

DIREITO CONSTITUCIONAL E FILOSOFIA. UMA AVALIAÇÃO EM PERSPECTIVA HISTÓRICA

NELSON SALDANHA

“O constituinte ama, como utopista, a ordem da razão e a sua perfeição projetada obre a cidade.

Daí surge um mundo racional, o constitucional, oposto ao tenebroso passado de desordem, injustiça e irracionalidade” (Paulo Ferreira da Cunha, *Constituição, Direito e Utopia*, Coimbra, 1996, pág. 371.)

A abordagem de um tema como este certamente envolve, para utilizar uma expressão sempre recorrente, a necessidade de rever conceitos. É com isto revisitar idéias e obras, reconsiderar conexões, reexaminar fundamentos. Trata-se de um balanço histórico, que não pode estar desprovido de um vigilante olhar filosófico. Obras, conexões e fundamentos são antes de tudo realidades históricas.

É evidente que a revisão em causa afeta e conota a dimensão cultural daquelas realidades; e, igualmente, que o legado de cada época deve aparecer como um *momento* dentro de um largo processo. Aquilo que hoje qualificamos de histórico consiste, efetivamente, em algo que na visão dos pósteros se tornou *exemplar*: tornaram-se exemplares (e portanto clássicas) as colunas gregas e as pirâmides egípcias, as “navegações grandes que fizeram” e a alusão à “fé e o império”.

Não demorarei a propósito de clássicos e de exemplaridades, temas de que tratei em textos outros. Mencionarei contudo, quase um habito docente, o pensamento de Platão, com seu arqui modelar projeto filosófico-político-pedagógico, e igualmente o de Aristóteles, sistematizador e reformulador. E em torno de ambos a rica experiência grega, que nas exposições modernas gira sempre em torno da *polis* e da *politeia*. Não se dirá que a política nos séculos

V e IV AC foi exatamente a conseqüência prática de uma formulação filosófica, mais ao menos se pode pensar que o mesmo contexto histórico-cultural que propiciou a política grega produziu a filosofia jônica e a eleática, inclusive com o hierarquismo contido no sistema platônico e com a teoria aristotélica do “lugar natural”. Como acentua Carlos Moyá, “a constituição política de Clístenes e a cosmologia física de Anaximandro se correspondem sistematicamente”. Devo alíás anotar, aqui, que Antero já escrevera frases semelhantes, e que Spengler incluiria este modo de ver em seu grandiloqüente painel histórico. No caso de Roma, que pertenceu ao mesmo orbe cultural grego, teve-se o fortalecimento da dimensão vertical do poder, bem como um espécie de tratamento mitológico da própria cidade, inclusive através da literatura, sobretudo com a *Eneida*, que legitimou o império e fez do latim um instrumento de perenização da urbe.

A experiência ocidental propriamente dita, além de recolher a herança grega e romana, assim nas idéias quanto nas formas de vida, assimilou o contributo judaico-cristão e o dos povos autóctones. Também não me demorei sobre isto. Mas quero expressar que a sucessão de momentos na historia tem formado uma acumulação na qual, como Hegel deixou exposto, se tem a “superação” dos estágios um pelo outro e ao mesmo tempo a respectiva conservação.

Quero igualmente ter em vista o processo chamado de secularização (ou de laicização) histórico-cultural, que como se sabe ocorreu no mundo grego a partir do século VI e V AC, e também no Ocidente a contar do século XV ou do XVI. Secularização como perda ou enfraquecimento dos padrões teológico-religiosos na cultura e na sociedade, e gradativo fortalecimento da dimensão racional: um processo que teve ligação com o chamado Renascimento, com a consolidação da vida urbana e do capitalismo. É relevante mencionar esse processo, porque com ele mudaram de sentido as relações entre a filosofia e a teoria política: passou-se da imagem religiosa do poder (*omnis potestas a Deo*) para uma visão imanante e antropocêntrica. Aos poucos se passaria, para utilizar o subtítulo de um recente livro de Michel Sennellart, “do *regimen* medieval ao conceito de governo”. E esta passagem, complexa além de lenta, envolveu diversos conflitos sociais e também, obviamente, mutações doutrinárias, que a seguir abrangeriam a um tempo o advento do cartesianismo e a caracterização do empirismo inglês, mormente com John Locke e com Francis Bacon — contraposição que se repetirá nas diferenças entre as idéias de Edmund Burke e a metafísica da Revolução Francesa.

A contraposição política entre ingleses e franceses implicou sem dúvidas duas visões diversas da sociedade e dos homens, e se projetou sobre dois

diferentes modos de conceber o Estado e a Constituição: de um lado o Estado conceitualmente monárquico e entretanto parlamentar, com uma “constituição” dita costumeira, e do outro o Estado pós-feudal banhado de racionalismo e de ânimo polêmico. Naquele um direito parcialmente consuetudinário e marcado por emblemas históricos, neste um direito sistematizado e posto por escrito, entendido quase intemporalmente como ordem.

A criação do modelo constitucional francês foi antecedida, como se sabe, pela formação dos “Estados Unidos” que poucos anos antes discutiram a alternativa entre confederação e federação, estruturando o regime federal dentro de uma constituição latônica e deixando para os Estados-membros e suas respectivas constituições a regulamentação de diversos problemas. A velha constituição quase inglesa quase não entrou naquela obra, fruto do racionalismo e das leituras clássicas dos *fathers*, mas o acendrado pragmatismo britânico entrou. Além, anote-se da religiosidade puritana, de então para hoje estudada por tantos autores.

Vale recordar que na chamada Idade Média não houve, segundo entendem muitos autores, a diferença entre direito público e direito privado, que em geral vigora quando existe um Estado definido e que ressurgiria quando do constitucionalismo na área continental-européia. A teoria do Estado e a teoria das formas do governo, bem como o “direito público” em seu conjunto, eram tratados mais pela filosofia política do que pelos juristas propriamente ditos: os juristas divididos em civilistas e canonistas, mais do que em privatistas e publicistas, como ocorreria depois. Essa distinção entre privatistas e publicistas, logo apoiada pelas alusões da doutrina a um direito público e outro privado, caracterizou claramente a presença de um Estado, que a rigor não existira durante a Idade Média. Bernard Groethuysen estudou, em poucas mas notáveis páginas, em seu livro *Filosofia da Revolução Francesa*, a reorganização política e social da França através de um direito público fundado sobre o direito natural e de um direito privado fundado sobre a propriedade e o direito romano.

Na verdade a experiência histórica das revoluções liberais, às vezes ditas respectivamente burguesas, não foi simples repetição de formas vividas pela polis grega, pelo senado romano. Foi um correlato da secularização e do iluminismo ocidentais. Equivocavam-se portanto, ou ao menos exageravam, os companheiros de juventude de Hegel, e ele também, quando viam na Revolução Francesa a restauração da cidade antiga. Até porque, no grande movimento integrado por Danton e Robespierre, não faltou um ingrediente utópico. Em uma passagem de seu genial ensaio “Topia y utopía”, Eugénio Imaz registrou um ponto de contato entre Rousseau e Platão, quando o pensador do Contrato

Social, contrapondo a *volonté générale à raison di stato*, resgatou a figura da comunidade contra a opressão da sociedade; registrou ainda Imaz o forte elemento utópico na teoria da república-númeno de Kant, que a ser ver já antecipava a distinção entre natureza e cultura, adotando, na passagem do mundo físico ao mundo histórico, a hierarquia (alias vinda de Platão) entre o sensível e o inteligível.

Importará sublinhar que em Kant se completou a primeira linha de pensamento liberal moderno, com a visão do direito como organização das liberdades e com o convite ao saber crescente e aberto (*sapere aude*). Em Comte, como sabemos, viria o saber como correlato da autoridade e com isso um novo despotismo esclarecido — este aliás um ideal sempre presente nas formulações ideológicas do Ocidente.

A estas alturas podemos retomar as referências à Constituição. A Revolução, por voz de Rousseau, fundamentou sobre a vontade geral a obrigatoriedade da lei, da qual deveria conceitualmente a da constituição, que os norteamericanos haviam pouco antes definido como lei suprema, *paramount law*, e que os franceses, na declaração de 1791, afirmavam consistir basicamente na separação de poderes e na garantia dos direitos. Ao fixar esta sagrada ossatura, o sistema de poderes e o dos direitos, e ao vincular a constituição (como toda lei) ao alicerce da vontade geral, os revolucionários a um tempo colocaram e resolveram o problema das relações entre legitimidade e legalidade. Não cancelando aquela ou fundindo-a nesta, como fariam os formalismos do século vinte, nem tingindo os conceitos com as oscilantes cores das ideologias, mas pensando o problema do geral dentro da ordem jurídica: a ordem justificada pela base ontológica e instrumentalizada pela expressão da vontade.

Todas estas coisas, porém, e com isto torno a enfatizar um ângulo especial do tema, pressupuseram o processo de secularização. Era realmente, o dos homens que criaram o constitucionalismo, um mundo novo: ocorrera a chegada dos brancos às Américas, da qual resultavam várias novidades políticas, econômicas e antropológicas; ocorrera a etapa dita absolutista do Estado moderno, correlata de configurações doutrinárias como a razão de Estado, as utopias renascentistas e o Leviatam de Hobbes.

Entende-se, assim, que a teoria da constituição trazida pela revolução, com base na teoria rousseauiana da lei, constituiu sob certo aspecto em passar de uma sacralidade a outra. A vontade comunitária aparecia agora junto com os conceitos de povo e de nação, que não existiam (ou quase) ao tempo dos feudos e da aristocracia, quando a dimensão comunitária valia como ligação direta entre o monarca e os súditos.

Vale advertir que não faltaram, desde o *essor* das revoluções, movimentos e posições em sentido contrário: no caso o conservadorismo de Rivarol e de De Bonald, na própria França, bem como, logo a seguir, o de Benjamim Constant. Nem deixaram, certos autores, de constatar nas formas constitucionais a influência da Teologia, como o fez Carl Schmitt em seu célebre *Politische Theologie*, de 1922. E como aliás o fizera também, em 1888, no Recife, Tobias Barreto, para o qual as “teorias correntes, relativas ao supremo poder do Estado”, contêm no fundo um “sentimento de ortodoxia”.

* * *

Um olhar incisivo sobre as trajetórias doutrinárias, dentro do Ocidente, revela em realidade mais de uma linha. Uma delas, que veio do mundo latino e do direito romano, através da época bizantina, com a imagem de uma fé acoplada ao saber e à sacralidade do poder. Outra com as marcas do mundo germânico, passando pelo direito inglês que durante o medievo se estruturou como um sistema peculiar, e pelo modelo político feudal. Outra ainda, a do racionalismo escolástico, refeito e reentendido a partir do século XVII pelo racionalismo cartesiano, do qual em grande parte viriam o iluminismo e o cientificismo.

* * *

No século XX confluem os positivismo (filosóficos e jurídicos), bem como os logicismos; o bergsonismo se constrói como uma espécie de evolucionismo espiritualizante, e a fenomenologia como uma nova disciplinação formal do pensamento. A teoria dos valores, oriunda do néo-kantismo ainda oitocentista mas inteiramente viável no novecentos, influi sobre as ciências sociais, sobre a problemática jurídica em especial. Ocorre o que alguns chamariam “releitura” das grandes correntes: na verdade, durante a onda de inovações e de fracionamentos doutrinários, uma coisa que permaneceu no século passado foi precisamente a necessidade de revisões e de reexames.

Nos domínios do direito, o egrégio problema da interpretação — e também o do direito natural — provocaram reflexões de grande importância. Assim com o início da crise dos códigos e do ideal de sistema: quebrou-se o padrão pandectístico, iniciado nos tempos de Savigny e de Ihering; entrou em crise o modelo conceptualista do saber jurídico; surgiu o pragmatismo radical do *freie Recht*. Durante o século XX o tema do direito natural, já enriquecido desde os tempos de Locke com a alusão aos direitos naturais, estendeu-se e

complicou-se com o advento dos direitos humanos e dos ditos “fundamentais”. Na transição, tempo de revisões e de sutilezas, o propósito do “direito livre” conjugou-se ao sociologismo de Eugen Ehrlich e à versátil teoria dos valores. Mais convergência do que ecletismo, resultou deste encontro uma série de suspiciões conceituais, alimentadas pela disciplina neokantiana e pelo apuro fenomenológico (ambas as coisas, aliás, presentes na *Teoria Pura* de Kelsen). Entretanto latejava a insistência da busca de fundamentos: fundamentos como conexão com camadas mais fundas.

Esta busca foi um apelo à história dos conceitos, que já se encontrava em Hegel e na heterogênea obra de Croce, mas também em Dilthey, minudente e profundo, como estaria em Ortega sob a forma de algumas sacudidas conceituais. Daquele apelo viria também, a partir de meados do novecentos, o movimento hermenêutico, principalmente após o livro *Wahrheit und Methode* (Verdade e Método) de Hans-Georg Gadamer. O êxito dessa obra pressupôs e ao mesmo tempo alimentou a hermeneutização do pensamento filosófico, iniciada desde os tempos de Schleiermacher e de Schlegel.

Veio ocorrendo também, como se sabe, dentro do pensamento universitário ocidental, a crescente conjugação dos problemas do Direito Constitucional com os da Teoria Geral do Direito: passou-se da Teoria clássica da interpretação, ligada ao modelo de Savigny, que no primeiro volume do seu *Sistema* falava dos quatro elementos da interpretação (o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático), ao modelo gadameriano, fundado em boa parte sobre Dilthey e Heidegger, e portador de conceitos como o de horizonte e o da compreensão.

A junção da Teoria Geral do Direito com a parte geral do Direito Constitucional tem tido como um de seus correlatos o advento, talvez localizado e passageiro, do chamado direito civil constitucional, ligados aos ensinamentos de Perlingieri, e no fundo vinculado aos novos modos de ver o próprio ordenamento jurídico, e de ver ou rever as antigas lindes entre direito público e direito privado. Falo disto, porém, sem ignorar que estes temas — o ordenamento e a distinção ou relação entre público e privado — não ocorrem com a devida presença nos autores mais recentes, embebidos e imantados por questões outras, mais presas à lógica e à teoria da argumentação.

Com isto aludo também ao chamado realismo constitucional, em cujo conteúdo pode-se ver um impreciso retorno ao juspositivismo, por conta desde logo de uma visão antimetáfrica e não-filosófica do direito, sem embargo de uma visão crítica, isto é, não legalista, da norma constitucional. Na Verdade existe hoje, isto é, nos decênios mais recentes, um impasse ou ao menos uma relação ambígua entre o justopositivismo legalista, de ilustre raízes no século

XIX, e as teorias da interpretação que datam de meados do XX: inclusive o que denominei, certa feita, de jusnaturalismo hermenêutico.

* * *

Retornemos contudo ao tema da secularização, aflorado desde o início. De fato já não temos, a estas alturas da longa experiência jurídica ocidental, nenhum Estado com fundamento teológico; os que ainda existem estão no Oriente Médio e no mundo islâmico. Ocorrem porém formas eventuais de sacralidade em certas coisas, uma sacralidade como que residual que só remotamente reflete o teologismo medieval. Além de resquícios que podem de certa forma, ser encontrados em determinados institutos jurídicos, como a irretroatividade da lei ou o princípio da boa fé.

Sob certo aspecto, e já falamos disto, a seqüência de formas políticas no Ocidente moderno parece realizar, *impliciter*, alguma coisa da *Aufhebung* hegeliana. Tal como na Grécia a substituição das estruturas iniciais pela constituição democrática a partir de Clístenes, assim a superação da ordem feudal e aristocrática pela monarquia absoluta, depois o cancelamento desta pela republica constitucional. Como se sabe, Aléxis de Toequeville foi dos primeiros a registrar a permanência dos componentes administrativos do *ancien regime* mesmo dentro do Estado constitucional pós-Bastilha. Importa considerar a conscientização de tudo isto pelo pensamento filosófico europeu, não somente por parte dos primeiros teóricos franceses, como Sieyès por exemplo, mas também pelos críticos da Revolução, senão ainda pelo próprio Hegel, em seu estudo sobre a Constituição da Alemanha. Conscientização que prosseguiu na etapa seguinte, com novas cumulatividades, com a passagem do Estado liberal ao “social” sem prejuízo da persistência da ossatura constitucional. Caberia aqui uma palavra sobre a importante crítica de Carl Schmitt ao Estado liberal, que deixaremos para outra ocasião.

* * *

De certa forma, e conforme já referido, os dois grandes caminhos, dentro de nosso tema, foram a passagem da teologia e do Estado absoluto ao Estado secularizado e à “metafísica crítica” de Rousseau, e também o trânsito do apego clássico às estruturas e fundamentos ao entendimento hermenêutico dos conteúdos e das conotações. A estes, aliás, mas aí entra outro ângulo, sucederia no século XX a valorização dos procedimentos e da linguagem, de resto frequentemente exagerada. A este ângulo vem correspondendo um outro tema,

seu correlato, o da ênfase sobre o papel do judiciário e sobre o trabalho dos juízes, por sinal antecipada desde 1957 no livro *Von Gesetzesstaat zum Richterstaat* (Do Estado das leis do Estado dos Juízes), de René Marcic.

De tudo isto gostaria de reter a alusão à hermenêutica. A referência de Montesquieu às leis como relações derivantes da natureza das coisas veio a substituir a idéia teológica das leis como obra divina: com a secularização o homem “cai” para dentro, da sociedade ou de si próprio; e as relações internas, que são agora a sua realidade, encontra a vontade geral que se expressará pela lei. Do mesmo modo o entendimento das leis, da constituição inclusive, já não se fará com alusão à transcendência, mas como o apoio de uma compreensão, de uma hermenêutica que será a um tempo histórica e axiológica. Menciona-mo-lo acima.

A obra de Gadamer, já referida, deu expressão integral a uma tendência que, como dissemos, assomou no espírito do Ocidente desde o idealismo alemão e desde as primeiras formas de interpretação, com a Escola francesa da Exegese: sempre se cita a frase irritada de Napoleão, que via nos modestos comentários de Malleville e de Toullier uma ameaça ao *seu* código.

Na verdade as novas formas de ver, trazidas desde o século XVII pela secularização, incluíram a idéia de que o plano institucional da vida dos homens é composto de coisas que jamais estão acabadas. Assim o regime político e o econômico, assim a ordem jurídica. Daí a experiência constitucional refazendo-se sempre, sempre questionada e sempre inconclusa. Na transição para o século XIX, Hegel entendeu a filosofia como política, e vice-versa: ambas como história e como conceito.

Na transição para o século vinte e um, o pluralismo que ocorria no domínio filosófico correspondeu ao que existia no panorama político. Ou que deveria existir, fosse maior a tolerância, ou melhor, a flexibilidade das grandes potências e menores os problemas estruturais dos países mais pobres. Com o que se vem chamando globalização, as desigualdades continuam como no tempo de Gengis Kan, ou no de Theodore Roosevelt. E com isto o pensamento jurídico e constitucional segue dependendo de conceitos centenários, senão milenares. O que é bom por um lado, por outro nem tanto, e desta dualidade resultam novos desafios doutrinários.

Somente com uma reavaliação histórica que inclua a experiência constitucional em sua relação interna entre fundamentos e aplicações, se poderá reintegrar em cada caso a realidade jurídica com os ideais doutrinários, e do mesmo passo revitalizar o pensamento crítico em sua concreta função existencial.