

MODERNIDADE E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

NELSON SALDANHA

Tratarão, estas breves páginas, da relação entre a Teoria da Constituição e a modernidade. A teoria da constituição se construiu dentro dos temas e das motivações contidas no contexto do Ocidente moderno: algo fácil de afirmar e de aceitar, mas que requer e provoca uma série de revisões históricas paralelas. Somente dentro da modernidade ocorreriam aquelas motivações e se desenvolveriam aqueles temas. O próprio termo “moderno” se apresenta relativo, preso às contingências da reestruturação política trazida com o Estado Moderno, e às necessidades conceituais oriundas do Renascimento.

Não será novidade aproximar do conceito de “moderno” o de “secularizado”: com a secularização surgiu (ou cresceu) o racionalismo, mormente se tomamos a este como um *ismo*, como uma vigência histórica extensa e definidora. Com o racionalismo, dentro do qual se achava em potência a burocracia — e com isso estou bastante próximo de um tema de Weber —, vieram as posições críticas na filosofia e na literatura, bem como na teoria política, se bem que por dentro de tudo isto possamos ver algumas ambigüidades que no fundo são próprias das coisas históricas, senão mesmo das humanas. E com o racionalismo preparou-se o prestígio da idéia de *sistema*, que não estava ausente do pensar ocidental no medievo, o medievo das *Questions* e das *Sumas*, mas que com o filosofar de tipo cartesiano se afirmou como uma espécie de categoria fundamental.

Politeia designava, no tempo de Aristóteles, a ordem política ou político-social vigente na *polis*. Equivalia a uma antecipação do que modernamente se chama constituição. Em Roma, *constitutio* aludia freqüentemente a normas administrativas emitidas pelo príncipe, com referência a problemas especiais. Na Idade Média as *cartas* mencionavam acordos envolvendo porções da nobreza em conexão com a autoridade real, ou decisões eventuais do monarca.

Convirá mencionar o advento do “Estado moderno”, o qual, além de traduzir uma nova experiência referente às estruturas do poder, correspondeu a um novo entendimento dos valores sociais e políticos. O Estado moderno expressou a secularização do poder, que passou a ter sua configuração política moldada pelos marcos nacionais: começavam a sobressair agora o indivíduo e a nação, em lugar do feudo e da cristandade. Expressando a secularização do poder, o novo Estado era burguês: entendo o burguês, historicamente, como protagonista dos processos secularizadores que cresceram na política, na filosofia, na arte, na vida econômica.

Assim como a figura clássica do direito natural, unitária e objetiva, transformou-se no tempo de Hobbes e de Locke em uma alusão aos direitos naturais, subjetivos e reivindicáveis, formou-se na experiência política do século XVII esta antinomia que afinal era uma complementaridade: a antinomia entre, de um lado, a criação do Estado moderno, alimentado por um poder que se intitularia absoluto (*solutus ab*), e de outro a criação dos direitos, ligada ao aparecimento histórico do indivíduo e da subjetividade.

* * *

Ligada também ao aparecimento da idéia moderna de *constituição*. Seu desenho básico parece ter revelado a percepção sumária mas profunda daquela complementaridade: de um lado o Estado, isto é, a estrutura assumida pelo poder, ou melhor, dos poderes, e de outro a presença dos cidadãos, dos homens como referência política; os cidadãos e seus direitos, razão de ser das *garantias*. A constituição mesma era uma primeira garantia, que se pretendia vigente sobre os próprios poderes, vale dizer, sobre o próprio Estado. O poder autolimitado, bela imagem que o liberalismo triunfante encamparia, mas que antes disso foi um corolário da própria definição constitucional do poder. Neste ponto atingimos o tema de adaptação do *poder* ao *direito*, no sentido da expressão “domesticação do poder”, usada por Ihering, ou da “juridificação do poder”, conforme outros autores.

Convém observar que esta conversão do poder em algo previsível, dentro das estruturas jurídico-estatais, ocorreu certamente em outros contextos, onde quer que alguma norma, mesmo costumeira, tenha atuado neste sentido, e mormente onde algum texto normativo tenha sido criado para tanto. Mas no Ocidente moderno, em especial no período chamado iluminista, a imposição do molde jurídico ao poder se deu dentro de uma discussão política específica, porquanto um dos resultados da secularização foi a implantação de um inter-

minável debate sobre formas de governo e sobre funções estatais. Um debate cheio de confrontações e conceituações.

O advento do conceito moderno de constituição verificou-se dentro deste debate. Já predominava a idéia do *direito escrito*, e ao lado dela a ideologia da *lei*, que não foi inventada por Jean-Jacques Rousseau, mas transformada por ele em componente fundamental e indispensável da vida das nações. O direito não-escrito, que teria sua defesa pela voz de Edmund Burke, ficaria, para a corrente dominante que era então a francesa, como algo ultrapassado. A constituição teria de ser uma lei, na verdade a *lei*, que expressava a própria racionalidade política. Ela faria parte, para utilizar a expressão que aparece no título de um livro de Jean Starobinski, dos “emblemas da razão”.

* * *

A modernidade da figura do Estado, o Estado como realidade e como conceito, vinculava-se assim ao ideal secularizado do *direito escrito*, que viria a completar-se com o ideal do *sistema*, depois que Kant preconizasse a forma sistema como algo necessário para as ciências e para a própria filosofia.

A “modernidade” do Estado moderno, que estava no tipo de Estado esboçado desde Frederico da Suábia na Sicília, bem como nos reinos francês e inglês desde mais ou menos o século XIII, revelou-se com a própria evolução do termo: Dante tinha falado, *en passant*, em “*stato franco*” (no sentido de Estado livre), e em Maquiavel, bastante depois, o *stato* era uma realidade que ele classificou em repúblicas e principados. Tal modernidade assumiu dimensão doutrinária maior depois de Bodin e sobretudo depois de Hobbes: este com a análise do “soberano” capaz de absorver as existências individuais e de dar a elas uma verdadeira dimensão política.

Seja permitida, porém, uma outra digressão histórica. Embora produzidas por uma mesma base ou um mesmo modelo, no caso a idéia do direito escrito, as *constituições* e os *códigos* representaram duas intenções político-jurídicas distintas. Aquelas, vindo de antecipações bastante características (inclusive a sempre citada Carta inglesa de 1215), traduziam impulsos revolucionários e mutações ideológicas expressas; estes, comprometidos com as alterações da vida privada, tiveram relação com transformações metodológicas na própria ciência jurídica. Com esta duplicidade de motivações, as constituições e os códigos consagraram a velha dualidade romana, a clássica divisão do direito em público e privado, da qual sempre se fala mencionando Ulpiano. As legislações antigas em geral não formalizaram em seu texto uma divisão interna, embora ela existisse na diferença entre as matérias reguladas, o que

permite aos leitores modernos, utilizando determinadas categorias, encontrar nelas matéria política, matéria penal, matéria administrativa ou processual.

De fato somos, os ocidentais modernos, criaturas epistemológicas e textualizantes, e explicitamos, no direito escrito, delimitações e compromissos que antes não preocupavam o legislador. Somos hermenêuticos.

* * *

Escreveu Ortega, em certo passo de *El Espectador*, que nada é tão antimoderno com o castelo, referencia central da medievalidade. De fato a época dos castelos foi a das cartas feudais. O moderno, como conjugação do antropocentrismo trazido pelo Renascimento e da secularização que alimentou o laicismo e o racionalismo, requereu um Estado leigo e uma teoria política racional. Daí proveio a necessidade de uma *constituição* entendida como lei específica, que entretanto não escaparia de algumas dificuldades: um texto destinado a estruturar o Estado, organizando poderes e garantias, mas sujeito às trepidações doutrinárias e às pressões da opinião.

Quero acentuar, contudo, a relação entre a presença da constituição (e portanto a figura do Estado Constitucional) e a construção da idéia de *ordenamento*. Séculos antes o conceito de *regnum* absorvia o de Estado; depois houve alusões à lei e ao poder de legislar, e com isto a figura de uma ordem específica. A idéia do ordenamento jurídico surgiu com base nas referências seguintes. Desde logo a figura da nação, suporte histórico do próprio Estado, este entendido como “monarquia” nas obras dos juristas medievais (inclusive os ingleses, como Bracton e Fortescue) A nação como base do próprio poder constituinte na reflexão imperecível de Sieyès. Depois a idéia de *lei*, extraída da alusão às “leis do reino” (*les lois du royaume* no famoso episódio de De Harlay) e tornada, na linguagem metafísica de Rousseau, pedra de toque de toda legitimidade: este um item essencial. Logo a noção de constituição, que o autor do *Contrato Social* ainda usava em sentido material, aludindo ao regime sócio-político, e que no fragor da Revolução assumiu o significado de ordem política peculiar e ao mesmo tempo de lei especial. Segundo se afirmava na Declaração de 1791, “não tem constituição” a sociedade onde não vigore a separação dos poderes, nem se achem garantidos os direitos.

Com a noção de *ordenamento* cobrariam vigência, a partir da grande mutação pós-revolucionária, a exigência de unidade para o direito positivo e também a noção de fontes, esta delineada, no século XIX, com base na alusão à hierarquia das leis. Como se vê, itens que se desdobram e se reencontram.

A consolidação da idéia de ordenamento, paralela à de direito positivo, evoluiria para a conjugação dos temas da teoria da constituição com os da chamada “teoria geral do Direito”. Deste modo temos visto a convergência da parte geral de cada um dos grandes ramos do direito para um enlace temático com aquelas duas *teorias*. E é possível que um dos elementos daquela conjugação e desse enlace venha sendo a referência aos *princípios*, um conceito que não poderia ter surgido para o vocabulário jurídico antes do século XIX (se bem que Montesquieu tenha falado de princípios, ao tratar das formas de governo).

Pode-se ver nos modos mais recentes de tratar da constituição uma crescente ênfase sobre sua dinâmica a sua processualidade, mais do que sobre formas e pressupostos. Como se a lei maior, assim como o próprio ordenamento, estivesse valendo mais como um conjunto de “ocasiões” normativas, ou de ensejos, do que como estrutura. Creio que em parte isto tem enriquecido os debates, mas só em parte; e que é preciso compreender o *corpus* constitucional como uma construção feita para durar e como um programa experimental, “constituição aberta” qual dissera Jurgen Seifert. A constituição norteamericana, aliás, vem apresentando desde suas origens algo semelhante a isto. E penso que ao tema se aplicaria a distinção spinoziana entre *natura naturans* e *natura naturata*: a constituição como ordenação e como demarcação para ordenações complementares.

* * *

Tudo isso nos encaminha para a problemática da hermenêutica. É certo que o aprofundamento desta problemática se deveu em grande parte ao influxo do livro *Verdade e Método*, de Hans-Georg Gadamer, publicado em 1960. O mesmo ano em que Kelsen lançou a versão revista e ampliada de sua *Teoria Pura*. A reflexão sobre hermenêutica tinha sido feita pelos românticos alemães, marcadamente por Schleiermacher, desde meados do oitocentos, mas no século vinte a obra gadameriana pressupôs o historicismo delineado por Dilthey, bem como o fraseado heideggeriano sobre o círculo hermenêutico.

Em Kelsen, formalista e positivista, não houve espaço para a história nem para a hermenêutica, tendo sido reconhecidamente breve a parte da *Teoria Pura* concernente à interpretação. Mas também em Carl Schmitt, que representou em muitos aspectos o oposto de Kelsen, não ocorreu uma abordagem expressa, nem suficiente, da hermenêutica.

Foram as dúvidas e os questionamentos posteriores à Segunda Guerra (1939-1945) que levaram a um reexame hermenêutico do direito constitucio-

nal, fundado sobre a filosofia hermenêutica, mas também expressador das perplexidades de uma ciência jurídica saturada de disciplinas metodológicas e de derivações axiológicas. Uma ciência jurídica posta entre o juspositivismo adstringente e as exigências de revisão, de que as conotações ideológicas não estão ausentes.

Evito usar o termo “pós-moderno”, que me soa ambíguo e artificial, mas é inegável que uma certa *malaise*, que afeta os espíritos nesta virada de milênio, atinge nossas inseguranças e traz às mentes a idéia de declínio do ocidente, que é paralela à de crise e que se une às cobranças éticas que se avolumam no mundo de hoje. Estas cobranças se acham também, já se vê, nas tematizações mais recentes do direito constitucional.

--oOo--

“O bom ladrão salvou-se. Mas não há salvação para o juiz covarde.”

RUY BARBOSA
Obras Completas. “A Imprensa”,
vol. XXVI, T. IV, pág. 185, 1889.