



O ORIGEM DO DIREITO PÚBLICO E DO CONSTITUCIONALISMO

Claudia Valim Rossi¹, Marcus Geandré Nakano Ramiro²

¹Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito, Campus Maringá-PR, Universidade Cesumar – UNICESUMAR. Bolsista Taxa PROSUP/ CAPES (Modalidade II)-Uniceusmar. valimrossiclaudia@gmail.com

²Orientador, Doutor, Docente do Curso de Direito, UNICESUMAR. Pesquisador do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação – ICETI. marcus.ramiro@unicesumar.edu.br

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo investigar as origens históricas do direito público e do constitucionalismo. A partir de uma pesquisa bibliográfica, investiga-se as transformações das monarquias medievais e o surgimento dos Estados Modernos com as monarquias absolutistas, analisando seu impacto na origem dos primeiros elementos que podem ser entendidos como direito público. Após, analisa-se de que forma a doutrina das leis fundamentais estabeleceram as bases doutrinárias para que, posteriormente, se desenvolvesse o constitucionalismo liberal. Por fim, pesquisa-se o impacto do Constitucionalismo Americano na formação do constitucionalismo moderno.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo; Direito da personalidade; Direito público; Doutrina das Leis Fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

É comum dos textos introdutórios do direito encontrar certos anacronismos já consagrados no meio jurídico. Desde acusar a origem do direito público no direito romano, até considerar a Carta Magna a origem do constitucionalismo, utilizando essa expressão até como sendo sinônima de Constituição. Nesse contexto, partindo de uma pesquisa bibliográfica, o presente resumo expandido pretende estudar o direito público sob um prisma histórico.

Na primeira seção, será investigado o contexto político e de transformação institucional existente no início na Idade Moderna, em especial o surgimento do Estado Moderno das monarquias absolutistas, e como ele propiciou o desenvolvimento daqueles que seriam os pilares do direito público. Após, será analisada de que forma a doutrina das leis fundamentais foram usadas a fim de limitar o poder monárquico formando as bases para que, em momento futuro, surgisse o constitucionalismo liberal. Por fim, o processo de independência e de federalização dos Estados Unidos será analisado como uma forma de compreender o contexto histórico da construção de sua constituição, que se tornou a origem do constitucionalismo moderno.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 A ORIGEM E CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO MODERNO

Os livros introdutórios de direitos não estão incorretos em afirmar que já havia a distinção entre “direito público” e “direito privado” no direito romano, no entanto, o que os antigos romanos entendiam como direito público possui pouca ou nenhuma relação com o que modernamente se entende por direito público. Quando o Digesto menciona o “ius publicum”, ele trata de um direito que inclui o “ius sacrum” e até mesmo questões hoje consideradas de direito privado, não sendo um corpo uno e autônomo.

Tampouco na Idade Média era possível conceber um “direito público” uma vez que não havia um corpo de funcionalismo público capaz de fazer valer a vontade do rei em todo o território. As administrações das vilas e cidades estavam mais vinculadas aos interesses de grupos de poder municipal do que do Príncipe, os juízes vinculados às elites locais, à



nobreza e ao clero eram muito mais numerosos e proeminentes que àqueles dos reis, as faculdades ensinavam apenas direito romano e muito relutaram em iniciar o ensino das leis reais.

Esse contexto social e político não favorecia o desenvolvimento de um campo autônomo de direito público, pelo contrário, o monarca era visto mais como um líder militar, um juiz ou uma fonte da “Graça”, do que um administrador ou gestor da vida social. Mesmo assim, havia de forma embrionária na Idade Média alguns conceitos e institutos que, posteriormente, foram considerados direito público e aprimorados como, por exemplo, a desapropriação, a expressão “soberania”, a distinção entre a pessoa do monarca da Coroa, dentre outros.

O direito público começa a se originar de fato, com traços da autonomia que hoje lhe são atribuídos, com o surgimento do Estado Moderno. Até então, no período medieval, era comum a coexistência de diversas ordens jurídicas em um mesmo território. O direito real concorria com o direito canônico, o direito costumeiro, o direito romano (em suas interpretações pelos juristas medievais) e os estatutos municipais.

Nesse período a criação de um exército permanente para defender o reino de invasões externas, principalmente, trouxe uma séria carência de dinheiro e, por vezes, endividamento da Coroa. Para aumentar a arrecadação sem necessariamente precisar convocar os corpos representativos estamentais, os monarcas procuraram outras alternativas. As mais relevantes foi a criação de uma série de cargos públicos que seriam vendidos e o incentivo direto da Coroa à atividade econômica que, indiretamente, aumentaria a arrecadação.

A aplicação das leis reais, por sua vez, encontravam resistência pela classe jurídica que via nelas uma afronta a seu poder de definir o direito a partir das fontes tradicionais e resistia a sua aplicação. Por outro lado, a burguesia ascendente e os intelectuais da época compreenderam que, naquele contexto, o apoio a uma monarquia absolutista e seria a única forma de unificar e racionalizar a ordem jurídica. A questão religiosa também foi bastante relevante, o apoio a esse direito público nascente, o incentivo a seu estudo e desenvolvimento, foi uma forma que os principados alemães protestante, por exemplo, encontraram de diminuir a influência e legitimidade da Igreja Católica e seu direito canônico na sociedade.

Assim, pode-se notar que o movimento de expansão e consolidação das monarquias absolutistas, essenciais para a sobrevivência de vários reinos, em especial frente a ameaças externas, criou as condições fáticas para o desenvolvimento do direito público. Quando o Estado passa a adotar funções administrativas, unificar o direito, investir na atividade econômica, formar um exército permanente e enfrentar outros núcleos de poder (corpos estamentais e Igreja Católica, principalmente), que surge uma necessidade de se pensar um direito que regule de que forma deve se dar a relação deste Estado com a sociedade.

2.2 A DOUTRINA DAS LEIS FUNDAMENTAIS

Com a expansão e consolidação das monarquias absolutistas, diversos grupos sociais começaram a buscar formas de limitar esse poder real e a principal forma jurídica encontrada foi por meio das chamadas “doutrinas das leis fundamentais”.

O conceito de lei fundamental surge na França no século VI quando, para resolver uma disputa sucessória de forma diplomática, foi invocada uma lei medieval, a “Lex Salica”, que versava sobre a transmissão *causa mortis* de terras. Tornou-se, então, comum utilizar-se de lei medievais que, muitas vezes, dispunham sobre outros assuntos, e distorcê-las para que fossem usadas como fundamento jurídico para a resolução de questões políticas modernas.



É o caso da Carta Magna que originalmente se tratava de um contrato entre o rei e os barões, em que o monarca se comprometia a não mais violar os privilégios daquele estamento. Ela não previa nada parecido com o que hoje entendemos como direitos fundamentais, não se aplicava a maior parte da população e tampouco resguardava liberdades. Sir Edward Coke e outros juristas no século XVII distorceram o sentido original da Carta Magna a fim de encontrar um fundamento jurídico para a limitação do poder real. Na interpretação de Coke a Carta Magna fora um compromisso do rei em obedecer às leis já existentes, à *common law*. Assim, quem poderia dizer o Direito não era o rei, mas quem era responsável por interpretar a *common law*, ou seja, o judiciário.

Posteriormente, o conceito de lei fundamental foi usado pelos próprios monarcas como forma de atacar essas instituições. Apesar disso, as leis fundamentais eram principalmente entendidas como documentos endereçados tanto aos monarcas quando aos corpos estamentais organizados e que estavam que um patamar mais elevado que as demais leis.

Foram associadas às leis fundamentais as características de durabilidade e inquebrantabilidade e eram utilizadas a fim de garantir o Estado, sua indivisibilidade, independência e inalienabilidade, e sua forma de governo. Dependendo da circunstância política, a doutrina das leis fundamentais poderia, até mesmo, ser usada para aduzir a invalidade de decisões de reis ou outras altas autoridades. Cumpre ressaltar, no entanto, que as leis fundamentais limitavam ao mesmo tempo que legitimavam o absolutismo.

2.3 O CONSTITUCIONALISMO AMERICANO

Após o desenvolvimento do Estado Moderno, com o surgimento das monarquias absolutistas, que propiciaram, junto com as doutrinas das leis fundamentais, as condições para o desenvolvimento do direito público, as ideias liberais começaram a tomar corpo e influenciar o pensamento político e jurídico da época, no entanto, elas se consolidam com as revoluções que rompem com o antigo regime, dentre elas a Revolução Americana.

O processo revolucionário que originou os Estados Unidos da América está intimamente ligado também ao seu processo de federalização que culmina com sua constituição. Para conseguir, de fato, fazer frente ao exército e marinha ingleses, as treze colônias precisaram agir em conjunto e contar com o auxílio externo da França. Assim, para formar um exército comum e travar relação com países estrangeiros as treze colônias precisaram constituir uma Confederação.

A forma confederativa, no entanto, já teve dificuldade em manter a união das colônias e o financiamento do exército durante a guerra e, com a independência, isso se agravou. A situação precária da Confederação dificultava a relação entre os estados e os colocava em situação de vulnerabilidade frente a uma Inglaterra que ansiava em reconquistar suas colônias.

Nesse contexto que foi realizada uma Convenção presidida por George Washington a princípio a pretexto de modificar os chamados “Artigos de Confederação”, no entanto, o desenho apresentado era de uma nova constituição. Havia a previsão, por exemplo, da criação de um órgão legislativo bicameral de representação proporcional (posteriormente, foi modificado para que o Senado tivesse uma representação fixa), um poder executivo nacional, um ou mais tribunais supremos e os respectivos tribunais inferiores necessários. Várias das questões discutidas e ali estabelecidas compuseram o constitucionalismo moderno.

Essa nova Constituição precisava ser ratificada por, pelo menos, nove estados. Assim, a fim de garantir que esse número fosse atingido e que, principalmente, o estado de Nova Iorque ratificasse o texto, Alexander Hamilton, James Madison e John Jay escreveram oitenta e cinco artigos veiculados em jornais posteriormente chamados de “O Federalista”.



Nesses artigos eles traziam argumentos tentando demonstrar as vantagens de ratificar a constituição e de aderir à federação e, ao fazer isso, eles introduziram várias doutrinas que se tornaram centrais para o constitucionalismo americano, mas que repercutiram em todo o constitucionalismo moderno. Por exemplo, no artigo 51 eles introduziram a doutrina dos “checks and balances”.

3 CONCLUSÃO

A partir do presente estudo, pode-se concluir que o direito público e o constitucionalismo têm origem essencialmente moderna, sendo fruto de vários processos históricos que se influenciaram até chegarem a sua forma atual, e possuem suas bases na formação do Estado Moderno com o movimento de expansão e consolidação das monarquias absolutistas.

Compreendeu-se, também, o papel da doutrina das leis fundamentais para legitimar e limitar o poder das monarquias absolutistas, desenvolvendo conceitos que foram importantes ao constitucionalismo. Posteriormente, com o desenvolvimento do Constitucionalismo Americano, fruto do processo de federalização, e com os “Federalist Papers”, surgiram as bases de muitos dos elementos do constitucionalismo moderno. Desde a forma atuação de separação dos poderes, até a doutrina dos “checks and balances”.

Por fim, pôde-se compreender como as Declarações de 1776 e de 1789 foram fundamentais para colocar no centro das discussões jurídicas e políticas a visão universalista dos direitos do homem, para além da visão particularista que até então era a mais aceita.

REFERÊNCIAS

GRAU, Luis. **Orígenes del constitucionalismo americano**. Corpus documental bilingue. Selected Documents Illustrative os the American Constitutionalism. Biligul edition. 3 vols. Madrid: Venta, 2009.

SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. Notas sobre a constituição do direito público na idade moderna: a doutrina das leis fundamentais. **Sequência**, Florianópolis, n. 53, p. 197-232, dez. 2006. Semestral.

SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. O contexto do texto: notas introdutórias à história do direito público na idade moderna. **Sequência**, [S. L.], v. 28, n. 55, p. 253-286, Não é um mês valido! 2007. Disponível em:
<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15056#:~:text=Fenômenos%20da%20Idade%20Moderna%2C%20a,fértil%20para%20a%20reflexão%20doutrinária>. Acesso em: 14 mar. 2023.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira. Carta Magna não é sinônimo de Constituição: uma análise do conceito no brasil e uma breve história do documento medieval. **Revista Direito e Práxis**, [S.L.], v. 13, n. 4, p. 2292-2309, dez. 2022. Disponível em:
<http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2021/59938>. Acesso em: 06 abr. 2023.