

ESTADO CONSTITUCIONAL: A CONSTITUIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PODER E DOMINAÇÃO

(ESTADO CONSTITUCIONAL: LA CONSTITUCIÓN COMO HERRAMIENTA DE PODER Y DOMINACIÓN)

Cleomara Gonsalves Gonem¹

Resumo: Os textos constitucionais foram, ao longo da história, adquirindo contornos jurídicos mais próximos dos princípios fundamentais inerentes aos direitos naturais pertencentes ao ser humano e compatíveis com a concepção de dignidade humana. O regime democrático de organização política e social constrói-se ao longo do tempo e remete às ‘experiências’ gregas de participação de cidadãos livres e iguais. Contexto no qual exerce o Poder judiciário um papel modulador e balizador que não prescinde do *due process of law* cujo vetor se consolidou pelo princípio da *equal protection clause*. Nesse processo mutante, em especial desde meados do século XX após a Segunda Guerra Mundial, a Lei fundamental migrou de um processo de transformação social para um de dominação, próprio dos regimes fascistas e comunistas. O estágio atual desse processo encontra o texto constitucional atuando nas duas vertentes com predominância maior ou menor de um de outro, dependente das condições sociopolíticas predominantes.

Palavras-chaves: Princípios humanos fundamentais; devido processo legal; liberdade; igualdade.

Resumen: Las constituciones fueron, a lo largo de la historia, adquiriendo contornos jurídicos más cerca de los principios fundamentales de los derechos naturales inherentes que pertenecen a humanos y compatible con la concepción de la dignidad humana será. El sistema democrático de la organización política y social se acumula con el tiempo y se refiere a la proporción de ciudadanos libres e iguales "Experiencias" el griego. Contexto en el que ejerce el modulador de fuerza judicial y servir de modelo no deja de lado el debido proceso de ley cuyo vector se ha consolidado el principio de la cláusula de igual protección. En este proceso de cambio, sobre todo desde mediados del siglo XX después de la Segunda Guerra Mundial, la Ley Fundamental ha migrado de un proceso de transformación social a un dominante propio de los regímenes fascistas y comunistas. La etapa actual de este proceso es el texto constitucional que cubre ambas cadenas con diferentes predominio de unos a otros, dependiendo de las condiciones socio-políticas imperantes.

Palabras clave: Principios humanos fundamentales; el debido proceso; la libertad; la igualdad.

¹ Aluna do Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica do CPCJ/Univali. Email: cleogonem@hotmail.com. Artigo elaborado para a disciplina de Teoria dos princípios constitucionais, ministrada pelo Professor Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho. Email: <liton@univali.br>

1. INTRODUÇÃO

O constitucionalismo moderno e, por conseguinte, o estado constitucional, remonta, em suma e sem maiores delongas históricas e antropológicas, à Magna Carta de João sem terra que se caracteriza por enumerar alguns direitos e garantias entre os quais se destaca o princípio do devido processo legal. Ainda que a maioria das cláusulas se refira a situações específicas ou pontuais, foi este o embrião das liberdades constitucionalmente asseguradas. Aquele documento histórico se insurgiu contra o poder absolutista do Estado, o que o levou a se tornar, ainda que de modo imperfeito e inacabado, o Estado democrático constitucional de direito que impera no mundo contemporâneo.

Não obstante a não observância, em regra, a princípios do direito, Na Magna Carta, um deles, o princípio do devido processo legal, se sobrepôs aos demais. E garante, em especial, direitos inerentes à personalidade, protegendo a integridade física, moral e emocional contra eventuais arbitrariedades estatais. Contexto no qual protege e sustenta a dignidade da pessoa humana ainda que isso de desse de modo ‘inconsciente’.

Reforço adicional à proteção de tais direitos, o que pode ser definido como ‘gênese’ de um processo de sistematização de direitos fundamentais do homem, por meio da *Petição de Direitos de 1628* reforçando assim a observância do princípio do devido processo legal fosse, o que perdurado, a bem da estabilidade do regime democrático, até os dias atuais. Este princípio, assim como o da igualdade de proteção pela lei garante o reconhecimento de direitos individuais no âmbito jurisdicional, por permitir o questionamento sobre a liberdade e a igualdade, por exemplos, quando lesadas ou violadas.

Também, a revolução gloriosa, na Inglaterra, provocou mudanças em direção ao estado constitucional, modernizando inclusive a estrutura governativa do país, tendo em vista o desenvolvimento da democracia parlamentar e as liberdades civis, fundamentos estes do texto constitucional de transformação social.

A Declaração do Bom povo da Virgínia, na esteira do processo que culminou na Independência americana, ‘sistematizou’ os fundamentos ‘eternos’ do regime democrático, ressaltando o reconhecimento do direito dos inatos e de toda pessoa humana, “livres e iguais”, bem como o princípio de que todo poder emana do povo,

assegurando direitos que, pode se dizer, foram estruturados desde a liberdade de culto e adoração.

Desde então a democracia vive um processo de permanente mutação, aproximando-se do “fim da história”, ou determinando a ideia de um regime político, em comparação com outros², que mais se aproxime da liberdade, da igualdade e da justiça inerentes a homens e mulheres solidários. De modo que o estado constitucional evoluiu, encontrando sua formação e conformação com a independência americana e com a revolução francesa, que forneceram os contornos e limites aos preceitos garantias constitucionais que caracterizam o atual Estado Constitucional de Direito Democrático.

O artigo coloca, desde o contexto constitucional, a relação interativa entre o pleno exercício da democracia e a primazia de exercício do devido processo legal que inclui a *equal protection clause*, tendo em vista que nenhum Estado pode negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição igualdade de tratamento. O objetivo é garantir, o que é um direito fundamental individual, a "*equal application*" das leis, seja no âmbito administrativo, seja no âmbito jurisdicional seja no âmbito das relações privadas. Daí que a democracia se caracteriza não somente pelo exercício da cidadania ‘soberana’ às mãos de cidadãos munidos de plenos direitos políticos, mas, mais ainda, pelo usufruto dos direitos individuais e coletivos fundamentais.

O Estado evoluiu aos poucos, descentralizando o poder, para consolidar o objetivo primordial da função de todo o poder político juridicamente sistematizado, que é organizar de forma pacífica a convivência solidária e fraterna desde o instrumento constitucional que é o substrato dessa realidade do mundo da vida.

Todavia, de um Estado constitucional transformador da realidade social se aliou ao Estado constitucional dominador motivado pelo projeto de poder permanente das elites políticas dominantes. De tal modo que o texto constitucional ou o “estatuto da vida social do estado” não raro tem sido utilizado para a manutenção e sustentação de uma elite política dominante.

² Monarquia, teocracia, plutocracia, aristocracia, ditadura, totalitário, comunismo, socialismo.

2. A MAGNA CARTA INGLESA E A REVOLUÇÃO GLORIOSA

A *Magna Charta Libertatum*³ foi possivelmente a influência inicial mais significativa no amplo processo histórico que conduziu à regra de lei constitucional hoje em dia no mundo anglófono e, de resto, no mundo ocidental.

Foi em Runnymede, próxima a Windsor, em 1215 que o Rei João da Inglaterra (1167-1216) selou a famosa Magna Carta que enumera o que mais tarde veio a ser considerado como catálogo dos direitos humanos fundamentais. Após ter violado um

³ FORDHAM UNIVERSITY. The Jesuit University of New York. **The Text of Magna Carta.** Introductory Note. Source and Further Information G. R. C. Davis, *Magna Carta*, Revised Edition, British Library, 1989. British Library Publications - An Overview. Copyright © 1995, The British Library Board From Portico - The British Library's Online. As might be expected, the text of the Magna Carta of 1215 bears many traces of haste, and is clearly the product of much bargaining and many hands. Most of its clauses deal with specific, and often long-standing, grievances rather than with general principles of law. Some of the grievances are self-explanatory: others can be understood only in the context of the feudal society in which they arose. Of a few clauses, the precise meaning is still a matter of argument. In feudal society, the king's barons held their lands 'in fee' (*feudum*) from the king, for an oath to him of loyalty and obedience, and with the obligation to provide him with a fixed number of knights whenever these were required for military service. At first the barons provided the knights by dividing their estates (of which the largest and most important were known as 'honours') into smaller parcels described as 'knights' fees', which they distributed to tenants able to serve as knights. But by the time of King John it had become more convenient and usual for the obligation for service to be commuted for a cash payment known as 'scutage', and for the revenue so obtained to be used to maintain paid armies. Besides military service, feudal custom allowed the king to make certain other exactions from his barons. In times of emergency, and on such special occasions as the marriage of his eldest daughter, he could demand from them a financial levy known as an 'aid' (*auxilium*). When a baron died, he could demand a succession duty or 'relief' (*relevium*) from the baron's heir. If there was no heir, or if the succession was disputed, the baron's lands could be forfeited or 'escheated' to the Crown. If the heir was under age, the king could assume the guardianship of his estates, and enjoy all the profits from them - even to the extent of despoliation - until the heir came of age. The king had the right, if he chose, to sell such a guardianship to the highest bidder, and to sell the heir himself in marriage for such price as the value of his estates would command. The widows and daughters of barons might also be sold in marriage. With their own tenants, the barons could deal similarly. The scope for extortion and abuse in this system, if it were not benevolently applied, was obviously great and had been the subject of complaint long before King John came to the throne. Abuses were, moreover, aggravated by the difficulty of obtaining redress for them, and in Magna Carta the provision of the means for obtaining a fair hearing of complaints, not only against the king and his agents but against lesser feudal lords, achieves corresponding importance. About two-thirds of the clauses of the Magna Carta of 1215 are concerned with matters such as these, and with the misuse of their powers by royal officials. As regards other topics, the first clause, conceding the freedom of the Church, and in particular confirming its right to elect its own dignitaries without royal interference, reflects John's dispute with the Pope over Stephen Langton's election as archbishop of Canterbury: it does not appear in the Articles of the Barons, and its somewhat stilted phrasing seems in part to be attempting to justify its inclusion, none the less, in the charter itself. The clauses that deal with the royal forests (§§ 44, 47, 48), over which the king had special powers and jurisdiction, reflect the disquiet and anxieties that had arisen on account of a longstanding royal tendency to extend the forest boundaries, to the detriment of the holders of the lands affected. Those that deal with debts (§§ 9-11) reflect administrative problems created by the chronic scarcity of ready cash among the upper and middle classes, and their need to resort to money-lenders when this was required. The clause promising the removal of fish-weirs (§ 33) was intended to facilitate the navigation of rivers. A number of clauses deal with the special circumstances that surrounded the making of the charter, and are such as might be found in any treaty of peace. Others, such as those relating to the city of London (§ 13) and to merchants (§ 41), clearly represent concessions to special interests. Disponível em: <<http://www.fordham.edu/halsall/source/magnacarta.asp>> Acesso em: 30 jul 2013.

número de leis antigas e costumes pelos quais a Inglaterra tinha sido governada, João sem terra foi forçado a garantir as liberdades civis inglesas e, também especificamente, as liberdades de Londres e do comércio do porto e dos comerciantes. Sofreu então a revolta de barões e prelados e foi compungido a assumir

o compromisso de observar certos costumes feudais, respeitando direitos e interesses baroniais que neles se apoiavam, e de não tomar decisões em relação a determinados assuntos, sobretudo em matéria de tributação, sem antes consultar a nobreza (DALLARI, 2010 p. 78).

O texto da *Magna Cartha* é claramente o produto de muita negociação e de diversas mãos e cérebros interessados em assegurar então o máximo de direitos possível. A maioria de suas cláusulas lida com situações específicas e queixas pontuais em vez de com os princípios gerais do direito. No entanto, “de fato, o advento da Magna Carta inicia um novo capítulo na história da Inglaterra e, mais especificamente, do absolutismo inglês, assim como do constitucionalismo” (CAMARGO, 2011 p. 224).

Amplamente visto como um dos documentos legais mais importantes no desenvolvimento da democracia moderna, a *Carta Magna* foi um ponto de viragem crucial em direção ao Estado Constitucional.

Viragem apoiada por um processo nem sempre homogêneo mediante o qual o instituto da garantia do *due process of law* ou princípio do devido processo legal, representado pelo direito de escolher ou ser assistido pelo seu próprio advogado, ter um julgamento justo e a garantia da apelação ⁴ veio proteger e garantir direitos “relativos à vida, à propriedade e à liberdade, [que] só poderiam sofrer supressão à luz do *jus consuetudinarium* da época” (CAMARGO, 2011 p. 224). Instituto processual que foi o embrião para o reconhecimento não só dos direitos patrimoniais mas, ainda mais essencial, dos direitos de personalidade, protegendo a integridade física, moral e

⁴ **Juízo, justiça, julgamento.** O *devido processo legal* está umbilicalmente ligado a julgamento, juízo e justiça, que representam a manutenção ou administração do que é direito de maneira justa e imparcial, e segundo normas, cuja concepção principiológica tem sua gênese aos primórdios da organização social. Embora juízo tenha conotações jurídicas, basicamente não há nenhuma distinção entre justiça e juízo. Uma palavra grega traduzida “em harmonia com a justiça” indica algo que é “justo” ou merecido. “Julgamento” e “vingança” são os sentidos primários de outras duas palavras gregas às vezes traduzidas “justiça”. Pessoas são punidas ou recompensadas segundo os seus atos. Do que se pode concluir que “o devido processo legal” foi construído ao longo do tempo, embora sua sistematização possa ter se iniciado na Magna Carta. “Blackstone, famoso jurista inglês, afirmou: “[Deus] vinculou de forma tão íntima, entreteceu tão inseparavelmente as leis da justiça eterna com a felicidade de cada indivíduo, que esta não pode ser alcançada senão pela observância delas; e, se elas forem obedecidas pontualmente, isto não poderá senão produzir esta última.”” In CHADMAM, Charles Erehart. **Chadman's Cyclopedia of Law**. V. I. Chicago: American Correspondence School of Law, 1912, p. 88. Tradução livre.)

emocional da pessoa. Processo que resultou, por fim, em a raiz da dignidade ser assentada constitucionalmente.

Sobre o mesmo princípio, cerca de 550 anos depois, expressou-se:

As leis da Inglaterra são, portanto, sob o aspecto da honra e da justiça, extremamente vigilantes em reconhecer e proteger esse direito ao devido processo legal. [...]. Sobre esse princípio, a carta magna, declarou que nenhum homem livre será preso ou perderá sua propriedade ou suas liberdades plenas, ou seus costumes, senão por decisão de seus pares, ou pela lei da terra (CAMARGO, 2011 p. 224).

Do direito anglo-saxão esse princípio do devido processo legal⁵, “que logra enorme relevo entre os norte-americanos” (BULOS, 2003 p. 279), permitiu que “da interpretação meramente procedimental ou formal, [se passasse] a uma concepção substantiva da cláusula [...] analisando-se a legalidade, mas tendo como pedra de toque a razoabilidade do fato” (BULOS, 2003 p. 279).

Entorno no qual a Petição de Direitos (*Petition of Rights*, 1628. A Petição de Direitos ainda é usada em algumas maneiras. Não se pode legalmente colocar um homem na prisão sem um julgamento justo. Não devemos julgar os outros. A Petição de Direitos intencionou trazer a justiça e a paz para a Inglaterra. Após uma luta árdua e difícil levou por fim à sua aquisição. É diferente porque **agora estamos em uma democracia** ⁶.) reforçou os apelos da Magna Carta em especial no que se refere ao *due process of law*.

⁵ FORDHAM UNIVERSITY. The Jesuit University of New York. **The Text of Magna Carta. Translation.** (Clauses marked (+) are still valid under the charter of 1225, but with a few minor amendments. Clauses marked (*) were omitted in all later reissues of the charter. In the charter itself the clauses are not numbered, and the text reads continuously. The translation sets out to convey the sense rather than the precise wording of the original Latin.) JOHN, by the grace of God King of England, Lord of Ireland, Duke of Normandy and Aquitaine, and Count of Anjou, to his archbishops, bishops, abbots, earls, barons, justices, foresters, sheriffs, stewards, servants, and to all his officials and loyal subjects, Greeting. (39) No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful [judgment] of his equals or by the law of the land. (40) To no one will we sell, to no one deny or delay right or justice. Tradução livre: ((39) Nenhum homem livre será apreendido ou aprisionado, ou despojado de seus direitos ou bens, ou colocado na ilegalidade ou exilado ou privado de sua posição de qualquer outra forma, nem vamos continuar com força contra ele, ou enviar outros para fazer por isso, a não ser pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra.(40) A ninguém será vendido, negado ou retardado o direito ou a justiça.)

⁶ **The Petition of Rights.** Petition; a request to a police official that seeks to correct a wrong or to influence public policy. Right; to be able to do things freely. When you put these two words together they mean freedom of speech, press, assembly, and it can also mean no man or woman can be taxed or convicted without the o.k. from the parliament. These words represent the Petition of Rights that were set forth in 1628 by King Charles I. Sir Edward Coke sent a request for a Petition of Rights to King Charles I, stating some of the following: “*Some of your Majesty’s subjects have been put to death by*

Uma observação: a cláusula do *equal protection of the law*, ou da igualdade de proteção pela lei é mais recente que a do *due process* e acentua que ‘nenhum Estado pode negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção da lei’, “e ambas têm sido interpretadas no sentido de proteger os direitos e dar as garantias constitucionais de liberdade, vida, propriedade e economia” (BULOS, 2003 p. 279).

Sustenta-se que “o princípio constitucional fundamental do processo civil que [é] a base legal sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam, é o do ‘devido processo legal’” (CAMARGO, 2009 p. 77). Tem-se então, por exemplo, que a publicidade dos atos processuais, a impossibilidade de uso da prova obtida por meio ilícito, a duração razoável do processo são corolário do *due process of Law*, expressão utilizada pela primeira vez no “*Statute of Westminster of the Liberties of London*”, de 1354⁷, por um legislador anônimo.

Foi nesse contexto e na jurisdição da Suprema Corte dos Estados Unidos, que o *due process law* atingiu a maturidade sustentando direitos e garantias representados pelo trinômio vida-liberdade-propriedade amplamente reconhecidos pelos ordenamentos

some commissioners, because they were not following laws. Some grievous offenders have escaped punishments due to them. We ask, your Majesty, that no man hereafter have to make or give any gift, loan, tax, or any like charge. Your Majesty's subjects should abide by these rules and be destroyed or put to death if they do not allow them. We humbly pray of your most excellent Majesty that these be the rights and liberties, according to the laws and statutes of this realm.” (Netscape: 1628 Petition of Rights, pages 1-7). The Petition of Rights was established in June of 1638, by King Charles I. It stated four principles: no taxes would be given without Parliament consent; no imprisonment without a shown cause; soldiers cannot be put in private houses; and martial law cannot be used in times of peace. The Petitions were supposed to be a safeguard, but they were soon violated by Charles I, the very person that agreed to them. He continued collecting taxes without Parliament consent. To gain back their rights’, a man named Eliot wrote the *Resolutions of Eliot*. In this he stated that anyone voluntarily paying taxes without consent of the Parliament were not following the Petition of Rights, and were enemies of the King. Eliot, along with eight other men, were arrested. Eliot died in a castle tower in November of 1632. For eleven years after his death, Charles I ruled England without a Parliament. He began to follow old laws, and collect old taxes. Many events, such as a war, took place thereafter. Because of the events, the Parliament had to be called on, and the Petition of Rights were reinforced. Some direct quotes that relate to my understanding of the Petition of Rights include the following. “No man shall be forejudged of life and limb.” “It is declared and enacted that no freeman may be taken or imprisoned or deceased of his freehold or liberties.” “By means where of your people have been divers, they are required to lend certain sums of money unto your majesty, with thou consent of thy majesty.” (Netscape: 1628 Petition of Rights, pages 1-7). The Petition of Rights is still used in some ways today. We cannot legally put a man in prison without a fair trial. We should not be judgmental of others. **The Petition of Rights was intended to bring justice, peace, and fairness to England. Instead it led to a harder fight for justice and peace, but they were eventually gained. It is different now, because the Revolutionary War broke us away from the English rule, and we are now a democracy.** Disponível em: <http://www.east-buc.k12.ia.us/01_02/AH/pr/pr.htm> Acesso em: 23 jul 2013.

⁷ LIBERTY OF SUBJECT (1354). **Due process of law.** “Ninguém pode ser condenado sem o devido processo da lei. Que nenhum homem em qualquer estado ou condição em que esteja, deve ser despejado de sua propriedade ou moradia – que também não podem ser tomadas –, nem preso, nem deserdado, nem condenado à morte, sem uma decisão produzida pelo devido processo legal.” Disponível em: <<http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/>> Acesso em: 28 ago 2013. Tradução livre.

jurídicos do mundo ocidental CAMARGO, 2011 pp. 225-228) e que remontam, em contornos indefinidos ou embaçados, ao direito romano.

O **devido processo legal** tornou-se assim uma garantia ou a certeza do reconhecimento de direitos fundamentais no âmbito jurisdicional. Maturado cerca de oito séculos, foi o instrumento que permitiu a homens e mulheres garantir e questionar sua liberdade, judicialmente, quando lesionada ou violada, por meio da qual o homem livre expressa sua vontade, seu querer, “livre de impedimentos externos [na perseguição] daquilo que ele quer sem ir de encontro a nenhum impedimento” (SCHAPP, 2009 p. 83), exceto aqueles com os quais consentiu livremente e que resultaram na vontade geral ou vontade objetiva do Estado.

Mas, mesmo assim, é desde o homem livre que se constroem os limites constitucionais ao exercício da vontade que se manifestam através de um catálogo de liberdades que se conformam à sua dignidade, mediante os direitos de personalidade, em princípio, porque aquela “depende de uma espécie de convenção que é estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens” (ROUSSEAU, 2009 p. 31).

Contexto no qual o estado constitucional, cuja concepção em sentido material, evoluiu da ágora grega, perpassou pela república romana, em sentido formal “no sentido de uma constituição jurídica ou normativa, portanto como expressão de um poder constituinte formal, [só] encontrou sua afirmação (teórica e prática) apenas a partir do final do século XVII” (SARLET e MARINONI, 2013, p. 37), configurada que foi, repita-se, pela revolução francesa e pela independência americana.

Evoluindo desde a experiência constitucional inglesa,

juntamente com as experiências norte-americana e francesa, que, como é amplamente aceito, constituem os dois pilares do constitucionalismo na sua versão moderna, o qual, em seus traços essenciais, segue marcando o constitucionalismo contemporâneo, embora em processo de permanente reconstrução, a ponto de se chegar a afirmar que, a despeito das muitas e relevantes contribuições encontradas na literatura, a história do constitucionalismo moderno ainda está sendo escrita, e, portanto, está por ser escrita (SARLET e MARINONI, 2013 pp. 37-38).

A Revolução gloriosa⁸ que denominou o turbulento período que entre 1688-1689, em Inglaterra, provocou profundas mudanças políticas que refletiram ou evoluíram, no decorrer do tempo, em direção ao estado constitucional.

Então, Guilherme de Orange e sua mulher Mary assumiram conjuntamente o trono, por solicitação de várias personalidades influentes, na condição de jurarem um

⁸ UK. PARLIAMENT. **The Glorious Revolution.** Within 30 years of Charles II's restoration to the throne in 1660, England was once again on the verge of civil war. In 1688 the country was invaded by a foreign army and its King fled, as the Crown was offered by Parliament to his own nephew and son-in-law. Yet these events are usually called the Glorious Revolution. What is 'glorious' about them and why are they often considered a turning point in the development of parliamentary democracy and civil liberties? **The Convention and Bill of Rights.** The Whigs and Tories in the Convention argued for days over whether James II had abdicated and had thereby made the throne vacant or whether he had temporarily deserted the throne, by which a regency in his name should be established. William of Orange cut the debate short by threatening to abandon the country if he was not made King. On 6 February 1689 Parliament resolved that James II had abdicated by his departure and that the Crown should be offered jointly to William and his wife Mary, the actual successor of James II. A Declaration of Rights. When Parliament formally made this offer of the Crown on 13 February it also read aloud to William and Mary the Declaration of Rights. This was a statement of the rights of the subject and, particularly, the liberties of Parliament (such as frequent Parliaments and freedom of speech) which it was claimed the last Stuart monarchs had infringed. Contrary to common belief, Parliament did not present the Declaration to William and Mary as a condition which they had to accept to be made King and Queen. The rights affirmed in the Declaration did, however, take statutory effect in December 1689 when the Convention, with William and Mary's royal assent, passed the Declaration as an Act of Parliament, now known as the Bill of Rights. Though it is not a revolutionary statement of universal liberties, being mostly concerned with the specific misdeeds of James II, the Bill of Rights stands as one of the landmark documents in the development of civil liberties in England - and a model for later, more general, statements of rights, such as the Bill of Rights in the US Constitution. **Joint monarchs.** The new monarchs' recognition of the sovereignty of Parliament was more clearly stated in the wording of the revised oath written by Parliament for their coronation on 11 April 1689. William III and Mary II had to swear to govern according to "the statutes in Parliament agreed on" instead of by "the laws and customs ... granted by the Kings of England". **The Act of Settlement.** James II's flight in 1688 had given Parliament the opportunity to alter the succession to the English throne and to elect a King. Having once used this power to offer the throne to William and Mary, Parliament was not hesitant in exercising its influence over the succession again. Apart from enacting as statute the rights of the subject, the 1689 Bill of Rights legislated that the succession to the throne would pass first to any children of James II's two daughters Mary and Anne before going to any children born to William by a second marriage. Furthermore, it stated that Catholics or those married to Catholics could not succeed to the throne. **The Protestant Succession.** There was little concern in 1689 that the Protestant Succession was in danger, but there was unease when Queen Mary died in December 1694 without leaving any children. This turned to great concern when the Duke of Gloucester, the only surviving child of Princess Anne, died aged 11 in July 1700. This left Anne's half-brother James, the infant whose birth in June 1688 had spurred William of Orange to invade, Anne's successor. **The Hanover connection.** In June 1701 Parliament hoped to resolve this problem by passing the Act of Settlement. It confirmed the provision of the Bill of Rights that no Catholic or person with a Catholic spouse could sit on the throne. The Act also legislated that, to preserve the Protestant Succession in case neither Anne nor William had any more children, the Crown would pass at Anne's death to a Protestant relation. This was Sophia, the electress of Hanover in Germany, the granddaughter of James I by his daughter Elizabeth, and first cousin to Charles II and James II. Sophia's son George I succeeded to the throne upon Anne's death in 1714, and his descendants, including the current Queen, have ruled Britain ever since - all because of a decision of Parliament in 1701 to alter the succession and to choose its own monarch. Disponível em: <<http://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/parliamentaryauthority/revolution/>> Acesso em: 31 jul 2013.

documento (o chamado *Bill of Rights* ⁹) que previa certas restrições ao poder real e obrigava à realização de sessões parlamentares e eleições regulares. Tratou-se de uma reforma institucional da máxima importância, que modernizou a estrutura governativa do país, na medida em que, implicitamente, negava o direito divino dos reis e preparava o caminho ou a transição entre um estado de “dominação” para um estado de “transformação”.

A “glória” deste período concentra-se na viragem dos acontecimentos que resultaram no desenvolvimento da democracia parlamentar e as liberdades civis. Embora não seja uma declaração revolucionária de liberdades universais, o *Bill of Rights* se destaca como um dos documentos marco no desenvolvimento das liberdades civis na Inglaterra - e um modelo para depois, mais geral, declarações de direitos, como a **Declaração de Direitos da Constituição dos EUA**.

The Act of Settlement, de 1701 ¹⁰, por sua vez, confirmou a disposição do *Bill of Rights*. Em suma, desde a *Magna Cartha*,

prossequindo nas profundas reformas políticas e legislativas, em 1689 o Parlamento aprovou uma importante Declaração de Direitos, quase com a forma de uma Constituição, que foi consagrada como Bill of Rights, aprovando, nesse mesmo ano, uma lei, o Settlement Act, que estabelecia os direitos e liberdades do indivíduo, fixava princípios para a coroa, limitando as prerrogativas reais, e mudava a linha de sucessão (DALLARI, 2010 p. 87).

Do exposto, ainda que ligeira e de modo sucinto, se pode concluir que a Inglaterra é o berço onde foi gestada a democracia constitucional, um processo em constante mutação e ajustes, hoje capitaneado e tutelado pela dignidade humana que é uma ideia mais abrangente e não restritiva que a dignidade da pessoa humana.

3. A INDEPENDÊNCIA AMERICANA E A DECLARAÇÃO DO BOM POVO DA VIRGINIA

⁹ **Bill of Rights** (1689). Declaração de Direitos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decbill.htm>> Acesso em: 23 jul 2013. “16. A esta petição de direitos formos estimulados, particularmente, pela declaração de S. A. o Príncipe de Orange (depois Guilherme III), que levará a termo a liberdade do país, que se acha tão adiantada, e esperamos que não permitirá sejam desconhecidos os direitos que acabamos de recordar, nem que se reproduzam os atentados contra a sua religião, direitos e liberdades.”

¹⁰ **The Act of Settlement of 1701** was designed to secure the Protestant succession to the throne, and to strengthen the guarantees for ensuring parliamentary system of government. The Act also strengthened the Bill of Rights (1689), which had previously established the order of succession for Mary II's heirs.<<https://www.royal.gov.uk/HistoryoftheMonarchy/KingsandQueensoftheUnitedKingdom/TheStuarts/MaryIIWilliamIIIandTheActofSettlement/TheActofSettlement.aspx>> Acesso em: 23 jul 2013.

O Estado constitucional, legal ou de direito que, “em sentido estrito nasce com o Renascimento e se consolida nos séculos XVI e XVII [...] caracterizado por sua condição de poder centralizado e supremo dentro de uma sociedade e dotado de uma ordem jurídica unitária” (LÓPEZ, 2004, pp. 46-47), se encontra em permanente construção ou mutação. E que, também por isso, ainda não encontrou a sua formulação ideal ou está permanentemente se reinventando ¹¹.

Virginia Declaration of Rights de 1776¹², nos Estados Unidos, ‘lançou’, antes da Declaração de Independência¹³ e da *Déclaration des droits*, nos primeiros parágrafos, os fundamentos do regime democrático: o reconhecimento de "direitos inatos" de toda a pessoa humana e o princípio de que todo poder emana do povo, firmando os princípios da igualdade de todos perante a lei da liberdade (CAMARGO e FACHIN, 2010).

O que revela que, em fins do século XVIII, França e Estados Unidos, “tinham o desejo de escrever uma constituição e afirmar os direitos do homem”. Em ambos os casos, eles são considerados parte do regime político vigente. Assim, os "direitos constitucionais" são uma parte essencial do constitucionalismo norte-americano.

¹¹ “**Democracia** é a forma de governo em que o povo imagina estar no poder.” *Carlos Drummond de Andrade*.

¹² USA. THE VIRGINIA DECLARATION OF RIGHTS. On May 15, 1776, the Virginia Convention "resolved unanimously that the delegates appointed to represent this colony in General Congress be instructed to propose to that respectable body to declare the United Colonies free and independent states . . . [and] that a committee be appointed to prepare a DECLARATION OF RIGHTS and . . . plan of government." RH Lee's resolution of June 7, 1776, implemented the first of these resolutions and precipitated the appointment of the committee to draw up the Declaration of Independence; the second proposal was carried out by the framing of Virginia's first state constitution, of which this declaration was an integral part. It is notable for containing an authoritative definition of the term *militia* in Section 13. As passed, the Virginia Declaration was largely the work of George Mason; the committee and the Convention made some verbal changes and added Sections 10 and 14. This declaration served as a model for bills of rights in several other state constitutions and was a source of the French Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, though its degree of influence upon the latter document is a highly controversial question. The reference to "property" in Section I may be compared with the use of the word by John Locke, its omission by Thomas Jefferson from the second paragraph of the Declaration of Independence, and its use in the Constitution, Amendments V and XIV. *In: The Federal and State Constitutions, Colonial Charters . . .*, ed. FN Thorpe (Washington, 1909), VII, 3812-14. Disponível em: <http://www.constitution.org/bcp/virg_dor.htm> Acesso em: 23 jul 2013.

¹³ UNIDOS PELOS DIREITOS HUMANOS. Uma Breve História dos Direitos Humanos. **Declaração de Independência dos Estados Unidos** (1776). Em 1776, Thomas Jefferson redigiu a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América. A 4 de julho de 1776, o Congresso dos Estados Unidos aprovou a Declaração de Independência. O seu principal autor, Thomas Jefferson, escreveu a Declaração como uma explicação formal do porquê o Congresso ter votado no dia 2 de julho para declarar a independência da Grã-Bretanha, mais de um ano depois de irromper a Guerra Revolucionária Americana, e como uma declaração que anunciava que as treze Colônias Americanas não faziam mais parte do Império Britânico. Disponível em: <<http://br.humanrights.com/about-us/what-is-united-for-human-rights.html>> Acesso em: 23 ago 2013.

A democracia americana assenta-se em dois fundamentos: por um lado, o governo representativo e, por outro, a garantia dos direitos. O "autogoverno" e o respeito aos direitos individuais são a base da legitimidade do governo. Em França, o artigo 16¹⁴ da Declaração de 1789, igualmente, dispõe que "qualquer sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes definida, não tem constituição." Por outro lado, o respeito pelos direitos humanos e a separação dos poderes, são os dois elementos que revelam um plano não é despótico, *i. é*, revela um regime constitucional (LETTERON).

A *Virginia Bill of Rights*, em 1776, no artigo 18º, garante a “liberdade religiosa, na forma ditada pela consciência”. A *Declarations des Droits de l’Homme et Du Cytoven*, de 1789, no artigo 10º, assegura que “ninguém pode ser molestado por suas opiniões , incluindo opiniões religiosas”. Por certo,

os que menosprezam as *Declarações de Direitos* ou são ignorantes ou estão de má-fé. Foram elas, desde a *Magna Carta*, 1215, [ou antes, no ano 1100, desde a *Charter of Liberties ou Coronation Charter*] os degraus para se subir na evolução político social. Os gregos conheceram o valor das Constituições e proclamaram a necessidade delas. Acreditavam na razão porque sabiam usá-la. Depois deles, o fato repetiu-se: todos os grandes povos tiveram as suas (PONTES DE MIRANDA, 2002 p. 54).

De fato, a **Declaração de Direitos do Bom Povo da Virginia** “representou o ato inaugural da Democracia moderna, [que remonta aos antigos gregos], combinando, sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos” (COMPARATO, 1999 p. 83).

Do que se conclui, em limitada suma, que o Estado democrático constitucional, embora tenha suas raízes fincadas na erudição helênica, encontra sua conformação nos documentos ‘constitucionais’ ingleses, nas declarações de direitos americana e francesa e se consolidou com as declarações de direitos do século XX, em especial a Declaração Universal de Direitos Humanos.

4. A CONSTITUIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PODER E DOMINAÇÃO

¹⁴ **DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS CIDADÃOS**, 1789. Artigo XVI. Qualquer sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.

A origem do Estado, enquanto organização política e social conformada em bases jurídicas – o que qual já se mencionou –, emergiu gradativamente entre os séculos XIV e XVII na Europa, “culminado no tratado de Vestefália (1649), que “sela a ruptura religiosa da Europa, o fim da supremacia política do Papa, [...], e a divisão da Europa em diversos estados independentes”.

À *República Cristhiana*¹⁵ sucede um sistema de Estados soberanos e iguais (MIRANDA, 2002 pp. 24-25). Um novo poder político e a aparição do Estado, que se configura no transito à modernidade, frente aos poderes políticos medievais resulta da unificação do poder face o localismo feudal, um ficção de império que já não é um poder efetivo e frente às pretensões de domínio da Igreja Católica pelo princípio da superioridade espiritual (MARTINEZ, 1999 p. 119).

Outra causa do surgimento do Estado moderno, ao qual se referiu MACHIAVELLI (2003 p. 1), relaciona-se com a necessidade de um poder unitário que garanta a ordem e a segurança imprescindíveis para que a burguesia possa desenvolver suas atividades mercantis, o que não é possível ante a ineficácia das estruturas políticas medievais.

Isso dentro de um contexto jurídico mediante um Direito cujo referencial unificador das normas no qual será ao Estado atribuído o monopólio do uso legitimado da força e da coerção. Desse modo inicia-se a consolidação do estado no mundo moderno com a idéia de que a primeira função de todo poder político e de todo sistema jurídico é a organização pacífica da convivência solidária e fraterna.

A unidade nacional que se pretende construir, derivada de elementos culturais e linguísticos, favorece a gênese do Estado cuja configuração se dá em dois modelos: o modelo continental cujo pressuposto é a destruição dos fundamentos da organização política medieval para a construção do Estado absoluto; e o modelo inglês, cujo pressuposto é a transformação da organização jurídico-política medieval para o Estado moderno. Naquele os elementos estamentais, clero e monarquia, têm seu poder diluído, fragmentado e neste há uma maior permanência dos elementos estamentais (MARTINEZ, 1999 p. 119).

¹⁵ “The Republic Christiana was a world vision of the church in which there was a vast Christian commonwealth, governed by an emperor who was loyal to the pope. This did not succeed, because the system of people being ruled by a king was commonplace, and accustomed to.” *In*: http://reviewmaterials.tripod.com/history/g09_jan_final_review.html Acesso em: 20/07/13.

Nesse contexto a Constituição, “indispensável para a proteção da dignidade humana e a consecução de uma ordem social justa, nas qual as relações políticas e sociais sejam pautadas pelo Direito, [garantindo] o efetivo respeito aos direitos fundamentais” (DALLARI, 2010 p. 13) do homem, perpassa por dificuldades. Isso porque não tem sido capaz de escoimar a influência do sistema religioso sobre o sistema político – ‘meu reino não é desta fonte’ – obstando a sua intromissão nos assuntos seculares e sobre a ordem social. O que coloca a massa da humanidade coagida pelos ditames e preceitos ‘espirituais’ com os quais – no mais das vezes – não concorda.

"Ao longo da história, as diferenças religiosas têm dividido homens e mulheres, mesmo vizinhos, e têm justificado alguns dos mais sangrentos conflitos da humanidade. No mundo moderno, tornou-se claro que pessoas de todas as religiões devem resolver as diferenças e trabalharem juntas para garantir a nossa sobrevivência e realizar o ideal de paz de todas as crenças”¹⁶.

Entretanto, é visível a percepção de que, à medida que afastou o sistema religioso do núcleo do poder – embora ainda o utilize como instrumento de persuasão, apoio e legitimação para subjugar a ordem social – o sistema político inclinou-se para a utilização da Constituição como instrumento de transformação social. Para isso utiliza os valores fundantes das relações sociais tais como a solidariedade, a fraternidade e a justiça, especialmente desde a Segunda Grande Guerra.

No entanto, na atualidade, percebe-se um movimento, principalmente nas nações periferias do mundo, uma tendência à democracia totalitária na qual o texto constitucional tem sido no mais das vezes utilizado como instrumento de dominação, moldado à perpetuação do e no poder das elites minoritárias dominantes, sob pretensa legitimidade messiânica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução constitucional – e do Estado constitucional –, ao longo do tempo, colocou o exercício do direito de liberdade e igualdade de homens e mulheres, temperados pela justiça, como preceito maior. E sua garantia e efetividade não prescinde da observância estrita do devido processo legal e da *equal protection clause* mesmo porque a Constituição, ainda que se configure como instrumento de

¹⁶ ONU. **Building a culture of peace for the children of the world**. Disponível em: http://www.un.org/events/UNART/panel_culture_of_peace04.pdf Acesso em: 20 ago 2013.

transformação social não perdeu suas características de dominação e manipulação de homens e mulheres.

A Constituição se caracteriza, assim, por coligar os anseios, necessidades e interesses populares que se transmudam com o tempo, no que se inserem os direitos humanos fundamentais. São inesgotáveis as necessidades e interesses humanos em contraposição aos escassos recursos que dispõe o Estado contemporâneo para contemplá-los o que tem colocado a classe governante entre a “cruz” e a “espada”. Entre o aumento da carga tributária sob uma não mais classe média e a satisfação inesgotável de uma minoria excluída das benesses estatais.

No entanto, todo o processo precisa ser observado com cautela, para que sejam respeitados todos os preceitos constitucionais, tendo em vista que buscam um destino comum, o bem estar individual e coletivo.

Entorno no qual o devido processo legal é um dos instrumentos mais importantes na realização dos direitos, liberdades e interesses fundamentais, pois é por meio dele que se verifica a proteção e garantia judiciais efetivas dos direitos e interesses de todas as pessoas, sendo que em nenhum caso pode negar-se sem garantia de “contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Por certo, isso se dá no âmbito da atividade jurisdicional cujo “poder” é o garante dos direitos fundamentais.

Entre os direitos fundamentais se destacam, além daqueles individuais sistematizados desde o Iluminismo, os sociais que pertencem ao inteiro âmbito da coletividade no contexto de uma “sociedade livre, justa e solidária” e que afloraram desde o fim do século XIX início do século XX. Isso em uma sociedade que se constrói, nos limites da democracia, com a vigilância permanente e incansável do poder judiciário.

Assim, em perfeita consonância com o *due process of law* e, por consequência, a *equal protection clause* a atividade jurisdicional coloca em evidência princípios ou vetores que alicerçam a democracia ou a sua dinamicidade no âmbito da vida social e sem os quais a soberania popular, manifestada pelo sufrágio popular, não resulta e não alcança o ideal de uma sociedade livre, solidária e fraterna.

Por fim, e talvez o mais importante, a tendência de se utilizar o Texto constitucional como instrumento de dominação mais do que de transformação social, exige do Poder Judiciário uma vigilância incansável, o que nem sempre é agradável e aprovado pela elite dominante.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 5. Ed. rev. e atualiz. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAMARGO, José A. **Os direitos da personalidade na perspectiva da vontade de homens e mulheres**. A manipulação das mentes e corações no mundo contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2011.

CAMARGO, José A. e FACHIN, Zulmar. **A constitucionalização do Estado como resultado da disputa pelas mentes e corações dos homens, entre os sistemas político e religioso**. Artigo publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3460.pdf>> Acesso em: 04/08/. 2013.

CHADMAM, Charles Erehart. **Chadman's Cyclopedia of Law**. V. I. Chicago: American Correspondence School of Law, 1912.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição na vida dos povos**. Da Idade Média ao Século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010.

FORDHAM UNIVERSITY. The Jesuit University of New York. **The Text of Magna Carta**. Introductory Note. Source and Further Information G. R. C. Davis, *Magna Carta*, Revised Edition, British Library, 1989. British Library Publications - An Overview. Copyright © 1995, The British Library Board From Portico - The British Library's Online. Disponível em: <<http://www.fordham.edu/halsall/source/magnacarta.asp>> Acesso em: 30 jul 2013.

LETTERON, Roseline. **L'universalite des droit de l'omme** : Apparences et Realites. L'ideologie des droits de l'homme en France et Aux États-Unis, pp. 145-164. Disponível em : <<http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/FD001351.pdf>> Acesso em : 31 jul 2013.

LIBERTY OF SUBJECT (1354). **Due process of law**. Disponível em: <<http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/>> Acesso em: 28 ago 2013.

LÓPEZ, Fernando Santaolalla. **Derecho Constitucional**. Madrid: Editorial Kykinson, S. L., 2004.

MACHIAVELLI, Nicollò. **O Príncipe**. Com comentários de Napoleão Bonaparte. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier Editora (Campus), 2003.

MARTÍNEZ, Gregorio Pece-Barbas. **Curso de Derechos Fundamentales**. Con la colaboración de Rafael de Asís Roig; Carlos R. Fernández Liesa; e Angel Llamas Cascón. 1. Reimpresión: Febrero 1999. Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid Y Boletín Oficial del Estado. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade**. 1. ed. Campinas (SP): Bookseller, 2002.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Alex Martins. 1. reimp. São Paulo: Martin Claret, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed., rev., actual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHAPP, Jan. **Liberdade, moral e direito**. Elementos de uma filosofia do direito. Freiheit, Moral und Recht. *Grundzüge einer Philosophic dès Rechts*. Tradução de Mariana Ribeiro de Souza. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009,

ONU. **Building a culture of peace for the children of the world**. Disponível em: <http://www.un.org/events/UNART/panel_culture_of_peace04.pdf> Acesso em: 20 ago 2013.

UK. PARLIAMENT. **The Glorious Revolution**. Disponível em: <<http://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/parliamentaryauthority/revolution/>> Acesso em: 31 jul 2013.

UNIDOS PELOS DIREITOS HUMANOS. **Uma Breve História dos Direitos Humanos**. Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776). Disponível em: <<http://br.humanrights.com/about-us/what-is-united-for-human-rights.html>> Acesso em: 23 ago 2013.

USA. **THE VIRGINIA DECLARATION OF RIGHTS**. On May 15, 1776. Disponível em: <http://www.constitution.org/bcp/virg_dor.htm> Acesso em: 23 jul 2013.