

# O DIREITO CONSTITUCIONAL E SUA INTERFACE HISTÓRICA <sup>1</sup>

CONSTITUTIONAL LAW AND ITS HISTORICAL INTERFACE

EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y SU INTERFAZ HISTÓRICA

Ives Gandra da Silva Martins<sup>2</sup>

**ÁREA(S) DO DIREITO:** História do Direito Constitucional.

## Resumo

O presente estudo objetiva analisar o salutar papel da História para o Direito, mormente para o Direito Constitucional, com um breve esboço histórico-constitucional, análise sobre a evolução humana e as teorias constitucionais. A elaboração do estudo se perfectibilizou através de pesquisa bibliográfica, bem como de apontamentos de minha visão pessoal a respeito do tema. A História do Direito é a ciência vital que dirige o Direito, além de permitir a comparação de sistemas jurídicos, auxiliando os governantes a trilhar um melhor caminho no Direito. De modo que não é possível estudar o Direito sem o conhecimento da História que o originou e o formou, pois com a constante evolução do Estado, de suas estruturas políticas e governamentais, vai sendo adequado permanentemente de uma forma ou outra o Direito aplicado, trazendo uma nova ideia a respeito das teorias da Constituição. Ao passo que, as teorias somente poderiam ser aplicadas em estado de absoluta normalidade e paz incontestável, o que quase nunca se efetivou na história humana. Seja nas democracias, seja nas ditaduras, o desconhecimento da História enseja a repetição de erros pelos que detêm o poder, posto que não há História sem Direito e não há Direito sem História.

**Palavras-chave:** História. Direito. História do Direito. Direito Constitucional. Constituição. Teorias Constitucionais.

## Abstract

*This study aims to analyze the salutary role of History for Law, especially for Constitutional Law, with a brief historical-constitutional foresight, analysis of human evolution and constitutional theories. The elaboration of the study was perfectibilized through bibliographical research, as well as notes of my personal vision regarding the subject. The History of Law is the vital science that directs the Law, in addition to allowing the comparison of legal systems, helping rulers to find a better way in Law. So, it is not possible to study Law without the knowledge of History that originated and formed it, because with the constant evolution of the State, its political and governmental structures, the applied Law is*

---

<sup>1</sup> Recebido em 18/07/2018. Aceito para publicação em 26/08/2018.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Universidade Mackenzie, São Paulo. Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs-Paraná e Rio Grande do Sul e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais – IICS. E-mail: ivesgandra@gandramartins.adv.br

Agradeço a contribuição de minha Assistente, Professora Ana Regina Campos de Sica, que resgatou antigos textos meus, auxiliando-me na elaboração do presente artigo.

*permanently adapted, bringing a new idea about the Constitution theories. Whereas, theories could only be applied in a state of absolute normality and uncontested peace, which almost never took place in human history. Whether in democracies or in dictatorships, ignorance of History leads to the repetition of mistakes by those who hold power, since there is no History without Law and no Law without History.*

**Keywords:** History. Law. History of Law. Constitutional Law. Constitution. Constitutional Theories.

### Resumen

*El presente estudio tiene como objetivo analizar el beneficioso papel de la Historia para el Derecho, principalmente para el Derecho Constitucional, con un breve panorama histórico-constitucional, análisis sobre la evolución humana y las teorías constitucionales. La elaboración del estudio se perfeccionó a través de investigación bibliográfica, así como de apuntes de mi visión personal respecto al tema. La Historia del Derecho es la ciencia vital que dirige el Derecho, además de permitir la comparación de sistemas jurídicos, ayudando a los gobernantes a recorrer un mejor camino en el Derecho. De modo que no es posible estudiar el Derecho sin el conocimiento de la Historia que lo originó y lo formó, pues con la constante evolución del Estado, de sus estructuras políticas y gubernamentales, va siendo adecuado permanentemente de una forma u otra el Derecho aplicado, trayendo una nueva idea acerca de las teorías de la Constitución. Mientras que las teorías sólo podrían aplicarse en estado de absoluta normalidad y paz incontestable, lo que casi nunca se hizo efectivo en la historia humana. Sea en las democracias o en las dictaduras, el desconocimiento de la historia enseña la repetición de errores por los que detienen el poder, puesto que no hay historia sin derecho y no hay derecho sin historia.*

**Palabras clave:** Historia. Derecho. Historia del Derecho. Derecho constitucional. Constitución. Teorías Constitucionales.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Importância da História para o Direito. 3. Breve Cronograma Histórico. 4. Sobre as Teorias Constitucionais. 5. Conclusão. 6. Referências.

**SUMMARY:** 1. Introduction. 2. Importance of History for Law. 3. Brief Historical Timeline. 4. About Constitutional Theories. 5. Conclusion. 6. References.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Importancia de la Historia para el Derecho. 3. Breve Cronograma Histórico. 4. Sobre las Teorías Constitucionales. 5. Conclusión. 6. Referencias.

## 1 INTRODUÇÃO

Ao lado da Filosofia, da Economia e da Política, a História é uma das mais relevantes ciências de integração que impacta e é impactada pelo Direito<sup>3</sup>.

---

3 Escrevi:

“(…)”

22. Embora a separação dos conteúdos das ciências seja categoria meramente instrumental, pois, na natureza, todas as leis físicas, químicas, biológicas ou humanas estão interligadas, a escola formal do direito não apreendeu esta fenomenologia, estancando sua área de indagação apenas na fenomenologia veiculadora, apequenando a universalidade da função do jurista à de um mero fazedor de roupas legais para as demais ciências.

23. Da mesma forma que os membros do organismo humano têm funções diferentes, mas estão interligados e interdependentes, ao ponto de as disfunções de um afetarem as funções de todos os outros, também no organismo social as funções de todas as ciências que estudam todos os fenômenos da sociedade estão interligadas, não sendo possível o exame de qualquer delas sem uma ampla visão de todas as outras.

Não é à toa que, no caso da teoria do direito constitucional moderno, todas as reflexões realizadas são decorrenciais de acontecimentos históricos, que permitem aos doutrinadores formular uma classificação, à luz do Direito.

Assim, as teorias de direito constitucional não são senão um processo classificatório das soluções políticas que a história vai revelando e que terminam sendo adotadas pelas comunidades, como forma de sobrevivência e convivência social.

Neste artigo, decidi ofertar ao leitor um rápido retrospecto a respeito da evolução humana e, conseqüentemente, do Direito, bem como minha pessoal visão sobre as teorias das Constituições.

Há tempos defendo um entendimento mais cético de que estas teorias são de pouca utilidade, na medida em que a evolução humana exige, de forma crescente, soluções novas. Tal descrença talvez seja por conta dos meus 83 anos e do amor que tenho ao estudo da história da humanidade.

## 2 IMPORTÂNCIA DA HISTÓRIA PARA O DIREITO

A história é um elemento essencial na conformação dos povos, dos governos e do Direito. Pouco utilizada pelos que conquistam o poder é, todavia, a ciência fundamental para a conformação do Direito. Não sem razão, atualmente, quase todas as Faculdades de Direito no Brasil e no mundo têm a cadeira de “História do Direito”.

Ora, a lei que cria o Direito pressupõe três elementos constitutivos do Estado: povo, território e poder. Não há lei, no campo do Direito, sem Estado, mesmo que a expressão Estado seja utilizada não no sentido de um país, mas de uma comunidade independente<sup>4</sup>, com capacidade de impor regras e fazê-las respeitar interna e externamente.

Assim, com território, povo e poder, forma-se o Estado, cujos fundamentos e sobrevivência encontram-se na ordem estabelecida por quem tem

---

24. Por isso os estudos da escola formal do direito são úteis, mas como parte de um estudo da globalidade da Ciência Jurídica, pois são insuficientes na medida em que pretendem esgotar toda a atividade jurídica em área isolada do conhecimento humano.

25. Em visão, portanto, mais abrangente e universal, o estudo do direito pressupõe o exame do fato por ele regulado e do elemento axiológico que permite a eleição da norma incidível”

(Teoria da Imposição Tributária, 2ª. ed., Ed. LTR, São Paulo, 1998, p. 405).

4 A Grécia, como Fustel de Coulanges bem analisou, viveu o fenômeno das “cidades-estados”, sendo que os povos primitivos reuniam-se em tribos ou aldeias, com a tríplice característica: povo, território e poder. Tinham, portanto, a sua lei, ou seja, o costume que valia como norma.

poder de impô-la e fazê-la respeitada por todos aqueles que a ela se subordinam. A lei, portanto, é o instrumento convivencial da sociedade, permitindo que ela se organize na busca de seus objetivos.

Decorrendo da existência do poder, a lei que poderá ser imposta por quem tem condições de fazê-lo à força (ditadura) ou por consenso da sociedade (democracia), através de eleições de seus representantes. Estes, no pressuposto de que sabem respeitar o mandato recebido do povo, terminam por conformar as normas, teoricamente, segundo o interesse do povo. Embora, na prática, isso raramente ocorra, a democracia ainda é o melhor sistema de representação do povo no poder, para a formulação da lei, que permite a ordem na sociedade.

É, pois, a História que permite essa comparação dos sistemas jurídicos, assim como auxilia, quando os governantes o desejam, a perfilar o melhor Direito <sup>5</sup>.

Na Constituinte de 1988, por exemplo, apesar de todos os seus defeitos – por ser uma Constituição de acomodações, de vez que perfilada para um sistema parlamentar de governo, acabou sendo promulgada para um sistema presidencial -, a experiência histórica foi elemento fundamental.

Não só durante anos, os constituintes nacionais ouviram especialistas do País, das mais variadas tendências, como trouxeram constitucionalistas de outros países para, aproveitando a experiência de todos, buscar um texto constitucional em que o passado condicionasse o futuro, expurgando-se o que falhara e adotando-se o que de melhor haveria na experiência vivida pelo Brasil e por outros países.

É bem verdade que, com a variedade de tendências políticas dos que compunham a constituinte e a necessidade de acordos que tiveram de ser celebrados para aprová-la, o texto ficou inchado. Há inúmeras disposições sem nenhum conteúdo constitucional, mas o que importa é que a Carta Maior ostenta uma espinha dorsal admirável de equilíbrio entre os três Poderes que, a meu ver, garante o Estado Democrático de Direito <sup>6</sup>.

À evidência, o Direito evolui no mundo inteiro e a história é uma inequívoca demonstração disso. Doutrinadores, autoridades e tradições derrubaram os sistemas jurídicos anteriormente vigentes, perfilando o constitucionalismo moderno e a sistematização de inúmeros ramos do direito inexistentes no passado.

---

5 “E, aqui, faço uma relação, que me parece muito clara, entre o Direito e a História. s” (História, mãe do futuro: à luz do tempo pretérito, a formação do amanhã, discurso de posse na Academia Paulista de História, ed. APH e CIEE, São Paulo, 2004, p. 33/34).

6 Entre os dispositivos sem conteúdo constitucional leia-se o § 2º do artigo 242 da C.F: “§ 2º - O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.

Esta evolução, todavia, deu-se com avanços e retrocessos, em face de as lições passadas quase sempre serem desconhecidas pelos governantes presentes que, muitas vezes, conformam a lei “a sua imagem e semelhança” e não à luz do interesse do povo e da experiência histórica.

Para o operador de Direito, todavia, não se pode estudar o Direito sem conhecer o impacto da história na sua conformação; até porque os sistemas mais estáveis são aqueles que apreenderam as lições do passado<sup>7</sup>.

### 3 BREVE CRONOGRAMA HISTÓRICO

Entendo que o jurista é um historiador em potencial e o historiador é um jurista em potencial, visto que história e direito estão umbilicalmente ligados. É, pois, o que passo a demonstrar.

A evolução do direito constitucional, desde o aparecimento das duas Constituições modernas (Americana, de 1787, e Francesa, 1791), sem esquecer o delineamento constitucional inglês, com a Magna Carta Baronorum (1215) e o “Bill of Rights” (1678 e 1688), tem demonstrado uma notável adaptação às próprias soluções políticas que as comunidades organizadas em Estado vão estabelecendo, com a percepção ou geração de novos direitos – antes pouco refletidos ou inexistentes - e a repactuação dos convívios dos organismos internacionais, ou novas formas e acordos<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Escrevi, no meu discurso de posse na Academia Paulista de História, que: “Ora, a filosofia hegeliana, deve-se, entretanto, receber com os temperos necessários, principalmente, em afirmações como “Tudo o que é real é racional, tudo o que é racional é real”, ou de que o caminho dialético – de longe, a melhor parte de seu pensamento, visto que apenas instrumental e não especulativo — é aquele que permite ir da consciência finita para o absoluto infinito e que este caminho absoluto nos permite alcançar, por nós mesmos, a história da humanidade e a história de cada um. Embora genial, ao dizer que a história é o desdobramento do Espírito, no tempo, do mesmo modo que a Natureza é o desdobramento da ideia, no espaço -- com o que valoriza apenas os grandes acontecimentos e os grandes homens-- peca ao tornar o indivíduo sem relevo, na sua conformação, nada obstante a história desenvolver-se não só com os grandes homens, mas também com as realidades cotidianas de um povo, de uma cultura, de uma civilização, em especial, elementos que terminam por gerar a maneira de ser diferenciada na história das gentes” (História, mãe do futuro: à luz do tempo pretérito, a formação do amanhã, ob. cit. p. 30/31).

<sup>8</sup> Celso Bastos sobre a evolução inglesa escreveu: “O século XVIII registrou conquistas muito importantes. Os dois primeiros Reis Stuarts sofreram violenta reação do Parlamento quando tentaram regredir para o absolutismo monárquico. Logo em 1628, foi arrancada do rei a petição de direitos, pela qual se confirmavam direitos e liberdades anteriormente adquiridos. Sucederam-se os conflitos entre o rei e o Parlamento que conduziram à dissolução deste último durante onze anos. Após esse período convocou-se novo Parlamento, sobreveio a Guerra Civil, decapitou-se o rei e implantou-se a República em 1649, que no fundo encerrava uma ditadura parlamentar contra a qual se insurgiu uma revolução liderada por Cromwell, que estabeleceu um governo autoritário e pessoal. Com a sua morte a monarquia foi restaurada, O que é certo, contudo, é

Ora, a fantástica revolução dos barões ingleses, em 1215, proporcionou o primeiro grande documento, tido por inúmeros constitucionalistas, como a Constituição dos ingleses, além das Declarações de Direitos, do século XVII, completando o perfil do constitucionalismo inglês. Tal conformação jurídica foi aperfeiçoada pela consciência coletiva dos povos francês e americano que, por sua vez, delineou o constitucionalismo moderno.

Assim, o aparecimento das duas Constituições, a americana, com admirável estabilidade, pois em 230 anos sofreu apenas 27 emendas, e a francesa bastante alterada nos anos conturbados da revolução, lançou, todavia, a grande discussão sobre a representação popular, a participação do povo nos governos e a influência que estes deveriam ter na economia, a fim de não representarem apenas o Estado coletor de tributos, mas sim instrumentos de desenvolvimento e de busca de justiça social.

A escravidão – já abolida nos países europeus - passou a ser combatida nos países americanos, levando todas as nações, gradativamente, a abolirem-na, algumas de forma traumática, como nos Estados Unidos, com a Guerra de Secessão, e outras, de forma mais lenta e gradativa, como no Brasil, em que só foi extinta no ano de 1889 (13 de Maio), pela regente Princesa Isabel.

Enquanto à luz dos ideais de consciência coletiva que tomaram conta dos intelectuais da época, conforme o país, a escravidão foi combatida, uma outra escravidão, ou seja, a urbana, instalou-se nos países europeus industrializados, levando também a apaixonado debate e ao surgimento das grandes teses socialistas, que desembocaram nas encíclicas sociais.

É de se lembrar que, se o debate social, na Europa, era levantado pelos socialistas, como Proudhon, Saint-Simon, Marx e Engels, entre os mais destacados autores, no Brasil, durante o Império, a temática era outra: o abolicionismo, a república e o federalismo. Estas eram as grandes teses defendidas por intelectuais como Tobias Barreto, Ruy Barbosa, Campos Salles.

---

que nada obstante ter o Parlamento sofrido nesta época grandes dificuldades, fundamentalmente foram mantidas as prerrogativas obtidas no seu período áureo (ditadura parlamentar).

O Reinado dos Stuarts terminava com a Revolução Gloriosa de 1688 que, sem derramamento de sangue, destronou o rei e colocou um outro, de uma nova dinastia, no seu lugar (Guilherme de Orange), Abriu-se, então, um período de grandes conquistas parlamentares. Os próprios fatos históricos estavam a demonstrar que a nova monarquia era implantada por decisão do Parlamento. Na ocasião; inclusive, extraiu-se nova concessão régia, denominada Bill of Rights, que encerrou a trasladação, para o Parlamento, de uma série de prerrogativas que até então eram exercidas pelo rei. Vê-se, assim, como foi-se processando, na Inglaterra, uma gradual deslocação dos privilégios monárquicos em favor do Parlamento” (Série Realidade brasileira, 2ª. ed., Parlamentarismo ou Presidencialismo? Ives Gandra Martins e Celso Bastos, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1993, p. 4/5).

De rigor, no que diz respeito ao abolicionismo defendido pelos pensadores nacionais, tinham eles a certeza de que representavam a consciência coletiva, ao se alinharem contra a escravidão legal. Os autores europeus, todavia, pugnavam contra a escravidão urbana, pois os direitos dos operários não eram reconhecidos nem protegidos, nas indústrias crescentes.

Há direitos que são inatos aos homens e mesmo nos modelos constitucionais que formataram o constitucionalismo moderno, em que apenas os denominados direitos e garantias individuais deveriam ser realçados, já eram assim considerados, a meu ver, não por um processo historicista-axiológico, mas por serem inerentes aos seres humanos.

Não é porque a evolução da cultura humana revelou que determinados direitos e princípios são bons e merecem ser garantidos e protegidos pelo Estado, que são eles naturais, mas porque verdadeiramente intrínsecos à natureza humana.

Não cabe ao Estado outorgá-los em decorrência de sua percepção da realidade, mas, ao contrário, cabe-lhe apenas reconhecê-los, e não criá-los, por serem próprios do ser humano.

O equilíbrio, no modelo inglês, entre o Estado (Coroa) e o povo (barões e servidores); a predominância do conceito de pátria, a que governo e povo deveriam servir, no modelo americano e a predominância do destinatário, ou seja, do cidadão, no modelo francês, formatam a origem do constitucionalismo moderno, preocupado em dizer quais são os direitos dos cidadãos e por quais formas o Estado pode, através de seus governos, estar a serviço dos ideais da comunidade.

Nesta percepção - de que há direitos que o Estado pode criar e outros que apenas pode reconhecer -, reside a essência dos direitos fundamentais da pessoa humana, de certa forma realçados nestes 3 primeiros modelos, em que o Estado (a Coroa, no início do modelo inglês) serviria apenas como entidade a serviço do cidadão ou do governado<sup>9</sup>.

---

9 Javier Hervada ensina: "El derecho se inserta en el sistema racional de relaciones sociales, que son relaciones interpersonales —de persona a persona— en las cuales el hombre actúa en su condición de ser personal y responsable; son, pues, los que hemos llamado actos humanos aquellos a través de los cuales el hombre actúa jurídicamente, esto es, actúa como persona en el mundo de las relaciones jurídicas. Si recordamos la distinción de la ciencia jurídica entre actos y hechos, es claro que los actos de los que habla la ciencia jurídica pertenecen a la categoría de los que en moral reciben el nombre de actos humanos; en cambio, los llamados en moral actos del hombre deben ser considerados por el jurista como hechos, pues no tienen mayor relevancia jurídica que el resto de los eventos o acontecimientos físicos o naturales. En consecuencia, el tratado de los actos según la ciencia del derecho natural ha de fundarse en la teoría del acto humano.

2. La actuación personal del hombre en la vida jurídica —la actuación jurídica o actos de la persona en el mundo jurídico— reviste dos modalidades:

As questões sociais decorrentes da industrialização e concentração das populações nas cidades, com sensível exploração da parte mais fraca (o empregado), levaram às diversas teorias socialistas, culminando com o diploma máximo para solução de tais embates (a Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII), assim como com as Constituições Mexicana (1917) e Alemã (1919), que veicularam os direitos sociais, de forma abrangente e nova.

Seguiram-se diversos outros textos, a partir da segunda metade do século passado, com inserção de novos direitos, como os ambientais, à informação, os coletivos e difusos, à qualidade de vida comunitária, falando-se, pois, em direitos de 3<sup>a</sup>. e 4<sup>a</sup>. gerações.

O certo é que as estruturas políticas dos governos e as composições dos Estados foram se alterando, com as monarquias sendo substituídas pelas Repúblicas e as democracias prevalecendo sobre as ditaduras, nada obstante as recaídas próprias dos choques, das diferenças entre os povos, da corrupção de governos democráticos, das guerras regionais ou globais, por força de interesses econômicos ou sonhos de domínio.

Não sem razão, Montesquieu, ao idealizar, lastreado em Locke, sua tripartição de poderes, sublinhava ser importante o poder controlar o poder, porque o homem não é confiável no poder <sup>10</sup>.

---

a) El acto justo, o sea, el acto por el cual el hombre cumple lo justo conmutativo, legal o distributivo; dentro de esta actuación reviste especial importancia lo referente a la justicia legal, es decir, aquellos actos que son conformes con la ley (acto lícito). En sentido contrario se dan el acto injusto y el acto ilícito. Un ejemplo puede ser el delito.  
b) Un segundo tipo de actuación se da a través de aquellos actos que originan, modifican o extinguen relaciones jurídicas y, con ellas, derechos y obligaciones o deudas. Este tipo de actos se llaman actos jurídicos. Por ejemplo, los contratos, el testamento, etc.” (Cuatro Lecciones de Derecho Natural, Eunsa, Pamplona, 1998, p. 22/23).

<sup>10</sup> Escrevi: “Montesquieu, ao elaborar o seu “Do Espírito das Leis”, fê-lo a partir de duas realidades que o impressionaram vivamente, a saber: o sucesso político do modelo inglês e a absoluta descrença na natureza humana.

Do modelo inglês tirou, pelas lições de Locke e por sua observação pessoal, a certeza de que o controle exercido pela monarquia e pelo povo sobre o Parlamento e o Gabinete ofertariam a estabilidade necessária à harmonia de poderes, posto que ninguém poderia exercê-los de forma absoluta, em função dos freios e contra-freios de uns sobre os outros.

Montesquieu introduziu, de forma científica, a tripartição dos poderes, acrescentando à observação inglesa e aos estudos de Locke, o Poder Judiciário, como poder independente.

É interessante notar que a lição inglesa não permitia fosse realçado o Poder Judiciário, visto que o exercício da administração da justiça na tradição costumeira insular --mais dádiva do Estado e do monarca que um direito da plebe-- levou Montesquieu a nele descortinar um complexo orgânico formado a partir da lição dos romanos, pela influência do pretorianismo semi-independente, assim como da dos bárbaros e povos autóctones pela experiência milenar do direito repetitivo. Não se esqueceu, por outro lado, da influência da Igreja até a Reforma. Assim, não obstante, à época de Montesquieu, o poder-dever de julgar e a certeza da administração de justiça ter evoluído, na Inglaterra, a razoável grau de independência, Locke não chegou a descortinar força própria de separação, como o fez Montesquieu.

Se Lord Acton dizia que o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente, é de se lembrar, no “Conceito do Político”, a lição de Carl Smith que, na sua teoria das oposições, considera a Ciência Política como aquela que opõe o amigo ao inimigo, retornando a teoria Maquiavélica de que é bom o príncipe que mantenha o poder, mesmo que mau governante, e mau o príncipe que perca o poder, mesmo que bom governante.

A Comunidade Internacional, principalmente após a 2ª. Guerra Mundial, está em franca mudança, com as colônias adquirindo independência, os países desenvolvidos depois de terem dado saltos de qualidade no desenvolvimento econômico e cultural com consideráveis reflexos sociais, desde 2008 vivem em crise cujo fim ainda não se vislumbra. Com o crescimento dos países emergentes de maior expressão e uma acomodação de países subdesenvolvidos, que sofrem a crise financeira em menor escala do que o primeiro mundo.

O drama europeu, com Grécia, Irlanda e Portugal sobrevivendo às custas de ajudas externas e o receio de contaminação de economias como da Espanha e Itália tornam o futuro do próprio espaço criado incerto.

O fato é que as configurações sociais foram mudando, com o aparecimento de blocos, cujo fortalecimento agrega um componente novo à teoria constitucional, como ocorreu e está ocorrendo com a União Europeia, que, de rigor, não é uma Confederação, mas uma autêntica Federação de países. O conceito de soberania ampla cede ao de soberania limitada, pela cessão de elementos em prol de uma sobressoberania comunitária, em que os organismos respectivos (Parlamento Europeu, Comissão, Conselho, Tribunal Europeu, de Contas e Banco

---

Montesquieu intuiu a importância de tal independência, na medida em que a natureza humana é fraca e a fraqueza a serviço da força do poder provoca, decorrencialmente, a prática de uma justiça injusta. A necessidade, portanto, de o poder controlar o poder, fê-lo separar o exercício da feitura das leis (Poder Legislativo), de execução das normas (Poder Executivo) e de interpretação oficial do Direito e aplicação da Justiça (Poder Judiciário). Ao dizer: "Acontece sempre que todos os homens, quando têm poder, se inclinam a seu abuso, até encontrar limites" e ao concluir que necessário seria que o "poder constitua um freio para o poder" sintetizou sua praticidade a partir da descrença na natureza humana.

A tipologia clássica externa dos governos bons ou maus, ou de governos monárquicos, aristocráticos ou democráticos ou, na preocupação da época, a sua divisão em repúblicas, monarquias e governos despóticos, se acrescentou, em Montesquieu, a tipologia interna da divisão dos poderes, quaisquer que sejam as formas exteriores que apresentam. Sua pessoal visão excluiu, entretanto, os governos despóticos, isto porque a tripartição apenas se torna possível em governos moderados.

Foi Montesquieu criticado, no período, porque se entendia que o poder dividido não é o poder e nem pode ser acionado, convenientemente, nos momentos de crise nacional, em face dos próprios freios criados. O tempo veio demonstrar, todavia, que há mecanismos capazes de dar eficiência maior de funcionamento ao sistema misto que ao poder absoluto e concentrado" (Separação de Poderes no Brasil, volume IV, ed. PrND/IASP, 1985, p. 27/28).

Central) estabelecem diretrizes a serem seguidas pelas comunidades, sem possibilidade de contestação interna, por força da prevalência das decisões do Tribunal Europeu sobre os tribunais locais, em assuntos comunitários.

Em síntese, o constitucionalismo comunitário trouxe novos elementos, principalmente para os diversos blocos que vão se firmando, seja como zonas de livre comércio, como uniões aduaneiras ou mesmo como Mercados Comuns, estágios preparatórios de uma comunidade de nações.

A par de tais acordos, é de se lembrar toda a espécie de acordos com os mais variados objetivos e a aceitação, pelos principais textos constitucionais, da prevalência dos tratados internacionais sobre o direito local.

Tudo isto levou a uma nova concepção da teoria da constituição, neste mundo em permanente alteração.

#### **4 SOBRE AS TEORIAS CONSTITUCIONAIS**

As diversas teorias sobre a Constituição focam-na em face de sua dimensão, de seu conteúdo, de seus princípios, dos regimes jurídicos que hospeda, dos tipos de direitos que são prevaletentes, das técnicas que introduz de interpretação da legislação decorrencial, da supremacia de suas normas, sempre, todavia, o elemento jurídico sendo o prevaletente.

Nada obstante ser a Constituição um documento apenas formalmente jurídico, mas intrinsecamente político, econômico e social, para nós, os constitucionalistas, o elemento jurídico é sempre o mais relevante, embora nitidamente veiculador, em face do conteúdo que albergue.

Nesta perspectiva, é de se compreender o forte impacto que as duas Constituições (americana e francesa) criaram na maneira de ser dos povos, que as produziram e da humanidade em geral, pois resultante desta consciência coletiva, manifestada por seus representantes, para a criação do Estado de Direito.

Por esta razão, há uma tensão permanente entre as normas constitucionais, que o jurista luta por fazer prevaletcer, e a prática constitucional, que o político termina por impor, levando, em todos os países do mundo, os Tribunais Superiores - mais políticos que jurídicos - a tenderem fazer prevaletcer o aspecto político da estabilidade institucional sobre o aspecto jurídico formal de garantias e soluções, muitas vezes consideradas utópicas.

Esta permanente tensão entre a realidade política de um país e os princípios constitucionais, que opõe, permanentemente, o jurista ao aplicador do Direito, o intérprete ao governo e o povo ao Estado, torna grande parte das teorias de reflexão acadêmica passíveis de aplicação apenas em tempos de absoluta normalidade, de paz e de progresso incontestáveis, o que vale dizer, em períodos que quase nunca ocorrem, na história da espécie humana.

Em verdade, viver em sociedade é viver em permanente alerta, que, no século em que estamos, cresceu de tal forma, que se pode dizer: viver já não é mais viável para amadores. O homem, para ser bem-sucedido, no plano interior, individual e social deve encarar uma competição que ultrapassa, em grande parte, a sua resistência psíquica, razão pela qual os consultórios de psicólogos e psiquiatras estão cada vez mais repletos.

No campo político, isto é, na arte-ciência de governar segundo os princípios da Constituição, principalmente nos regimes democráticos – nas ditaduras, o ditador impõe e elimina seus adversários-, a questão que se põe é consideravelmente mais complexa.

Em outras palavras, não são as doutrinas, os princípios e as normas constitucionais que formataram a história e o evoluir da espécie humana, mas, exclusivamente, os fatos por ela gerados, que terminam por dar perfil à doutrina e aos princípios do direito primeiro, que é o constitucional.

Exceção àquelas normas que o Direito apenas pode reconhecer - ou seja, os princípios fundamentais da dignidade humana, que são pertinentes ao direito natural - todas as demais conformações e normas de convivência, desenhadas no texto constitucional, são decorrentes, formuladas pelos doutrinadores após a percepção dos acontecimentos que permitem ao homem viver em sociedade, organizar-se sob um determinado regime e constituir um Estado, com poder, povo e território reconhecido pela comunidade internacional.

Nas ditaduras, aqueles que conquistam o poder são, normalmente, pessoas mal preparadas, que objetivam tomar o poder pela força. Mesmo quando melhor preparados intelectualmente, como Hitler, o encanto do poder faz com que se esqueçam das lições do passado, não percebendo a capacidade dos povos de reagir quando duramente atacados, mesmo que deem a impressão de que se submetem.

Nas democracias, o risco é menor, mesmo assim o despreparo é grande e a repetição dos erros, das guerras e dos fracassos é uma constante, na história

humana dos países desenvolvidos. A grande verdade é, pois, que a repetição dos erros decorre do permanente desconhecimento da história, em todos os espaços geográficos e em todos os períodos, dos que empalmam o poder <sup>11</sup>.

## 5 CONCLUSÃO

Procurei neste breve estudo demonstrar que o direito - salvo os poucos e fundamentais princípios de direito natural, que permanecem, mesmo quando não adotados, como por exemplo nas ditaduras - é sempre conformado pela vontade dos detentores do poder, sendo o direito constitucional uma mera decorrência de sua vontade e não um formatador da ordem jurídica.

As teorias do direito constitucional, por sua vez, enquanto classificação da história política juridicizada dos diversos povos, decorrem de processos históricos e pouco os influenciam, servindo de mero “estoque de prateleira”, à disposição dos movimentos políticos, em permanente mudança.

Por esta razão, adaptam-se às novas realidades, formulando-se sempre novas soluções. As passadas servem, no máximo, para reflexão acadêmica e evolução de países menos avançados nos caminhos da democracia.

Os direitos fundamentais do ser humano (inatos e imodificáveis) que conformam os regimes democráticos são permanentes, em todos os textos modernos, sendo a escultura das modernas constituições decorrente de um processo historicista-axiológico.

As teorias constitucionais, por sua vez, são meras adaptações posteriores, classificatórias e enunciadoras dos acontecimentos que as antecedem e as perfilam. Sua utilidade está, pois, em permitir aos não políticos – juristas e

---

11 Escrevi: “O erro de Napoleão, ao ser derrotado pelo clima russo, não serviu de lição para Hitler. O erro de Hammurabi ao instituir o primeiro congelamento de preços conhecido na história, em seu famoso Código, não serviu de lição para Deocleciano, no seu Edito de Máximo; para Sarney, no Brasil; ou para Chávez, na Venezuela de hoje 11. Os assassinatos praticados por Calígula - que acabaram por custar-lhe a vida - não serviram de lição para Nero. Os generais que conseguiram se tornar imperadores - antes de assassinados e após conquistarem o poder – mediante o assassinato de seus antecessores, permaneceram imperadores por curtos espaços de tempo, no século III d.C., e não aprenderam a lição de cada um daqueles que os antecederam. Repetiram, com incrível monotonia, os assassinatos na busca do poder. O fracasso dos enfraquecidos reis europeus, durante a idade média, perante os senhores feudais – exceção, talvez, o fenômeno inverso vivido pela monarquia portuguesa, que deveu a sua sobrevivência aos duros ataques dos espanhóis e mouros, graças à centralização do poder e à força dos reis, que se sucederam na mesma luta - nunca serviu de lição aos diversos soberanos que se sucediam, nos diversos países ou regiões, levando à mesma repetição de experiências fracassadas” (Uma breve teoria do poder, Ed. Revista dos Tribunais, 2009, São Paulo, p. 180/181).

operadores do Direito - a percepção do fenômeno existencial e da vida política, individual e social do homem, ao longo da história, ajudando-o a conviver na sociedade democrática.

Por fim, não há História sem Direito e não há Direito sem História, pois desde os povos primitivos, o Direito governa a História da humanidade. A História é, pois, de rigor, o Direito dos povos.

## 5 REFERÊNCIAS

- BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. **Parlamentarismo ou Presidencialismo?** Série Realidade brasileira, 2ª. ed., Ed. Forense: Rio de Janeiro, 1993.
- BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo.** Brasília: UnB, 1980.
- FISCHER, Anthony. **Must history repeat itself.** London: Churchill Press, 1974.
- HERVADA, Javier. **Cuatro Lecciones de Derecho Natural.** Pamplona: Eunsa, 1998.
- MARTINS, Ives Gandra. **Teoria da Imposição Tributária,** 2ª. ed. São Paulo: Ed. LTR, 1998.
- \_\_\_\_\_. **História, mãe do futuro: à luz do tempo pretérito, a formação do amanhã, discurso de posse na Academia Paulista de História.** São Paulo: Ed. APH e CIEE, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Uma breve teoria do poder.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Separação de Poderes no Brasil,** vol. IV. São Paulo: Ed. PrND/IASP, 1985.
- MONTESQUIEU, Charles de. **O Espírito das Leis.** 1748.