

# Estado, Jurisdição e Garantias.\*

Um Capítulo de História Constitucional

*Nelson Saldanha*

Professor de Teoria Geral do Estado  
da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco.

## I — Indicações iniciais

Encarado sob prisma histórico, o tema das relações entre o Estado, a jurisdição e as garantias nos leva a uma olhada sobre as origens das estruturas políticas ditas ocidentais, em geral, e basicamente sobre a imagem da atividade governamental na Idade Média, e das relações desta atividade com o que tenham sido pretensões ou experiências em matéria de delimitação de funções e de fixação de garantias pessoais.

Citarei, antes de tudo, uma passagem de CHARLES HOWARD MAC ILWAIN, para ponto de partida. Em seu livro *Constitutionalism, ancient and modern*, tratando da Inglaterra medieval, ele cita BRACTON, o grande jurista do século XIII, e sua distinção entre *gubernaculum* e *jurisdictio*. O *gubernaculum* era a esfera do poder do rei enquanto autor de atos referentes ao governo do reino — atos, no caso, inacessíveis a limitações e impassíveis de questionamento (inclusive judicial). A *jurisdictio*, esfera correspondente à competência dos tribunais, concernia ao direito (MAC ILWAIN não a define, nem cita expressamente nenhum conceito de BRACTON, fazendo só referências implícitas), o direito como ordem específica, dotado de aplicabilidade própria<sup>1</sup>.

Em página de tom conclusivo, inserta no capítulo final do livro, MAC ILWAIN tenta generalizar os conceitos, propondo que a antinomia entre *gubernaculum* e *jurisdictio* tem existido

---

1. CHARLES HOWARD MC ILWAIN, *Constitutionalism Ancient and Modern*, Cornell Univ. Press, Ithaca, Nova York 1940, pp. 79-80, 95-96, 149. Cf. trad. arg. de José Rovira Armengol, *Constitucionalismo antiguo y Moderno*, ed. Nova, Buenos Aires 1958 (provida de um "Apêndice"), p. 94-95, 111, 170.

até hoje, e que, como a *jurisdictio* é essencial para a liberdade e para o direito, o direito deve ser mantido sempre “contra a vontade arbitrária”, através de um judiciário prestigiado<sup>2</sup>. Ficariam aqui, por nossa conta, dúvidas a respeito de serem, ambos os lados, lados das “instituições políticas”, como aquele ilustre autor escreve, ou se o *político* aí estaria mais no governo, no poder, no Estado, sendo o outro lado o *jurídico*, ligado à “expressão do direito” e ao asseguramento do *status* dos destinatários das normas.

Citarei em seguida uma observação de ROSCOE POUND, em seu livro sobre o desenvolvimento das garantias. No capítulo sobre a Inglaterra medieval, ele expõe a idéia (que aliás tem ocorrido a outros autores), segundo a qual dois sistemas jurídicos fundamentais têm caracterizado o direito moderno: o do direito Romano e o do direito Inglês, sendo aquele essencialmente *administrativo* e este essencialmente *judicial*. POUND, situa, na própria experiência medieval, a pugna entre a concepção Romana do direito, autoritarista e fundada na figura do imperador *legibus solutus*, que serviu de modelo à própria Igreja e que em fim de contas consubstanciava o Estado em seu caráter incontrastável, e a concepção germânica. Citando também BRACON, POUND acentua que os germanos se fixaram no valor da comunidade e dos costumes, bem como do indivíduo e de sua liberdade<sup>3</sup>. Embora reconhecendo certas absorções conceituais existentes no medievo, inclusive a ausência de distinção entre “*imperium*” e “*domi-*

---

2. *Constitucionalismo antigo y moderno*, pp. 164-165. Estas colocações de MAC ILWAIN foram objeto de ligeiros reparos históricos por parte de GAILLARD LAPSLEY, no livro *Crown, Community and Parliament in the later middle ages* (ed. Brasil Blackwell, Oxford, 1951), cap. V, p. 203, nota. O professor A. J. CARLYLE, em seu conhecido livro *La libertad Política* (trad. V. HERRERO, ed. FCE, México 1942), ao mencionar as estruturas medievais, observou que nelas “os princípios da liberdade política estavam altamente desenvolvidos, especialmente em decorrência da supremacia do *direito* sobre o *governante* — direito que era expressão, não da vontade do governante, mas dos *hábitos da comunidade política*” (p. 37, grifos meus).

3. ROSCOE POUND, *The development of Constitutional Guarantees of Liberty*, ed. Yale Univ. Press, 4.<sup>a</sup> ed., 1963, p. 7 e seguintes. Vários autores têm coonestado este modo de ver, inclusive S. B. CHRIMES na *Introdução* à sua tradução de FRITZ KEEN, *Kingship and Law in the middle ages* (ed. Blackwell, Oxford 1968, p. XIX). — Há entretanto que temperar este esquema. Para GARRETT MATTINGLY, encontra-se em grande medida um “preconceito inglês” nisto de ver o direito costumeiro germânico — ou especialmente britânico — como preparador das liberdades e da democracia moderna, e o direito romano como favorecedor do despotismo e do arbítrio governamental (*Introdução ao livro de JONH NEVILLE FIGGIS, Political Thought from Gerson to Grotius, 1414-1625*, ed. Harper (Harper torchbooks), N. York 1960, pp. XIX-XX).

nium”, entre jurisdição e propriedade, POUND nos leva a entender que a herança romana consolidou a presença do *Estado*, e a germânica a busca de *justiça*.

Caberia talvez perguntar (mas fica apenas como anotação) se realmente as coisas tiveram tão demarcada face, em termos de contraste; ou se é a tradição historiográfica liberal que trata de amoldar as imagens históricas, embora sem violentá-las, enfatizando certos traços conforme um esquema mais ou menos convincente. Feito este desconto, vale porém reter um saldo aceitável, alterando um pouco as formulações de POUND. Teremos então uma dupla imagem do Direito, ambas visíveis na evolução das instituições nos séculos iniciais da cultura ocidental: o Direito como ordem administrativa, ligado à lei e ao primado do Estado, e o Direito como proteção ao indivíduo, ligado aos costumes e ao trabalho dos juízes.

Como terceira citação nesta colocação do problema, apontaria uma passagem de GUSTAV BOEHMER, em seu livro sobre *O Direito através da Jurisprudência*, onde retoma a contraposição entre dois conceitos clássicos — o *jus strictum* e o *jus aequum*. No capítulo segundo, que trata dos “preceitos de ordenação formal” e da “criação judicial do direito”<sup>(5)</sup>, BOEHMER menciona a concordância e a discordância entre o “*jus strictum*” e o “*jus aequum*”: as normas pertencentes a uma ordem puramente formal podem ou não, segundo ele, entrar “em conflito material com a *idéia de justiça*”. Estendendo a frase, BOEHMER adianta que a luta entre o direito estrito e o direito equitativo existe “desde os começos da cultura humana”<sup>4</sup>.

Talvez devamos dar também um desconto na amplitude desta expressão. Poderemos porém aceitá-la como genericamente válida, sobretudo se nos pusermos do lado do direito equitativo e considerarmos a evolução das instituições como

---

4. GUSTAV BOEHMER, *El Derecho a través de la jurisprudencia — su aplicación y creación* (trad. e notas J. Puig Brutau, ed. Bosch, Barcelona 1959 pp. 168 e seguintes). As observações de BOEHMER, o anotador da obra acrescenta comentários sobre o direito espanhol e sobre a experiência jurídica contemporânea (pp. 175 e segs.), atingindo inclusive a questão do formalismo e da forma no Direito, e a tensão entre os esquemas normativos e a dinâmica dos fatos, tensão que põe a exigência da flexibilidade. — O apelo a um julgamento individual (portanto específico e mais próximo da vida) estaria presente na própria idéia de um direito natural e na noção de “natureza” nela implicada; apelo também contra as autoridades externas vigentes, segundo um autor inglês do final do século passado (DAVID RICHTIE, *Natural Rights, a criticism of some political and ethical conceptions*, ed. Allen & Unwin, Londres, 1894, reimpressão em 1952, pp. 13 e 14).

algo progressivo e dotado de um *sentido* ligado ao que certos pensadores têm ocasionalmente chamado “jurisfação” ou juridicização do poder. Assim poderemos dar mais um passo e entender que houve (e tem havido) uma substancial relação, ligando-os entre si, na evolução destes elementos, dentro da experiência jurídica ocidental: garantias (e direitos); “supremacy of law”; “due process of law”; divisão de poderes; fixação do conceito de jurisdição e idéia de direito justo. Com efeito, a origem das garantias constitucionais se acha vinculada a da “supremacia do direito”: vários autores têm situado este problema<sup>5</sup>. O “due process of law” se consolida através da “supremacy of Law”<sup>6</sup>, e a divisão de poderes (isto é, o próprio Estado dividido e armado para limitar-se interiormente a si próprio) nasceu sobretudo do asseguramento dos poderes dos parlamentos e das prerrogativas do judiciário<sup>7</sup>. É bem verdade que a chamada publicização do processo, que ocorreu na Idade Média a partir da lenta superação da justiça privada (e que a meu ver não era bem publicização, sim surgimento dele), não encontrou ainda uma diferença *suficiente* entre área pública e área privada, precária no regime feudal; tal diferença viria com o Estado moderno, Estado propriamente dito, e sobretudo com a Revolução Francesa. O advento do Estado moderno iria sublinhar e desenvolver esta diferença (na base do predomínio burguês, principalmente), mas iria dificultar, no período absolutista, a ascensão daquelas tendências correlatas, acima mencionadas. Com o Estado constitucional-liberal, mantiveram-se os traços especificamente *estatais* do Estado moderno, propiciando-se porém a retomada e plenificação dessas tendências: divisão de poderes, supremacia do direito com reflexos processuais e ordenação de garantias, no sentido dos direitos.

5. ROSCOE POUND, *op. cit.*, passim; EDWARD S. CORWIN, *Libertad y Gobierno*, trad. W. BENEDETTI, Editorial Bibliografía Argentina, Buenos Aires 1958. cf., na literatura nacional, A. R. SAMPAIO DÓRIA, *Princípios Constitucionais Tributários e a Cláusula Due Process of Law* (tese, S. Paulo 1964).

6. Sobre o “due process of law” e sobre a expressão “per legem terrae”, há um comentário clássico que é o de COKE (no *Second Institute, Commentary on Magna Carta*). Alguns tópicos se acham reproduzidos em POUND, *Development*, cit., pp. 148 e segs.

7. Sobre a relação entre a noção de *due process of law* e a *law of the land*, ver CHARLES H. MAC ILWAIN, *Due process of Law in Magna Carta*, em *Columbia Law Review*, v. 14, 1914, pp. 27 ss. Também ARTHUR SUTHERLAND, *De la Magna Carta a la Constitución Norteamericana* (Constitucionalism in America), trad. José Clementi, Tipográfica Editora Argentina, B. Aires, 1972, cap. II, pp. 25 e seguintes. cf. ainda PONTES DE MIRANDA, *História e Prática do Habeas-Corpus*, 2.<sup>a</sup> edição, Konfino, Rio de Janeiro 1951.

## II — Da “Idade Média” ao Estado Moderno

Voltemos ao problema da experiência jurídica medieval. E desde logo cabe aqui uma observação: é que as imagens históricas do direito medieval se traçam geralmente sobre certas exemplaridades, correspondentes a configurações que, em cada uma das grandes nações, ficaram como “contribuição” específica ao quadro histórico genérico. Assim, da Itália medieval se mencionam os glosadores, as Universidades, a querela das duas espadas; da França a existência de um reino desde cedo constituído, à base do cepo franco; da Alemanha a limitação do poder real e algumas teorias atinentes a isto; da Espanha a herança visigótica, com vários princípios predemocráticos encontrados nos textos e nos contextos nos séculos XII e XIII; da Inglaterra a Magna Carta, as outras Cartas, as idéias de GLANVILL e BRACTON, as garantias.

Destarte temos de fazer certas ressalvas ao encontrar ou empregar a expressão direito medieval, que é demasiado ampla; e entender as refrações que cabem à imagem de um “juscentrismo” medieval, mencionado por determinados autores — por GARCÍA-PELAYO por exemplo <sup>8</sup>.

O problema das *garantias* não existiu como uma presença geral na Europa medieval, dominada por uma cosmovisão basicamente conformista e estática, e por estruturas sociais rígidas e hierarquistas. Os dados que se possuem a respeito são indicações localizadas, embora muito relevantes; são tendências e conquistas ocorridas em tal ou qual reino, embora possam ter significado genérico e, do ponto de vista doutrinário, universalizável. CALAMANDREI, por exemplo, em sua monumental obra sobre a “Cassação Civil”, alude a experiências judiciais germânicas em termos de práticas procedimentais bastante características <sup>9</sup>. IGNÁCIO BURGOA, por seu termo, acentua bastante a influência do cristianismo na gênese de uma consideração mais “humanitária” para os indivíduos <sup>10</sup>.

---

8. MANUEL GARCÍA-PELAYO, *La idea medieval del derecho*, em *Del mito y de la Razón en la história del Pensamiento político*, ed. Revista de Occidente, Madrid 1968.

9. PIERO CALAMANDREI, *La Casación Civil*, trad. Santiago Sentís, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1961, t. I, v. I, p. 115 e segs.

10. IGNÁCIO BURGOA, *Las Garantías individuales* (2.<sup>a</sup> edição, Porrúa, México 1954), capítulo I.

Do ponto de vista processual, também não se pode generalizar, porquanto nas próprias linhas genéricas havia discrepâncias pelo menos aparentes: o rei era “fonte de justiça” mas — sobretudo em certas fases — seu poder de aplicar justiça e dirimir conflitos se achava sempre limitado<sup>11</sup>.

No *Fuero Juzgo*, que teve origem no século VII, dizia-se que tanto o rei como o povo estão submetidos à lei: “demos leys en semble para nos e para nuestros sometidos a que obedezcamos nos, e todos los reyes que vinieren depues de nos, e tod el pueblo que es de nuestro regno generalmientre”. E mais: “establescemos (...) que ningun rey non constringa por fuerza ningún omne, quel faga escripto de la debda que deve a otri, ni mande que ie lo fagan fazer por fuerza”<sup>12</sup>. Aí se acham conceitos *limitadores* do poder real que antecipam os do século XIII. Estes conceitos, a crer por exemplo em FRITZ KERN, existiram com plena expressão na Alemanha medieval, com base no entendimento dos francos sobre a relação entre o povo e o rei. KERN situa a *Magna Carta* inglesa, de 1215, dentro de uma linha corrente e preexistente: o novo, no texto acordado entre o Rei João-sem-Terra e os barões, teria sido a “instituição de uma autoridade para vigiar a observância dos deveres do rei, e que em caso de transgressão possa adotar medidas coativas contra ele”<sup>13</sup>. KERN deu grande ênfase ao § 61 da *Magna Carta*, por haver colocado em nível positivo uma *garantia constitucional* da nação frente ao rei, e por haver de modo geral “introduzido o direito de resistência no direito

---

11. G. DUBY, *La justice et le juge au temps feudaux*, em *La justice* (obra coletiva), Centre de Sciences Politiques de l'Institut d'Études Juridiques de Nice, Paris, PUF, 1961, p. 216 e segs. A assembléa, que rodeava o soberano, é que fazia a sentença. Para referência aos germanos, cf. JAMES GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, trad. esp., Ed. Labor, Barcelona, 1936, livro I, III, pp. 14 e 16.

12. FUERO JUZGO, *o libro de los jueces*, Ediciones Zeus, Barcelona 1968, p. 69 e 71. Em 1282, dizia-se também que “con la misma fe está obligado el señor al subdito y aún mayor que la del subdito al señor”, e que “si el señor prendiese injustamente al subdito o le exigiese algo con injusticia, sin la menor duda incurre en crimen de traición” (*Ideas políticas de la Edad Média*, selección, trad. y prólogo de J. BENEYTO PEREZ, Ediciones Fe, Madrid, 1941, p. 59).

13. FRITZ KERN, *Derechos del Rey y derechos del pueblo*, trad. A. Lopez-Amo, ed. Rialp, Madrid 1955, p. 208. (Esta tradução, como a inglesa citada à nota 3, se refere ao livro *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht in fruehren Mittelalter*, faltando em ambas as notas da edição alemã, e estando a Inglesa acrescida de um estudo sobre direito e constituição na Idade Média).

público escrito”, outorgando ao Parlamento uma posição constitucional estável<sup>14</sup>.

Adveio, entretanto, o Estado Moderno. Como se sabe, ele surgiu aos poucos, dentro de transformações complexas, que alteraram a cosmovisão europeia e refizeram as estruturas sociais, os hábitos, o saber, os gostos, os valores. Surgiu como “superação” dos localismos feudais, e em consonância com o surgimento do capitalismo e da burguesia urbana. Não em um paralelismo perfeito, mas em uma correlação histórica. O Estado moderno surgiu como convergência de dois processos, um de centralização — concentração, e outro de legitimação — absolutização. O poder, concentrado, se fazia absoluto, enfeixando várias notas existentes na larga trajetória das formas políticas anteriores. Passava-se da *respublica*, que o medievo ainda cultivou, ao *stato*, a que aludia o lacônico capítulo inicial do “Príncipe” de Maquiavel. Não era mais o reino, o *regnum* medieval, em cujo contexto emergira o habeas-corpus constante do § 39 da Magna Carta.

Foi em grande parte através do conceito de “coroa” que se deu a transição para a idéia moderna de Estado: desde os séculos XIV e XV, a “coroa” se entendia como algo substantivo (como instituição, dir-se-ia depois), algo distinto do monarca seu portador; e desta substancialização se passaria, nos séculos já modernos, à noção de uma “realidade” do Estado, tema sobre o qual se debruçariam escritores políticos por todos os tempos seguintes<sup>15</sup>. Com a idéia moderna de Estado, passou-se a ter em nova conta as suas “relações” com o Direito — este também redefinido —, e já não se tinha muito o que fazer com a noção do “direito de resistência”<sup>16</sup>.

14. F. KERN, *op. cit.*, p. 211. Para KERN (p. 139), o direito germânico-medieval de resistência teria sido no fundo uma *obrigação de resistência* devida pelo súdito à *ordem jurídica objetiva*. — Cabe observar que também no caso inglês, o que dominava tudo durante a Idade Média era o “Direito Comum” (e com esta locução colocamos menos e mais do que com *Common Law*): era o todo, a que chamaríamos hoje ordenamento, e dentro do todo a posição do Parlamento.

15. cf. M. GARCIA-Pelayo, *La corona. Estudio sobre un símbolo y un concepto político*, em *Del Mito y de la Razón en el pensamiento político*, citado; F. GARRISON, *Histoire du Droit et des Institutions. Le pouvoir des temps féodaux à la Révolution*, ed. Montchrestien, Paris 1977, pp. 147 e segs. (*La couronne, préfiguration de l'État*). — Para o tema da “realidade do Estado”, cf. o estudo de FELICE BATTAGLIA, em seus *Estudios de Teoria del Estado*, trad. esp., ed. do Real Colegio de España em Bolonha, 1966, cap. II.

16. Cf. nota 14, e também NELSON SALDANHA, *O Estado Moderno e o constitucionalismo* (ed. Bushatsky, São Paulo 1977, cap. 14).

O “direito de resistência”, que se atribuía na Idade Média genericamente ao *povo* e especialmente às *ordens* que compunham a sociedade, visava a defesa (ou “garantia”) contra o rei tirano, com o fim de restaurar uma situação que sempre existiu: pressupõe a idéia de um acordo (ou pacto) fundamental entre rei e povo, cuja violação por parte do rei autorizava o povo a voltar-se contra ele. Com o Estado moderno, montado sobre outro tipo de relação com a sociedade, se formaria aos poucos outra noção, a de “revolução”, que pressupõe uma concepção temporal e progressista da vida política, e visa colocar as coisas em estágios ulteriores, jamais passados. O Estado moderno, além de se manter sobre novo tipo de relação com a sociedade (como também se manteria o direito), retomou um componente ordenamental que o medievo tinha em grande medida ignorado: a distinção entre Direito público e Direito privado, com a qual se realçavam seus caracteres (dele Estado) e se deixava ao ordenamento privado áreas que aos poucos se liberariam dos esquemas feudais.

Baseado sobre um duplo movimento (de concentração e legitimação), o surgimento do Estado moderno constituiu, no sentido da explicitação verbal, advento do que se chamaria, sistematicamente e sem adjetivos, *Estado*. Aqui teríamos de enfrentar o problema de saber se “sempre houve” Estado, e se os caracteres exibidos pela ordem política soberana, em cada caso, na história dita moderna, diferem realmente dos da história antiga. Diferem: não no essencial talvez, mas nos contextos sócio-culturais e na autoconsciência de que seu advento se fez acompanhar, dentro das alterações do período que deu entrada à história dita moderna, alterações que foram inclusive de linguagem<sup>17</sup>.

---

17. Sobre o Estado moderno como verdadeiro objeto da teoria do Estado e como algo inteiramente diverso do “Estado Medieval”, HERMANN HELLER, *Teoría del Estado*, trad. LUÍS TOBÍO, ed. FCE, México 1955, p. 43. Ver também as lúcidas passagens de ERNST TROELTSCH, em *Le doutrine sociali delle chiesse e dei gruppi cristiani*, trad. G. Sanna, ed. Nuova Italia, Florença, 2.<sup>a</sup> edição (1949), p. 314 e seguintes. — Para uma nova discussão sobre a existência de Estado (e de Razão-de-Estado) na Idade Média, GAINES POST, *Studies in medieval legal thought. Public Law and the State, 1100-1322* (Princeton Univ. Press, 1964), cap. V, pp. 241 ss. Para uma convincente alusão ao Estado e suas razões (contra o indivíduo e suas liberdades), ainda no caso romano — e no mundo antigo em geral, ANTOINE HAJJE, *Histoire de la justice seigneuriale en France. Les origines romaines*, ed. E. de Boccard, Paris 1927, p. 70 (Les libertés publiques, les garanties de l'individu, qui sont pourtant la fin logique de l'Etat, sont de pauvres choses sans importance devant les convoitises du prince et ses aspirations vers la monarchie”).

Do mesmo modo que se diz, do poder, que tende por si a concentrar-se, a absolutizar-se, pode-se admitir a respeito do Estado a noção de que tende a crescer sempre em seu poder e a afirmar-se em relação à sociedade. NIETZSCHE dizia, no *Zarathustra*, que o Estado “é o mais frio dos monstros”, pois mente com a maior facilidade, chegando a afirmar: “Eu, o Estado, sou o povo”. Com esta citação coloco o problema da *Razão-de-Estado*, ou seja: da especial *ratio* que o Estado assume em certos casos, segundo a qual seus fins e seus interesses prevalecem por essência sobre quaisquer outros.

Discute-se se houve ou não Estado na Idade Média, e, conseqüentemente, se houve ou não Razão-de-Estado. GAINES POST acha que houve<sup>18</sup>. No caso, porém, identifica-se como tal a missão do rei no sentido de garantir a paz e o bem-estar no reino. Historicamente a Razão-de-Estado propriamente dita se acha no Estado moderno, e a respectiva teoria se desenvolve a partir de MAQUIAVEL e de BOTERO<sup>19</sup>. O Estado moderno se estruturou como obra de uma vontade (*voluntas, non ratio*, na dura frase de HOBBS) e como unidade estrutural: unidade territorial, econômica, religiosa, jurídica. O momento *absolutista* consagrou em termos radicais esta unidade.

Não posso deixar porém de lembrar que, paralelamente ao absolutismo, nos séculos XVII e XVIII, desenvolveu-se um pensamento *liberal*, cujas linhas aliás têm sido rastreadas na própria Idade Média<sup>20</sup> e que se solidariza historicamente com a parte antiabsolutista constante das utopias: houve bastante estatismo em certas utopias renascentistas, mas em geral os socialismos (até os do século XIX) se puseram contra o Estado.

Cabe entretanto assinalar que nesta mesma fase, do liberalismo agônico dos huguenotes e das utopias pré-barrocas, surgiu um dado de enorme importância para o pensamento e a experiência jurídicos do ocidente — o conceito de *direito subjetivo*. MICHEL VILLEY dedicou a isto um ensaio extrema-

---

18. Cf. nota anterior.

19. FRIEDRICH MEINECKE, *La idea de la razón de Estado en la edad moderna*, trad. F. Gonzalez Vicén, ed. IEP, Madrid 1959. Cf. também o ensaio de M. GARCIA-PELAYO, *Las razones históricas de la razón de Estado*, como estudo preliminar da antologia de G. BOTERO, *La Razón de Estado y otros escritos*, trad. esp., ed. IEP, Univ. Venezuela, Caracas 1962.

20. A. J. CARLYLE, *La libertad política*, citado.

mente erudito<sup>21</sup>. Nesta época passou-se a falar em “direitos”, não mais apenas no direito natural. As estruturas do Estado consolidavam-se; era o tempo de GRÓCIO e do novo *ius gentium*; entretanto a reelaboração dos textos latinos desdobrou o alcance do conceito, que teria um papel decisivo nos séculos contemporâneos, dentro da dogmática do direito privado e do direito público também: no direito privado, o conceito de direito subjetivo seria suporte da teoria dos atos em geral; no direito público, sobretudo depois de GERBER e de JELLINEK, se alinharia entre as categorias fundamentais.

O conceito de *direito subjetivo*, que parece ter faltado ao vocabulário medieval, emergiu dentro de coordenadas onde se incluem o individualismo burguês e a diluição das estruturas medievais. Ele contradizia, ao menos em potencial, a onipotência do Estado; ele armava o indivíduo de uma imagem juridicamente eficaz, apta a alimentar suas pretensões, garantir sua dignidade, configurar sua *quiddidade* autônoma. No indivíduo se encontravam prerrogativas e valores intrínsecos, que eram em latência uma área que se asseguraria a si mesma, agora, condições de afirmação institucional plena.

Também foi esta a época em que se formulou um novo *iusnaturalismo*. Enquanto o Direito Natural medieval era uma

---

21. *Les origines de la notion de droit subjectif*, en *Leçons d'histoire de la philosophie du Droit*, ed. Dalloz, Paris 1957. Vale ver também o texto de RICARDO ORESTANO, *Teoria e storia dei diritti soggettivi*, en *Il diritto privato nella società moderna*, Saggi a cura di STEFANO RODOTÀ, ed. Il Mulino, Bolonha 1971, pp. 89 e segs. (pp. 90 ss. sobre a formação da idéia). A p. 92, observa ORESTANO que o homem moderno refez o direito natural como direito subjetivo, e criou ao mesmo tempo, em contraposição, o Estado (“e poichè questo Stato è una creazione dell'uomo moderno, questo, nel difendersi dallo Stato, lotta contro se stesso”). Cf. ainda DJACIR MENEZES, *O direito subjetivo nas teorias constitucionais modernas*, em *Revista de Ciência Política*, FGV, Rio de Janeiro, n. 4 v. 18, dezembro 1975, pp. 51 ss. — Um autor hoje esquecido, THOMAS A. STREET, tratando da “história natural do direito remedial”, e da origem das ações, coloca a idéia de que a noção de um *right* é algo totalmente estranho ao direito antigo e aos primeiros códigos (*The Foundations of legal liability. A presentation of the theory and development of the common law*, E. Thompson Company, Nova York 1906, V. III: Commonlaw actions). Para Street, os próprios romanos não conheceram aquela noção, embora conhecessem “the things that are right” (p. 7). A noção de *right* seria inteiramente moderna (pp. 6 e 7). Foram situações concretas que quebraram o formalismo tradicional e introduziram a validade de ações e de “remédios” equivalentes a um novo alcance do velho termo *ius* (cf. cap. V, pp. 48 ss.). — PONTES DE MIRANDA, como se sabe, distingue as ações e os remédios, correspondendo estes ao direito processual e aquelas ao direito material (*A Ação Rescisória contra as sentenças*, ed. Jacintho, Rio de Janeiro 1934, pp. 19-20), coisa que me parece um tanto discutível.

parte da visão estável do mundo, o Direito natural moderno se desenvolveu como atitude ideológica latentemente adversa ao Estado (e à própria ordem social vigente). Com o tempo, abertamente adversa<sup>22</sup>. O Estado moderno propiciou o juspositivismo e com isto abriu campo para uma polêmica que no medievo não teria tido sentido (a não ser que comparemos ao moderno contraste entre juspositivismo e jusnaturalismo a antinomia posta pelos pós-glosadores entre *jus strictum* e *jus aequum*, ou *rigor juris*).

As alterações trazidas pelo Estado moderno vieram também ecoar, como não podia deixar de ser, sobre o problema da *jurisdição* e do *processo* em geral. O Estado era, agora, lugar incontornável do direito. O que antes fora justiça do rei, ou da Igreja, jurisdição especial, etc., cabia tudo no Estado, articulado em funções e órgãos sistematicamente unidos. A unidade estrutural do Estado, agora “forma” por excelência da vida histórica, se apresentava também como unidade de jurisdição, complemento da unidade do ordenamento (que se ia obtendo agora), e corolário da extinção dos foros especiais e das variações locais que o medievo havia conhecido. A afirmação do Estado, como presença institucional fundamental, redimensionou suas relações com o “Direito”; e então a doutrina fixou os fins essenciais do Estado, e situou entre estes a jurisdição. O Estado assumiu o problema, antes disperso, da aplicação do Direito: concentrou-o, moldou-o, delineou-o. Embora somente o Estado liberal viesse permitir o desdobramento de uma imagem constitucional dos “três poderes”, o Estado absoluto já absorvia, sendo Estado, competências e funções: ele não ia mais para debaixo do carvalho, como São Luis, nem hesitava entre as duas espadas como nos tempos do apogeu do Papado. Política e direito eram afetos ao Estado, e durante estas monarquias também o eram a religião e a ética. A tendência do Estado moderno à incoercível afirmação repunha, para seu convívio com as consciências jurídicas e os adeptos da liberdade, o problema da *jurisdictio* e do *gubernaculum*. Repunha também o problema do direito justo e do direito estrito, ao menos implicitamente.

Desde que o Estado moderno delineou suas “funções”, e isso ainda antes das revoluções liberais, ficou proposto, na

---

22. NELSON SALDANHA, *O Estado moderno e o Constitucionalismo*, citado, cap. 10 cf. também R. ORESTANO, *loc. cit.* à nota 21.

prática e na teoria, o tema da *função jurisdicional*. A palavra, como se sabé, comporta equívocos: “*juris dicere*”, dizer o direito (ou do direito) teria sido papel do juiz nas grandes instâncias iniciais, em Roma inclusive; o juiz tem obviamente jurisdição (não entrarei aqui no problema das origens da distinção entre jurisdição e competência). Mas o Estado tem jurisdição: historicamente ele absorve a do juiz e passa a ser fundamento dela. Quando se diz que o Estado “chamou a si (ou avocou) a tutela jurisprudencial” das relações e dos conflitos, admite-se sempre, *implicititer*, que isto foi legítimo: pois o Estado se caracteriza entre outras coisas por um pressuposto de legitimidade (e MAX WEBER destacou isso em página famosa), daí que ele possa ter em si uma dimensão “jurisdicente” e possa atribuir jurisdição, ou antes função jurisdicional, a órgãos seus. Toda jurisdição exercida em qualquer esfera provém do Estado. O próprio problema dos “pressupostos processuais”, visto sob certo ângulo, nos levaria a este problema: o processo existe, com seus elementos necessários, pelo fato de se darem sob a égide do Estado (ou dentro de um ordenamento demarcado pelo Estado) as situações e os conflitos que pedem que o processo exista.

CARRÉ DE MALBERG, por exemplo, põe o problema de ser a função jurisdicional distinta das outras, como “terceira” função, ou parte do executivo<sup>23</sup>. Já MONTESQUIEU, como é consabido, tropeçou caracteristicamente nesta dúvida. A verdade é que, sob um ângulo conceitual amplo, a função jurisdicional pertence ao Estado como um todo, embora se definam positivamente órgãos especificamente investidos dela (os órgãos dos *poderes* legislativo e executivo também podem eventualmente exercer função julgadora).

Os chamados poderes do Estado têm sido quase sempre enumerados em três. Mas o “judiciário” é freqüentemente apontado como “parte” do executivo (LOCKE pensava assim).

---

23. *Contribution a la théorie générale de l'Etat*, ed. Sirey, Paris 1920 (reimpressão fotomecânica pelo C.N.R.S. 1962), v. I, pp. 691 e segs. (à p. 703 a idéia de *jurisdictio* como função de “dizer o direito”). Sobre o tema, cf. ADA PELLEGRINI GRINOVER, *As garantias constitucionais do direito de ação*, ed. Rev. Tribunais, S. Paulo 1973, p. 11. Ver também ANTONIO SEGNI, *Giurisdizione* (in generale), em *Nuovissimo Digesto Italiano*, ed. UTET, Turim 1965, v. VII (“La giurisdizione può definirsi come la funzione statale destinata all’attuazione della norma concreta di legge”, p. 987). Por sua vez, COUTURE havia dito que “a jurisdição não se justifica pela ordem, mas pela justiça” (*Rev. Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, MG, v. 10 n. 1-126, p. 52).

O fato de se poderem reduzir teoricamente as funções do Estado a duas, legislativa e executiva, e de se considerar a jurisdição como faculdade do Estado como um todo, embora “mais próxima” do executar que do legislar, põe a questão de saber se também o legislar e o executar não são prerrogativas do Estado como um todo. Este tipo de problemas levaria ao reexame da teoria dos poderes (ou das funções). O que entretanto me interessa enfatizar aqui é o seguinte: o Estado moderno, mesmo afirmando-se ao extremo como Estado, trouxe a tendência a dotar-se de um ordenamento jurídico unitário. Embora fazendo deste ordenamento função sua, o Estado moderno — sobretudo na etapa contemporânea, constitucional — se encaminhou no sentido de ser considerado como submisso a tal ordenamento. Evidentemente deve entender-se: em princípio e em termos jurídicos.

Era (ou seria) a “autolimitação”, de que os alemães tanto falaria. Pois a jurisdição, no sentido amplo, está no Estado (ou em seus órgãos) por conta do fato de haver nele, com ele ou sobre ele, um ordenamento eficaz. A jurisdição é algo que, estando no Estado, integrando sua realidade estrutural, distingue-se dele: distingue-se mesmo de seus “poderes” na medida em que não é legislação nem administração propriamente. A plena compreensão da existência de uma jurisdição, no Estado moderno, se faz possível quando se possibilita o pleno exercício dos direitos, ou, por outro lado, quando se pode obrigar o Estado (o poder, o *gubernaculum*) a cumprir uma ação referente às *garantias*. Aqui entraria o tema das garantias. Mas ele volta logo adiante.

O Estado se autolimita, propriamente, a partir do constitucionalismo liberal. Mas nas fases anteriores já se sabia ou se dizia que existem leis maiores, que dão a ele sua estrutura. Aliás elas fazem parte do Estado; elas dão limites ao poder do Estado, e dos que o exercem, mais que ao “Estado” própria e substancialmente. O ordenamento, que é o Direito, coexiste com a função jurisdicional: esta existe porque existe jurisdição, e o ordenamento é jurisdição, ou implica jurisdição; doutro modo seria nulo e inócuo. O Estado, que por ter (segundo alguns, por *ser*, mas não concordo), um ordenamento implica jurisdição, se autolimita e *se propõe* exercer a aplicação do direito: daí que o processo seja uma atividade em que o Estado tem de entrar, mas é também uma atividade em que as partes podem defender-se do Estado (do poder do Estado, ou de seus titulares).

Caberia, ainda, uma observação de índole sociológica. As garantias *medievais* do “habeas corpus” da *Magna Carta*, ainda ligadas aos laços feudais e ao *esprit-de-corps* do baronato inglês, se redefinem, evidentemente, dentro do contexto do Estado moderno. No “habeas corpus” do Ato de 1679 a amplitude social é maior, e também é diferente a estrutura legislativa adotada <sup>24</sup>.

---

24. PONTES DE MIRANDA, *História e prática, cit.*, parte I, cap. IV. Seria o caso de dizer-se que no ato de 1679, como no de 1816, teríamos um remédio para uso de súditos burgueses, tendo sido o de 1215 uma garantia para contextos consabidamente feudais.