

O CRITÉRIO DA LIBERDADE NO CONSTITUCIONALISMO COMO PRODUTO DA CONCEPÇÃO DO INDIVÍDUO

THE CRITERION OF LIBERTY IN CONSTITUTIONALISM AS A PRODUCT OF THE INDIVIDUAL'S CONCEPTION

Andrey Borges Pimentel Ribeiro¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 A filosofia liberal; 1.1 A concepção do indivíduo; 1.2 O contratualismo; 1.3 A liberdade; 2 O constitucionalismo; 3 Constituições escritas; Considerações finais; Referências das fontes citadas

RESUMO

O presente artigo tem por objeto a relação entre o liberalismo e o constitucionalismo. O objetivo do mesmo não é tão somente corroborar com os fatos políticos que conformaram o constitucionalismo, mas investigar a influência do liberalismo, sobretudo em seus alicerces a partir do contratualismo e em sua materialização nas Constituições escritas oriundas do final do século XVIII. Para tanto, o artigo se apropria da história das ideias para pontuar na filosofia liberal seus pontos de influência no constitucionalismo, em especial a questão que envolve a defesa da liberdade individual. Finalmente, o estudo procura ampliar o argumento que vincula liberalismo e constitucionalismo, porém, ampliando o escopo teórico à medida que teorias políticas – liberalismo – e jurídicas – constitucionalismo – são precedidas por teorias sociais e uma noção de indivíduo, como é o caso do liberalismo.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição; Estado; Indivíduo; Liberal; Liberdade

ABSTRACT

This article focuses on the relationship between liberalism and constitutionalism. The purpose of it is not that only corroborate the political events that shaped constitutionalism, but to investigate the influence of liberalism, especially one founded on contractualism, the materialization of the Constitutions written originating from the late eighteenth century. Therefore, this article appropriates the history of ideas to score in liberal philosophy their points of influence on constitutionalism, especially the issue involving the defense of individual freedom. Finally, the study seeks to expand the argument that links liberalism and constitutionalism, however, increasing the theoretical scope as political theories – liberalism – and legal – constitutionalism – are preceded by social theories and a notion of individual, as is the liberalism of the case.

KEYWORDS: Constitution; State; Individual; Liberal; Freedom

¹ Doutorando em Educação pela UFG. Mestre em Ciência Política pela UFG. Especialista em Direito Constitucional pela UFG. Licenciado em História pela UEG. Bacharel em Direito pela UFG. Professor adjunto da FASAM, Goiânia, Goiás, Brasil. Endereço eletrônico: andy_rib@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O artigo tem por objeto o constitucionalismo em sua formação histórica, enquanto instituição estatal, política e jurídica. Todavia, o objetivo não é tão somente corroborar com os fatos políticos que conformaram o constitucionalismo, mas investigar a influência do liberalismo, sobretudo aquele alicerçado no contratualismo, na materialização das Constituições escritas oriundas do final do século XVIII.

Por considerar casos existentes, como a Constituição estadunidense de 1787 e as primeiras Constituições francesas da década de 1790, o estudo se concentra em uma hipótese positiva de que a filosofia liberal ancorada na ideia do indivíduo promoveu a arquitetura do constitucionalismo moderno em função da ideia de liberdade. Assim, compreende o argumento de que, por trás de uma teoria de Constituição, como é a teoria constitucional da liberdade, existe teorias de sociedade e de política. Nesse sentido, há uma concepção filosófica de pessoa – individualismo – que norteia uma teoria de sociedade – contrato social – que estrutura uma teoria política – liberalismo – que, por sua vez, solidifica uma teoria de Constituição cujo cerne é a liberdade própria do liberalismo/individualismo.

O método utilizado no estudo se apropria da história das ideias. A adoção deste tipo de análise parte das recomendações de Isaiah Berlin; logo, sua postura quanto os cuidados metodológicos devem ser considerados. Neste diapasão, a filosofia pretende responder às perguntas de sua própria época, então, a compreensão de uma filosofia pretérita deve considerar o contexto de um momento como o elo deste com a contemporaneidade, de modo a “tentar descrever em que consistiam alguns desses modelos que afetaram muito profundamente a nossa era”².

Isaiah Berlin chama atenção para o exagero de uma proeminência da ideia de um determinado autor, lembrando que um filósofo é produto de sua própria

² BERLIN, Isaiah. **Ideias políticas na era romântica: ascensão e influência no pensamento moderno**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 73.

época e contexto social. Entretanto, se um gênio individual não surgisse talvez a dinâmica de conjunturas políticas decisivas tomasse outros rumos, distintos daqueles que são conformados a partir de determinadas ideias influentes. O referencial em tela destaca a importância de filósofos como Montesquieu, ao afirmar que “se Montesquieu tivesse morrido ao nascer ou tivesse se limitado a escrever sátiras elegantes e livros de viagem, essa ideia [divisão dos poderes] talvez nunca tivesse visto a luz do dia”³.

O presente estudo, tendo por base a filosofia liberal, se reporta principalmente a Thomas Hobbes e a John Locke como expoentes do pressuposto do indivíduo, sendo que, especialmente com John Locke se desenvolve a tese de liberdade (limitada/condicionada) consolidada nas Constituições escritas do final do século XVIII até hoje. Então, a relação muito consolidada de que o constitucionalismo é fruto do liberalismo é endossada neste estudo por dois recuos analíticos: (1) a concepção de pessoa sob a égide do indivíduo e (2) a precedência de uma teoria social sobre a teoria política e jurídica. De acordo com os argumentos aqui desenvolvidos, isto tem relação com as ideias dos pioneiros do liberalismo. O aporte teórico-jurídico utilizado na compreensão das filosofias de Hobbes e Locke remete, especialmente, a Costas Douzinas.

1 A FILOSOFIA LIBERAL

A discussão a respeito do que seja o liberalismo e a própria filosofia liberal não é fácil, pois o pensamento liberal assumiu diversas vertentes desde sua arquitetura moderna. Assim, a simples menção a uma filosofia liberal como se esta fosse homogênea consiste em um equívoco imenso. Devido à sua envergadura e influência, o liberalismo desenvolveu uma série de variantes a partir de seus pressupostos filosóficos e continua sendo alvo de críticas diversas, mesmo dentro de sua própria estrutura de pensamento⁴.

³ BERLIN, Isaiah. **Ideias políticas na era romântica: ascensão e influência no pensamento moderno**. p. 75.

⁴ GRAY, John. **A anatomia de Gray**. Tradução de José Gradel. Rio de Janeiro: Record, 2011, p. 27-60.

Para ilustrar a dificuldade acima descrita é interessante suscitar o caso inglês. John Locke é considerado o pioneiro do liberalismo, todavia, sua proposta liberal não encontra exata coincidência em autores liberais que o sucederam, como, por exemplo, Jeremy Bentham. Aliás, se for traçada uma linha de Locke a Stuart Mill, passando por Bentham, nenhum destes autores compartilha de um liberalismo igual ao outro. O próprio John Stuart Mill, sucessor de Jeremy Bentham, modifica a estrutura utilitarista deste em aspectos fundamentais ao alargar a perspectiva utilitarista do prazer e da dor considerando a dignidade do indivíduo⁵.

À época do século das luzes, o liberalismo adotado na Europa continental, especialmente, França e Alemanha, desdobrou-se no iluminismo – ou ilustração. Mesmo o romantismo também deu tratamento ao ideal de liberdade a partir do cerne liberal⁶. O iluminismo albergou distintos autores como Voltaire, Kant e Hegel. Kant, por exemplo, é um filósofo proeminente do iluminismo, mas sua filosofia é criticada por outro filósofo da ilustração: Hegel. Então, se dentro do próprio iluminismo não há convergência, o que falar de liberais como Bentham, citado no parágrafo anterior, o qual elabora parte de seus escritos contrariando a filosofia kantiana⁷. Mais do que isso, para liberais radicais contemporâneos como John Gray⁸, o iluminismo não se confunde com o liberalismo, por mais que tenha se desenvolvido a partir deste.

No século XX, o liberalismo se ramificou no libertarianismo encabeçado por autores como Robert Nozick e Friedrich Hayek e no liberalismo igualitário – ou igualitarismo – de John Rawls, Ronald Dworkin e Amartya Sen⁹. Estas correntes liberais são bastante distantes entre si, o que torna ainda mais importante o

⁵ SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa**. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 48-72.

⁶ BERLIN, Isaiah. **Ideias políticas na era romântica: ascensão e influência no pensamento moderno**. p. 216-269.

⁷ SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa**. p. 48-63.

⁸ GRAY, John. **Al-Qaeda e o que significa ser moderno**. Tradução de Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 51-52.

⁹ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 1-77.

entendimento de que o liberalismo está muito longe de ser uma filosofia uníssona¹⁰. Enquanto o libertarianismo prega uma liberdade maior ao indivíduo e uma alta limitação ao Estado, retornando às propostas de John Locke nas origens do liberalismo, o liberalismo igualitário considera a diferença entre os indivíduos como um óbice para a realização dos ideais de cada um, então, para o igualitarismo deve haver redistribuição dos bens e direitos, algo inadmissível no libertarianismo¹¹.

Não é o objetivo deste trabalho fazer uma digressão sobre o estado da arte da filosofia liberal, pois o liberalismo é muito amplo¹² e, conforme dito acima, dado seu grau de abrangência, uma série de liberalismos se originaram da filosofia liberal desde seus primórdios ingleses. Nesse sentido cumpre consignar a abordagem de Charles Taylor em sua proposta liberal de multiculturalismo – o qual é entendido por ele como um liberalismo minoritário, sendo que o majoritário é aquele proposto por Rawls e Dworkin – ao se referir ao liberalismo como “um credo em luta”¹³. Isto quer dizer que o liberalismo não somente é um produto cultural que varia de acordo com as circunstâncias, como é apenas mais uma forma de pensar e compreender a realidade dentre outras possíveis.

Ademais, vale destacar a centralidade que assume a posição rawlsiana a qual ressuscita o contratualismo contemporizado às novas demandas de justiça social. Ao publicar “Uma Teoria da Justiça” em 1971, John Rawls se tornou uma referência imprescindível para a política normativa e o direito contemporâneo. Isto se torna bastante evidente na posição de destaque que Ronald Dworkin dedica a John Rawls em uma de suas últimas obras, “A justiça de toga”, publicada em 2006, sendo assaz pertinente o seguinte trecho em que Dworkin eleva Rawls a uma categoria teórica de suma importância: “Cada um de nós tem

¹⁰ TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 266-268.

¹¹ SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa**. p. 28-30.

¹² RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. XXII.

¹³ TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. p. 267.

seu Immanuel Kant, e, a partir de agora, cada um de nós lutará pela bênção de John Rawls”¹⁴.

Assim, muito embora Dworkin enxergue limitações no modelo rawlsiano de 1971, sobretudo quanto à insensibilidade de Rawls quanto aos dons e às ambições individuais de cada um e proponha um modelo ideal de modo a privilegiar a perspectiva igualitária em um leilão hipotético que passa por um teste da inveja e permite contratar seguros contra as eventuais desvantagens do acaso, é forçoso admitir com Roberto Gargarella¹⁵ que as ideias de Dworkin mais contribuem para o amadurecimento do projeto original de Rawls do que o contestam. Nesse diapasão, cabe a confissão de Dworkin quanto a Rawls:

Alguns de vocês terão notado uma certa congruência entre as posições que afirmo ser defendidas pelos argumentos de Rawls na teoria do direito e aquelas que eu próprio tentei defender, e talvez pensem que isso não acontece por acaso. (...) Depois de todos os livros, todas as notas de rodapé e todas as maravilhosas discussões, estamos apenas começando a nos dar conta de quanto temos a aprender com esse homem¹⁶.

Em todo caso, e ainda na circunscrição do liberalismo encabeçado por John Rawls, importa aludir à obra “O liberalismo político”, trabalho de amadurecimento deste autor publicada em 1993 e tratada pelo mesmo como “conferências, sendo que o próprio Rawls assim o explica na introdução da obra em comento neste parágrafo: “As conferências possuem agora a unidade desejada, tanto entre si como com relação ao espírito e ao conteúdo de *A Theory of Justice* [*Uma teoria da justiça*]: a ideia de liberalismo político”¹⁷. Isto é evidenciado por Gargarella¹⁸ quando afirma que “é preciso dizer que Rawls foi

¹⁴ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 369.

¹⁵ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. p. 63-72.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. p. 369.

¹⁷ RAWLS, John. **O liberalismo político**. p. XIV.

¹⁸ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. p. 224.

muito receptivo às objeções que iam sendo feitas a seu trabalho por frentes muito diferentes”, o que demonstra a grandeza teórica de John Rawls.

Para além das divergências dentro do próprio cerne liberal, o projeto crítico endossado por Karl Marx teve, em grande medida, como ponto de reflexão, o pensamento liberal enquanto ideologia protagonizada pela classe burguesa. Ademais, se for arrolado o anarquismo como uma filosofia de luta contra o Estado burguês, tanto o anarquismo quanto o marxismo têm como referência a filosofia liberal. Então, é a filosofia liberal a forma de pensamento mais influente concebida no âmbito da modernidade, seja adquirindo novas roupagens dentro de sua própria estrutura, seja permeando críticas por outras acepções da realidade, sendo inclusive combatida em grande escala.

Mas, afinal, o que faz com que o liberalismo, apesar de todas as suas divergências desde uma perspectiva interna, possa ainda ser denominado liberalismo? Por que se falar em uma filosofia liberal diante de tantas correntes e variações? A resposta para esta questão é justamente aquilo que une os diversos liberalismos por mais discrepantes que possam vir a ser: o indivíduo, o qual corresponde à unidade de análise básica de toda a filosofia liberal. O pressuposto do indivíduo é, portanto, o laço comum do liberalismo.

1.1 A CONCEPÇÃO DO INDIVÍDUO

A base da filosofia liberal é a concepção do indivíduo, sendo este diagnóstico reforçado por Norberto Bobbio: “sem individualismo não há liberalismo”¹⁹. Então, por mais que o liberalismo tenha derivado uma série de perspectivas, a concepção do indivíduo é o que une as mais diferentes tradições liberais; assim, importa averiguar o momento em que se concebe a ideia de indivíduo.

De acordo com Michel Villey, é a partir de dois autores do século XIV, a saber, Duns Escoto e Guilherme de Ockham, que foram “estabelecidos os fundamentos

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2013, p. 16.

de uma filosofia *individualista*²⁰. É, especialmente, Guilherme de Ockham o responsável pela concepção do individualismo em sua influente escola filosófica: o nominalismo. A sustentação deste monge franciscano remete às interpretações bíblicas em que "a expressão máxima da criação é a individualidade, conforme evidenciado na encarnação histórica de Cristo"²¹.

Com essa ideia revolucionária de individualidade, o ser começa a ser projetado como um ente atômico, dando início a um processo de centralização do ser no mundo. Cumpre destacar que toda a tradição majoritária do próprio medievo, consolidada em Santo Agostinho (séculos IV e V) e Santo Tomás de Aquino (século XIII), remete à filosofia grega, sobretudo e respectivamente a Platão e a Aristóteles²². No momento em que o nominalismo medieval de Ockham afirmou, conforme destaca Costas Douzinas, que "o controle exercido por indivíduos privados sobre suas vidas era do tipo de *dominium* ou propriedade"²³, houve uma modificação radical na forma de se abordar a relação do ser com a sociedade, por isto Michel Villey trata o nominalismo como uma "revolução levada ao âmago da filosofia"²⁴.

Tratar o ser como indivíduo tendo em vista que este é dono de si próprio ao estilo de uma relação de propriedade é uma novidade na história do pensamento social, novidade esta que rompe com a análise aristotélica de que o homem é um ser social, a exemplo de outros seres como as abelhas e as formigas. Este rompimento conformou uma nova perspectiva para o pensamento jurídico e

²⁰ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 122.

²¹ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 76.

²² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Filosofia do Direito**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 232.

²³ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. p. 76.

²⁴ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. p. 122.

político, pois “colocou no centro de sua atenção o soberano e o indivíduo com seus respectivos direitos e poderes”²⁵.

Ao afirmar que a noção de indivíduo gerou o liberalismo, Bobbio assume que uma perspectiva filosófica – o individualismo, aqui identificado na filosofia nominalista – derivou uma ideia política – o liberalismo. Todavia, as teorias políticas são precedidas de teorias sociais, ou seja, para se afirmar o funcionamento normativo da política, primeiro é necessário compreender a sociedade na qual ela se insere. Então, antes de vincular o individualismo ao liberalismo, importa clarear a ponte de ligação entre eles, isto é, a teoria do contrato social como teoria de sociedade.

1.2 O CONTRATUALISMO

O liberalismo é identificado como uma teoria de política, todavia, é também uma teoria de sociedade, pois o liberalismo nasce com os teóricos do contratualismo. Muito embora o pioneirismo da filosofia liberal seja atribuído a John Locke, autores radicais do liberalismo a exemplo de John Gray identificam Thomas Hobbes como liberal²⁶. Costas Douzinas, autor vinculado à teoria crítica do direito, afirma que Hobbes é o primeiro liberal²⁷, justamente por utilizar o indivíduo como unidade de análise.

A partir da concepção filosófica de indivíduo, Hobbes construiu sua teoria de sociedade em função de um contrato²⁸, sendo que o “‘indivíduo’ é o alicerce sobre o qual a doutrina contratual é construída”²⁹. Após Hobbes, uma série de autores baseou suas ideias políticas em um contrato social³⁰, perfazendo o

²⁵ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. p. 76.

²⁶ GRAY, John. **A anatomia de Gray**. p. 28.

²⁷ DOUZINAS, Costas. **Philosophy and resistance in the crisis – Greece and the future of Europe**. Cambridge: Polity, 2013, p. 119.

²⁸ HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 120-121.

²⁹ PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Tradução de Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p. 32.

³⁰ PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. p. 15-37.

contratualismo. Em comum, estes autores atestam a origem da sociedade civil por intermédio de um acordo coletivo ao modelo de um contrato. Porém, antes de adentrar as teorias liberais de contrato social, ou seja, o contratualismo, vale esclarecer do que se trata o termo contrato.

Contrato consiste no “acordo de duas ou mais vontades (...) destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”³¹. Desta definição técnica a respeito do contrato, é possível inferir que o mesmo não se trata de um conceito trivial. Na realidade, a noção de contrato remete ao direito romano, o qual era altamente sofisticado.

O termo contrato tem sua origem no latim, na palavra “contractus”, que “significa unir, contrair”³². No direito romano, o instituto do contrato era bastante exigente, sobretudo no que diz respeito às formas – mais do que a questão da vontade das partes. A própria formação da palavra contrato, de acordo com Cretella Júnior³³, que é a junção de pacto mais formas, sobreleva a importância deste último aspecto do contrato. A vontade das partes se torna uma essência do contrato apenas à época de Justiniano, quando o “contractus” é utilizado pela primeira vez em função da convenção, isto é, tendo em vista a vontade das partes.

O contratualismo se baseia, conforme dito anteriormente, na ideia de um contrato firmado entre as partes – indivíduos – para formar a sociedade, tendo em vista que “o contrato original dá origem à ‘sociedade civil’”³⁴. Nessa formação da sociedade, o (s) indivíduo (s) deixaria (m) de viver no estado de natureza

³¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 20. ed. rev. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 24.

³² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 394.

³³ CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 174.

³⁴ PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. p. 29.

para viver (em) em um estado civil, o que inauguraria a sociedade política. Mas, se o contrato origina a sociedade, aquele sempre deveria ter existido, ou pelo menos deveria ser anterior à própria sociedade, uma vez que esta é derivada do contrato, e não há como algo preceder o que já existe, logo, o contrato deveria vir antes da sociedade. Porém, o contrato, especialmente a ideia moderna de contrato que se baseia na vontade das partes é uma construção histórica do direito bizantino³⁵, então, muito posterior a diversas sociedades antigas. Assim, as críticas do século XIX, de acordo com Renato Janine Ribeiro³⁶, às teorias contratualistas convergiam neste aspecto: como indivíduos em estado de natureza poderiam ter noções jurídicas suficientes para estabelecer um contrato e firmar uma sociedade?

Em favor dos contratualistas, principalmente Hobbes, está o fato de que não se trata de uma história dos fatos sociais, mas uma filosofia abstrata para explicar a razão de existência do Estado e da sociedade política. Ademais, mesmo com as contestações, o contratualismo é "a mais famosa e influente história política dos tempos modernos"³⁷. Vale consignar, neste ponto, que o contratualismo, sobretudo para o direito, tem um valor ímpar. O pressuposto de que indivíduos formam a sociedade ou que a sociedade é composta pelos indivíduos é o atestado de sucesso da teoria contratualista. No direito, este pressuposto é utilizado em larga escala trazendo consequências, pois se o pressuposto é o indivíduo, este tem preferência sobre a sociedade, não por acaso o direito é pensado primeiramente a partir do ponto de vista do indivíduo³⁸, o que faz com que o contratualismo seja ao mesmo tempo uma teoria de sociedade, de política e também de direito.

³⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. p. 174.

³⁶ RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In Weffort, Francisco C. (org.). **Os clássicos da política. Volume 1. Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista"**. São Paulo: Ática, 2006, p. 53.

³⁷ PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. p. 15.

³⁸ STRAUSS, Leo. **Direito natural e história**. Tradução de Aníbal Mari e Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 7.

A par da influência do contratualismo, Carole Pateman destaca que “o fascínio exercido pela idéia de um contrato original que sustenta que as relações sociais livres tomam uma forma contratual, é provavelmente maior agora do que qualquer outro momento”³⁹. Afinal, para além de Thomas Hobbes e John Locke, contratualistas do século XVII, a teoria do contrato social permanece influente, pois Immanuel Kant no século XVIII, Sigmund Freud nos séculos XIX e XX, e John Rawls no século XX, são todos autores que baseiam suas teorias na ideia de contrato social. Mas, afinal, no que consiste essa teoria?

A teoria do contrato social desde sua origem hobbesiana se baseia em aportes filosóficos, portanto, racionais. Então, a teoria do contrato social é uma tentativa filosófica de explicar e justificar a existência de instituições sociais, sobretudo do próprio Estado. Esta tentativa filosófica é verificada de Hobbes a Rawls – e parte de seus críticos, a exemplo de Ronald Dworkin. Thomas Hobbes⁴⁰ cria uma hipótese, o estado de natureza, uma abstração – jamais existente – para justificar a existência da sociedade política ordenada pelo Estado. John Rawls parte de uma hipótese similar, assumindo literalmente que se trata de uma abstração racional, a “posição original”, que, nas palavras do próprio autor estadunidense é a “interpretação filosoficamente preferida dessa situação de escolha inicial para os fins da teoria da justiça”⁴¹.

A utilização da hipótese de estado de natureza – ou de posição original – é um exercício filosófico para justificar, em última análise, a existência do Estado. A operação lógica é contrafactual, consistindo em retirar da atmosfera societal a existência do Estado. Em não havendo o Estado, eis o estado de natureza, um conglomerado de indivíduos atomizados e isolados entre si, sem qualquer tipo de compromisso político ou vínculo jurídico, o que sugere um cenário de incertezas.

³⁹ PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. p. 15.

⁴⁰ HOBBS, Thomas. **Leviathan**. p. 120-121.

⁴¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 21.

O precursor desta abstração foi Thomas Hobbes, tendo retirado a terminologia da teologia⁴².

Thomas Hobbes⁴³ imagina um ambiente em que os indivíduos têm um direito natural à liberdade. Assim, em estado de natureza, o indivíduo é livre para realizar e satisfazer todos os seus desejos pessoais. Porém, mais uma vez, não há vínculos entre um indivíduo e outro, pois não há sequer a sociedade, apenas indivíduos atomizados vivendo em um suposto estado de natureza. Assim, a liberdade de um indivíduo encontra a liberdade de outro indivíduo. Ora, se estes indivíduos absoluta e completamente livres têm o mesmo desejo, o resultado esperado é que a liberdade permita tudo para a satisfação de um desejo, inclusive a morte⁴⁴, por esta razão, o desdobramento da teoria hobbesiana é que o "estado de natureza é estado de *guerra* endêmica; estado insuportável"⁴⁵.

Ao criar esta hipótese, Hobbes projeta uma vivência temerosa no estado de natureza, então, a consequência do direito natural à liberdade é o medo individual⁴⁶. Não é sequer um estado em que o mais forte tem o poder, pois, de acordo com Hobbes⁴⁷, os indivíduos além de livres são também iguais, sendo que mesmo o mais forte em força física pode sucumbir ao mais astuto. Então, não tem como inferir que um indivíduo seja diferente do outro mesmo em força, logo, viver no estado de natureza com liberdade e igualdade irrestritas corresponde a viver com medo, pois não existe qualquer garantia de segurança.

Com o medo internalizado no indivíduo no estado de natureza e temendo pela sua própria vida em uma condição que se dissemina para todos os indivíduos em função de um direito ilimitado à liberdade, Hobbes entende que os indivíduos

⁴² VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. p. 143.

⁴³ HOBBS, Thomas. **Leviathan**. p. 91.

⁴⁴ STRAUSS, Leo. **Direito natural e história**. p. 219.

⁴⁵ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. p. 147.

⁴⁶ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. p. 89.

⁴⁷ HOBBS, Thomas. **Leviathan**. p. 86.

preferem renunciar a esta liberdade irrestrita em troca de segurança. Se o estado de guerra é um estado de medo potencialmente constante e o indivíduo é dotado de razão, esta impele "sair do estado de guerra, da insegurança; buscar a Paz com seus semelhantes"⁴⁸.

O contrato enfim aparece enquanto método racional capaz de garantir a paz, no entanto, "trata-se do contrato tal como o entendiam os teólogos ou os canonistas, ou os moralistas estóicos, de modo algum os juristas romanos"⁴⁹. Não é um contrato ao estilo dos juristas romanos por dois motivos básicos: primeiro, porque nenhum indivíduo o formalizou, sendo a forma um requisito do contrato desde o direito romano; segundo, porque é um contrato de renúncia de um direito, ou seja: "submeter-se de comum acordo, fazendo-lhe o sacrifício de nossas liberdades, à força de um poder soberano que instituirá a ordem e a paz"⁵⁰. No contrato privado que envolve vontade das partes, há uma correspondência entre os indivíduos, uma tentativa de relação de benefícios e prejuízos mútuos e proporcionais. No contrato social hobbesiano, há apenas renúncia de direitos por parte de todos os indivíduos em um ato fundador da sociedade política, a qual passa a ser organizada por um ente fictício: o Estado⁵¹.

No contrato social é estabelecido o Estado, ocorrendo a transferência da liberdade – do direito à mesma – irrestrita do (s) indivíduo (s) para o Estado. Os indivíduos perdem, portanto, a liberdade ilimitada, contudo, esta permanece no Estado, o qual pode fazer tudo aquilo que for necessário para manter a ordem. Entretanto, este subtópico sobre contratualismo está inserido em um tópico maior, tangente à filosofia liberal. A palavra de ordem do liberalismo é a liberdade do indivíduo. Então, como esse contratualismo poderia gerar liberdade se a doutrina hobbesiana sugere a renúncia da mesma?

⁴⁸ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. p. 148.

⁴⁹ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. p. 148.

⁵⁰ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. p. 148.

⁵¹ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. p. 90-94.

1.3 A LIBERDADE

A filosofia liberal nasceu das entranhas do contratualismo do século XVII. Enquanto em Hobbes existe um singular e exclusivo direito natural à liberdade que conduz a uma guerra sem fim em que o indivíduo se vê em uma situação em que é preferível trocar seu direito natural pela segurança alicerçada no Estado, para Locke a questão ganha outros contornos. O mérito de Locke está em modificar o direito natural à liberdade, “em inferir da hipótese estado de natureza, em vez desse direito monolítico, *propriedades*”⁵². Isto quer dizer que o direito natural para Locke⁵³ se projeta a partir da ideia de propriedade, a qual, por sua vez, encontra ecos no entendimento do autor em tela a respeito da liberdade.

O que John Locke⁵⁴ faz ao desdobrar a teoria contratualista, e conseqüentemente o estado de natureza hobbesiano, é uma nova aquiescência para a propriedade. Quando Hobbes adotou o ponto de partida do indivíduo baseado na filosofia nominalista, o entendimento eclesiástico – em especial dos escolásticos espanhóis – sobre propriedade e domínio era que “todo homem é senhor de seus atos”⁵⁵, por isto a conclusão de Hobbes a respeito da liberdade. Ora, Locke faz uma interpretação extensiva sobre o parecer escolástico dos espanhóis no sentido de que, se o homem é senhor de si, também o é de suas atividades, de seu trabalho, ou seja, o trabalho gera propriedades que pertencem ao indivíduo, sendo que “o trabalho de seu corpo e a obra das suas mãos, pode dizer-se, são propriamente dele”⁵⁶. Em outras palavras, para Locke a propriedade de si (liberdade) gera propriedades para si (coisas), pois “cada

⁵² VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. p. 153.

⁵³ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução de E. Jacy Monteiro. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 45.

⁵⁴ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. p. 46-48.

⁵⁵ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. p. 155.

⁵⁶ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. p. 45.

homem tem uma propriedade em sua própria pessoa; a esta ninguém tem qualquer direito senão ele mesmo”⁵⁷.

O indivíduo tem propriedade por natureza, pois esta é fruto de sua propensão natural para o trabalho, então, o indivíduo que trabalha adquire propriedades, e esta passa a ser um direito natural⁵⁸. Em uma operação de relação direta, mais trabalho equivale a mais propriedades. Então, quanto mais os indivíduos trabalham, mais eles acumulam propriedades. Adicionalmente, de acordo com Locke⁵⁹, com a invenção da moeda, o indivíduo expressa seu trabalho em troca desta, e à medida que trabalha mais acumula mais moedas, o que lhe permite trocá-las por mais propriedades. Em última análise, na perspectiva de Locke, indivíduos que detêm muita propriedade trabalharam mais e adquiriram mais moedas mediante seu esforço. Esta justificativa da propriedade como algo natural derivado do trabalho é possível sob três circunstâncias citadas por Michel Villey: (1) propriedades são múltiplas e limitadas, o que permite sua quantificação, inclusive para deixar de herança; (2) no estado de natureza de Locke, diferente do de Hobbes, não há um estado de guerra permanente, pois vige o respeito recíproco às propriedades; (3) o contrato serve não para modificar, portanto, o estado de natureza, mas para que sejam conservados os direitos naturais de propriedade⁶⁰.

Até este ponto, Locke faz nascer da teoria contratualista consequências inéditas ao compreender que a propriedade é um direito natural coincidente com a liberdade do indivíduo como senhor de si mesmo. Contudo, isto só é possível porque Locke parte de um pressuposto distinto do de Hobbes no que tange ao estado de natureza. Parece razoável a solução hobbesiana de pôr termo à guerra natural extirpando seu motivo: a liberdade. Para Locke, é a liberdade de trabalhar que permite ao indivíduo não somente adquirir propriedades, como

⁵⁷ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. p. 45.

⁵⁸ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. p. 48.

⁵⁹ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. p. 49.

⁶⁰ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. p. 156-157.

também de acumulá-las. Então, o direito natural de liberdade em Locke toma outras proporções e não consiste em um problema para a convivência entre os indivíduos. Pelo contrário, a liberdade é o que permite a propriedade, então, ela deve ser mantida pela sociedade política na confecção do Estado, de modo que seja prevista e regulamentada desde o contrato social, sendo que o Estado tem o dever de proteger a propriedade/liberdade.

Mas, que tipo de liberdade é a liberdade endossada no esquema de propriedade de Locke? De uma maneira bem óbvia, não pode ser a liberdade total, irrestrita e ilimitada de Hobbes. É uma liberdade limitada à liberdade do próximo. Mesmo no estado de natureza, conforme esclarecido acima, Locke compreende um respeito mútuo entre os indivíduos pela propriedade do próximo. Desta forma, a liberdade preconizada pelo liberalismo do autor de "O segundo tratado do governo civil" é uma liberdade condicionada, limitada. Esta liberdade é a base de todo o liberalismo, a qual gerou o constitucionalismo moderno.

2 O CONSTITUCIONALISMO

A liberdade é um fato muito difícil de ser verificado e analisado na história. Isto porque na maior parte das sociedades este fato mais esteve ausente do que presente, e quando presente, a liberdade geralmente era usufruída apenas por camadas sociais privilegiadas. A filosofia aristotélica, por exemplo, que é representativa da filosofia ocidental antiga e fundamenta parte significativa da filosofia ocidental medieval, defendia a instituição da escravidão, sendo a liberdade uma condição para poucos.

A liberdade defendida por John Locke e adotada pela modernidade europeia não é a mesma liberdade dos antigos atenienses da época de Aristóteles. Isto levou Benjamin Constant a enfatizar, em um célebre e conhecido discurso pronunciado em 1819 no Athénée Royal de Paris, a diferença da liberdade dos antigos e dos modernos, sendo que, para os antigos, a liberdade era relativa às questões públicas, ao poder político da cidade; ao passo que, para os modernos, a liberdade é a fruição de sua esfera de interesses particulares, sua segurança individual – de acordo com Hobbes – e sua propriedade privada – conforme Locke.

Com o advento da modernidade, a esfera privada é desenhada em face de uma esfera pública, condicionando os limites tanto aos indivíduos entre si quanto ao Estado em relação aos indivíduos. Assim, o liberalismo pode aparecer como a noção mais comum associada ao termo, sendo “uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas”⁶¹. Então, no liberalismo desde a concepção de John Locke, a liberdade dos indivíduos em suas relações particulares é limitada com base na propriedade privada regulada pelo Estado ao mesmo tempo em que este Estado é limitado em sua relação com os indivíduos.

John Locke estava preocupado em legitimar teoricamente os limites da liberdade. Montesquieu corresponde a um avanço na questão dos limites, pois não discute a legitimação dos limites do Estado, mas a técnica de limites. Ao referido autor francês é atribuída a teoria da separação de poderes, muito embora distintos poderes já fossem verificados não somente em autores modernos como Locke, mas desde a antiguidade em Aristóteles⁶². O mérito de Montesquieu está em sistematizar a técnica de separação de poderes tendo em vista a limitação do poder político estatal.

Montesquieu⁶³, no início de sua obra “O espírito das leis”, assume a legitimação de Locke de que existem leis positivas, leis estatais ou políticas, as quais regulamentam relações humanas. Parte desta obra decorre da investigação empírica que Montesquieu fez na Inglaterra do século XVIII, quando no país já estava funcionando o Parlamento enquanto ícone do poder legislativo, sendo uma instituição responsável por gerar as leis, limitando, portanto, a atuação do monarca. É desta distinção entre executivo e legislativo e a presença de um poder responsável por julgar – judiciário – que Montesquieu⁶⁴ pôde afirmar a

⁶¹ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. p. 7.

⁶² BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 136-140.

⁶³ MONTESQUIEU, Barão de. **Do espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Lêôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 33-36.

⁶⁴ MONTESQUIEU, Barão de. **Do espírito das leis**, p. 156-162.

existência de uma Constituição inglesa, sendo este o tema do capítulo seis (“Da Constituição da Inglaterra”) do livro onze (“Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição”) de sua obra de 1748.

O contraponto inglês era o próprio país de origem de Montesquieu, a França, a qual, nesta época vivia o auge do absolutismo monárquico caracterizado pela ausência de limites ao poder político do Estado. Assim, Montesquieu pôde observar que a Constituição da Inglaterra funcionava a partir da conformação de três poderes distintos os quais não se confundiam todos em uma única instituição, evitando a centralização identificada com o absolutismo. O título do livro onze de sua obra, acima referido, é emblemático, pois reflete o vínculo entre a liberdade política e a Constituição, sendo aquela garantida pelas leis editadas não pelo executivo, mas pelo legislativo. Logo, o fundamento da Constituição da Inglaterra verificada por Montesquieu⁶⁵ é a liberdade política calcada na separação de poderes.

O escopo da Constituição, de acordo com Jon Elster é regulamentar a política, primeiramente com uma conformação de direitos “que visa proteger os cidadãos da interferência indevida”⁶⁶ do Estado, ao mesmo tempo em que organiza o mesmo, inclusive com a separação de poderes. Esta dupla-função da Constituição é o que fundamenta o conceito de constitucionalismo, estipulado por Canotilho, como “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”⁶⁷. Ademais, isto caracteriza o constitucionalismo como uma “*teoria normativa de política*”⁶⁸, o qual representa uma expressão do liberalismo a partir da liberdade limitada. Enquanto este conceito de liberdade remete à Locke, a desenvoltura do constitucionalismo tem

⁶⁵ MONTESQUIEU, Barão de. **Do espírito das leis**, p. 157.

⁶⁶ ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**. Tradução de Cláudia Sant’Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2009, p. 134.

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 8 reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 51.

⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 51.

por referência um autor menos afamado na teoria política e jurídica como um todo: Baruch Espinosa.

Jon Elster⁶⁹ arrola o trecho da obra de Espinosa, "Tratado Político", obra publicada postumamente em 1677, para demonstrar a essência da Constituição como um "pré-compromisso", e que isto já teria sido demonstrado por Espinosa quando este diz que "em parte nenhuma que eu saiba, o monarca é eleito sem que haja condições impostas ao exercício do poder"⁷⁰. Esta perspectiva contraria a tese absolutista derivada de Thomas Hobbes em que na conformação do Estado o monarca concentra todo o poder do Estado em si e passa a exercer a liberdade irrestrita que antes – estado de natureza – pertencia aos indivíduos.

Espinosa continua e faz alusão ao Ulisses mitológico de Homero, afirmando que

(...) os princípios fundamentais do Estado devem ser encarados como decretos eternos do rei, de tal maneira que os seus servidores, na realidade, lhe obedecem quando recusam executar as ordens dadas por ele, porque são contrárias aos princípios fundamentais do Estado⁷¹.

Elster celebra este trecho de Espinosa como um marco teórico moderno da concepção de Constituição como instrumento que limita o poder político. Interessante notar que ao aludir a reis persas ou ao Ulisses de Homero, Espinosa infere um constitucionalismo anterior à modernidade. Então, neste ponto surge uma dúvida pertinente: sempre existiu o constitucionalismo? Ou o constitucionalismo é um fenômeno próprio da modernidade?

Similar e correlata a estas dúvidas é a questão da existência do Estado. Norberto Bobbio arrola os argumentos a favor e contra a continuidade da ideia de Estado desde a antiguidade⁷². Não há, contudo, uma posição mais correta, apenas

⁶⁹ ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**. p. 119-120.

⁷⁰ ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Político**. Tradução de Manuel de Castro. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 329.

⁷¹ ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Político**. p. 329.

⁷² BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 65-76.

abordagens metodologicamente distintas. De forma idêntica, no que diz respeito ao constitucionalismo há divergências quanto ao momento de seu surgimento.

Charles Howard McIlwain⁷³ distingue o constitucionalismo dos antigos do constitucionalismo dos modernos desde a antiguidade, considerando que nos escritos aristotélicos já continham elementos que expressavam as limitações políticas. Adotando postura semelhante, Jorge Miranda⁷⁴ compara as diferenças entre a Constituição Antiga e a Constituição Moderna. Por sua vez, muito embora vislumbre o constitucionalismo antigo e o constitucionalismo moderno, Canotilho faz um recorte temporal mais recente do constitucionalismo antigo, o qual é dotado de atributos que “ter-se-iam sedimentado num *tempo longo* – desde os fins da Idade Média até ao século XVIII”⁷⁵. Esta é a mesma tese defendida por Nicola Matteucci ao reconstruir a história do constitucionalismo europeu, tendo como ponto de partida o medievo.

A perspectiva de um constitucionalismo anterior à condição moderna é explicável, de acordo com José Emílio Medauar Ommati alicerçado em Maurizio Fioravanti, porque “o termo Constituição é plurívoco”⁷⁶, incitando uma grande margem semântica que permite enxergar Constituição mesmo em sociedades milenares, a exemplo da Grécia Antiga. Neste sentido, o citado autor, mais uma vez apoiado em Maurizio Fioravanti, afirma que “ao contrário do Estado, que é um fenômeno tipicamente moderno, pode-se perceber que a Constituição sempre existiu”⁷⁷. Mas, ainda que seja aceita a tese de que a Constituição sempre existiu, independentemente de Estado, e que exista um

⁷³ MCILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: Ancient and Modern**. Ithaca, NY: Cornell University, 1940, p. 26.

⁷⁴ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 166-170.

⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 52.

⁷⁶ OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 11.

⁷⁷ OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição**. p. 11.

constitucionalismo antigo, seja este na antiguidade, seja este no medievo europeu, o que permite a caracterização de um constitucionalismo moderno?

O constitucionalismo, conspícuo ressaltar, para além de uma teoria normativa de política, é também um fenômeno histórico. Como sua essência normativa está em limitar o poder político, o constitucionalismo pode ser verificado em todos os momentos, pois o poder político em diversos momentos da história foi limitado, e o próprio Espinosa ressaltou isto, conforme exposto anteriormente. Todavia, segundo Canotilho, existe uma cisão entre o constitucionalismo antigo e o moderno, sendo que este último é utilizado para

(...) designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de *domínio político*, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político⁷⁸.

Assim, o constitucionalismo em sua acepção histórico-descritiva materializa-se em movimentos sociais a partir do século XVIII contrários ao absolutismo e sua concentração e centralização de poder político estatal. Estes movimentos associados ao constitucionalismo são identificados na Independência dos Estados Unidos da América de 1776 e na Revolução Francesa de 1789. A meta do constitucionalismo era, portanto, limitar o poder político. Mas, o que de fato caracteriza o moderno constitucionalismo é sua pretensão normativa básica e extremamente exigente: a liberdade. É em função da liberdade que o constitucionalismo se propaga e pode ser evidenciado como um movimento inovador no campo político e jurídico. É desta maneira que o constitucionalismo iniciado no século XVIII reflete o arcabouço teórico do liberalismo.

Nicola Matteucci destaca que o constitucionalismo geralmente se refere a "*una reflexión sobre la experiencia político-jurídica relativa a la organización del poder*"⁷⁹. Porém, o autor italiano destaca a insuficiência metodológica deste

⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 52.

⁷⁹ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno**. Madrid: Editorial Trotta, 1988, p. 23.

parâmetro e destaca a importância ímpar da questão da liberdade para a verificação do fenômeno em tela, pois o constitucionalismo "*en suma, es una técnica de la libertad contra el poder arbitrario*"⁸⁰. O critério da liberdade configura como o escopo normativo do constitucionalismo moderno que permite especificar um momento distinto na história em prol da liberdade. Pelo critério da liberdade, apenas é uma Constituição, à luz do constitucionalismo, se a Constituição promover a liberdade. Aliás, esta é a posição de Jorge Miranda ao diferenciar as Constituições desde o estudo aristotélico para as Constituições modernas, pois àquelas "não avulta o sentido normativo de ordem de liberdade"⁸¹.

À exceção da Inglaterra que comunga de um constitucionalismo singular do tipo histórico o qual suscita o estudo de caso, o constitucionalismo promove, conforme elucidado acima, a consolidação dos ideais liberais – especialmente a liberdade limitada, restrita, condicionada – em um documento escrito, o qual é denominado Constituição; logo, o constitucionalismo moderno se caracteriza, em grande medida, pela adoção e disseminação de Constituições escritas. A partir da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, a Constituição como documento escrito basilar de um Estado tornou-se algo imprescindível na composição política e jurídica de um país.

3 CONSTITUIÇÕES ESCRITAS

De acordo com Jon Elster, "em todas as sociedades ocidentais, com a exceção da Grã-Bretanha (e, mais ambigualmente, Israel), a vida política é regulamentada por Constituições escritas"⁸². Então, apesar dos diversos conceitos e compreensões a respeito da natureza da Constituição, seus aspectos divergentes e ausência de uma definição concisa, há um indicador bastante coerente no constitucionalismo moderno que se refere ao método constitucional escrito.

⁸⁰ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno.** p. 24.

⁸¹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** p. 166.

⁸² ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições.** p. 129.

A partir deste critério conceitual, a Constituição moderna é entendida como “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”⁸³. Disto, decorre que o constitucionalismo moderno se evidencia em Constituições escritas⁸⁴ que permitem classificações taxonômicas quanto à mesma. Preliminarmente, uma Constituição escrita se diferencia de uma Constituição histórica. Uma segunda classificação possível é que o fato de a Constituição ser escrita em um documento a condiciona como um instrumento formal, assim, se trata de uma Constituição formal, ao passo que uma Constituição não-escrita é uma Constituição material. Ademais, muito embora isto não seja uma regra, há uma tendência de rigidez nas Constituições escritas, enquanto as Constituições não-escritas não teriam, prioritariamente, esta identidade⁸⁵.

Independentemente das classificações possibilitadas pelo aparecimento das Constituições escritas, uma diferença cabal examinada por Jon Elster é que estas são criadas pela racionalidade humana, logo, são traçadas como um projeto, distinguindo-se das não-escritas que surgem por aspectos históricos conjecturais não projetados. Ademais, como consequência disto, a Constituição escrita permite coerção jurídica - o que não afasta a sanção política - como o controle de constitucionalidade, enquanto que a Constituição não-escrita permite apenas o controle político, então, “aqueles que violam uma convenção não-escrita arriscam-se a sofrer sanções *políticas* que vão de uma derrota eleitoral a uma revolução”⁸⁶.

O objeto deste tópico é a Constituição escrita, e o texto adota esta composição genérica, pois é dela que decorrem as demais classificações. Conforme preceitua

⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 52.

⁸⁴ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 168.

⁸⁵ OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição**. p. 22.

⁸⁶ ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**. p. 129.

Jon Elster, "em termos substantivos, uma Constituição escrita regulamenta os aspectos mais fundamentais da vida política"⁸⁷. Além de regulamentar a vida política compreendida na relação entre Estado e indivíduo e entre indivíduos entre si, outra característica evidencia a peculiaridade histórica das Constituições escritas, isto é, a tendência em protagonizar a estrutura normativa: "em termos legais, a Constituição tem precedência sobre a legislação ordinária em caso de conflito"⁸⁸. Jorge Miranda também destaca este elemento das Constituições escritas, firmando "a supremacia que a Constituição obtém em face de todos os atos e de todas as normas que surjam nesse ordenamento"⁸⁹, elemento este que já era percebido, ainda de acordo com o autor português, por Hamilton na formação da Constituição estadunidense de 1787, e por Sieyès na origem da Constituição francesa de 1792.

A Constituição estadunidense de 1787 é a primeira Constituição escrita da história moderna, iniciando uma tradição que se solidificou a partir de então de estabelecer direitos em um documento redigido sob um momento político específico, geralmente um momento que é mais importante do que os momentos normais de política, em que a atenção política se concentra em função de uma conjuntura de atos sociais que pode ser denominado de momento constitucional⁹⁰. Por se tratar de um momento específico da política, que chama maior atenção devido à sua extensão, e a Constituição escrita tender a ser um documento de maior perenidade, tem razão Jon Elster ao afirmar que o "constitucionalismo assegura que a mudança constitucional será lenta, em comparação com a via rápida da política parlamentar normal"⁹¹.

⁸⁷ ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**. p. 133.

⁸⁸ ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**. p. 133.

⁸⁹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 169.

⁹⁰ ACKERMAN, Bruce; FISHKIN, James. **Deliberation Day**. New Haven, London: Yale University Press, 2004, p. 152.

⁹¹ ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**. p. 133.

Ocorre que o simples fato de escrever um documento e denominá-lo Constituição não assegura esse ideal de perpetuação no tempo. Exemplo evidente disto foi a Constituição francesa de 1792 que tão logo confeccionada foi substituída duas vezes na década de 1790. Por esta razão, Jon Elster ressalva que “a idéia de *constitucionalismo*, entendido como uma propensão geral ao cumprimento da Constituição (...), não pode ser reduzida à mera presença de uma Constituição com esses aspectos”⁹². Em outras palavras, o documento formal por si só não traz consigo garantias políticas suficientes para o cumprimento do mesmo. Deste entendimento muito comum no século XIX, Ferdinand Lassalle⁹³ preceituou que o destino constitucional de um Estado é decidido pelos fatores reais de poder, em uma abordagem sociológica⁹⁴.

Da mesma maneira que o constitucionalismo é um conceito ideal, a Constituição também o é. De acordo com Canotilho, o conceito de Constituição se trata de “um *conceito ideal* que não corresponde sequer (...) a nenhum dos modelos históricos de constitucionalismo”⁹⁵. Dentre os modelos históricos de constitucionalismo a que se refere o autor português estão o modelo inglês, o modelo estadunidense e o modelo francês, os quais são assaz diversos entre si, sendo que o modelo inglês sequer compõe o quadro de Constituições escritas.

Com todas as suas dificuldades e uma trajetória filosófica e histórica desde a modernidade, as Constituições escritas ainda são o mecanismo liberal mais efetivo para se estabelecer o cerne do liberalismo: a liberdade. Por mais que seja uma liberdade condicionada, esta tem sido garantida em face do poder político pelo constitucionalismo. Portanto, a relação entre liberalismo e Constituição passa pela consideração da filosofia e concepção do indivíduo, a qual permite desenvolver uma teoria social de contrato, que por sua vez promove uma

⁹² ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**. p. 133.

⁹³ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Tradução de Walter Stöner. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1985. p. 6-15.

⁹⁴ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 194-195.

⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 52.

abordagem política de liberdade para delinear o constitucionalismo enquanto teoria de direito. Na perspectiva do texto, este é um composto fundamental da teoria da Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo procurou estabelecer uma linha de construção do constitucionalismo em função da filosofia liberal que considera desde a concepção do indivíduo até a confecção das Constituições escritas do final do século XVIII cujo cerne é a liberdade limitada promovida pelos liberais. Esta linha passa por uma teoria social de contrato e uma teoria política de liberalismo. Geralmente, os estudos fazem uma defesa de que o constitucionalismo é fruto do liberalismo, entretanto, o artigo buscou ampliar este entendimento de modo a incluir uma abordagem de pessoa enquanto indivíduo e uma precedência de teoria social sobre as teorias políticas e jurídicas.

Com o intuito de fortalecer a hipótese positiva de que a filosofia liberal ancorada na ideia do indivíduo promoveu a arquitetura do constitucionalismo moderno em função da ideia de liberdade, o estudo corrobora com a hipótese levantada e fortalece o argumento de que o constitucionalismo moderno se diferencia de um constitucionalismo antigo pelo critério da defesa da liberdade, liberdade esta que é arquitetada na filosofia liberal do século XVII de John Locke.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACKERMAN, Bruce; FISHKIN, James. **Deliberation Day**. New Haven, London: Yale University Press, 2004.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução e notas de António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

BERLIN, Isaiah. **Ideias políticas na era romântica: ascensão e influência no pensamento moderno**. Tradução: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Filosofia do Direito**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2013.

RIBEIRO, Andrey Borges Pimentel. O critério da liberdade no constitucionalismo como produto da concepção do indivíduo. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.3, 3º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

_____. **Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed., 8 reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro.** 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.** 20. ed. rev. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004.

DOUZINAS, Costas. **Philosophy and resistance in the crisis – Greece and the future of Europe.** Cambridge: Polity, 2013.

_____. **O fim dos direitos humanos.** Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições.** Tradução de Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Político.** Tradução de Manuel de Castro. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política.** Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GRAY, John. **A anatomia de Gray.** Tradução de José Gradel. Rio de Janeiro: Record, 2011.

_____. **Al-Qaeda e o que significa ser moderno.** Tradução de Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Record, 2004.

HOBBS, Thomas. **Leviathan.** Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** Tradução de Walter Stönnner. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1985.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo.** Tradução de E. Jacy Monteiro. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

RIBEIRO, Andrey Borges Pimentel. O critério da liberdade no constitucionalismo como produto da concepção do indivíduo. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.3, 3º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno**. Madrid: Editorial Trotta, 1988.

MCILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: Ancient and Modern**. Ithaca, NY: Cornell University, 1940.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MONTESQUIEU, Barão de. **Do espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Tradução de Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In Weffort, Francisco C. (org.). **Os clássicos da política. Volume 1. Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista"**. São Paulo: Ática, 2006, p. 51-77.

SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa**. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

STRAUSS, Leo. **Direito natural e história**. Tradução de Aníbal Mari e Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Submetido em: setembro de 2017

Aprovado em: novembro de 2017