



Passagens. Revista Internacional de História Política
e Cultura Jurídica
ISSN: 1984-2503
historiadodireito@historia.uff.br
Universidade Federal Fluminense
Brasil

As leis fundamentais no Antigo Regime e a expressão de uma nova qualidade jurídica no Direito

Pereira, Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva

As leis fundamentais no Antigo Regime e a expressão de uma nova qualidade jurídica no Direito
Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, vol. 10, núm. 2, 2018
Universidade Federal Fluminense, Brasil

Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337355947006>

DOI: <https://doi.org/10.15175/1984-2503-201810205>

Universidade Federal Fluminense

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

As leis fundamentais no Antigo Regime e a expressão de uma nova qualidade jurídica no Direito

Las leyes fundamentales en el Antiguo Régimen y la expresión de una nueva calidad jurídica en derecho

Fundamental laws in the Ancien Régime and the expression of a new type of legal culture

Les lois fondamentales de l'Ancien Régime et l'expression d'une nouvelle qualité juridique dans le droit

旧制度的基本法所产生的新的司法特质

*Fabírcia Helena Linhares Coelho da Silva Pereira **

Universidade Federal do Ceará, Brasil

fabriciahc@gmail.com

 <http://orcid.org/0000-0002-4133-5961>

DOI: <https://doi.org/10.15175/1984-2503-201810205>

Redalyc: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337355947006>

Recepção: 03 Agosto 2017

Aprovação: 14 Março 2018

RESUMO:

O Direito produzido no âmbito da estrutura das sociedades do Antigo Regime representou uma nova qualidade na cultura jurídica desse período histórico. Partindo da indeterminação típica da estrutura do direito comum, os aspectos e as características da produção jurídica no Antigo Regime nos indicam como aquela comunidade plural formulava suas relações contratuais com o soberano. Essa nova qualidade jurídica, notadamente seu caráter contratual, foi base para a formação posterior do conceito de Constituição moderna, razão pelo qual se reveste de importância o estudo das normas de Direito Público no Antigo Regime. Assim, examinar-se-ão neste trabalho as características dos documentos escritos ou não, chamados de leis fundamentais, produzidos no Sacro Império Romano de Nação Germânica e nos Reinos da França e da Inglaterra dos séculos XVI, XVII e XVIII. A partir de estudo exploratório e descritivo, com base em uma pesquisa bibliográfica nacional e internacional de História do Direito, notadamente em obras que buscam a identidade da produção normativa do Antigo Regime, analisa-se a relação pactual das sociedades alemã, inglesa e francesa dos séculos XVI, XVII e XVIII com o soberano a partir da produção jurídica, especialmente na transição da Idade Média para Idade Moderna.

PALAVRAS-CHAVE: Antigo Regime, Leis Fundamentais, História do Direito.

RESUMEN:

El derecho desarrollado en el marco de la estructura de las sociedades del Antiguo Régimen representó una nueva calidad en la cultura jurídica de ese período histórico. Partiendo de la indeterminación típica de la estructura del derecho común, los aspectos y las características de la producción jurídica en el Antiguo Régimen nos indican la forma en que aquella comunidad plural formulaba sus relaciones contractuales con el soberano. Esta nueva calidad jurídica, y en concreto su carácter contractual, asentó las bases para la posterior formación del concepto de constitución moderna, razón por la cual adquiere tanta importancia el estudio de las normas de derecho público en el Antiguo Régimen. En este trabajo, destacamos las características de los documentos, escritos o no, calificados como leyes fundamentales generados durante el Sacro Imperio Romano Germánico y en los Reinos de Francia y de Inglaterra entre los siglos XVI y XVIII. Analizamos el pacto político de las sociedades alemana, inglesa y francesa con el soberano a partir de la producción jurídica, especialmente en la transición de la Edad Media a la Edad Moderna. Realizamos un estudio exploratorio y descriptivo que se fundamenta en la investigación bibliográfica de la historia del derecho, sobre todo en obras que buscan definir la identidad de la producción normativa del Antiguo Régimen.

PALABRAS CLAVE: Antiguo Régimen, leyes fundamentales, historia del derecho.

ABSTRACT:

AUTOR NOTES

- * Servidora do Ministério Público Federal. Mestranda em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. E-mail: fabriciahc@gmail.com. Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-4133-5961>.

Law produced within the structure of the societies of the Ancien Régime represented a new facet of legal culture in this historical period. In light of the typically indeterminate nature of common law, the features and characteristics of legal output in the Ancien Régime reveal how this plural community shaped its contractual relations with the sovereign. The fact that this new legal quality – notably contractual in character – was the basis for the later development of the concept of the modern constitution, demonstrates the importance of studying the norms of Public Law in the Ancien Régime. In this work we highlight the characteristics of documents, whether written or not, known as fundamental laws, produced in the Holy Roman Empire and in the Kingdoms of France and England from the sixteenth to the eighteenth century. We analyze the political pact between German, English, and French societies with the sovereign based on legal output, particularly in the transition from the Middle Ages to the early modern period. We also undertake an exploratory and descriptive study based on bibliographic research into the History of Law, notably into works seeking to characterize legislative production in the Ancien Régime.

KEYWORDS: Ancien Régime, fundamental laws, History of Law.

RÉSUMÉ:

Le Droit produit dans le cadre de la structure des sociétés de l’Ancien Régime a représenté une nouvelle qualité dans la culture juridique de cette période historique. En partant de l’indétermination typique de la structure du droit commun, les aspects et les caractéristiques de la production juridique sous l’Ancien Régime nous indiquent de quelle manière cette communauté plurielle formulait ses rapports contractuels avec le souverain. Cette nouvelle qualité juridique, et notamment son caractère contractuel, a été la base de la formation postérieure du concept de Constitution moderne, raison pour laquelle l’étude des normes de Droit public sous l’Ancien Régime revêt une importance particulière. Dans ce travail, nous voulons souligner les caractéristiques des documents, écrits ou non, baptisés de lois fondamentales et produits par le Saint-Empire romain germanique et les royaumes de France et d’Angleterre entre les XVI^e et XVIII^e siècles. Nous analyserons le pacte politique des sociétés allemande, française et anglaise avec le souverain à partir de la production juridique, principalement lors de la transition entre Moyen-Âge et l’Époque moderne. Nous avons ainsi mené une étude exploratoire et descriptive sur la base d’une recherche bibliographique de l’Histoire du Droit, et notamment d’œuvres en quête de l’identité de la production normative de l’Ancien Régime.

MOTS CLÉS: Ancien Régime, lois fondamentales, Histoire du Droit.

摘要:

在旧制度(antigo regime)的社会结构内产生的法律体现了这一历史时期司法文化的新特质。由于普通法的结构性不确定性,旧制度的司法界的多种实践向我们展示了这个多元共同体是如何与君主主权订立契约关系的。这种新的司法特征,特别是其契约性质,是后来形成现代宪法概念的基础,这也是我们研究旧制度的公法条例的重要原因。在本篇文章中,我们分析16-18世纪期间在神圣罗马帝国,法国和英国的一些成文的或者不成文的基本法的一些显著特征。研究了德国,英国和法国从中世纪过渡到现代时期的司法实践中,社会力量 and 君主之间所形成的政治契约。我们对法制史的相关文献进行了一次探索性和描述性研究,特别注重研究旧制度的基本法的特点,其订立过程,和司法实践。

關鍵詞: 旧制度,基本法,法制史。

INTRODUÇÃO

O período político, econômico e social vivido na Europa durante os séculos XVI, XVII e XVIII convencionou-se chamar de Antigo Regime. Tão importante quanto entender as nuances políticas e sociais daquele momento histórico, é identificar como se produzia e se utilizava o Direito. A razão de se entender a importância do Direito nesse período está no fato de que no sistema jurídico do Antigo Regime, segundo a análise de Hespanha, “a autonomia de um direito não decorria principalmente da existência de leis próprias, mas, muito mais, da capacidade de preencher os espaços jurídicos de abertura ou indeterminação existentes na própria estrutura do direito comum” (HESPANHA, 2006, p. 95).

É exatamente desse fato que decorre uma necessária observação sobre a capacidade de o direito produzido no Antigo Regime ser autônomo e dotado de características particulares que lhe diferenciavam do direito de outros períodos da formação política na História e refletiam o modo como aquela comunidade (aristocrata e burguesa) resolvia suas relações com o Soberano.

Em outras palavras, fundamental é entender a forma particular e autônoma como cada povo se organizava juridicamente, superando espaço de indefinições do direito comum, inclusive por meio de documentos

escritos de natureza contratual com o soberano, os quais deram nova qualidade jurídica ao direito daquele período histórico.

A pesquisa apresentada a seguir nos auxiliará a identificar como aquela forma de se organizar socialmente determinava o entender jurídico, sabendo-se assim qual herança aquele período deixou para os subsequentes no valor dado à lei fundamental. E ainda entender o papel da Constituição como fruto dessas organizações. A ideia de Constituição como padrões de organização e comportamento que resolviam conflitos por serem reiteradamente aplicados já estava presente na Idade Média, em que pese o senso comum nos tentar a crer que não (DALLARI, 2013, p. 172).

Entender os conflitos históricos e como as instituições os resolviam a partir de padrões expressos em leis fundamentais nos demonstra que o conhecimento histórico no direito se reveste de alta importância. Nesse passo, segundo Foucault (2015, p. 266), “só os conteúdos históricos podem permitir encontrar a clivagem dos confrontos, das lutas que as organizações funcionais ou sistemáticas têm por objetivo mascarar”.

Utiliza-se neste trabalho de uma pesquisa bibliográfica em História do Direito, notadamente nas fontes que buscam a identidade da produção normativa do Antigo Regime e a cotejam com a relação entre o soberano e a sociedade, concentrando-se essa abordagem na natureza contratual desse vínculo, que, inclusive, foi extensivo às constituições modernas. Outrossim, analisando o fenômeno sob uma perspectiva exploratória e descritiva, buscou-se identificar a real função da lei fundamental (ou da *Verfassung*) no Direito nas sociedades alemã, inglesa e francesa dos séculos XVI, XVII e XVIII, período marcado pelo Antigo Regime e pela transição da Idade Média para Idade Moderna, abordando inclusive os pontos de semelhança e de diferença da lei fundamental no Sacro Império Romano de Nação Germânica e nos Reinos da França e da Inglaterra, e como esses aspectos foram ponte para o surgimento das Constituições Liberais.

A REGULAMENTAÇÃO DE MONARQUIAS ABSOLUTAS

Se as monarquias já eram regulamentadas, ou pelo menos tinham esboçadas suas concepções, por um direito costumeiro, viu-se crescer durante os séculos XVI e XVII, especialmente na França (SEELAENDER, 2009, p. 1), mas também no Império Romano Germânico e na Inglaterra, o conceito de lei fundamental.

A convivência de povos com culturas tão diferentes (celtas, *vikings*, saxões, germânicos) no mesmo espaço demandou a existência de regras de comportamento superiores e permanentes, a todos aplicável, inclusive ao soberano (DALLARI, 2013, p. 64-66).

Se as monarquias estavam traçadas em um direito costumeiro e viu-se a necessidade de estabelecer leis destinadas a todos, supera-se assim uma distinção entre lei e contrato, porque a lei passa a ter cada vez mais um caráter contratual, pelo menos sob o viés do Direito público.

A estrutura dualística do poder soberano precisava de uma lei que fundamentasse esse contrato entre monarca e estamentos. Assim, a lei fundamental nascia como forma de destacar uma estrutura existente, mas com qualidade jurídica nova, em geral escrita, e que assume diversos nomes nos escritos da época: *verfassung*, *Lex fundamentalis*, *Leges fundamentales*, *fundamental laws*.

Se essas leis fundamentais se tornariam uma unidade e representariam uma qualidade jurídica ainda mais superior, ou em outras palavras, se teriam aptidão constitucional, já se adianta que tal não foi possível sempre.

Contudo, a grande importância de se analisar o Direito Público nesse período foi a possibilidade de vislumbrar, a partir da produção jurídica, “*quién es el soberano, en qué lugar y en qué sujeto está#n fundados los poderes soberanos*” (FIORAVANTI, 2000, p. 77).

Desse modo, serão detalhadas a seguir as características das leis fundamentais do Antigo Regime no Império Romano Germânico e nos Reinos da França e da Inglaterra. Será identificado ainda que cada um possuiu modos diferentes de expressar suas leis fundamentais e opções diversas de unificar suas leis fundamentais em elemento jurídico superior (uma Constituição). O ponto comum que se identifica em cada

um dos regimes estudados é o surgimento de uma nova qualidade jurídica do direito expressa nos conceitos, aplicações e funções das leis fundamentais, mesmo que em um cenário de monarquias absolutas.

O ANTIGO REGIME EM DOCUMENTOS JURÍDICOS ESCRITOS E NÃO UNIFICADOS: A “VERFASSUNG” E A LEI FUNDAMENTAL DO SACRO IMPÉRIO DE NAÇÃO GERMÂNICA

Os costumes jurídicos do Império Germânico implementaram-se em direito escrito, referido na palavra *Verfassung*, que tem qualidade semântica de redação escrita em um texto, inicialmente nos séculos XVI e XVII. Uma nova qualidade jurídica no direito foi expressa na palavra *Verfassung*, muito mais influenciadora da forma do Estado alemão que o direito romano (MOHNHAUPT; GRIMM, 2012, p. 77).

Heinz Mohnhaupt (MOHNHAUPT; GRIMM, 2012, p. 79) explica que a *Verfassung* como forma escrita seria justificada pelo significado do vocábulo *verfassen*, que é redigir, pôr em cópia. E mais:

Verfassung e *Constitutio* indicam assim a mudança qualitativa do processo da constituição/redação [*Verfassen*] ao resultado constituído/redigido [*Verfasstes*], assim como a *Constitutio* designa, com o mesmo sentido, a redação de um segmento de texto e o próprio texto jurídico. Assim os dois significados [tanto de redação do texto quanto do próprio texto jurídico] se interseccionam.

[...]

Verfassung em primeiro lugar a redação ou o resumo, em segundo lugar o que é exposto em algo, daí o conteúdo, em terceiro lugar o estado advindo por força das medidas tomadas (MOHNHAUPT; GRIMM, 2012, p. 79-82).

Pode-se dizer que a palavra *verfassung* caracterizaria um certo tipo de Constituição, mas não com a total qualidade semântica que “Constituição” adquiriu na Era Moderna após as revoluções burguesas (século XVIII para XIX), ou como foi definida na palavra *Grundgesetz* - Lei Fundamental Alemã de 1949. *Verfassung* possui característica semântica constitucional na medida em que é lei escrita, fundamento jurídico, estado e conteúdo regulamentar.

O Direito público do Sacro Império Romano de Nação Germânica vê o Estado e descreve sua condição [*Verfassung*]. A constituição do Estado nos títulos “*Statts Verfassung*” (constituição do Estado) e “*Regierungs-Verfassung*” (constituição do governo) ilustra de modo autêntico a qualidade da produção jurídica no Império, a partir do uso da palavra *verfassung* (MOHNHAUPT; GRIMM, 2012, p. 110-111).

Heiz Mohnhaupt informa, por outro lado, que no século XVI, ao começar a ser usado nos escritos na Alemanha o conceito de *lex fundamentalis*, passa a haver uma concorrência com o conceito de *Verfassung*. E ainda que opostamente ao significado não bem determinado e múltiplo de *Verfassung*, como já exposto, no século XVII, a *lex fundamentalis* possuía um conteúdo mais jurídico com relação ao Estado determinado pelo soberano e pelos estamentos (MOHNHAUPT; GRIMM, 2012, p. 96). e

Embora o conceito de lei fundamental tivesse elementos do posterior conceito moderno de constituição, é cabível perceber que “Se a constituição liberal concedia ao indivíduo direitos e garantias contra o Estado, a *lex fundamentalis* se voltava sobretudo à garantia deste e de sua forma de governo. Ela o fazia *estatizando* a Coroa” (SEELAENDER, 2009, p. 3-4).

A lei fundamental alemã referida nos escritos desse período de Antigo Regime (séculos XVII e XVIII) estava então voltada à proteção do soberano. E buscava esse objetivo por meio do estabelecimento de uma relação contratual com os súditos, vinculativa ao Príncipe e aos estamentos. Esse era o tônus social, político e jurídico da lei fundamental na relação entre o soberano do Império e os estamentos.

Seelaender (2009, p. 2-3), com base em estudos de Mohnhaupt e Grimm, e sintetizando bem que a lei fundamental possuía natureza jurídica contratual e legal e definidora das relações da época, aduz:

Superando a distinção entre lei e contrato, a lei fundamental parecia lastrear a estrutura dualística do poder político, ao mesmo tempo que salientava o caráter jurídico – e legal- da mesma estrutura.

[...]

Mesmo não tendo faltado releituras pró-absolutismo da doutrina *leges fundamentales*, o fato é que estas últimas tendiam a ser concebidas essencialmente como *limitações ao poder*, de caráter contratual. Vistas como documentos endereçados tanto ao Príncipe quanto aos estamentos politicamente organizados, tais leis se situavam em um nível mais elevado do que o das demais leis positivas humanas, inclusive no que tange à durabilidade e inquebrantabilidade. Pensava-se que o monarca não podia revogar ou modificar leis fundamentais, por testamento ou qualquer outro ato unilateral.

É exatamente a esse caráter contratual entre o Imperador e os estamentos do Sacro Império de Nação Germânica que Heinz Mohnhaupt (MOHNHAUPT; GRIMM, 2012, p. 98) atribui como o mecanismo para se alcançar um caráter vinculante das *leges fundamentales*. Entretanto, de forma crítica, previne o autor que nas origens do Direito alemão esse acordo poderia ser efetivo ou fictício. Em que pese essa advertência, assegura o autor que a construção desse caráter contratual evitou que o traço absolutista do Direito Romano de que o soberano não estava vinculado às leis, fosse aplicado às leis fundamentais, colocando em lados opostos a ação do soberano sob um viés civilista e sob um viés de Direito público (MOHNHAUPT; GRIMM, 2012, p. 98).

Ou seja, quando diante do cumprimento de uma lei fundamental, estava o Imperador a ela vinculado. Por outro lado, as leis civis não se aplicavam ao soberano e ele poderia as alterar livremente, como já era tradição do direito comum.

Essas leis fundamentais diziam respeito à organização do Império no sentido mais amplo imaginável, bem como à garantia dos direitos dos estamentos. Tal caracterizava e documentava a estrutura do Sacro Império como de um Estado estamental e as posições contratuais entre o imperador e os estamentos (MOHNHAUPT; GRIMM, 2012, p. 100).

Ou seja, o poder do imperador era legal e estava previsto nas leis fundamentais. Naquele período, as leis fundamentais diziam respeito especialmente a previsões de eleições, preocupados estavam com a estabilidade, duração e vinculação do contrato (relação) com o imperador. Percebe-se, assim, que os escritos fundamentais surgem como mecanismos de o direito prever a forma como cada povo se organizava, superando alguma indefinição deixada pelo direito comum.

Por exemplo, no Império Romano de Nação Germânica, aponta Mohnhaupt, as Convenções Eleitorais redefiniam para cada Imperador e estamentos os direitos e deveres negociados. Desse modo, o conceito de *Verfassung* ou de *Lex Fundamentales* aparece nas Convenções Eleitorais a fim de manter uma durabilidade na regulamentação daquilo que fora negociado. Assim, a Constituição alemã, pode-se dizer, era composta pelas leis fundamentais, como a Convenção Eleitoral, mas não era somente a soma das leis fundamentais escritas, considerando ainda a presença do direito consuetudinário imperial, também dotado de força normativa (MOHNHAUPT; GRIMM, 2012, p. 118-121).

Destaque-se ainda que mais uma vez essa qualidade de “Constituição”, da qual estavam dotadas as leis fundamentais, como outrora teve também a palavra *Verfassung*, não se expressou em um documento único escrito no Império germânico.

Segundo Mohnhaupt (MOHNHAUPT; GRIMM, 2012, p. 145), a função da constituição escrita não teve efetivação politicamente possível no Sacro Império Romano de Nação Germânica e nos seus territórios, ao contrário do que ocorreu na França.

O ANTIGO REGIME EM DOCUMENTOS JURÍDICOS ESCRITOS E UNIFICADOS: O “CONSTITUCIONALISMO” 1 FRANCÊS NO ANTIGO REGIME

O conceito de lei fundamental teria então partido da França, como lei essencial à fundamentação do poder real, no final do século XVI, e teria sido irradiado para outros países, em um período de clara preocupação em estabilizar monarquias. Assim, assevera Seelaender (2009, p. 1):

[...] o conceito de *loi fondamentale* representou uma importante ponte de apoio para os que se opunham à expansão do poder real ou a alguns efeitos dessa mesma expansão. Isso ocorreu em boa parte na Europa – inclusive onde as Assembleias

estamentais revelavam um maior vigor (como no Sacro-Império, na Polônia ou na Suécia antes de 1772). Usualmente associado à ideia de um pacto entre o Príncipe e tais Assembleias, tal conceito servia para delimitar esferas de poder e sobretudo para ressaltar a ilicitude da expansão do poder monárquico.

Na França, também se identificou que o poder do rei no Antigo Regime deveria não estar submetido somente às leis divinas e naturais, mas ainda às leis positivas nas quais se fundava a majestade. O conceito de *loi fondamentale* foi usado para inclusive legitimar discursos pró-absolutistas, chegando inclusive a legitimá-los, distinguindo absolutismo de tirania ou despotismo (SEELAENDER, 2006).

Igualmente na França vigorou a função da *leges fundamenteles* de limitar o poder do príncipe em virtude do caráter vinculante do contrato “celebrado” com os estamentos. Aponta Seelaender (2006, p. 206) que o Rei Luís XV dizia-se impossibilitado de alienar a Coroa por uma “feliz impotência”, decorrente das leis fundamentais.

Como não esteve caracterizado pela ação violenta dos governantes, Dallari (2013, p. 89) informa que alguns autores já consideram o absolutismo francês como parte de um sistema constitucional.

Conforme Mohnhaupt, desde 1576 aparece na França o conceito das *lois fondamentales* ao lado do conceito remoto utilizado por Jean Bodin de *leges imperii* (como a Lei Salica), que representavam os princípios relacionados com a teoria da soberania, regulamentação preservadora da ordem herdada da tradição. Ademais, as *lois fondamentales* visavam aos princípios que vinculam o soberano, nesse aspecto semelhantes às *leges imperii*, com regras jurídicas de limitação do seu poder (MOHNHAUPT; GRIMM, 2012, p. 62-63).

Dallari (2013, p. 94) aponta a participação de juristas na França na elaboração de regras que favoreciam a centralização das decisões nas mãos do monarca, mas que definiam também até onde elas poderiam ir.

Veja-se nessa construção o embrião da função constitucional de afirmação e de limitação do poder. A contribuição do absolutismo ao estilo francês adveio então dessa capacidade de organização dos conflitos entre soberano e estamentos a partir do estabelecimento de limites firmados e escritos em leis fundamentais, dotando de feições legais o poder do monarca.

Diferente, contudo, do esquema de afirmação da vontade do soberano na Inglaterra a partir da unificação de práticas costumeiras e não escritas.

O ANTIGO REGIME EM DOCUMENTOS JURÍDICOS UNIFICADOS E NÃO ESCRITOS: A UNIDADE FUNDAMENTADA EM UMA CONSTITUIÇÃO NÃO ESCRITA NA INGLATERRA

Aponta Mohnhaupt (MOHNHAUPT; GRIMM, 2012, p. 70) que as *fundamental laws* no Antigo Regime da Inglaterra foram mencionados na literatura inglesa pela primeira vez em 1596 por Francis Bacon, ligadas a *state e government* do Monarca. Identifica ainda dois traços característicos das leis fundamentais na Inglaterra, quais seja, a determinação da vinculação (ou autovinculação) do soberano a princípios ou regras jurídicas, bem como que o governo se assenta neles. O Estado do Monarca estava assim baseado nessas ideias de leis fundamentais, semelhante a existente no conceito francês de 1576 de *lois fondamentales*.

Seu conteúdo poderia se referir a leis antigas, direitos de sucessão e ainda direitos dos súditos diante das autoridades. Apresenta Mohnhaupt escrito apócrifo de 1643 do qual se retira a essência das leis fundamentais e sua relação com a Constituição na Inglaterra. Na ocasião, as leis fundamentais são apontadas como partes que compõem uma relação entre soberano e súditos. No fundo, elas são leis não escritas, embora mais firmes “do que poderia ser com pena e papel” (MOHNHAUPT; GRIMM, 2012, p. 73).

Nesse conceito, diz o autor alemão Mohnhaupt (MOHNHAUPT; GRIMM, 2012, p. 73) que, partindo de uma relação entre súditos e soberanos, não de capitulações individuais, “as <<fundamental laws>> são subsumidas a um conceito mais abrangente, <<constitution>> como singular coletivo, que é por elas ao mesmo tempo formado.” Assim, a relação entre súditos e soberano, justificada pelas leis fundamentais, constitui uma unidade superior na Inglaterra, ainda que fosse uma unidade não escrita formalmente.

Rememore-se, como foi apresentado, no Sacro Império, não foi possível uma unificação de leis fundamentais em torno do conceito de Constituição como entidade superior. É essa ausência da ideia de unidade superior no Sacro Império que nos revela a não identificação do conceito de constituição na Alemanha como documento escrito que unifica as leis fundamentais, diferente da França e da Inglaterra.

A qualidade jurídica de feição constitucional teve, inclusive na Inglaterra, uma função de freio ao poder absoluto, ainda que não tenha vindo por meio de um documento unificado escrito, como na França.

Como a característica de vinculação na Inglaterra do soberano a regras jurídicas teria ocorrido somente após um período de imposição do poder soberano com violência e coação, como apontada Dallari (2013, p. 71), não teria se verificado na prática a tendência política mais conveniente, por meio da utilização de elementos de persuasão, a fim de diminuir ou eliminar a possibilidade de revoltas, havendo, assim, uma contribuição para o avanço do constitucionalismo.

Até hoje persiste o interesse pela análise de uma Constituição na Inglaterra, em face dessa característica de constituição decorrente da relação entre reis e súditos mais firme que uma constituição escrita.

Dallari reforça que, em que pese a atribuição surgida na Inglaterra medieval de sentido jurídico à constituição formada pela síntese do direito costumeiro de um povo, há teóricos que se questionam se há constituição jurídica na Inglaterra partindo de uma análise legalista e formalista da constituição. Nessa discussão, defende Dallari (2013, p. 172), que a ideia de Constituição na Inglaterra “implica a preocupação com o respeito a regras básicas de organização política, que todos devem respeitar por serem estabelecidas e legitimadas por uma longa prática, sendo impostas coercitivamente à obediência de todos”.

A LEI FUNDAMENTAL DO ANTIGO REGIME E A CONSTITUIÇÃO LIBERAL

O conhecimento acerca do desenvolvimento do conceito de lei fundamental nos demonstra a importância da construção de um conhecimento jurídico que se preocupa com a história do direito. Se visualizarmos que a construção do conceito de leis fundamentais, em documentos unificados ou não, no Antigo Regime foi ponte para a formação do direito moderno interessado nas ações do Estado, suas tarefas e características, demonstra-se que traços dos ordenamentos jurídicos foram gerados em momentos anteriores. Ou seja, a ruptura de um momento histórico nunca é total, especialmente na ciência jurídica.

É nesse aspecto de buscar nas definições jurídicas de outros momentos históricos o entendimento do Direito no presente que Mohnhaupt (MOHNHAUPT; GRIMM, 2012, p. 14-15) aponta a conotação jurídica, social e política na atualidade da investigação dos conceitos de *Verfassung* alemã e Constituição, e embora assuma que a literatura constitucional alemã carece de conceito bem definido e amplamente aceito de *Verfassung*, identifica o emprego atual na Alemanha desse termo como “arcabouço de normas jurídicas para a coletividade organizada sob a forma de estado, fixado por escrito, legalmente vinculante e hierarquicamente superior às leis ordinárias.”

Ver nos conceitos e conteúdos das leis fundamentais do Antigo Regime uma origem das Constituições liberais é tarefa que amplia horizontes e favorece o melhor entendimento de movimentos históricos no Direito.

Não se estaria, outrossim, a colocar num mesmo conceito a Constituição do Estado Moderno e do Estado Contemporâneo com a Magna Carta inglesa, de 1215, ou o “*Edit d'Union*” francês, de 1588, ou as Convenções eleitorais do Sacro Império, do Século XVI. Estamos aqui atentos à ressalva que faz Seelaender (2006, p. 197) quando afirma que apesar de disporem de matérias que hoje seriam tidas como tipicamente constitucionais, tanto estrutura e origem, quanto finalidades últimas e importância jurídica, são diferentes.

Em que pesem essas diferenciações, pelos menos no campo da limitação do poder pelo direito positivo e da estrutura do Estado institucional, reconhece Seelaender (2009, p. 4) que a teoria das leis fundamentais prepara terreno para a concepção de Constituição liberal. Mas não se pode, outrossim, identificar no conceito de lei fundamental a existência de uma continuidade histórica linear entre *lex fundamentalis* e as constituições

liberais. Tampouco seria possível ver nessas concepções típicas dos séculos XVI, XVII e XVIII a mesma aceção atual do papel da Constituição.

Por outro lado, se fizermos comparações proporcionais poderemos identificar, como assevera Mohnhaupt (MOHNHAUPT; GRIMM; 2012, p. 19), que mesmo a codificação escrita da era iluminista (como a Constituição dos EUA de 1776 e da França de 1791) traduz um conceito de constituição com qualidades preparadas muito tempo antes.

Seelaender reconhece que a lei fundamental tinha um papel relevante no Antigo Regime, consciente de que a noção de Constituição contemporânea não se aplicava nesse período. Para ele, foi o conceito de lei fundamental que contribuiu para a estatização da Coroa e do direito e ainda que ampliou o interesse pela história do direito de cada país, além de ser referência na construção do direito público moderno (SEELAENDER, 2006, p. 197).

O objetivo de se apreender uma doutrina de *leges fundamentales*, informa o autor, é identificar conceitos de aplicação geral nos países, ou seja, supostamente universais, a despeito das circunstâncias específicas de cada um deles. É nesse caráter de universalização que o autor vê parte da origem do que posteriormente, na segunda metade do Século XVII, veio a se chamar “direito público universal” (SEELAENDER, 2006, p. 210-211).

Além da abertura para um caráter normativo universal, identifica-se que a proteção do Estado e do soberano era sustentada pelo pacto formulado com os estamentos por meio das leis fundamentais. Mais uma vez seguindo os ensinamentos de Mohnhaupt, Seelaender (2009, p. 5) esclarece que:

Vinculadas à sociedade estamental, as leis fundamentais do Antigo Regime não pressupunham certa igualdade nem refletiam preocupações com a soberania popular, com a tripartição de poderes ou com os direitos individuais. Concentravam-se, pelo contrário, na proteção do Estado e da forma de governo. Mesmo quando previam mecanismos de proteção dos governados, não o faziam reconhecendo direitos de um sujeito universal, indeterminado.

Ademais, ressalta Mohnhaupt (MOHNHAUPT; GRIMM; 2012, p. 136), que a *Constitution* [pós Antigo Regime] era fruto de uma vontade autônoma da Nação, portanto unilateral, enquanto que a lei fundamental [do Antigo Regime], como exposto inclusive pelos publicistas do Sacro Império, tinha o caráter contratual, de pacto bilateral entre o monarca e as classes estamentais.

A despeito da concepção mais ampla de Constituição como vontade da nação e de todas as questões que envolvem o Poder Constituinte, no Antigo Regime se identifica um caminho para um núcleo de fundamento do poder político, depois absorvido, em certa medida, pelas constituições do período histórico subsequente. Fioravanti (2000, p. 77) esclarece que a partir da necessidade de identificação, pelas leis fundamentais medievais, de qual seria o núcleo mais rígido e inalterável do poder político, destacando de sua natureza a força do que é acordado, começa a nascer a constituição moderna.

Dallari (2013, p. 68) aponta que o absolutismo, marcado em certo momento pela imposição da vontade arbitrária do soberano, foi sofrendo variações, não sendo abandonado de repente, mas sim por meio de uma luta prolongada e por etapas, com a superação de resistências, o que influiu sobremaneira para que o constitucionalismo seguisse diferentes caminhos a depender do momento histórico. Mas conclui igualmente que a evolução e os efeitos políticos e sociais que decorreram do absolutismo foram influenciadores do constitucionalismo, o que se aponta na natureza contratual surgida no período, vinculando o soberano às normas de Direito Público (DALLARI, 2013, p. 68).

CONCLUSÃO

As leis fundamentais tiveram no período do Antigo Regime uma função de dar nova qualidade jurídica à relação entre soberanos e estamentos sociais. Como a sociedade medieval dos séculos XVI a XVIII era marcada por relações reguladas nos costumes, a literatura jurídica da época nos demonstra que também se buscou limitar o poder do soberano através do estabelecimento de pactos contratuais com os estamentos por

meio de leis escritas, chamadas de leis fundamentais, nascendo assim um direito público, não totalmente à disposição do soberano.

Embora as leis fundamentais tivessem características diversas no Sacro Império Romano de Nação Germânica e nos Reinos da França e da Inglaterra, elas representaram uma mudança em relações despóticas e conflituosas nessas sociedades. Deram ainda abertura para o surgimento das Constituições a partir da identificação nessas leis fundamentais de uma unidade coletiva superior.

Como foi exposto, em que pese o conceito de constituição tal como veio a se desenvolver na Idade Moderna não ser conhecido na organização jurídica do Antigo Regime, o papel de destaque de carta de poderes ou de interesses, ou mesmo de pacto, estava presente nas leis fundamentais desse período. Esse conceito, conquanto tenha surgido na França do século XVI, se espalhou por escritos dos demais países, como a Alemanha e Inglaterra.

Ademais, a passagem dos conceitos de “lei fundamental” para “constituição” foi um aspecto da transição do Antigo Regime para o Liberalismo. É importante destacar, assim, que as leis fundamentais estabelecidas no período do Antigo Regime abriram caminhos para determinadas características do Direito na Idade Moderna, como o foco na regulação, pelo menos formal, das ações do Estado, e da relação deste com a sociedade.

É bem verdade que o valor dado ao Direito é diverso nesses dois momentos, pois as leis fundamentais não detinham o mesmo traço norteador e universal das Constituições modernas, no entanto, não se pode deixar de explorar o valor jurídico que as leis fundamentais do Antigo Regime, ou mesmo a *Verfassung*, tiveram na formação de uma qualidade do Direito enquanto elo entre o Estado e os estamentos, característica essa que não se perdeu e é preservada até hoje nas Constituições.

Nesse rumo, identificou-se que esse vínculo entre o soberano e a sociedade no Antigo Regime tinha natureza de pacto e serviu como mecanismo de proteção do poder político do soberano, contudo, sujeitava-o ao cumprimento de normas de Direito Público. Mesmo em regimes de monarquias absolutas, essa qualidade jurídica de pacto expressa em leis fundamentais foi caminho para a construção do cenário das constituições modernas.

Ter sido um mecanismo de abertura não nos permite crer que as leis fundamentais do Antigo Regime estavam preocupadas com questões típicas das presentes em constituições liberais, a exemplo da soberania do Estado e da garantia de direitos individuais. A natureza contratual interna (entre soberano e estamentos) das Constituições do Antigo Regime tinham como finalidade proteger o Estado e a forma de governo.

Se a história do direito se preocupa com o passado e com o presente, descrevendo e analisando-os, essa ponte entre o valor jurídico da lei fundamental no Antigo Regime e a Constituição da Idade Moderna nos revela alguma faceta que os ordenamentos atuais possuem, qual seja, de terem características já construídas desde séculos atrás, como exemplo da sujeição dos detentores de poderes políticos a algum conteúdo normativo, fortalecendo sua relação pactual com a sociedade.

REFERÊNCIAS

- DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la Antigüedad a nuestros días*. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2000.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.
- HESPANHA, António Manuel. Direito comum e direito colonial. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 3, p. 95-116, nov. 2006. Disponível em: http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_1.3_2006_63-94/125. Acesso em: 18 jul. 2017.

- MOHNHAUPT Heinz; GRIMM, Dieter. *Constituição*: história do conceito da Antiguidade aos nossos dias. Belo Horizonte: Tempus, 2012.
- SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. Notas sobre a constituição do direito público na idade moderna: a doutrina das leis fundamentais. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 27, n. 53, p. 197-232, dez. 2006. Disponível em: <http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15101/13755>. Acesso em 10 abr. 2017.
- SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Lei fundamental. Construção, funções e impactos de um conceito, do antigo regime. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n .11, jul./set. 2009.

NOTAS

- ¹ Não se estaria aqui a utilizar o termo “constitucionalismo” do Antigo Regime francês no mesmo sentido que veio a ter essa expressão a partir do final do século XVIII com as Constituições liberais. Estamos atentos ao fato de que, a despeito de disporem de matérias que hoje seriam tidas como tipicamente constitucionais, tanto estrutura e origem, quanto finalidades últimas e importância jurídica, são diferentes (v. SEELAENDER, 2006, p. 197). Embora, como se detalhará mais adiante, as leis fundamentais do Antigo Regime deixaram na sociedade europeia um caminho para a elaboração das Constituições liberais, utilizamos a expressão para destacar que as leis fundamentais do Antigo Regime francês são aquelas que mais se aproximam em forma e em conteúdo daquilo que depois veio a ser chamado de Constituição.