos à EC n. 45/04*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

SOBRE O AUTOR



JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA, é professor decano do curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, onde também é professor fundador do Curso de Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça. Possui Pós-Doutorado no “lus Gentium Conimbrigae” – Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. É Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP e Mestre em Direito pela FDR-UFPE, além de Membro fundador da Academia Ludovicense de Letras (ALL), é Membro Efetivo da Academia Maranhense de Letras Jurídicas (AMLJ). É tutor do Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional Contemporâneo (DGP CNPQ DCC).

*Realizado o Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme a Lei n°
10.994, de 14 de dezembro de 2004.*

TÍTULO	<i>Surgimento do Estado Constitucional de Direito</i>
AUTOR	<i>José Cláudio Pavão Santana</i>
PROJETO GRÁFICO E CAPA	<i>Patrícia Régia Nicácio Freire</i>
PÁGINAS	<i>63</i>
FORMATO	<i>768 x 1024 px</i>
TIPOGRAFIA	<i>Aleo CORPO BauerBodni BlkCn BT TÍTULOS</i>



DGP CNPQ

**Direito
Constitucional
Contemporâneo**