

A FORMAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

Alyrio Batista de Souza Segundo

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

Professor do Centro Universitário de

João Pessoa – UNIPÊ

Professor da Escola Superior do Ministério Público da Paraíba

1. A contribuição inglesa e o *rule of law*

O sistema absolutista de governo criou um espírito nacionalista que resultou em um direcionamento para o exercício do poder em nível nacional, em detrimento do poder feudal ou local. Nesse contexto, pode-se dizer que foi na Inglaterra que o poder irrestrito do rei, já pelos anos de 1200, começou a ser primeiramente contestado, pois um certo “jogo de forças” entre a nobreza e a monarquia subsistia, apesar do predomínio do poder real sobre a fidalguia.

Nessa época, começava a germinar a semente do Estado de Direito, que, como tantas outras instituições políticas do Estado contemporâneo, inspirou-se em um sistema denominado pelos ingleses de *rule of law*. Esse princípio, que se traduziria genericamente por “supremacia do direito” ou “domínio da lei”, caracterizou-se pelo conjunto de três princípios: predomínio absoluto das normas (claras e consistentes) de direito comuns a todos, excluindo qualquer poder arbitrário por parte do governo; igual sujeição de todos, inclusive das autoridades, à lei e aos tribunais comuns; consagração, pelo direito comum, das liberdades do cidadão, garantidas igualmente pelos tribunais ordinários.

O sistema jurídico inglês era predominantemente não-escrito, no sentido de que as normas não se continham em leis materializadas, mas se consubstanciavam em decisões judiciais, baseadas em costumes locais (*law of the land*)¹. Todavia, é certo que, desde o século XIII, esse direito consuetudinário local foi objeto de uma triagem realizada pelos juízes designados pelo monarca. Tendo formação jurídica haurida do velho direito romano, os magistrados

¹ Petr Ivanovich Stucka anota como era feita a transmissão do direito consuetudinário: “Os costumes transmitidos oralmente têm em geral uma forma poética e exprimem-se freqüentemente por meio de rimas. Também isto é compreensível, pois, para transmitir oralmente fatos importantes, como, por exemplo, os

apuraram esses hábitos e os adequaram a uma visão mais ampla e racional do justo.² Nessa época, estava estabilizada a *common law*, o sistema desenvolvido pelas cortes reais contra os usos locais que não conseguiam se impor ou ser o direito comum de todo o reino.³ Dentre as regras que essa “jurisprudência” explicitou, têm lugar destacado as que configuraram o *due process of law*, que era justamente a garantia de todas as outras.

Convém registrar que os julgadores só ampliaram sua competência caso a caso (*super casum, on the case*). Os elementos básicos desse “direito” foram as liberdades e as garantias que hodiernamente se qualificam de direitos humanos fundamentais, destacando-se: a liberdade pessoal, o direito de propriedade, a liberdade de expressão do pensamento, etc. Note-se que a idéia de *rule of law* está estreitamente ligada à própria história das liberdades políticas e das garantias individuais (principalmente no âmbito penal). Sua proclamação se deu por meio de pactos constitucionais, dos quais o primeiro e mais importante foi a *Magna Charta Libertatum*, de 1215.

Explicita-se que foi uma conjuntura de arbitrariedades que levou os barões a uma atitude extrema: decidiram que era preciso obter do soberano, mesmo pela força, uma espécie de “carta de liberdades”. Os nobres, então revolucionários, proclamaram-se exército de Deus, entraram em Londres e obrigaram o rei a assinar o verdadeiro fundamento da liberdade nacional inglesa.⁴ Esse documento histórico tornou-se um símbolo da liberdade humana e foi usado como fundamento para exigências posteriores de julgamento por júri, proteção contra prisão ilegal e garantia de nenhum imposto sem representação.⁵

mandamentos da ‘divindade’ ou dos antepassados, era necessário revesti-los de uma forma imutável: ‘não conseguirás mudar as palavras de uma canção.’ (STUCKA, Petr Ivanovich. *Direito e luta de classes*: teoria geral do direito. Trad. Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988, p. 120).

² Vide FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 98.

³ Saliente-se que, como o sistema imposto era um “feudalismo centralizante”, o rei, considerado como “senhor de todos os senhores”, exigia o direito de resolver as questões de detenção da terra, passando a intervir nas disputas locais, ou mandando seus juízes em circuito ou ouvindo os casos na *King’s Courts* e *King’s Bench*. Em tal método, o súdito pedia ao monarca uma proteção junto à *Curia Regis*, ao que o *Lord Chancellor* emitia um *breve* ao *sheriff* local. Estes *writs* tornaram-se fórmulas prontas e típicas e eram concedidas desde que pedidas e pagas adequadamente (LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*: lições introdutórias. São Paulo: Max Lemonad, 2000, p.78).

⁴ O ato histórico de assinatura da Magna Carta ocorreu em Runnymede, um campo às margens do rio Tâmisa, a sudoeste de Londres, onde hoje existe um monumento.

⁵ Por ser importante, transcreve-se o capítulo XXIX da *Magna Charta regis Johannis de libertatibus Angliae*: “Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur, aut disseisietur, aut aliquo modo destruat de

Apesar de, na sua essência, apenas restringir-se a confirmar o velho direito saxônico, a Magna Carta constituiu-se em uma inestimável contribuição para a formação do Estado de Direito, visto que celebrou o início de uma nova fase. Ela fundamentou-se em uma verdadeira conquista libertária, pois aboliu a jurisdição dos *sheriffs* reais em matéria penal e proibiu a prisão injusta, determinando que as pessoas livres só poderiam ser julgadas pelos seus pares. Indubitavelmente, uma nova era se abria, cheia de regras promissoras e louváveis, e isso sem exclusão dos precedentes, como todas as idades novas da história britânica.

Foi por essa época que surgiu o júri popular inglês, servindo de referência até os dias de hoje. O novo sistema despontou quando foram abolidas as ordálias e os juízos de Deus pelo Concílio de Latrão. Nesse contexto, diante do sistema inquisitivo predominante em toda a Europa continental, no qual imperavam os processos secretos e as torturas, pode-se dizer que a Inglaterra saiu na vanguarda, entendendo que o acusado deveria ser tratado como um *gentleman*, ou seja, com respeito à dignidade humana.

Pode-se dizer que a Magna Carta foi o centro de ação do sentimento nacional. Ela irradiou-se e estabeleceu-se na alma dos ingleses, como símbolo da memorável luta épica que os senhores feudais sustentaram, criando, em plena Idade Média, uma sociedade consciente. Não há como negar que a Magna Carta define bem a sua época, salientando o ideal e moldando as suas virtudes. Ademais, esse documento deu um passo decisivo no sentido do desenvolvimento de um governo constitucional na Inglaterra, trazendo contribuições à formação do Estado de Direito. Mais tarde, muitos outros países foram beneficiados por ela, recebendo as suas influências, pois seguiram as leis inglesas na criação de seus próprios governos. Entre esses países, podem-se citar os Estados Unidos da América e o Canadá.⁶

Todavia, infelizmente, o povo inglês beneficiou-se muito pouco, visto que os direitos eram conferidos muito mais à aristocracia do que à plebe. É

aliquo libero tenemento suo, vel libertatibus, liberis consuetudinibus suis, nec super eum ibimus, nec super eum in carcerem mitemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae. Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus rectum aut iustitiam."

⁶ Para ilustrar a importância desse documento, que consistiu em uma das grandes vitórias no desenvolvimento dos ideais democráticos, impende trazer a lume a lição de Carl Schmitt: "La Magna Carta inglesa de 15 de Julio de 1215 suele designar-se como modelo y origen de las modernas Constituciones liberales. El desarrollo del Derecho político de Inglaterra tomó un curso peculiar,

errôneo, então, afirmar que a Magna Carta garantia as liberdades individuais de todos os homens. Albert Noblet,⁷ com propriedade, afirma que tal documento era uma carta feudal, idealizada com o propósito de proteger os privilégios dos nobres e os direitos dos homens livres. Todavia, estes ainda eram tão poucos que podiam ser contados e nada de novo se fez a favor dos que não eram livres.

De outra banda, urge esclarecer que a Magna Carta nada mais era do que uma declaração (*bill*) de direitos. Importantíssima é verdade, mas nem por isso se pode considerá-la como aquilo que, em linguagem moderna, se denomina “lei de reforma”. Porém, em sua época, o maior feito desse documento foi conseguir submeter o rei à lei e colocar em questão o poder real. Consubstanciou, portanto, o esquema básico do desenvolvimento constitucional inglês, servindo de arrimo para que fossem extraídos os fundamentos da ordem jurídica democrática.

O Parlamento, proveniente da Idade Média, era composto da Câmara dos Comuns e da Câmara dos Lordes. Houve, na Inglaterra, uma fusão entre parte da nobreza menos influente e o Terceiro Estado, redundando na formação da Câmara dos Comuns. A Câmara dos Lordes era formada pelos grandes senhores feudais.⁸ Corriqueiramente, os suseranos eram convocados pelo rei a se reunirem no Parlamento para discutirem os custos necessários ao financiamento de algumas guerras.

A dinastia dos *Tudors* manteve a preponderância do poder real de 1485, final da Guerra das Duas Rosas, até o ano de 1603. Durante esse intervalo de tempo, embora o rei convocasse o Parlamento reiteradamente, permanecia ele desempenhando o seu poder de forma absoluta, tanto quanto o rei da França. O soberano exercia sua jurisdição local, nomeando magistrados de sua confiança, que habitualmente eram indivíduos de boa reputação nas localidades. Existia sempre uma relação de dependência recíproca entre o rei e o Parlamento. Este, com representatividade local, tentava impor-se ao rei por meio da edição dos

porque los señores feudales y estamentos de la Edad Media (alta nobleza, caballeros y burguesía inglesa) y su representación (la Cámara de los lores y la Cámara de los Comunes) pasaron en un proceso lento e insensible a las condiciones propias del Estado moderno...” (SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1996, p. 164).

⁷ Cf. NOBLET, Albert. *A democracia inglesa*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Ed., 1963, p. 28.

⁸ Vide CRUMP, C. G.; JACOB, E. F. *El legado de la edad média*. Madrid: Ediciones Pegaso, 1950, p. 614.

Bill of Rights. Todas as vezes que o rei convocava o Parlamento para aprovar recursos financeiros, o colegiado, vislumbrando a possibilidade de barganha, impunha-lhe condições.⁹

A petição de direitos (*Petition of Rights*), como o próprio nome sugere, foi um documento encaminhado ao monarca em que os membros do Parlamento pediram o reconhecimento de diversos direitos e liberdades para os súditos. Tratou-se de um meio de transação entre a aristocracia e a monarquia, tendo esta cedido, pois a aristocracia já detinha o poder financeiro. Dessa forma, o rei não poderia gastar dinheiro sem autorização parlamentar.¹⁰ Assim, necessitando de dinheiro, assentiu ao pedido, anuindo-o nos seguintes termos: “*Qua quidem petitione lecta et plenius intellecta per dictum dominium regem taliter est responsum in pleno parlamento, viz. Soi droit fait come est desiré*”.¹¹

Todavia, o Rei Carlos I não adimpliu as resoluções desse acordo. Houve, inevitavelmente, um confronto entre os parlamentares e o monarca. Com o início da luta armada em 1642, Oliver Cromwell¹² tornou-se o principal líder do Parlamento. O governo daí resultante foi uma República Ditatorial Militar, regime até então desconhecido na Inglaterra. Oliver Cromwell morreu em 1658 e com ele foi afastada a ditadura. Houve uma fase de transição na qual seu filho, Richard, governou e tentou continuar a obra do pai, mas não teve a capacidade necessária para exercer o poder. Após várias disputas, renunciou e o povo inglês, reimplantando

⁹Apenas para exemplificar, o Rei Carlos I, quando avocou a autoridade inglesa, resolveu declarar guerra à França, com o objetivo de defender os huguenotes de *La Rochelle*, que também eram protestantes e lhe haviam pedido auxílio. O soberano convocou o Parlamento, que lhe forneceu os subsídios imprescindíveis para a empreitada. Porém, sucedeu que os ingleses perderam a batalha e tiveram que retornar. Ato contínuo, o rei e os nobres acusaram-se mutuamente acerca das responsabilidades pelo fracasso bélico. O soberano, então, dissolveu, por duas vezes, o Parlamento, convocando outros, no intuito de conseguir ajuda pecuniária. Um terceiro Parlamento foi convocado e concordou em prover mais subsídios, mediante a aprovação de um “ato de direitos” (*Bill of Rights*), que, sabiamente, impunha restrições ao exercício do poder régio.

¹⁰ Vide MOSCA, Gaetano. *História das doutrinas política*: desde a antigüidade. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1962, p. 161-168.

¹¹ “Petição que, de fato, tendo sido lida e inteiramente compreendida pelo dito senhor rei, foi respondida em Parlamento pleno, isto é: seja feito o direito conforme se deseja”.

¹² Oliver Cromwell nasceu em Huntingdon e era de família pertencente à nobreza rural. Poucos homens na história inglesa inspiraram tanto amor e respeito, e ao mesmo tempo medo e ódio. Ele era conhecido como um homem de vontade de ferro, fiel a princípios morais elevados. Até os anos 40 ele não havia tido nenhuma experiência militar, mas era um gênio combatente nato. Treinou sua cavalaria até conseguir os mais disciplinados regimentos da Inglaterra. Escolhia seus soldados tanto pelo fervor religioso como por suas aptidões militares, não tendo nunca perdido uma batalha.

a monarquia, recebeu de braços abertos o Rei Carlos II, já que seu pai tinha sido condenado à morte.

Diferentemente do pai, Carlos II não aspirava a exercer um poder absoluto, pois almejava uma relação de interdependência entre o monarca e o Parlamento. Nesse diapasão, com representatividade local, o Parlamento impunha-se ao rei, através dos *bill of rights*. Cada vez que o rei reunia o Parlamento para levantar recursos financeiros, este lhe impunha um “ato de direitos”. Assim, gradativamente, por meio desse “jogo de forças”, a autoridade parlamentar foi se fortalecendo, transferindo para si o poder de governo.

Por essa época, foi dado um grande passo para a liberdade individual, por meio do *Habeas Corpus Act*, de 27 de maio de 1679. Sua relevância foi tão grande que muitos o denominam de “a outra Magna Carta”, pois a violação da faculdade de ir e vir passou a criar o “direito ao mandado” (*right to the writ*). Esse documento reforçou as reivindicações de liberdade humana, tornando-se, desde logo, e com as alterações posteriores, a mais consistente garantia da liberdade individual. Afinal, foi retirada dos déspotas uma das suas armas mais preciosas, qual seja, a prisão arbitrária.¹³

Em 1685, morreu Carlos II, assumindo em seu lugar, como sucessor, seu irmão Jaime II, conhecido por ser um fervoroso católico, com tendência absolutista. Todavia, estava com idade avançada e tinha duas filhas protestantes, provenientes do primeiro casamento. Quando nasceu seu terceiro filho, agora com a segunda mulher, este foi batizado na Igreja Católica. Ocorre que o direito do príncipe excluía da sucessão as filhas protestantes do rei. Por isso, o Parlamento sentiu o temor de instalar-se novamente uma dinastia católica com tendências absolutistas.

Procurando evitar a iminência de tal risco, o Parlamento firmou um acordo com o príncipe Guilherme de Orange, casado com a filha mais velha

¹³ Sua importância tem sido muito discutida por alguns autores. Por esta razão, faz-se mister situar o problema histórico no plano técnico, recorrendo-se às lições de Pontes de Miranda: “As liberdades têm de ser exercidas. Daí o tríplice problema: o de conceituação científica (enunciado); o da asseguuração (e.g., inclusão na Declaração de Direitos); o das garantias. A felicidade dos Ingleses foi terem conseguido as três, de modo a completarem cedo a evolução política (1215-1679). E tê-las exigido antes dos outros povos europeus – o que lhes permitiu desenvolverem-se mais, e mais rapidamente. A garantia do *habeas corpus* confirma o senso prático dos Ingleses e ainda hoje é o melhor remédio de liberdade e o único eficiente.” (MIRANDA, Pontes. *História e prática do habeas corpus*. Campinas: Bookseller, 1999. Tomo I, p. 94).

de Jaime II, para a deposição do rei. Assim, em 1688, Guilherme invadiu a Inglaterra com seu exército, recebendo o apoio do Parlamento inglês. Diante da impopularidade do monarca, não existiram maiores obstáculos para a sua derrubada. O rei deposto refugiou-se na França. E assim, sem maiores delongas, Guilherme de Orange e Maria, sua esposa, foram proclamados, respectivamente, rei e rainha da Inglaterra. Efetivou-se, dessa feita, o que os ingleses chamaram de “Revolução Gloriosa”, estabelecendo-se, finalmente, a supremacia do Parlamento. John Locke¹⁴ foi o filósofo dessa transformação, declarando que a autoridade máxima em assuntos políticos pertencia ao povo. O propósito fundamental do governo, dizia ele, era proteger a vida, a liberdade e a propriedade do povo.

As teorias epistemológicas de Locke foram expostas em *Essay concerning human understanding (Ensaio sobre o entendimento humano)*, publicado em 1690, no qual fundamentou sua doutrina empirista. Ele negava radicalmente que existissem idéias inatas, tese defendida por Descartes. Quando alguém nascia, fundamentava ele, sua mente era como uma página em branco que a experiência iria preencher. O conhecimento seria produzido em duas etapas: *a priori*, a fase da sensação, impulsionada pelos sentidos; *a posteriori*, a fase da reflexão, que sistematizaria o resultado das sensações.

Originam-se assim idéias simples, produtos da sensação, bem como concepções complexas, provenientes da reflexão. O objeto do conhecimento, por assim dizer, seriam as idéias, sendo impossível saber se estas corresponderiam ou não à realidade objetiva das coisas que as suscitaram na mente. De acordo com isso, Locke negou o conceito de substância, o qual, segundo ele, seria apenas uma forma de proporcionar sustentação comum a uma série de idéias como cor, som e outras coisas, que podem ou não existir na realidade. O mundo, portanto, seria conhecido apenas de forma indireta e, por isso, toda teoria constituiria uma hipótese, não uma certeza, e deveria ser sempre suscetível de verificação.¹⁵

¹⁴ Nascido em Wrington, perto de Bristol, Locke estudou filosofia, medicina e ciências naturais. Em 1666, conheceu Anthony Ashley Cooper, que mais tarde veio a ser o primeiro conde de Shaftesbury. Os dois tornaram-se amigos íntimos, razão pela qual, quando o conde esteve envolvido em conspirações contra o rei, a suspeita também recaiu sobre ele. O filósofo, então, mudou em 1683 para os Países Baixos, onde conheceu os príncipes Guilherme e Maria de Orange, que, posteriormente, assumiram o poder real, brotando uma sólida e respeitada amizade, fazendo com que ele fosse considerado uma das pessoas mais influentes da corte, oportunidade em que se dedicou à publicação de suas obras.

¹⁵ Para maiores detalhes sobre a teoria em comento, vide LOCKE, John. *Ensaio sobre o entendimento humano*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

Tais formulações, evidentemente, negavam a possibilidade de uma demonstração da existência de Deus, que, não obstante, seria acessível pela revelação e pela intuição. Homem de fé, Locke já havia publicado anonimamente, em 1689, sua *Epistola de tolerantia* (*Carta sobre a tolerância*), a que se seguiram duas outras com o mesmo título. Na obra, expõe sua convicção de que todos os sistemas religiosos corresponderiam a um substrato comum, espécie de religião natural, e de que as idéias religiosas só poderiam ser assumidas de forma livre, nunca por coação. No pensamento de Locke, isso ocorreria também com a liberdade. Ele acreditava que o homem, por sua natureza, tinha certos direitos e deveres. Esses direitos incluiriam a liberdade, a vida e a propriedade. Ao falar de liberdade, ele referia-se à igualdade política. A tarefa de qualquer Estado seria proteger os direitos humanos, pois os Estados incomodam os indivíduos de várias maneiras. Portanto, raciocinava ele, a justificação para a existência do Estado deveria ser encontrada em sua capacidade de proteger os direitos humanos. Nesse sentido, afirmou que, se o governo não agisse de modo adequado a proteger os direitos dos cidadãos, estes teriam o direito de procurar outros governantes. Julgava, então, que as pessoas deveriam decidir quem iria governá-las. Dessa forma, foi o primeiro a sustentar que o poder dos governos nasce de um acordo livre e recíproco, bem como a defender a separação entre os poderes Legislativo e Judiciário.

Incentivado por essa concepção e diante de uma situação favorável, em 1689, o Parlamento aprovou a declaração de direitos, assegurando ao povo os direitos civis básicos. Era o segundo *Bill of Rights*, importantíssimo para a democracia. Em tal documento, formalizou-se a supremacia do Parlamento e foram limitados os poderes reais. Disso surgiu, para a Inglaterra, a monarquia constitucional, submetida à soberania popular, superando a origem de direito divino. Essa declaração de direitos serviu de inspiração ideológica para a formação das democracias liberais da Europa e da América nos séculos XVIII e XIX.

A partir daí, o Parlamento assumiu definitivamente a condição de legislador independente do poder real. O *Act of Settlement* (Ato de Sucessão no Trono), aprovado pelo Parlamento em 1707, completou o conjunto de limitações ao poder monárquico nesse período. Contudo, ainda não se poderia denominar o regime inglês como sendo o parlamentarismo, na concepção atual.¹⁶

¹⁶ O Conselho Privado, a que se fez alusão no *Bill of Right* de 1689, era um corpo político que assistia o soberano no exercício de suas funções políticas, composto de cinquenta a sessenta membros, aproximadamente. O número de integrantes era excessivo, tornando-o pouco apto para exercer as suas funções, quando rapidamente convocado. Era também um estorvo à manutenção de segredos entre tais membros. Dessa forma, no reinado de Carlos II, a fim de evitar esses problemas, reduziu-se tal número aos quatro ou cinco membros mais influentes do Conselho Privado. Estes debateriam os temas mais

Em 1714, o primeiro Rei da Dinastia de *Hanover*, Jorge I, que só falava o idioma alemão, teve a idéia de chamar para o Gabinete os membros mais influentes da Câmara dos Comuns. Por sugestão de Horácio Walpole,¹⁷ conselheiro durante quase vinte anos, o monarca passou a escolher para a composição do Gabinete somente membros do partido majoritário, que na época eram os *Whigs*. Como o soberano sequer entendia a língua utilizada, o colegiado passou a reunir-se sem ele, adquirindo o hábito de simplesmente submeter à sua assinatura as decisões tomadas sem a sua presença. Foi, dessa maneira, que o Gabinete, órgão até então desconhecido pela Constituição inglesa, passou a exercer, de fato, o Poder Executivo.

Jorge II, filho do soberano, seguiu o exemplo do pai, abstendo-se completamente de tomar decisões. Seu sucessor, Jorge III, nascido na Inglaterra, foi o último rei que procurou ainda preservar as prerrogativas da antiga monarquia. Contudo, o seu reinado tornou-se inviável sem o apoio de um dos partidos políticos. Durante o longo reinado de Jorge III, a Grã-Bretanha perdeu suas colônias americanas, mas ele emergiu como líder do poder na Europa. Foi a partir dessa época que um governo parlamentar puro estabeleceu-se na Inglaterra. As importantes alterações ocorridas posteriormente no Parlamento foram decorrentes do sistema eleitoral dos seus integrantes.

Esclareça-se que, naquela faixa cronológica, existiam três correntes doutrinárias divergentes na Inglaterra. A primeira, defendida pelo partido conservador, pregava que apenas os proprietários de terras deveriam exercer o direito de voto. A segunda, por sua vez, entendia que se deveriam enquadrar como eleitores também os proprietários de bens móveis, que eram os grandes “industriais” da época. Por fim, havia uma corrente democrática, influenciada pelos franceses, que defendia o sufrágio universal.

A segunda corrente acabou prevalecendo, mas a corrente democrática ganhou força e respeito, propiciando calorosos debates. Ocorre que a democracia moderna ainda estava muito longe de ser alcançada, principalmente porque as

relevantes e, *a posteriori*, os levariam à reunião plenária do Conselho. Esse grupo reduzido do Conselho, que também atuou nos reinados de Jaime II, de Guilherme II e da rainha Ana, foi denominado, depois, de Gabinete.

¹⁷ Horace Walpole, filho do primeiro-ministro Robert Walpole e quarto conde de Orford, nasceu em Londres, em 24 de setembro de 1717. Ele foi membro do Parlamento entre os anos de 1741 a 1768, porém não se destacou na vida política.

maiores cidades industriais não tiveram representação no Parlamento até 1832, quando foi aprovada a Lei da Reforma. As exigências de ter propriedade para poder votar só desapareceram gradualmente. Em 1918, pela primeira vez, todos os homens puderam votar. Porém, até 1928, as mulheres não tinham esse direito, fato que só se consumou após a Segunda Guerra Mundial. Todavia, não há como negar que os ingleses influenciaram inúmeras nações, principalmente porque evoluíram politicamente muito cedo.

2. A contribuição norte-americana e a consolidação do *rule of law*

Entre as grandes revoluções que mudaram os destinos da civilização ocidental no final do século XVIII, a guerra da independência dos Estados Unidos também foi um marco para a história da democracia. O país surgido desse movimento libertário tornou-se modelo e inspiração para as colônias ibero-americanas em seu desejo de emancipação das potências colonizadoras. Nesse prisma, considera-se Revolução Americana a luta das colônias para se tornarem livres da metrópole. Vitoriosas, as antigas colônias passaram a constituir uma república independente, estabelecida com base em princípios democráticos que, pela primeira vez, ganhavam forma estatal.¹⁸

Os ideais da democracia norte-americana começaram a despontar, apoiando-se nas tradições trazidas para a América do Norte pelos primeiros colonizadores ingleses. Queriam, em suma, que a Magna Carta, a *Petition of Right*, a lei de *habeas corpus*, o *Bill of right* e até mesmo a lei comum os protegessem e os garantissem em sua aventureira emigração das ilhas. As leis antigas vinham gravadas nos seus espíritos, pois, caso fossem apagadas, deixariam de ser o que acreditavam que eram.¹⁹

Embora sob o domínio inglês, as colônias começaram a se tornar sociedades florescentes e prósperas, dando ao cidadão comum bem-estar e oportunidades sem paralelo na Europa e talvez em nenhum outro lugar na história

¹⁸ Iniciada em 1607, a emigração inglesa para a América do Norte deu origem à formação de colônias. Uma das primeiras causas, porém, que concorreu para a guerra de independência foi o abandono em que estas, *ab initio*, encontravam-se. Afinal, os colonos tinham que resolver seus problemas sozinhos, o que lhes dava uma posição de autonomia em relação ao governo metropolitano. Ademais, os ingleses não ficavam a par das condições das colônias, pois, preocupados com os próprios problemas, não lhes dedicavam muita atenção.

¹⁹ Os colonos puritanos que se estabeleceram em Massachusetts, em 1620, por exemplo, uniram-se, assinando o Tratado do *Mayflower*, com o intuito de obedecer apenas a leis justas e iguais.

humana. Então, antes mesmo de se abordar a independência americana, faz-se mister destacar uma data memorável na história jurídico-política dessa nação: o *Agreement of the People*, de 28 de outubro de 1647. Tratou-se de um manifesto que se divulgou na América e teve repercussão profunda, a despeito de não ter sido acolhido pela Câmara dos Comuns. Desse modo, o pensamento em favor da liberdade já receberia como confirmação o *Habeas Corpus Act* de 1679. Então, pôde-se vislumbrar que o continente americano já abria o seu próprio caminho no sentido do direito constitucional relativo à liberdade.

É claro que desbravar sozinho essa senda não seria tarefa fácil. Porém, ao receber a herança inglesa, o povo anglo-saxônico da América teve tal situação amenizada, permitindo, assim, um grande salto no sentido de garantir os direitos fundamentais. Afinal, alimentados pela tradição liberal britânica de monarquia limitada, nascida da “Revolução Gloriosa” de 1688, os colonos consideravam seus direitos e liberdades como idênticos aos dos britânicos.²⁰

Entretanto, em um dos mais infelizes e célebres exemplos de má escolha do momento apropriado, as autoridades britânicas haviam resolvido apertar a frouxa administração, mas isso no exato instante em que os colonos americanos começaram a sentir sua própria identidade separada. As indignadas alegações coloniais sobre despotismo imperial e opressão eram, indubitavelmente, exageradas, mas o endurecimento da política britânica foi, na melhor das hipóteses, inoportuno. Disso resultou não só uma crescente hostilidade à Grã-Bretanha, mas também um senso reforçado de finalidade comum que transformaria os colonos em americanos.²¹

Entrementes, aumentava a importância econômica das colônias, sobretudo depois que a Grã-Bretanha, vitoriosa na guerra contra a França, acrescentou às suas possessões americanas todo o Canadá e as terras situadas entre os montes Apalaches e o rio Mississippi. Após o conflito, encontrando-se

²⁰ Doze anos depois, esses leais súditos britânicos estavam em guerra com a mãe-pátria. Embora as relações com a Grã-Bretanha até 1763 fossem relativamente harmoniosas, a crise dos doze anos seguintes ensinou-lhes que haviam, desde então, desenvolvido um apego profundo à sociedade que estavam criando nas colônias. Um tanto surpresos, descobriram que davam valor à conexão britânica apenas na medida e enquanto ela fosse compatível com seus desejos de preservar e aperfeiçoar uma sociedade norte-americana livre e semi-autônoma.

²¹ Vide SELLERS, Charles; MAY, Henry; McMILLER, Neil R. *Uma reavaliação da história dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990, p. 56.

em difícil situação econômico-financeira, a Grã-Bretanha decidiu exigir das colônias a observância da Lei de Navegação (*Navigation Act*), que limitava grande parte do intercâmbio comercial colonial exclusivamente à metrópole. Reprimia-se também, por via oblíqua, o contrabando. Além disso, o *Sugar Act*, de 1764, que regulamentava o comércio do açúcar, aumentou o descontentamento dos colonos. Especialmente, aqueles que especulavam com a terra foram atingidos em seus interesses pelo decreto que proibia a colonização de áreas situadas além dos montes Apalaches.

Diante da necessidade de manter dez mil soldados ingleses para a defesa das colônias, o Parlamento aprovou em 1765 o *Stamp Act*. O decreto estabelecia várias taxas a serem pagas por documentos legais e oficiais, através dos quais os colonos iriam cobrir as despesas de manutenção das tropas britânicas. A reação foi tamanha que o Parlamento teve de tornar sem efeito o decreto no ano seguinte. Mas aprovou, de imediato, o *Declaratory Act*, em que afirmava ter pleno poder e autoridade para legislar sobre as colônias. Mesmo com a revogação das leis, outros fatores, como a proibição de abrir estabelecimentos fabris, existente desde 1765, iam estimulando um sentimento pela independência e reforçando o instinto de nacionalidade.

Em 1767, um novo decreto, o *Townshend Act*, tornou ainda mais tensas as relações entre a metrópole e as colônias. Esse decreto estabelecia impostos sobre o chá, o chumbo, o papel e o vidro, importados pelas possessões americanas. O dinheiro obtido destinava-se a pagar os funcionários britânicos das colônias. Estes eram muito mal vistos, pela maneira como agiam, pois apreendiam mercadorias de comerciantes honestos e, muitas vezes, praticavam contrabando. A reação dos colonos recrudesciu. Os comerciantes negaram-se a importar mercadorias britânicas, e o líder revolucionário, Samuel Adams, levantou a população de Massachusetts.

Em 5 de março de 1770, ocorreu o chamado massacre de Boston, quando dois regimentos britânicos que tinham sido enviados para conter os radicais daquela cidade entraram em choque com uma multidão, matando várias pessoas. As notícias espalharam-se por todas as demais colônias. E, outra vez, o Parlamento britânico foi obrigado a recuar e anulou, meses mais tarde, o *Townshend Act*.

Após três anos de relativa paz, em 1773, foi aprovada a Lei do Chá (*Tea Act*), com o objetivo de ajudar a Companhia das Índias Orientais a vender seus excedentes de chá nas colônias. Além do elevado preço do produto, os compradores ainda teriam de pagar impostos, e o lucro de sua comercialização

praticamente se reverteria em favor dos agentes da companhia. Em represália, os navios que transportavam chá para as colônias deixaram de ser descarregados, e tiveram de regressar à metrópole. Foi novamente em Boston que os acontecimentos assumiram caráter mais grave. No dia 16 de dezembro de 1773, vários colonos, disfarçados de índios, atacaram três navios no porto e jogaram ao mar toda a carga de chá. Esse incidente, conhecido como *Boston Tea Party*, foi o estopim da revolução.

A Grã-Bretanha viu-se então diante de duas alternativas: ceder mais uma vez ou adotar severas medidas de repressão. Decidindo pela segunda, votou o que os colonos denominaram Leis Intoleráveis (*Intolerable Acts*), das quais a mais enérgica determinava o fechamento do porto de Boston até que os proprietários do chá fossem indenizados.

Os colonos uniram-se para enfrentar a metrópole e, em 1774, realizou-se, na Filadélfia, o I Congresso Continental, com a presença de delegados de praticamente todas as colônias. Foi aprovada, então, a *Declaração de Direitos e Agravos* (*Declaration of Rights and Grievances*), exigindo a revogação das *Intolerable Acts*. O Congresso tentou entrar em acordo com o governo inglês, mas fracassou. Com o assentimento do Rei Jorge III, o governo decidiu reforçar as tropas britânicas nas colônias, a fim de garantir o cumprimento das decisões parlamentares.

Essa situação estava estimulando uma guerra pela independência, que parecia, cada vez mais, iminente. Os colonos passaram a cobrar um governo próprio, opondo-se ao pagamento de impostos sem representação. Em 1775, a guerra eclodiu em Lexington e Concord. Naquele ano, reuniu-se o II Congresso Continental, na mesma época em que se deu a batalha de Ticonderoga, com a vitória dos anticolonialistas. Nessa ocasião, foi criado o exército continental, sob o comando do general George Washington, que declarou a independência das colônias britânicas, em 4 de julho de 1776.

A Declaração de Independência, escrita por Tomas Jefferson e adotada pelo Congresso Continental em 1776, foi um documento clássico da democracia e estabeleceu os direitos humanos como um ideal pelo qual o governo deveria se guiar. O documento foi uma acusação impetuosa ao rei, ao Parlamento e ao povo ingleses, estabelecendo certas verdades óbvias, que eram fundamentais para a causa revolucionária. Dizia a declaração que todos os homens eram iguais e que Deus deu a todos os mesmos direitos à

vida, à liberdade e à busca da felicidade. Para proteger esses direitos, os homens organizariam governos, e os poderes do governo derivariam do consenso dos governados. Entretanto, quando um governo deixasse de preservar esses direitos, era obrigação do povo destituí-lo, para a formação de um novo Governo.²² Era evidente que os colonos não estavam lutando apenas por objetivos específicos, mas também por princípios filosóficos. O espírito despertado pela Declaração de Independência foi um fator imprescindível para o avanço definitivo dos norte-americanos.

No final da Guerra da Independência, a nova nação não passava de uma vaga confederação de Estados. A maioria dos puritanos não confiava na versão ateniense de democracia direta. Eles queriam estabelecer uma república porque temiam que a concessão de muito poder ao povo pudesse levar a um tumulto. Por tal razão, os homens que escreveram a Constituição dos EUA adotaram o sistema de dividir o poder entre o governo federal e os Estados-membros. Também estabeleceram que os poderes federais fossem divididos em Legislativo, Executivo e Judiciário. Além disso, determinaram que o presidente seria eleito por um colégio eleitoral e não pelo voto direto do povo.

A Constituição norte-americana é outro marco relevante na feitura do conceito de *rule of law*. Com efeito, os revolucionários americanos não só consolidaram o valor normativo supremo do texto constitucional (*higher law*), estabelecendo assim a própria concepção de um Estado constitucional democrático, como também afirmaram as propriedades procedimentais e substanciais que caracterizam o “domínio da lei”. Essas propriedades substanciais estão contidas em sete das dez emendas que compõem a célebre “Declaração Americana de Direitos”.

A Constituição dos EUA, inicialmente, não continha uma declaração dos direitos fundamentais do homem. Todavia, para entrar em vigor, dependia da ratificação de pelo menos nove dos treze Estados independentes. Essa exigência tinha o objetivo de fazer com que condicionassem as suas adesões à

²²Apenas para ilustrar como esse documento foi importante para a história dos direitos fundamentais do homem, cite-se outra lição de Carl Schmitt: “*La historia de los derechos fundamentales comienza propiamente con las declaraciones formuladas por los Estados americanos en el siglo XVIII, al fundar su independencia respecto de Inglaterra. Aquí, en verdad, se indica el comienzo – según una frase de Ranke – de la Era democrática – más exacto: liberal – y del moderno Estado de Derecho liberal-burgués, si bien aquellas declaraciones americanas estaban, como ‘Bill of Rights’, en la línea de la tradición inglesa. La primera declaración (modelo, según G. Jellinek, ‘La declaración de derechos del hombre y del ciudadano’, ed. Alemana, pág. 18) fue emitida por el Estado de Virginia e 12 de junio de 1776...*”. (SCHMITT, Carl. *Op. cit.*, p. 164).

feitura de uma “Carta de Direitos”, em que se garantissem os direitos fundamentais dos indivíduos. Naquele momento, era mais fácil acrescentar tal exigência após a ratificação da Constituição, por intermédio de emendas, do que buscar corrigir esse defeito antes da ratificação. Foi, então, confiado esse desiderato a Tomas Jefferson e James Madison, dando origem às primeiras emendas constitucionais.²³ Estas, no dizer de José Afonso da Silva,²⁴ constituíram-se no *Bill of Rights* do povo americano.

O mecanismo norte-americano para emendas estabelece um processo tão complexo, que as torna um dos documentos constitucionais mais rígidos hoje em vigor.²⁵ A dificuldade de se emendar a Constituição levou a Suprema Corte, nas décadas seguintes, a assumir papel cada vez mais crítico na atualização do conteúdo constitucional. E o fez por intermédio de uma interpretação construtiva do texto original, propiciando enormes problemas teóricos e políticos. Até porque era complicado justificar como um grupo de juízes não eleitos pode ser responsável por grande parte da atualização da lei maior. Apenas à guisa de exemplificação, em 1868, a 14^a emenda vinculou, definitivamente, os Estados da Federação à cláusula do devido processo legal. Isso permitiu à Suprema Corte, baseando-se em critérios de razoabilidade, desenvolver jurisprudência de proteção aos direitos civis assegurados no *Bill of rights* (*protection from arbitrary and unreasonable action*).

Dessa forma, peça fundamental do *common law* recebido da colonização passou a ser a noção de *due process of law*. Tratava-se da idéia

²³ A primeira emenda garante a liberdade de expressão e de religião, o direito de reunião pacífica e o direito de peticionar ao governo; a quarta emenda veda a devassa injustificada do lar e a revista infundada do indivíduo; a quinta emenda prevê o direito do réu a ter uma acusação contra ele formulada em crimes graves, especialmente aqueles punidos com pena de morte, julgada admissível pelo grande júri; a sexta emenda garante que, nos processos criminais, o acusado possui o direito a ser julgado por um júri imparcial do local onde o crime foi cometido; a sétima emenda trata do direito ao júri em causas cíveis, mencionando, expressamente, que nenhum caso julgado por um júri poderá ser revisto por qualquer tribunal dos Estados Unidos, senão em conformidade com as regras do direito comum; a oitava emenda impede a fiança excessiva e as penas cruéis ou singulares; a nona e a décima emendas asseguram aos Estados federados e ao povo os poderes e liberdades não enumeradas na Constituição.

²⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 143.

²⁵ Não se está referindo à presença de cláusulas super-rígidas ou imutáveis, mas apenas aos mecanismos ordinários de alteração formal da Constituição. Sobre tal assunto, ver VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 63.

de que o julgamento de uma questão levada a um juiz ou tribunal devia ser precedido de amplo debate contraditório, com larga possibilidade de utilização dos meios de prova. No plano criminal, a decisão devia ser tomada, em princípio, por um júri, composto pelos pares do acusado. Nesse aspecto, influenciados por Locke e Montesquieu, os norte-americanos consagraram o júri no seu ordenamento, conferindo importância elevada ao julgamento popular.

Diante dessa conjuntura, o direito público norte-americano foi se fortalecendo, pois inúmeros juristas tinham o objetivo precípuo de manter o movimento social em torno das idéias e das questões jurídicas. Assim, com base em leis e interpretações, discutiam a cada momento a legalidade de atos e aplicações de máxima e regras. A valorização do tribunal popular e a garantia da liberdade, como já dito, foram defendidas e sempre almejadas. Por esse motivo, a “Revolução Americana” trouxe inúmeros benefícios para a consolidação das bases da democracia e do direito.

Por tudo isso, a Constituição dos Estados Unidos da América passou a ser a lei fundamental do país e o transformou em uma unidade política sólida. Todavia, esse documento, conquanto muito extraísse do direito inglês, foi contemporâneo da liberdade abstrata, indefinível e ampla dos pensadores franceses, razão pela qual pode-se encontrar, por vezes, aquele vocábulo desgarrado e sibilino: *liberty*. Foi sinal dos tempos.²⁶ Em 1914, os Estados Unidos da América haviam superado a maioria dos países europeus na edificação de uma sociedade democrática, sendo, pelo menos, iguais na dedicação aos ideais de grandeza nacional.²⁷

Entretanto, a tradição do *common law* determinou, de imediato, que os indivíduos possuíam direitos independentes do Estado. Na Magna Carta, os barões deixaram clarividente que o monarca não lhes concederia direitos novos, mas apenas respeitaria o compromisso de não mais tolhê-los dos direitos concedidos por Deus. A Constituição americana percorreu o mesmo caminho. Afinal, ela sustenta que a liberdade individual vem das “leis da natureza” e que “todos os homens são criados iguais, que são agraciados por seu Criador com

²⁶ Vide MIRANDA, Pontes. *Op. cit.*, p. 65.

²⁷ Vide BURNS, Edward Mcnall. *História da civilização ocidental*. 23. ed. Porto Alegre: Globo, 1979, p. 763.

certos direitos inalienáveis, que entre esses direitos estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade”.²⁸

3. A contribuição francesa e a efetivação do Estado de Direito

A queda da Bastilha, no dia 14 de julho de 1789, marca o início do movimento revolucionário pelo qual a burguesia francesa, consciente de seu papel preponderante na vida econômica, tirou do poder a aristocracia e a monarquia absolutista. O novo modelo de sociedade e de Estado criado pelos revolucionários franceses influenciou grande parte do mundo. Por isso, tal fato se constitui em um importante marco histórico da transição para a idade contemporânea e para a sociedade capitalista baseada na economia de mercado.²⁹

Inquestionavelmente, as idéias de Voltaire³⁰ e, principalmente, de Rousseau,³¹ autor de *O contrato social*, lido e aplaudido em praça pública,

²⁸Vide RABENHORST, Eduardo R. *Democracia e direitos fundamentais: em torno da noção de estado de direito*. In: Zenaide Nazaré (org.). *Formação em direitos humanos na universidade*. João Pessoa: Editora da Universidade Federal da Paraíba, 2001, p. 37.

²⁹ Os historiadores se contradizem quando apontam as causas da revolução. Porém, as mais comentadas incluem o descontentamento do povo, farto de suportar um regime em que eram incontáveis os privilégios e os abusos. Nesse ambiente, a monarquia absolutista representava um claro obstáculo à ascensão da burguesia, que era a classe mais rica e instruída da nação. Por outro lado, os camponeses ainda viviam esmagados pelo sistema feudal imperante no campo. A nobreza e o alto clero possuíam as melhores e mais extensas propriedades, enquanto o campesinato vergava sob o peso dos impostos reais, do dízimo eclesiástico e dos direitos senhoriais. Nesse contexto, a estrutura agrária, já bastante obsoleta, não atendia às novas exigências de uma população que se expandia com o progresso industrial e mercantil. Reclamavam-se medidas capazes de aumentar a produção agrícola, que mal chegava para alimentar a população. Então, da mesma forma como ocorreu na América do Norte, as condições para a eclosão de uma revolução ganhavam forças, justamente em face da exaltação feita pela revolução americana.

³⁰Voltaire era o pseudônimo do filósofo François Marie Arouet. Devido ao seu estilo claro, sua sagacidade, sua inteligência marcante, sua vasta criação literária e seu aguçado senso de justiça, ele tornou-se um dos autores mais famosos daquela época. Voltaire viveu na Inglaterra a partir de 1726 e, três anos depois, lá encontrou os grandes escritores Alexander Pope e Jonathan Swift. Sentiu-se também atraído pelas idéias do filósofo John Locke e do famoso cientista *sir* Isaac Newton. Combateu a crença fervorosa e intolerante e ajudou as vítimas da perseguição religiosa. Resumindo sua influência no desenvolvimento da democracia, ele condenou a intervenção do governo nos direitos e liberdades individuais.

³¹ Jean-Jacques Rousseau acreditava que a sociedade deveria ser reorganizada em comunidades, nas quais todas as pessoas fossem totalmente controladas. Criou um sistema de controle do comportamento que

influenciaram a eclosão da Revolução Francesa. Inspirados principalmente na doutrina de Rousseau, os revolucionários começaram a defender o princípio da soberania popular e da igualdade de direitos. É claro que, além desses dois, não se pode esquecer as importantes contribuições de Montesquieu.³²

Durante essa efervescência de idéias, como já dito, existia na França um grande descontentamento. Afinal, o povo comum, os membros da classe média e os nobres estavam desgostosos, porém por motivos diferentes. O governo estava falido, e Luís XVI era muito fraco para dominar a situação. Em 1789, a insatisfação popular finalmente gerou a Revolução Francesa, que durou dez anos, influenciando inúmeras nações a adotarem as bases democráticas nas suas formas de governo, em face do conteúdo que revestiam os seus ideais. No início do movimento reacionário, o poder supremo na França pertencia teoricamente ao rei, mas, no seu fim, foi transferido às mãos da grande classe média em expansão.³³

Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁴ aponta o jusnaturalismo e o pensamento cristão como as principais causas para o aparecimento das mencionadas “declarações de direito”, que tanto influenciaram os inúmeros sistemas democráticos. Porém, deve-se fazer a ressalva de que elas não foram

pronunciava algumas das modernas teorias de comportamento e de condicionamento psicológico. Também delineou os fundamentos para uma democracia, na qual todos participariam e estariam envolvidos. Essa democracia utilizaria o treinamento, a direção e a propaganda, a censura e a limitação da privacidade para eliminar grupos de interesse e controlar suas idéias. Ele não aconselhava os homens a retornar ao estado natural. Desejava uma sociedade agrícola simples, na qual os desejos humanos pudessem ser limitados, os impulsos sexuais e egocêntricos controlados, e todas as energias dirigidas para um envolvimento total na vida comunitária. Note-se que algumas de suas idéias influenciaram Robespierre, bem como os socialistas e comunistas dos séculos XIX e XX. No seu livro *O contrato social* (1762), declarou que o povo tem o dever de obedecer apenas a poderes legítimos. Os únicos governantes de direito, acrescentou ele, são aqueles escolhidos livremente pelo povo. Tal obra tornou-se um marco na história da ciência política.

³² Montesquieu, cujo nome verdadeiro era Charles de Secondat, defendia a liberdade humana e opunha-se à tirania. Assim como a Inglaterra conheceu Locke por pensador político do contra-absolutismo, cravado na inspiração individualista dos direitos naturais oponíveis ao Estado, a França conheceu, com o gênio de Montesquieu, a criação, na obra *Do espírito das leis*, da técnica de separação de poderes, que resume o princípio constitucional de maior voga e prestígio de toda a idade liberal.

³³ Os reis de *Bourbons* voltaram ao trono em 1814 e 1815, após cada uma das derrotas de Napoleão Bonaparte, que havia se tornado cônsul. Todavia, independentemente disso, pode-se dizer que o governo absoluto na França havia chegado ao fim. O movimento revolucionário foi um acontecimento importante na história da democracia, já que promoveu as idéias de liberdade e igualdade. Mas não fez de tal nação uma exteriorização dessa forma de governo, estremando os poderes do rei, transformando-a em uma monarquia com poderes limitados.

³⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 78. 3 v.

as únicas. Ao surgimento de uma nova idéia de direito, tão profundamente revolucionária e de inspiração de natureza basicamente ideal, devem-se levar em conta as condições históricas objetivas, que, na realidade, constituíram a fundamentação primeira. Assim, quando as circunstâncias materiais da sociedade propiciaram, as conquistas humanas surgiram, conjugando-se, pois, condições objetivas e subjetivas para sua formulação.

O Estado Democrático nascido das Revoluções Americana e Francesa, elegendo a forma representativa parlamentar de exercício do poder político, institucionalizou-se com amparo na chamada teoria da divisão dos poderes e do sistema de freios e contrapesos. Antes, impossibilitado de exercício direto de seu poder, o povo passou a escolher os seus representantes que, como mandatários, iriam exercer o poder que ao povo pertencia. A lei revelou-se como a mais avançada e racional forma de o povo expressar (de modo genérico, abstrato e prévio) as regras da convivência social. Nesse prisma, editada por intermédio dos representantes do povo, as normas fixaram os limites da atuação de todos, inclusive do Estado. Adquiriu o caráter de instituição, portanto, um Estado de Direito, submetida à lei, como qualquer indivíduo, em nome do povo editando leis (Legislativo) e, em nome dele, fazendo-as cumprir (Executivo).³⁵

As revoluções liberais almejaram copiar o sistema do *rule of law*, tendo em vista o seu resultado de salvaguardar a liberdade e os direitos do indivíduo, com exceção dos Estados Unidos da América, pois, como já dito, receberam a *common law* com a colonização. Todavia, os sistemas jurídicos do continente europeu, com base no modelo francês, baseavam-se na lei escrita, que tendia a simplificar e a enrijecer os princípios reproduzidos do direito inglês. Foi o que ocorreu com a transição do *rule of law* para o sistema de direito escrito, concomitantemente com a idéia, igualmente inglesa, de separação dos poderes, do que resultou o Estado de Direito, na acepção mais restrita. Note-se que o sistema francês tinha um cunho nitidamente formal, ao passo que o modelo inglês possuía um caráter substancial.

Ora, se o objetivo precípua de uma Constituição é organizar os poderes públicos, busca, igualmente, demarcar e defender os direitos fundamentais, como

³⁵ Vide CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Democracia, participação e processo. In: *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 90.

demonstra a descrição de alcance geral contida no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “Toda sociedade em que a garantia dos direitos não for assegurada, nem determinada a separação dos poderes, não possui constituição”. Atualmente, sob a impulsão das cortes constitucionais e da doutrina constitucionalista, o direito constitucional foi restabelecido sobre essas duas bases. Desvinculou-se, então, de uma ligação quase exclusiva à ciência política, para assumir uma feição jurídica e irrigar, por seus próprios princípios, o conjunto dos ramos do direito.³⁶

Sem embargo, o Estado de Direito, na sua interpretação restrita, exprime-se, especialmente, em três princípios: legalidade, já que apenas a lei poderia estabelecer limitações à liberdade individual; isonomia, pois a norma deve ser igual para todos e assim aboliria discriminações; justicialidade,³⁷ porque tudo isso tem que ficar sujeito ao controle de juízes independentes e imparciais.

O princípio mais importante parece ser o da legalidade. Indubitavelmente, ele é um dos preceitos basilares e sujeita-se ao império da lei, em especial da norma que tenha como objetivo precípuo o princípio da igualdade e da justiça. Não tanto pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Nesse contexto, sua atividade tem que ficar subordinada à lei, entendida como expressão da vontade comum, que se materializaria de forma plena em um regime de divisão de poderes. Nesse regime, a lei deve ser o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo disciplinado na constituição. É nessa seara que se deve vislumbrar a assertiva de que o Estado, seja através do poder público, seja por seus administradores, não pode exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem tampouco proibir nada aos administrados, salvo em virtude de lei.³⁸

Dessa forma, sob o prisma individual, o princípio da legalidade define a esfera de liberdade em face da lei. Já sob o ângulo do Estado, significa que este não pode atuar senão de acordo com a lei. De fato, o Estado não pode

³⁶ Vide MATHIEU, Bertrand. *Reflexões sobre o papel dos direitos fundamentais na ordem jurídica constitucional*. Trad. Elizabeth Lopes e Ana Marta Cattani de Barros Zilveti. In: BARROS, Sérgio Resende de; ZILVETI, Fernando Aurelio (org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 25.

³⁷Ou judiciariedade. Nos dois casos, o verbete soa bárbaro, mas, na falta de um mais adequado, ele tem que ser utilizado.

³⁸ Vide DÍAZ, Elias. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Diálogos, 1973, p. 30-35.

vedar uma conduta, se a lei não veda; não pode exigir uma ação, caso a lei não determine ao indivíduo. Assim, proscrever-se-ia o arbítrio dos governantes.³⁹ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão prescreveu, em 1789, que ninguém poderia ser acusado, preso ou detido, senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta escritas. Tal garantia confere importância marcante ao Poder Legislativo, órgão de onde promanam as leis *stricto sensu*.

Todavia, o referido texto não pode ser compreendido isoladamente. Ele deve ser apreciado dentro do sistema constitucional vigente em cada nação, mormente em função de regras de distribuição de competência entre os órgãos do poder, de onde decorre o princípio da legalidade ali consubstanciado. Fundamenta-se na previsão de competência geral do Poder Legislativo para criar leis sobre matérias genericamente indicadas. A idéia matriz está em que só esse poder está autorizado a legislar, elaborando regras que contenham, originariamente, uma base modificativa da ordem jurídico-formal. Essa função faz coincidir a competência da fonte legislativa com o conteúdo inovativo de suas instituições, com a conseqüente distinção da competência regulamentar.⁴⁰

Não é raro fazer-se confusão entre os princípios da legalidade e o da reserva legal. Aquele, significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida

Não é raro fazer-se confusão entre os princípios da legalidade e o da reserva legal. Aquele, significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador, enquanto este consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se impreterivelmente por lei formal. Mesmo que muitos argumentem que o princípio da legalidade se revela como um caso de restrição relativa, ainda assim é de se ver distinção entre ambos. É que o legislador, no caso da reserva de lei, deve impor uma disciplina mais específica do que é indispensável para satisfazer o princípio da legalidade. Ademais, esta envolve uma situação de hierarquia das fontes normativas, ao passo que a reserva legal envolve questão de competência.

O princípio da legalidade, dentro de um Estado Democrático de Direito, alicerça-se no princípio da legitimidade. Os regimes ditatoriais como, por exemplo, os que prosperaram no final do século XIX e início do XX, também

³⁹ Cf. FERREIRA FILHO. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 101.

⁴⁰ Vide SILVA, José Afonso. *Op.cit.*, p. 367-368.

atuaram mediante leis. Entretanto, na sua grande maioria, eles impuseram suas vontades pelo critério coercitivo e não em razão da legitimidade. Portanto, deduz-se que nem sempre a ordem jurídica foi justa.

O princípio da legalidade só pode ser formal na exigência de que a lei seja concebida pelos órgãos de representação popular, não em abstração ao seu conteúdo e à finalidade da ordem jurídica. Assim, legalidade e legitimidade nem sempre se confundem, pois esses princípios cessam de identificar-se no instante em que se admite que uma ordem pode ser legal, porém injusta. Por tal razão, impõe-se a recuperação do vínculo entre ambos, sob bases distintas, a partir do abandono da noção puramente formal da legalidade, definindo-a como a realização das condições necessárias para o desenvolvimento da dignidade humana, como prevêm inúmeras legislações.

O princípio da legalidade não exige apenas que as regras e as decisões que compõem o sistema sejam formalmente corretas. Mais do que isso, ele exige que as normas estejam em conformidade com certos valores e critérios imprescindíveis à existência de uma sociedade livre. Enfim, os dois princípios em testilha não poderiam identificar-se senão quando a legalidade seja a garantia do livre desenvolvimento da personalidade humana. Em suma, o princípio da legalidade de um Estado Democrático de Direito repousa em uma ordem jurídica oriunda de um poder legítimo. Caso a autoridade não seja legítima, o Estado não será considerado como tal. Afinal, fora dessa situação, ter-se-á uma legalidade formal, porém não a realização do princípio da legalidade.

Com base nessas novas concepções, houve mudanças políticas de grande importância, principalmente impulsionadas pela Revolução Industrial. Durante a segunda metade do século XIX, as classes trabalhadoras exigiram e obtiveram maiores direitos políticos. Novas leis deram a mais cidadãos o direito de votar. As liberdades de opinião, imprensa, reunião e religião foram estendidas e ampliadas.

Assim, após as revoluções de 1830, muitas nações do mundo ocidental experimentaram um certo renascimento da democracia. Na Europa, a Grã-Bretanha tomou a dianteira, mas a França, a Alemanha, a Suíça, a Holanda, a Bélgica e a Itália não lhe ficavam muito atrás. Por último, a Espanha, a Turquia e os Reinos Balcânicos adotaram, pelo menos, certas formas de governo democrático. Na verdade, o que interessava à grande maioria desses países era a democracia governamental e política, tipificada pelos parlamentos, pelo sufrágio universal (masculino) e pelo governo de gabinete. Somente ao aproximar-se o fim

do período compreendido entre 1830 e 1914, foi que se começou a pensar a sério na democracia social ou econômica. Nesse novo quadro, atribuiu-se ao Estado a responsabilidade de satisfazer os direitos econômicos, ao lado dos direitos de liberdade.

A Revolução Mexicana produziu a Constituição de 1917, que proclamou os direitos do trabalhador, enquanto a Revolução Russa levou à declaração dos direitos do povo, dos trabalhadores e dos explorados, em 1918. A Constituição alemã de Weimar, de 1919, tenta acrescentar às franquias liberais do século anterior os princípios da democracia social que se impunha.

Embora estivessem fortemente disseminadas e fosse difícil encontrar relevantes argumentos doutrinários contrários aos ideais do Estado Democrático de Direito, em alguns lugares, as idéias democráticas não foram postas em prática pelos sistemas políticos. Porém, em qualquer sistema democrático, poder-se-ia dizer que as leis constitucionais, elaboradas pelos representantes dos cidadãos, durante um processo constituinte, e dotadas dos mecanismos de reforma, inspiraram-se na aceitação básica e no reconhecimento explícito por toda a comunidade de uma série de direitos e liberdades fundamentais. Esses direitos são de caráter político e social, econômico e cultural. Assim, todo direito positivo que emanava da constituição tendia a procurar proteger tais direitos, constituindo-se estes em uma série de vitórias da humanidade.

Inevitavelmente, os direitos individuais como, por exemplo, igualdade judicial, juiz natural, publicidade, contraditório e ampla defesa, duplo grau de jurisdição, etc., pela sua transcendência, começaram a extrapolar os limites fronteiriços de cada Estado para se tornar uma questão de interesse internacional. Pode-se dizer que esses direitos conquistados pelo homem passaram por três fases: em um primeiro instante, foram resguardados os direitos de liberdade, ou seja, aqueles que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; em um segundo momento, foram assegurados os direitos políticos, os quais, projetando a liberdade não só de forma negativa, como não-impedimento, mas também positiva, como autonomia, tiveram como resultado a participação cada vez genérica dos membros de uma comunidade no poder político ou liberdade no Estado; por fim, foram firmados, com ênfase, os direitos sociais, que expressaram o amadurecimento de novas exigências ou novos valores, como os de bem-estar e da liberdade através ou por meio do Estado.⁴¹

⁴¹ GSCHENDTER. Loaci. Direitos Fundamentais. In: Jus Navigande, n. 51. Disponível em: < <http://www.1jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2075> > .Acesso em: 10 maio 2002

Referências bibliográficas

BURNS, Edward Mcnall. *História da civilização ocidental*. 23. ed. Porto Alegre: Globo, 1979.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Democracia, participação e processo. In: *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CRUMP, C. G.; JACOB, E. F.. *El legado de la edad média*. Madrid: Ediciones Pegaso, 1950.

DÍAZ, Elias. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Diálogos, 1973.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GSCHENDTER. Loaci. Direitos Fundamentais. In: Jus Navigande, n. 51. Disponível em: < <http://www.1jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2075>> .Acesso em: 10 maio 2002

LOCKE, John. *Ensaio sobre o entendimento humano*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Lemonad, 2000.

MATHIEU, Bertrand. *Reflexões sobre o papel dos direitos fundamentais na ordem jurídica constitucional*. Trad. Elizabeth Lopes e Ana Marta Cattani de Barros Zilveti. In: BARROS, Sérgio Resende de; ZILVETI, Fernando Aurélio (org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.

MIRANDA, Pontes. *História e prática do habeas corpus*. Campinas: Bookseller, 1999.

MOSCA, Gaetano. *História das doutrinas políticas, desde a antigüidade*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1962.

NOBLET, Albert. *A democracia inglesa*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1963.

RABENHORST, Eduardo R. *Democracia e direitos fundamentais: em torno da noção de Estado de Direito*. In: NAZARÉ, Zenaide (org.). *Formação em direitos humanos na universidade*. João Pessoa: Editora da Universidade Federal da Paraíba, 2001.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madri: Alianza Universidad Textos, 1996.

SELLERS, Charles; MAY, Henry; McMILLER, Neil R. *Uma reavaliação da história dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda., 1990.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

STUCKA, Petr Ivanovich. *Direito e luta de classes: teoria geral do direito*. Trad. Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.