AS ORIGENS DO ESTADO DE DIREITO

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO*

1. A noção do Estado de direito na Antigüidade. 2. Direito romano. 3. Conceito medieval: posição inglesa. 4. O Estado de direito na França: Montesquieu e Rousseau. 5. Direito natural.

1. Não é sem interesse investigar a origem de determinadas instituições, mormente daquelas que muito pesam na ordem jurídica. E a importância disto acresce quando se considera que essa volta às origens recorda idéias fundamentais que no dia-a-dia se esquecem.

2. O Estado de direito, na sua fórmula clássica, reflete uma longa e profunda tradição histórica, de que o *rule of law* é uma das expressões, e que data da Antigüidade.

A expressão *Estado de direito,* porém, foi cunhada na Alemanha: é o *Rechtsstaat.*[1] Aparece num livro de Welcker, publicado em 1813, no qual se distinguem três tipos de governo: despotismo, teocracia e *Rechsstaat.*[2] Foi igualmente na Alemanha que se desenvolveu, nos planos filosófico e teórico, a doutrina do Estado de direito. Nas pegadas de Kant, Von Mohl e, mais tarde, Stahl lhe deram a feição definitiva.[3]

3. A idéia central do Estado de direito, entretanto, tem raízes que avançam pela Antigüidade. É a tese de que existe um direito que não é criado mas apenas descoberto pelos homens, direito este que é superior aos governantes, que não o podem validamente alterar.

* Professor titular de direito constitucional na Faculdade de Direito da USP.

1 Hayek, Friedrich von. *Os fundamentos da liberdade.* Brasília, Editora da Universidade de Brasília, 1983. cap. 18, espec. n. 4 e segs.

2 Hayek resume a história do termo e do conceito (Id. ibid. p. 239, nota 26).

3 Id. ibid. p. 236 e 239, inclusive nota 26.

A mais famosa apresentação desta tese é o tema fundamental da *Antígona* de Sófocles, onde a heroína afirma existir um direito feito pelos deuses, não escrito, inabalável, composto de "leis que não são de hoje nem de ontem, mas que sempre existiram e existirão sempre".[4]

Decorre de tal posicionamento que os grandes legisladores referidos na história antiga (Hummurabi, Solon, Licurgo, por exemplo) apresentam-se como restauradores, ou declaradores, de um direito que sempre havia existido.[5]

Nas instituições atenienses, a distinção era nítida entre o direito (a lei — *nomos*), imutável, eterno, e o ato normativo estabelecido pelo poder — no caso, a Assembléia de todos os cidadãos (*psephisma,* "decreto"). Este não poderia prevalecer contra aquele, não valeria, portanto, se fosse "ilegal".[6] Ademais, o proponente de ato que fosse considerado violador do direito era sujeito a pesadas sanções.[7] Mais, era prevista uma ação — a *graphé paranomôn* — para anular as "leis" contrárias ao direito e sancionar o seu autor (proponente) bem como o presidente da Assembléia, o qual não se recusara a fazer votar o projeto.[8]

Entre os romanos, que foram os juristas por excelência da Antigüidade, a concepção não era outra. Haveria um direito, do qual derivariam as leis e que os homens desvendariam por um esforço constante, persistente. De fato, Paulo ensina: "Non ex regula jus sumatur, sed ex iure quod est regula fiat."[9] E não se olvide da "constans et perpetua voluntas suum cui que tribuendi" que constitui a justiça, segundo a observação de Ulpiano.[10]

Cícero, no *De legibus,* subscreve esta tese. Assinala ele que a verdadeira lei é "a regra que distingue entre o certo e o errado de acordo com a natureza" e a norma, em conseqüência, que não fosse justa, "não deveria ser chamada lei".[11] Condena, assim, o uso coloquial do termo lei que se aplica a tudo o que é "escrito proibindo certas coisas e comandando outras".[12] Nega, terminantemente, que o legislador possa fazer lei de norma intrinsecamente injusta: "Se fosse possível constituir direito simplesmente pelos comandos do povo, pelos decretos do príncipe, pelas sentenças dos magistrados, tudo o que seria necessário para tornar o roubo, o adultério, ou a falsificação de testamentos, direito e justo seria o desejo da multidão (...)."[13]

Na verdade, o direito romano que se reverencia é "quase inteiramente o produto da revelação do direito pelos juristas e apenas numa pequena extensão

[4] Sófocles. *Antígona,* verso 442.
[5] Hayek, Friedrich von. *Law, legislation and liberty*. London, Routledge, 1973. v. 1, p. 81.
[6] Glotz, Gustave. *La cité grecque*. Paris, A. Michel, 1968. p. 176.
[7] Gaudemet, Jean. *Institutions de l'Antiquité*. Paris, Sirey, 1967. p. 165.
[8] Glotz, Gustave. op. cit. p. 189-90; Gaudemet, Jean, op. cit. p. 165.
[9] *Digesto, 50*(17):1.
[10] *Digesto, 1*(1):10.
[11] *Digesto, 2*(6):13.
[12] *Digesto, 1*(6):19.
[13] *Digesto, 1*(6):43-4.

produto da legiferação".[14] Com efeito, o famoso *Digesto,* cerne da chamada codificação de Justiniano, é a compilação das lições de jurisconsultos que gozaram do *ivs respondendi*. Este era o privilégio que conferiu Augusto aos eminentes juristas "de darem respostas *ex auctoritate principis;* i. e., seus pareceres tendiam a ser obrigatórios para o juiz".[15]

4. De modo explícito e elaborado, o pensamento medieval sustentou a existência de um direito independente da vontade dos homens e superior aos comandos de qualquer autoridade. Resuma-se a lição de Gierke,[16] o qual mostra que o pensamento medieval jamais abandonou a idéia de que o direito não é uma criação do Estado, nem que este tinha por missão realizar o direito.

Este direito era a *lex naturalis,* de origem divina, que continha normas perfeitamente obrigatórias. A *lex* era anterior ao Estado e a qualquer poder do Estado, do imperador, do papa, do povo... — e assim limitativa de todo poder. Por isso, "o que contradissesse os princípios eternos e imutáveis do direito Natural era inteiramente nulo e não vincularia a quem quer que seja."[17]

Este *jus naturale* não compreendia apenas o direito natural *stricto sensu* (as normas inerentes à natureza humana descobertas pela razão, no conceito de Tomás de Aquino).[18] Mas também o *jus divinum* (as normas reveladas por Deus)[19] e o *jus commune gentium*. Este era "a suma das regras que fluem da pura lei natural quando era levada em conta a deterioração da natureza humana causada pelo Pecado Original".[20]

É certo que os poderes — o imperador, o rei, o papa... — editavam leis e o podiam fazer segundo a doutrina medieval. Estas leis positivas, todavia, não podiam contradizer o direito natural. A elas caberia tão-somente regulamentar as normas deste. Com referência a este direito positivo, que o poder editava, modificava, revogava a seu talante (sempre respeitando o direito natural *lato sensu*) é que os juristas medievais entendiam as formulações "quo Principi placuit legis habet vigorem", "Princeps legibus solutus est", "omnia iura habet Princeps in pectore suo".[21]

[14] Hayek, Friedrich von. *Law, legislation and liberty.* London, Routledge, 1973. v. 1, p. 83.

[15] Corrêa, Alexandre. *Manual de direito romano*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1953. v. 1, § 10. De acordo com a Lei das Citações de 426, somente as opiniões de Papiniano, Ulpiano, Paulo, Modestino e Gaio tinham força de lei. Gaio, note-se, não gozou em vida do *ivs respondendi*.

[16] Gierke, Otto. *Political theories of the Middle Age*. Boston, Beacon, 1958. cap. 9, p. 73 e segs.

Na mesma linha, com abundância de referências, veja: Hayek, Friedrich von. *Os fundamentos da liberdade*. Brasília, Editora da Universidade de Brasília, 1983. ç. 182, espec. notas 4-6.

[17] Gierke, Otto, op. cit. p. 75. Também nota 257 (p. 174), que indica as fontes.

[18] Aquino, Tomás de. Summa Theologica. c. II, I, p. 91.

[19] Id. ibid.

[20] Gierke, Otto. *Political theories of the Middle Age*. Boston, Beacon, 1958. p. 76.

[21] Id. ibid. p. 77.

Estas leis positivas — insista-se — não eram válidas senão na medida em que se ajustassem ao direito superior. Vale a pena citar, aqui, Gierke por inteiro: "A teoria propriamente medieval (e jamais completamente abandonada) declarava que todo ato do soberano que rompia os limites postos pelo direito natural era formalmente nulo e írrito. Como nulo e írrito, por esta razão, cada juiz e cada outro magistrado que tinha de aplicar a lei, devia testar, não apenas todo ato executivo ilegal, mas toda lei 'ilegal', mesmo se promulgada pelo papa ou pelo imperador. Além disto, a ordem ilegal ou o ato ilegal era nulo e írrito para os súditos do Estado. Era exatamente por esta causa que o seu dever de obediência era concebido como um dever condicional e que o direito de ativamente resistir a medidas tirânicas era concedido a eles."[22]

5. Merece destaque na análise da lição medieval a posição inglesa. Com efeito, ela conduziu ao *rule of law,* antecedente direto e imediato do *Estado de direito*.

O *background* da doutrina inglesa não é outro que o da continental. Mostra bem Corwin como o pensamento jurídico inglês se vincula às lições da Antigüidade e participa das idéias básicas do cristianismo medieval que teve em Tomás de Aquino o seu principal expoente.[23]

Entretanto, essas colocações teóricas vicejaram num terreno especial, o da *common law*. Esta tem por base o direito comum vigorante na Inglaterra, estabelecido mormente por via costumeira, com raízes imemoriais. Por várias vezes, os monarcas ingleses, como o próprio Guilherme, o Conquistador, se propuseram a restaurar, ou a confirmar, esse direito.[24]

A própria *Magna Carta,* de 1215, não declara visar senão a restabelecer a *law of the land* — esse direito costumeiro que está na origem da *common law*.[25] Mas, conforme aponta Corwin, "o verdadeiro ponto de partida na história da *common law* é o estabelecimento por Henrique II, no terceiro quartel do século doze, de um sistema de Cortes de circuito (*circuit courts*) com uma corte de apelação central".[26] Isto, por um lado, porque este último tribunal gradualmente unificou em escala nacional os costumes. Mas, sobretudo, por outro lado, "porque na sua seleção de quais costumes reconhecer a fim de lhes dar influência nacional, e de quais suprimir, os juízes empregaram o critério (*test*) de *razoabilidade* (*reasonableness*), um critério derivado em primeiro lugar das idéias romanas e continentais".[27]

O critério se fundava na idéia de que a *common law* corporificava a *reta razão* de todos os homens. Esta reta razão, porém — é ainda Corwin quem

[22] Id. ibid. p. 84.
[23] Corwin, Edward S. *The "higher law" background of American constitutional law*. 6. ed. Ithaca, Cornell University Press, 1965. p. 5.
[24] Id. ibid. p. 25.
[25] Ver, por exemplo, a referência ao célebre art. 39.
[26] Corwin, Edward S., op. cit. p. 25.
[27] Id. ibid. p. 26.

assinala —, é "desde o começo a reta razão *judicial*" pois, "considerado como (resultante de) um ato de conhecimento ou descoberta, a *common law* era obra de especialistas (*experts*), e de mais em mais, com o sempre mais firme estabelecimento da doutrina do *stare decisis*".[28]

No século XVII, antes das revoluções, já apareciam como princípios definidos da *common law* não só a invalidade dos atos, inclusive leis aprovadas pelo Parlamento, que a contradissessem; mas também a necessidade de lei formal para a criação de direitos e obrigações (lei, é claro, conforme à reta razão), a igualdade perante a lei. Também já era esboçada "a garantia da independência dos juízes".[29]

O marco mais significativo para tal registro é o famoso *Bonham's case,* em que o Juiz Coke expôs, com grande clareza e precisão, a doutrina apontada. Neste julgamento, está a revisão judicial (*judicial review*) de um ato com base na *common law and reason,* a existência de uma lei fundamental que se impõe aos próprios rei e Parlamento, e, enfim, a noção de que a supremacia do Parlamento está "*sob* a lei", o que mais tarde iria levar ao controle de constitucionalidade nos Estados Unidos.[30]

Assim, no limiar da revolução de Cromwell, estava definido o *rule of law* que Dicey sintetiza em três pontos: primeiro, na ausência de poder arbitrário por parte do governo; segundo, na igualdade perante a lei; terceiro, em que as regras da Constituição são a conseqüência e não a fonte dos direitos individuais, pois "os princípios gerais da Constituição são o resultado de decisões judiciais que determinam os direitos dos particulares *(private persons)* em casos trazidos perante as cortes". Portanto, "a Constituição é o resultado da lei comum da terra (*ordinary law of the land*).[31]

6. O Estado de direito, como tantas instituições do direito constitucional moderno, é uma versão racionalizada do *rule of law* inglês. Isto é bem claro no famoso *Segundo tratado do governo civil,* de John Locke, no qual está a idéia de que o direito preexiste ao Estado (e o limita), como a de que a liberdade natural do indivíduo somente pode ser restringida pela lei (declarada, não criada, pelo legislador), lei que deve ser igual para todos e há de ter sua aplicação sob o crivo de juízes independentes.[32]

7. Entretanto, a exposição mais clara dos princípios diretores do Estado de direito está no pensamento político francês. Recorra-se a Montesquieu, no

[28] Id. ibid.
[29] Hayek, Friedrich von. *Os fundamentos da liberdade.* Brasília, Editora da Universidade de Brasília, 1983. p. 191 e segs.
[30] Corwin, Edward S. op. cit. p. 57.
[31] Dicey. *Introduction to the study of the law of the Constitution*. 10. ed. London, Macmillan, 1961. p. 202-3.
[32] Locke, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. trad. de E. Jacy Monteiro. São Paulo, Ibrasa, 1963. cap. 7, § 87.

primeiro capítulo de seu mais célebre livro, para exprimir a base deste pensar: "As leis são, na significação mais larga, as relações necessárias que derivam da natureza das coisas." E aduz: "Neste sentido, todos os seres têm suas leis; a divindade tem suas leis; o mundo material tem suas leis; as inteligências superiores ao homem têm suas leis. os animais têm suas leis; o homem tem suas leis." Não é fruto da "volonté momentanée et capricieuse" dos homens.[33]

Este trecho é bem conhecido, mas não deve ser menos um outro que de pouco o segue: "Os seres particulares inteligentes podem ter leis que eles fizeram; mas eles as têm outrossim que não fizeram. Antes que houvesse seres inteligentes, eram eles possíveis, tinham, pois, relações possíveis, e, por conseguinte, leis possíveis." Ao que se sucede: "Antes que houvesse leis possíveis, havia relações de justiça possíveis. Dizer que não há nada justo ou injusto, exceto o que ordenam ou proíbem as leis positivas, é dizer que antes que se tivesse traçado um círculo, todos os raios não eram iguais."[34]

A posição de Rousseau não é outra. A fórmula que cunhou — "a lei, expressão da vontade geral" —, adotada no art. 6.º da Declaração de 1789 soa voluntarista. Parece afirmar que o povo cria a lei, que a vontade faz a lei. E nesse sentido foi interpretada a deturpada mais tarde. Todavia, no *Contrato geral* existe inequívoca a distinção entre a "vontade geral" e a "vontade de todos". Ambas surgem da manifestação da vontade de todos os homens mas a primeira manifesta a razão, que identifica o justo, o bem comum. A segunda é um desvio, motivado pelo egoísmo, pela influência de interesses particulares, que prevalecem sobre a razão.[35]

Esse direito intemporal, próprio à natureza, é um direito eminentemente racional. O homem, pela razão, o descobre, não o cria. O direito é o justo, o que equivale a dizer conhecido e demonstrado pela razão. Sublinha num recente estudo François Terré, analisando a doutrina clássica: "A idéia de lei (aqui, direito) é ligada à de razão, neste sentido que a lei é a razão humana traduzida, interpretada ou manifestada pela vontade geral."[36]

Qual é o conteúdo deste direito natural?

Poder-se-ia resumi-lo, com Duguit, na "autonomia da pessoa humana".[37] Mais pormenorizadamente, Hume o condensa em três leis: "a lei da estabilidade da posse, da transferência por consentimento e o cumprimento das promessas", as quais, todas, subentendem a liberdade.[38] Jefferson, na Declaração da Independência, de 1776, afirma: "Temos por verdades demonstradas por si próprias

[33] Montesquieu, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brede et de. *Do espírito das leis.* São Paulo, Abril Cultural, 1973. Série Os Pensadores. v. 21, livro 1, cap. 1.
[34] Id. ibid.
[35] Rousseau, Jean Jacques. *Du contrat social*. lv. 2, cap. 3.
[36] Terré, François. La crise de la loi. In: *Archives de Philosophie du Droit*, 25:22, 1980.
[37] Duguit, Léon. *Traité de droit constitutionel.* 3. ed. Paris, Boccard, 1930. v. 3, p. 619.

que todos os homens foram criados iguais e são dotados pelo criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais figuram a vida, a liberdade e a busca da felicidade." Na Declaração de 1789, o art. 1.º reconhece: "Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos." E o 2.º completa: "A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão." Acrescentando, adiante, o art. 17 que a propriedade é um "direito inviolável e sagrado".

A existência deste direito e, portanto, desses direitos, constitui a limitação natural do Estado. Este não pode contra estes direitos, só pode na medida em que estes direitos são restringidos para que todos os homens concomitantemente gozem de igual liberdade. Esta é a essência do Estado de direito, na sua versão clássica.

8. Torna-se bem claro, perquiridas as origens do Estado de direito, que este visava a estabelecer o império da justiça, não da lei, vista esta como a vontade do legislador. O Estado de direito *formal,* em que essa vontade é soberana, contraria os fundamentos da proposta clássica. É uma deformação desta.