

## À MARGEM DA TRAJETÓRIA DO ESTADO

NELSON SALDANHA

1 — *A polis, o privado e o público. Do Estado “antigo” ao Estado “moderno”.*  
2 — *O Estado ocidental, o jusnaturalismo e a secularização. A constituição, o cidadão e os direitos.* 3 — *O Estado na história. Estado e Direito. A crise do sistema de poderes na crise do racionalismo.*

1 — O Estado, como se sabe, aparece aos diferentes autores sob diferentes prismas. E é mais ou menos correto assinalar que, ao reduzir seu conceito a uma relação ou distinção entre governantes e governados, estamos ampliando seu conceito em uma escala excessiva. Conhece-se a opinião, expressada por um autor lúcido como Heller, segundo a qual o conceito de Estado deve referir-se a uma realidade, sem ignorar a existência de alterações históricas, e tendo em mira sobretudo o Estado moderno.

Um exame, por breve que seja, da trajetória do Estado (em seu sentido amplo), deverá partir da experiência grega, pois, embora se possa denominar “Estado” a cada uma das monarquias do Ocidente antigo, a *polis* permaneceu como configuração exemplar e como referência central sempre que se trata das formas iniciais da “política”.

A *polis*, unitária e complexa a um tempo, pressupôs a família e se desenvolveu com características peculiares. O clássico Fustel de Coulanges descreveu o nascimento das tribos a partir das fratrias, que se compunham de famílias, e o nascimento da cidade a partir das tribos, advertindo que a cidade (*citê*) era uma associação, alimentada pelo culto religioso e lentamente formada (1).

\* \* \*

É relevante sublinhar a correlação entre o advento da *polis* e a passagem do privado ao público: Hegel viu, ali, o espírito subjetivo cedendo espaço ao

espírito objetivo, e com isso o começo da *história* propriamente dita, desdobrada segundo a seqüência dos três momentos do espírito. A cultura grega adquiriu o que já chamei de exemplaridade: ficou como referência constante e como base para as considerações histórico-filosóficas de diversas gerações.

Consideremos Roma: em poucos séculos transitou de precário conjunto de povoados para uma *urbe* e daí para um forte Estado, logo alargado em Império. Primeiro uma Monarquia oriunda de reis etruscos, depois República, e, já como Império, monarquia de novo. Em Roma o *quirites* o cidadão, equivalente mas não tanto do *polites* grego: o cidadão dentro de uma estrutura desigualitária e hierárquica, na qual o Senado parece ter sido sempre a mais respeitável e incontrastável das instituições (2).

\* \* \*

Já no Ocidente (entendendo por “Ocidente” o orbe cultural que se segue ao mundo romano e à época de Bizâncio), temos os restos do Estado romano convivendo com o avanço dos povos germânicos, chamados “bárbaros” restos que não de ficar, como arqueologia e como testemunho, dentro das diferentes nações que integrarão, juntas mas distintas, o orbe ocidental. E também o cristianismo, que já coexistira com o próprio poder romano, veio penetrando aos poucos o mundo europeu, com os novos reinos e os nascentes feudos (não retomaremos aqui o árduo problema histórico da origem do feudalismo); com a generalização do latim, que garantiria uma certa unidade cultural européia. Cultural e jurídica, já se vê. Ao tempo de Carlos Magno (século IX), o incipiente Sacro Império Romano-Germânico reuniu os três elementos que, muitos séculos após, a teoria das culturas identificaria no Ocidente: o elemento romano, o “germânico” e o cristão, enfeixados no direito costumeiro medieval e retomados, já depois das revoluções liberais, pelos estadistas, pelos juristas e pelos pensadores da história (3).

2 — Deste modo o Estado ocidental foi construído, aos poucos, sobre os restos do edifício político romano, e em meio aos feudos que evoluíram desde os séculos iniciais do medievo até a crise que os colheu nos séculos XIV e XV. Sobre este conjunto pairavam duas estruturas dominantes, a Igreja e o Império: a ordem político-religiosa criada no tempo de Constantino e a organização política construída pelos carolíngios. Anote-se que, com a estrutura da Igreja tivemos um notável sistema jurídico, que Berman em exaustivo estudo considerou o mais importante da Idade Média (4).

Ocorreu, entretanto, a secularização, isto é, a gradativa dessacralização dos padrões culturais e sociais. Um processo que afetou linguagens e valores,

normas e comportamentos. O próprio *Estado moderno* surgiu e consolidou-se dentro desta transformação: enquanto na Idade Média todo poder vinha de Deus (*omnis potestas a Deo*), em um mundo e uma sociedade dados ao homem como algo estável, o pensamento dos séculos XVI e XVII viu na ordem política uma obra dos homens (Hobbes por exemplo) e no exercício do poder uma arte, ou uma ciência, a ser devidamente cultivada (Machiavelli por exemplo). O homem, no limiar da chamada modernidade, começou a perder as grandes referências, os vínculos transcendentais e os fundamentos sagrados; viu-se só, com sua *razão* e seu *trabalho*, para fazer/refazer estruturas e interpretar/reinterpretar situações (5).

O Estado moderno, como se sabe, nasceu de uma concentração funcional do poder, que foi ao mesmo tempo uma centralização territorial. Mudou-se a relação do rei com a nobreza feudal, reorganizou-se a relação entre o reino e as coletividades, a local e a nacional, esta começando a tomar uma nova consciência de seus contornos (6). Por outro lado, o que é digno de nota, o Estado cresceu como um sistema de poderes. A convivência entre os *états* (clero, nobreza e povo), crescentemente agitada desde o advento do “absolutismo”, cedeu passo, com as revoluções liberais, ditas “burguesas”, a um novo perfil do poder, entendido como prerrogativa da nação. A referência à nação era quase uma dessacralização do poder, e permitia que em lugar de “clero, nobreza e povo”, que constituía uma alusão hierárquica, se falasse agora no legislativo, no executivo e no judiciário. Ao consagrar-se a imagem do poder de fundo nacional e leigo, consagrou-se paralelamente a imagem simétrica dos três poderes expressadores da soberania nacional.

Basicamente, reformulou-se a figura das formas de governo. Permaneceu o recurso a Platão e a Aristóteles, mas com freqüentes referências à *república*, um conceito romano: Montesquieu, recorrendo a uma alusão quase metafísica, mencionava o “princípio” de cada uma das formas.

A teoria da *separação de poderes*, desenvolvida no Ocidente a partir do século XVII, especialmente com Locke, mas formulada em termos mais amplos por Montesquieu (7), constituiu uma obra política essencialmente ligada ao espírito dos séculos XVII e XVIII. Em primeiro lugar, cabe ver naquele conspícuo esquema triádico uma manifestação do *classicismo*: o classicismo como ordenação e distinção, quase sempre supondo um *lugar natural* para cada coisa: idéias, poderes, valores, pessoas. Em segundo, a separação de poderes teve, de certo modo, um sentido de *método*. A tendência ao método, que vinha do cartesianismo, aparece na história como correlato da secularização, como modo de ver e de operar no qual se omitem os vínculos transcen-

dentais e em que a própria legitimidade deixa de ter supostos teológicos para se ligar à legalidade — isto é, ao método de emitir normas (8).

Há que lembrar, ainda, a dessacralização do jusnaturalismo. A idéia grega da existência de um cosmo feito de leis eternas (ou de normas “anteriores e superiores” às ordens do soberano), repassada por alguns austeros juristas romanos influídos pelo estoicismo, tinha-se transformado, com o cristianismo, na referência a três ordens de *leis*, a divina, a natural e a humana. Com o Renascimento e o Humanismo, o Direito Natural se tornou leigo: sempre se cita a frase de Grócio ao dizer que ele existiria mesmo se Deus não existisse.

\* \* \*

No que tange às relações entre o Estado e os seres humanos, o Estado moderno reproduziu em parte a evolução da experiência romana. De logo o absolutismo, com o poder do rei admitido como irrecusável, depois o liberalismo (fragmentariamente implantado com as revoluções constitucionalizantes) e daí o passo para o denominado Estado Social. O súdito, diante do Estado absoluto, em posição de obediência implícita; o “cidadão”, quando da Revolução Francesa, aparecendo como destinatário das declarações de direitos e como integrante (sabendo-o ou não) da *volonté générale*.

Esta alteração de perspectivas foi percebida em ensaio importante (de 1932) por Hermann Heller. Por um preconceito político, Heller aceitou uma visão negativa do “burguês”, contrastando seu conceito com o de “cidadão” (*Staatsbürger*), este, para ele, axiologicamente neutro. Mais próximo de nosso conceito (o burguês como protagonista do processo de secularização) acha-se o breve estudo de Rudolf Smend, de 1933, que em certa passagem identifica os termos “cidadão” e “burguês” (9).

A idade moderna herdara de Hobbes o árduo problema da criação de um Estado absoluto e de um governo soberano, com, ao mesmo tempo, a preservação de alguns direitos e liberdades dos cidadãos (10). E também de Hegel, que um século e meio depois estabeleceu o absoluto primado do Estado (o Estado são os passos de Deus sobre a terra), em ligação porém com o respeito à dignidade dos homens (11). Este problema, o da convivência do poder absoluto com as liberdades, nascentes liberdades das quais em certos países se falou antes de falar-se em direitos (as *british liberties* por exemplo), não existiu ao tempo das monarquias medievais: foi um problema colocado pela mentalidade política moderna, que veio a criar as *constituições escritas* como forma de conciliar o poder estatal com as prerrogativas da pessoa. A declara-

ção francesa de 1791 (§ 16) chegava a afirmar, o que é consabido, que uma constituição só existe se, além de haver um sistema de poderes separados, existirem garantias para os direitos. Esta afirmação ficaria como um verdadeiro *a priori* para toda a experiência constitucional subsequente.

O direito natural, que já mencionei, sofrera um processo transformativo ao tempo de Locke: passou-se da referência ao *Jus Naturale*, solene e unitário, para a alusão aos *direitos naturais*, que emergiram do racionalismo como um correlato da nova visão da sociedade, uma visão que, em uma generalização questionável, ficou sendo chamado “individualista”. Este jusnaturalismo plural e móvel, mais leigo ainda do que o de Grócio, alimentou nas constituições a fixação dos direitos e abriu o caminho para uma futura reconsideração do próprio conceito de *direito*.

O crescimento da cultura política leiga, predominantemente liberal, aliou-se, por outro lado, ao avanço teórico e prático da *democracia*, tornada possível e pensável a partir da secularização: o Estado mesmo se intitularia democrático, e os ordenamentos jurídicos se encheriam de dispositivos destinados a organizar metodicamente o funcionamento das escolhas e das competências que correspondem à democracia. A democracia nunca foi um “ismo”, como o liberalismo, mas um vasto conjunto de tendências sócio-políticas e culturais condicionadas pelo fato histórico da secularização.

Como já foi observado, inclusive por Gino Gorla em seu livro sobre Tocqueville, o homem moderno produziu, por um lado, o Estado moderno, latente um limitador das liberdades, e por outro construiu a teoria dos direitos, investindo e revestindo cada indivíduo de uma proteção *a priori*. Aos poucos, sobretudo durante a segunda metade do século vinte, a figura dos direitos se foi desvestindo de suas conotações jusnaturalistas, que ainda a prendiam, de algum modo, aos resíduos da teologia anterior à secularização. Os direitos, presentes nas constituições desde as revoluções liberais, passaram a ser vistos como algo inerente ao ser humano, principalmente no mundo ocidental não incluindo na órbita soviética, esta solapada e derrubada nos anos oitenta. Mas ainda é possível encontrar, na imagem dos direitos, aqueles resíduos jusnaturalistas — sobretudo se admitirmos a idéia de um “jusnaturalismo hermenêutico” (12) —, senão mesmo o longínquo *vibrato* das conotações teológicas.

\* \* \*

O surgimento de um novo tipo de comunidades internacionais, ligadas a certas necessidades europeias definidas em face dos contornos da chamada

globalização, veio convergir, na segunda metade do século vinte, com as crises estruturais do Estado nacional. O Estado fora nacional desde o advento do mundo moderno, o que equivale a dizer: desde seu nascimento, se prendermos seu conceito à experiência ocidental.

As guerras do século dezenove e do vinte, mais as crises e tensões mantidas junto às guerras ou no intervalo delas, refizeram o modelo clássico, que era o do Estado francês pós-Revolução, ou mesmo o inglês (o italiano e o alemão nem tanto, por causa das instabilidades vividas mesmo após Bismarck e Cavour). A tendência ínsita no novo ordenamento comunitário, no sentido de uma padronização dos Estados (na medida em que entraram e entram no conjunto), convive com a trepidação interna de cada Estado nacional, bem como com as lutas inter-étnicas que eclodiram no centro da Europa nos decênios finais do novecentos. Crise do Estado-nação, mas permanência também. Mudanças no desenho das fronteiras, e entretanto a duradoura hegemonia dos Estados Unidos, à qual se reúne, no plano econômico, a aliança das nações “mais ricas”.

3 — Retomo agora alguns itens. Como prefiro evitar o termo “pós-moderno”, e vejo o “contemporâneo” como uma etapa dentro da própria modernidade, menciono o Estado como uma constante dentro da história dos últimos séculos, que são modernos, e são contemporâneos (termos inexatos também), sendo, em verdade, maturação e declínio do Ocidente. Aludindo a um velho problema, o da relação entre o *Estado* e o *Direito*, diria que o Direito pode ser visto como um correlato necessário do Estado, posto que não se tem Estado sem Direito; mas é possível falar em Direito sem Estado (propriamente dito), no caso de se aludir ao Direito de épocas como a feudal. Entretanto a *política* é uma constante milenar, com ou sem Estado (o Estado “propriamente dito”); e há quem entenda que a política, correlato do *poder*, representa um “universal da cultura”, mais do que o Direito.

A referência ao poder e ao direito corresponde, sob uma perspectiva histórico-filosófica, à alusão ao Estado e à justiça, ou ainda, ao Poder e à Ética. Há milênios se tem pensado sobre estes dualismos paralelos, inclusive na teorização sobre o fundamento da lei: fundamento e conteúdo (13). O contraste entre poder e ética, que é ao mesmo tempo uma complementaridade, pode ser analisado a partir da consideração do binômio *ethos* e *kratos*, dois expressivos termos herdados dos gregos.

Para Hegel o Estado e o Direito (em cuja distinção não se deteve), eram uma manifestação do espírito objetivo. Mencionei no início a visão hegeliana do advento da *polis*, isto é, da política e da vida jurídico-estatal, como aparição histórica do espírito objetivo. Certos autores, como Ihering por exemplo,

mencionaram por seu turno o processo pelo qual o poder se “domestica” ao contacto com o Direito: o Direito organiza o poder, delimita-o, dá-lhe legitimidade. Entretanto Max Weber, como se sabe, atribuiu ao Estado uma legitimidade intrínseca: o Estado como um ente que “reivindica o uso legítimo da violência”. Esta legitimidade intrínseca e este uso legítimo da violência são, na realidade, um resultado de experiências fundantes, e é certamente um modo de ver, elaborado dentro de pautas culturais situadas, que termina por ver na ordem estatal uma validade que faz parte do seu próprio conceito. Em tudo isto confluem dois otimismoes, o racionalismo iluminista-constitucionalizante e o evolucionismo do século dezenove.

Por sua vez a separação de poderes, que na Idade Média teve outro sentido (que não o moderno), começou a ser tematizada dentro do próprio Estado absoluto por conta do racionalismo sistematizante e distinguidor: no século XVI falava-se (sobretudo na França) da função judicial do rei — o rei *rendant la justice* — e também das “boas leis” que limitam o poder real. Aos poucos emergiu a idéia de uma distinção funcional, capaz de combinar-se com a unidade da soberania (14).

\* \* \*

De um certo modo ocorre que o jogo dos poderes se apresenta correlato das formas de governo e dos regimes. A grande resposta dos jusnaturalistas do século XVII ao absolutismo foi a valorização dos parlamentos (15), que evoluiu no sentido de tornar-se uma teoria do poder legislativo. Em Locke o texto sobre o legislativo é o mais extenso, dentro da visão dos poderes, sendo do executivo apenas instrumental e ficando o judiciário como algo apêndicular. Obviamente corresponderia ao parlamentarismo a adoção de um sistema semelhante. Ao presidencialismo, criado pelos norte-americanos como solução para o problema de existir um governo central em uma república que em momento anterior foi pensada como confederação, corresponderia o presidencialismo. Este em verdade compensado, na América do Norte, por um Congresso forte e por um judiciário bastante prestigiado, o que não permitiu, lá, uma hegemonia do executivo tão carregada como a que teriam os países que imitaram o sistema — nosso país por exemplo.

Certamente a “crise” da separação de poderes, no mundo de hoje, tem conexão com a crise do liberalismo e do racionalismo, que alicerçaram nos séculos XVII e XVIII as formulações *clássicas* da política em termos de democracia ou de “república”. Crise, portanto, do classicismo, que, com o racionalismo (e conforme referi pouco acima) se caracterizou pelas distinções

e pela sistematização: a distinção entre moral e direito, entre direito e Estado, entre o privado e o público (16). A crise dos poderes é do próprio poder, da legitimação e da relação entre funções, cuja “separação” vem sendo questionada desde o século dezanove.

Entretanto os períodos de crise podem ser criativos, ao menos para certos setores. O apelo da crise, que é sensação de desajuste e/ou de esvaziamento, provoca a teorização, solicita reformulações, incentiva o trabalho doutrinário. Temos, deste modo, que as crises nascidas da secularização, e amadurecidas nos séculos XVIII e XIX, condicionaram fermentações ideológicas e levaram ao surgimento dos *ismos*; mas por outro lado favoreceram, na teoria do Direito e na do Estado, a construção acadêmica de disciplinas novas (ou reestruturadas). Juntamente com a revisão dos grandes temas do direito público, incrementou-se a formação de uma teoria do Estado com contornos temáticos redefinidos: vale indicar como referência a de Jellineck datada de 1.900. Poucos anos antes Bluntschli produzira a sua tríade (Teoria Geral do Estado, Política e Direito Público Geral); décadas antes surgira como área específica de estudos a “Teoria Geral do Direito”, programada como disciplina anti-jusnaturalista e anti-metafísica, a serviço de um positivismo jurídico ainda pouco elaborado.

## NOTAS

(1) — Fustel de Coulanges, *La cité antique. Étude sur le culte, le droit et les institutions de la Grèce et de Rome*, 18ª ed., Hachette, Paris 1903, livro IV, caps. III e IV. Cf. também Victor Ehrenberg, *The greek state*, ed. Blackwell, Oxford, 1960, cap. II.

(2) — Para esclarecimentos sobre a terminologia, Jacqueline Bordes, *Politeia — dans la pensée grecque jusqu'à Aristote*. Paris, Belles Lettres, 1982, passim.

(3) — Para mencionar uma opinião dissidente e brilhante: Oswald Spengler, em seu livro sobre o socialismo, onde preconiza um socialismo “profundamente alemão”, opina que a verdadeira origem do Estado moderno se achou na monarquia espanhola, com o “espírito hispano-gótico” do barroco (*Prussianité et socialisme*, trad. E. Gruber, ed. Actes Sud, 1986, págs. 47 e segs.).

(4) — Harold Berman, *Law and Revolution. The formation of the western legal tradition*, Harvard Univ. Press, 1983. — Sobre a evolução jurídica do “Império Romano-Germânico” a partir do século XVI, v. Michael Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne*, trad. M. Senellart, PUF, Paris 1998, Cap. 4.

(5) — Nelson Saldanha, *Secularização e Democracia*, ed. Renovar, Rio de Janeiro 2003.

(6) — Cf. Federico Chabod *La idea de nación* (trad. Stella Mastrangelo, FCE, México 1997), págs. 19 e segs.

(7) — Cf. Bernard Groethuysen, *Philosophie de la Révolution Française* (Galimard, Paris 1956), cap. III, e no mesmo volume o ensaio *Montesquieu*.

(8) — Nelson Saldanha, *Da Teologia à metodologia. Secularização e crise no pensamento jurídico* (ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1993), caps. III, IV e V.

(9) — H. Heller, *Escritos políticos* (seleção de A. Pina, trad. S. Gomez, Alianza Editorial, Madrid 1985), págs. 241 e segs. — Rudolf Smend, *Constitución y Derecho Constitucional* (ed. do Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985), cap. IV, págs. 247 e segs.

(10) — Thomas Hobbes, *Leviathan*, ed. Dent and Sons, Londres — N. York 1937.

(11) — Ver Bernard Bourgeois, *El pensamiento político de Hegel*, trad. Anibal Leal, ed. Amarrortu, Buenos Aires 1972, pág. 71. Cf. Também Guy Planty — Bonjour, “Magisté de l’État et dignité humaine selon Hegel”, em G. Planty Bonjour e R. Legeais, *L’evolution de la Philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale* (PUF, Paris 1991), págs. 7 e segs.

(12) — Nelson Saldanha, *Ordem e Hermenêutica* (ed. Renovar, 2ª edição, 2003) anexo IV.

(13) — Paolo Grossi, *Mitología Jurídica de la Modernidad* (trad. M. Neira, Ed. Trotta, Madrid 2003), Cap. I, sobre lei e justiça na modernidade.

(14) — Gaetano Silvestri, *La separazione dei poteri* (Milão, Giuffrè, 1979), vol. I, caps. IV, V, VI e VII. Este autor assinala, em contraste com o período inicial do Estado moderno, a proeminência da função jurisdicional nos ordenamentos medievais (p. 96).

(15) — F. L. Carsten, *Princes and Parliaments in Germany, from the fifteenth to the eighteenth century*, Oxford, Clarendon Press, 1959.

(16) — Cf. nosso artigo “Sobre o direito civil constitucional (Notas sobre a crise do classicismo jurídico)” em *Revista Trimestral de Direito Civil* (Ed. Renovar, Rio de Janeiro), ano 2, vol. 9, março 2002.