

## O CONSTITUCIONALISMO CONTRA A SOBERANIA POPULAR: ELEMENTOS PARA A CRÍTICA DO PARADIGMA LIBERAL

### CONSTITUTIONALISM AGAINST POPULAR SOVEREIGNTY: ELEMENTS FOR THE CRITIQUE OF THE LIBERAL PARADIGM

Thiago Lemos Possas<sup>1</sup>  
Universidade de São Paulo

“Esse homem tinha a simplicidade de uma ideia. Só restavam nele ossos, carnes mortas e o Direito Puro. Um verdadeiro caso de possessão, pensei. Quando o direito se apodera de um homem, não há exorcismo capaz de expulsá-lo”. Jean-Paul Sartre, in: *A náusea*.

#### Resumo:

O presente artigo tem como objetivo construir uma visão panorâmica sobre as três principais vertentes inaugurais do constitucionalismo moderno (a inglesa, a francesa e a norte-americana), indicando seus principais elementos em comum, bem como suas idiosincrasias, além de apontar as incongruências entre democracia, soberania popular e poder constituinte e o paradigma liberal do Estado de Direito. A hipótese aqui buscada é a de que o constitucionalismo liberal, e o Estado Liberal de Direito, por conseguinte, serviram como instrumentos para a consolidação institucional do poder político de uma classe social em ascensão, a burguesia, e se direcionaram ao arrefecimento da energia emancipatória advinda dos eventos revolucionários de então. A versão inaugural do constitucionalismo se afirmou, destarte, contra o poder absoluto, mas também contra qualquer forma de poder popular. O presente texto busca discutir esta temática a partir de uma abordagem materialista, dialética e através da realização de uma pesquisa bibliográfica.

#### Palavras-chave:

Constitucionalismo. Democracia. Poder Constituinte. Revolução. Soberania Popular.

**Abstract:** This article aims to construct a panoramic view of the three main aspects of modern constitutionalism (English, French and North American), indicating its main elements in common, as well as its idiosyncrasies, besides pointing out the incongruities between democracy, popular sovereignty and constituent power, and the liberal paradigm of the rule of law. The hypothesis sought here is that liberal constitutionalism and the Liberal State of Law therefore served as instruments for the institutional consolidation of the political power of a rising social class, the bourgeoisie, and were directed to the cooling of the emancipatory energy coming from the revolutionary events of that time. The inaugural version of constitutionalism was, in fact, affirmed against absolute power, but against any form of popular power as well. The present text proposes this theme from a materialist and dialectical research and through the accomplishment of a bibliographical research.

#### Keywords:

Constitutionalism. Democracy. Constituent Power. Revolution. Popular Sovereignty.

## 1. INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela USP. Mestre em Direito pela Unesp. Bacharel em Direito pela UFMG. Professor Universitário (Jaboticabal - SP).

Este artigo abordará o período originário do constitucionalismo e do Estado de Direito, no contexto das mudanças políticas e sociais oriundas da atuação da classe burguesa, enquanto classe revolucionária, em busca de ascensão política.

Busca-se entender as diferentes experiências de formação estatal-constitucional em suas peculiaridades, bem como apontar a existência de ao menos uma continuidade nas diferentes lutas empreendidas pela burguesia: a busca de um modelo institucional que “terminasse” a revolução e arrefecesse a luta social nela mobilizada.

Mesmo a paradigmática Revolução Francesa, que operou uma verdadeira transformação semântica no vocábulo “revolução”, terminou com a reação termidoriana e com o sufocamento de qualquer possibilidade de se dar um passo além do liberalismo clássico e sua busca por limitação do poder (do Estado e do povo), bem como dar algum nível de concreção aos abstratíssimos direitos fundamentais de primeira dimensão.

O problema central a ser desenvolvido pode ser assim sintetizado: seja numa versão historicista, como a inglesa do séc. XVII, seja numa visão radicalmente ruptural, como na França do séc. XVIII, o ponto de chegada revolucionário sempre significou a consolidação da civilização burguesa contra o poder popular? O presente artigo busca responder a esta pergunta a partir de uma abordagem materialista, dialética e através da realização de pesquisa bibliográfica.

É o que se passa a desenvolver.

## **2. AS ORIGENS DO CONSTITUCIONALISMO**

Como demonstra Dalmo Dallari (1984, pp. 9-10) em primorosa síntese, a compreensão do constitucionalismo<sup>2</sup> passa pelo entendimento de um contexto histórico marcado pela ascensão de uma nova classe, ainda nos estertores da Idade Média, que não estava ligada aos laços tradicionais que compunham a sociedade estamental de então, mormente em seus estratos mais elevados, a nobreza e o clero, sendo estes detentores de privilégios e status social faltantes àquela. Os burgueses eram comerciantes sem poder político e vulneráveis ao cometimento das

---

<sup>2</sup>André Ramos Tavares (2012, p. 23) adverte sobre a existência de diversas acepções da expressão “constitucionalismo”: “O termo ‘constitucionalismo’ costuma gerar polêmica em função das diversas acepções assumidas pelo vocábulo ao longo do tempo. Pode-se identificar pelo menos quatro sentidos para o constitucionalismo. Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira concepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado”.

maiores injustiças em nome dos interesses daqueles que ocupavam, por seus laços sociais e de sangue, posição proeminente na sociedade. Seus corpos, suas famílias e suas propriedades eram destituídos de segurança jurídica, de garantias, e a posição social que ocupavam era inferior à dos dois mais altos estamentos. A despeito disso, a burguesia aproveitou a liberdade de ação que possuía e organizou sua atividade mercantil, expandindo-a, e então pôde amealhar propriedades e aumentar suas riquezas. Mudanças históricas do período também foram centrais para o desenvolvimento de um suntuoso poder econômico (já que, como dito, faltava o político) por parte desta nova classe em consolidação, como o crescimento das cidades e o desenvolvimento tecnológico que impactaria na produção manufatureira e tornaria possíveis as longas viagens marítimas. Todos estes acontecimentos fizeram enriquecer ainda mais a burguesia e tornaram os detentores do poder político cada vez mais dependentes de seus rendimentos, ao mesmo tempo em que a classe granjeava cada vez mais condições de pleitear também o poder político. Essa evolução da classe burguesa levou séculos para maturar, e ocorreu de formas diversas em localidades diversas, mas culminou em lutas revolucionárias em diversos países do Ocidente entre os séculos XVII e XVIII.

A luta empreendida pela classe burguesa no tempo histórico descrito, ainda segundo a interpretação de Dallari (1984, p. 11-12), buscou uma afirmação peculiar da liberdade e da igualdade entre as pessoas. A liberdade almejada se confundia, em parte, com a possibilidade de atuar com desprendimento no mercado através da celebração de contratos, realização de negócios e uso do patrimônio sem interferência estatal. Já a igualdade era confundida com o direito a participação na política e no governo, ter acesso à educação e a lugares na sociedade antes destinados exclusivamente ao estamento nobre, uma igualdade que se cingia ao formalismo da isonomia. O que se queria, na realidade, é que os endinheirados burgueses não fossem tratados como cidadãos de classe inferior, consoe ocorria nas sociedades estamentais. Almejava-se, ademais, a limitação do poder político, o que foi amplamente desenvolvido teoricamente nas obras dos pensadores liberais. A concentração excessiva de poderes nas mãos de uma só pessoa mostrou-se deletéria para os interesses burgueses e gerava corrupção e desconsideração pelos direitos dos governados, sendo premente uma engenharia institucional que equacionasse a distribuição de poderes. Tudo isso vinculado à possibilidade de racionalização do poder e da organização política da sociedade, tendo a “lei” assumido um lugar de destaque neste novo arranjo político. O que se desejava à época era que o exercício do poder político se calcasse na legalidade e não no arbítrio de um governante com poderes supremos, ou seja, o ideal de “um governo de leis e não um governo de homens”, sendo esta legislação o resultado espontâneo das interações sociais entre os cidadãos. Foi neste caldo cultural que

surgiu e se consolidou a defesa da relevância de uma Constituição no sentido moderno, texto que abarcaria alguns dos direitos fundamentais do indivíduo e que disciplinaria, ao mesmo tempo, o manejo do poder político e a racionalização do governo, vedando a concentração de poder nas mãos de um ou de alguns cidadãos apenas.

O constitucionalismo moderno, portanto, tem seu momento de consagração com as revoluções (burguesas) ocorridas na Europa (séculos XVII e XVIII) e Estados Unidos (1776), concomitantemente ao nascimento do Estado (Liberal) de Direito e à adoção de um modelo liberal na economia, havendo não apenas um, mas constitucionalismos diversos, como o francês, o inglês e o americano. É a teoria que impõe o princípio da limitação do governo como algo indispensável à garantia dos direitos fundamentais também plasmados no documento constitucional, inicialmente limitados aos direitos fundamentais de primeira dimensão. Numa outra acepção, o constitucionalismo moderno pode ser considerado um “movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político”, dando ensejo a uma “nova forma de ordenação e fundamentação do poder político” (CANOTILHO, 1998, p. 51, 52; Cf. FIORAVANTI, 2001, p. 85). Certo é que a “essência desse constitucionalismo está na construção do individualismo e de uma liberdade individual, construída sobre dois fundamentos básicos: a omissão estatal e a propriedade privada”, não havendo neste primeiro momento uma conexão entre constitucionalismo e democracia (MAGALHÃES, 2006, p. 11-12 e 15).

Para Bercovici, há uma coincidência entre “a formação do Estado moderno e do constitucionalismo como vinculados à formação e desenvolvimento do capitalismo”, de modo que “capitalismo e Estado estão indissociavelmente ligados, são parte da mesma evolução histórica”. O ensejo de dar cabo aos processos revolucionários, afastando, conseqüentemente, a ameaça da soberania popular, será determinante para as constituições liberais estabelecidas no século XIX. Há, portanto, clara vinculação entre o constitucionalismo (e o próprio direito constitucional) e o liberalismo, sendo que o constitucionalismo do século XIX postou-se em confronto com a revolução e elementos dela decorrentes, tais como o poder constituinte, a soberania popular e o ideal de uma democracia mais ampla e radical (BERCOVICI, 2008, p. 44, 168, 176)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Sintomática a mudança, no século XIX, da disciplina Direito Político para Direito Constitucional: “[...] Giovanni Tarello destaca as similaridades entre a codificação do direito privado e a codificação constitucional. A concomitância de ambos os processos permitiria que a atividade do jurista passasse a ser uma atividade técnico-cognitiva, não mais prático-valorativa. O jurista se tornou um técnico, muito mais do que um político. Esta tecnicização da profissão jurídica, segundo Tarello, acabou desresponsabilizando o jurista politicamente. Não por

### 3. ESTADO E CONSTITUCIONALISMO LIBERAL

A fórmula do “Estado de Direito”, segundo Pablo Lucas Verdú, apresenta uma enorme pretensão, qual seja, a de que tudo relativo ao Estado seja presidido por normas jurídicas, sendo toda a atividade estatal ajustada ao que determina a lei. Neste sentido, os “homens de lei” estariam convencidos da capacidade do Direito para conformar as relações sociais. A formação do Estado de Direito, destarte, remeteria ao processo de formalização do Direito, que se iniciou em meados do século XVI, através da qual há a inscrição da instituição estatal numa espécie de “juridicidade” que tem como ponto central a lei como “esquema geral, formal e obrigatório” amparado no poder do Estado. A isso se somaria o “elemento material” composto pelos direitos do homem, como vida, propriedade e liberdade, bem como a separação de poderes como elemento garantidor destes direitos inatos. Destarte, o Estado deveria se submeter ao Direito e, deste modo, garantiria a proteção aos princípios fundamentais estipulados pelo pensamento liberal que servem de fundamento à ideia de Estado de Direito, ao menos em sua caracterização primeira, o que só poderia ocorrer diante da consolidação de uma sociedade eminentemente burguesa, que elevasse seus valores ao patamar de princípios a serem consagrados e protegidos pela institucionalidade estatal (VERDÚ, 2007, pp. 1, 4, 5).

O paradigma<sup>4</sup> do Estado Liberal de Direito estabeleceu, enquanto Estado Constitucional, algumas premissas essenciais para sua conformação (VERDÚ, 2007, pp. 13-14):

---

acaso, a ideia de um direito político vai ser paulatinamente substituída e neutralizada por um direito constitucional, noção originária do século XIX. Inserida neste movimento, foi criada a cadeira de “droit constitutionnel” na Universidade de Paris, pela ordenança de Guizot de 22 de agosto de 1834, assumida pelo italiano Pellegrino Rossi. A partir de então, o uso da expressão “droit constitutionnel” se tornou mais frequente e, aos poucos, substituiu a expressão “droit politique”, em um esforço de “juridificação” da disciplina” (BERCOVICI, 2009, p. 506).

<sup>4</sup>O conceito de “paradigma” foi tratado pelo cientista norte-americano Thomas Kuhn em sua obra, hoje clássica, “A estrutura das revoluções científicas”. Nela, Kuhn (1998) assim se posiciona na definição de seu influente conceito, após mencionar relevantes trabalhos científicos: “esses e muitos outros trabalhos serviram, por algum tempo, para definir implicitamente os problemas e métodos legítimos de um campo de pesquisa para as gerações posteriores de praticantes da ciência. Puderam fazer isso porque partilhavam duas características essenciais. Suas realizações foram suficientemente sem precedentes para atrair um grupo duradouro de partidários, afastando-os de outras formas de atividade científica dissimilares. Simultaneamente, suas realizações eram suficientemente abertas para deixar toda a espécie de problemas para serem resolvidos pelo grupo redefinido de praticantes da ciência. Daqui por diante deverei referir-me às realizações que partilham essas duas características como ‘paradigmas’, um termo estreitamente relacionado com ‘ciência normal’”. Mário Lúcio Quintão Soares (2001, p. 16) resgata a teoria de Kuhn, remetendo seu conceito principal à teoria do Direito e do Estado de maneira didática: “A noção de paradigma foi construída por THOMAS KHUN, que estabeleceu esquema hermenêutico com base na observação da estrutura das revoluções científicas. Para essa compreensão, cada disciplina científica resolve seus problemas epistemológicos de acordo com seus pressupostos metodológicos, convenções lingüísticas e experimentos. Desse modo, paradigmas são realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modernas para uma comunidade de praticantes de uma ciência. Neste sentido, segundo HABERMAS, a expressão paradigma compreende as visões paradigmáticas, as imagens-modelo, que uma

- a) Primazia da lei, que regula toda a atividade estatal, tanto na esfera executiva quanto no âmbito jurisdicional; entenda-se a lei em sentido formal, elaborada por órgãos legislativos do Estado (nas democracias liberais, pelo parlamento); formalmente, os cidadãos são iguais perante a lei;
- b) um sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade;
- c) legalidade da Administração Públicas, estabelecendo-se o sistema de recursos (contra as suas decisões) correspondente;
- d) separação dos poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos – essa separação pode ser interpretada de diferentes modos;
- e) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos;
- f) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional;
- g) em alguns casos, controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo – esse controle se efetua de várias formas, segundo a realidade de cada país.

Em sua origem, o que pode ser destacado, conforme doutrina de Elías Díaz (1975, p. 22-26), é que a burguesia institucionalizou juridicamente um tipo estatal adequado aos seus interesses, que é precisamente esta primeira conformação de um Estado de Direito, de cariz liberal. Segundo o autor, a Revolução Francesa, enquanto uma revolução da burguesia, seria o marco do fim do absolutismo monárquico e a instauração de regimes tipicamente liberais, passando-se de sociedades marcadamente estamentais para sociedades divididas em classes sociais. Neste contexto histórico situa-se o início da generalização da fórmula posteriormente batizada como Estado de Direito. A Declaração francesa de 1789, que trazia elementos centrais do edifício institucional liberal a ser construído e disseminado, continha em seu âmago insuficiências patentes do liberalismo clássico, já que o documento funcionava como expressão ideológica do triunfo da burguesia, erigindo a propriedade privada ao patamar de “derecho inviolable y sagrado” em seu artigo 17. Ou seja, consagrava-se a proteção de direitos burgueses em detrimento dos direitos e liberdades daqueles que não figuravam como possuidores, o proletariado e o campesinato.

Elías Díaz (1975, pp. 29-43) aponta, no mesmo sentido, alguns elementos basilares ao Estado de Direito: o “império da lei”, sendo a “lei” expressão da vontade geral; a divisão de poderes: executivo, legislativo e judiciário; a legalidade da Administração Pública; e, por fim, os direitos e liberdades fundamentais.

---

determinada comunidade jurídica acolhe para questão de como podem ser realizados o sistema de direitos e os princípios do Estado de direito no contexto percebido de uma dada sociedade”.

O império da lei constituiria o pilar fundamental do Estado de Direito. A lei referida diz respeito à norma que emana dos órgãos populares representativos e que dariam vazão à vontade geral. Estas leis se subordinariam à Constituição, havendo para a garantia desta conexão e subordinação o controle de constitucionalidade. Na verdade, havia uma limitação evidente na expressão da vontade popular através da legislação no Estado Liberal de Direito. A lei figurava, segundo o jurista espanhol, muito mais como expressão da vontade da burguesia. Já com relação à separação de poderes, houve a preocupação com a construção de um regime político-jurídico de divisão bem demarcada das funções a serem exercidas pelos diferentes poderes. Evidentemente, essa divisão não ocorria de forma absoluta num isolamento total entre os poderes incomunicáveis, mas por meio de uma equilibrada distribuição de funções e poderes, com relações, controles e intervenções mútuas. O objetivo era, evidentemente, evitar a concentração dos poderes nas mãos de um único poder ou pessoa, dadas as reminiscências do período absolutista que ensejou a luta social pela demarcação legal do poder do Estado (DÍAZ, 1975, pp. 29-35).

Outro elemento elencado por Elías Díaz (1975, pp. 35-43), para a configuração do Estado de Direito, é o da legalidade da Administração Pública, ou seja, a exigência de submissão do corpo burocrático do Estado às determinações normativas. Este pilar marca a relação de primazia da lei, à qual deverá se ajustar toda atuação administrativa. Todos seus atos deverão estar respaldados na legislação vigente, sendo o ordenamento jurídico o marco e o fundamento de toda atuação estatal. Há preocupação com controle e a responsabilidade da Administração como forma de se assegurar seu comportamento em conformidade com o direito e, conseqüentemente, que se garanta a segurança jurídica ao cidadão. Por fim, há o derradeiro elemento basilar do Estado de Direito que é a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, que figurariam como exigências éticas conquistadas nas lutas sociais e que constituiriam, também, elemento central de legitimação do Estado. Claro está que o liberalismo clássico, centrado no individualismo burguês, não conferiu aos direitos fundamentais (liberais) garantia suficiente e que estes funcionavam como direitos adstritos à burguesia, já que só formalmente (e às vezes nem assim) eram concedidos à classe trabalhadora. O sistema capitalista no qual se situou o Estado Liberal protegia com muito mais eficácia a liberdade, a segurança jurídica e a propriedade burguesa que qualquer pretensão de igualdade.

#### **4. EXPERIÊNCIAS HISTÓRICAS DO ESTADO DE DIREITO E DO CONSTITUCIONALISMO**

Os compêndios jurídicos, em geral, trazem as três experiências centrais<sup>5</sup> para o desenvolvimento histórico do que se convencionou chamar de “constitucionalismo” e “Estado de Direito”, ambos consentâneos e tributários da tradição filosófico-política do liberalismo clássico.

São duas as experiências históricas mais grandiosas para estes temas: a norte-americana e a francesa. Mas não se pode negligenciar o pioneirismo e as peculiaridades contidas no constitucionalismo e na formação do Estado de Direito na Inglaterra.

#### *a) Experiência Inglesa*

O constitucionalismo inglês surge simbolicamente com a *Magna Carta*, documento paradigmático enquanto carta de liberdades elaborada ainda no período do medievo, que serviu como base para os desenvolvimentos dos direitos de liberdade, posteriormente, e que consistiu numa iniciativa dos senhores feudais direcionada contra o rei João Sem Terra, que se encontrava em momento de fragilidade política em virtude de recente e desafortunado conflito bélico diante de Filipe Augusto da França. Serviu, ainda, como gérmen da experiência constitucional inglesa marcada por três importantes atores institucionais: o Rei, a Câmara dos Lordes e a Câmara dos Comuns, cujo protagonismo se alternou marcando a evolução político-jurídica do país. Resumidamente, já que o objetivo não é a reconstituição da história inglesa, mas tão somente a evocação de alguns elementos centrais ao tema em comento, no interregno que vai do início do século XIII até o XVII há predomínio do poder monárquico e da autoridade do rei. Entre os séculos XVII, em cujo final ocorre a Revolução Gloriosa, e meados do XIX, há uma período que pode ser caracterizado como aristocrático, em virtude da prevalência da Câmara dos Lordes em termos político-institucionais. E, por derradeiro, desde o final do século XIX até os dias atuais o que se verificou foi a primazia dada à Câmara dos Comuns, caracterizando, assim, o período democrático (MAGALHÃES, 2006, p. 125; ZIPPELIUS, 1997, p. 421).

Especificamente com relação ao seu período originário, que mais de perto interessa ao presente artigo, Canotilho (1998, p. 54-56) classifica o constitucionalismo inglês moderno como representante do modelo historicista, que pode ser caracterizado a partir de três pontos centrais: a proteção de “direitos adquiridos fundamentalmente traduzida na garantia do ‘binômio subjectivo’ *liberty and property*”; o segundo ponto diz respeito a “estruturação corporativa dos direitos, pois eles pertenciam (pelo menos numa primeira fase) aos indivíduos

---

<sup>5</sup> Ainda sobre a história do constitucionalismo, consultar os textos de André Ramos Tavares (2012, pp. 25-39), Luís Roberto Barroso (2009, pp. 10-32) e Daniel Sarmiento (2004, pp. 375-414).

enquanto membros de um estamento”; e, por fim, a “regulação destes direitos e desta estruturação através de contratos de domínio do tipo da *Magna Charta*”. Evidentemente, o que ficou para a posteridade do constitucionalismo foram aspectos advindos da evolução destes “momentos constitucionais”, restando daí que a “liberdade radicou-se subjectivamente como liberdade pessoal de todos os ingleses e como segurança da pessoa e dos bens de que se é proprietário”, a imposição da criação de um *due process of law* com demarcações normativas para o consecução de um “processo justo”, as quais deveriam disciplinar a privação da liberdade e da propriedade e, ainda, que as “leis do país” (*laws of the land*) deveriam ser interpretadas e “reveladas” pelos juízes que vão construindo, assim, o “direito comum” (*common law*) dos ingleses. Forma-se, outrossim, segundo o citado constitucionalista, uma “constituição mista” em que a soberania parlamentar “exprimirá também a ideia de que o ‘poder supremo’ deveria exercer-se através da forma de lei do parlamento”, componente essencial da formação de um princípio basilar ao constitucionalismo, *the rule of law*.

Portanto, a “domesticação do domínio político” pelo direito se deu de forma peculiar na Inglaterra, centrando-se na fórmula do *Rule of Law* que possuiria quatro dimensões centrais: a necessidade da observância de um devido processo legal quando da necessidade de julgamento e punição direcionada a qualquer cidadão, dando seguimento à tradição que remonta à *Magna Carta* (1215); a preeminência das leis e costumes do país em detrimento da discricionariedade do poder monárquico; a submissão dos atos executivos à soberania do Legislativo; e, por fim, o igual acesso aos tribunais para que qualquer cidadão pudesse defender seus direitos (segundo a *Common Law*) diante de quaisquer entidades ou indivíduos (CANOTILHO, 1998, p. 87-88).

O *Bill of Rights* inglês, promulgado em 1689, foi pioneiro ao acabar com o absolutismo monárquico, marcado por um poder desmedido que emana da autoridade real e em nome dela é exercido. Continha garantias direcionadas tanto ao Parlamento quanto aos cidadãos que passaram a ter direito de dirigir petições ao rei, de exercer sua fé protestante, à proteção contra aplicação de penas excessivas e cruéis, entre outras coisas. O poder de legislar e criar tributos saiu da esfera de atuação real passando a ser de exclusiva competência parlamentar. Ou seja, a monarquia é mantida, mas as prerrogativas reais são juridicamente limitadas, o que significa o fim do regime absolutista em prol de uma monarquia parlamentar em que há uma série de garantias especiais aos parlamentares para que possam exercer suas atividades a contento e com liberdade assegurada diante da monarquia. Assim, a declaração de direitos inglesa, mesmo não sendo uma declaração de direitos humanos, institucionalizou a separação de poderes no Estado convertendo-se numa “garantia institucional”, já que determina uma maneira de organização estatal cuja finalidade última é proteger os direitos fundamentais dos indivíduos e,

consequentemente, desembaraçar as atividades mercantis burguesas antes submetidas aos desejos e interesses do monarca absoluto, o que levou ao apoio em larga escala por parte dos comerciantes ingleses à Revolução Gloriosa (COMPARATO, 2010, p. 105-107; ZIPPELIUS, 1997, p. 423).

Vale mencionar, por fim, a polêmica questão sobre a existência ou não de uma “constituição” inglesa, ou seja, se efetivamente a experiência britânica representou um “constitucionalismo sem constituição”. Para José Luiz Quadros de Magalhães (2006, pp. 126-128), o equívoco, neste ponto, reside em reduzir a constituição ao aspecto formal, “não compreendendo que Constituição pode até ser forma e pode até ser matéria específica, historicamente localizada, mas seu único elemento permanente é a sua hermenêutica”. E os diplomas jurídicos consagrados na história inglesa trouxeram, indubitavelmente, os elementos tidos como requisitos para a configuração de uma “constituição” e de um Estado de Direito, mesmo que no caso daquela não haja um texto específico com as formalidades obedecidas em outras constituições de outros países. Destarte, a “constituição inglesa” existiu (e existe) e pode ser compreendida a partir de um “tripé” que se inicia com a *Magna Carta* no século XIII: além dela, as leis escritas produzidas pelo parlamento (*Statute Law*) que tratam de matéria constitucional, como a limitação do poder estatal e a sua organização estrutural, assim como a consagração de alguns direitos fundamentais da pessoa; as decisões judiciais compreendidas em duas espécies diferentes, a saber, o *Common Law* e os *Cases Law*; e, ainda, as Convenções constitucionais que seriam acordos verbais de conteúdo constitucional efetuados no âmbito do parlamento. Ou seja, constituição há, mas de extrema complexidade em sua conformação, diferenciando-se das experiências tradicionais do constitucionalismo que deram ensejo a textos com conteúdo e forma constitucionais.

#### *b) Experiência Norte-Americana*

Diferentemente do constitucionalismo inglês, o norte-americano foi marcado pela presença de um poder constituinte originário que erigiu, em 1787, um texto (formalmente) constitucional, incorporando o seu *Bill of Rights* ao texto originário por meio das dez primeiras emendas constitucionais. Além da formalização de um catálogo de direitos fundamentais, o constitucionalismo norte-americano criou um sistema presidencial de governo, o federalismo, o controle difuso de constitucionalidade e uma Suprema Corte a figurar como a guardiã do texto constitucional e como expressão da sistemática liberal de controle entre os diferentes poderes. Mas, mesmo antes disso, o *Bill of Rights of Virginia*, de junho de 1776, já havia se convertido

em padrão a ser seguido pelos outros Estados da União. Esta declaração estipulava, entre outras coisas, alguns direitos naturais ao homem (“inatos”), como o gozo da vida e da liberdade, a possibilidade de ser proprietário e da obtenção da felicidade e da segurança, além da liberdade de imprensa e de culto religioso (MAGALHÃES, 2006, p. 132-133; ZIPPELIUS, 1997, p. 426).

Para Bernard Bailyn (2003, p. 283, 285), “a Constituição norte-americana é a expressão final e o clímax da ideologia da Revolução Norte-Americana”, ideologia esta que, inicialmente, centrou-se na aversão ao poder centralizado e na crença de que para que estados livres não se degenerem em tiranias a vigilância por parte de um eleitorado instruído e livre é fundamental, assim como seu funcionamento por meio de instituições que proporcionem equilíbrio em detrimento da concentração de poder.

Mas havia aí um problema adicional, referente ao próprio processo revolucionário que deveria ter um ponto de chegada, para que não se eternizasse a luta política e a instabilidade dela advinda. Bruce Ackerman (2006, p. 237-238), a este respeito, entende que o “Federalista” trouxe, no contexto, uma nova tentativa de solucionar a espinhosa questão da legitimidade revolucionária, que envolve a rejeição da ideia de uma revolução permanente e realça a atividade política de ordem pública, que se caracterizaria como um ato de sacrifício dos interesses privados dos cidadãos em prol do bem comum. Rejeita, por outro lado, a “amnesia revolucionária”, mas adverte que o engajamento popular deve ocorrer em contextos históricos bem demarcados, períodos de “criatividade constitucional” em que a voz popular se faz ouvir de maneira especial. Mas não é o que deve ocorrer rotineiramente, quando os governantes não devem se colocar como representantes do povo em sua integralidade, não sendo restringidos em suas ações, portanto, pelo modelo constitucional imposto nos períodos de mobilização popular supramencionados.

Os autores de “O Federalista”, Hamilton, Jay e Madison, discordavam entre si em diversos pontos, e tinham reservas a pontos específicos da Constituição proposta, mas “concordavam, no entanto, que a Constituição elaborada pela Convenção Federal oferecia um ordenamento político incontestavelmente superior ao vigente sob os Artigos da Confederação”, consistindo seus esforços teóricos no texto histórico mencionado como uma defesa à ratificação da Constituição, bem como a explicitação da teoria política<sup>6</sup> a embasar o novo texto constitucional (LIMONGI, 2011, p. 188).

---

<sup>6</sup> A este respeito, assevera Fernando P. Limongi (2011, p. 188) que “o desafio teórico enfrentado por ‘O Federalista’ era o de desmentir os dogmas arraigados de uma longa tradição. Tratava-se de demonstrar que o espírito comercial da época não impedia a constituição de governos populares e, tampouco, estes dependiam exclusivamente da virtude do povo ou precisavam permanecer confinados a pequenos territórios. Estes postulados são literalmente invertidos. Aumentar o território e o número de interesses é benéfico à sorte desta forma de

*Publius*<sup>7</sup> (ACKERMAN, 2006, p. 244-245, 251-252) não adere à ideia de uma “revolução permanente”, sendo que a Convenção possuiria credibilidade para representar a população apenas em circunstâncias bastante peculiares. Há aqui a rejeição da possibilidade de desenvolvimento de uma política mobilizada da cidadania brotando sob determinações normativas. Mesmo porque, a invocação popular constante levaria à destruição do modelo constitucional pelo egoísmo e pelas paixões de algumas facções, sendo as mais poderosas destas capazes de usar seu poder com a justificativa da representação popular. Daí o realce da representação política como o ponto de triunfo dos norte-americanos em comparação às experiências fracassadas dos “antigos governantes”. A defesa aqui reside no fato de que tal governo representativo apresenta a vantagem de conseguir equalizar uma multidão de diferentes crenças religiosas e interesses econômicos e, embora esta diferença pudesse ser instrumentalizada pelas “facções” mais poderosas, a supressão das mesmas traria um peso descomunal na perda da liberdade. O que *Publius* está propondo aqui é que haja preservação dos princípios da Revolução Americana através da construção de um arcabouço constitucional que possibilite o estabelecimento da representação. E o que se atinge em suas construções, por outro lado, é a própria defesa da representação em detrimento da democracia nos moldes clássicos, da antiguidade.

Ackerman (2006, p. 261) demarca bem a posição representada por *Publius*: “ele” era um representante de uma população de comerciantes, agricultores, artesãos que empreenderam um evento “revolucionário” para a defesa da vida, da liberdade e da propriedade, e não por nenhuma concepção igualitarista (materialmente) ou mesmo para o fim da escravidão. Não eram esses os interesses que moviam os revolucionários que, como *Publius*, tinham uma posição social a ser mantida contra os desmandos da coroa inglesa, e não um mundo novo a ser criado.

A Revolução Americana, que não teve nem de longe o mesmo alcance revolucionário da experiência francesa a ela posterior, estabeleceu a independência das treze colônias britânicas da América do Norte em 1776, que representou, segundo Comparato (2010, p. 63-64, 111-113, 120), o “ato inaugural da democracia moderna, combinando, sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito

---

governo. Pela primeira vez, a teorização sobre os governos populares deixava de se mirar nos exemplos da Antiguidade, iniciando-se, assim, sua teorização eminentemente moderna”.

<sup>7</sup> Segundo Fernando Papaterra Limongi (2011, p. 187), “‘O Federalista’ é fruto da reunião de uma série de ensaios publicados na imprensa de Nova York em 1788, com o objetivo de contribuir para a ratificação da Constituição pelos Estados. Obra conjunta de três autores, Alexander Hamilton (1755-1804), James Madison (1751-1836) e John Jay (1745-1829), os artigos eram assinados por *Publius*”.

aos direitos humanos”. Estabeleceu-se, em solo americano, a igualdade dos homens diante da lei, numa sociedade que rechaçou com veemência a conformação aristocrática europeia e a sua divisão da sociedade em estamentos rigidamente apartados. Claro está que a igualdade em comento não ultrapassou os limites do formalismo jurídico, não ensejando uma efetiva igualdade material, socioeconômica. Mas, por outro lado, favoreceu o desenvolvimento econômico burguês-capitalista num ambiente de abolição das prerrogativas estamentais e de livre circulação de mercadorias num mercado unificado. A igualdade jurídica exercia, neste contexto, função precípua na garantia da livre concorrência, e o regime político então estabelecido não poderia ser outro que não uma democracia tipicamente burguesa, que deu vazão ao “espírito empresarial” e à “paixão do lucro”, sendo que depois de aproximadamente dois séculos os Estados Unidos se transformaram na maior potência capitalista mundial. A democracia moderna que nasce nesse contexto é a democracia dos proprietários ricos contra o regime estamental, e não uma democracia social que amparasse os pobres. Os Estados Unidos nasceram afirmando a liberdade, especialmente de opinião e religião, a igualdade em seu aspecto jurídico, tão somente, mas negligenciou o terceiro elemento fundamental das promessas da modernidade: a fraternidade sucumbiu diante da afirmação de um empedernido individualismo.

Comparato (2010, p. 119, 123) lembra, ainda, que a relevância da Declaração de Independência americana reside no reconhecimento da legitimidade da soberania popular ao lado da existência de direitos que seriam atributos intrínsecos de todos os homens. As declarações de direitos norte-americanas confirmaram, entre outras coisas, a tendência do desenvolvimento histórico principalmente europeu, desde ao menos o fim da Idade Média, estabelecendo a autonomia dos indivíduos para além das famílias, dos estamentos ou da religião aos quais pertenciam. O Estado Liberal erigiu, em lugar destes vetustos mecanismos de segurança para as pessoas a eles pertencentes, a *legalidade* como eixo central da proteção individual. Destarte, as declarações de direitos americanas consagraram, fundamentalmente, direitos individuais, o que reverbera até o presente momento na tradição do pensamento político e jurídico estadunidense.

Os norte-americanos, deste modo, não desencadearam um movimento de “reestruturação” dos antigos direitos e liberdades e da constituição inglesa, a despeito de almejarem a reafirmação de direitos (*rights*), pois a experiência inglesa engendrara um parlamento soberano “tirânico”, em certa medida, já que havia instituído impostos sem a devida representação política (o histórico questionamento acerca do *taxation without representation*). Era premente, portanto, a elaboração de uma constituição que estabelecesse garantias aos

cidadãos perante as leis advindas do parlamento, e que seria a materialização de uma decisão tomada pelo povo americano (*We the People*). Povo este que era responsável por poucas, raras decisões, mas decisões em “momentos constitucionais” através do exercício de um autêntico poder constituinte, enquanto ao governo caberia tomar decisões frequentemente, numa combinação nomeada por alguns como “democracia dualista”. Neste ponto, há patente diferença com relação à experiência do constitucionalismo francês, na medida em que a ideia aqui não é a construção de um soberano outro (como a “Nação”), mas justamente o engendramento de um governo limitado por normas jurídicas escritas concebidas como lei superior (constituição). A constituição seria, destarte, um acordo popular que institui um governo submetido à lei maior. Neste contexto, o poder judicial é alçado a verdadeiro defensor da constituição através do *judicial review*, o controle de constitucionalidade das leis realizado pelos juízes. É a grande inovação trazida pela experiência do constitucionalismo americano a constituição enquanto lei suprema (*paramount law*), diferente da experiência inglesa de onipotência parlamentar e, de outro lado, da experiência francesa que acabou por descambar para uma onipotência da lei. Assim, o constitucionalismo norte-americano consagrou, a partir do início do século XIX, o princípio da supremacia da Constituição como elemento basilar de seu sistema jurídico, tendo como evento paradigmático o caso *Marbury v. Madison* de 1803, precedente que também consignou o princípio da *judiciabilidade* de qualquer direito amparado no texto constitucional (CANOTILHO, 1998, p. 58-60; BERCOVICI, 2008, p. 121; COMPARATO, 2010, p. 125-127).

Canotilho também aponta que a fórmula do “império do direito” desenvolvida nos Estados Unidos também apresentou singularidades. Figurou em sua centralidade a ideia de *always under law*: “o Estado Constitucional arranca, desde logo, do direito do povo fazer uma lei superior (*higher lawmaking*), ou seja, uma constituição onde se estabelecessem os esquemas essenciais do governo e os respectivos limites”, na qual se incluem os direitos e liberdades dos cidadãos positivados nesta *higher law* consagrada no documento constitucional. Outro aspecto central ao modelo de Estado de Direito estadunidense é a associação da “juridicidade do poder à justificação (*justifying*) do governo”, ou seja, não basta qualquer justificação do poder, mas “as razões do governo devem ser razões públicas que tornem patente o consentimento do povo em ser governado em determinadas condições”. É um governo inteiramente subordinado à lei (*government under law*). Assim, a aceitação e justificação do “governo” estão necessariamente vinculadas ao cumprimento da “obrigação jurídico-constitucional de governar segundo leis dotadas de unidade, publicidade, durabilidade e antecedência”. Por fim, o terceiro pilar desta conformação de Estado está relacionado ao Poder Judiciário, que deve ser constituído por juízes

enquanto agentes do povo sobre os quais repousa a confiança na proteção à justiça e aos direitos contidos na lei superior, podendo para isso, inclusive, “desaplicar” as “más leis” do governo (*judicial review of legislation*) (CANOTILHO, 1998, p. 88-89).

### *c) Experiência Francesa*

A “revolução americana”, de modo similar à Revolução Gloriosa do fim do século XVII, redundou numa espécie de “restauração” das antigas prerrogativas da população norte-americana. Já o evento francês de 1789 operou uma radical “mudança semântica” no vocábulo “revolução” que passou, então, a designar uma reformulação integral das estruturas sociais e políticas, ou seja, a criação não apenas de um regime político, mas de uma sociedade como um todo, e das relações de poder que a conformam. É, portanto, a partir da Revolução Francesa que surge a “concepção moderna e profunda de revolução”, enquanto evento ruptural, mudança total de toda ordem jurídico-política, e não somente uma mudança constitucional. É justamente no século XVIII que o vocábulo ganhará a conotação de “ruptura com o passado e como intenção consciente de mudar o mundo”, tendo a crença no progresso da humanidade como ponto central. A experiência revolucionária francesa, destarte, foi marcada por um profundo universalismo, na medida em que os revolucionários colocavam-se na posição de “apóstolos de um novo mundo” que se espraíaria por todos os povos e por toda posteridade (COMPARATO, 2010, p. 141, 146; BERCOVICI, 2008, p. 94, 95, 134).

Canotilho realça que, enquanto a narrativa historicista é a chave apropriada para a leitura da formação da “constituição” inglesa, a mesma não serve para a análise da experiência do constitucionalismo revolucionário francês, com suas categorias políticas expressas em “palavras de combate”, como “estado, nação, poder constituinte, soberania nacional, constituição escrita”. O constitucionalismo inglês, a despeito de acabar com o absolutismo monárquico, não acabou totalmente com a sociedade (e o direito) estamental forjada no medievo. A experiência francesa revolucionária almejava a construção de uma “nova ordem sobre os direitos naturais dos indivíduos – eis o primeiro momento individualista – e não com base em posições subjectivas dos indivíduos enquanto membros integradores de uma qualquer ordem jurídica estamental”. Rompe-se radicalmente com o Antigo Regime e sua lógica de divisão em estamentos a partir do estabelecimento da igualdade essencial entre os homens, enquanto indivíduos, ao menos diante das leis. Há, ademais, outra repercussão digna de nota ínsita ao individualismo na *artificialidade* da nova ordem erigida pelos homens: “a ordem política é querida e conformada através de um contrato social assente nas vontades individuais

(tal como defendiam as doutrinas contraturalistas)”. Para além da afirmação dos direitos do indivíduo e da artificialização da ordem política há um terceiro elemento apontado como imbricação destes dois elementos: o “construtivismo político-constitucional”. Havia a necessidade de elaboração de uma constituição escrita que consagrasse os direitos e estabelecesse as balizas jurídicas ao poder político. Quem deve “fazer” tal documento? Deve ser um “poder originário pertencente à Nação, o único que, de forma autónoma e independente, poderia criar a lei superior, isto é, a constituição” (CANOTILHO, 1998, p. 56-58).

A experiência francesa apresentou, conforme interpretação de Keith Michael Baker (1989, p. 521-523), um elo fundamental entre Revolução e Constituição em seu início. Enquanto no caso americano a tradução da vontade revolucionária se deu com a formação de uma ordem constitucional estável, o francês foi marcado pela existência de uma “brecha” cada vez maior entre Revolução e Constituição, o que dificultou enormemente a fiel tradução do evento revolucionário num texto normativo. Houve, ainda, uma intensa disputa entre duas concepções radicalmente diversas de constituição: de um lado, os defensores de uma Constituição monárquica tradicional; de outro, aqueles que entendiam que a França não possuía uma Constituição já que nunca havia conseguido estabelecer uma vontade política durável que desse ensejo à fixação da mesma. Havia mesmo certa hesitação na definição do termo, na medida em que, ao longo do século XVIII, as leituras oscilavam entre constituição enquanto instituição, estabelecimento e, lado outro, como modo de existência, disposição de uma entidade, ou seja, o arranjo já existente entre as partes de um todo (seja o corpo humano ou o corpo social). Exemplo da primeira concepção acerca do termo é a leitura realizada por Montesquieu, arrimada na experiência revolucionária inglesa, em que “constituição” figura como vocábulo que serve para descrever a ordenação essencial de um Estado, seu modo de existência política e a maneira na qual os poderes entram na conformação do governo.

O embate travado no contexto revolucionário francês girava em torno da questão: “devia a Constituição ser restaurada ou criada?”. Não cabe aqui descrever todo o debate entre partidários de Sieyès ou de Rousseau, de um lado, ou mesmo das concepções tradicionalistas, de outro, o que já foi sobejamente descrito por diversos teóricos da constituição. O cerne aqui é justamente a disputa semântica supramencionada, e os impactos históricos evidentes que ambas as acepções podem ensejar. A opção vencedora, ao menos num primeiro momento, já é de conhecimento de todos: a decisão da Assembleia de que uma Declaração de Direitos precederia a Constituição deixou patente a opção por uma constituição a ser criada, tendo seus princípios fundamentais consagrados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, servindo de pilar para a posterior elaboração do texto constitucional, o que não eliminou certa

ambiguidade na leitura e interpretação dos mesmos. Foram estabelecidos limites explícitos ao exercício do poder, com a finalidade de rechaçar seu uso arbitrário (estabelecimento de direitos e da separação de poderes), a vontade geral ganhou proeminência, sendo sua expressão garantida na Declaração, e devendo ocorrer através da “lei” (patente influência da teoria rousseauiana) e, também, a consagração da fórmula de Sieyès de que toda autoridade emanaria expressamente da “Nação”, nela residindo o princípio de toda a soberania. A vagueza de tais determinações é evidente e possibilitou disputas nos eventos revolucionários posteriores, mormente no que se refere à problemática da relação entre “vontade geral” e sua relação constante com um governo instituído (BAKER, 1989, p. 525-527).

Fato é que, segundo Canotilho, a elaboração teórica em torno do Estado constitucional francês teve como base a proposição de um ordenamento jurídico hierarquizado, o que serve de modelo para os Estados constitucionais até o presente. Esta construção hierárquica começava com a “Declaração dos Direitos Universais do Homem e do Cidadão”, de 1789, em seu ápice, seguida pela Constituição francesa (1791), pelas leis e, em sua base, os atos executivos de aplicação das leis. No entanto, a despeito desta ser a estrutura teoricamente elaborada para o ordenamento jurídico francês, o Estado se transformou num simples Estado Legal (*L'État légal*), conferindo na prática a preeminência da lei sobre os demais espécimes normativos. Ou seja, “a supremacia da constituição foi neutralizada pela supremacia da lei”, conformando um verdadeiro “Estado de Legalidade”, assentado na doutrina da soberania nacional manifestada pela assembleia legislativa francesa. A superioridade da lei com vistas à submissão do poder político ao direito, neste caso, manifestou-se por três aspectos centrais: a garantia dos cidadãos de que apenas o órgão representativo da vontade geral (poder legislativo) poderia editar leis; a lei constituiria fonte jurídica hierarquicamente superior dado a sua “dignidade”, advinda do fato de ser obra dos representantes da Nação, sendo que qualquer medida do poder executivo para execução das leis deveria observar o princípio da legalidade administrativa, estando em conformidade com as mesmas; e, ainda, que como produto da vontade geral, as leis eram caracterizadas pela generalidade, garantindo a igualdade diante das mesmas e a consequente rejeição dos privilégios característicos do período absolutista (CANOTILHO, 1998, p. 89-90).

## **5. A CRÍTICA AO ESTADO E AO CONSTITUCIONALISMO LIBERAL**

Após tratamento sumário dado às principais experiências liberais de constitucionalismo e Estado de Direito, cabe tecer algumas críticas<sup>8</sup> aos fenômenos estudados, principalmente no que diz respeito ao arrefecimento da luta popular que os engendrou.

Restou evidente que o constitucionalismo surge das lutas revolucionárias, mas acaba por servir de entrave à continuidade das mesmas, atuando como mecanismo de conservação do novo *status quo* constituído a partir da ascensão política da classe burguesa.

Bercovici (2008, p. 158) ressalta que de coincidentes, inicialmente, constituição e revolução passaram a antípodas, tornando-se incompatíveis, sendo a constituição “exigida por aqueles preocupados em terminar a revolução, vista agora como geradora de desordem, não de ordem”, ressaltando-se como fundamental a função estabilizadora da experiência constitucional para barrar o evento revolucionário e constituir, em seu lugar, um Estado ordinário, marcado pela segurança e estabilidade providenciais ao desenvolvimento dos empreendimentos econômicos burgueses.

Troca-se, destarte, a efervescência revolucionária pela reação conservadora e a necessidade de racionalização do poder político, tudo com vistas à aludida estabilidade:

O ideal constitucional das revoluções do século XVIII, segundo Stolleis, pode ser resumido na pretensão de racionalização do poder, o fim dos privilégios, garantia dos direitos de liberdade, com a nação representando-se a si mesma, gerando identidade ou quase-identidade entre governantes e governados. Com o Terror, no entanto, o entusiasmo constitucional revolucionário se encerra, sendo substituído pela reação conservadora e pelo romantismo político. O medo da revolução fortalece o princípio monárquico. O novo ideal constitucional é o de uma monarquia constitucional, com bicameralismo, voto censitário, separação de poderes, direitos individuais e as garantias do *Rechtsstaat*.

[...]

O constitucionalismo europeu da primeira metade do século XIX é, marcadamente, um constitucionalismo monárquico, com uma estrutura dualista e balanceada entre rei e parlamento, buscando limitar o poder real com a constituição escrita (BERCOVICI, 2008, p. 164-165).

---

<sup>8</sup> Vale ressaltar que no espectro autoritário também houve contundentes críticas ao paradigma liberal, como a realizada por Carl Schmitt (2006, p. 54): “a burguesia liberal quer um Deus, mas ele não pode tornar-se ativo; ela quer um monarca, mas ele deve ser impotente; ela exige liberdade e igualdade e, apesar disso, limitação do direito eleitoral às classes possuidoras para que educação e posse garantam a necessária influência sobre a legislação, como se educação e posse dessem o direito de oprimir pessoas pobres e incultas; ela extingue a aristocracia de sangue e de família, mas permite o desavergonhado domínio aristocrático do dinheiro, a mais ignorante e ordinária forma de aristocracia; ela não quer nem a soberania do rei nem a do povo. Que ela quer na verdade?”. Em outra de suas conhecidas obras, o jurista alemão destaca a questão da “negação do político” ínsita ao liberalismo individualista (SCHMITT, 2009, pp. 75-76): “Mas a questão que se coloca é sobre a possibilidade de se obter uma idéia especificamente política a partir do conceito puro e conseqüente do liberalismo individualístico. A resposta há de ser negativa, pois a negação do político, contida em todo individualismo conseqüente, conduz a uma prática política da desconfiança contra todos os poderes políticos e formas de Estado imagináveis, mas nunca a uma própria teoria positiva de Estado e política”.

É que de classe revolucionária em luta contra o despotismo monárquico a burguesia se converteu, rapidamente, em classe detentora do poder político e econômico, mesmo quando não ocupou diretamente o Estado, e o despotismo agora temido pela sociedade burguesa em gestação era outro. Não mais o do monarca absolutista prenhe de um poder desmedido, o que também foi solucionado pela constituição, mas um pretense despotismo das massas. Zippelius (1997, p. 375), neste sentido, destaca a diferença entre o conceito liberal de liberdade e o conceito democrático de liberdade. O liberal coloca em destaque a liberdade dita negativa, que compreende a liberdade de ação do indivíduo diante do Estado, protegida por direitos fundamentais que protegem o cidadão de uma interferência indevida por parte do poder público, enquanto a liberdade democrática diz respeito à liberdade do *status activus*, ou seja, o espaço de liberdade de atuação do cidadão na formação da vontade coletiva. Mas, segundo o autor, quando ambas as liberdades (que “não convergem necessariamente”) não estão associadas há real perigo do exercício de “uma tirania muito pouco liberal”, consistindo “num domínio da multidão sem garantia de liberdade contra ela”.

Esta concepção é claramente influenciada pela leitura liberal que irá identificar qualquer atuação popular com possibilidade de autoritarismo da maioria, como reativação de uma espécie de “jacobinismo”. O anseio é o de “terminar a revolução” de forma definitiva, resolvendo a questão da soberania e marginalizando a teoria do Poder Constituinte. O encobrimento deste é central ao Estado Liberal, assim como o uso dos eventos revolucionários, no correr do século XIX, para associação entre democracia e tirania. Assim, as constituições perdem seu teor revolucionário como elemento basilar para a mudança social radical, refletindo, em vez disso, um modelo político marcado pela moderação, submetido ao império da lei e equilibrado em suas relações entre o Poder Executivo (monárquico, em larga medida) e o Legislativo, principal *locus* de manifestação do poder político conquistado pela burguesia (BERCOVICI, 2008, p. 168, 169).

Mesmo Habermas (2003, p. 134) admite que “os liberais evocam o perigo de uma ‘tirania da maioria’, postulam o primado de direitos humanos que garantem as liberdades pré-políticas do indivíduo e colocam barreiras à vontade soberana do legislador político”.

Em síntese, pode-se afirmar que

O constitucionalismo, e o direito constitucional, estão estreitamente vinculados com o liberalismo. O Estado misto vai ser visto como a melhor forma de governo. O governo constitucional representativo, ao misturar elementos democráticos com elementos não democráticos, configura, nas palavras de Manin, a “constituição mista dos tempos modernos”. O constitucionalismo do século XIX se coloca em confronto com a revolução e seus corolários: poder constituinte, soberania popular e expansão

da democracia. A valorização da constituição como norma é utilizada para fazer frente ao discurso revolucionário da soberania popular. O constitucionalismo busca a estabilidade ameaçada pela interpretação radical e democrática da revolução. Mais do que isso, o ciclo polibiano das formas de governo vai ser imobilizado pela pretensão de eternidade do liberalismo (BERCOVICI, 2008, p. 176).

O “risco do ‘despotismo democrático’ vai ser combatido com o discurso do Estado de direito fundado na oposição entre direito e política”. E o direito público ocidental se afirma opondo-se à soberania popular, entre os séculos XIX e XX, sendo que a soberania estatal, o Estado de Direito e a Constituição do Estado privada de uma origem popular, passam a ser os sustentáculos do sistema de direito público (BERCOVICI, 2008, p. 281-282).

Neste sentido, Paulo Bonavides destaca, em tese clássica (2014, p. 40), que para o liberalismo o Estado sempre foi tido como elemento atemorizador do indivíduo, sendo o poder político o maior inimigo da liberdade. Haveria, portanto, uma patente antinomia para o pensamento liberal clássico, já que o poder era imprescindível ao ordenamento jurídico e, outrossim, o principal turbador do livre exercício das potencialidades do indivíduo burguês. O sujeito era, destarte, plenamente livre na sociedade civil, à qual deveria restar apartada da instituição estatal, para que não houvesse interferências indevidas. Para tanto, a formação de um Estado de Direito seria fórmula encontrada por tais pensadores para proteção de, ao menos, uma parte da liberdade plena da qual os indivíduos hipoteticamente gozavam numa realidade pré-estatal, o “estado de natureza” do vocabulário contratualista. O Estado Liberal de Direito seria submetido, no novo contexto, à proeminência da liberdade individual, devendo ser este direito natural preservado, e funcionando a instituição estatal como “serva” do cidadão. Este *Estado Gendarme* se eximia de qualquer responsabilidade pela promoção do bem-estar de sua população, o que só poderia ocorrer se os cidadãos pudessem exercer livremente suas capacidades, sem qualquer intromissão do poder público. A este cumpriria apenas a manutenção da segurança, a proteção da propriedade privada, a manutenção da ordem pública, tudo em prol da continuidade e do desenvolvimento da acumulação capitalista.

Foi a burguesia que formulou os “princípios filosóficos de sua revolta social”, passando de classe dominada a dominante, generalizando seu pensamento como se representasse um ideal comum a todos os componentes da sociedade. Mas, quando de sua assunção ao poder político, não se observou o interesse na manutenção do caráter universal dos princípios estipulados pela classe burguesa, sustentando-os apenas formalmente, restando deles excluída a maior parte da população (BONAVIDES, 2014, p. 42-43).

Assim, o Estado Liberal erigido pelo constitucionalismo pós-revolucionário significou o triunfo do princípio liberal sobre o princípio democrático. E, “na estreiteza de sua formulação

habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise”. Como já mencionado, a liberdade política era formal e restrita e, como tal, tornou-se inócua com relação à questão social advinda da espoliação dos trabalhadores nas fábricas e no campo (BONAVIDES, 1993, p. 57-58, 184).

O Estado deveria se abster de qualquer pretensão intervencionista, o que era associado ao paternalismo pela tradição liberal, ficando livre o indivíduo para o desenvolvimento de suas atividades econômicas. Zippelius (1997, p. 378-379) aponta um “optimismo grandioso” a embalar este pensamento que, no entanto, fracassou na concepção de uma instituição estatal que apenas viabilizasse a atuação desimpedida de indivíduos, mas sem interferir na realidade socioeconômica, já que esta possuía suas próprias leis. É que a pretensa liberdade econômica redundou numa exploração inaudita dos operários nas indústrias, restando ao proletariado a liberdade de escolha entre a indignidade e a fome.

No séc. XIX, principalmente, evidenciou-se que este esquema de Estado de Direito burguês era inócuo, de excessiva abstração, sem fulcro na realidade social. A conformação liberal da primeira versão do constitucionalismo contribuiu para a manutenção de um quadro de gritantes injustiças sociais, como era de se esperar, o que gerou intensas mobilizações das classes exploradas. O aspecto ideal dos pilares do liberalismo conduziu à negação prática dos mesmos na história. A liberdade à época defendida levou, paradoxalmente, a graves situações de arbítrio, com a vulnerabilidade e exposição das classes trabalhadoras a condições de espoliação talvez ainda mais intensivas que as da servidão medieval. As liberdades e a igualdade abstratas, bem como o resguardo incondicional da propriedade privada, terminaram por enredar um período de intensa exploração das classes populares e, conseqüentemente, de uma acumulação inaudita de capital nas mãos das elites, tendo as revoluções industriais intensificado a desumanidade das condições de trabalho nas fábricas. Isso porque, a igualdade do liberalismo representava uma mera formalidade que servia, sob seu “manto de abstração”, à desigualdade social, política e econômica, escamoteando a “nua contradição entre a liberdade do liberalismo e a escravidão social dos trabalhadores”, que morriam de fome e opressão enquanto Tribunais e legislações repetiam o anódino brado da igualdade de todos os homens diante da lei. (BONAVIDES, 2014, p. 43, 59, 61; CARVALHO NETTO, 2000, p. 479).

## CONCLUSÃO

O presente artigo pretendeu proceder à crítica do constitucionalismo liberal, buscando entender as nuances de sua realização histórica e os modelos de Estado a ele correlatos. A versão inaugural do constitucionalismo estava calcada numa concepção individualista, na proteção à liberdade individual, elementos tão caros à teoria liberal, bem como na proteção da “sagrada” propriedade privada burguesa.

Um constitucionalismo erigido contra a revolução, a soberania popular, o poder constituinte e a democracia radical, dando forma a um Estado de Direito com a pretensão (desmedida) de conformar todas as relações sociais, e que tinha o “império da lei” como seu pilar fundamental.

O que se viu foi a formação de um Estado liberal capitalista que se de um lado consagrou a igualdade formal, de outro protegia os direitos da burguesia em detrimento da igualdade material. Em apertada síntese, tentou-se demonstrar que o constitucionalismo e o Estado de Direito liberais serviram ao propósito de amainar a energia emancipatória advinda das revoluções burguesas, em prol da segurança e estabilidade necessárias ao desenvolvimento do sistema socioeconômico capitalista. As constituições, a princípio componentes das pautas revolucionárias, passaram a chancelar a nova ordem instaurada e a figurar como elemento de moderação, de proteção da ordem contra mudanças radicais.

O que se verificou, de fato, foi a oposição entre política e direito, servindo a forma jurídica como arcabouço protetor das instituições vigentes e do sistema capitalista que se consolidava à época. O princípio liberal se sobrepôs ao princípio democrático e o Estado passou a ser um “mal necessário”, agindo para que a estabilidade fosse garantida através de seu braço armado, quando necessário.

Da crise do paradigma liberal, inaugurador do constitucionalismo, advém a premência de construção de um novo paradigma constitucional que tente ir além da ideologia individualista, da defesa de um Estado mínimo, preocupado com a garantia da propriedade e manutenção da ordem e da segurança jurídica. A questão social nele engendrada precisava ser amenizada sob pena de se pôr a perder todo o edifício institucional erigido pelo constitucionalismo.

Mas este foi apenas o começo da história do constitucionalismo, num processo que ainda está em aberto e cuja realização plena demandaria a intensificação da soberania popular e do poder constituinte do povo como instâncias permanentes (Cf. MÜLLER, 2003), incessantes, que não deixem o elemento democrático se perder na racionalidade cristalizadora do Estado de Direito de cariz liberal.

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- BAILYN, Bernard. **As origens ideológicas da Revolução Americana**. Bauru (SP): Edusc, 2003.
- BAKER, Keith Michael. “Constituição”. In: FURET, François e OZOUF, Mona. **Dicionário crítico da Revolução Francesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BERCOVICI, Gilberto. O Ainda Indispensável Direito Econômico. In: Maria Victoria de Mesquita Benevides; Gilberto Bercovici; Claudineu de Melo. (Org.). **Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DALLARI, Dalmo. **Constituição e Constituinte**. São Paulo: Saraiva, 1984.
- DÍAZ, Elías. **Estado de derecho y sociedad democrática**. 4. ed. Madrid: Cuadernos para el Diálogo, 1976.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trotta, 2001.
- FURET, François; OZOUF, Mona. **Dicionário crítico da Revolução Francesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LIMONGI, Fernando Papaterra. "O Federalista": remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco (org.). **Os Clássicos da Política**. São Paulo: Ática, 2011.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. t. 3.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** 3.<sup>a</sup> ed. Trad. Peter Neumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Crise e desafios da Constituição**. 1.<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Crise e desafios da Constituição**. 1.<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARTRE, Jean-Paul. **A náusea**. São Paulo: Nova Fronteira, 2011.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. 1.<sup>a</sup> ed. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político/Teoria do Partisan**. 1.<sup>a</sup> ed. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10.<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

WEFFORT, Francisco (org.). **Os Clássicos da Política**. São Paulo: Ática, 2011.

VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. Lisboa – PT: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Submissão: 15/05/2019 Aprovação: 30/06/2023