

TECNICAMENTE, A PRIMEIRA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL

TECHNICALLY, THE FIRST CONSTITUTION OF BRAZIL

Wagner Silveira FELONIUK*

Resumo: Artigo propondo o reconhecimento das Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa como a primeira norma a vigor no Brasil como Constituição. O texto português viveu a partir de 9 de março de 1821 no Brasil. A norma se proclama Constituição, tem declaração de direitos, separação de poderes, foi outorgada pelo detentor da soberania (no sistema do antigo regime) e, portanto, tem todos os requisitos para ser, ainda que apenas tecnicamente, a primeira Constituição em território brasileiro. É realizado estudo histórico do contexto da norma, tanto para apresentar seu conteúdo liberal quanto para verificar dados que indiquem sua efetiva vigência no Brasil. Também se apresenta o conteúdo da norma para aferir a real ligação dela com o pensamento político que se desenvolvia na Europa e América do Norte.

Palavras-chave: Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa; Constitucionalismo; Portugal; Brasil; História do Direito.

Abstract: Paper proposing the recognition of the Bases of the Constitution of the Portuguese Monarchy as the first rule into effect in Brazil as Constitution. The Portuguese text was put into effect in March 9, 1821 in Brazil. The rule proclaims itself a Constitution, it has a bill of rights, separation of powers, and it was imposed by the sovereign holder (in the old regime system) and therefore has all the requirements to be, even if only technically, the first constitution in Brazilian territory. It is conducted a historical study of the context of the rule, both to present its liberal content and to verify data indicating their effectiveness in Brazil. It is also presented the contents of the rule to measure its the actual link with the political thought that was being developed in Europe and North America.

Keywords: Bases of the Constitution of the Portuguese Monarchy; Constitutionalism; Portugal; Brazil; Legal History.

Introdução

O estudo de temas do Direito Constitucional e da História do Direito em conjunto podem ajudar a definir alguns momentos importantes do desenvolvimento político de um país. Um deles é saber quando uma Constituição viveu. Ao fazer esse estudo sobre o Brasil, não se pretende diminuir a importância da Constituição Imperial de 1824, o primeiro texto elaborado no país e com uma importância social profunda. Este estudo busca verificar se antes da norma imperial, outra norma do mesmo período,

* Doutorado em Direito Constitucional com bolsa CAPES (2013-), Mestrado Acadêmico com bolsa CNPQ (2012), Especialização em Direito do Estado (2011) e Graduação com Láurea Acadêmica em Ciências Jurídicas e Sociais (2006-2010) na Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Professor das pós-graduações da Verbo Jurídico e de Advocacia de Estado e Direito Público da UFRGS. Editor-Executivo e Responsável Acadêmico da Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação PPGDir./UFRGS (2012-) e Membro do Corpo Editorial da Revista E-Civitas (2014-). Pesquisador dos Grupos de Pesquisa CAPES: A Revolução Federalista e o Ideário Parlamentarista (2014-), Clássicos do Direito do Estado (2014-) e Direito e Filosofia (2012-). E-mail: wagner.feloniuk@gmail.com.

as Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa, não foram a primeira Constituição a ter uma breve vigência no Brasil, de 9 de março de 1821 até a independência. Essa norma portuguesa pode ter entrado em vigência no Brasil caso possua todas as características necessárias para essa afirmação ser feita.

Utilizando-se metodologia dedutiva e autores de Direito Constitucional, o primeiro passo do trabalho será dividir o uso da palavra Constituição em três grandes fases – o uso dela como conjunto de elementos, o uso liberal no período moderno e o conceito atual do termo. Verificados esses usos, se adentrará no estudo das Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa verificando-se ela como possível norma da segunda fase da palavra.

O objetivo é analisar as Bases e verificar se ela tem os conteúdos que em seu período seriam necessários para ser chamada de Constituição. A divisão de poderes e a declaração de direitos são os dois principais elementos a serem verificados nesse sentido. Caso a análise normativa permita concluir que o texto tem esses elementos, se poderá passar a análise final – se a norma vigeu no Brasil, e se isso foi uma vigência apenas formal ou se houve efeitos efetivos desse ato.

A análise da vigência é bastante dependente da história e dos acontecimentos políticos que marcaram o Brasil nos anos 1820. Nesses momentos, autores de história e história do Direito são utilizados para estabelecer os quadros essenciais à caracterização visada. Quando possível, será feito o acesso a fontes primárias e a disponibilização das passagens mais importantes para fundamentar os posicionamentos adotados.

Constituição – diferentes significados

A palavra Constituição foi utilizada para denominar fenômenos muito diversos ao longo do desenvolvimento político ocidental. Para fins metodológicos, importa dividir o uso da palavra em três fases quando se analisa um texto normativo do início do período das constituições escritas.

A primeira fase remete ao uso que a palavra constituição (inicial em minúsculo no português) teve desde a época da Grécia Antiga, com Platão (MCILWAIN, 2008, p. 8) e seguiu até a modernidade, no século XVIII. Um autor que utiliza o termo constituição nesse sentido aqui apresentado é Lord Visconde Bolingbroke, em famosa passagem escrita em uma carta no ano de 1733:

By constitution we mean, whenever we speak with propriety and exactness, that assemblage of laws, institutions and customs, derived from certain fixed principles of reason, directed to certain fixed objects of public good, that compose the general system, according to which the community hath agreed to be governed¹ (BOLINGBROKE, 1841, p. 88).

Constituição era conjunto de elementos que compunham as comunidades políticas – leis, costumes, tradições, crenças, instituições. Esse conceito englobava elementos políticos, jurídicos e culturais. É o sentido de Montesquieu, no *Espírito das Leis*, quando descreve a separação dos poderes no Livro XI, Capítulo VI, intitulado *Constituição do Governo da Inglaterra*. A palavra é utilizada para descrever o funcionamento do governo inglês como um todo. Não havia a separação de um sentido jurídico específico para a palavra, ela não era uma norma com características específicas. Na fase inicial, o ordenamento jurídico era uma parte da constituição – não é o que ocorre hoje, quando a Constituição é a norma de mais alta hierarquia dentro do ordenamento jurídico.

Houve breves períodos de democracia no mundo antigo, caracterizados pela liberdade de elaboração e aplicação das leis por parte de uma parcela pequena da população, mas sem o desenvolvimento de direitos que limitassem a atuação política e jurídica. Salvo durante essas exceções, a maior parte da humanidade viveu sob o mando forçado de poucos durante a maior parte da história. Durante todo esse período, ao contrário do que ocorreria na modernidade, a expressão constituição não foi utilizada como um dos elementos de protesto pela busca de liberdade pessoal e política. As constituições não eram um elemento tipicamente utilizado para conter atos dos governantes. Especialmente até o final da Idade Média, o constitucionalismo não havia conseguido limitar os príncipes, a irresignação só poderia ocorrer nos momentos de revolução (MCILWAIN, 2008, p. 55). Os maiores expoentes do pensamento político, como Maquiavel e Hobbes, sequer lutaram para limitar o soberano, pelo contrário, lutavam por ter unidade política, mesmo que arbitrária, pondo fim a situações políticas que poderiam ser ainda mais graves (VILE, 1998, p. 5).

Essa primeira fase faz uso do termo em um sentido existente até hoje, o de “elementos que constituem”. No entanto, a partir do século XVII se desenvolvem pensamentos políticos que iriam criar um novo sentido para a palavra, mais específico, se referindo a determinadas normas, de hierarquia mais alta e com determinadas características especiais.

A precursora da limitação política dos monarcas foi a Inglaterra. Ali foi dado início ao segundo período do constitucionalismo. A alteração se dá com a Revolução Puritana a partir de 1625 e a transformação de uma monarquia do antigo regime em uma monarquia limitada (LOEWENSTEIN, 1965, p. 132). Carlos I estabeleceu uma política menos liberal que seus antecessores e acabou por gerar uma série de revoltas que culminariam na vitória do exército dos parlamentares em 1649, na sua decapitação e a ditadura de Oliver Cromwell. Nesse período surgem as primeiras normas voltadas a limitar o poder real com as características liberais que influenciariam os textos das futuras constituições do século XVIII, a *Agreement of the People* de 1649 e a *Instruments of Government* de 1654.

O uso da palavra constituição não se alterou pela inovação das ideias na Inglaterra e por isso as normas de maior hierarquia no país não receberam esse nome tão logo surgem os movimentos liberais ingleses². Apesar do protagonismo pragmático inglês, é ideia dos filósofos e teorias franceses, que daria início ao uso da palavra Constituição na segunda fase, quase um século mais tarde, na sua própria vertente de limitação do poder real.

A constituição (ainda no sentido da primeira fase) seria escrita, concretizada dentro de ideias liberais e de contrato social – assim surgiria a Constituição, a segunda fase do uso da palavra. Um relevante exemplo desse período de transição seria a Constituição da Córsega, escrita por Jean-Jacques Rousseau em 1755, um texto quase literário, com características das constituições modernas, mas comentários típicos dos tratados políticos. O uso da palavra Constituição foi consolidado definitivamente na América três décadas depois. A origem material, especialmente nos Estados Unidos, está no constitucionalismo inglês do século anterior, mas isso não retira o protagonismo dos franceses na idealização do novo uso.

Em obra sobre sua viagem à França realizada em 1787 e publicada em 1792, o inglês Arthur Young ainda se surpreende com o novo uso da palavra. Apesar de viver na Inglaterra, local onde os efeitos práticos buscados em uma Constituição liberal já eram sentidos, ele escreve jocosamente que Constituição “is a new term they have adopted; and which they use as if a constitution was a pudding to be made by a receipt”³, conforme traz McIlwain (2008, p. 6).

A alteração do significado da palavra surgiu pelo avanço político em prol da liberdade. É fundamental compreender o papel das lutas políticas porque ele determinará o segundo significado da palavra, afastando ela da simples ideia de

elementos que constituem e trazendo para uma norma que defendesse um pensamento político específico do período moderno – o liberalismo.

A palavra Constituição passava a significar um texto escrito⁴ com características específicas e voltadas a limitar o poder estatal. A construção é feita principalmente com a separação de poderes e com a criação de garantias contra a atuação estatal. Agora as constituições passavam a ter um papel específico, a busca pela limitação do poder. As intenções da segunda fase podem ser explicadas nas palavras de um dos maiores expoentes da política ocidental e defensor da primeira Constituição com esse sentido, Alexander Hamilton:

Ambition must be made to counteract ambition. **The interest of the man must be connected with the constitutional rights of the place.** It may be a reflection on human nature, that such devices should be necessary to control the abuses of government. But what is government itself, but the greatest of all reflections on human nature? If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government, which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: You must first enable the government to control the governed; and in the next place, oblige it to control itself. A dependence on the people is, no doubt, the primary control on the government; but experience has taught mankind the necessity of **auxiliary precautions.**⁵ (HAMILTON; MADISON; JAY, 1802, p. 27-28, grifo nosso).

A precaução auxiliar a que se refere Hamilton é uma Constituição escrita que limite poderes e declare direitos. A separação de poderes, para Vile, está ao lado da representação como um dos maiores pilares da política ocidental, são os dois apoios necessários para que possam haver sistemas de governo chamados de constitucionais (VILE, 1998, p. 2). Somando-se aos pilares, as declarações de direitos seriam a proteção vertical contra a atuação do governo e outro impulso de grande importância para que nos últimos três séculos tenham havido tantas alterações que aumentaram a liberdade e a igualdade nas sociedades políticas ocidentais.

Karl Loewenstein resume, em texto que não merece interpretação, as características das constituições da fase liberal – do significado da palavra Constituição na segunda fase. O constitucionalismo de segunda fase, iniciado no século XVII havia dado início ao movimento; as ideias francesas e o desenvolvimento político das colônias norte-americanas concretizaram o uso da palavra Constituição nos seguintes termos:

These functional principles did not spring to life like Minerva from Jupiter's head; they evolved slowly, by trial and error. But, after the vast experimentation of the English, American, and French

revolutions, constitutional experience reached the stage where there could be agreement on certain minimum requirements of any formalized constitutional order.

The following elements are considered the irreducible minimum: (1) There should be a differentiation of the various state functions and their assignment to **different state organs or power holders, to avoid concentration of power** in the hands of a single autocratic power holder. (2) There should be a planned mechanism for the cooperation of the several power holders. These arrangements—the "**checks and balances**" familiar to American and French constitutional theory—imply the sharing and, being shared, the limitations of the exercise of political power. (3) There should be a mechanism, likewise planned in advance, for avoiding deadlocks between the several autonomous power holders to **prevent one among them, when the constitutionally required co-operation of the others is not forthcoming, from solving the impasse on his own terms** and, thereby, subjecting the power process to autocratic direction. When, under the impact of the democratic ideology of popular sovereignty, constitutionalism had reached the point where the role of the ultimate arbiter of conflicts between the instituted power holders was assigned to the sovereign electorate, the original concept of liberal constitutionalism had been perfected as democratic constitutionalism. (4) There should be a method, also planned in advance, for peaceably adjusting the fundamental order to changing sociopolitical conditions - **the rational method of constitutional amendment** - in order to avoid the resort to illegality, violence, and revolution. (5) Finally, and this occurred at an early date in the evolution of constitutionalism and indicates its **specific liberal telos**, the fundamental law should also contain the explicit recognition of certain areas of individual self-determination - the individual rights and fundamental liberties—and their protection against encroachment by any and all power holders. Next to the principle of shared and, therefore, limited power these areas inaccessible to political power, have become the core of the substantive constitution ⁶ (LOEWENSTEIN, 1965, p. 127, grifo nosso).

Durante a segunda fase, não há uma distinção clara entre o papel político e o papel jurídico de uma Constituição, mas surge a ligação da palavra com uma norma de hierarquia superior às demais. As maiores preocupações durante esse período de transição do exercício da soberania eram políticas e é isso o que permite que Loewenstein escreva que há um *telos* liberal nas constituições – essa é a parte mais política delas, desnecessária para organizar o Estado formalmente, mas essencial para o desenvolvimento do período.

É na segunda fase da palavra Constituição que foram escritas as Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa. Foi com o modelo liberal que os franceses e espanhóis criaram suas normas constitucionais e inspiraram os deputados portugueses que elaboraram seu texto pouco tempo depois. O nome Constituição estava carregado desse sentido valorativo liberal. O uso do termo Constituição foi intencional, expresso, planejado pelos legisladores. O juramento dos deputados das Cortes Portuguesas fora o

de criar um texto ainda mais liberal que o espanhol, como fica demonstrado nos diários da seção legislativa número 21, com ata de 23 de fevereiro de 1821 (PORTUGAL, 1821).

A segunda fase é o momento no qual a aura de luta política da palavra Constituição atinge seu auge. Com o tempo, a criação de normas supremas com o nome Constituição se espalha e se torna hegemônica no mundo, inclusive no Oriental. Essa expansão, no entanto, também fez com que um uso político tão específico fosse dando lugar a uma palavra com sentido desligado de ideias específicas.

A terceira fase, a atual, é trazida por uma conjunção de fatores. Nela a palavra Constituição perde a maior parte de sua ligação com o liberalismo e se torna um conceito utilizado pela doutrina do Direito em sentido mais técnico e mais inclusivo – utilizando-o mesmo quando sequer há um regime democrático. Os motivos responsáveis pela transição à nova fase também são os que explicam o conceito atual da palavra.

O primeiro motivo para a entrada na terceira fase é o uso da palavra Constituição para fins diversos daquele planejado pelos liberais. Antes da primeira Constituição da França, ainda em março de 1791, entraria em vigor a Constituição da Polônia, utilizando o nome dos novos tempos – *Konstytucja* –, mas estabelecendo um sistema típico do antigo regime (POLÔNIA, 1791). Essa é uma realidade que se iniciou no século XVIII e continua ocorrendo rotineiramente até os dias atuais – os mais diversos Estados passaram a ter constituições. Mesmo os totalitarismos do século XX prestam seu tributo a essa realidade, nenhum deles deixou de ter uma. Como aponta Bobbio, o conteúdo liberal das constituições foi contestado inclusive quando o termo foi utilizado na criação de sistemas essencialmente diferentes do liberal – como no caso dos Estados soviéticos (1998, p. 258).

A superação do uso da palavra Constituição em seu sentido fortemente liberal se deu então, em parte, pela conjuntura política – cada vez mais a palavra foi utilizada para outras finalidades em países com outras realidades políticas.

Na visão de importantes autores contemporâneos, o atual sentido da palavra Constituição também é o resultado do avanço da Ciência Política e do Direito no sentido de depurar o conceito (BOBBIO, 1998, p. 247). Concordando, Louis Favoreu *et al* (2012, p. 58) atribuem a definição moderna de Constituição a Hans Kelsen, a membros da Escola da Viena e, mais recentemente, a autores como Hart e aos trabalhos das escolas realistas norte-americana e escandinava. Favoreau entende que atualmente existe a busca por uma epistemologia rigorosa na construção dos conceitos, influenciadas pela intensificação formalismo lógico e empirismo crítico. Construíram-se

conceitos neutros de valor ou que mostrem a necessidade de valores sem os definir – a finalidade liberal foi retirada do conceito, ainda que suas contribuições permaneçam na maior parte das normas atuais. Constituição passou a ser, na maior parte dos países, a norma de hierarquia suprema, defendida tribunais especiais, alterada com dificuldade extraordinária e que trata de certos assuntos essenciais à vida política e à relação entre as pessoas e o Estado.

Utilizando a autorizada doutrina de Konrad Hesse⁷, considera-se a palavra como atualmente tendo o seguinte significado:

Constituição é a ordem jurídica fundamental da Comunidade. Ela fixa os princípios diretos com relação aos quais deve-se produzir a unidade política e assumir as tarefas do Estado. Contém os procedimentos para resolver os conflitos no seio da Comunidade. Regula a organização e o procedimento de produção da unidade política e de atuação estatal. Cria as bases e determina os princípios da ordem jurídica em seu conjunto. Nisso tudo, a Constituição é o “plano estrutural básico, orientado por determinados princípios que dão sentido à conformação jurídica de uma Comunidade” (HESSE, 2009. 86).

As diferenças para a segunda fase são notáveis em dois aspectos. O menos relevante é a preocupação com a separação de poderes – agora que a soberania emana do povo nos países democráticos em um ambiente de maior estabilidade e houve notáveis avanços institucionais, o tema continua sendo fundamental, mas é menos abordado. O mais relevante é a declaração de direitos fundamentais de natureza liberal, que agora não faz parte da definição. Esse é outro fator na alteração de sentido do termo.

Nos Estados democráticos, o surgimento de um Estado interventor é ainda outro motivo que auxiliou no movimento de generalização do termo Constituição. Desde os partidos de trabalhadores do século XIX na Europa, as constituições de muitos países avançaram em ritmos diferentes na direção de maior atuação estatal na busca por bem-estar social. Parte dessas atuações estatais são incompatíveis com ideias liberais clássicas – como exemplos extremos, cita-se as duas constituições socialistas do México em 1917 e da Alemanha de 1919. Nos Estados Unidos, por outro lado, a manutenção do texto original até os dias atuais fez com que ele seja um dos textos mais liberais em vigência. Esse avanço pouco concatenado de conteúdo somado à manutenção do nome Constituição em qualquer dos casos também contribuiu para que o termo cada vez menos pudesse ter seu sentido unívoco inicial.

Os direitos liberais de igualdade formal e limitação do Estado se integraram à tradição dos países ocidentais, e atualmente também há expectativa de direitos oriundos da intervenção do Estado. Os objetos de proteção se ampliaram. Os direitos fundamentais ainda servem para a proteção ao indivíduo, mas agora também objetivam resguardar ambiente, os grupos e as futuras gerações. Assim se manifesta um doutrinador das demandas atuais sobre o Estado:

O constitucionalismo, então, reforça todos os pontos de vista sobre a importância da legalidade. Porém, não se resume a esse aspecto. Por sua condição mesma de se apresentar como um texto jurídico, mas, também, sobretudo, como uma carta política, complementa e apresenta um além em relação a segurança jurídica, e que diz respeito, justamente, a realização dinâmica da justiça individual, social e cultural (OLIVEIRA JUNIOR, 2008, p. 3670).

Em suma, na terceira fase de desenvolvimento da palavra, houve a retirada do conteúdo liberal do núcleo do conceito. Considerar as Bases como constituição dentro dessa fase seria simples, bastando verificar se seu conteúdo contém os elementos típicos das constituições atuais. Entretanto, nesse caso, textos de todos os períodos da história também seriam constituições – mesmo aqueles criados séculos antes de um legislador poder compreender a palavra com o significado de uma norma de hierarquia suprema.

Regimento de Dom João III a Tomé de Souza e outras normas anteriores

A divisão e apresentação de três fases do uso da palavra Constituição é necessária para justificar que textos anteriores às Bases não sejam aceitos como a primeira norma fundamental do Brasil. O candidato mais comum a esse título no Brasil é o Regimento de Dom João III, entregue ao governador Tomé de Souza e escrito em 17 de dezembro de 1548, na cidade de Almeirim, Portugal. A norma foi trazida ao Brasil no ano seguinte. Pedro Calmon é um dos autores de maior relevo a publicarem posicionando-se dessa forma, com seu trabalho intitulado “A primeira constituição do Brasil: regimento de dom João III a Tomé de Souza” (CALMON; PEIXOTO; MELLO, 1943).

Defende-se que sejam chamados de Constituição os textos que surgiram a partir da segunda fase do uso da palavra, quando ela foi associada a uma norma escrita que tinha valores os liberais do século XVII e XVIII. Não há consenso definitivo sobre qual seria essa primeira Constituição. A maior parte dos autores cita a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, mas no momento em que se iniciou a Guerra da

Independência daquele país, doze constituições foram elaboradas entre 1776 e 1786 – e, como venceram a revolução e aqueles eram Estados soberanos confederados até a entrega de suas independências e criação da federação de 1787, essas poderiam ser consideradas as primeiras constituições. A primeira é 5 de janeiro de 1776 do Estado de New Hampshire. Alternativamente, por já terem o caráter liberal, poderiam ser considerados até os textos ingleses do século XVII.

A palavra Constituição deve ser utilizada para textos liberais durante a segunda fase e, depois da generalização imposta no terceiro período, em qualquer norma que contenha os elementos materiais aceitos na doutrina. O principal motivo para o posicionamento ocorre porque antes da era liberal, a palavra não era associada a uma norma específica. Antes da segunda fase, constituição eram os elementos que constituíam algo – como uma comunidade política. Doutrinariamente, essa parece ser a posição mais aceita, tanto que a amplíssima maioria dos textos jurídicos indica como primeira Constituição escrita, um texto liberal, a dos Estados Unidos da América.

Textos anteriores ao século XVIII têm todos os elementos de uma Constituição no sentido atual do termo, mas nunca houve a intenção de chamar esses textos de Constituição quando foram feitos. Karl Loewenstein se posiciona da mesma forma, escrevendo que a primeira Constituição é a dos Estados Unidos da América, mas colocando como nota de rodapé que, talvez, a primeira Constituição escrita seja o texto do príncipe japonês Bokotu, do ano de 604 (LOEWENSTEIN, 1965, p. 420). O autor não diferencia as fases e cria na nota de rodapé citando uma norma criada antes da palavra ter o novo conceito a ela atribuído, mas nota os diferentes sentidos e se posiciona com o restante da doutrina de Direito Constitucional no seu uso a parte da fase liberal.

As Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa foram um texto do segundo período de utilização da palavra Constituição, se qualificando nessa análise preliminar. A seguir, é preciso verificar em sua história e conteúdo se ela pode ser chamada de Constituição.

Conjuntura histórica da criação das bases

O Conselho de Estado de Portugal se reunira, em 19 de agosto de 1807, para definir os planos a serem acionados caso o Estado português fosse invadido por Napoleão (GOMES, 2011, p. 49). A campanha militar francesa se desenvolvia na Europa sem que ninguém conseguisse fazer frente ao poderio do imperador em terra. O

imperador Napoleão não havia conseguido a hegemonia marítima na Europa, e por isso estava disposto a invadir Portugal por desrespeitar o bloqueio à Inglaterra. O pequeno reino português facilitava o comércio entre a ilha e o continente, afrontando os planos franceses. Em 1º de novembro de 1807, foi dado o ultimato: a Casa de Bragança deixaria de reinar na Europa em dois meses se as exigências francesas não fossem atendidas. A decisão foi por continuar apoiando a aliada histórica, a Inglaterra, que assim conseguiu manter seu acesso ao continente e ainda, como parte do acordo para a transmigração da família real, abrir os portos brasileiros para o comércio direto, pagando inclusive menos tributos que os próprios portugueses (16% e 15%, respectivamente).

Para o Brasil, a vinda da família real trouxe muitos avanços importantes. Segundo as fontes da época, o país de três milhões de habitantes (sendo um milhão, escravos) (VANHAGEN, 1856, p. 298) recebeu uma série de melhorias junto com os quinze mil portugueses, grande parte da elite burocrática e financeira de Portugal. Foram criados, naquele curto espaço de tempo, uma academia da marinha, uma de artilharia e fortificação, uma tipografia, um fábrica de pólvora, a biblioteca nacional, a academia de belas artes, o Banco do Brasil e várias outras instituições. Além das obras, o Brasil acabava de virar a sede do reino e receber todo o aparato burocrático decorrente. No judiciário, por exemplo, houve avanços como a criação de um tribunal supremo no Rio de Janeiro, as relações do Maranhão e de Pernambuco, bem como a criação de diversas comarcas, vilas com juízes de fora (VANHAGEN, 1845, p. 319).

Em Portugal, o efeito foi o contrário, Raymundo Faoro narra um cenário de enorme desordem econômica e social. Em 1807, setecentos e setenta e sete navios portugueses haviam entrado nos portos brasileiros, esse era o cenário imediatamente anterior à abertura dos Portos; em 1820, foram cinquenta e sete (FAORO, 2001, p. 295-297). No período de treze anos de afastamento da família real, o Brasil deixou de ser um monopólio comercial dos portugueses para ter menos de 10% do comércio relacionado a eles (PRADO JÚNIOR, 2010, p. 48). Narrando os acontecimentos que via se desenvolver, Visconde de Cairutraz ainda outras causas de importante insatisfação para lusitanos: os efeitos sociais da guerra contra Napoleão, instituições ineficientes e corruptas, a influência inglesa em Portugal (inclusive ocupando a regência), a residência da família real no Brasil e o final dos privilégios econômicos e políticos sobre o Brasil (CAIRU, 1827, p. 12).

A permanência da família real, no entanto, é o elemento com mais destaque nos acontecimentos. Em 18 de junho de 1815, foi travada a Batalha de Waterloo, e a derrota

determinou o rápido declínio da campanha militar de Napoleão. Apesar do fim da guerra que se seguiu, Dom João VI não voltara a Portugal e não dava sinais de que iria fazê-lo. Sob a influência liberal francesa, inglesa e espanhola, a elite que ocupou o vazio político começou a cada vez mais se aproximar do liberalismo. Em 1817, veio a primeira conjuração, contida com sucesso, mas nela já era visível a defesa das ideias de limitação e responsabilização do poder, reconhecimento de Direitos Humanos a todos e as outras grandes características do ideário (BONAVIDES, p. 209). Os portugueses queriam a volta da monarquia, mas reformulada sob as ideias liberais, limitadas por uma Constituição escrita.

A Revolução do Porto, de 24 de agosto de 1820, determinante para a volta de Dom João VI, emana das mesmas ideias e decorre dos fatores de insatisfação. A grande influência era a Espanha, país no qual o monarca fora fortemente limitado e a sociedade havia criado uma Constituição a partir da luta de grupos de cidadãos contra os invasores franceses. Apesar de não citar com frequência o ocorrido, Ruy Barbosa escreveria que “foi com o chuçó e a faca que os homens rústicos de Portugal e Espanha receberam e combateram na suas hostes tumultuárias os exércitos de Napoleão, ali vencido” (BARBOSA, 1977, p. 518). O político estava se referindo especialmente à Batalha de Bailén, quando a população espanhola, através das Juntas de Governo de Sevilha e de Granada, conseguiu infligir a primeira batalha em terra a Napoleão (GUZMAN, 1975, p. 28). A história da Espanha servia de inspiração e havia gerado uma Constituição que ia ao encontro dos interesses dos revolucionários.

Tamanha era a admiração e o interesse no apoio militar, que até mesmo uma nova união ibérica foi tentada pelos portugueses durante a revolução de 1820 (BERBEL, 2008, p. 229). A inspiração original para as constituições liberais escritas, a França, pouco servia de influência direta, devido à guerra recente e à grande violência ocorrida durante a Revolução Francesa de 1789 (BREWER-CARÍAS, 2009, p. 29-30). A famosa expressão de Rousseau, a lei como expressão da vontade geral, nunca viria a ser utilizada nos textos constitucionais portugueses, um exemplo significativo do movimento da elite portuguesa de não aceitar as doutrinas mais incisivas da França (CUNHA, 2006, p. 228).

A Revolução do Porto objetivava expandir seu movimento para toda Portugal e depois estabelecer um governo pacífico, mas também era desejo deles formar Cortes Extraordinárias para elaborar uma nova Constituição. Em 2 de setembro de 1820, os representantes da Junta do Porto, o governo provisório, elaboram uma carta conclamando o apoio da regência do reino em Lisboa que havia, até aquele momento, se

oposto ao movimento (BERBEL, 2008, p. 228). Apenas dois dias depois, vem a adesão e unificação do movimento – Lisboa estava exigindo também a volta do monarca sob os ares liberais. Haveria a reunião das cortes para a criação da Constituição, uma assembléia que não era convocada a mais de um século (GOMES, 2010, p. 87). Os grupos das duas cidades estariam juntos no processo de criação da nova Constituição.

Os grupos das duas cidades não eram iguais, o grupo de Lisboa tinha mais militares e nobres, que não cogitariam o fim da monarquia e amenizavam as limitações liberais ao monarca. O grupo do Porto tinha mais comerciantes e ideias mais radicais quanto ao liberalismo, especialmente se o rei decidisse não voltar à Portugal. Ambos, no entanto, demandavam a volta do rei e a limitação de seu poder (BONAVIDES, p. 209). As normas eleitorais da Constituição de Cádiz, a fonte de inspiração espanhola, foram utilizadas para realizar as eleições em Portugal ao longo de dezembro de 1820 – a primeira reunião foi em 26 de janeiro de 1821, sem nenhum brasileiro presente.

O grupo de cem deputados lusitanos criaria as Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa menos de um mês após o início das reuniões. Ela terminou de ser elaborada ao longo do mês de fevereiro, tendo sido jurada pelas principais autoridades militares e religiosas em 29 de fevereiro, aprovada pelos deputados em 2 de março, decretada pela Chancelaria-Mor da Corte e Reino no dia 9 e enviada para todas as autoridades competentes no dia 10, conforme a informação dada na versão original da norma (PORTUGAL, 1821).

Não se sabia, até aquele momento, o posicionamento que Dom João VI iria tomar. As cortes estavam atuando sob grande incerteza e pressão. Tamanhos eram os temores que Paulo Ferreira da Cunha utiliza a expressão “mito do inimigo” para descrever o receio que havia na sociedade portuguesa. O país havia se revoltado e, ainda que exigisse a volta de seu monarca, havia o medo de que os membros da Santa Aliança, criada para restaurar as monarquias européias, invadissem o país. Portugal poderia fazer pouco para conter os exércitos de Rússia, Inglaterra ou Áustria. Nunca houve indicações de que tal ataque fosse iminente, mas até sentimentos xenofóbicos surgiram no período, algo que Portugal desconhecia até então. A tensão com relação a inimigos internacionais ocorria por boatos de um movimento internacional de contrarrevolução, trauma pelas recentes invasões francesas e temores duradouros das cenas da revolução francesa (CUNHA, 2006, p. 163-164).

Havia o risco de o Rei abandonar Portugal. A Revolução Francesa era relativamente recente, também começara por uma revolta liberal, mas terminara por cortar a cabeça de Luís XVI e causar a morte de parte da nobreza. As circunstâncias

eram muito diferentes em Portugal e a morte do monarca francês não fora desprovida de conjunturas muito específicas, mas a situação não ensejava segurança de que o monarca desejaria voltar, nem sob o risco de perder o trono. Na América, ainda não havia nenhum foco conhecido de revolução ligada ao movimento em dezembro de 1820⁸ e a população também aceitava bem o monarca (CAIRU, 1827, p. 37). Por seu lado, os poderosos aliados ingleses incentivavam a permanência, pois os lucros com o comércio brasileiro eram grandes e um cenário de tão grande incerteza política não era promissor (BERBEL, 2006, p. 186).

Para os revoltosos, o risco de abandono de Portugal era muito grande. O monarca era um símbolo fundamental para a população e até para os revoltosos. Os deputados estavam em grupos divergentes e não tinham amplo apoio, a legitimação do movimento seria muito maior se houvesse o retorno do rei. Os deputados foram chamados por alguns de “pais da Pátria”, mas também o foram de “demagogos, conspiradores, traidores e membros de ordens secretas”. O apoio do monarca era importante para a viabilidade do movimento (CUNHA, 2006, p. 168-176).

Desfazendo os temores, o rei voltaria à Portugal. Em 21 de fevereiro, Dom João VI publica um manifesto afirmando que iria enviar o príncipe Dom Pedro a Portugal. O príncipe teria plenos poderes para tratar com as cortes e planejar a nova Constituição – solução que Aurelino Leal narra não ter sido recebida com satisfação por Dom Pedro (2002, p. 10-12). Dom João VI iria adotar as partes da Constituição que fossem adaptáveis e aplicáveis ao Brasil, pois um texto que fosse adequado a Portugal poder não “ser igualmente adaptável e conveniente em todos os seus artigos e partes especiais à povoação, localidade e mais circunstâncias tão penosas como atendíveis deste reino do Brasil” (LEAL, 2002, p. 9-10). Neste momento, o monarca não aceita jurar à nova Constituição que estava sendo feita. Apenas as Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa estavam sendo aprovadas e isso não poderia servir de apoio à decisão do monarca (ARMITAGE, 2011, p. 17).

Apesar da relutância inicial, os portugueses tinham forças leais à revolução no Brasil e sua resposta à relutante aceitação do monarca foi forte. Na madrugada de 24 de fevereiro de 1821, a tropa Divisão Auxiliadora Portuguesa marchou para o largo do Rossio e fez três exigências ao monarca: o juramento imediato à futura Constituição a ser elaborada pelas cortes em Portugal; a demissão de alguns membros do governo; e, em dado trazido por José Murilo de Carvalho⁹ a adoção temporária da Constituição de Cádiz no Brasil (CARVALHO; BASTOS; BASILLE, 2012, p. 17).

Dom João VI mandou que seus dois filhos, Dom João e Dom Miguel comparecessem ao local. Os dois príncipes voltaram com termos que foram, aceitos pelo rei (LEAL, 2002, p. 11-12), com exceção da adoção da Constituição de Cádiz (CARVALHO; BASTOS; BASILLE, 2012, p. 17). Foi lido pelos dois o decreto no qual o rei jurava fidelidade irrestrita à nova Constituição. Mais tarde, o próprio Dom João VI foi levado ao local e ratificou seu próprio juramento. Traz o texto, no original:

Decreto de 24 de Fevereiro de 1821

Approva a Constituição, que se está fazendo em Portugal, recebendo-a ao Reino do Brazil e mais dominios.

Havendo Eu dado todas as providencias para lidar a Constituição que está fazendo em Lisboa com o que é conveniente ao Brazil, e tendo chegado ao Meu conhecimento que o maior bem que posso fazer aos Meus Povos é desde já approvar essa mesma Constituição, e sendo todos os Meus cuidados, como é bem constante, procurar-lhes todo o descanso, e felicidade: Hei por bem desde já approvar a Constituição, que alli se está fazendo e recebel-a no Meu Reino do Brazil, e nos mais dominios da Minha Corôa. Os Meus Ministros e Secretarios de Estado a quem este vai dirigindo o façam assim constar expedindo aos Tribunaes, e Capitães Generaes as ordens competentes. Palacio do Rio de Janeiro em 24 de Fevereiro de 1821.

Com a rubrica de Sua Magestade (BONAVIDES; AMARAL, 2012, p. 76).

Depois do rei, os demais membros da família real, servidores públicos e outros indivíduos célebres ainda fariam o mesmo juramento (ARMITAGE, 1837, p. 18).

Em poucos dias, as cortes portuguesas enviaram uma correspondência demandando o retorno da família real à Portugal. O apoio militar novamente serviu de incentivo à aquiescência de Dom João VI. Em 7 de março de 1821, o rei declara a intenção de voltar em um decreto. Dom Pedro, o primogênito, se tornaria regente e passaria a reinar no Brasil com os mesmos poderes que o pai. No mesmo documento, é determinado que fossem realizadas as primeiras eleições gerais da história do Brasil, utilizando as normas da Constituição espanhola, como fora feito em Portugal (com uma adaptação em razão de diferenças populacionais). Como traz o primeiro parágrafo do decreto, Dom João VI iria às Cortes Gerais dar ao Reino Unido de Portugal, Brasil e Alvarés “uma Constituição política conforme os princípios liberais que, pelo incremento das luzes, se acham geralmente recebidos por todas as nações” (BONAVIDES; AMARAL, 2012, p. 491-492).

Dom João VI embarcaria para Portugal em 26 de abril, depois de diversos acontecimentos relevantes para a história brasileira ocorridos nesse curto espaço de tempo. A Constituição de Cádiz fora proclamada em 21 de abril, enquanto eram

realizados procedimentos das eleições gerais (MELLO MORAES, 1871, p. 47). Após uma repressão violenta e sua retirada de vigência no dia seguinte, diminuiram ainda mais as chances de continuidade no Brasil (GOMES, 2011, p. 283). Sobre a autoria desse desenvolvimento violento, que diminuiu as possibilidades de uma comoção social que levasse à permanência de Dom João VI, há suspeita do envolvimento do príncipe Dom Pedro, conforme afirmam autores modernos e espectadores dos fatos, como Gomes (2001, p. 283), Mello Moraes (1871, p. 46), Lustosa (2006, p. 211), Afonso Arinos (FRANCO, 1994, p. 22) e Armitage (1837, p. 22).

O liberalismo das bases

Atualmente, o nome Constituição não depende da efetiva defesa de Direitos Humanos e uma separação de poderes que tente, na prática, limitar o Estado. A palavra é utilizada para designar a lei de maior hierarquia dos ordenamentos, mesmo em regimes autoritários ou totalitários.

Na época em que foram promulgadas as Bases, a palavra Constituição ainda estava envolta no movimento liberal – como os deputados e até Dom João VI escrevem em manifestações públicas.

Saber se as Bases foram efetivamente uma Constituição exige um exame de seu conteúdo. Ser Constituição, naquele momento de explosão de importância do movimento constitucionalista em função do liberalismo, era ter características específicas. O exemplo mais contundente dessa afirmação é o artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que normatiza que: “Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution”¹⁰ (FRANÇA, 1789). É preciso verificar se há separação de poderes e declaração de direitos e após, identificar outros elementos indicadores do pensamento liberal nas disposições das Bases. A análise exige rigor para que a caracterização não deixe dúvidas.

Direitos e Garantias do Cidadão

As Bases têm apenas trinta e sete artigos, a maior parte deles com normas do tipo princípio, sem determinação imediata de seu conteúdo. Foram criadas duas seções, a primeira delas, demonstrando a ligação imediata com o liberalismo, se chamaria “Dos Direitos Individuais do Cidadão”, a segunda, onde se encontrará a divisão dos poderes,

se chamaria “Da Nação Portuguesa, sua Religião, Governo e Dinastia”. Era com base nesses princípios que a nova Constituição de Portugal deveria ser criada com vistas a “estabelecer e organizar os Limites dos Poderes Políticos do Estado” – termos do preâmbulo da norma (PORTUGAL, 1821).

A primeira seção tem quinze artigos, grande parte deles diretamente influenciado pelos textos liberais franceses (FERRANDO BADÍA, 1991, p. 228). Até mesmo a organização imita as constituições francesas, colocando a declaração de direitos fundamentais antes das normas de organização do Estado.

Os primeiros sete artigos tratam da liberdade, segurança e propriedade¹¹, princípios que o Estado deveria manter e pertenceriam a todos os cidadãos. A liberdade consistiria em fazer tudo o que a lei não proíbe¹². A segurança, consistiria na proteção dada pelo governo para conservar seus direitos pessoais, sendo expressamente proibida a prisão sem culpa formada, salvo nos casos em que a Constituição determinasse, e nesses o juiz teria vinte e quatro horas para dar por escrito a razão da prisão ou ele, e todos os oficiais envolvidos e quem requeresse a prisão, responderiam por prisão arbitrária¹³. A necessidade de especificar a acusação é uma norma de proteção sem precedentes em constituições francesas ou na espanhola, uma característica portuguesa, que era vanguarda em direitos relacionados à persecução penal mesmo antes do influxo liberal.

O sétimo artigo, também de claro caráter liberal, afirma que “A propriedade é um direito sagrado, e inviolável, que tem todo o cidadão de dispor à sua vontade de todos os seus bens, segundo a lei” – em texto muito semelhante à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité”¹⁴ (FRANÇA, 1789).

Ao falar da propriedade, as Bases criam uma diferença pouco relevante: no texto francês, a propriedade é inviolável e sagrada; no texto português, ela é sagrada e inviolável. A herança liberal de origem francesa é inequívoca.

Dos artigos 8º ao 10, é regrada a liberdade de comunicação de pensamentos. A livre comunicação é um direito do homem e os cidadãos poderiam manifestar suas opiniões em qualquer matéria sem censura prévia, resguardado o dever de responder pelo abuso dessa liberdade¹⁵. É igualmente grande a semelhança com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão nesse aspecto, até mesmo no uso da palavra “precioso” aparece nas duas normas, e é o único local onde isso ocorre: “A livre

comunicação dos pensamentos é um dos mais preciosos direitos do homem...” (PORTUGAL, 1821) e “La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme...”¹⁶ (FRANÇA, 1789).

Com a finalidade de proteger a Liberdade de Imprensa e os delitos resultantes do seu abuso, deveria ser criado um Tribunal Especial, com leis elaboradas pelas próprias cortes¹⁷. A exceção feita quanto à liberdade de imprensa é quanto à matéria religiosa, os bispos poderiam censurar escritos publicados sobre Dogma e Moral e o governo deveria auxiliá-los nos castigos contra os culpados¹⁸.

O próximo artigo¹⁹ continua declarando direitos com um dos aspectos mais relevantes do pensamento liberal – a igualdade formal perante a lei. Atualmente, busca-se a igualdade material, mas no período em que a nobreza ainda tinha diversas vantagens, o tratamento igual perante a lei já era uma alteração extremamente significativa.

11. A lei é igual para todos. Não se devem portanto tolerar nem os privilégios do Foro nas Causas Civis, ou Crimes, nem Comissões especiais. Esta disposição não compreende as causas, que pela sua natureza pertencerem a juízos particulares, na conformidade das leis, que marcarem essa natureza. (PORTUGAL, 1821)

O artigo 11 cria suas exceções. Elas seriam definidas mais tarde – por 66 votos a 17, o clero perdeu todos os seus privilégios especiais na jurisdição em 1º de março de 1822 – como ocorreu no sistema francês antes disso. Continuou havendo justiça especial apenas para os militares em crimes especificamente ligados às suas funções, em semelhança ao que ocorria na França, no artigo 13 do Título VI (FRANÇA 1791) e Espanha, no artigo 250 da Constituição de Cádiz (ESPANHA, 1812) e ocorre em muitos outros sistemas até os dias atuais.

Os últimos quatro artigos, do 12 ao 15, tratam de diversos direitos. O Direito Penal²⁰ é tratado para proibir penas cruéis, infamantes e o confisco de bens, e é também afirmado que nenhuma pena deveria passar da pessoa do delinquente. Por fim, ainda é dito que nenhuma lei, especialmente as penais, devem ser estabelecidas sem necessidade – uma norma de economia legal sem precedentes em outras normas constitucionais do período. Apesar das influências de autores como Voltaire e Beccaria, é notável o protagonismo português (CUNHA, 2006, p. 225).

Por fim, são trazidos concursos públicos como meio de acesso aos cargos públicos, proibindo distinções que fossem além dos talentos e virtudes²¹ - outra marca liberal e um dos aspectos singulares da revolução francesa. É aberta a possibilidade para

que todo o cidadão possa representar por escrito às Cortes e ao Poder Legislativo com suas relações, queixa ou petições²². E, finalizando a lista de direitos, é garantido o sigilo das cartas – o sigilo de correspondência – e o Correio é expressamente responsabilizado por infrações²³.

É possível identificar, pela análise das normas, uma declaração de direitos nas Bases – quase metade da norma é dedicada expressamente a realizar essa declaração. A primeira característica material para que uma norma pudesse receber o nome de Constituição, portanto, foi preenchida. A influência francesa é especialmente relevante nessa seção, o que permite notar não apenas a ligação com o liberalismo, mas também com algumas das normas mais relevantes do período.

Divisão de Poderes e Forma do estado

“Da Nação Portuguesa, sua Religião, Governo e Dinastia” é a segunda seção das Bases e tem vinte e dois artigos. Em função da sua dimensão, a organização estatal é feita de maneira imprecisa, ampla – caberia à futura Constituição de Portugal construir a estrutura real do governo.

O governo estabelecido pelas Bases é uma monarquia constitucional hereditária que teria leis fundamentais para regularem o exercício dos três poderes políticos. A dinastia reinante seria a Casa de Bragança, com o rei sendo Dom João VI, e os demais, aqueles que fossem seus legítimos descendentes pela ordem regular de primogenitura²⁴. Há expressa menção ao caráter constitucional da monarquia e, conseqüentemente, à sua limitação.

Outro aspecto liberal é a definição da soberania²⁵. O artigo 20 das Bases normatiza que “Soberania reside essencialmente na Nação. Esta é livre e independente, e não pode ser património²⁶ de ninguém” (PORTUGAL, 1821). Em função da soberania residir na nação a partir de agora, surgiria o direito de os representantes legitimamente eleitos elaborarem a Constituição de Portugal²⁷, é o efeito do pensamento liberal sobre o constitucionalismo.

O artigo 23 é aquele que estabelece a divisão de poderes nas Bases. É estabelecida uma separação expressa entre os três poderes, para que nenhum pudesse exercer a atribuição dos outros. O uso da expressão “três poderes” é uma novidade em textos constitucionais. Ele não ocorreu na Constituição da Córsega (ROUSSEAU, 1855), na Constituição Estados Unidos (1787), da Polônia (1791) ou nenhuma das Constituições Francesas (1791, 1793, 1795, 1799, 1802, 1804, Carta Constituição de

1814, Ato Adicional de 1815) ou na Constituição de Venezuela (1811). A separação já era feita na prática constitucional, mas essa numeração tem o condão adicional de afirmar, implicitamente, que não haveria nenhum outro poder a ser considerado.

23. Guardar-se-á na Constituição uma bem determinada divisão dos três Poderes, Legislativo, Executivo, e Judiciário. **O Legislativo reside nas Cortes** com a dependência da Sanção do Rei, que nunca terá um veto absoluto, mas suspensivo, pelo modo que determinar a Constituição. Essa disposição porém não compreende as Leis feitas nas presentes Cortes, as quais leis não ficarão sujeita a veto algum.²⁰ **O Poder Executivo está no Rei, e seus Ministros**, que o exercem debaixo da autoridade do mesmo Rei. **O Poder Judiciário está nos Juizes**. Cada um destes Poderes será respectivamente regulado de modo, que nenhum possa arrogar a si as atribuições do outro (PORTUGAL, 1821, grifo nosso).

O Poder Legislativo das Bases é regido do artigo 24 ao 30. Regras de eleição de representantes²⁸, processo legislativo²⁹, imunidade material dos representantes por suas opiniões³⁰ e limitações à intervenção real³¹ são apresentadas com detalhamento. A doutrina do Espírito das Leis é utilizada com fidelidade (MONTESQUIEU, 1995, p. 327), como havia ocorrido nos Estados Unidos, França e Espanha e com normas bastante semelhantes.

As atribuições do legislativo³² são outro aspecto relevante na aferição das características liberais de uma Constituição. As cortes já haviam se atribuído competência para criar a nova Constituição, o papel mais relevante no nascimento de um Estado. No artigo 29, as cortes ainda se atribuem diversas outras competências.

29. Às Cortes pertence nomear a Regência do Reino, quando assim for preciso; prescrever o modo por que então se há-de exercitar a sanção das leis, e declarar as atribuições da mesma Regência. Somente às Cortes pertence também aprovar os Tratados de aliança ofensiva e defensiva; de subsídios, e de Comércio; conceder ou negar a admissão de Tropas estrangeiras dentro do Reino: determinar o valor, peso e, lei, e tipo das moedas, e terá as demais atribuições, que a Constituição designar (PORTUGAL, 1821).

Além do artigo 29, as ainda se atribuem as competências de criar e repartir tributos³³, manter a dívida pública³⁴, criar e comandar uma força militar permanente³⁵ e manter os estabelecimentos de caridade e instrução públicas³⁶. Apesar da lista de competências não ser extensa, fica parente a submissão do rei à vontade do legislativo, sinais fortes do novo momento político na Europa e da superação do antigo regime.

O Poder Executivo recebe apenas três artigos nas Bases³⁷. O principal é aquele que determina a irresponsabilidade do rei, contrastando com a dos que executariam suas

ordens – os ministros responderiam por ele. É outra norma tipicamente liberal e imita os modelos espanhóis e franceses, nos quais se aceita a monarquia imune à lei restringindo os poderes dos ministros e secretários:

31. O Rei é inviolável na sua pessoa. Os seus Ministros são responsáveis pela falta de observância das leis, especialmente pelo que obrarem contra a liberdade, segurança, e propriedade dos Cidadãos e por qualquer dissipação ou mau uso dos bens públicos (PORTUGAL, 1821, grifo nosso).

Além desse, o artigo 32 determina que a dotação do Rei e da Família Real seria feita pelo legislativo uma vez a cada reinado; e o artigo 33, que haveria um Conselho de Estado com membros compostos também pelo legislativo. A relevância de ambos é demonstrar a clara intenção dos revolucionários portugueses em ter algum controle sobre o rei. Dom João VI não apenas tinha jurado fidelidade à Constituição que sequer havia sido feita – já estava definido que seus ministros seriam responsáveis pelos atos decididos por ele, não decidiria sua competência legislativa, seus recursos financeiros e o seu conselho de Estado teria membros apontados apenas pelo legislativo.

O Poder Judiciário ficou desprovido de artigos específicos. É uma característica comum nos textos constitucionais da época se ocupar pouco dos juízes – e não surpreende que essa norma resumida não tenha nenhum artigo. Todas os cuidados eram feitos em relação ao legislativo e executivo, o período de transição do exercício da soberania fez com que a preocupação com o fortalecimento do judiciário fosse retardada na maior parte dos países.

As Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa estabelecem, em suma, claramente a separação de poderes e imprimem nela as demais características liberais da época: a alteração do local principal de exercício da soberania; a predominância do poder legislativo; a eleição de representantes para a nação ou povo.

O resultado da análise é bastante claro, características liberais predominam incontestes no texto das Bases. Ela tinha as características que uma norma da segunda fase do uso da palavra Constituição deveria ter. Em sentido material, ela poderia ser chamada de Constituição.

Bases como constituição na vontade do legislador

Há dois aspectos relevantes a serem observados para se poder concluir se as Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa são uma Constituição. O principal

deles é a análise material do texto, saber se ele tem o conteúdo liberal necessário que justifique a utilização desse termo naquele período. O menos relevante deles é a vontade do legislador, de caráter mais formal.

Não há nos trinta e sete artigos nenhuma definição da hierarquia da norma. No entanto, ao final das Bases, é feita a afirmação de que a norma seria Constituição provisória:

O presente Decreto se publique, registre, guarde no Arquivo Nacional da Torre do Tombo e, por duplicado, no das Cortes, e se remeta por exemplares impressos a todas as Estações a quem competir, para ter desde logo pronto cumprimento, ficando as Bases que nele se contém, servindo provisoriamente de Constituição: com declaração, porém, que os casos exceptuados de que trata o artigo 5, serão inteiramente os mesmos da legislação actual; que a execução dos artigos 8, 9, 10, e ficará suspensa por depender de novas leis, que serão feitas imediatamente. A Regência do Reino jure as referidas Bases, e faça expedir as ordens necessárias, para que em determinado dia sejam tão bem juradas por todas as Autoridades Eclesiásticas, Civis, e Militares.

A mesma Regência o tenha assim entendido, e faça prontamente executar. Paço das Cortes em 9 de Março de 1821. (Portugal, 1821, grifo nosso)

A afirmação é inequívoca, as Bases foram colocadas pelos liberais de Portugal no topo do ordenamento jurídico. Há exceções sobre a vigência de apenas quatro artigos, mas nenhum deles envolve aspectos estruturais. As exceções são feitas sobre o tempo que teria o juiz para fundamentar por escrito qualquer prisão, a liberdade de comunicação, a proteção da liberdade de imprensa e a possibilidade de censura sobre os textos religiosos – respectivamente, artigos 5º, 8º, 9º e 10 da norma. Mesmo a exceção reforça, indiretamente, o aspecto constitucional do texto: as constituições são o local no qual tipicamente se encontram as ordens para que o legislador crie leis, como ocorre ali, esses quatro artigos não estariam em vigor até que fossem feitas leis adaptando e possibilitando sua efetivação.

Validade e eficácia das bases

As bases são o primeiro texto liberal no Brasil a ter as características de uma Constituição liberal, impressão reafirmada pela afirmação dos legisladores de que ela seria constituição provisória. É preciso verificar, então, se a sequência de fatos narrada é suficiente para concluir que houve validade e eficácia das Bases – se essa norma portuguesa viveu no Brasil efetivamente. A eficácia, nesse sentido, não poderá ser

apenas jurídica. Como doutrina Kelsen, esse conceito deve ser atribuído apenas quando houve aplicação efetiva da norma, ainda que em uma análise global e ampla.

Naquele momento, o Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves ainda era governado pelo monarca português. A soberania não emanava do povo ou nação, ela emanava do rei, apoiado em fundamentos religiosos, como ocorria com os outros reinos cristãos europeus. A doutrina regalista, aceita em Portugal, compreende o rei como o senhor de todo o reino, constituído por sucessão dinástica e com legitimação criada pela vontade divina e pelo juramento de fidelidade às leis e aos costumes (ADAME GODDARD, 2010, p. 59).

Sendo Dom João VI o detentor da soberania, a adesão do monarca ao movimento português também foi o momento em que as Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa passaram a vigor no Brasil formalmente.

A respeito da eficácia em sentido material, valem as passagens de Hans Kelsen³⁸. “Uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são, numa consideração global, eficazes, quer dizer, são de fato observadas e aplicadas” (KELSEN, 2006, p. 237) e

Uma revolução [...] é toda modificação ilegítima da Constituição, isto é, toda modificação da Constituição, ou a sua substituição por uma outra, não operadas segundo as determinações da mesma Constituição. De um ponto de vista jurídico, é indiferente que esta modificação da situação jurídica seja produzida através do emprego da força dirigida contra o governo legítimo ou pelos próprios membros deste governo. [...] Uma grande parte das leis promulgadas sob a antiga Constituição permanece, como costuma dizer-se, em vigor. Se estas leis devem ser consideradas como estando em vigor sob a nova Constituição, isto somente é possível porque foram postas em vigor sob a nova Constituição, expressa ou implicitamente pelo governo revolucionário. O que existe, não é uma criação do direito inteiramente nova, mas uma recepção das normas de uma ordem jurídica por outra ... O conteúdo de validade destas normas permanece na verdade o mesmo, mas seu fundamento de validade, [...] e o **fundamento de validade** de toda a ordem jurídica, mudou” (KELSEN, 2006, p. 238, grifo nosso).

São relativamente pequenas as alterações práticas trazidas pela vigência dessa norma para o Brasil. Ela era formada principalmente por princípios³⁹, não tendo havido qualquer movimento no sentido de alterar instituições para criar alguma adequação. A maioria das normas existentes teriam sido recepcionadas pelas Bases.

Apesar dos efeitos sociais e políticos pequenos, há argumentos fortes no sentido de reconhecer sua eficácia. Primeiro: o poder soberano reconheceu o movimento que criou as bases como legítimo. Segundo: Dom João VI jurou fidelidade à Constituição que iria ser feita com a influência das bases, reconhecendo não apenas elas, mas o

resultado que iria surgir com sua influência. Terceiro: foram realizadas, no Brasil, as eleições gerais previstas no decreto de 7 de março, mostrando que normas de hierarquia inferior às bases, e por ela autorizadas, tiveram efeitos concretos.

A realização das eleições é um dado importante, ela demonstra a existência de eficácia daquele novo ordenamento, e como os efeitos práticos não foram irrelevantes em um sentido social ou político. Ainda que sem protagonismo da norma, foi sob sua vigência que todos os conflitos entre Dom Pedro e as Cortes Portuguesas se desenvolveriam e culminariam na independência do Brasil. Assim, conclui-se que houve vigência da norma no Brasil, como ocorreu em Portugal e Algarves.

O juramento do monarca é o ato principal, a manifestação dá início à eficácia da norma. Foi uma expressão de vontade exarada pela única pessoa competente para tanto, o detentor da soberania, e foi feita utilizando meios que não foram contestados em sua forma ou conteúdo – um juramento público e um decreto. Assim, se deve concluir que ali houve o início da vigência da norma.

A norma previa expressamente a situação de adesão e sua entrada em vigência nesse caso. O artigo 21 normatiza que elas vigeriam “nas outras três partes do mundo”, além de Portugal e Algarves, a partir da declaração dos representantes dessas partes.

21. Somente à Nação pertence fazer a sua Constituição, ou lei fundamental, por meio de seus Representantes legitimamente eleitos. Esta lei fundamental obrigará por ora somente aos Portugueses residentes nos Reinos de Portugal e Algarves, que estão legalmente representados nas presentes Cortes. **Quanto aos que residem nas outras três partes do mundo, ela se lhes tornara comum, logo que pelos seus legítimos Representantes declarem ser essa a sua vontade** (PORTUGAL, 1821, grifo nosso).

É uma referência ao Brasil e tal declaração se concretizou. A partir daquele momento, em sentido técnico, o Brasil teve a vigência da norma portuguesa durante o período de 9 de março de 1821 até a independência em 7 de setembro de 1822, com a breve pausa de 21 de abril de 1821, quando vigeu a Constituição de Cádiz por um dia.

Conclusão

Houve diversos usos da palavra Constituição. No Brasil, as Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa foram a primeira norma da segunda fase, quando Constituição passou a ser uma norma suprema. Assim, essa norma se tornaria candidata a ser, em sentido técnico, a primeira Constituição a ter vigência no país.

A análise da norma demonstra que as Bases se adequam ao pensamento liberal da época, tendo como fonte de inspiração principalmente as constituições francesas e a espanhola. Houve uma declaração de Direitos Fundamentais nos quais os mais importantes direitos de igualdade e liberdade são reconhecidos. Na organização do Estado, é feita uma separação de poderes nos moldes propostos por Montesquieu e já em funcionamento nos Estados Unidos da América. Os legisladores pretenderam que a norma fosse uma Constituição provisória e a criaram com as normas que as constituições da época tinham.

A partir do momento em que o rei declara sua vontade de maneira legítima, as bases entram em vigor no Brasil. O monarca detinha a soberania até aquele momento, nos moldes do antigo regime. Os desenvolvimentos posteriores e, em especial, as eleições gerais ocorridas nos meses seguintes permitem concluir que a norma realmente teve alguma eficácia concreta, pois as decisões dos deputados que atuavam sob suas normas foram cumpridas e criaram efeitos sociais e políticos de grande relevância. Com tudo isso considerado, conclui-se que as Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa são a primeira Constituição a vigor no Brasil, a partir de sua vigência em 9 de março de 1821.

Referências

- ADAME GODDARD, Jorge. Asimilación y rechazo en México del sistema de relaciones entre la Iglesia y el Estado contemplado en la Constitución de Cádiz. In: *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, Volumen XXII, Sección de Artículos, 2010. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/22/art/art3.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2013.
- ARMITAGE, John. *Historia do Brazil desde a chegada da real familia de Bragança, em 1808, até a abdicação do Imperador D. Pedro I, em 1831*. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp, 1837. Disponível em: <http://www.Brasíliana.usp.br/bbd/bitstream/handle/1918/00187000/001870_COMPLETO.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2013.
- ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARBOSA, Ruy. *Obras Completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, Fundação casa de Rui Barbosa, 1977. v. XXXVIII, Tomo I.
- BERBEL, Marcia Regina. La Constitución española en el mundo luso – americano (1820-1823). *Revista de Índias*, v. 68, n. 242, 2008. Disponível em: <<http://revistadeindias.revistas.csic.es/index.php/revistadeindias/article/view/641/707>>. Acesso em: 08 dez. 2013. P. 229.
- BERBEL, Márcia Regina. Os apelos nacionais nas cortes constituintes de Lisboa (1821/22). In: *A independência brasileira: novas dimensões*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: UnB, 1998.

BOLINGBROKE. *The Works of the Lord Bolingbronke with a Life, prepared expressly for this edition, containing additional information relative to his personal and public caractere selected from the best authorities*. Filadélfia: Carey and Hart, 1841, vol. II.

BONAVIDES, Paulo. *As Nascentes do Constitucionalismo Luso-Brasileiro, Uma Análise Comparativa*. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1510/9.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2013.

BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. *Textos Políticos da História do Brasil*. Brasília, Senado Federal, 2012. v. VIII.

BREWER-CARÍAS, Allan R. *La Constitución de Cádiz de 1812 y los Principios del Constitucionalismo Moderno: Su Vigencia em Europa y em América*. Anuario Jurídico Villanueva, Madri, 2009. v. III.

CAIRÚ, José da Silva Lisboa, Visconde de. *Historia dos principaes successos politicos do Imperio do Brasil (Parte X)*. Rio de Janeiro: Na Typographia Imperial e Nacional, 1827. Disponível em: <http://www.Brasília.usp.br/bbd/bitstream/handle/1918/00858820/008588-2_COMPLETO.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2013.

CALMON, Pedro; PEIXOTO, Afrânio. MELLO, Martinho Nobre de. A primeira constituição do Brasil: regimento de dom João III a Tomé de Souza. In: *Volume I das Publicações do Instituto de Estudos Portugueses do Liceu Literário Português (Fundação José Gomes Lopez)*. Rio de Janeiro: 1943.

CARVALHO, José Murilo de; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello [org.]. *Às Armas, Cidadãos! Panfletos Manuscritos da Independência do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras; Belo Horizonte: UFMG, 2012.

CUERVO LO PUMO, Caetano. *Limites do Intervencionismo Judicial no Processo Eleitoral Brasileiro: o problema da legitimidade democrática e representativa no sufrágio*. 2009, dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Raízes da República: introdução histórica ao direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

ESPANHA. *Constitución Política de la Monarquía Española*. In: LABASTIDA, Horacio. *Las Constituciones Españolas*. Cidade do México: Universidade Nacional Autônoma do México, 1994.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *The United States Constitution*. Disponível em: <<http://www.usconstitution.net/const.html>>. Acesso em: 12 fev. 2014.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder. Formação do Patronato Político Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Globo, 2001.

FAVOREAU, Louis; GAÏA, Patrick; GHEVONTIAN, Richard; MESTRE, Jean-Louis; PFERSMANN, Otto; ROUX, André; SCOFFONI, Guy. *Droit Constitutionnel*. 14. ed. Paris: Édition Dalloz, 2012.

FERRANDO BADÍA, Juan. *Proyección exterior de la Constitución de 1812*. Revista Ayer, número 1, 1991. Disponível em: <http://www.ahistcon.org/docs/ayer/ayer1_07.pdf>. Acesso: 15 dez. 2013.

FRANÇA. *Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/acte-additonnel-aux-constitutions-de-l-empire-du-22-avril-1815.5103.html>>. Acesso: 5 de jan. 2014.

FRANÇA. *Charte de 1814 – 1ère Restauration*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/charte-constitutionnelle-du-4-juin-1814.5102.html>>. Acesso: 5 de jan. 2014.

FRANÇA. *Constitution de 1791*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-5082.pdf>>. Acesso: 9 dez 2013.

- FRANÇA. *Constitution de l'An I – Première République de 1793*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-24-juin-1793.5084.html>>. Acesso: 5 de jan. 2014.
- FRANÇA. *Constitution de l'An III – Directoire – 5 fructidor An III de 1795*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-24-juin-1793.5084.html>>. Acesso: 5 de jan. 2014.
- FRANÇA. *Constitution de l'An VIII – Consulat – 22 frimaire An VIII de 1799*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-22-frimaire-an-viii.5087.html>>. Acesso: 5 de jan. 2014.
- FRANÇA. *Constitution de l'An X – Consulat à vie – 16 thermidor An X de 1802*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-16-thermidor-an-x.5088.html>>. Acesso: 5 de jan. 2014.
- FRANÇA. *Constitution de l'An XII – Empire – 28 floréal An XII de 1804*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-l-an-xii-empire-28-flore-al-an-xii.5090.html>>. Acesso: 5 de jan. 2014.
- FRANCO, Afonso Arinos de Mello. *O Constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal*. Brasília: Ministério da Justiça, 1994.
- GOMES, Laurentino. *1808. Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Planeta, 2011.
- GUZMÁN, Eduardo de. *Las ocho constituciones de España: Cádiz, 1812: dramáticos orígenes de la vida parlamentaria española*. Tiempo de historia. Prensa Periodica, Madri, Ano I, número 10, set. 1975
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist, on the New Constitution by Publius*. Nova Iorque: Pritend and sold by George F. Hopkins, at Washington's Head, 1802.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. Tradução de Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2011,
- HESSE, Konrad. *Conceito e Peculiaridade da Constituição*. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LEAL, Aurelino. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2002.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. Londres e Chicago: The University of Chicago Press, 1965.
- LUSTOSA, Isabel. *D. Pedro I*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- MCILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Indianapolis: Liberty Fund, 2008.
- MELLO MORAES, Alexandre José. *Historia do Brasil-reino e Brasil-imperio compreendendo: A historia circunstanciada dos ministerios, pela ordem chronologica dos gabinetes ministeriaes, seus programmas, revoluções politicas que se derão, e cores com que apparacerão, desde a dia 10 março de 1808 até 1871*. Rio de Janeiro: Typ. de Pinheiro & C., 1871.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *L'esprit de loi*. Saint-Amand: Édition Gallimard, 1995.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. *Constituição e Direitos Humanos Fundamentais - Exigibilidade e Proteção*. In: *Anais do XVII Conselho Nacional do CONPEDI*.

Brasília: CONPEDI, 2008. Disponível em:<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/08_846.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2014.

POLÔNIA. *New constitution of the government of Poland, established by the revolution, the third of May, 1791*. 2ª ed. Londres: Printed for J. Debrett, 1791. Disponível em: <<http://www.polona.pl/item/1109263/7/>>. Acesso em: 03 fev. 2014.

PORTUGAL. *Bases da Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1821*. Lisboa: Tipografia de J. F. M. de Campos, 1821. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/992.pdf>>. Acesso: 22 dez. 2013.

PORTUGAL. *Diário das Cortes Geraes e Extraordinarias da Nação Portuguesa*. Primeira legislatura, primeira sessão legislativa, número 21, ata de 23 de fevereiro de 1821. Lisboa, 1821-1822. Disponível em: <<http://debates.parlamento.pt/?pid=mc>>. Acesso em: 07 jan. 2014.

PORTUGAL. *Regimento que levou Tomé de Souza governador do Brasil, Almerim, 17/12/1548*. Lisboa. Disponível em: <http://lemad.fflch.usp.br/sites/lemad.fflch.usp.br/files/1.3._Regimento_que_levou_Tom_de_Souza_0.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2014.

PRADO JÚNIOR, Caio. *Evolução Política do Brasil*. Colônia e Império. São Paulo: Editora Brasiliense, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Constitución de Corse*. Disponível em: <<http://pasqualepaoli.free.fr/2/2.html>>. Acesso: 1 jan. 2014.

VARNHAGEN, Francisco Adolfo de. *Historia Geral do Brazil isto é do seu descobrimento, colonisação, legislação, desenvolvimento, e da declaração da independencia e do imperio, escripta em presença de muitos documentos inéditos recolhidos nos arquivos do Brasil, de Portugal, da Hespanha e da Holanda*. Tomo II. Rio de Janeiro, casa de E. e H. Laemmert, 1856.

VENEZUELA. *Constitución de 1811*. Disponível em: <<http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02461621981246052976613/index.htm>>. Acesso em: 5 de jan. 2014.

VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

WORMUTH, Francis D. *The Origins of Modern Constitutionalism*. Estados Unidos da América: Harper & Brothers, 1949.

Notas

¹ Tradução livre: “Por constituição nós queremos dizer, sempre que nós falamos com propriedade e exatidão, aquele conjunto de leis, instituições e costumes, derivadas de certos princípios certos da razão, direcionadas a certos objetos do bem público, que compõe o sistema geral, de acordo com o qual a comunidade aceitou ser governada”.

² Além desses termos ingleses, outros termos também eram utilizados para denominar as normas supremas no período que antecedeu a segunda fase. McIlwain cita, por exemplo, as normas ordenadas “ad statum publicum regni”, conforme utilizadas por Jean de Terre Rouge em 1418 ou 1419. Jean Bodin, em 1566, também trata de questões de conteúdo materialmente constitucional no sexto capítulo do seu livro *Methodus*, sob o título “De statu Rerumpublicarum” (2008, p. 58-59).

³ Tradução livre: “é um novo termo que eles adotaram; e o qual eles usam como se a constituição fosse um pudim para ser feito por meio de receita”.

⁴ Com o desenvolvimento doutrinário, também se firmou a ideia de que uma Constituição poderia ter o conceito da segunda fase e ainda assim não ser escrita, como ocorre com a Inglaterra.

⁵ Tradução de Viritato Soromento-Marques e João C. S. Duarte: “Deve fazer-se com que a ambição contrabalance a ambição. O interesse do homem deve estar ligado a direitos constitucionais do cargo. Pode resultar de uma reflexão sobre a natureza humana, que tais dispositivos sejam necessários para controlar os abusos do governo. Mas o que é o governo em si

próprio senão a maior de todas as reflexões sobre a natureza humana? Se os homens fossem anjos nenhuma espécie de governo seria necessária. Se fossem anjos a governar os homens, não seriam necessários controles externos nem internos sobre o governo. Ao construir um governo em que a administração será feita por homens sobre outros homens, a maior dificuldade reside nisto: primeiro é preciso habilitar o governo a controlar os governados; e, seguidamente, obrigar o governo a controlar-se a si próprio. A dependência do povo é, sem dúvida, o controle primário sobre o governo, mas a experiência ensinou à humanidade a necessidade de precauções auxiliares” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2011, p. 469).

⁶ Tradução livre: “Esses princípios funcionais não nasceram para a vida como Minerva da cabeça de Júpiter; eles evoluíram lentamente, por tentativa e erro. Mas, após a vasta experimentação das revoluções inglesa, americana e francesa, a experiência constitucional chegou a um estágio onde era possível ter um acordo sobre alguns requerimentos mínimos de qualquer ordem constitucional. Os seguintes elementos são considerados o mínimo irredutível: (1) Deve haver uma diferenciação das diversas funções estatais e sua atribuição a diversos órgãos estatais ou detentores de poder para evitar a concentração de poderes nas mãos de um único detentor de poder autocrático. (2) Deve haver um mecanismo planejado para a cooperação dos diversos detentores de poder. Esses arranjos, os “freios e contrapesos” familiares à teoria constitucional americana e francesa – implicam na partilha, e sendo compartilhados, na limitação do exercício do poder político. (3) Deve haver um mecanismo, também planejado com anterioridade, para evitar impasses entre os diversos detentores autônomos de poder evitando que um entre eles, quando não realizar a cooperação constitucionalmente requerida, possa resolver o impasse nos seus próprios termos e, assim, sujeitar o processo dos poderes a uma direção autocrática. Quando, sob o impacto da ideologia democrática da soberania popular, o constitucionalismo tivesse chegado ao ponto no qual o papel de último árbitro dos conflitos entre os detentores de poder institucionalizados pudesse ser assinalado ao eleitorado soberano, o conceito original de constitucionalismo liberal iria ser perfectibilizado enquanto constitucionalismo democrático. (4) Deveria haver um método, também planejado com anterioridade, para ajustar pacificamente a ordem fundamental às condições sociais variáveis – o método racional da emenda constitucional – para evitar o recurso à ilegalidade, violência e revolução. (5) Finalmente, e isso ocupou um momento precoce na evolução do constitucionalismo e indica o seu telos liberal específico, a lei fundamental deve também conter o explícito reconhecimento de certas áreas de auto determinação individual – os direitos individuais e liberdades fundamentais – e sua proteção contra a invasão por qualquer e todos os detentores de poder. Ao lado do princípio do poder compartilhado, e portanto limitado, essas áreas inacessíveis ao poder político se tornaram o núcleo da constituição substantiva”.

⁷ Esta é uma forma conceitual de Constituição atualmente, ela é relevante, mas sequer se propõe ele como um conceito majoritário – o atual desenvolvimento é abundante e suas nuances não são objeto deste trabalho.

⁸ Em um desenvolvimento alheio às grandes revoluções liberais da França, Inglaterra, Brasil ou Portugal, sob aparente desconhecimento dos atores do período, um jovem estudante de Direito brasileiro chamado Filipe Alberto Patroni Martins Parente, que fazia doutorado em Coimbra, soube do início da Revolução do Porto e decidiu trazer ela ao Brasil. Em 10 de dezembro, ele chegou ao Brasil e em três semanas conseguiu criar um movimento que prevaleceu sobre as parcas forças militares de Grão-Pará e se instalou na capital, com seus 12.471 habitantes (5.179 desses, escravos) (GOMES, 2010, p. 85). Os portugueses receberam a representação do Grão-Pará e aceitaram rapidamente transformá-lo em província, iniciando a adesão brasileira. Outros locais ainda tentariam aderir ao movimento, alguns com sucesso. Mesmo no Rio de Janeiro, ao longo de 1821, começou a ser sentida a pressão para que houvesse uma resposta “liberal” por parte do monarca. É provável que esses acontecimentos tenham tido algum peso sobre a decisão de Dom João VI de voltar ao Brasil, já no início de 1821 (LEAL, 2002, p. 8).

⁹ É feita a referência expressa à fonte porque a pesquisa não encontrou outros autores, modernos ou contemporâneos aos fatos, que tenham apresentado essa exigência.

¹⁰ Tradução livre: “Toda a sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes é determinada, não tem Constituição”.

¹¹ Artigo 1º das Bases anuncia que a liberdade, segurança e propriedade devem ser mantidos pela Constituição Política da Nação Portuguesa, que seria feita a seguir.

¹² Artigo 2º das Bases. É tão forte a ligação com a França que até as diferenças textuais são pequenas. Artigo 2º das Bases traz: “A liberdade consiste na faculdade, que compete a cada um de fazer tudo o que a lei não proíbe. A conservação desta Liberdade depende da exacta observância das leis.” Na Constituição Francesa de 1791, o texto é: “mais comme la liberté ne consiste qu’à pouvoir faire tout ce qui ne nuit ni aux droits d’autrui, ni à la sûreté publique, la loi peut établir des peines contre les actes qui, attaquant ou la sûreté publique ou les droits d’autrui, seraient nuisibles à la société” ou, em tradução livre “Como a liberdade não consiste em mais do que poder fazer

tudo o que não prejudique os direitos de outros, nem à segurança pública, a lei pode estabelecer penas contra os atos que, atacando ou a segurança pública ou os direitos de outros, sejam prejudiciais à sociedade” (FRANÇA, 1791).

¹³ Conteúdo dos artigos 3º ao 6º das Bases.

¹⁴ Tradução Livre: “a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado, exceto quando a necessidade pública, legalmente determinada, o exigir, e sob a condição de justa e prévia indenização” (FRANÇA, 1789).

¹⁵ Artigo 8º das Bases.

¹⁶ Artigo completo da passagem da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, tradução livre: “A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos dos homens. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, ressalvado a responder pelo abuso desta liberdade nos casos determinados pela lei” (FRANÇA, 1789).

¹⁷ Artigo 9º das Bases.

¹⁸ Artigo 10 das Bases.

¹⁹ Artigo 11 das Bases.

²⁰ Artigo 12 das Bases.

²¹ Artigo 13 das Bases.

²² Artigo 14 das Bases.

²³ Artigo 15 das Bases.

²⁴ Artigo 18 das Bases.

²⁵ Artigo 20 das Bases.

²⁶ Essa referência à soberania como parte do patrimônio parece vir da Constituição de Cádiz: “Art. 2. La Nación española es libre e independiente, y no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona.” (ESPANHA, 1812).

²⁷ Artigo 21 das Bases.

²⁸ Artigo 24 das Bases.

²⁹ Artigo 24, 25 e 27 das Bases.

³⁰ Artigo 28 das Bases.

³¹ Artigo 26 das Bases.

³² Artigo 29 das Bases.

³³ Artigo 34 das Bases..

³⁴ Artigo 35 das Bases.

³⁵ Artigo 36 das Bases.

³⁶ Artigo 37 das Bases.

³⁷ Artigos 31, 32 e 33 das Bases.

³⁸ Não há uma filiação plena ao positivismo como forma de explicação do caso. O uso de partes centrais da teoria kelseniana foi feito pela clareza do autor e utilidade nos casos em que há dúvidas sobre a vigência ou não de uma nova Constituição.

³⁹ A palavra princípio é aqui utilizada no sentido moderno, inexistente naquele período, com a definição de acordo com a doutrina de Humberto Ávila: “Os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, estabelece um estado de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema, notadamente das regras. Sendo assim, os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido das regras” (ÁVILA, 2005, p. 79)

Artigo recebido em 10/01/2015. Aprovado em 20/02/2015.