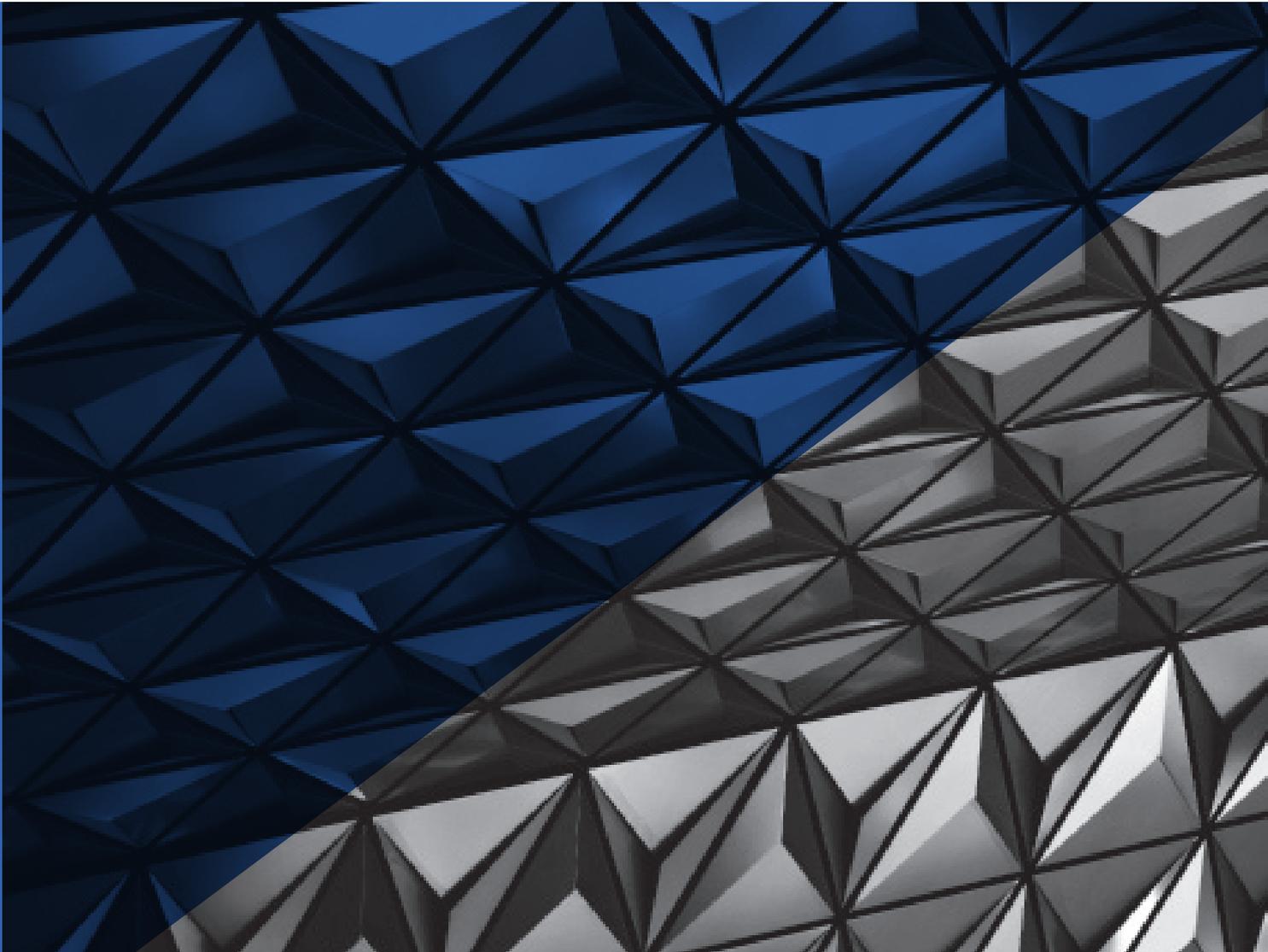


**O PENSAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL  
INGLÊS E FRANCÊS:  
UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA COMPARADA**

---

**ALEXANDRE JOSÉ AU-YONG OLIVEIRA**



O PENSAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL INGLÊS E FRANCÊS  
UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA COMPARADA

Seminário: Direito Constitucional Comparado  
Universidade de Lisboa, Junho de 2010  
Curso de Doutoramento em Ciência Política  
Doutorando: Alexandre José Au-Yong Oliveira

## **Índice**

- I. Introdução: O nascimento do Direito Comparado
- II. Questões metodológicas: famílias, genealogias forenses ou modelos?
- III. A história da família inglesa: sedimentação de facto e pactos de poder
- IV. A família francesa: Poder constituinte, Nação/Estado, e o Sujeito Jurídico Universal
- V. Bibliografia

## I. Introdução: O nascimento do Direito Comparado

Interessantemente, o conceito de Direito Comparado, tal como o conhecemos - autônomo de outros ramos de direito -, nasceu em França, em sequência da *Exposition Universelle*, realizada em Paris no ano de 1900<sup>1</sup>.

Recordando tal momento histórico e o ambiente que então se vivia – de um entusiasmo dificilmente “presentificável” passado mais de um século –, tal exposição, que durou de 15 de Abril a 12 de Novembro, teve mais 76 mil expositores, mais de 50 milhões de visitantes, e 43 países participantes. Como testemunhos da monumentalidade da exposição, cujos efeitos visuais principais se perderam no tempo, ainda nos restam, entre outros, os edifícios do actual *Musée d’Orsay*, o *Grand Palais* ou o *Petit Palais*. Em tal exposição, que tinha por objecto as artes, as ciências e a tecnologia, vimos pela primeira vez filmes com som, escadas rolantes e motores a gasóleo.

O direito comparado, nasce, portanto, em simultâneo com a génese do próprio modernismo, num ambiente de fé, sustentada pela riqueza e os enormes desenvolvimentos científicos, tecnológicos e artísticos do século que findava, que sustentavam uma visão de progresso do Homem, num movimento perpétuo. É, pois, neste ambiente esperançoso e idealista que podemos vislumbrar a tentativa de libertação do homem dos seus constrangimentos locais para pacificamente adestrar o mundo e tudo que nele existia, ou, como nos ensinam Zweigert e Kötz: “man was trying to break out of his local confines and peaceably to master the world and all that was in it”<sup>2</sup>.

Esta fé, em última instância, visava a criação de um direito comum da humanidade, *une droit commun de l’humanité*. O direito comparado surge, pois, com a missão de resolver as diferenças e exclusões acidentais existentes nos direitos dos povos em estágios similares de desenvolvimento cultural e económico, e reduzir pelo Direito o número dessas divergências, atribuíveis não a qualidades políticas, morais ou sociais das diferentes nações, mas a acidentes históricos ou circunstâncias temporárias contingentes<sup>3</sup>.

Apesar deste ambiente idealista da génese do Direito Comparado ter sofrido um enfraquecimento ao longo do século XX – onde se revelou, além do mais, que mais próximo do que uma ordem jurídica mundial, estavam as trágicas eclosões das primeiras guerras mundiais –, com o enfraquecimento, dizíamos, da ideia de progresso, e ao cepticismo da suficiência do direito como

---

<sup>1</sup> Cfr. KONRAD ZWIGERT e HEIN KÖTZ, *INTRODUCTION TO COMPARATIVE LAW 2* (trad. Tony Weir, 2.ª ed. rev., Claredon Press 1987).

<sup>2</sup> *Id.*, p. 3.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

instrumento desse progresso, hoje, parece-nos, neste recente virar do milénio, que podemos afirmar que o Direito Comparado ganhou uma nova urgência, perante os novos desafios postos pela acelerada mundialização cultural, económica e tecnológica em curso.

A beleza do Direito Comparado, e dizemos antes beleza do que utilidade, pois o belo arrebatá-nos pela sua simples existência singular e não é, por isso, necessariamente útil (diríamos que é na sua inutilidade que reside precisamente a força do belo), é nos dar, como nos ensinam mais uma vez Zweigert e Kötz, um vislumbre das formas e da formação dos institutos jurídicos que se desenvolvem em paralelo, permitindo-nos “ver” através das diferenças pormenorizadas também as grandes semelhanças, aprofundando a nossa visão interna do fenómeno do Direito.

Nesta esteira, diríamos nós, que o Direito Comparado tanto nos pode sugerir a ideia de uma unidade da justiça, como pode nos ensinar, pela diferença singular de cada sistema, que tal unidade não passa de ilusão reguladora da nossa própria visão. Recorde-se, aqui, os dispositivos exibidos na Exposição de 1900, onde se incluíram para além dos diversos mecanismos produtoras de ilusões de percepção espalhados pela bela cidade de Paris, uma “Exposição de Negros”, como se fossem, no meio de tanta “civilização”, uma espécie de homens à parte...

## II. Questões metodológicas: famílias, genealogias forenses ou modelos?

*Legal systems are among the enduring features of human society; not only the idea of law, but particular types of legal systems*

Geoffrey Sawer, *The Western Conception of Law*

A teoria das famílias jurídicas pretende responder a questões tais como: é possível agrupar os diversos ordenamentos jurídicos num número reduzido de grupos? Como efectuar tal divisão? Quais os critérios para aferir se um determinado ordenamento pertence a determinado grupo?

Neste âmbito foram sendo apresentadas várias soluções. Em 1913, Sauser-Hall utilizou o critério da **raça** como elemento decisivo da distinção, chegando assim a uma divisão entre famílias Indo-europeias, semíticas e mongólicas, a par de um grupo que englobava os povos não civilizados.

Já o constitucionalista francês Adhémar Eisman (1848-1913) tinha alertado para o facto de que as divisões entre as famílias jurídicas deveriam obedecer a **critérios** (científicos) **imanes** aos sistemas jurídicos, tais como as fontes históricas, as estruturas gerais e as características particulares de cada sistema.

Em 1934, Martinez-Paz adoptou um método de diferenciação denominada de genética, através da análise da profundidade das **influências** do *ius gentium*, do Direito Romano, do Direito Canónico ou das ideias democráticas, chegando assim, algo surpreendentemente, às famílias da América Latina, Suíça e Rússia.

Arminjon/Nolde e Wolff, nos anos cinquenta do século XX, criticando todas as propostas anteriores, avançaram um critério baseado na **substância** dos ordenamentos, excluindo quaisquer factores extrínsecos, como raça ou geografia. Tal visão permitia-lhes concentrar-se na originalidade de um dado ordenamento, ao mesmo tempo que estudavam os elementos derivados e elementos comuns com outros ordenamentos. Chegaram assim a sete famílias jurídicas: a família Francesa, a família Germânica, Escandinava, Inglesa, Russa, Islâmica e Hindu.

Contemporâneo de Arminjon/Nolde e Wolff, o ilustre jurista francês René David, adiantou dois critérios de distinção de famílias jurídicas, a **ideologia e a técnica**, com o primado do primeiro sobre o segundo. A ideologia (produto da religião, filosofia, estrutura política, económica e social) e consequente concepção de Justiça, permitiu-lhe, primeiramente, destringer cinco famílias jurídicas:

O sistema Ocidental, Socialista, Islâmico, Hindu e Chinês. Mais tarde, o mesmo autor, baseando-se no mesmo critério distintivo reduziu os agrupamentos para: Romano-germânico, a família do “Common Law” e a família Socialista, a par de “outros sistemas” como o Judeu, Hindu, do Extremo Oriente e sistemas Africanos.

Na esteira de Arminjon/Nolde e Wolff, mas adoptando uma perspectiva crítica destes e, de algum modo, aperfeiçoando o seu critério metodológico que deixava por enunciar os critérios determinantes das suas distinções, Zweigert e Kötz adiantam como critério distintivo ou pertinente **o estilo**. Este estilo pode ser surpreendido através de cinco factores concretos, evitando assim uma visão unidimensional de cada família jurídica. Os cinco factores adiantados pelos autores são: 1) o fundo histórico e evolutivo do sistema, 2) o modo de pensamento predominante, 3) os institutos particulares, 4) as fontes de direito, 5) a ideologia.

Em consequência destes critérios, estes autores chegam a oito agrupamentos familiares: 1) a Romanística; 2) a Germânica, 3) a Nórdica, 4) a do Common Law, 5) a Socialista, 6) os sistemas do Extremo Oriente, 7) sistemas Islâmicos, 8) o sistema Hindu.

Aqui chegados, é necessário salientar que para além de podermos situar a génese do direito comparado no ambiente entusiasmante supra enunciado na nossa Introdução, devemos também situar o nascimento deste ramo do direito, primeiramente, no seio do direito privado. A utilidade imediata de comparar sistemas jurídicos em direito privado era evidente para o comércio internacional: “if clear and consistent general principles of law were established, this would promote international trade and advance the general standards of living...”<sup>4</sup>.

O Direito Público, portanto, não foi o objecto “natural” de estudo deste ramo de direito. Em consequência, poder-se-ia dizer que o Direito Constitucional comparado é ainda uma disciplina emergente. Em 2003, o importante historiador de direito, Michael Stolleis, numa conferência realizada em Portugal, dava-nos conta de tal situação<sup>5</sup>, fazendo o levantamento dos escassos trabalhos produzidos pela Academia no âmbito da história do direito comparado constitucional. Contudo, conforme supra deixamos já enunciado, no contexto mundial actual, a que se acrescenta o contexto regional da União Europeia, o desenvolvimento desta disciplina só pode ser vista como sendo urgente.

---

<sup>4</sup> Id., p. 4.

<sup>5</sup> Cfr. Michael Stolleis, *Concepts, models and traditions of a comparative European constitutional history*, IV.6 THEMIS 155 (Almedina, 2003).

Entre nós, Jorge Miranda, seguindo os ensinamentos dos comparativistas (essencialmente de direito privado) como Konrad Zweigert e René David, mas sem nos deixar de alertar para a dificuldade, em sede de direito constitucional, do agrupamento dos sistemas em famílias, propõe quatro grandes famílias: “a de matriz britânica, a de matriz norte-americana, a de matriz francesa e a de matriz soviética, sem deixar de reconhecer a existência de outros sistemas constitucionais nelas não integrados e de sistemas mistos ou híbridos.”<sup>6</sup>.

Por seu turno, Gomes Canotilho em vez de falar de “famílias” constitucionais fala-nos de **modelos**, “isto é, estruturas teóricas capazes de explicar o desenvolvimento do direito constitucional.”<sup>7</sup>. Os seus modelos são três: o modelo historicista, cujo paradigma é o inglês, o modelo individualista, cujo paradigma é o constitucionalismo francês, e o modelo estadualista, cujo paradigma é o americano.

Recorde-se, aliás, que Gomes Canotilho, no âmbito da **problemática do poder constituinte** – “objectivo central (core objective) do constitucionalismo”<sup>8</sup> –, dá-nos conta de três diferenças fundamentais que, para nós, indiciam a existência de três famílias próprias de direito constitucional face ao problema de **Revelar, Dizer** ou **Criar** uma lei fundamental.

Dada a diferença, aliás, fundamentalmente romanística, entre Direito Público e Direito Privado, se quisermos adoptar a metodologia construída pelo direito comparado do direito privado enunciada exemplarmente por Zweigert e Kötz, onde após a reunião do material jurídico se procede à sua categorização pelo binómio função-problema, construindo daí um terceiro sistema que nos dará conta das diferenças e semelhanças, teremos, no âmbito do Direito Constitucional, que partir necessariamente dos seus problemas próprios a que o movimento constitucional procurou dar resposta.

Iremos pois aventurar-nos neste pequeno ensaio, aproveitando alguns dos ensinamentos de Zweigert e Kötz em sede de direito privado, para daí fazer o salto para o plano do Direito Constitucional, para sustentar a hipótese da possível ordenação dos sistemas constitucionais ocidentais em três famílias (ou modelos) fundamentais que encontram o seu parentesco originário nos sistemas Inglês, Francês e Americano, concentrando-nos por ora, essencialmente, nos dois primeiros.

---

<sup>6</sup> JORGE MIRANDA, I MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL 109 (8.ª ed. rev. e actualizada, Coimbra Editora 2009).

<sup>7</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, DIREITO CONSTITUCIONAL 55 (7.ª ed., Almedina 2003).

<sup>8</sup> *Ibidem*.

Iremos, nesta aventura, utilizar principalmente os cinco elementos que compõem o estilo de cada uma das famílias do direito privado enunciadas por Zweigert e Kötz, ligando estas várias dimensões entre si, com vista a discernir as complexas composições genealógicas de cada família. Daremos alguma prevalência ao fundo histórico e evolutivo de cada sistema, e daremos uma especial importância ao modo de pensamento predominante e a alguns institutos particulares. A categoria das fontes de direito assumirá, de certo modo, um carácter secundário, na esteira, aliás, dos autores alemães em referência (porque mais técnica do que política). A categoria da ideologia, apesar do contexto histórico actual – pós guerra fria –, não poderá deixar de revelar alguma importância, principalmente quanto ao elemento económico e social, como se procurará fazer entrever.

Estes conceitos serão aplicados em sede de Direito Constitucional e não, portanto, a institutos do direito privado, sem esquecer, no entanto, que existe uma inevitável ligação entre os mesmos. Com efeito, não é possível conceber as Constituições francesas sem o código civil napoleónico (1804), sendo certo que a relativa independência do direito privado também reflecte uma determinada concepção política ou ideológica, qual seja uma determinada construção da separação de poderes entre o judicial e o legislativo no seio de uma determinada concepção económica e social liberal.

A nossa abordagem no seio do Direito Constitucional comparado, não poderá, assim, deixar de ter em conta as diferentes concepções de Lei nos sistemas em comparação, concepções directamente relacionadas com a história de cada sistema e o modo de pensamento relacionado com a evolução de cada um. Assim sendo, cada uma das três famílias constitucionais enunciadas, a inglesa, a americana e a francesa, terão de ser inevitavelmente perspectivadas num plano de fundo das famílias privadas donde nasceram, a Romanística e a do *Common Law*.

Recorde-se, apenas a título de exemplo, que a recepção do direito romano em países como a França e a Alemanha, e consequentes movimentos de codificação, dos glossadores ao pandectismo alemão, permitiu a concepção do direito como um conjunto de regras produzidas, diríamos nós, segundo um método transcendental algo similar ao método Kantiano. Ou seja, a lei, nos sistemas derivados do Direito Romano tende a uma modelação geral da sociedade, antes de ser a resolução de problemas particulares, ao contrário do sistema do *Common Law*, estando esta ligada a uma concepção tendencialmente empirista da lei, formada por indução de soluções jurídicas a partir de listas de casos concretos. Tais modos de pensar a lei são determinantes a um conjunto de efeitos.

Além do mais, é fundamental para a distinção entre diferentes posições de força nos protagonistas forenses, tais como os professores universitários, juízes e advogados.

Esta abordagem permitirá, a final, revelar como as diferentes condições de possibilidade dadas por cada modo de pensamento – utilizando aqui terminologia kantiana -, revelam diferentes possibilidades de produção de **efeitos** no seio de cada família constitucional, permitindo-nos assim dar o salto do estritamente jurídico para a esfera do propriamente **político**, numa perspectiva “crítica” que se concentrará na capacidade produtora geral derivada de cada modo de pensamento, aqui visto como uma espécie de *software* jurídico-político, subsistente em cada lugar onde se instala, e naturalmente sujeita a modificações decorrentes de circunstâncias históricas ou acidentais, como ocorreu com o sistema do *Common Law* quando deu lugar à gênese do ordenamento jurídico-constitucional americano.

### III. A história da família inglesa: sedimentação de facto e pactos de poder

Como se sabe, diz-se que a Constituição inglesa é não escrita, e não se insere assim no conceito de **constituição moderna** se seguirmos a definição dada por Gomes Canotilho: “uma 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.” (Canotilho, 2003, p. 52).

Ora, olhando ao sistema dito constitucional inglês com a sua falta de um único documento escrito erigido em lei fundamental, falta-lhe, desde logo, a qualidade de “ordenação sistemática”. Como escreve Gomes Canotilho, “um *Englishman* sentir-se-á arrepiado ao falar-se de “ordenação sistemática e racional da comunidade através de um documento escrito”. Para ele – *The English Constitution* – será a sedimentação histórica dos direitos adquiridos pelos “ingleses” e o alicerçamento, também histórico, de um governo balanceado e moderado.”<sup>9</sup>.

Imbuídos que estamos nós, continentais, da ideia de um documento escrito sistematizador, tendemos a olhar para os ingleses, como eles olham para nós, com não menos espanto perante a sua concepção “historicista” de constituição. Como é possível, perguntamos, no nosso íntimo, que eles não tenham vislumbrado os benefícios e vantagens deste modo de proceder? Como distinguir na profícua produção de *Common Law* e *Statute Law*, as regras que serão consideradas fundamentais? Qual é, pois, o **modo de pensamento** por detrás do fenómeno jurídico-constitucional inglês?

Da nossa parte, olhamos para os sistemas jurídicos como **regimes de enunciação**, uma ordem de discurso com as suas regras de enunciação próprias. Paralelamente aos regimes de enunciação, as sociedades desenvolvem instituições ou **sistemas pragmáticos**.

Ao lado das leis existem estamentos ou corporações profissionais, com regras não escritas. Em cada sentença do tribunal, jogam diversos protagonistas: juízes, advogados, solicitadores, e polícias, que assumem as mais diversas posições no processo deliberativo judicial, mesmo que a sentença não lhes faça referência. Ao lado dos tipos de crime, subsistem sistemas não menos complexos e sofisticados de castigos que não falam: a lei com o seu discurso proíbe mas o sistema pragmático marca os corpos no silêncio das prisões, com as suas arquitecturas específicas. Será, portanto, na articulação dos regimes de enunciação e dos sistemas pragmáticos, e respectivas histórias, que poderemos compreender cada ordenamento jurídico-político singular.

---

<sup>9</sup> J.J GOMES CANOTILHO, supra nota 7, p. 52.

Torna-se assim necessário, evidentemente, situar o constitucionalismo britânico no seio do regime de enunciação e sistema pragmático donde é gerado, o *Common Law*. Neste modo de pensar o Direito, para além de não encontrarmos qualquer constituição sistematizada, inexistente qualquer código civil, código de processo civil ou código comercial. Mesmo em sede de direito criminal, onde se sente com mais premência o princípio da legalidade, poderemos encontrar ainda em vigor leis consuetudinárias.

Mas o que tornou este sistema tão impermeável à ideia de codificação gerada pelo Iluminismo, onde se pretendia ordenar racionalmente, através da sistematização codificadora, as produções históricas discursivas circunstanciais? Vejamos como se formou esta ordem de discurso, que desde logo nos remete para a questão: **quem pode revelar a lei?**

Diríamos, nesta sede, com o importante filósofo francês, Michel Foucault, que “em toda a sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, seleccionada, organizada e redistribuída por um certo número de procedimentos que têm por função esconjurar os seus poderes e perigos, dominar o seu acontecimento aleatório, esquivar a sua pesada e temível materialidade.”<sup>10</sup>. Haverá, perguntamos nós, área da vida humana onde a produção do discurso é mais temível do que no mundo do Direito?

Este temor, acrescentaríamos, sente-se, com particular acuidade, no Direito Criminal, com a sua pesada e temível materialidade, tão visível nos efeitos que produz: penas que se infligem directamente sobre os corpos. É pois uma área que justificou uma constitucionalização precoce, entendida esta como limitação do poder, para esconjurar, na medida do possível, esta força que se exerce sobre os corpos e para limitar o perigo da sua aplicação aleatória, daí o nascimento do princípio da legalidade no seu seio. É neste contexto que se deve compreender, aliás, a cláusula XXIX da Magna Carta da Inglaterra, na sua versão de 1225, reeditada em 1297 (pedra angular da Constituição inglesa): “No Freeman shall be taken or imprisoned, or be disseised of his Freehold, or Liberties, or free Customs, or be outlawed, or exiled, or any other wise destroyed; nor will We not pass upon him, nor condemn him, but by lawful judgment of his Peers, or by the Law of the land. We will sell to no man, we will not deny or defer to any man either Justice or Right.”, e, a consagração, na mesma Carta, do instituto do *Habeas Corpus* (artigos 36.º, 38.º, 39.º e 40.º).

---

10 MICHEL FOUCAULT, A ORDEM DO DISCURSO – AULA INAUGURAL NO COLLÈGE DE FRANCE, PRONUNCIADA EM 2 DE DEZEMBRO DE 1970, 9-10 (trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio rev. por Nuno Nabais, Relógio D’Água 1997).

É consabido, por seu turno, que os juízes ingleses detêm uma função primordial na revelação das leis, diferentemente do que sucede nos sistemas continentais e, em especial, no sistema francês – não descuramos os desenvolvimentos recentes no sentido de uma certa criatividade judiciária reconhecida aos juízes continentais, contudo, em termos históricos tal admissão ou extensão dos poderes da jurisprudência é ainda muito novo e reflectirá, além do mais, uma certa influência provinda do mundo anglo-saxónico.

Se o direito continental expressa-se através da codificação e abrange a própria organização política e a limitação dos poderes estaduais, no que poderemos chamar o movimento de constitucionalização moderno, o sistema britânico manteve-se inalterável durante séculos no seu procedimento de formação das leis pelo acumular das decisões jurisprudenciais dos casos concretos, a sua organização em listas e a sua subsequente categorização em tipos-de-casos.

É, pois, o juiz(-Tribunal) quem revela a lei (coadjuvado no processo de deliberação, não se esqueça, pelos advogados, donde, aliás, são “recrutados”), num lugar privilegiado, não só em relação ao juiz continental, mas em relação ao próprio regime parlamentar inglês, por princípio o legislador por excelência.

Como nos relata Geoffrey Sawyer, importante jurista australiano, “English adherence to a so-called “unwritten”, *i.e.*, uncodified system, was due largely to political and social circumstances. The early development of an effective parliamentary system, with widespread participation in government, was associated with the part which Common Lawyers had played in resisting royal and aristocratic absolutism, and the COMMON LAW procedural system, for all its complexity and cost, provided remedies whose very intricacy and particularity were of political value, since they impeded the exercise of executive power.”<sup>11</sup>.

Repare-se, neste âmbito, que nem John Locke, que pressentiu a necessidade da separação de poderes para um governo equilibrado, distinguiu, de forma clara, um terceiro poder (poder judicial) colocado entre os dois extremos do poder legislativo (juízo geral<sup>12</sup>) e do poder executivo (juízo particular), conforme se pode depreender deste trecho: “De facto, os julgamentos da comunidade política são os seus próprios julgamentos, pronunciados por si mesmo ou pelo seu representante. Eis

---

11 G. Sawyer, *The Western Conception of Law*, in II THE LEGAL SYSTEMS OF THE WORLD-THEIR COMPARISON AND UNIFICATION 14, 25 (coord. ed. René David, Mouton and J.C.B. Mohr [Paul Siebeck] 1975).

12 Recorde-se também aqui, as belas palavras de Jean-Jacques Rousseau: “Vimos como o poder legislativo pertence ao povo e só a ele pode pertencer. É fácil ver, pelo contrário, pelos princípios adiante estabelecidos, que o poder executivo não pode pertencer à generalidade como legislador ou soberano, porque este poder apenas consiste em actos particulares que não são da competência da lei”: in JEAN-JACQUES ROUSSEAU, O CONTRATO SOCIAL 61 (trad. Leonardo Manuel Pereira Brum, 5.ª ed., Europa-América 2003).

aqui a origem do poder legislativo e executivo na sociedade civil, que consiste em julgar de acordo com leis estabelecidas, em determinar a gravidade dos castigos que devem sancionar as ofensas quando são cometidas no interior da comunidade política”<sup>13</sup>. É, pois, apenas com Montesquieu que se traça um quadro completo do princípio da separação dos poderes e se reduz a figura do juiz à mera boca da lei.

Sawer dá-nos ainda conta de que, paradoxalmente, as universidades inglesas nem sequer ensinavam, até há relativamente pouco tempo, o chamado direito comum: “the English universities taught only ROMAN LAW; few of their graduates became Common Lawyers, and it has become common for the ENGLISH lawyer to begin with a university training only in the twentieth century.”<sup>14</sup>.

A formação dos profissionais forenses em Inglaterra foi, pois, radicalmente diferente da dos profissionais e sistemas universitários continentais. Os advogados e juízes eram formados por associações ou corporações de advogados (*Inns of Court*) até ao século XIX. A teoria jurídica era assim relegada para um plano secundário, realçando a aprendizagem pragmática e empírica tão característica do modo de pensar anglo-saxónico (veja-se por exemplo os seus filósofos empiristas como John Locke ou David Hume, ou os seus pensadores utilitaristas como Jeremy Bentham ou Stuart Mill), partindo, portanto, sempre de casos concretos, quer reais, pela observação, quer participando em simulações judiciais<sup>15</sup>. Tal ambiente tão virado para a resolução de casos práticos, não era, pois, minimamente propícia ao pensamento sistemático do direito, tal como foi pensado pelos franceses e, mais tarde, pelos alemães.

Já Max Weber, jurista de formação, tinha-nos chamado a atenção para a importância que exerce a formação dos juristas praticantes sobre o estilo do direito. Da sua análise dos *Inns of Court*, não podemos deixar de destacar os seguintes *insights*: “Legal practitioners did not aim... to produce reasoned structures but rather lists of contracts and actions which would be useful in practice because they suited the typical and recurrent particular needs of litigants. (...) When legal practice and teaching are purely empirical, legal thinking always moves from the particular to the particular and never tries to rise from the particular case to the general principles from which the decision in the particular case can then be deduced. Instead it is trapped in words which it applies, construes, and stretches in all directions as the need of the moment dictates; should this prove inadequate, it

---

<sup>13</sup> JOHN LOCKE, DOIS TRATADOS DO GOVERNO CIVIL 290-291 (trad. Miguel Morgado, Edições 70 2006).

<sup>14</sup> Geoffrey Sawer, *supra* nota 11, p. 26.

<sup>15</sup> *Cfr.* KONRAD ZWEIGERT e HEIN KÖTZ, *supra* nota 1, p. 198-199.

has recourse to ‘analogies’ or technical fictions... no rational legal education or legal theory can develop from such a situation.”<sup>16</sup>.

Mas, vejamos outras razões históricas, para além do sistema pragmático e organização das profissões forenses, para o afastamento das ideias codificadoras do continente, em concreto a unificação precoce do Direito inglês, para daí vislumbrarmos o modo peculiar do nascimento do direito constitucional inglês. Como é sabido, a história do direito de Inglaterra inicia-se em 1066 com a conquista dos anglo-saxões pelos Normandos liderados por Guilherme I, na batalha de *Hastings*. A partir de tal data, com a ocupação do território pelos normandos vencedores, iniciou-se uma influência progressivamente ascendente dos *royal judges*, mandatados pelo Rei para administrar a justiça.

Tal justiça real concorria, a princípio, com tribunais locais e feudais já existentes, mas ganhou uma rápida predominância pelas inovações processuais e de acesso à justiça que introduziu nomeadamente as suas diversas formas de processo impulsionadas em nome do Rei pelo chamado *writ*<sup>17</sup> (ainda hoje podemos encontrar paralelismo com os *writ* no seio do nosso direito processual civil com as suas diferentes formas, por ex.: acções declarativas, de simples apreciação ou de condenação, e processos especiais de divisão de coisa comum, inventário, restituição da posse, etc.).

O sucesso dos *justiciarii itinerantes* e, conseqüentemente, da justiça real que distribuía, cedo conduziu, para além da centralização da administração da Justiça, a uma unificação do direito na figura que se denominou então de *Common Law*. Note-se que em França, apenas no século XVI se desenvolveu o conceito de *droit commun français* e na Alemanha apenas se unificou o direito no século XIX, no denominado *Gemeines Recht*.

É certo que dificilmente se pode falar do direito inglês sem mencionar a importância da justiça equitativa, ou *equity*, sistema de resolução de casos concretos produzida paralelamente aos tribunais de *Common Law*, pelo *Court of Chancery*, sob a figura do *Lord Chancellor*, que intervinha onde o *Common Law* não tinha uma solução para o caso ou onde tal solução era moralmente insuficiente ou inadequada, formando-se assim uma espécie de direito suplementar do *Common Law*. Contudo, a unificação do direito inglês foi, sem dúvida, precoce, comparativamente aos sistemas de direito continentais, o que afastou, portanto, um dos móveis principais que justificaram a codificação continental tão proclamada séculos mais tarde pelo Iluminismo.

---

<sup>16</sup> Id., p. 200.

<sup>17</sup> Cfr. Id., p. 191-192.

Recorde-se, por outro lado, no âmbito do que é conhecido como direito público nos sistemas continentais, que já no século XIII, os turbulentos acontecimentos que rodearam o reinado de João Sem Terra (assim chamado por não ter recebido, de herança, quaisquer propriedades, contrariamente aos seus irmãos mais velhos), conduziram à limitação dos seus poderes perante a Igreja e a Nobreza (os chamados Barões), pela Magna Carta já supra aludida. Deste primeiro documento de natureza constitucional, nasceu o *Common Council* (na sua versão de 1215 – art. 61.<sup>o</sup>), mais tarde denominada *Great Council*, que pode ser visto como a raiz do parlamentarismo inglês. O Conselho Comum, composto pela nobreza mais poderosa, era responsável por emitir pareceres em matéria de impostos face à *Cúria Regis*, composto pelos conselheiros directos do rei. A *Cúria Regis*, por sua vez, pode ser visto como o precedente do Governo ou poder executivo.

Por sua vez, a importância política do *Common Law* mesmo quando vista de uma perspectiva de direito privado, não pode ser melhor ilustrada, conforme nos ensinam Zweigert e Kötz<sup>18</sup>, do que nos turbulentos anos dos períodos dos Tudor e dos Stuarts nos séculos XVI e XVII, e que culminou com o *Glorious Revolution* de 1688 (recorde-se que o *Leviathan* de Hobbes é publicado em 1651 e o *Two Treatise on Government* de John Locke é publicado em 1689).

Este período foi de grande tensão, além do mais, entre o Parlamento (formado a partir da Magna Carta e do costume - o Parlamento reunia já em 1295 com os três estados: clero, senhores e comuns<sup>19</sup>) e os reis, que lutavam por uma monarquia absoluta. Foi este o único período onde o *Common Law* sofreu uma real ameaça por parte da alternativa do Direito Romano, que servia melhor, com a sua concepção imperativa de Lei – identificação da lei com a vontade do soberano –, os interesses de um absolutismo.

Contudo, foi o parlamentarismo, que contou entre as suas fileiras com o grande jurista inglês Edward Coke (1552-1634), que saiu vencedora da crise, juntamente com o *Common Law*: “The Common Law became a mighty weapon in the hands of the Parliamentary party in the struggle against the absolutist prerogatives of the King (...) Ever since then, Englishmen have thought of the Common Law as being the essential *guarantee of freedom*, serving to protect the citizen against the arbitrary inroads of absolute authority, a function which on the Continent is performed by the *Constitution*.”<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Cfr. Id., p. 201-202.

<sup>19</sup> Cfr. MARCELLO CAETANO, I MANUAL DE CIÊNCIA POLITICA E DIREITO CONSTITUCIONAL 51 (6.<sup>a</sup> ed. rev. e ampliada por Miguel Galvão Teles, Almedina 2009).

<sup>20</sup> KONRAD ZWIEGERT e HEIN KÖTZ, supra nota 1, p. 202.

A revolução de 1688, para além de depor o último soberano da dinastia dos Stuarts, Jaime II – último rei católico de Inglaterra –, negou o direito divino dos reis e invocou a existência de um pacto entre a Nação e o Soberano com a aclamação do *Bill of Rights*. Como nos ensinou Marcello Caetano: “Este *bill* enumera uma série de actos que o Rei não pode cometer por serem ilegais, o que significa que o Rei está submetido ao Direito resultante do costume sancionado pelos tribunais, o Direito Comum (Common Law) aplicável a todos os ingleses, rei ou súbdito, servidor da Coroa ou particular, militar ou civil, de qualquer parte da Grã-Bretanha.”<sup>21</sup>.

O sistema inglês, portanto, não apresentou um ambiente minimamente favorável a qualquer pensamento sistematizador racional do seu sistema jurídico-político, servindo o pensamento próprio do *Common Law*, com a sua análise do particular, para sedimentar conquistas sucessivas expressas em pactos ou contratos entre poderes de facto, em vez de construir, como se verá no sistema francês, possíveis modelos societários para o futuro. Assim se explica, de algum modo, que os grandes momentos políticos em Inglaterra, como a Magna Carta de 1215, os eventos do século XVI e XVII e, mais tarde, o período democrático, façam todos parte do mesmo sistema constitucional histórico.

Esta manutenção das três formas de governo: Monárquico, Aristocrático e Democrático, conduz ao que Jorge Miranda denomina de sobreposição institucional: “Por sobreposição institucional designamos o fenómeno que consiste em instituições de natureza completamente diversa coexistirem e interpenetrarem-se através dos tempos e, mesmo em épocas de colisão, em não tenderem a destruir-se ou a substituir-se umas às outras (como aconteceria no Continente europeu), mas apenas a definir novas funções e um novo equilíbrio.”<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> MARCELLO CAETANO, *supra* nota 19, p. 47.

<sup>22</sup> JORGE MIRANDA, *supra* nota 6, p. 120.

#### IV. A família francesa: Nação, Poder constituinte e o Sujeito Jurídico Universal

*A arte está em nós, nela, a especulação, a combinação e a operação também nos pertencem; ora, de todas as artes, a primeira é, sem dúvida, a que se ocupa em ordenar os homens entre si com base num plano que seja o mais favorável a todos. E pergunto: será preciso tomar aqui por guia os factos, à maneira dos físicos? Qual deve ser a verdadeira ciência: a dos factos ou a dos princípios?*

Emmanuel Joseph Sieyès, *Observações sobre os meios de execução de que poderão dispor os representantes da França em 1789*

Se podemos dizer que o constitucionalismo inglês se insere no modo de pensamento próprio do *Common Law*, produzindo um direito público pela acumulação sucessivas (diacrónica) de lições de facto aprendidas no passado e sedimentadas juridicamente em pactos ou contratos celebrados entre determinados sujeitos empíricos no jogo do poder – primeiramente os barões perante o rei, firmando-se a *Magna Carta*, e, seguidamente, os parlamentaristas perante o rei, donde surge o *Bill of Rights* –, o constitucionalismo francês não podia estar mais em oposição com tal continuidade histórica e empirista.

Note-se, por sua vez, que se a Constituição americana de 1787 precedeu a Constituição originária francesa de 1791, e inclusive, influenciou esta, as duas constituições partem de realidades e concepções perfeitamente distintas. Pode-se dizer que a primeira, continuando um modo de pensamento de tipo inglês, é fruto da **necessidade histórica** de unir os colonos dos diversos “Estados” num território imenso, totalmente estranho e ainda grandemente por ocupar, sendo certo que vencida a independência face à Grã-Bretanha, era como se a ordem social fosse igualmente pura ou pelo menos sem a estabilidade naturalizada das três ordens existentes na velha Europa com todo o seu sistema de privilégios e hierarquias centenárias.

Nas palavras de Marcello Caetano, “O caso Francês é completamente diferente. No final do século XVIII o movimento iluminista, cujo instrumento mais eficaz foi a Enciclopédia, espalhou a doutrina de que nos séculos anteriores o obscurantismo havia acumulado um acervo de erros grosseiros na forma de governar os povos, por efeito de uma prática rotineira. Ora a essa época de

ignorância sucedia desde então a era da Ciência, «o século das luzes», e tornava-se mester fazer tábua rasa do passado para deixar que a razão humana, esclarecida pelos novos conhecimentos, traçasse as regras adequadas à sociedade política ideal onde os homens encontrassem a felicidade.”<sup>23</sup>.

O constitucionalismo moderno do modelo francês nasce, portanto, imbuído de uma ideia geral projectante, é a criação de um novo regime de enunciação de leis que pressupõe um novo sujeito de enunciação, a Nação. Diremos, por isso, que a Constituição francesa nasce não da necessidade histórica, mas sim de um acto de **liberdade**<sup>24</sup>, liberdade esta que foi posta em movimento de forma prática, em vésperas da Revolução Francesa, como se sabe, pelo Abade Emmanuel Joseph Sieyes, fazendo nascer uma teoria completa e consistente do Estado e de direito constitucional até então inexistente<sup>25</sup>.

Sieyes perguntará, antes de tudo, o que é uma nação? – O que é o terceiro estado? –, para responder “(u)m corpo de associados que vivem segundo uma lei comum e são representados pela mesma legislatura.”<sup>26</sup>, para daí retirar, deste princípio geral, um **princípio de exclusão** de todos que não está submetidos à mesma lei comum: “Todo aquele que é privilegiado pela lei, seja de que forma for, sai da ordem comum, constitui uma excepção à lei comum, e, conseqüentemente, não pertence ao terceiro estado.”<sup>27</sup>.

Mas como se constituirá essa lei comum a que se submete livremente o povo ou ecoando a pergunta de Rousseau: “Como poderá uma multidão cega, que muitas vezes não sabe o que quer, porque raramente sabe o que lhe convém, executar por si mesma tão grande empresa, um tão difícil empreendimento como é um sistema legal?”<sup>28</sup>.

As dificuldades do passo incomensurável que é a constituição de um corpo político já se faziam pressentir, além do mais, em Rousseau que os resolve, como se sabe através da reelaboração do antigo conceito de contrato social: «Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja

---

<sup>23</sup> MARCELLO CAETANO, supra nota 19, p. 92.

<sup>24</sup> Entendemos esta liberdade na esteira da “liberdade dos antigos”, nas conhecidas expressões de Benjamin Constant (*De la Liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*), ou seja, a participação activa no poder político, contraposto à denominada “liberdade dos modernos” ou a liberdade privada característica do pensamento liberal: in BENJAMIN CONSTANT, *ÉCRITS POLITIQUES* 589 (Éditions Gallimard 1997).

<sup>25</sup> Cfr. José Gil, Introdução, in SIEYES, O QUE É O TERCEIRO ESTADO? (trad. Teresa Meneses, Círculo de Leitores e Temas e Debates 2008).

<sup>26</sup> SIEYES, supra nota 25, p. 78.

<sup>27</sup> Id., p. 82.

<sup>28</sup> ROUSSEAU, O CONTRATO SOCIAL (Manuscrito de Genebra) 45 (trad. Manuel João Pires, Círculo de Leitores e Temas e Debates 2008). Tal como nos ensina João Lopes Alves, na introdução a este livro de Rosseau: “Mencione-se ainda que, ao falar de leis neste contexto, Rousseau tem em mente apenas as leis gerais *básicas* do Estado, *grosso modo*, a região do direito a que chamamos hoje direito constitucional, legitimado pelo pressuposto hipotético do pacto fundamental.” (p. 22).

com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado e pela qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça, contudo, senão a si mesmo e permaneça tão livre como antes.» É este o problema fundamental de que o contrato social dá a solução.”<sup>29</sup>.

Mas como é que o povo dará a si próprio, na prática, um novo momento fundador, sem cair, portanto, num consentimento tácito provindo de gerações imemoriais à maneira inglesa?

Aos problemas vislumbrados na obra de Rousseau, Sieyes responderá, desligando-se da tradição contratualista, com um novo conceito, o de *pouvoir constituant*, **o poder constituinte**. Este conceito, porque é de um conceito que se trata, é misterioso porque complexo, difícil de ser expresso na sua extrema vitalidade e até, quando compreendido, inspirador de um certo temor: “Como é que é possível imaginar que um corpo constituído possa decidir a sua constituição?”<sup>30</sup>. Este constituir de uma coisa já constituída é, portanto, um paradoxo lógico que é necessário, antes de mais, solucionar conceptualmente.

O poder constituinte pretende, pois, responder à questão de **quem pode criar a Lei**, mas primeiramente tem de perceber como o corpo político, já existente, se poderá constituir-se a si próprio. Poderemos, assim, ver o poder constituinte de Sieyes como o momento em que a nação se gera como sujeito jurídico-político, encontrando-se a si própria num espelho temporal profético ou numa auto-reflexão.

Nesse espelho, tem de se deliberar e decidir independentemente de qualquer forma ou sequer contrato: mantemo-nos passivamente como estamos, sujeitos destes poderes que nos são estranhos, servos de ordens externas (nobreza e clero), que não partilham do nosso **interesse** porque irremediavelmente outros devido aos seus privilégios? Ou assumimos activamente as rédeas do “nosso” destino?

O poder constituinte representa, portanto, o momento do evento, de uma singularidade criativa. É uma ruptura com a Ordem (social e histórica), mas mais importante é a ruptura do próprio Tempo. Sem qualquer pretensão de continuidade histórica, é quando o tempo se divide, qual *cogito* cartesiano, em antes e depois, tendo como momento determinante o presente. Daí derivam as dificuldades do próprio Sieyes, em vésperas da Revolução Francesa, em exprimir este momento “sem forma”, onde se pressente uma nação ainda apenas virtual mas prestes a ser realizada “num primeiro acto de vontade, independente de toda e qualquer forma”<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Id., p. 23.

<sup>30</sup> SIEYES, supra nota 25, p. 142.

<sup>31</sup> Id., p. 141.

Para compreender, portanto, este conceito será necessário sentir um pouco a época onde ele é fabricado, donde é produzido, diríamos, convocando uma imagética Nietzscheana, como que por um ferreiro conceptual: à martelada. Daí, primeiramente a pergunta: quem é este “nosso”, este nós, quem é o terceiro estado? Quem é este **sujeito** que pode e deve falar?

É certo que a nação tem uma base social e histórica, uma base empírica: o conjunto dos trabalhos necessários à subsistência da nação, enunciados logo no primeiro capítulo do texto fundador de Sieyès. Mas tal substrato histórico-social não basta, é necessário constituir-se um corpo político sobre o corpo histórico, é preciso um poder constituinte que sobre determine a própria história, num acto de liberdade.

Deste conceito de poder constituinte, nascerá, por sua vez, um instituto político inexistente até tal momento: a **Assembleia Constituinte**, esse corpo de representantes extraordinários que irá regulamentar a constituição da Assembleia Nacional, um corpo que “substitui a nação na sua *independência* de todas as formas constitucionais.”<sup>32</sup>. Esta representação extraordinária não se parecerá nada com a legislatura ordinária, pois que esta apenas pode “movimentar-se segundo as formas e as condições que lhe são impostas.”<sup>33</sup>.

Sieyès contorna, assim, o problema da democracia directa colocado por Rousseau, formulando um conceito inovador de representação que permite, na prática, a participação activa de uma força colectiva geral, segundo uma prévia **regra da maioria**<sup>34</sup>. Este princípio da maioria é ainda hoje pressuposto pela Teoria da Democracia. Como nos ensina o importante politólogo norte-americano Robert Dahl, “of course virtually everyone assumes that democracy requires majority rule”.

É aqui, precisamente, na regra da maioria pressuposta pela própria democracia, que se vislumbra uma das maiores fragilidades do modelo transcendental francês, neste seu momento fundador, o problema da protecção das minorias. Com efeito, a regra da maioria elimina, por si só, no seu movimento excludente radical, toda e qualquer diferença: “Em política, é a mistura, é a confusão dos poderes que torna sempre impossível o estabelecimento da ordem social sobre a terra.

---

<sup>32</sup> Id., p. 143.

<sup>33</sup> Ibidem.

<sup>34</sup> Como nos relata Sieyès, na sua indignação contra a distribuição oligárquica do poder no *Ancien Regime*, expressa nas Assembleias Provinciais, o número total dos nobres e do clero, não chegaria a 200 mil pessoas, contra mais de 25 milhões de comuns. Ora, sendo os votos contados não por “cabeças” mas sim por ordens, e existindo duas ordens interessadas na conservação de privilégios, facilmente se compreende a importância, em vésperas da Revolução Francesa, da regra da maioria.

Quando quisermos separar o que deve ser diferente, conseguiremos resolver o grande problema de uma sociedade humana”<sup>35</sup>.

O modelo transcendental francês, na sua liberdade e independência do empírico e do particular, com toda a sua beleza abstracta, contém em si o terror das minorias que apenas passados cerca de 150 anos será temperado pela efectiva instituição da fiscalização da constitucionalidade exercida por tribunais constitucionais. Como nos ensina, pois, prudentemente, Jorge Miranda, a regra da maioria e o pensamento geral e transcendental ora em análise, tem de ser temperado com o pensamento particular próprio do poder judicial<sup>36</sup>.

Mas voltemos a esta bela máquina abstracta fabricada por Sieyes, em vésperas de revolução. O poder constituinte com a sua representação extraordinária, apresenta-se como um momento único e irrepetível da vontade geral, é a constituição de um novo lugar de enunciação de si para si (prefigurando a identificação da nação com o Estado). Daqui nasce um sujeito jurídico universal, a quem se permite falar, no puro movimento livre de si próprio, liberto dos constrangimentos históricos, palavras de uma Declaração Universal de direitos da humanidade em geral (como se sabe, a “Declaração Universal dos Direitos do Cidadão e do Homem” é da autoria do próprio Sieyes).

Perguntar-se-á, donde nascem estes conceitos, estes institutos políticos novos, esta nova forma de enunciação, da história? Dos ensinamentos provindos da Inglaterra? A resposta só poderá ser negativa, o próprio Sieyes, no mesmo ensaio crítica o sistema inglês da seguinte forma: “Não nego que a constituição inglesa seja impressionante para o tempo em que foi instituída. No entanto, e apesar de todos estarem prontos a rir-se de um francês que não se curve diante dela, eu ousaria dizer que em vez de aí ver a simplicidade da boa ordem, apenas vejo uma admirável pirâmide de precauções contra a desordem.”<sup>37</sup>.

Se a Magna Carta pode ser descrita como o momento constitucional inglês fundador, num pacto entre barões e rei (de que mais tarde, outras classes ou grupos, por ex. o movimento dos *Levellers*, se tentarão apropriar, como símbolo da limitação dos poderes dos governantes), o momento fundador do constitucionalismo francês, é a criação de um novo sujeito, e, conseqüentemente, de um novo lugar de enunciação.

---

<sup>35</sup> SIEYES, supra nota 25, p. 149.

<sup>36</sup> JORGE MIRANDA, VI MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL 132-133 (3.<sup>a</sup> ed. rev. e actualizada, Coimbra Editora 2008).

<sup>37</sup> SIEYES, supra nota 25, p. 130.

Recorde-se ainda, na comparação do sistema inglês com o sistema francês, as inúmeras controvérsias inglesas sobre o valor da própria Magna Carta, sobre a extensão da sua coercibilidade perante o rei e o parlamento, e ganha a supremacia pelo parlamento, sobre a possibilidade ou não da sua revogação por esta mesma entidade soberana, controvérsias que perduraram até meados do século XIX, para compreendermos as dificuldades sentidas no próprio sistema inglês em torno de problemáticas solucionadas pelo aparelho conceptual de Sieyes ou na máquina abstracta por este montada, em especial na sua teoria da constituição, da representação, e do Estado.

Dir-se-ia, num tom de imperativismo legal, de certo modo com aproximações ao decisionismo schmitteano (a influência de Sieyes sobre o pensamento de Carl Schmitt é por este assumida expressamente), ou até à *Grundnorm* de Kelsen, que o poder constituinte é o momento da própria criação, não a partir do zero, mas do Uno, na individuação (e totalização estatal?) desse Povo que ganha voz falando uma linguagem de um querer universal.

É, portanto, desta Ideia que nasce o Constitucionalismo continental juntamente com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Uma ideia perfeitamente incompatível com uma perspectiva puramente empirista, neste caso, jurídico-política inglesa. A família francesa nasce de um desejo de projectar uma sociedade geral totalmente nova num futuro realizável no presente e tornada possível pelo evento revolucionário, proclamando-se um novo início do Tempo: Numa Constituição do ano I (de 1791) em simultâneo com uma Declaração do Sujeito Jurídico Universal.

É, pois, em França, que se abre todo um novo mundo, criado qual artista, não a partir de experiências, mas a partir de princípios, numa *praxis* que gera uma nova *poiesis* política. Este não é o mundo novo das Américas, ainda por explorar de facto, e, por isso, exige um diferente poder constituinte, uma vontade que livremente se determina a si próprio, num duplo movimento, libertando-se dos preconceitos e cadáveres esquisitos que assomam o presente, *le cadavre exquis*, como dirão 150 anos mais tarde os surrealistas franceses, para se projectar num futuro inflectido.

Poder-se-ia talvez dizer que o texto de Sieyes não foi escrito pelo Abade Sieyes<sup>38</sup>, mas por esse eu comum, essa identidade nova, a nação, ou melhor, pelas forças pré-individuais que o tomaram e possuíram num movimento livre de constrangimentos externos, livre da servidão,

---

<sup>38</sup> É sabido que o texto de Sieyes em referência, ultrapassou em muito as intenções do autor, defensor da Monarquia Constitucional, tendo assumido o carácter de um “manifesto” revolucionário. Poder-se-ia, pois, perguntar, na esteira do conhecido texto de Michel Foucault: *O que é um autor?*

constituindo-se no poder de falar o Poder, em suma, poder constituinte: “2. O que tem sido ele [o terceiro estado] até agora, na ordem política? Nada. 3. O que é que pede? Vir a ser alguma coisa.”<sup>39</sup>.

Esta ideia do poder constituinte, ecoará, desde então, universalmente, em todos os momentos singulares de libertação, desde os movimentos revolucionários socialistas, passando pelos movimentos de auto-determinação dos povos colonizados, até à terceira vaga da democratização que se inicia com a Revolução dos Cravos em 1974.

Neste novo mundo conceptual não existe pacto possível entre três ordens empíricas ou grupos de interesses que procuram entre si um equilíbrio como em Locke ou Montesquieu, procurando na melhor das hipóteses, nos dizeres de Bentham: “a maior felicidade para o maior número”<sup>40</sup>. Este modo de enunciação específico admite apenas uma coisa, a lei como vontade geral, de todos em abstracto e de ninguém em particular. Esta concepção de Lei ou este modo de pensamento, estabelece, a partir de um lugar transcendental, colocada sobre os sujeitos empíricos, uma lei como centro de gravidade de uma igualdade imaginária.

## V. Bibliografia

Jeremy Bentham, Cartas *in* Maria Helena Carvalho dos Santos, “A maior felicidade do maior número” Bentham e a Constituição Portuguesa de 1822, I O LIBERALISMO NA PENÍNSULA IBÉRICA NA PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XIX 91 (coord. Miriam Halpern Pereira et al., Sá da Costa Ed. 1982)

MARCELLO CAETANO, I MANUAL DE CIÊNCIA POLITICA E DIREITO CONSTITUCIONAL (6.<sup>a</sup> ed. rev. e ampliada por Miguel Galvão Teles, Almedina 2009)

J.J. GOMES CANOTILHO, DIREITO CONSTITUCIONAL (7.<sup>a</sup> ed., Almedina 2003)

BENJAMIN CONSTANT, ÉCRITS POLITIQUES (Éditions Gallimard 1997)

ROBERT A. DAHL, DEMOCRACY AND ITS CRITICS (Yale University Press, 1989)

MICHEL FOUCAULT, A ORDEM DO DISCURSO – AULA INAUGURAL NO COLLÈGE DE FRANCE, PRONUNCIADA EM 2 DE DEZEMBRO DE 1970 (trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio rev. por Nuno Nabais, Relógio D’Água 1997)

---

<sup>39</sup> SIEYES, supra nota 25, p. 73.

<sup>40</sup> Jeremy Bentham, Cartas *in* Maria Helena Carvalho dos Santos, “A maior felicidade do maior número” Bentham e a Constituição Portuguesa de 1822, *in* I O LIBERALISMO NA PENÍNSULA IBÉRICA NA PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XIX 91 (coord. Miriam Halpern Pereira et al., Sá da Costa Ed. 1982).

JOHN LOCKE, DOIS TRATADOS DO GOVERNO CIVIL (trad. Miguel Morgado, Edições 70 2006)

JORGE MIRANDA, I MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL (8.<sup>a</sup> ed. rev. e actualizada, Coimbra Editora 2009)

JORGE MIRANDA, VI MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL (3.<sup>a</sup> ed. rev. e actualizada, Coimbra Editora 2008)

MONTESQUIEU, O ESPÍRITO DAS LEIS (trad. Cristina Murachco, 3.<sup>a</sup> ed., Martins Fontes 2005)

JEAN-JACQUES ROUSSEAU, O CONTRATO SOCIAL (trad. Leonardo Manuel Pereira Brum, 5.<sup>a</sup> ed., Europa-América 2003)

ROUSSEAU, O CONTRATO SOCIAL (Manuscrito de Genebra) (trad. Manuel João Pires, Círculo de Leitores e Temas e Debates 2008)

G. Sawer, *The Western Conception of Law*, in II THE LEGAL SYSTEMS OF THE WORLD – THEIR COMPARISON AND UNIFICATION 14 (coord. ed. René David, Mouton and J.C.B. Mohr [Paul Siebeck] 1975)

SIEYES, O QUE É O TERCEIRO ESTADO? (trad. Teresa Meneses, Círculo de Leitores e Temas e Debates 2008)

Emmanuel Joseph Sieyes, *Observação sobre os meios de execução de que poderão dispor os representantes da França em 1789*, REPRESENTAÇÃO POLÍTICA – TEXTOS CLÁSSICOS 65 (coord. Diogo Pires Aurélio, trad. João Tiago Proença, Livros Horizonte 2009)

Michael Stolleis, *Concepts, models and traditions of a comparative European constitutional history*, IV.6 THEMIS 155 (Almedina, 2003)

KONRAD ZWEIGERT E HEIN KÖTZ, INTRODUCTION TO COMPARATIVE LAW (trad. Tony Weir, 2.<sup>a</sup> ed. rev., Claredon Press 1987)