

CONSTITUCIONALISMO LIBERAL: SINGULAR OU PLURAL?

Este capítulo irá mapear os princípios jusnaturalistas e iluministas, matrizes ideológicas e jusfilosóficas do pensamento constitucionalista moderno. A análise dessas origens permitirá o entendimento dos marcos teóricos que fundamentaram as concepções sobre os direitos individuais e a separação dos poderes, dois pontos basilares do constitucionalismo liberal europeu do final do século XVIII e século XIX. Esse quadro histórico mais amplo dará inteligibilidade ao objeto central da atual pesquisa que é a formação do Poder Judiciário sob o constitucionalismo liberal, que chegou ao Brasil como uma experiência política do período pós-Independência.

O período da história européia conhecido como Idade Moderna foi marcado por grandes transformações sociais e por uma nova antropologia, que exigiram uma ampla mudança nas relações jurídicas, tanto no âmbito do direito privado, quanto do direito público. O desenvolvimento do mercado mundial em bases capitalistas interveio no direito contratual e das obrigações; o fim da unidade cristã deu início à luta pela tolerância religiosa e liberdade de culto, um dos direitos naturais racionalistas, conquistado constitucionalmente; a monopolização da produção jurídica pelo Estado absolutista fez surgir os primeiros traços legalistas, estatistas e positivistas do direito, característicos do século XIX; e a preeminência de uma antropologia individualista definiu um novo princípio na filosofia do direito, o contratualista.

No século XVII, o Jusnaturalismo ressurgiu, afirmando valores individuais que deveriam pautar as relações entre o cidadão e o Estado. No século seguinte, sobre essa base jusnaturalista, construiu-se o Iluminismo, que combatia a estrutura política tradicional da Europa, e o sistema medieval de submissão à tradição e aos costumes, dando suporte ideológico à ordem liberal, burguesa e capitalista que rompeu com o Absolutismo, e se consolidou como sistema político dominante no Ocidente, nos séculos XIX e XX. O constitucionalismo que se construiu sob essa ordem garantiu direitos naturais individuais, ainda que incluída a propriedade dentre eles, e freios ao despotismo por meio da instituição da separação dos poderes do Estado. Entretanto, esse combate ao absolutismo monárquico não garantiu a condução automática dos Estados constitucionais a governos democráticos, como alguns autores defenderam. A

relação entre constitucionalismo e democracia não se deu de forma linear e muito menos pacífica.

Outras relações que se constituíram sob o constitucionalismo liberal também não se deram sem tensões: como, por exemplo, a sua relação com os dois conceitos de liberdade, a “dos antigos” e a dos “modernos”; um novo conceito de nação; e o poder constituinte. Essas questões, extremamente relevantes para a formação do constitucionalismo europeu, também o foram para o brasileiro, no momento de formação do Estado independente e, até hoje, são temas de debates acalorados em meios acadêmicos e intelectuais.

O tratamento metodológico desse primeiro capítulo foi desenvolvido a partir de uma aproximação maior com a metodologia de trabalhos acadêmicos jurídicos em que se mesclam autores de diferentes épocas, na construção da melhor argumentação para a defesa das posições tomadas. A formação histórica e jurídica da autora dessa tese levou-a a enfrentar esse aspecto como uma questão polêmica. A pesquisa histórica remete o pesquisador a um contato restrito com autores que viveram na época analisada, incluindo autores contemporâneos apenas na crítica historiográfica. Na medida em que a principal proposta metodológica dessa tese é uma abordagem multidisciplinar, especialmente nos campos da história política e da história do pensamento e instituições jurídicas, optamos por adotar uma metodologia que contemplasse a perspectiva da análise de autores a partir do século XVII, estabelecendo um diálogo mais contemporâneo com temas do liberalismo constitucional, em autores como Charles Walzer e Jürgen Habermas, dentre outros.

O constitucionalismo liberal iniciou-se nos Estados Unidos da América, com a Constituição de 1787, mas foram as Constituições francesas, do período revolucionário, e, sobretudo a da Restauração, de 1814, que marcaram o constitucionalismo disseminado na ex-colônia da América portuguesa, o Brasil, no século XIX, a partir do qual será analisada a constitucionalização da Justiça no Brasil, objeto de investigação dessa tese.

1.1 JUSNATURALISMO

O jusnaturalismo moderno surgiu no século XVII, e permaneceu como fundamento jurídico do iluminismo no século XVIII, mas a distinção entre direito natural e direito positivo vem desde a Antigüidade grega. A questão que se apresentava para o pensamento grego era a relação entre o direito e a idéia de uma justiça perfeita. No período arcaico, essa idéia estava associada ao divino, mas ao surgirem os primeiros fisiólogos (Tales, Anaximandro e Anaxímenes) deu-se a passagem de um paradigma divino a um paradigma “físico”, “da natureza”. Essa passagem ocorreu de forma sutil, pois o divino ainda era um atributo daquilo que existia. A transformação se completou quando os conceitos de *physis* e *nomos* passaram a ter um sentido abstrato de “natureza” e de “convenção” ou “lei”.

Nesse sentido, foi fundamental o apporte trazido pelos sofistas ao distinguirem conceitualmente o que era necessário e o que era eventual nas sociedades humanas, diferenciando *physis* e *nomos*. Essa distinção permitiu-lhes levantar a questão de como e por quê os habitantes da *polis* deviam respeitar o *nomos*, e levou-os a identificar a superioridade do direito natural sobre o positivo.¹ Hippias afirmava que, por natureza, os homens eram todos iguais, mas, pela lei, havia surgido a separação entre eles e a desigualdade das fortunas.

A partir dos sofistas, a distinção conceitual entre direito natural e direito positivo passou a fazer parte das preocupações jusfilosóficas dos gregos, não somente em textos teóricos de Platão e Aristóteles, como também em textos literários, dentre os quais o mais conhecido é Antígona, que compõe a clássica trilogia de Sófocles. Em um diálogo com seu tio, o rei de Tebas, Antígona, a filha de Édipo, faz emocionada defesa da superioridade da lei natural sobre a positiva, pelo fato de sua origem estar ligada à vontade dos deuses e aos ensinamentos dos antepassados. Em uma passagem da “Retórica”, Aristóteles citou Antígona e demonstrou preferência pelo direito natural, ao atribuir-lhe uma perenidade que não encontrava no direito positivo:

¹ Autores como Ernst Bloch (*Droit naturel et dignité humaine*) e R. Winton e Peter Garnsey (*O legado da Grécia: uma nova avaliação* – org. Moses Finley) atribuem aos sofistas a diferenciação entre o direito natural e o positivo. Entretanto, outros autores, como Jean-Cassien Billier e Aglaé Maryioli (*Histoire de la philosophie du droit*) identificam em período anterior, entre os fisiólogos, o surgimento dessa diferenciação entre *physis* e *nomos*.

se a lei escrita é contrária aos fatos, será necessário recorrer à lei comum e a argumentos de maior equidade e justiça. E é evidente que a fórmula «na melhor consciência» significa não seguir exclusivamente as leis escritas; e que a equidade é permanentemente válida e nunca muda, como a lei comum (por ser conforme à natureza), ao passo que as leis escritas estão frequentemente a mudar; donde as palavras pronunciadas na Antígona de Sófocles; pois esta defende-se, dizendo que sepultou o irmão contra a lei de Creonte, mas não contra a lei não escrita: pois esta lei não é de hoje nem de ontem, mas é eterna. Esta não devia eu [infringir]...²

Platão e Aristóteles associavam a lei natural ao que é justo. Para Platão, a justiça se manifestava mais por meio do Estado do que do indivíduo. A justiça do Estado era a que postulava: “ninguém faça várias coisas ao mesmo tempo, mas (...) cada um, jovem ou velho, menino, mulher, escravo artesão, dirigente ou dirigido, faça aquilo que lhe cabe”.³ Aristóteles transformou a justiça no fundamento da vida comunitária equilibrada: é justo, o que é proporcional, e injusto, o que viola a proporção. Essa visão aristotélica justificava a divisão da justiça em distributiva e comutativa: a primeira, em que a distribuição é feita socialmente “de acordo com o mérito de cada um”, pois “se as pessoas não são iguais não receberão coisas iguais”.⁴ A justiça comutativa, que Aristóteles chamava de “corretiva”, era aquela que compensava um dano provocado pela violação da lei.

O estoicismo, que se desenvolveu sob o helenismo e defendeu como ideal ético o domínio das paixões, a indiferença aos males, a liberdade, e a igualdade, exerceu uma grande influência sobre o direito romano, que também considerava o direito natural como superior ao positivo. O Imperador Marco Aurélio recebeu uma educação estóica e, em seus escritos, teria aparecido pela primeira vez o princípio de dignidade humana, como característico do direito natural.⁵

O jurisprudente Paulo distinguiu o direito natural do positivo, identificando no primeiro aquilo que era bom e cujo juízo correspondente fundava-se num critério moral, enquanto o segundo identificava-se por ser útil e por se basear em critério econômico ou utilitário.

São Tomás de Aquino, no século XIII, foi quem concebeu a forma mais acabada do pensamento medieval sobre o direito natural, de origem religiosa, fazendo da justiça um ideal que ocupava a mais alta posição dentre as virtudes naturais. São Tomás

² ARISTÓTELES. *Retórica*. Lisboa: Centro de Filosofia da Univ. de Lisboa-Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p. 149. (Col. Biblioteca de Autores Clássicos) Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/24631774/ARISTOTELES-Retorica>>. Acesso em: 21 jan 2010.

³ BLOCH, Ernst. *Droit naturel et dignité humaine*. Paris: Payot, 2002, p. 55.

⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 109.

⁵ BLOCH. Op. cit., p. 30.

retomou o princípio da justiça distributiva de Aristóteles, atribuindo ao Estado a função de ordenar harmoniosamente a coletividade, dando a cada um de seus membros o lugar que lhe cabia. Essa visão, segundo Ernst Bloch, visava criar “uma justiça hierárquica e, consequentemente, de castas (...) [representando] a pedra angular do direito natural medieval, *direito natural da ideologia de uma sociedade orgânico-hierárquica*”⁶ (grifo do autor). Apesar de sua defesa da justiça como o critério mais importante para o direito positivo, São Tomás não identificou tensão entre o conceito de justo e o direito positivo, mas, pelo contrário, para ele, justiça era sinônimo da observância da lei.

Com base no Velho Testamento e em Aristóteles, São Tomás pensou a justiça sempre como um movimento vindo “de cima”. O Estado, na concepção tomista, era concebido como consequência do pecado, com a finalidade de ordenar o estado de pecado. Mas como a ação do Estado era orientada pela justiça, ele era ao mesmo tempo, pena e remédio para o pecado. O Estado deveria exercer o direito positivo sob a égide da Igreja, e não ultrapassar seus limites. Caso eles fossem ultrapassados, São Tomás admitia o direito de resistência, hipótese quase inaplicável, tal o número de restrições ao exercício desse direito.

No início da Idade Moderna, a Reforma protestante rompeu definitivamente a unidade dos cristãos transformando a Europa ocidental em palco de constantes lutas internas e guerras entre as nações. Esse contexto, entretanto, desencadeou um movimento de renovação e defesa do direito natural, inicialmente associado à idéia de tolerância religiosa e de resistência e, depois, convertido em luta pela positivação de direitos de liberdade religiosa e liberdade de consciência.

O reformador João Calvino fez o retorno do direito natural a um estado mais próximo do estoicismo, com uma concepção mais branda desse direito, o que pode ser explicado a partir de sua origem social burguesa. Enquanto Lutero combateu o direito natural de resistência, em sua luta contra a “seita” dos anabatistas, Calvino defendeu certo tipo de direito de resistência, ainda que sob inúmeras condições e apenas exercido pelos magistrados inferiores, quando o poder supremo se degenerasse em tirania, isto é, quando se afastasse dos princípios do direito natural contidos no decálogo. Segundo Bloch, em Calvino podem ser encontrados alguns traços da:

soberania popular, do direito de revolução, do laço constitucional (o ‘povo’ coincide ainda inteiramente com as corporações) (...) Enfim, o calvinismo mais tardio, ao reivindicar a liberdade de consciência e de culto (como um direito natural igualmente

⁶ Ibid., p. 58.

derivado do decálogo, com suas reinterpretações correspondentes) preparou o caminho para os futuros direitos do homem; aí se encontra uma raiz teórica do direito natural ulterior, puramente racionalista (o do direito do homem).⁷

Frente a essa visão calvinista, ainda no século XVI, segundo Ernst Bloch, a contra-reforma fez a Igreja de Roma mudar o discurso moldado por São Tomás, pregando que o poder do príncipe era originário do povo, que tinha o direito natural de resistir à opressão e retirar seu mandato, não somente numa ação coletiva, mas também numa ação individual. Alguns teólogos católicos afastaram-se da visão tomista do Estado como instrumento divino de repressão ao pecado, segundo Bloch, para não legitimar os governantes dos Estados protestantes como autoridades representantes da lei divina da opressão.

No final da Idade Média, alguns escolásticos como Guilherme de Occam, Marsile de Padoue e Nicolas de Cues já haviam se aproximado da concepção contratualista. Ao considerarem o Estado como uma assembléia de indivíduos que exerciam sua própria vontade, esses intelectuais medievais afastavam-se do pensamento medieval sobre a formação do Estado.

Mas os teólogos católicos não transformaram a formulação religiosa em uma tese política, como fizeram os protestantes, que conciliaram uma proposta teórica com a prática política, dando origem ao forte movimento do Jusnaturalismo racional do século XVII. Depois de quatrocentos anos de concepção de um direito natural relativo, vindo do céu para a terra, tinha início uma nova era em que a luta se dava pelos direitos públicos subjetivos. O ressurgimento do direito natural no século XVII, em bases racionalistas, foi marcado por um tempo de secularização, em que se aguçou a mentalidade científica, o desprestígio da teologia e sua substituição pelas explicações fundadas no método matemático, e na geometria.

Johanes Althusius foi o mais importante representante do calvinismo político alemão, no início do século XVII. Suas idéias, centradas no contratualismo, pela primeira vez deram ênfase à soberania do povo e ao direito de resistência, ao propor o destronamento do governante que não mais governasse voltado para os interesses da população.

Hugo Grotius, outro pensador calvinista, contemporâneo holandês de Althusius, afirmou a idéia de um direito natural fundado unicamente na razão pura, levando-o a

⁷ Ibid., p. 48.

separar claramente, pela primeira vez, o direito natural racionalista da teologia. Sua concepção do jusnaturalismo afastava idéias do direito natural relativo medieval, como a queda do homem e o legislador divino, que justificavam a visão do Estado como uma autoridade opressora e dominadora.

A concepção jusnaturalista de liberdade de consciência deu início à luta jurídica pela liberdade individual, manifestando-se como parte do processo de estruturação da burguesia como classe social⁸. Os defensores desse direito natural clássico e racionalista, de caráter burguês e revolucionário, passaram a lutar contra o caráter arbitrário e opressivo do poder absolutista. O direito natural do século XVII forjou a igualdade perante a lei e a universalidade desse direito em substituição ao direito hereditário, fundado em privilégios feudais. Nesse contexto histórico, o contrato, que era a principal relação jurídica dos burgueses comerciantes e banqueiros, transformou-se na origem do Estado, sob diversos e diferentes argumentos:

O contrato social une, de Althusius a Rousseau, todos os mestres do direito natural clássico, apesar das diversas expressões da consciência da classe burguesa que se expressam neles. O que há de decisivamente novo, nesta maneira de apresentar a doutrina do contrato social, é o destaque posto na natureza rescindível do contrato.⁹

Na segunda metade do século XVII, teólogos, juristas e filósofos protestantes elaboraram a doutrina da resistência ativa e violenta frente ao poder injusto, cuja primeira manifestação foi a construção da idéia de tolerância. Em seguida, fazendo frente ao reforço do Absolutismo e da intolerância religiosa, desencadearam um processo de afirmação legal da tolerância religiosa.

No plano teórico, Baruch Spinoza, John Locke e Cristiano Thomasius exerceram grande influência no processo de aceitação da tolerância religiosa, que aos poucos foi sendo concebida como um valor em si mesmo até se transformar em um “direito à liberdade de consciência e ideológica”¹⁰.

No plano da prática política, a resistência huguenote à perseguição religiosa deu início a um processo mais amplo de luta pelas liberdades individuais, desencadeado por

⁸ Esse conceito marxista é utilizado na tese a partir da concepção de Edward Thompson, que assim traduziu o processo de “fazer-se” de uma classe social: “A classe acontece quando alguns homens, como resultado de experiências comuns (herdadas ou partilhadas) sentem e articulam a identidade de seus interesses entre si, e contra outros homens cujos interesses diferem (e geralmente se opõem) dos seus”. THOMPSON, E. P. *A formação da classe operária inglesa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 10.

⁹ BLOCH. Op. cit., p. 71.

¹⁰ MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Uma filosofía del derecho en modelos históricos – de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2002, p. 182.

uma burguesia em ascensão econômica que combatia o Estado feudal corporativo e o mercantilismo monopolista.

Thomasius, defensor do contratualismo, foi quem, efetivamente, limitou o poder do Estado, ao ampliar o direito subjetivo em detrimento do direito objetivo, pelo menos no que dizia respeito à liberdade de consciência e de culto. Thomasius, como Grotius, considerou o direito natural separado da teologia, mas foi além, ao considerá-lo igualmente separado da moral. Para ele, o direito dizia respeito unicamente às relações externas entre os indivíduos, enquanto as convicções interiores, os direitos subjetivos, identificavam-se com a moral, sendo ditados somente pela consciência. Esses direitos não podiam ser, portanto, nem impostos nem proibidos a partir do exterior. “A moral, em Thomasius, é um asilo da liberdade de consciência, um direito natural da tolerância. Foi preciso esperar um século para que despertassem as forças capazes de transformar a defensiva deste asilo na ofensiva dos direitos do homem”, afirmou Bloch.¹¹

1.2 ILUMINISMO E DIREITOS DO HOMEM

Foi o iluminismo que realizou a passagem de um estado defensivo do direito natural ao juridicamente ofensivo dos direitos individuais. Todo o século XVIII caracterizou-se por uma profunda crise de preparação para a ruptura com a ordem estabelecida, representada pela Revolução Francesa. Pautados no jusnaturalismo racionalista, os ideais iluministas condenaram a subserviência da mentalidade européia à autoridade, à tradição e à superstição, transformando ideais de direitos naturais em uma militância revolucionária pelos direitos individuais positivados sob o constitucionalismo liberal, que derrubou o poder absolutista da monarquia francesa de Direito Divino. As teorias dos direitos individuais inalienáveis e a de separação dos poderes foram formuladas como meios para frear o poder real. Os revolucionários franceses transformaram esses dois elementos em fórmula definidora do constitucionalismo liberal, ao inserirem na primeira Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo XVI: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

¹¹ BLOCH. Op. cit., p. 69.

A Declaração de 1789 foi o primeiro marco jurídico-político da Revolução Francesa, e transformou não somente a história da França, mas também a das sociedades ocidentais contemporâneas.

Uma análise sucinta da Revolução Francesa faz-se necessária para uma maior compreensão do contexto histórico no qual foi elaborada a Declaração de 1789. Essa não é uma tarefa fácil, na medida em que a historiografia sobre o tema é imensa, com interpretações sob os mais variados matizes ideológicos, e esse evento histórico é um dos mais estudados não somente na França, mas em quase todo o mundo ocidental, pelo grau de influência de suas idéias sobre a Europa e as Américas, do final do século XVIII, e até hoje.

Em uma palestra proferida às vésperas do bicentenário da Revolução Francesa, Michel Vovelle fez um balanço historiográfico desse evento, no qual destacava especialmente a participação de autores ligados à École des Annales, mas também identificava obras de pesquisadores anglo-saxões, que estavam constantemente renovando os estudos históricos, dando ênfase ora à interpretação social, ora à política, ou à cultural, para tentar entender as motivações, os elos causais, as origens de qualquer ordem, que tornasse mais inteligível esse tão complexo e único movimento político, social e de idéias, que marcou a passagem da história moderna para a contemporânea na Europa. Após o bicentenário, as pesquisas continuaram surgindo e novas análises foram sendo incorporadas às anteriores, por autores de vários países.¹²

Levando em consideração que alguns aspectos desse movimento revolucionário são fundamentais para a inteligibilidade de nossos argumentos e conclusões, identificaremos, sinteticamente, algumas de suas características sociais, políticas e culturais.

Muito tempo antes da Revolução, grupos sociais de origem burguesa já disputavam com a nobreza o poder, sem que conseguissem atingir esse objetivo. Tanto a nobreza quanto a burguesia estavam envolvidas no comércio monopolista e, ao longo de um vasto período, suas relações recíprocas sofreram uma lenta transformação.

No século XVIII, a França compunha-se de uma sociedade pré-industrial formada de ordens ou estados, onde o clero e a nobreza ocupavam as duas mais importantes

¹² Para citar alguns autores e suas obras, em 1992, François Furet e Monah Ozouf relançaram o “Dictionnaire critique de la Révolution Française. Institutions et créations”, corrigido e com bibliografia atualizada, com autores como Keith Michael Baker, Patrice, Higonnet e David Bien, dos Estados Unidos, Bronislaw Baczko, da Suíça, Massimiliano Santoro, da Itália, e autores franceses como Pierre Rosanvallon, Jacques Revel, Pierre Nora, Marcel Gauchet, e Roger Chartier.

ordens sociais, mas a nobreza não era a camada mais poderosa economicamente, posto destinado à burguesia. Enquanto a nobreza pertencia a uma ordem social portadora de privilégios, a burguesia estava incluída no Terceiro Estado, entre as camadas inferiores dos camponeses e do proletariado urbano em formação, ordens sociais destituídas de qualquer privilégio. Entretanto, a burguesia se transformou em classe revolucionária, no final do século XVIII e, em sua ação política pelo poder, nos momentos iniciais da Revolução, contou com o apoio dos demais grupos que compunham o Terceiro Estado.

Na fase final do Antigo Regime francês, a posição social não se confundia mais com o poder social, e o rei mantinha intencionalmente as diferenças entre burgueses e nobres, e até as acentuava, como meio de afirmação de seu poder.

As ordens superiores, clero e nobreza, também viviam pressões políticas, o que explica a participação de alguns nomes desses estamentos na Assembléia Nacional Constituinte, em 1789.

Nesse final do século XVIII, os fundamentos do Antigo Regime foram abalados não somente pelo acirramento das tensões políticas vividas pelos três estados entre si, e de cada um com o rei, mas especialmente pelo advento de novos interesses burgueses ligados à indústria nascente. Num mundo ainda dominado pelos interesses mercantilistas de metrópoles, nas relações comerciais com suas colônias, o desenvolvimento capitalista passou a exigir mercados coloniais livres e uma economia desatrelada da tutela do Estado. Econômica e politicamente ligada ao continente europeu, por meio dos interesses comerciais e manufatureiros de sua burguesia, a América foi fortemente atingida pela crise do antigo sistema colonial.

O iluminismo e o liberalismo foram o instrumental crítico burguês que destruiu as bases teóricas do Estado Absolutista. As idéias iluministas iniciaram-se na Europa, mas se difundiram pela América colonial de norte a sul, nas Treze Colônias e em colônias como o Brasil, ainda no século XVIII. A difusão dessas idéias deu-se num contexto europeu e americano de crise econômica e política. Para as áreas coloniais, as idéias iluministas e liberais, que revolucionaram a sociedade européia, também representaram rupturas, ainda que não revolucionárias, com o passado colonial.

As idéias iluministas, desenvolvidas por pensadores que se autodenominaram “filósofos”, combatiam o poder do costume, da tradição e da autoridade. Ernst Cassirer, filósofo alemão do século XX, não considerou a filosofia do iluminismo como um ato de destruição, porém como um ato de restauração, e viu continuidades importantes nesse movimento. O humanismo renascentista teria herdado os temas e problemas

intelectuais da Antiguidade e transmitido suas aquisições ao iluminismo, pela via do jusnaturalismo. O autor aponta Hugo Grotius, no século XVII, como o primeiro pensador do jusnaturalismo racionalista a se remeter a Platão e Aristóteles. Assim como em Platão a doutrina do direito natural teria nascido da interação entre a lógica e a ética, para Grotius, o problema do direito natural estava ligado ao das matemáticas, contrário, portanto, à doutrina teocrática que deduzia esse direito de uma vontade divina absolutamente irracional, inacessível à razão humana.

A filosofia política e social do século XVIII (...) alicerçou-se na teoria do contrato, cujos pressupostos fundamentais foi buscar no pensamento antigo e medieval; mas ao mesmo tempo, aplica a esses pressupostos desenvolvimentos e modificações característicos da influência exercida sobre ela pela imagem do mundo decorrente das ciências naturais da época.¹³

A obra que melhor expressou as idéias do iluminismo foi a “Encyclopédia”, uma enorme obra coletiva, com verbetes sobre os mais diversos temas da cultura européia e das ciências, que se dedicou a difundir as “luzes”, a combater a intolerância e o despotismo. Os filósofos rejeitaram as soluções teológicas ou metafísicas, submetendo ao livre exame a revelação, os dogmas e a moral do cristianismo. A Encyclopédia foi acusada de promover a irreligião e a incredulidade, por expressar as idéias de “filósofos”, que eram ateus, deístas ou professavam a religião natural, como Rousseau. No verbete assinado por Diderot na Encyclopédia, o filósofo foi retratado com muito otimismo, como sendo um sábio completamente racional e muito humano, com uma tendência acentuada para o bem.

Não somente a Encyclopédia, mas uma vasta literatura militante de filósofos como Voltaire, Diderot, D'Alembert, Rousseau e Montesquieu, para citar apenas algumas das maiores expressões do Iluminismo, dominou o cenário cultural europeu no século XVIII. Essa literatura abalou de vez as estruturas políticas, morais, religiosas e ideológicas já carcomidas do Antigo Regime, com uma crítica aguda às instituições absolutistas, e às noções fundamentais concernentes ao destino do homem e à organização da sociedade, confiando inteiramente na razão humana animada por uma fé otimista no progresso. Esse racionalismo crítico do século XVIII teve como ponto de partida a regra cartesiana da evidência, desenvolvida no século XVII. Os filósofos defenderam a tolerância e a instauração de uma liberdade ampliada, sem nunca

¹³ CASSIRER, E. *A filosofia do Iluminismo*. Campinas: Ed. UNICAMP, 1997, p. 40.

separarem pensamento e ação. Para Cassirer, os grandes pensadores da Revolução Francesa estavam conscientes da estreita conexão existente entre a “teoria” e a “práxis”.

O ideário burguês contestava as formas tradicionais de poder e de organização social do Antigo Regime, tendo por base o contrato social como origem do Estado; a crença na existência de direitos naturais, como a igualdade de todos perante a lei e a valorização da liberdade; e a defesa de formas representativas de governo, da soberania da nação e da supremacia das leis.

As idéias iluministas são consideradas causa importante da Revolução Francesa por uma parcela de historiadores. Entretanto, Roger Chartier, um dos historiadores da chamada quarta geração dos Annales, pesquisador da história do livro e da literatura na Idade Moderna, destacou que a circulação de idéias ou de modelos culturais é sempre um processo dinâmico e criativo, que não se dá por uma simples apropriação pelo agente receptor, sem passar por transformações, reformulações. Segundo esse autor, os textos não têm em si mesmos um significado unívoco, e ao migrarem em uma sociedade adquirem novos significados muitas vezes contraditórios. Por isso, Chartier acredita ser possível que a própria Revolução tenha procurado enraizar sua legitimidade num *corpus* de textos e de autores fundadores, representados pelo Iluminismo.

A base da argumentação de Chartier foi a identificação de um clima de insatisfação e de sedição contra o rei, a rainha, a nobreza e outras instituições do Antigo Regime, no período pré-revolucionário, que podiam ser notadas não somente nos textos dos filósofos, mas também em uma literatura política contra a monarquia, em desenhos obscenos que destacavam a vida devassa do rei e da rainha, e textos antireligiosos, impressos sempre em forma de panfletos e folhetos, todos eles alvos da censura do rei. O inspetor de Polícia que atuava em Paris, ao fiscalizar uma livraria, deixou registrado em suas fichas o nome de 333 escritores entre os anos de 1748 e 1753. As últimas três décadas do século foram marcadas por um processo de dessacralização do reino e de construção de um discurso regicida, que não estava só nos livros de literatura filosófica.

Chartier introduziu, portanto, um novo elemento para se pensar a Revolução Francesa, ao considerar o afastamento da população de uma visão mitificada em relação ao soberano, à monarquia, e à ordem antiga, não como “resultado” da circulação dos livros filosóficos, mas como “condição” do sucesso dessas obras.

Hannah Arendt também chamou a atenção para o fenômeno de desmoronamento dos governos, anterior a revoluções:

as revoluções sempre parecem alcançar êxito com incrível facilidade em seu estágio inicial, e a razão é que os homens que as fazem só conseguem tomar o poder num regime em plena desintegração; elas são a consequência, e nunca a causa da decadência da autoridade política.¹⁴

Arendt citou autores que antecederam os anos revolucionários na França, como Montesquieu e Hume que, mais de quarenta anos antes da eclosão da crise de 1789, identificaram a perda da autoridade política na Europa. Montesquieu receava o retorno ao despotismo e o desaparecimento da liberdade, pois observava que as nações não mais confiavam nas leis que as regiam e nem na autoridade de seus governantes. Hume também identificou o mesmo fenômeno na Inglaterra ao afirmar:

o mero nome do rei inspira pouco respeito, e referir-se a um rei como se ele fosse o vice-regente de Deus sobre a terra, ou atribuir-lhe algum desses títulos pomposos que antigamente deslumbravam a humanidade, apenas provocaria o riso das pessoas. (...) ao menor sinal de convulsão (...) o poder real, não estando mais apoiado em princípios sólidos e nas opiniões dos homens, se dissolverá imediatamente.¹⁵

A partir da década de 1750, uma prolongada crise política entre o rei e o Parlamento deixou clara a dificuldade política que atingia a Corte francesa. Uma grave crise econômica atingiu também a população mais pobre que passou a enfrentar organizadamente a polícia do rei, em sua quotidiana repressão ao povo. Nesse quadro social de tensão e violência, a difusão das idéias dos filósofos foi imensa, mesmo entre a população socialmente excluída. Chartier destacou o crescimento considerável no número de edições de livros, e de leitores nas décadas que antecederam a Revolução: em 1786, 47% dos homens e 27% das mulheres eram alfabetizados.

Levando-se em consideração cálculos aproximados feitos por Sieyès, conclui-se que não eram somente nobres e clérigos que liam a vasta quantidade de livros e folhetos produzidos naquele momento. Em 1789, Sieyès identificou uma população de vinte e cinco a vinte e seis milhões de franceses, dentre os quais, aproximadamente cento e dez mil eram nobres e oitenta e um mil eram clérigos.¹⁶

Esse contexto histórico de crise do Antigo Regime transformou-se em condições favoráveis à recepção das teorias de direitos individuais e de separação dos poderes do Estado, elementos essenciais das ideologias do iluminismo e liberalismo burgueses. Certamente por reconhecerem que as leis naturais precisariam se positivar para adquirirem força coercitiva, e porque, sob a nova ordem política, a lei positiva

¹⁴ ARENDT, Hannah. Da *Revolução*. São Paulo, Brasília: Ática, UNB, 1990, p. 93.

¹⁵ Apud ARENDT. Op.cit., p. 93.

¹⁶ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1997, p. 72.

representava a expressão da soberania popular, os revolucionários franceses, paradoxalmente, transformaram aqueles direitos naturais na premissa de obediência absoluta à lei positiva, uma das origens do positivismo jurídico. Os direitos naturais positivaram-se na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Inseridos na primeira Constituição liberal francesa, em 1791, juntamente com o princípio da separação dos poderes do Estado, os direitos naturais passaram a regular juridicamente o poder político do governante, limitando-o.

Em 27 de agosto de 1789, os deputados franceses votaram a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, afirmando “os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem”. Atribuíam a soberania não ao rei, mas à nação, declaravam a igualdade de todos perante a lei, e eliminavam os privilégios calcados no nascimento, ao eleger o talento e o mérito como fundamentos para a ocupação de cargos públicos, dentre outros direitos individuais.

1.3

LIBERDADE DOS ANTIGOS E LIBERDADE DOS MODERNOS

Il résulte de ce que je viens d'exposer, que nous ne pouvons plus jouir de la liberté des anciens, qui se composait de la participation active et constante au pouvoir collectif. Notre liberté à nous, doit se composer de la jouissance paisible de l'indépendance privée.

Benjamin Constant - De la liberté des anciens comparée à celle des modernes (1819)

Liberdade era um conceito fundamental para o liberalismo. Liberdade econômica, política, de pensamento e expressão foram algumas das liberdades incorporadas ao pensamento liberal no momento de seu surgimento. No campo da liberdade política, a defesa das liberdades individuais representou uma forma de impor limites ao poder excessivo do soberano absolutista.

Mas o que era exatamente a liberdade política para os liberais?

Existem inúmeras acepções para essa palavra, mas liberais do século XIX, como Mme de Staël e Benjamin Constant, acreditaram que a “confusão” entre duas concepções de liberdade –que eles chamaram de liberdade dos antigos e liberdade dos modernos – era o principal ponto de discórdia entre grupos revolucionários na França.

Mme de Staël, filha de um sólido burguês protestante, ministro das finanças de Luis XVI, tornou-se uma das poucas escritoras políticas de sua época. Grande leitora e apreciadora da obra de Rousseau, Mme de Stael recebeu com entusiasmo a Revolução, apoiando a República. Entretanto, os acontecimentos ocorridos após a queda da monarquia, durante o governo jacobino, especialmente o período conhecido como “terror”¹⁷, obrigaram a família do ministro de Luis XVI a se exilar na Suíça, onde, possivelmente entre 1798 e 1799, Mme de Stael escreveu uma obra intitulada: “Des circonstances actuelles qui peuvent terminer la Révolution et des principes qui doivent fonder la République en France”.

As “circunstâncias atuais” a que a escritora se referia eram as crises ocorridas sob o Diretório – regime político instituído pelos “termidorianos”¹⁸ na Constituição de 1795, após a queda do governo jacobino – que desencadearam uma descrença na Constituição de 1795, e no governo, que se mantinha unicamente por golpes de Estado. Nessa obra, não publicada, e somente encontrada no início do século XX, Mme de Stael mantinha sua posição republicana moderada, opondo-se tanto aos realistas quanto aos jacobinos, e propunha outra Constituição com um Executivo forte para conter o que chamava de “anarquia”. Como herdeira do Iluminismo, combatia o despotismo, o fanatismo, pregando a tolerância e a liberdade. Defendia o direito de propriedade, conforme sua classe social exigia. Essas idéias estavam na ordem do dia e eram discutidas pela escritora, após seu retorno do exílio, acompanhada de Constant, Sieyès e inúmeros outros “ideólogos” e membros do “partido filosófico”, que se reuniam regularmente no Círculo Constitucional do hotel de Salm.

Mme de Stael não foi companheira de Constant somente nas discussões políticas, filosóficas e literárias. “Ela foi, sem dúvida, a mais turbulenta paixão de Constant. Intelectualmente, foi a pessoa mais instigante no desenvolvimento de seus estudos e a que mais interferiu, mesmo quando separados, em sua vida política”.¹⁹

Mme de Stael afirmava em seu texto que o período identificado pelos liberais como “terror” se explicava pela confusão que os revolucionários fizeram entre a liberdade moderna e a liberdade antiga. Constant leu o manuscrito da escritora, fez

¹⁷ “Terror” foi o nome atribuído pela burguesia liberal à fase radical do governo jacobino, entre 1792 e 1794.

¹⁸ A chamada “reação termidorianas” deu início ao período imediatamente posterior ao governo jacobino, e caracterizou-se pela investida da burguesia contra os ganhos populares da Constituição de 1793.

¹⁹ QUIRINO, Célia G. “Introdução”, in CONSTANT, Benjamin. *Escritos de Política: Princípios de Política (1815) e Reflexões sobre as Constituições e as Garantias*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XV.

observações por escrito sobre ele, e analisou o tema em um de seus mais difundidos escritos, alguns anos mais tarde. Para os dois autores, a liberdade dos modernos, aquela que os liberais almejavam, era a liberdade individual burguesa, enquanto a liberdade dos antigos era a liberdade de participação política ativa, que não interessava aos modernos.

A obra de Stael apresentava uma interpretação original, por sua anterioridade ao texto de Constant, “A liberdade dos antigos comparada à dos modernos”, palestra proferida pelo autor em 1819. Antes desse texto, Constant tratou do mesmo tema em um livro de 1814, *De l’Esprit de Conquête et de l’Usurpation*.

Benjamin Constant, que iniciou sua vida política na França, no período imediatamente posterior ao governo jacobino, considerou a confusão entre esses dois conceitos de liberdade como responsável pela fase de “caos”, “desordem”, e “anarquia” desse governo, desencadeando o temor de liberais por seus ganhos em relação às liberdades individuais.

Essa fase era identificada com o “terror”. Para Constant, ela simbolizara uma inversão total de valores: em lugar de garantir as liberdades individuais, o Estado revolucionário se insurgira contra elas, capturado por interesses particulares e por cruentas lutas entre facções políticas. Mais, o “terror” havia centrado suas forças no sentido de atacar até mesmo a propriedade o que, no entender de Constant, só poderia resultar no colapso da sociedade.

Para inibir tais excessos, ele acreditava indispensável garantir uma área de liberdade individual de atuação, por isso combatia as idéias de Rousseau e de Mably. A teoria constitucional de Constant expunha temas fundamentais que estavam no âmago da questão democrática para o liberalismo, e que a distinguiam dele, ainda que em seus escritos fizesse pouca alusão ao conceito de democracia.

Para Constant, a liberdade dos antigos, representava a soberania dos cidadãos nos negócios públicos e sua participação ativa e constante no poder político. A liberdade dos modernos, defendida pelos liberais, era aquela que libertava a cidadania do jugo do soberano sobre os negócios privados. Constant partia do princípio que a liberdade dos antigos era um gênero diferente da liberdade dos modernos e que defender aquela, em tempo de grandes negócios, era anacronismo. Acreditava ser importante essa distinção, pois “a confusão entre essas duas espécies de liberdade foi entre nós, durante os célebres momentos de nossa revolução, a causa de muitos males”.²⁰

²⁰ CONSTANT, Benjamin. *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*. 1819. Disponível em: <<http://www.panarchy.org/constant/liberte.1819.html>>. Acesso em: 23 nov. 2005.

Isaiah Berlin, filósofo e historiador das idéias, em 1958, definiu a liberdade dos modernos, como aquela que repousava na suposição de que um indivíduo é livre na medida em que nenhum homem ou grupo de homens interferia nas suas atividades. Ela era a área na qual os indivíduos podiam agir sem serem obstruídos por outros. Desde o século XVII, filósofos ingleses, como Hume e Locke, discutiram qual seria a quantidade de liberdade individual que uma sociedade poderia ter, sem cair na anarquia e na guerra civil. Percebendo que metas como felicidade, segurança, justiça e cultura não poderiam ser atingidas sem a restrição ao menos parcial das liberdades individuais, estes filósofos argumentavam que a área de livre ação individual deveria ser limitada pela lei.

Para a maioria dos liberais, liberdade seria “uma situação em que o maior número possível de indivíduos possa realizar o maior número possível de fins, sem a avaliação do valor desses fins como tais, exceto na medida em que possam frustrar os propósitos de outros”.²¹ Para Kant e os racionalistas todos os fins não possuíam igual valor, por isso, o que daria os limites da liberdade seriam as regras da “razão”, compreendida como “uma faculdade que cria ou revela um propósito idêntico em todos os homens e para todos os homens”.²²

Benjamin Constant defendeu de maneira intransigente a liberdade individual. Com a memória dos excessos do jacobinismo ainda viva, Constant apontava a liberdade religiosa, de opinião, expressão e propriedade como a “zona de segurança” para a liberdade individual. Definia a liberdade dos modernos com formulações próprias do liberalismo como “dispor de sua propriedade, e até mesmo abusar dela”.

Isaiah Berlin analisou os dois conceitos de liberdade, identificando a liberdade política como positiva, e a liberdade individual como negativa. Enquanto a liberdade negativa podia ser entendida como a libertação *de* alguma coisa, a liberdade positiva era sempre a libertação *para* algo.

Berlin via nesses dois tipos de liberdade uma questão fundamental não somente para os revolucionários do período da Revolução Francesa, e do liberalismo em seu momento mais expressivo, o século XIX, como também naquele momento de “guerra fria” em que o autor vivia: “a maior dessas questões é a guerra aberta que está sendo travada entre dois sistemas de idéias que dão respostas diferentes e conflitantes ao que

²¹ BERLIN, Isaiah. “Dois conceitos de liberdade” in *Estudo sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 655.

²² Loc. Cit.

tem sido há muito tempo a questão central da política — a questão da obediência e da coerção”.²³

Berlin não via a liberdade “negativa” como uma condição necessária e suficiente para a democracia, embora esta, teoricamente, fosse a forma de governo onde a liberdade individual tinha mais garantias de continuidade. Isso porque a possibilidade de um governo garantir ou não a liberdade individual poderia existir mesmo em uma monarquia centralizada, pois a questão fundamental da liberdade negativa não era com a fonte de controle, mas com a área de ação do indivíduo na sociedade. O corolário dessa concepção de liberdade seria: “Qual a área em que o sujeito — uma pessoa ou grupo de pessoas — é ou deve ter permissão de fazer ou ser sem a interferência de outras pessoas?”.²⁴

O conceito de liberdade positiva, para Berlin, era construído a partir de perguntas como: “Até que ponto o governo interfere na minha vida”? “Por quem sou governado? Quem deve dizer o que devo ou não devo ser ou fazer?”²⁵

A liberdade positiva nascia do desejo do indivíduo ser seu próprio senhor. O que estava em jogo, neste caso, era a fonte, a origem desta liberdade. O sentido positivo de liberdade, afirmava Berlin, estava centrado, essencialmente, no autodomínio, na autonomia, tão cara a Rousseau, ou na consciência, como pensavam Hegel e Marx. Nas palavras de Rousseau, liberdade era a “obediência a uma lei que prescrevemos a nós mesmos”, pois nenhum homem seria capaz de elaborar leis que lhe escravizassem ou não lhe fossem boas. Hegel e Marx acreditavam que compreender o mundo, em sua permanente e dialética mudança, era ser libertado.

Benjamin Constant estava interessado em defender o sentido da liberdade que Berlin chamou de “negativo”. Para ele, os antigos sentiam orgulho de fazerem parte da administração do Estado, por isso estavam dispostos a todos os sacrifícios para manterem esses direitos políticos. Em sua época, os direitos políticos não mais ofereciam o prazer que ofereciam aos antigos, pois os progressos da civilização, especialmente trazidos pelo desenvolvimento do comércio e a ampliação da comunicação dos povos entre si, ofereciam outros prazeres aos indivíduos.

Constant considerou a liberdade dos antigos como uma liberdade coletiva compatível com a “submissão completa do indivíduo à autoridade do grupo (...) Nas

²³ Ibid., p. 228.

²⁴ Ibid., p. 229.

²⁵ Ibid., p. 236.

coisas que nos parecem mais úteis, a autoridade do corpo social se interpõe e tolhe a vontade dos indivíduos”.²⁶ Entre os antigos, dizia Constant, o indivíduo, soberano muito habitualmente nos negócios públicos, era escravo em todas as relações privadas.

Em seu tempo, completava o autor, outras condições históricas “multiplicaram e diversificaram até o infinito os meios de felicidade particular”.²⁷ Isto é, os prazeres que os negócios privados desviavam os homens de sua participação nos negócios públicos. Por isso, os modernos haviam descoberto o governo representativo:

este sistema é uma descoberta dos modernos. (...) o estado da espécie humana na antiguidade não permitia que uma instituição desta natureza aí se introduzisse e se estabelecesse. Os povos antigos não podiam nem sentir sua necessidade, nem apreciar suas vantagens.²⁸

O que os antigos chamavam de liberdade era a partilha do poder social entre os cidadãos de uma mesma pátria, afirmava Constant. Para ele, o que os modernos chamavam de liberdade eram as garantias que as instituições oferecem aos negócios privados.

Constant afirmava que a não percepção da diferença entre essas duas liberdades havia levado “homens bem intencionados”, como os seguidores de Rousseau, a causarem males infinitos durante a “longa e tempestuosa” revolução. Realçava, entretanto, que o objetivo desses reformadores fora “nobre e generoso”. Segundo a análise de Constant, Rousseau e o abade de Mably teriam confundido as duas espécies de liberdade ao defenderem a liberdade dos antigos. Esses autores teriam tomado a “autoridade do corpo social por liberdade”, estendendo a soberania coletiva para os tempos modernos quando ela “pertencia a outros séculos”.²⁹ Dessa forma, possibilitaram que, na fase revolucionária, seus seguidores desencadeassem todos os gêneros de tirania.

O pensador franco-suíço referia-se ao período do chamado “terror”. A “reação termidoriança” foi marcada pela contradição representada por liberais como Constant e Mme de Stael: aderir ao regime representativo para combater o absolutismo e a herança feudal remanescente, correndo o “risco” da excessiva influência das massas populares. A busca de saídas para enfrentar esse dilema desencadeou uma extensa argumentação construída pelo pensamento liberal, onde o que estava em jogo era a afirmação da

²⁶ CONSTANT. *De la liberté*. Op. cit.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

liberdade que mais tarde Berlin chamaria de “negativa”, em detrimento do sentido “positivo” de liberdade, isto é, firmar a defesa dos direitos individuais estabelecendo critérios de exclusão para a representação popular.

Nos tempos das revoluções burguesas, o constitucionalismo liberal definiu-se claramente pelo princípio de separação dos poderes do Estado inspirado em Montesquieu, e pela defesa das liberdades civis, que Kant chamou de autonomia privada, mas a autonomia pública, a participação política universal, a idéia de soberania popular, cara a Rousseau, não ficou incorporada a esse constitucionalismo burguês. A representação política foi defendida por liberais, mas sob critérios de exclusão tão claros, que retiravam a potência do poder constituinte, compreendido democraticamente.

1.4 CONSTITUCIONALISMO E PODER CONSTITUINTE

Bem antes de Benjamin Constant comparar a liberdade dos antigos com a dos modernos, Montesquieu concebeu a idéia de que, o que parecia ser liberdade política nas democracias, nada mais era do que o poder do povo, que não se confundia com liberdade.

Mas o que Montesquieu chamava de povo?

No capítulo em que Montesquieu tratou dessa liberdade política e identificou a Inglaterra como a nação que tinha por objetivo direto de sua constituição essa liberdade, o “povo” aparecia como parte integrante do poder legislativo, contrapondo-se aos nobres, na concepção bicameral inglesa, mas aparecia também como toda a nação, quando fazia parte da expressão “o povo, no seu conjunto”. Assim, para o autor, o poder legislativo, devia ser confiado tanto à nobreza como aos representantes do “povo”, “cada qual com suas assembleias e deliberações à parte e objetivos e interesses separados”.³⁰

Montesquieu via uma vantagem no sistema representativo, pois os representantes populares eram capazes de “discutir os negócios públicos”, mas “o povo” não. Por isso,

³⁰ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 159.

o “povo” “só devia participar do governo para escolher seus representantes, procedimento para o qual é bastante capaz”.³¹

Rousseau, num esforço conceitual, apresentou o termo “povo” com um caráter político, significando, coletivamente, aqueles que se associavam para formar a “vontade geral”. Para ele, o povo se desdobrava em “cidadãos”, “enquanto partícipes da autoridade soberana”, e “súditos”, “enquanto submetidos às leis do Estado”. Rousseau teria, assim, concebido o povo como o poder constituinte, sem se utilizar, entretanto, desse último termo como conceito, mas reconhecia que esses termos políticos “confundem-se frequentemente e são usados indistintamente”.³²

Para Antonio Negri, a Constituição republicana norte-americana, a primeira dos tempos modernos, constituiu-se em uma forma de “expropriação do poder constituinte das massas”³³, por tantas regras restritivas a uma participação política igualitária e por sua fundamentação numa ordem escravista:

O poder constituinte não é mais um atributo do povo (...) [mas] um modo da sociedade política: ela é que forma o povo através da representação, da divisão dos poderes, através de todas as engrenagens da máquina constitucional. O *homo politicus* é redefinido pela constituição; sem constituição, não há mais poder constituinte.³⁴

A oligarquia dominante norte-americana, em sua luta pela independência, teria introduzido em seu ideário a elaboração de uma Constituição, na qual o conceito de poder constituinte, como categoria jurídica, respondia à percepção desse conceito como categoria política. Às vésperas da elaboração da Constituição Americana, Alexander Hamilton, James Madison e John Jay discutiram a exclusão das massas populares na representação legislativa, no livro “O Federalista”, em artigos que definiam a qualificação exigida para eletores e eleitos, na futura Constituição. O modelo constitucional pensado no livro previa um sistema federativo sob a égide da União, não sendo projetado para ser democrático, mas oligárquico. Além da negação de uma representação legislativa universal, os federalistas defendiam a instituição de exércitos permanentes e outras organizações militares na defesa da vida e da propriedade, “para

³¹ Ibid., p 158.

³² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, (Os Pensadores), p. 71.

³³ NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A , 2002, p. 240.

³⁴ Ibid, p. 237.

ter maior segurança”, mesmo sob “o risco de ser menos livres”.³⁵ Esse aparato militar seria a garantia não somente contra a violência externa das guerras, mas especialmente o ‘faccionismo’ interno, quando ele se transformasse em sedições e insurreições, “doenças tão inseparáveis do organismo político como tumores e erupções do organismo natural”,³⁶ numa clara aversão ao direito de participação política das massas, e ao direito de resistência. Os federalistas também discutiram as vantagens da divisão dos poderes, com um governo forte, e a “introdução de freios e de poderes de reequilíbrio no Legislativo”³⁷. A divisão de poderes era necessária, mas com um executivo forte para “equilibrar” a representação popular no Legislativo.

O conceito de poder constituinte mais claramente formulado apareceu originalmente no pequeno livro do abade Emmanuel Sieyès, “*Qu'est-ce que le Tiers Etat?*”, traduzido em português como “A Constituinte Burguesa”. Nesse livro, apareceu também o deslocamento da titularidade da soberania do povo a nação.

O contexto em que Sieyès construiu o debate sobre o poder constituinte foram as discussões na Assembléia Constituinte francesa de 1789. O autor dirigia seus argumentos aos constituintes, especialmente àqueles que consideravam a existência de uma constituição tradicional da monarquia na França e, por isso, defendiam que ela fosse restaurada e não criada. Sua tese buscava essencialmente apresentar uma solução para o forte debate sobre a necessidade ou não de sanção real para as leis constitucionais.

Sieyès destacava o papel do poder constituinte como fruto de uma delegação especial e direta da nação que somente era limitada pelo direito natural. A teoria do poder constituinte distingua as normas constitucionais das normas legislativas, cuja diferença residia nos poderes que as fundamentavam: o poder constituinte, extraordinário, que atuava segundo as normas do direito natural, e o poder constituído, ordinário, exercido de acordo com o direito positivo. Essa concepção de Sieyès foi adotada pela Assembléia Constituinte francesa, que decidiu não submeter o projeto das normas constitucionais à sanção real.

Sieyès partia de Rousseau, na compreensão voluntarista da constituição, ao defender que a nação era anterior a qualquer forma constitucional, concebendo que no momento em que o poder constituinte está reunido “cessa qualquer jurisdição do

³⁵ HAMILTON, A.; JAY, J; MADISON, J. *Os artigos federalistas 1787-1788*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 124.

³⁶ Ibid., p. 223.

³⁷ NEGRI, A., op. cit., p. 237.

governo”. Mas aproximava-se de Montesquieu, ao utilizar-se do conceito de nação, que embutia a idéia de representação:

a nação existe antes de tudo, ela está na origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, ela é a própria lei. (...) Uma nação é independente de qualquer formalização positiva, basta que sua vontade apareça, para que todo direito político cesse como se estivesse diante da fonte e do mestre supremo de todo o direito positivo.³⁸

A transformação de povo em nação foi imediatamente assimilada pela Assembléia Constituinte francesa, e foi “nação” que se tornou o titular da soberania, na Declaração de Direitos de 1789 e na primeira Constituição francesa, de 1791.

Fábio Comparato, no Prefácio ao livro de Friedrich Müller ,“Quem é o povo? A questão fundamental da democracia”³⁹, encontrou na história norte-americana, antes mesmo da independência, a primeira utilização do conceito “povo” como titular da soberania. Nessa sociedade, diz o autor, a apreensão desse sentido foi mais fácil, pois os vínculos aristocráticos não eram profundos. Segundo esse autor, na França, onde esses vínculos eram extremamente fortes, a Assembléia Constituinte descobriu no conceito de nação a fórmula que mascarava o conceito de povo e tornava menos comprometedora a norma constitucional, mesmo que se considerasse o caráter político do conceito de nação.

Friedrich Müller entendeu a utilização do termo “nação” por Sieyès e pela Assembléia Nacional

como figura de argumentação, que se propunha a resolver a contradição entre o *pouvoir constituant* (...) e o *pouvoir constitué* (a monarquia e o rei). É certo que o enfoque que separava os dois *pouvoirs* se colocou contra Rousseau, e isso já vale também para a reunião da Assembléia nacional como “representação” do povo. Mas a operação abriu o caminho para desvincular o “povo” das relações de poder existentes e da discursividade do *Ancien Régime* em torno da legitimidade, permitindo empurrá-lo enquanto “constituinte” para o papel transformador, revolucionário”.⁴⁰

Mas, quem era a “nação, para Sieyès?

Logo no início de seu livro “Qu'est-ce le Tiers État”, Sieyès identificava o conceito de poder constituinte ao de nação, e este, ao de Terceiro Estado: “tudo o que não é Terceiro Estado não pode ser olhado como pertencente à nação. Quem é o

³⁸ SIEYÈS. Op. cit., pp. 94, 96.

³⁹ COMPARATO, F. “Prefácio”, in MÜLLER, F. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 53.

⁴⁰ MÜLLER, F. Op. cit., p. 53.

Terceiro Estado? Tudo”.⁴¹ Sieyès não reconhecia, na estrutura social do Antigo Regime, nem o clero, nem a nobreza como “nação”. Entretanto, afirmava o autor, mesmo sendo “tudo”, ele não estava representado nos Estados Gerais: “...seus direitos políticos são nulos”.⁴²

A questão então para Sieyès passava a ser a representação política do Terceiro Estado. Mas sua proposta de cidadania política impunha limites, pois o Terceiro Estado não formava um corpo político homogêneo: ao lado da burguesia, incluíam-se camponeses e o proletariado urbano em formação na França do século XVIII. Por isso, Sieyès definia distinções importantes e limites necessários:

Em todos os países, a lei fixou caracteres preciosos, sem os quais não se pode ser nem eleitor, nem elegível. Assim, por exemplo, a lei deve determinar uma idade abaixo da qual as pessoas não estão aptas para representar seus concidadãos. E as mulheres estão, em toda parte, por bem ou por mal, impedidas de receber essas procurações. É certo que um vagabundo, um mendigo não possa receber a confiança política dos povos. Um empregado doméstico e todos os que se encontram submissos a um amo, um estrangeiro não naturalizado, poderiam figurar entre os representantes da nação? A liberdade política tem, assim, seus limites, bem como a liberdade civil.⁴³

Assim, Sieyès desconsiderou a representação de trabalhadores do campo e da indústria nascente na cidadania política, considerando esses trabalhos “de segunda classe”, dentre aqueles necessários “para que uma nação subsista”.⁴⁴ A nação não era, então, todo o Terceiro Estado. Sieyès impunha uma limitação ao conceito de poder constituinte ao construir o conceito de nação: ao ser “absorvido pelo conceito de nação (...) o conceito de poder constituinte é antes sufocado que desenvolvido...”, concluiu Antonio Negri.⁴⁵

Foi, também, no contexto da identificação de heterogeneidade social no terceiro-estado que Sieyès construiu o conceito de “cidadão ativo”, como aquele que possuía direito político exclusivo de ser eleitor e elegível. Esse conceito deslegitimou o poder constituinte dos trabalhadores. Todos os cidadãos possuíam os direitos naturais universais, mas só podia atuar politicamente o “cidadão ativo”, aquele que não fosse objeto de restrições para votar e ser votado.

A tese sobre os dois tipos de cidadania de Sieyès construiu-se muito antes da idéia de dois tipos de liberdade, de Mme de Stael e Benjamin Constant. Entretanto, ao

⁴¹ SIEYÈS, Op. cit., p. 56.

⁴² Ibid., p. 61.

⁴³ Ibid., p. 67.

⁴⁴ Ibid., p. 53.

⁴⁵ NEGRI. Op. cit., p. 10.

construir seus dois tipos de cidadania parece que Sieyès também pensava numa visão dicotômica de liberdade.

Os liberais não viam a possibilidade de conciliação entre as duas formas de liberdades, a civil e a política, conforme ficava claro na obra de Constant, ou nem consideravam essa última como uma forma de liberdade, como pensava Montesquieu. Efetivamente, a reivindicação de representação política era apenas para a burguesia. O pensamento político liberal de Montesquieu a Guizot, passando por Sieyès e Benjamin Constant, deixava clara a posição do liberalismo de contenção à representação popular no Legislativo. A representação política popular tocava no âmago do liberalismo político.

Sob os mais diversos argumentos, os liberais trataram de construir formas de exclusão do poder político, para a população despossuída. Alguns atribuíam ao excesso de emotividade e de “paixão” do povo, a necessidade de restrição ao voto popular. Outros falavam de irracionalidade, ignorância, e falta de interesse econômico nas decisões do governo, dentre outras razões. Não é de se subestimar o fato de Sieyès ser autor, ao mesmo tempo, das teses do poder constituinte, e da cidadania ativa.

Os pensadores liberais relacionavam a “desordem”, o “caos”, a “anarquia” não somente aos movimentos de massa, mas à potência da representação democrática via voto universal. Daí distinguirem os direitos civis, tidos como universais, dos políticos, vistos como individuais. Os primeiros eram garantidos a todos, os segundos dependiam da capacidade individual de cada um de acordo com as distinções “naturais” entre os homens (propriedade, finanças, cultura, entre outras).

Sieyès — que Georges Lefebvre chamou de “intérprete extremado” da burguesia francesa conservadora⁴⁶ — desenvolveu o conceito de “cidadão ativo”, baseado em critérios econômicos:

Todos os habitantes de um país devem gozar dos direitos de cidadão passivo: todos têm direito à proteção de sua pessoa, de sua propriedade, de sua liberdade, etc., mas nem todos têm direito a tomar parte ativa na formação dos poderes públicos; nem todos são cidadãos ativos. As mulheres, pelo menos no atual estado, as crianças, os estrangeiros, e aqueles que não contribuiriam com nada para sustentar a administração pública, não devem influir ativamente sobre a coisa pública (...) os que contribuem para a administração pública são como verdadeiros acionistas da grande empresa social.

⁴⁶ apud LOSURDO, D. *Democracia ou bonapartismo*. Rio de Janeiro: UFRJ/UNESP, 2004, p. 103.

Somente eles são os verdadeiros cidadãos ativos, os verdadeiros membros da associação.
⁴⁷

No início do governo jacobino, a distinção entre dois tipos de cidadania foi contestada e a Constituição francesa de 1793, influenciada por projetos mais democráticos de Condorcet e pelas idéias libertárias de Robespierre, sancionou o sufrágio universal masculino. A chamada “reação termidoriana” reimprimiu a cidadania “ativa” constitucionalmente, em 1795.

Antonio Negri, em sua obra política sobre o poder constituinte, considerou a democracia resistente à constitucionalização, porque ela é “teoria do governo absoluto”, enquanto “o constitucionalismo é teoria do governo limitado e, portanto, prática da limitação da democracia”.⁴⁸

Quem melhor compreendeu a radicalidade do poder constituinte, como categoria política, foi Rousseau. Em seu livro “Do Contrato Social”, ao analisar conceitos como ‘vontade geral’, e ‘pacto social’, o autor desenvolveu um modelo democrático no qual a liberdade e a igualdade do estado de natureza se mantinham inalteráveis na sociedade civil.

No conceito de vontade geral, Rousseau expressava o desejo que domina a potência do poder constituinte, e o impulsiona para a ação política. O contrato social seria a base legítima para uma comunidade viver os pressupostos da liberdade. Rousseau propunha uma forma de associação na qual “cada um unindo-se a todos só obedece, contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes”.⁴⁹ Aceitando a autoridade da vontade geral, o cidadão passava a pertencer a um corpo moral coletivo, e adquiria liberdade obedecendo a uma lei que prescrevia para si mesmo. Para Rousseau, a lei era ato da vontade geral e expressão da soberania. Toda a autoridade provinha do povo em sua totalidade e a soberania era inalienável, indivisível e a base da liberdade, só podendo ser delegada em suas funções executivas.

⁴⁷ O texto é uma tradução do francês, citado em artigo do professor de Ciência Política Thierry Leterre: “Tous les habitants d'un pays doivent y jouir des droits de citoyen passif : tous ont droit à la protection de leur personne, de leur propriété, de leur liberté, etc., mais tous n'ont pas droit à prendre une part active dans la formation des pouvoirs publics; tous ne sont pas citoyens actifs. Les femmes, du moins dans l'état actuel, les enfants, les étrangers, ceux encore qui ne contribueraient en rien à soutenir l'établissement public, ne doivent point influer activement sur la chose publique [...] ceux-là seuls qui contribuent à l'établissement public sont comme les vrais actionnaires de la grande entreprise sociale. Eux seuls sont les véritables citoyens actifs, les véritables membres de l'association. LETERRE, Thierry. Citoyenneté – Esclavage. 2002. Disponível em: <http://www.cndp.fr/magphilo/philo04/Dart_citoyens_conso.htm>. Acesso em: 05 dez. 2005.

⁴⁸ NEGRI. Op. cit., p.8.

⁴⁹ ROUSSEAU. Op. cit., p. 70.

Rousseau acreditava que os pactos sociais tinham tido um importante papel tanto na constituição das primeiras organizações políticas como na instauração da propriedade privada. Dedicou o contrato social a legitimar sua república democrática. Pensou o contrato como um fato histórico continuado no tempo, como uma expressão renovada da vontade geral que atualizaria o contrato por meio de reunião periódica e irrevogável de assembleias populares. O pacto social seria assim um contrato livremente aceito pelos cidadãos, por meio do qual eles transferiam todos os seus direitos à comunidade. Ninguém podia ser constrangido a fazê-lo, mas para os que o aceitavam era definitivo. Esta abdicação de direitos assegurava a igualdade e a liberdade. O pacto social devia representar um compromisso tácito para todos: “aquele que recusar obedecer à vontade geral a tanto será constrangido por todo um corpo, o que não significa senão que o forçarão a ser livre”.⁵⁰

O pacto não destruía a igualdade natural, mas, pelo contrário, “substitui por uma igualdade moral e legítima aquilo que a natureza poderia trazer de desigualdade física entre os homens, que, podendo ser desiguais na força ou no gênio, todos se tornam iguais por convenção e direito”.⁵¹

Liberdade e igualdade eram os dois conceitos mais importantes na obra política de Rousseau. Renunciar à liberdade era renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade e até aos próprios deveres. “Se quisermos saber no que consiste, precisamente, o maior de todos os bens, qual deva ser a finalidade de todos os sistemas de legislação, verificar-se-á que se resume nestes dois objetivos principais: a liberdade e a igualdade”.⁵² A liberdade não podia subsistir sem a igualdade, máxima bem distante do ideário liberal. Os liberais do século XIX se preocuparam em garantir a liberdade do indivíduo contra o Estado; Rousseau, introduzindo um sentido ético na teoria política, preocupava-se em garantir a vontade geral contra a usurpação do Estado por uma classe privilegiada.

Desde seu nascimento, o constitucionalismo liberal foi marcado pelo signo da reação às idéias democráticas e desencadeou forte apelo à ordem como forma de preservar a idéia de liberdade, conceito caro à burguesia na sua luta contra o Absolutismo monárquico. Mas o conceito de liberdade liberal burguês não incluía a igualdade, em seu sentido amplo. Desde as primeiras manifestações na literatura

⁵⁰ Ibid., p. 75.

⁵¹ Ibid., p. 81.

⁵² Ibid., p. 127.

política, o pensamento liberal expressou sua intenção de desconsiderar a igualdade na participação política, a partir de considerações censitárias.

A ideologia constitucional liberal, segundo Negri, submeteu o poder constituinte “ao fogo da crítica e à limitação institucional, através de uma análise que desmascara — ou pretende desmascarar — toda pretensão soberana da comunidade”.⁵³ Contrariamente a essa idéia, o poder constituinte, para Negri, é a expressão radical da vontade democrática da multidão.

Antonio Negri entendeu o poder constituinte não somente em termos estritamente jurídicos, como “fonte onipotente e expansiva que produz as normas constitucionais de todos os ordenamentos jurídicos”⁵⁴ mas, principalmente, em termos políticos, como “o sujeito dessa produção, uma atividade igualmente onipotente e expansiva”. Por isso, o autor afirmou que “qualificar constitucional e juridicamente o poder constituinte” deve ser, sobretudo, ordená-lo “enquanto sujeito, regular a política democrática”.⁵⁵

Negri considerava difícil a tarefa de conceituar o poder constituinte. E concordava com G. Burdeau, para quem “a potência que o poder constituinte oculta é rebelde a uma integração total em um sistema hierarquizado de normas e de competências... o poder constituinte permanece sempre estranho ao direito”.⁵⁶

O poder constituinte seria onipotente, mesmo sendo extraordinário e temporalmente limitado num “tempo dotado de uma formidável capacidade de aceleração, tempo do evento e da generalização da singularidade. (...) O poder constituinte como poder onipotente é, com efeito, a própria revolução”.⁵⁷ Ele seria também expansivo espacialmente, daí a permanente repressão exercida sobre ele, pois, para o poder constituído, “sua expansividade não deve se manifestar a não ser como norma de interpretação, como controle de constitucionalidade, como atividade de revisão constitucional”.⁵⁸

O jogo político da representação teria capturado a idéia de poder constituinte que acabou sendo “juridicamente pré-formada quando se pretendia que ela formasse o direito”.⁵⁹ Desta forma, seu poder originário e liberador, e sua força que “irrompe,

⁵³ NEGRI, op. cit. p. 20.

⁵⁴ Ibid., p. 8.

⁵⁵ Loc.cit.

⁵⁶ BURDEAU. *Traité de sciences politiques*, vol. IV. Paris, 1983, p. 171, apud NEGRI. Op. cit. pp. 7, 8.

⁵⁷ NEGRI. op. cit., p. 9.

⁵⁸ Ibid., p. 10.

⁵⁹ Ibid., p. 11.

quebra, interrompe, desfaz todo equilíbrio preexistente e toda continuidade possível”⁶⁰ se esvaziaram, perdendo sua identificação íntima com a democracia. Por isso, para Negri, democracia e constitucionalismo travavam uma luta mortal, no final do século XX, que ainda não se esgotou completamente.

Nesse contexto de crise conceitual é que Negri buscou alternativas para a compreensão do conceito de poder constituinte uma vez que como categoria jurídica havia esgotado seu caráter transformador e revolucionário.

Foi na alternativa metafísica do conceito de potência, que o autor encontrou o eixo de compreensão do poder constituinte: potência definida como “ausência do poder, do desejo ou da posse, da recusa ou do domínio”.⁶¹ Essa alternativa às vezes é fechada, outras vezes, aberta. Segundo Negri, é essa última que fundamenta o pensamento democrático, e que esteve na base das idéias políticas de Maquiavel a Espinosa, e Marx.

A constituição do social é uma potência baseada na ausência, isto é, no desejo, e o desejo nutre, incansável, o movimento da potência. A potência humana determina um deslocamento contínuo do desejo, aprofunda a ausência em que o evento inovador tem lugar. (...) O poder constituinte se define emergindo do turbilhão vazio, do abismo da ausência de determinações, como uma necessidade totalmente aberta. É por isso que a potência constitutiva não se esgota nunca no poder, nem a multidão tende a se tornar totalidade, mas conjunto de singularidades, multiplicidade aberta.⁶²

Como potência, o poder constituinte é a livre escolha de algo que ainda não é real, e ao empreender a criação permanece livre. Por isso, a potência é refratária à institucionalização. “No momento em que a potência se institucionaliza, ela deixa de ser potência, declara jamais tê-lo sido”.⁶³

Negri identificou o conceito de poder constituinte na Revolução Americana, antes, portanto, de Sieyès discorrer sobre o Terceiro Estado como poder constituinte, mas afirmou que a idéia já estava presente em autores renascentistas. Em Maquiavel, o conceito de poder constituinte teria uma dimensão temporal — “o absoluto maquiaveliano de uma vontade de potência que se constrói originalmente”. A Revolução Americana desenvolveu o conceito de poder constituinte sob uma dimensão espacial: “como fronteira da liberdade no novo mundo americano”.⁶⁴

Entretanto, segundo Negri, foi a partir da Revolução Francesa que este conceito se associou ao de revolução, a uma nova ordem. Um tempo constituinte, tempo de ‘iniciar’

⁶⁰ Ibid., p. 21.

⁶¹ Ibid., p. 26.

⁶² Loc. cit.

⁶³ Ibid., p. 37.

⁶⁴ Ibid., p. 279.

a revolução — expressão da potência do poder constituinte: “o tempo da multidão revolucionária parisiense, da mobilização de massa, dos *sans-culottes*”.⁶⁵

Quando se fala em revolução, fala-se em poder constituinte: figuras de rebelião, de resistência, de transformação, de criação, de construção do tempo (acelerado, programado, distendido...) e da lei aglomera-se nesta síntese. A revolução é necessária: assim como são necessidades humanas viver moralmente, constituir-se eticamente, liberar o corpo e a mente da escravidão. E o poder constituinte é o meio para atingir esta finalidade”.⁶⁶

Para Negri, a burguesia termidoriana francesa transformou “o poder constituinte, como direito das massas ao exercício permanente da potência constitutiva” em “pesadelo e terror”.

Ao moldar novos sujeitos políticos, burguesia e proletariado, a Revolução Francesa teria prefigurado a temporalidade da luta de classes. O tema do trabalho havia se inserido no debate constitucional, a partir de Sieyès, ainda que de uma forma conservadora, barrando a expressão da potência dos trabalhadores, como poder constituinte. Para Negri,

a luta de classes não é a origem da Revolução mas o seu resultado.(...) A Revolução Francesa é um percurso ao longo do qual, através de uma temporalidade específica, a revolta contra o *Ancien Régime* começa aos poucos a indicar, e depois revela em sua plenitude, a luta proletária contra o trabalho.⁶⁷

Buscando entender a ‘verdadeira natureza’ do poder constituinte, Antonio Negri identificou sua radicalidade absoluta, sua natureza revolucionária, característica que também encontrou no conceito de Constituição.

Para o autor “o único conceito possível de constituição é o de revolução: poder constituinte concebido como procedimento absoluto e ilimitado”. Mas, o absoluto do poder constituinte, assim como o absoluto da democracia, concebida em sua radicalidade, não se confunde com totalitarismo. A democracia, sob a concepção de Negri, libera a potência do poder constituinte e tende à extinção do poder constituído.

Bastante diversas a idéia de poder constituinte de Negri e a construída sob a égide do constitucionalismo liberal formulada por Sieyès. Ao transformar o “povo” em “nação”, esse autor reduziu a potência popular, retirando-lhe sua força política.

⁶⁵ Ibid., p. 278.

⁶⁶ Ibid., pp. 39,40.

⁶⁷ Ibid., p. 281.

1.5 CONSTITUCIONALISMO E NAÇÃO

Antes mesmo da utilização do conceito moderno de nação por Sieyès, em meio ao debate da Assembléia Nacional Constituinte de 1789, esse termo já havia sido forjado em textos de autores jusnaturalistas, com um novo significado político, que se sobrepôs a seu conteúdo étnico. O caráter político desse conceito começou a aparecer no século XVII na Europa, em autores jusnaturalistas, como Christian Wolff e Emmer de Vattel. José Carlos Chiaramonte encontrou nesses autores, no final do XVII e início do XVIII, o conceito de nação assimilado ao de Estado, despojando-o de seu conteúdo étnico, até então dominante. Vattel, na primeira metade do século XVIII, fez da nação a fonte da soberania, referindo-se à “sociedade política” como “pessoa moral”, “sujeito político que confere a soberania a alguém”, não ao povo que é, para ele, o objeto da Constituição do Estado. Ressaltou que na constituição do Estado observa-se “a forma sob a qual a nação age na qualidade de corpo político e define-se como ‘o povo deve ser governado’”.⁶⁸ Em sua concepção de soberania e de nação pode-se observar uma sobreposição do tempo do Antigo Regime e o do tempo revolucionário. Para ele é a nação que confere poder ao soberano, que se transforma no sujeito das obrigações e direitos relativos ao governo, mas é no soberano que reside a “pessoa moral”, que continua existindo na nação, mas que age nele e por ele. Especialmente na frase “(...) o monarca reúne em sua pessoa toda a majestade que pertence ao corpo inteiro da nação”, pode-se perceber a superposição das idéias de soberania e nação. O significado novo atribuído no século XVIII a esse conceito é assimilado à idéia majestática e soberana do monarca, revivência do Antigo Regime.

No vocabulário político do século XVIII, Chiaramonte realçou o substrato jusnaturalista que, a partir de seu caráter racionalista, veria nos vínculos étnicos “fontes de sentimentos repudiáveis de natureza material, alheios aos valores morais próprios das concepções políticas da época”.⁶⁹ O autor citou o beneditino espanhol Benito Jerônimo Feijoo, que diferenciou os termos nação e pátria, repudiando o sentimento nacional por sua baixa qualidade moral e enaltecedo o sentimento de pátria — no sentido do Estado

⁶⁸ CHIARAMONTE, José Carlos. “Metamorfoses do conceito de nação durante os séculos XVII e XVIII”. In: JANCSÓ, István (org.). *Brasil: formação do Estado e da Nação*. São Paulo-Itu: Unijuí; FAPESP, 2003, p. 79.

⁶⁹ Ibid., p. 78.

ao qual se pertence e os valores políticos correspondentes — isto é, um sentimento racional não passional.

José Antonio Maravall identificou em autores espanhóis do século XVII o termo nação referindo-se tanto à etnicidade quanto a um aspecto político, que via a natureza do caráter de um povo ser dada pela dependência a um mesmo governo. Na *Encyclopédie*, que é de 1765, o verbete nação aparece com o significado de pessoas reunidas num país “que obedecem ao mesmo governo”, e no Dicionário da Real Academia Espanhola (1726-1739) e em textos ingleses da época, predominava o emprego político de nação.⁷⁰

Assim, no século XVIII observa-se um uso duplo do termo nação: o antigo, de conteúdo étnico, e o novo, de conteúdo político, presente nos tratados de direito natural moderno. Chiaramonte justificou o aparecimento de um significado não étnico para um conceito nascido com esse sentido, a uma possível “necessidade de legitimar Estados pluriétnicos, como as monarquias absolutas”.⁷¹

Para Guerra, o sentido político atribuído ao vocábulo nação ligou-se à representação política das entidades da divisão administrativa: a cidade, a província e o reino.

O caráter político associado ao conceito de nação tomava-a como uma comunidade soberana formada pela associação voluntária de indivíduos iguais. Seu caráter contratual traz consigo sua soberania: dela procede toda a autoridade e todo o poder, entre eles o primeiro de todos, o constituinte, ou seja a liberdade de escolher as próprias instituições.⁷²

Para esse autor, na Espanha e na França, a nação construiu-se como uma “sociedade” formada pela associação voluntária de indivíduos iguais, desprezando-se a diversidade dos estamentos privilegiados, contrários à razão e à igualdade dos indivíduos cujos fundamentos encontravam-se no direito natural ou na idéia das “leis fundamentais” do reino. Essa idéia incluía a compreensão de que algumas leis do reino “não podiam ser violadas pelo rei, como o não podiam ser as leis divinas ou naturais ou os direitos (nomeadamente, de propriedade) dos súbditos que decorriam destas

⁷⁰ Ibid., pp. 67, 68.

⁷¹ Ibid., p. 86.

⁷² GUERRA François-Xavier. “A Nação moderna: nova legitimidade e velhas identidades.” In: JANCSÓ, István (org.). *Brasil: formação do Estado e da Nação*. Op. cit., 2003, p. 41.

últimas”.⁷³ A idéia de “leis fundamentais” ainda faz parte da tradição constitucional da Inglaterra, cuja Constituição não está associada a um documento único, uma “lei fundamental” que subordina as outras normas jurídicas, hierarquicamente inferiores. A “teoria da norma fundamental” surgiu, como construção teórica que passou a fundamentar a aplicabilidade da Constituição, com Hans Kelsen, em seu livro “Teoria Pura do Direito”, de 1934.

O novo conceito de nação, observado por Guerra, implicava a igualdade dos contratantes. O indivíduo, súdito até aquele momento, mas transformado em cidadão, era fonte de legitimidade política e somente ele podia ser representado. A soberania foi, portanto, a grande novidade incorporada ao conceito de nação pela Revolução Francesa. Para Guerra, a nação revolucionária era paixão por uma

liberdade nova, que repudia como despótica qualquer autoridade que não provenha de si e que adquire conteúdo messiânico ao encarnar-se em um povo eleito para libertar os que ainda gemem cativos nas cadeias de uma opressão rançosa. (...) A ‘nação moderna’ é uma construção das grandes monarquias da Europa ocidental, da França primeiramente, depois da Espanha, dedicadas desde há muito à empreitada de unificar em um único sujeito o reino, o povo, a pátria, a soberania, a sociedade e a história.⁷⁴

Chiaramonte reconheceu que a Revolução Francesa representou uma mutação histórica na Europa na difusão de um sentido novo para a palavra nação, primeiro, porque ela difundiu o sentido político do termo, segundo porque acrescentou “uma noção de alcance constitucional, uma noção que converte a nação em sujeito ao qual se imputa a soberania”.⁷⁵ Entretanto, recusou-se a considerar a nação como um fenômeno “moderno”, que teria na Revolução Francesa o marco inicial desse novo significado, como o fizeram autores como Eric Hobsbawm e Gellner. Guerra considerou a Revolução Francesa como marco de uma nova linguagem política percebida por todos os contemporâneos, entretanto, com um sentido político que já lhe era anterior.

François-Xavier Guerra e José Carlos Chiaramonte analisaram as sociedades americanas das ex-colônias espanholas, e observaram que, desde o início do século XVII, conceitos como nação, pátria, Estado, e constituição vinham sofrendo importantes mudanças em suas interpretações. O conceito de nação, no âmbito do constitucionalismo do pós-Independência, apresentava o caráter étnico totalmente

⁷³ HESPANHA, A. M. *História constitucional portuguesa: 1800-1910*. 2004. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/web/ensino/2003-2004/licenciatura/eapoio/2SEM/118pdf/programa/118.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2004, p. 09.

⁷⁴ GUERRA. Op. cit., pp. 54, 60.

⁷⁵ CHIARAMONTE. Op. cit., p. 79.

ausente, predominando o conceito de existência política independente em forma de um Estado.

Para esses autores, foi o novo modelo de nação, fonte de legitimidade, que triunfou no mundo hispânico a partir de 1808 e influenciou os líderes da independência ibero-americana. Em 1810, nas Cortes de Cádis e, em 1812, na Constituição da monarquia espanhola — fonte de inspiração para as Constituições na América espanhola — Guerra identificou na concepção de nação muita semelhança em relação à concepção francesa, em seus atributos, mas também diferenças substanciais. A principal semelhança era a soberania, a nova legitimidade que substituía a do rei, a idéia de que somente os indivíduos, e não os corpos e estamentos, eram representados pelos deputados da nação. Dentre as diferenças estavam o imperativo de evitar o risco jacobino que comprometeu os direitos individuais; a dificuldade de conceber a representação política e o Estado moderno; e a identificação da nação com a monarquia: espanhóis e americanos, num primeiro momento centraram seu “patriotismo” na defesa do rei, da religião, de valores e costumes comuns.

Guerra identificou uma grande tensão na idéia de nação universalista, baluarte da liberdade, e de nação particular, dominadora e expansionista, consubstanciada na Revolução Francesa. A nação “inventada pela França revolucionária” incluía diferentes nações: a nação-reino – uma comunidade política com um só território; a nação-Estado – mesmas leis sob uma mesma autoridade; a nação-soberana – com autoridade absoluta que assume os amplos atributos que o absolutismo atribuía ao monarca; a nação-povo – todos os habitantes com passado e memória comuns; e a nação-pátria – com caráter afetivo, amor pelo espaço familiar, pelo solo, pelos costumes, e pela nova pátria que é a liberdade.

A nação na América espanhola não tinha como se formar a partir da idéia de uma identidade “étnica”, e nenhum dos grupos individualmente podia pretender, nesse sentido, ser uma nação, como propôs Sieyès para o Terceiro Estado francês. Havia identidades políticas fortes, a dos “povos”, que nem sempre coincidiam com as divisões administrativas da Coroa que podiam ser cidades ou um reino constituído, mas faltavam aos novos países da América

outros atributos da nação moderna: os indivíduos cuja associação dá-lhe forma; sua constituição íntima em ‘sociedade’ e o correspondente Estado; a elaboração, por fim, de uma história e uma geografia patrióticas que fizessem remontar a nação a tempos remotos

e, portanto, fizessem da independência uma emancipação nacional, a conquista da liberdade pela ‘nação’”.⁷⁶

A idéia moderna de nação que triunfou no mundo espanhol teve, portanto, um sentido essencialmente político, estando quase inteiramente ausentes elementos étnicos. A abordagem adotada nesta tese segue, portanto, as análises de François-Xavier Guerra e José Carlos Chiaramonte, pois o conceito de nação utilizado por líderes da Independência nas ex-colônias espanholas, também foi aquele que serviu de base para o debate constituinte, principal *forum* de discussão sobre o constitucionalismo, no Brasil oitocentista. Esse sentido atribuído ao conceito de nação não teve seu marco fundante na Revolução Francesa, mas no movimento jusnaturalista, que se constituiu no século XVII.

Conceitos, como o de nação, têm demonstrado muita flexibilidade na linguagem política. A historiografia, tanto da história da Europa quanto da América espanhola, tem demonstrado que, especialmente nos séculos XVIII e início do XIX, uma fase de importante transição política, inúmeros conceitos do vocabulário político não apresentavam univocidade. Essa polissemia na linguagem política levou autores, como Terence Ball, à compreensão de uma “essencial refutabilidade dos conceitos”.⁷⁷ Essa concepção de Ball foi contestada por Elias Palti sob o argumento de que os conceitos mudam permanentemente de sentido, mas “a historicidade não lhes é uma dimensão constitutiva”, isto é, eles “são sempre refutados” sem, contudo, serem “essencialmente refutáveis”:

se os conceitos constitutivos do discurso político, e, portanto, da vida política, são efetivamente essencialmente refutáveis, então não poderia haver linguagem moral comum ou léxico cívico, e, por consequência, comunidade – inclusive sequer esperança de estabelecer e manter uma comunidade cívica. (...) toda sociedade relativamente complexa alberga pluralidade de códigos ou linguagens políticas.⁷⁸

Levando em consideração esse “caráter problemático” dos conceitos políticos, Pierre Rosanvallon recomendou que para “compreender seu funcionamento”,⁷⁹ seria necessário ver as linguagens políticas como entidades objetivas, ultrapassando-se o plano textual e seus conteúdos semânticos para penetrar-se no dispositivo

⁷⁶ GUERRA. Op. cit., p. 59.

⁷⁷ PALTI, Elias J. “Temporalidad y refutabilidad de los conceptos políticos”. *Prismas. Revista de Historia Intelectual*, nº 9, 2005, p. 19.

⁷⁸ Ibid., p. 20.

⁷⁹ Apud PALTI, op. cit, p. 23.

argumentativo que subjaz ao discurso político. Elias Palti recomendou reconstruir o que chamou de “*contextos de debates*”.⁸⁰

A dificuldade de interpretação identificada no discurso político esteve especialmente presente nos conceitos de nação e nacionalismo. Em torno deles desenvolveu-se um grande debate historiográfico sobre a natureza, a origem, o momento de formação desses conceitos, e o papel que tiveram nas mudanças sociais, do final do século XVIII até a segunda metade do século XX. A longevidade desse debate pode ser verificada no tema do nacionalismo, sob a matriz do “nacionalismo agressivo”, como Isaiah Berlin⁸¹ o chamou, no contexto do neocolonialismo, impulsionado pela crescente produção capitalista européia e sua pretensão expansionista de mercados em direção à África e Ásia, ao final do século XIX. Esse processo foi descrito pelo historiador Eric Hobsbawm com realismo ao afirmar que “não restou qualquer Estado independente no Pacífico, então totalmente distribuído entre britânicos, franceses, alemães, holandeses”⁸².

Essa violenta experiência do nacionalismo imperialista durou até a década de 1970, no não menos traumático processo de descolonização da Ásia e da África. A experiência do neocolonialismo entrou em contradição “principalmente, com os limites jurídicos consagrados pelo Estado-nação, criado sob o princípio da soberania e do consentimento civil por meio de um código de leis”.⁸³

Esses dois princípios, expressões do constitucionalismo liberal, foram totalmente destroçados sob a experiência do neocolonialismo imperialista vivida pela Europa, sob a égide do constitucionalismo liberal.

1.6 CONSTITUCIONALISMO LIBERAL

Quando se pensa em constitucionalismo moderno associa-se imediatamente esse conceito a nomes como Rousseau, Locke, Montesquieu e Sieyès, dentre outros.

⁸⁰ Ibid., p. 32.

⁸¹ BERLIN, Isaiah. “Nacionalismo. Negligência passada e poder presente”, in *Estudos sobre a Humanidade*. Op. Cit., p. 604.

⁸² DECCA, Edgar de. “O colonialismo como a Glória do Império”. In REIS FILHO, D.A; FERREIRA, J.; ZENHA, C. *O século XX*. V. 1. O tempo das certezas: da formação do capitalismo à Primeira Grande Guerra. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000, p. 156.

⁸³ Ibid., p. 157.

Entretanto, nada mais distante da verdade do que imaginar que esses pensadores desenvolveram idéias totalmente novas e que foram os únicos, em seu tempo, a elaborar teorias políticas revolucionárias e originais. Os séculos XVII e XVIII transformaram-se em um celeiro de idéias políticas sobre a limitação do poder do Estado e, a partir desse objeto de reflexão política, jusnaturalistas e os chamados filósofos iluministas desenvolveram teses com alguns elementos comuns e idéias originais complementares.

O pensamento político inglês chamava de “constitucionalismo” à luta contra o abuso do poder estatal, e as teorias políticas que fundamentaram esse Estado constitucional antecederam as revoluções inglesa, americana e francesa dos séculos XVII e XVIII.

O constitucionalismo partia do princípio depois consagrado por Montesquieu, de que se o soberano possui um poder absoluto, tende a abusar dele. Para impedir a formação de um governo despótico, a proposta constitucionalista se firmou especialmente em torno de três teorias desenvolvidas com o objetivo de limitar o poder do soberano.

A primeira, a teoria dos direitos naturais ou jusnaturalista, afirmava a existência de um poder externo ao Estado: os direitos naturais, que existiam acima e além da vontade do princípio, pois pertenciam ao indivíduo, independentemente de sua participação nesta ou naquela comunidade política. Esses direitos pré-existentes ao Estado, e dele independentes, deviam, por isso, ser por ele reconhecidos e garantidos.

Num contexto histórico de grandes transformações sociais, o jusnaturalismo racionalista se tornou revolucionário. Transformou-se na base teórica das revoluções burguesas do século XVIII, a americana (1776) e a francesa (1789), e postulou a positivação dos novos direitos naturais das liberdades, assumindo a forma do constitucionalismo do Estado Legal, que marcou todo o século XIX e início do XX. Portanto, dialeticamente, do direito natural surgiu o paradigma juspositivista. Sobre os fundamentos construídos pelo direito natural — aqueles que afirmavam as liberdades diante da autoridade do poder absoluto, e a necessidade da preeminência da lei para a garantia dessas liberdades — impôs-se o positivismo jurídico, em sua vertente teórica, em que a lei passou a ser a única fonte do direito, ou a hegemônica, e o Estado, o único ordenamento jurídico aceito. Esse processo, segundo Bobbio, teria se iniciado em período anterior, ao qual o autor chamou de “monopolização da produção jurídica por

parte do Estado”,⁸⁴ mas teria se acentuado e afirmado com a crítica ao direito natural, desencadeada inicialmente pela Escola Histórica do Direito, na Alemanha do final do século XVIII, e em seguida, pela Escola da Exegese.

A necessidade de positivar os direitos naturais individuais em uma Constituição e a subordinação de todos os poderes do Estado à lei codificada, para a garantia das liberdades, foram elementos defendidos pelos filósofos jusnaturalistas, mas logo se transformaram em elementos que desencadearam o positivismo jurídico. Gustavo Hugo, considerado o iniciador da Escola Histórica expressou a relação dialética da qual estamos tratando no título de seu livro “Tratado do direito natural como filosofia do direito positivo”. Norberto Bobbio analisando esse trabalho de Hugo, afirma: “Usando uma terminologia moderna, podemos dizer que Hugo elabora, mais que uma ‘filosofia do direito’, uma ‘teoria geral do direito’”. Com a redução do direito natural à filosofia do direito positivo, a tradição jusnaturalista teria se esgotado.

Pressupondo-se que o jusnaturalismo está na base do constitucionalismo e do positivismo, na passagem do paradigma jusnaturalista ao positivista não se observam somente continuidades. Há, também, descontinuidades importantes. Konrad Hesse afirmou que o constitucionalismo liberal, apesar de ter como fundamento filosófico o direito natural, garantiu um novo *status* jurídico constitucional ao cidadão, por meio dos direitos fundamentais. Esses direitos deixaram de ser entendidos como “uma abstração anti-histórica”, um “*status* de liberdade e igualdade ‘natural’, pré-estatal e pré-jurídico e, por causa disso, independente do Estado e do direito positivo”.⁸⁵ Com o constitucionalismo, os direitos naturais adquiriram uma historicidade e um caráter de direito subjetivo positivo que eles não possuíam enquanto subjaziam sob a moldura do jusnaturalismo.

A segunda teoria de limitação do poder considerava a necessidade de o Estado ter limites internos. Era a teoria da separação e da independência dos poderes, segundo a qual o Estado deveria, por meio da quebra do poder e de sua divisão, atribuir funções a órgãos distintos, que se controlariam reciprocamente, por meio do equilíbrio dos poderes, ou sob o sistema de freios como já previa Montesquieu, em seu livro “O Espírito das leis”, de 1758. Antes dele, entretanto, no século XVII, Locke e outros

⁸⁴ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 27.

⁸⁵ HESSE, K. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 232.

ingleses já haviam proclamado essa tese para a defesa da liberdade e o combate a um governo tirano.

Uma terceira teoria, a da soberania popular, postulava que a única forma de conter o poder seria por meio da participação de todos os cidadãos nas decisões do Estado, transferindo-se a soberania do monarca absoluto para o povo. Para isso, a proposta de Rousseau, em seu livro “Do Contrato Social”, de 1762, era de uma mudança incondicional do titular do poder sob a convicção de que o povo, ou a vontade geral, não cometaria abusos, contra si próprio.

Essas duas teorias serão desdobradas em itens abaixo, dada a sua íntima relação com o constitucionalismo liberal dos séculos XVIII e XIX.

Nos séculos do jusnaturalismo e do iluminismo, também surgiram teorias sobre a justificação ou legitimidade do poder, como a teoria do fundamento voluntarista, conhecida como contratualismo, e também teorias que discutiam a obrigação política do cidadão diante das ordens do soberano: as teorias do absolutismo defendiam a obediência; as teorias dos limites do poder proclamavam o direito de resistência.

Assim, temas como a origem da sociedade e do Estado, a melhor forma de governo, os conceitos de lei natural e lei positiva, estado, liberdade, obediência e resistência tiveram enorme difusão entre os “filósofos” franceses, nos séculos XVII e XVIII, mas também não deixaram de interessar grande parte da população. Essas teorias transformaram-se em prática política com o constitucionalismo liberal iniciado com a Constituição norte-americana, em 1787, e as primeiras Constituições francesas do período revolucionário. Enquanto a Constituição norte-americana se manteve até nossos dias com o mesmo texto, acrescido de algumas emendas, a França contou com nove Constituições, somente entre 1791 e 1815, se incluirmos o Ato Adicional às Constituições do Império, do governo dos cem dias de Napoleão. As marchas e contramarchas da ação revolucionária, associadas à influência das idéias de Rousseau, sobre a necessidade de uma permanente atualização das Constituições, desencadearam essa profusão de Constituições francesas em tão pouco tempo.

No século XVIII, o vocábulo constituição, não possuía um significado unívoco. Na análise do vocabulário político da França revolucionária verifica-se que os atores históricos viviam um momento de grandes mudanças que se expressavam num caráter não monolítico, e aparentemente incoerente, da linguagem política utilizada.

O discurso do constitucionalismo liberal, que se expressou na França no século XVIII, transformou-se e adaptou-se a novos contextos históricos. A linguagem política

do momento da Restauração, em 1814-1815, apresentou enormes adaptações, limites e mudanças significativas em relação ao momento inicial desse constitucionalismo. A referência à Restauração francesa é importante, pois foi o constitucionalismo desse momento que influenciou o processo constitucional brasileiro de 1823-1824, como será tratado no segundo capítulo.

Até as vésperas da Revolução na França, a idéia de Constituição ainda apresentava um caráter incerto e ambíguo. Dicionários do início do século XVIII apresentavam dois sentidos para esse vocábulo: o primeiro acentuava a instituição de uma entidade e o outro o sentido de ordem. Em meados do século XVIII, uma nova vertente política do conceito de constituição surgiu, mas os dois sentidos anteriores se mantiveram nela.

Montesquieu, um dos primeiros representantes dessa nova vertente, atribuiu ao termo “constituição” o sentido de *politeia*, conceito usado por Aristóteles para descrever “a ordem fundamental de um Estado, o modo de existência política de uma nação ou povo, a disposição essencial dos elementos ou dos poderes que entram na composição de uma forma de governo”.⁸⁶ Para embasar seus argumentos, Montesquieu utilizou-se essencialmente de teóricos do direito natural, particularmente Emmer de Vattel e Jean-Jacques Rousseau.

Vattel, em seu livro de 1758, “O Direito das Gentes”, definia uma constituição como a forma de governo instituída pela nação para assegurar as vantagens da associação política. Ele afirmava que “a nação possui pleno direito de formar sua Constituição, de mantê-la, de aperfeiçoá-la, e de regular de acordo com sua vontade tudo o que diz respeito ao governo, sem que ninguém possa impedi-la justamente”.⁸⁷

Rousseau, no Contrato Social, compreendia a constituição como invenção política, produto da vontade geral, ato de instituição de uma forma de governo específica, criada por um povo soberano que reafirmaria perpetuamente o ato original por meio de assembleias com intervalos regulares, por considerar “absurdo submeter-se a vontade a grilhões futuros”.⁸⁸

Keith Baker identificou uma grande ambigüidade no vocabulário político utilizado na construção do constitucionalismo moderno, analisando os debates no Comitê de Constituição francês, que integrava a Assembléia Nacional Constituinte de

⁸⁶ BAKER, Keith Michael. “Constitution”, in FURET, F. e OZOUF, M. (orgs.) *Dictionnaire critique de la Révolution Française. Institutions et créations*. Paris: Flammarion, 1992, p. 183

⁸⁷ apud BAKER. Op. cit., p.184.

⁸⁸ ROUSSEAU. Op.cit., p. 86.

1789. Ali, expressaram-se ao mesmo tempo os anseios populares transcritos nos *cahiers de doléances*,⁸⁹ e uma elaboração teórica mais sofisticada por meio dos discursos dos deputados.

O deputado Clermont-Tonnerre, falando em nome do Comitê, representava uma posição moderada:

nossos comitentes querem a regeneração do Estado, mas alguns a esperam da simples reforma dos abusos e do restabelecimento de uma constituição que existe há quatorze séculos. (...) Outros vêm o regime social existente como tão viciado, que pedem uma nova constituição e que, com exceção do governo e das formas monárquicas, por estarem no coração de todo francês para amar e respeitar, (...) lhes deram todo o poder necessário para criar uma constituição.⁹⁰

Esse texto é extremamente revelador da concepção de constituição que estava no pensamento dos comitentes franceses. Representando a vontade da população francesa, o Comitê de Constituição queria um governo monárquico constitucional. Essas eram as únicas condições que impunham: a manutenção do governo monárquico, e uma Constituição, que poderia ser o restabelecimento da antiga ou a elaboração de uma nova.

Na fala do deputado francês, observa-se que os representantes franceses não faziam referência a uma forma constitucional nova que garantisse direitos individuais e a divisão de poderes. Esses temas já faziam parte do ideário de jusnaturalistas e iluministas, mas, certamente, ainda não eram identificados ao constitucionalismo moderno.

No início do século XVIII, grande parte da literatura política e de ensaios históricos tratava da constituição do governo francês como um conceito ligado à compreensão tradicional de restauração de uma ordem política instituída.

Essa tese estava representada no Comitê de Constituição por alguns deputados para quem a constituição era vista como regeneração de uma ordem política pré-existente, com a supressão dos abusos, e não como a construção de uma ordem radicalmente nova. Para eles a idéia de constituição não podia ser vista como momento fundador no qual todas as instituições existentes se encontrariam suspensas diante da vontade geral, como previra Rousseau. A monarquia precisava ser preservada, pois a Assembléia Nacional tinha sido convocada por um rei cuja autoridade precedia a da

⁸⁹ Os *Cahiers de doléances* reuniam reclamações e reivindicações dos cidadãos franceses de cada estamento dirigidas ao rei Louis XVI, entre março e abril de 1789. Essas queixas e demandas foram discutidas nas reuniões dos Estados Gerais, a partir de maio desse ano.

⁹⁰ BAKER, Op. cit., p. 186.

Constituinte. Sendo a monarquia anterior à idéia de constituição, este documento deveria regular o poder do monarca, mas não destruí-lo. A Constituição teria que ser assinada e ratificada pelo rei.

À medida que o embate se intensificou, os deputados foram abandonando essa idéia e passaram a apoiar o grupo que queria criar uma nova Constituição por um ato soberano da vontade nacional. Ao se tornar vencedora essa tese, os constituintes deram início aos trabalhos da Assembléia Constituinte tomando por base os grandes princípios teóricos desenvolvidos por juristas e filósofos do século que findava. Esses trabalhos se iniciaram com a afirmação dos direitos fundamentais que integraram a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

1.7

CONSTITUCIONALISMO E DECLARARAÇÃO DE DIREITOS

A elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, foi feitura de uma Assembléia Nacional que se proclamou “constituinte”, e que definiu como tarefa primeira e imediata a positivação dos direitos naturais.

No histórico ano de 1789, Thomas Jefferson estava em Paris e, segundo alguns historiadores acreditam, pode ter ajudado o Marquês de La Fayette, seu amigo e veterano da Guerra de Independência americana, a delinear o modelo apresentado à Assembléia Constituinte. Essa Declaração serviu de introdução à primeira Constituição francesa de 1791.

A suposição da participação de Thomas Jefferson na Declaração francesa baseia-se no fato de, em 1776, nos Estados Unidos, o Estado da Virgínia, e outros estados da América do Norte, terem redigido um *Bill of Rights* que já declarava que todos os homens nasciam livres e independentes por natureza, com direitos inalienáveis à vida, à liberdade, à propriedade, e à busca e obtenção de felicidade e segurança. Afirmavam ainda que todo poder emanava do povo. Essas Declarações de direitos teriam influenciado a Declaração de Independência, redigida por Thomas Jefferson, que se iniciava com a afirmação:

Consideramos estas verdades autoevidentes: que todos os homens são criados iguais, dotados pelo seu Criador de certos Direitos inalienáveis, que entre estes estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são

instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios...⁹¹

Assim, antes da Declaração Francesa, nos Estados Unidos independente, os direitos individuais passaram a fazer parte da agenda de declarações de direitos de alguns estados americanos. Alguns direitos naturais adotados pelos revolucionários franceses, com fundamento em Rousseau, como liberdade, soberania popular e direito de resistência, por exemplo, já apareceram na declaração de direitos de Virgínia e na Declaração de Independência americana, no ano de 1776. Pode-se contrapor que esses documentos não tinham natureza constitucional, apenas declaravam intenções. Entretanto, alguns direitos adquiriram status constitucional em 1791, integrando-se à Constituição como dez emendas que incluíam liberdade de expressão, de imprensa e religião, direito de reunião, além de outros “direitos inerentes ao povo”, expressão, contudo, muito vaga para sua aplicabilidade.

Alguns jusnaturalistas da Antiguidade e da Idade Média identificavam, na lei positiva, regras que expressavam os direitos naturais, visando o bem comum. Os jusnaturalistas racionalistas modernos consideravam a lei natural como anterior e superior à lei positiva, pois ela afirmava os direitos individuais. As leis naturais eram consideradas pré-estatais e pré-políticas e, por isso, o próprio Estado e o governante estavam submetidos a elas.

Entretanto, certamente, por reconhecerem que as leis naturais precisariam se positivar para adquirirem força coercitiva e garantirem segurança jurídica, no final da Era Moderna, o jusnaturalismo racionalista e o Iluminismo produziram dois fenômenos de longa duração na história da sociedade ocidental: a codificação e o constitucionalismo. Paradoxalmente, ao se positivarem os direitos naturais, a crença no caráter universal, atemporal e racional da lei natural transformou-se na premissa de obediência absoluta à lei positiva, até porque a normatização dessa lei natural representava a expressão da soberania popular. Dentre os dois fenômenos jurídicos apontados, somente o constitucionalismo liberal será objeto de análise, nesta tese de doutoramento.

⁹¹ Declaração de Independência dos EUA, de 4 de julho de 1776. Disponível em: <<http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=645&submenu=106&itemmenu=110>>. Acesso em: 12 fev 2010.

O constitucionalismo moderno regulou juridicamente o poder político e suas limitações, mediante declarações de direitos e o princípio da separação dos poderes. Inicialmente as declarações de direitos se apresentaram separadas do texto constitucional propriamente dito, mas elas surgiram como base do constitucionalismo liberal que visava pôr freios ao poder absolutista.

Em 27 de agosto de 1789, os deputados franceses votaram a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que apresentava um caráter bastante democrático e alguns conceitos de Rousseau faziam parte de seu texto.

Em 1793, os revolucionários franceses fizeram algumas mudanças na Declaração de 1789 e ampliaram-na. Ela foi elaborada e votada sob o governo jacobino e, apesar de terem surgidos projetos mais ousados, como o de Robespierre, transformou-se em um documento de compromisso entre as alas mais progressistas e as moderadas: contrariamente ao projeto de Robespierre, a propriedade continuou como um direito natural, mas foram incluídos duas de suas reivindicações — os direitos sociais, e “o auxílio público” aos pobres, considerado como uma dívida sagrada: “A sociedade deve a subsistência aos cidadãos infelizes, seja oferecendo-lhes trabalho, seja assegurando os meios de existência àqueles que estão impossibilitados de trabalhar” e “a instrução é uma necessidade de todos. A sociedade deve empenhar todo o seu poder no progresso da inteligência pública, e colocar a instrução ao alcance de todos os cidadãos.”

Essa Declaração introduzia a Constituição de 1793, considerada a mais democrática de todas as constituições francesas revolucionárias, pois proclamava a República e, pela primeira vez, afirmava princípios até então insuspeitáveis como a incorporação de direitos do trabalho; adoção do voto universal, que anulava o voto censitário da Constituição anterior; maior poder atribuído ao Legislativo e enfraquecimento do Executivo; e, finalmente, a introdução do instituto do *referendum*, que acentuava a participação popular. Essa Constituição acabou tendo uma vigência de poucos meses, devido ao conturbado contexto político francês, tanto interno quanto externo, naquele momento: um ano antes o rei havia sido processado e executado, e o governo revolucionário dos jacobinos se instalava, sob o signo do “terror” que provocou forte reação da burguesia, a queda do governo, a execução de Robespierre, de vinte e um deputados que o apoiavam, e mais oitenta e três pessoas, nos quatro dias seguintes; externamente, países vizinhos invadiram a França para combater a Revolução.

A terceira Constituição francesa, de 1795, foi elaborada sob a “reação termidoriana”, após a queda de Robespierre e do governo jacobino. Ela manteve a

República, mas confiou o Executivo a um “Diretório” de cinco membros, consolidando o governo da burguesia, que visava usufruir os benefícios promovidos pela Revolução. Para tanto, considerava essencial afastar a influência de Rousseau, presente nas duas Constituições anteriores. A “reação termidoriana” pretendia impedir o retorno do regime que a burguesia liberal identificava como fonte do “terror”, alimentado pelas idéias de Rousseau. Por isso, a nova Constituição procurou seguir as idéias de Montesquieu especialmente no que dizia respeito à separação dos poderes e ao papel que esse autor atribuía aos “corpos intermediários”. Ela foi marcada pelo recuo em relação à Constituição de 1791 e, sobretudo, em relação à de 1793, mas consolidou a dominação da burguesia e suas conquistas. Abandonou, assim, o sufrágio universal e impôs a cidadania baseada no censo que considerava o imposto direto pago pela população. Segundo os liberais era necessário que a França fosse governada pelos “melhores”, que significavam para alguns como Boissy d’Anglas “os mais instruídos e os mais interessados na manutenção das leis”, isto é, “os que possuíam uma propriedade.”

Ela era introduzida por uma Declaração de Direitos e de Deveres, que suprimia o artigo 1º da Declaração de 1789 e o 3º da de 1793 — “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos” e “todos os homens são iguais por natureza e diante da lei”—, para não dar margem a reivindicações de igualdade econômica; e definia a liberdade e a igualdade com expressões imprecisas e vazias: a liberdade “é o direito de fazer o que não prejudica a ninguém”; e a igualdade é a ausência “de qualquer distinção de nascimento”, e de “qualquer hereditariedade do poder” e “a igualdade consiste em que a lei seja a mesma para todos...”. Não se poderia mais exigir do Estado uma redução da desigualdade econômica, em nome da declaração de direitos.

A partir da quarta constituição francesa, até a de 1814, não houve mais Declaração de direitos. Em algumas delas, alguns direitos se incorporaram ao corpo do texto, mas o teor dos direitos foi bastante abrandado.

1.7.1

As Declarações de Direitos do Homem e do Cidadão

Alguns analistas das duas revoluções liberais do século XVIII, a americana e da francesa, eventos fundantes da era contemporânea, procuraram extrair a identidade de cada um desses eventos, a partir da análise de suas declarações de direitos.

Em seu livro “Teoria e Prática”, de 1971, Jürgen Habermas realçou o fato de que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, “estaria, intimamente, vinculada ao poder”. Isto é, Habermas realçava a articulação “do processo declaratório de direitos e garantias individuais na França com um nível institucional acima dos indivíduos capaz por si próprio de efetivá-los”.⁹²

Jacques Godechot e Lynn Hunt realçaram o caráter universal da Declaração francesa em comparação com os textos das declarações americanas. A filósofa Hunt observava que nem uma única vez as Declarações de 1789 e 1793 faziam referência ao povo francês, enquanto o historiador francês identificava nas declarações americanas um sentido fortemente pragmático, pois os direitos que elas asseguravam haviam sido concebidos para serem alegados por cidadãos lesados nos seus direitos individuais.

Há, entretanto, uma linha de interpretação mais recorrente, que realça as diferentes fontes ideológicas dos dois movimentos revolucionários e suas declarações de direitos, como determinantes da identidade própria de cada uma das Revoluções.

O filósofo Ruiz Miguel apontou como diferença básica entre esses dois movimentos, do ponto de vista dos direitos individuais, o caráter liberal do primeiro e o caráter democrático do segundo.⁹³ O autor levou em consideração a inspiração ideológica do movimento americano em Locke, enquanto a principal inspiração do francês teria sido Rousseau. As expressões mais evidentes desta análise seriam a ausência inicial de uma declaração de direitos na Constituição americana de 1787, e sua inclusão apenas em 1791, como emendas que não faziam referência aos direitos de participação política dos cidadãos no poder público, enquanto as duas primeiras Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão, em alguns de seus artigos, estabeleciam a soberania popular e incluíam os direitos políticos, como demonstram os artigos 3 e 6 da Declaração de 1789.⁹⁴

Para Hannah Arendt, não teria sido Locke, a principal fonte ideológica da Revolução Americana, mas Montesquieu, que exerceu quase o mesmo papel que

⁹² Apud RIBAS, J. “Introdução ao pensamento de Benjamin Constant”, in CONSTANT, *Princípios Políticos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1989, p. 50.

⁹³ MIGUEL. Op. cit., p. 283.

⁹⁴ Declaração de 1789: Art. 3: - O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente. Art. 6: - A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Rousseau na Revolução Francesa. Segundo a autora, Montesquieu teria sido citado em quase todos os debates constitucionais que sustentavam, por exemplo, que o poder e a liberdade relacionavam-se um com o outro, que a liberdade política consistia não no querer, mas no poder, e que o universo político devia ser constituído possibilitando a combinação de poder com liberdade. Essa análise de Arendt mitigava o caráter liberal da Revolução Americana.

O caráter democrático da Revolução Francesa, associado à influência das idéias de Rousseau na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, foi realçado pelo historiador Jacques Godechot. Esse autor destacou que a Declaração de 1789 “pode ser considerada como a carta não somente da democracia política, mas também da democracia social”. Em seguida se utilizou de outra adjetivação mais condizente com a realidade, afirmando que ela foi “uma arma de guerra contra o Antigo Regime” e um “ato de morte” desse governo, além de haver assentado os fundamentos da “futura sociedade” – Michelet, historiador do século XIX, já havia afirmado que a Declaração era “o credo da nova era” – e de representar “o dogma da Revolução e da liberdade”.⁹⁵

A análise desenvolvida nessa pesquisa concluiu não ser possível concordar com as observações de Ruiz Miguel ou de Godechot sobre o caráter democrático da Revolução Francesa, que teria sua origem teórica em Rousseau, expressa, especialmente na Declaração de 1789.

Pode-se contestar Godechot afirmando que a democracia política e social da Declaração francesa era mitigada pela afirmação da propriedade, pela limitação da “igualdade perante a lei”, e pelo voto censitário. Analisando-se isoladamente a Declaração de 1789, não há dúvida de que um conteúdo democrático estava presente em afirmações como a da soberania da nação. Entretanto, quando ela se constitucionalizou, transformando-se na introdução ao texto constitucional de 1791, apareceram as contradições conceituais mais fortemente, como será visto abaixo. Caberia lembrar também, que as Declarações francesas de 1789 e 1793 inspiraram-se fortemente em Rousseau, mas não somente nele, como também em Locke e Voltaire.

A análise que valoriza a influência de Rousseau sobre a Revolução Francesa fragiliza-se quando se observa, historicamente, esse evento tão complexo em seus fundamentos ideológicos, e quando se comparam as características constitucionais de cada uma das fases revolucionárias de ação e reação aos princípios mais democráticos.

⁹⁵ MICHELET, Jules. *Histoire de la Revolution Française*. Paris: Robert Laffont, 2002, pp. 26, 27.

Não há, portanto, o que se pode chamar de uma identidade homogênea na Revolução Francesa e, consequentemente, em suas Declarações, representativas de momentos diversos. A Declaração de 1789 foi elaborada no calor inicial do movimento revolucionário, ainda sob a monarquia constitucional de Luís XVI, como o cartão de apresentação da ideologia burguesa revolucionária. A Declaração de 1793, que introduziu a Constituição desse ano, instituía uma República, que se pretendia popular.

Resta ainda realçar que, ao se considerar o movimento revolucionário francês não somente em seus eventos mais imediatos, mas também em suas consequências teóricas, como o constitucionalismo e, com ele, as declarações de direitos e a separação de poderes, se concluirá por sua diversidade e, portanto, pela impossibilidade de uma classificação genérica sobre o caráter desses desdobramentos.

O constitucionalismo e seus dois principais pilares, a declaração de direitos e o princípio da separação dos poderes, não permaneceram sem grandes e profundas transformações se comparados os anos iniciais da Revolução no final do século XVIII, com o período da Restauração, que é aquele que vai servir de matriz ideológica para a primeira Constituição brasileira e, portanto, aquele que mais nos irá interessar.

A França teve, até 1815, oito Constituições, sob condições históricas tão diversas, que elas apresentaram adaptações importantes quanto aos direitos individuais e à separação de poderes, desfigurando o constitucionalismo liberal de seu mais tenro início. Essas adaptações demonstravam inequivocamente o caráter formal e plural desse constitucionalismo. Elas também tornavam possível a inserção do constitucionalismo liberal em sociedades como a brasileira, impensável por suas condições históricas de um país escravista e sem uma classe revolucionária como a burguesia.

Não se pode negar a grande influência de Rousseau nas duas Declarações, mas há que se observar o alcance dessa influência.

Pode-se iniciar a análise da grande fonte ideológica que o Contrato Social representou para as Declarações francesas com a expressão que as intitula: “direitos do homem”. Até 1789, usava-se com mais freqüência a expressão “direitos naturais”. Os franceses passaram a utilizar a fórmula rousseauiana a partir desse ano. No século XVIII, em inglês e em francês, outras formas também foram utilizadas como “direitos humanos”, “direitos do gênero humano” e “direitos da humanidade”, mas designavam concepções gerais sobre a humanidade sem um conteúdo propriamente político.

Segundo Lynn Hunt, “direitos do homem” foi uma expressão utilizada pela primeira vez, ainda que sem nenhuma definição mais clara, em “Do Contrato Social”,

de Rousseau, que começou a circular a partir de 1763, na França. Mas em outros textos, como “Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens” e “Emílio”, Rousseau se utilizou indiferentemente dos termos “direitos da humanidade”, “direitos do cidadão” e “direitos da soberania”.

Nas décadas de 1770 e 1780, outros escritores iluministas como o barão D’Holbach, Raynal e Mercier, adotaram a expressão, originária de Rousseau, em suas obras. O marquês de Condorcet, incitado pela Revolução Americana e defensor do Iluminismo francês, ligou explicitamente os direitos do homem à Revolução Americana, em seu ensaio de 1786, “De l’influence de la révolution d’Amérique sur l’Europe”. Considerava como direitos do homem aqueles que estavam incluídos na Declaração Americana de Independência: segurança da pessoa e da propriedade, justiça imparcial e idônea e o direito de contribuir para a formulação das leis. Em 1789, Emmanuel-Joseph Sieyès referiu-se aos “direitos do homem” em seu libelo contra a nobreza, “O que é o Terceiro Estado?”. Nos projetos de declaração de direitos que Lafayette e Condorcet apresentaram à Assembléia Constituinte, há referência aos “direitos do homem”. Mas, além de Condorcet, nenhum outro autor explicitou o que entendia por essa expressão — talvez porque, como acreditava Thomas Jefferson, ela era tida por “autoevidente”, supõe Lynn Hunt.

A autora apresentou algumas evidências de que tanto o termo “direitos naturais” quanto “direitos do homem” pareciam possuir a “autoevidência” a que Jefferson se referia. Uma carta do pastor calvinista Jean-Paul Rabaut Saint-Etienne escrita ao rei francês, em 1787, para se queixar das limitações de um projeto de edito de tolerância para protestantes afirmava a difusão desses direitos “em todo o mundo”:

Sabemos, hoje, o que são os direitos naturais, e eles certamente dão aos homens muito mais do que o edito concede aos protestantes (...). Chegou a hora em que não é mais aceitável que uma lei invalide abertamente os direitos da humanidade, que são muito bem conhecidos em todo o mundo.⁹⁶

Denis Diderot escrevendo sobre o “direito natural” afirmou que o uso deste termo era tão familiar que quase ninguém deixaria de ficar convencido de que a noção lhe era obviamente conhecida.⁹⁷

Mas não é somente na expressão “direitos do homem” que se pode notar a influência de Rousseau. Alguns temas tratados em “Do Contrato Social”, livro que

⁹⁶ Apud HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos – uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 24.

⁹⁷ Ibid., p. 25.

melhor retratou as idéias políticas de Rousseau, também estão presentes nas Declarações francesas. Entretanto, uma análise mais atenta demonstra distorções em relação às concepções de Rousseau. Termos como contrato social, direito de resistência, igualdade, liberdade, e soberania popular são encontrados nas declarações, mas nem sempre exatamente fiéis aos conceitos de Rousseau. Além disso, a maioria desses conceitos foi tratada também por outros jusnaturalistas e “filósofos” do iluminismo.

Rousseau pensou o contrato social como hipótese explicativa da expressão da vontade geral, portanto como um consentimento coletivo que legitimava sua república democrática. Esse conceito marcava a passagem do estado de natureza ao estado civil, mas significava a transferência de todos os direitos individuais à comunidade. Ninguém era constrangido aceitá-lo, mas para os que o aceitavam, essa abdicação de direitos era definitiva e assegurava a igualdade e a liberdade.

Norberto Bobbio considerava Rousseau como “... o teórico mais consequente do Estado democrático”.⁹⁸ Para o autor, ao negar que o estado civil fosse incompatível com a liberdade, Rousseau teria desenvolvido a teoria radical de Hobbes “em sentido democrático”, apresentando o contrato social como um ato coletivo de renúncia aos direitos naturais, considerando “a renúncia não feita em favor de um terceiro, *mas por cada um em favor de todos*, ou seja, por cada indivíduo (considerado singularmente) para si mesmo (como membro de uma totalidade)”. O elemento novo que Rousseau acrescentou ao direito natural foi a inalienabilidade absoluta da pessoa, afirmava Bobbio.

Essas concepções de Rousseau apareciam na Declaração de 1789, já em seu segundo artigo, mas acrescentadas de alguns outros elementos: “A finalidade de toda associação política é a preservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. A segunda Declaração em seus dois primeiros artigos transforma essa premissa em vários artigos: “O fim da sociedade é a felicidade comum. O governo é instituído para garantir ao homem o gozo destes direitos naturais e imprescritíveis. Estes direitos são a igualdade, a liberdade, a segurança e a propriedade”. O direito de resistência foi ampliado nos três últimos artigos (XXXIII, XXXIV e XXXV), onde aparecia fortemente o pensamento de Rousseau:

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: UNB, 1997, p. 46.

A resistência à opressão é a consequência dos outros direitos do homem. Há opressão contra o corpo social, mesmo quando um só dos seus membros é oprimido. Há opressão contra cada membro, quando o corpo social é oprimido. Quando o governo viola os direitos do Povo, a revolta é para o Povo e para cada agrupamento do Povo o mais sagrado dos direitos e o mais indispensáveis dos deveres.

Entretanto, para Rousseau, a igualdade, não se limitava à igualdade perante a lei, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão previa. As condições de igualdade previstas no Contrato Social de Rousseau estendiam essa igualdade também à propriedade.

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece, contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes. Esse, o problema fundamental cuja solução o contrato social oferece. As cláusulas desse contrato (...) quando bem compreendidas, reduzem-se todas a uma só: a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade toda, porque em primeiro lugar, cada um dando-se completamente, a condição é igual para todos, e, sendo a condição igual para todos, ninguém se interessa por torná-la onerosa para os demais.⁹⁹

Assim como os outros junsnaturalistas, Rousseau incluiu o direito de propriedade dentre os direitos naturais do homem, ainda que tenha identificado na propriedade a origem de todos os males das civilizações, em seu “Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens”, anterior ao “Do Contrato Social”. Mas, ainda assim, não se acredita que o direito de propriedade que consta na Declaração de 1789 seja o mesmo defendido por Rousseau nesse último livro. O artigo 17º de Declaração de 1789 trata a propriedade como “um direito inviolável e sagrado”, garantido-a a quem já a possui, mas prevendo a desapropriação “quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização”.

O caráter inviolável e sagrado pressupunha a garantia de uma propriedade já existente. Rousseau previa esse direito como uma conquista dos cidadãos que transformavam o terreno ocupado por meio de seu “trabalho” e “cultura”: “sinais de propriedade que devem ser respeitados pelos outros”.¹⁰⁰ Sob o estado civil, o Estado dividia e garantia a posse da terra aos cidadãos, como direito de primeiro ocupante, assegurando uma porção que representasse a estrita necessidade de subsistência. O direito de posse se transformava em direito de propriedade, com título jurídico, quando a propriedade se constituía em um elemento de satisfação das necessidades individuais por meio do trabalho e da cultura do terreno ocupado. O texto a seguir não poderia ser

⁹⁹ ROUSSEAU. Op. cit., p. 70

¹⁰⁰ Loc. cit.

avalizado pelo pensamento liberal dos constituintes franceses que incorporaram o direito de propriedade à Declaração:

Como poderá um homem ou um povo assenhorear-se de um território imenso e privar dele todo o gênero humano, a não ser por usurpação punível, por isso que tira do resto dos homens o abrigo e os alimentos que a natureza lhes deu em comum?¹⁰¹

A igualdade originária da propriedade, conforme a compreendeu Rousseau, só ocorreria no estado civil, sob o signo da lei, elaborada pela vontade geral:

O pacto fundamental, em lugar de destruir a igualdade natural, pelo contrário substitui por uma igualdade moral e legítima aquilo que a natureza poderia trazer de desigualdade física entre os homens, que, podendo ser desiguais na força ou no gênio, todos se tornam iguais por convenção e direito.¹⁰²

A Declaração de 1793, em seu artigo XVI, não afirmava a inviolabilidade nem o caráter sagrado da propriedade, e certamente pretendeu aproximar-se do conceito de Rousseau ao considerar como propriedade o “fruto de seu trabalho e de sua indústria”. Entretanto, pressupôs “bens” e “rendas”, que não seriam fruto do trabalho e da indústria e, portanto não se ajustariam ao conceito de Rousseau de propriedade. Essa Declaração afirmava que “o direito de propriedade é aquele que pertence a todo cidadão de gozar e dispor à vontade de seus bens, rendas, fruto de seu trabalho e de sua indústria”. Mantinha igualmente a desapropriação ao prever, no artigo XIX que “ninguém pode ser privado de uma parte de sua propriedade sem sua licença, a não ser quando a necessidade pública legalmente constatada o exige e com a condição de uma justa e anterior indenização”.

Rousseau confirmou a radicalidade de sua concepção de estado igualitário ao analisá-lo sob os maus governos, cuja igualdade seria apenas “aparente e ilusória”, servindo para “manter o pobre na sua miséria e o rico na sua usurpação”. Como Rousseau considerava as leis “sempre úteis aos que possuem e prejudiciais aos que nada têm”, o estado civil, onde os homens eram iguais por convenção ou direito, “só é vantajoso aos homens quando todos eles têm alguma coisa e nenhum tem demais”.¹⁰³

As Declarações também utilizaram um dos conceitos mais originais de Rousseau, o da vontade geral, mas sem manter fidelidade a seu conteúdo político. No modelo

¹⁰¹ Ibid., p. 80.

¹⁰² Ibid., p. 81.

¹⁰³ Loc. cit. Em nota, Lourival Gomes Machado, comentador de Rousseau em Do Contrato Social, transcreve um trecho de “Emílio” sobre os “maus governos”, bastante elucidativo: “o espírito universal das leis de todos os países é de sempre favorecer o forte contra o fraco, e o que tem contra o que não tem; tal inconveniente é inevitável e sem exceção.”

democrático de Rousseau, o ato pelo qual o povo é povo “supõe uma deliberação pública” e enraíza-se profundamente na organização social, “um corpo moral e coletivo”, e não na concepção individualista do pensamento liberal dominante nas Constituições francesas. A lei seria ato da vontade geral e expressão da soberania, permanecendo, portanto, o sentido de totalidade e não de indivíduo:

Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral, e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo. Imediatamente, esse ato de associação produz, em lugar da pessoa particular de cada contratante, um corpo moral e coletivo composto de tantos membros quantos são os votos da assembleia, e que, por esse mesmo ato, ganha sua unidade, seu *eu* comum, sua vida e sua vontade.¹⁰⁴

Rousseau distinguiu a vontade geral das vontades particulares, da vontade de todos. Esta se prendia ao interesse privado, pois não passava da soma das vontades particulares, enquanto a geral se prendia ao interesse comum, pois era extraída da Assembleia, que instituía e destituía o Estado. A vontade geral devia se exprimir em uma lei de caráter universal, aplicável a todos, ditada pela preocupação com o interesse comum, finalidade do Estado. Para Rousseau, qualquer lei que favorecesse os interesses privados seria despótica. A vontade geral seria justa e direita, pois tinha como objeto o interesse público, mas ela também podia se enganar, por isso a vontade geral tinha o direito de fazer e desfazer leis.

Para Rousseau toda a autoridade provinha do povo em sua totalidade e a soberania era inalienável, indivisível, e a base da liberdade, só podendo ser delegada em suas funções executivas.

A soberania não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada, consiste essencialmente na vontade geral e a vontade absolutamente não se representa. É ela mesma ou é outra, não há meio termo. Os deputados do povo não são, nem podem ser seus representantes; não passam de comissários seus (...) É nula toda lei que o povo diretamente não ratificar; em absoluto, não é lei.¹⁰⁵

Assim como a vontade geral não poderia delegar o poder de legiferar a representantes, o povo soberano poderia aplicar-se as próprias leis que elaborasse, por isso confiava o executivo a um governante (o príncipe) que, estando a serviço da vontade soberana, poderia a qualquer instante ser destituído.

¹⁰⁴ Ibid., p. 71.

¹⁰⁵ Ibid., pp. 186,187.

As Declarações adotaram a expressão de Rousseau, “a vontade geral”, mas não o conceito. Ao considerar que “mandatários” poderiam concorrer, juntamente com os cidadãos, para a formação da vontade geral, a Declaração de 1789 afastou-se do conceito rousseauiano que não admitia a representação, mas somente a participação direta. A primeira Declaração, em seu artigo 6º dispunha, literalmente, que “a lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir”.

Entretanto, essa primeira Declaração não expressava de nenhuma forma o significado de “vontade geral” para Rousseau. A Declaração de 1793 não falava de representação, mas também parecia se utilizar mais da expressão que do conceito. Seu artigo IV afirmava: “a lei é a expressão livre e solene da vontade geral; ela é a mesma para todos, quer proteja, quer castigue; ela só pode ordenar o que é justo e útil à sociedade; ela só pode proibir o que lhe é prejudicial.” De qualquer forma, a Declaração que passou para a posteridade foi a de 1789.

O conceito de soberania, em Rousseau, estava relacionado ao exercício de poder da “vontade geral”: “o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus, e é esse mesmo poder que, dirigido pela vontade geral ganha (...) o nome de soberania”.¹⁰⁶ Com Rousseau, a soberania popular, pela primeira vez, passou a fazer parte dos direitos naturais. O governo existia apenas pelo mandato do povo, único soberano legítimo.

A soberania era inalienável e indivisível, por ser o exercício da vontade geral — “o poder pode transmitir-se; não, porém, a vontade” — e era exercida por um ser coletivo — “a vontade ou é geral, ou não o é”.

A vontade geral expressava-se como ato de soberania que fazia as leis. A vontade particular, que Rousseau chamava de “ato de magistratura”, fazia os decretos. Assim ele estabelecia a diferença entre “soberania” e “emanações” da autoridade. A soberania era a qualidade moral e política do povo. Aquilo que o transformava em um ser atuante e não somente obediente: “se, pois, o povo promete simplesmente obedecer, dissolve-se por esse ato, perde sua qualidade de povo — desde que há um senhor, não há mais soberano e, a partir de então, destrói-se o corpo político”.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Ibid., p. 95.

¹⁰⁷ Ibid., p. 86.

Ao se constitucionalizar, em 1791, esse conceito de Rousseau perdeu a coerência. Ao admitir a soberania do povo como una, indivisível e inalienável, Rousseau, por coerência, não admitia a representação. A Constituição associava os dois princípios. Ao mesmo tempo, para Rousseau, o exercício da soberania se dava especialmente na elaboração das leis e, ao se constitucionalizar a soberania, as leis passaram a não ser mais a expressão da vontade geral, mas de uma representação que excluía parte do povo, ao incluir apenas o “cidadão ativo”.

A condenação da desigualdade e o estímulo à igualdade, em todos os aspectos, e a necessidade como condição para a propriedade são elementos do pensamento de Rousseau que o distanciaram das idéias liberais e, portanto, do pensamento presente na Declaração de 1789, a mais representativa dessas idéias e da Revolução Francesa.

Rousseau seguia Locke para quem a pessoa humana era sujeito de todo direito e fonte de toda lei. Mas, enquanto Locke admitia a perda da liberdade sob o próprio consentimento, Rousseau via a liberdade como uma exigência ética fundamental e afirmava que renunciar a ela era renunciar à própria qualidade de homem e aos “direitos da humanidade”. A liberdade civil, que se diferenciava da liberdade natural, era um direito inalienável e só seria limitada pela vontade geral, expressando-se como “liberdade moral, única a tornar o homem verdadeiramente senhor de si mesmo, porque o impulso do puro apetite é escravidão, e a obediência à lei que se estatuiu a si mesmo é liberdade”.¹⁰⁸

O filósofo suíço não acreditava na possibilidade de separação rígida entre o indivíduo e o Estado e achava inconcebível o desenvolvimento da plena vida moral sem ativa participação política do indivíduo no corpo da sociedade. Para os liberais, a assimilação dessas idéias, desenvolvidas especialmente no Contrato Social, justificava a acusação de seu autor como incentivador do “caos” e da “desordem” revolucionários, do período jacobino.

Os pontos destacados nos levam a crer que a influência de Rousseau sobre as Declarações de Direitos francesas, e, especialmente sobre a mais representativa delas, a de 1789, foi muito mais formal do que de conteúdo. Isto significava que, mesmo os termos utilizados, que remetiam às idéias de Rousseau, não estavam carregados do conteúdo democrático com os quais o autor impregnou seu pensamento político, sobretudo aquele expresso em seu livro “Do Contrato Social”.

¹⁰⁸ Ibid., p. 78.

Para Rousseau, os direitos individuais eram prerrogativas do ser humano, atributos da humanidade, mas ao mesmo tempo eram marcados por um caráter político, dada a inserção do indivíduo na sociedade. Esse sentido atribuído por Rousseau não poderia satisfazer aqueles que, como Sieyès, acreditavam que a nação era somente o Terceiro Estado, e assim mesmo, extirpado de seus elementos mais representativos, numérica e economicamente, os trabalhadores. Nas concepções democráticas de Rousseau não cabiam restrições nem exclusões.

Antes de constarem do primeiro texto constitucional, os direitos individuais e o princípio da separação dos poderes do Estado transformaram-se em artigos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Ao se constitucionalizarem, esses dois princípios consagraram-se como marcos definidores do constitucionalismo liberal. Não somente as constituições francesas adotaram o modelo liberal de constitucionalismo, que fixava como essência da Constituição a declaração de direitos individuais e o princípio da separação de poderes. Novos países da América Ibérica, como o Brasil, adotaram esse constitucionalismo.

Se os direitos individuais estabeleciam os limites externos ao poder do monarca absolutista, a separação das funções do Estado definia limites internos do poder.

1.8

CONSTITUCIONALISMO E SEPARAÇÃO DOS PODERES DO ESTADO

Em sua defesa dos governos moderados, Montesquieu identificou a aristocracia e a democracia como formas de governos em que o Estado não é livre. Na democracia, o povo parece poder fazer o que quer, mas, para o autor, isso não é liberdade política. “A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem: se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder”.¹⁰⁹ Para Montesquieu, só existia liberdade política nos governos moderados, como a monarquia, e a constituição da monarquia inglesa transformou-se no modelo analisado por Montesquieu para construir sua teoria de limitação ao abuso do poder e ao despotismo, pois, segundo ele, o objetivo direto dessa constituição era a liberdade política.

¹⁰⁹ MONTESQUIEU, Op. cit., p. 156.

Essa concepção de Montesquieu baseava-se na existência do Parlamento inglês, visto como um poder isolado que impunha freios ao poder real. Essa observação levou o autor a elaborar uma teoria que identificava três espécies de poderes no Estado:

o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.¹¹⁰

Apesar de ser representante da nobreza nos Estados Gerais, Montesquieu optou por um Parlamento ao estilo inglês identificando-se com as idéias políticas de sua época, sempre extremamente hostis aos Estados Gerais, que gozavam de pouquíssimo prestígio não somente perante o rei como perante a população francesa de uma maneira geral, por sua venalidade, omissão e submissão ao rei.

Não foi apenas o modelo inglês que Montesquieu estudou, mas, ancorado numa profunda análise histórica de vários povos, concluiu sobre a excelência da monarquia inglesa. Essa análise foi a base da elaboração de Montesquieu sobre o conceito de lei, distante das concepções metafísicas mais comuns em sua época. Acreditava que “devem ser elas [as leis] tão adequadas ao povo para o qual foram feitas que, somente por um grande acaso, as leis de uma nação podem convir a outra”. Então, Montesquieu identifica as condições físicas, sociais, econômicas, políticas e culturais de cada sociedade para descortinar as “razões” levadas em consideração pelos legisladores no ato de elaboração das leis.

O princípio da separação de poderes do Estado chegou até os nossos dias a partir do modelo político de Montesquieu, mas não seria originário desse autor, segundo analistas políticos. Antes de Montesquieu, John Locke já havia proposto a separação entre o executivo e o legislativo. Tanto Locke quanto Montesquieu acompanharam com grande interesse um debate sobre a separação de poderes, em autores como Swift e Filmer. Antes destes, Grotius e Puffendorf também apresentaram propostas de separação das funções políticas e dos poderes do Estado sem, entretanto, estarem confiados a diferentes titulares. Tendo morado um período na Inglaterra, Montesquieu pode acompanhar de perto a luta que o Parlamento desencadeava frente ao poder real.

¹¹⁰ Loc. cit.

No século XVII, John Locke desenvolveu idéias políticas sobre a melhor forma de governo, de manter a liberdade e evitar o despotismo, em sua crítica ao absolutismo real e, portanto, a Hobbes, com base na lei natural e na razão. Locke considerava a necessidade de um poder legislativo separado do executivo, quando fosse legislar, assim o executivo seria ininterrupto enquanto o legislativo não precisaria “existir sempre”. Entretanto, ele seria “não apenas o poder supremo da comunidade, mas o poder sagrado e inalterável”.¹¹¹ Locke não se referiu ao poder judiciário, terceiro poder pensado por Montesquieu, certamente pela forte identificação desse poder com o executivo, sob as monarquias modernas: a administração da justiça era uma das principais atividades do executivo e subordinava os magistrados, que se dedicavam, portanto a atividades judiciais e administrativas. Locke pensou, entretanto, em um terceiro poder, o federativo, que trataria das relações internacionais da monarquia. Entretanto, a estreita relação que o autor estabeleceu entre esse poder e o executivo, reforçam o argumento de alguns analistas do pensamento político de Locke que consideraram que a proposta desse autor constava de apenas dois poderes separados: o legislativo e o executivo.

Críticos da aproximação teórica entre Locke e Montesquieu, como J. Didier, chamaram atenção para divergências relevantes entre os dois pensamentos políticos. Montesquieu propôs uma efetiva e completa separação e independência dos poderes, enquanto Locke não pensou em três poderes — que não são os mesmos propostos por Montesquieu — rigidamente isolados, e destacou a supremacia da legislatura. A inexistência de supremacia de um poder sobre o outro, em Montesquieu, foi determinante para a introdução em sua teoria da necessidade de “freios e contrapesos”, como os que foram adotados pelo constitucionalismo americano:

Eis, assim, a constituição fundamental do governo de que falamos. O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo poder executivo, que o será, por sua vez, pelo poder legislativo.¹¹²

Nesse sentido, a influência de Montesquieu sobre a Constituição norte-americana foi maior que a de Locke. Os norte-americanos por questões pragmáticas se asseguraram de que cada poder limitaria e controlaria a atuação dos outros poderes. Para Montesquieu, a necessidade desses freios associou-se a um ponto original que ele afirmava ter observado no modelo parlamentar inglês: a combinação da separação das

¹¹¹ Apud GOUGH, J.W. “A separação de poderes e a soberania”, in QUIRINO, C.G. e SADEK, M.T. (Org.) *O pensamento político clássico*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 222.

¹¹² MONTESQUIEU. Op. cit., p. 161.

funções legislativas, executivas e judiciárias às três formas tradicionais de governo, monarquia, aristocracia e democracia.

A proposta de Montesquieu confiava o legislativo à nobreza, em caráter hereditário, e “ao corpo escolhido para representar o povo”, eleito “por todos os cidadãos (...) exceto os que estão em tal estado de baixeza, que são considerados sem vontade própria”.¹¹³ Montesquieu não explicitava com clareza a que parâmetro se referia ao falar de “tal estado de baixeza”. Entretanto, seu pensamento político antecipava argumentos mais extensos adotados por liberais do século XIX, especialmente por Benjamin Constant, para justificar a exclusão de participação política do cidadão.

A representação popular no legislativo foi uma grande questão para o liberalismo. A divisão desse poder em duas câmaras, uma delas representada pela nobreza, e a atribuição do poder de veto ao executivo foram duas formas encontradas para conter a força popular nesse poder e evitar a “tirania” do legislativo. Montesquieu adotou essas duas propostas ao discorrer sobre a separação dos poderes. À Câmara composta pela nobreza, representada na Inglaterra pela Câmara dos Lordes, o “filósofo” atribuiu a função de Corte de Apelação para julgar em três ocasiões: em caso de *impeachment*; na jurisdição de segundo grau e no julgamento de nobres, pois eles não poderiam se expor à inveja de populares em tribunais ordinários: “que os juízes sejam da condição do acusado ou seus pares, para que ele não possa persuadir-se de que caiu em mãos de pessoas inclinadas a lhe praticarem violências”.¹¹⁴ Desse modo, Montesquieu mantinha o foro especial da nobreza, característico do Antigo Regime, que seria abolido na Declaração de Direitos do Homem, sob a fórmula “todos são iguais perante a lei”.

O poder judiciário criado por Montesquieu mantinha forte identificação com o executivo, conforme seu funcionamento sob o Antigo Regime, levando-o inclusive a chamá-lo inicialmente de “executivo das [coisas] que dependem do direito civil”. Para ele, esse poder era “de algum modo nulo”, e “os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”.¹¹⁵ Certamente, ao pensar num judiciário separado do poder real, Montesquieu estivesse atendendo ao clamor popular que, tanto

¹¹³ Ibid., p. 158.

¹¹⁴ Loc. cit.

¹¹⁵ Ibid., pp. 159, 160.

na França, quanto na Inglaterra e Portugal, acusava a magistratura de subserviência ao monarca e corrupção, por sua relação estreita com o poder real.

Para Montesquieu, a monarquia, como governo de um só, caracterizava-se como um governo moderado não somente por ser regida por leis e instituições que impediam o abuso do poder real, mas também por possuir poderes intermediários, subordinados e dependentes:

o poder intermediário subordinado mais natural é o da nobreza. De certo modo, ela faz parte da essência da monarquia (...) Aboli numa monarquia as prerrogativas dos senhores, do clero da nobreza e das cidades e tereis um Estado popular ou um Estado despótico.¹¹⁶

Foi a concepção tripartite de Montesquieu que se disseminou sob o constitucionalismo moderno dos séculos XVIII e XIX, inclusive na Constituição americana. No constitucionalismo francês, ela se tornou soberana, tendo sido integrada ao constitucionalismo liberal como parte essencial desse modelo constitucional.

Para Montesquieu, a Inglaterra era o caso exemplar de um governo “moderado”: uma monarquia constitucional, em que as funções dos poderes do Estado eram claramente delimitadas e concorriam para a preservação da liberdade política e impossibilitavam o despotismo. Entretanto, ele foi muitas vezes acusado de não haver interpretado corretamente o modelo inglês e de haver confundido projetos de lei ainda não aprovados com o funcionamento efetivo de separação entre o Parlamento e a monarquia.

Inúmeros escritores políticos do século XVIII haviam difundido em seus escritos a idéia de que um Estado moderno não podia existir sem uma Constituição racional. As idéias de autores iluministas sobre essa Constituição incluíam a igualdade fiscal das três ordens, a abolição da servidão e dos direitos feudais, como queria Voltaire; a divisão igualitária da propriedade, como pregava Rousseau; e a separação de poderes, como propunha Montesquieu. Essas idéias chegaram aos deputados, reunidos nos Estados Gerais, como reivindicações redigidas por seus eletores nos “*cahiers de doléances*”, mas somente algumas delas foram contempladas nas constituições francesas pós-revolucionárias. O direito igualitário à propriedade, previsto por Rousseau, não se consagrou constitucionalmente, entretanto, os ideais de Voltaire e de Montesquieu foram atendidos pelos revolucionários.

¹¹⁶ Ibid., p. 43.

Em toda a vasta experiência do constitucionalismo liberal francês, em sua fase revolucionária e pós-revolucionário do século XVIII e início do século XIX, em suas marchas e contramarchas entre o modelo monárquico constitucional e o republicano, entre um governo burguês e um popular, conhecido como jacobino, sempre foi mantida a proposta de Montesquieu da composição do Estado em três poderes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, e uma afirmação de direitos naturais individuais.

O caráter de universalidade e atemporalidade jusnaturalistas desses princípios constitucionalizados, associado à natureza formal dos direitos e das formulações constitucionais, podem ter sido os responsáveis pela adaptabilidade do constitucionalismo liberal a diferentes tempos e a diversas sociedades, sincronicamente. Seus dois princípios básicos podem ter mantido a identificação do constitucionalismo liberal, como se ele fosse singular. Mas a diversidade de formas desse constitucionalismo encontradas em sociedades com os mais diferentes perfis políticos, institucionais e sociais impõe considerar-se plural esse sistema político.

A tese clássica de divisão tripartite dos poderes do Estado foi dominante nos textos constitucionais da fase revolucionária, do governo napoleônico, do período da Restauração de 1814, e no próprio texto do Ato Adicional de 1815, de autoria de Benjamin Constant, que propunha em sua teoria constitucional a divisão em cinco poderes, considerando o Legislativo como dois poderes e acrescentando o Poder Real, ou “neutro”. A Constituição do ano VIII, de 1799, que contou com a participação e influência de Constant, também não incorporou sua tese de mais um Poder.

Se a idéia de um Poder Real não se constitucionalizou na França, as prerrogativas atribuídas ao monarca por Constant constavam do texto da Carta Constitucional francesa de 1814. Constant escreveu suas principais obras constitucionais sob o impacto da Restauração da monarquia dos Bourbon. Esse poder foi, pela primeira vez, constitucionalizado na experiência brasileira de 1824. Além da implantação de um quarto Poder do Estado, o Real, rebatizado no Brasil de Moderador, outros temas da teoria constitucional desenvolvida por Constant foram transpostos para a primeira Constituição brasileira, como o voto censitário, e a vitaliciedade do Senado. Das prerrogativas do Poder Real, que também constavam da Carta, a Constituição brasileira adotou o caráter “sagrado e inviolável” do titular desse Poder.

As obras de Benjamin Constant e a Carta de 1814 serviram de referência para o debate constitucional desenvolvido na Assembléia Constituinte, e de modelo para a

Comissão criada por D. Pedro I, responsável pela elaboração da Constituição do Império.

1.9

CONSTITUCIONALISMO LIBERAL DA RESTAURAÇÃO FRANCESA

Nous avons enfin cherché les principes de la Charte constitutionnelle dans le caractère français, et dans les monuments vénérables des siècles passés. Ainsi nos avons vu dans le revouvellement de la pairie une institution vraiment nationale, et qui doit lier tous les souvenirs à toutes les espérances, en réunissant les tempos anciens et les temps modernes.

Carta Constitucional francesa, 1814.¹¹⁷

Esse é um pequeno trecho do Preâmbulo da Carta Constitucional francesa de 4 de Junho de 1814. Ao falar da reunião dos tempos antigos e dos tempos modernos, o rei Luis XVIII, referia-se à monarquia absolutista e ao constitucionalismo liberal. Associava “lembraças” a “esperança”, ao “reunir” tempos históricos diferentes.

No final do século XVIII, liberais franceses que viveram a experiência mais radical da Revolução, entre 1792 e 1794, adjetivaram essa fase de “terror”, e estavam determinados a ultrapassá-la, bem como suas marcas de “caos”, “anarquia” e “desordem”. Madame de Staël em sua obra intitulada: “Des circonstances actuelles qui peuvent terminer la Révolution et des principes qui doivent fonder la République en France”, expressava a intenção de liberais em “terminar” a Revolução, identificada aos anos “trágicos” do “terror”.

Essa era a intenção de escritores e políticos liberais que se iniciavam na vida pública, nos últimos anos do século XVIII, como Mme de Staël e Benjamin Constant, e também daqueles que haviam participado desde as primeiras horas da Revolução, como o abade Sieyès. A Constituição francesa, de 1799, que instituiu o regime de Consulado, foi apresentada ao povo pelos Cônsules com uma frase conclusiva: “Citoyens, la Révolution est fixée aux principes qui l'ont commencée: elle est finie”.

Nesse ano, dez anos após a Revolução, os franceses viviam a experiência de uma quarta Constituição em oito anos, a primeira adotada por um pequeno comitê de

¹¹⁷ GODECHOT, Jacques. *Les Constitutions de la France depuis 1789*. Paris: Flammarion, 1995, p. 218.

políticos e não por uma assembléia nacional constituinte, e a primeira também a não conter uma declaração de direitos, como introdução ao texto constitucional.

Para os “doutrinadores”, como eram chamados os pensadores liberais, como Benjamin Constant, era necessário “fechar” ou “terminar” a Revolução. “Terminar a Revolução” significava em termos políticos defender a liberdade individual contra o poder absolutista, mas impedir a “tirania” legislativa, e instituir um executivo forte com prerrogativas para manter a ordem contra o espírito revolucionário jacobino das massas. Essa foi a principal questão para os liberais no início do século XIX: equilibrar a liberdade e a ordem. Por isso consideravam necessário fechar o ciclo revolucionário, terminando a fase popular da Revolução; superando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793, e a Constituição desse mesmo ano, adotada em pleno “terror” e considerada modelo por democratas; e esquecendo, sobretudo, Rousseau.

Esses objetivos foram alcançados, tanto na teoria constitucional de Benjamin Constant, já construída sob a Restauração, quanto na Carta Constitucional francesa de 1814, que instituía a volta dos Bourbons ao governo da França.

Para o novo rei francês, reunir os “tempos antigos” do Antigo Regime, aos “tempos modernos” do liberalismo, significava assumir inteiramente a soberania do Estado, mas reconhecer o desejo dos “súditos” de possuir uma “Carta constitucional” como “a expressão de uma necessidade real” tomando, entretanto, “todas as precauções para que esta Carta fosse digna de mim e do povo...”. Reunir os dois tempos históricos significava voltar a ter “súditos” e não “cidadãos” na França, e imprimir um poder “sagrado e inviolável” ao rei. Como um rei absolutista, na Carta, Louis XVIII afirmava ter sido chamado pela “divina Providência (...) após uma longa ausência”.¹¹⁸

A Carta Constitucional de 1814 instituiu uma monarquia constitucional, que restaurava o trono francês, derrubado do poder desde 1792, e teve como base a Constituição de 1791. Benjamim Constant construiu seu pensamento constitucional inspirado nessa fase.

¹¹⁸ Ibid., p. 217. Primeira frase do Preâmbulo da Carta Constitucional de 1814.

1.9.1

A Carta Constitucional francesa de 1814

A Carta Constitucional de 1814 recebeu essa denominação por exigência do futuro rei Louis XVIII. Para o rei e os “ultras”, o termo Constituição remetia imediatamente à Revolução, por isso o rejeitaram. Carta era um vocábulo que remetia às antigas Ordenações dos reinados absolutistas. A Carta reinaugurava a monarquia constitucional na França, instituída com a Constituição de 1791.

A elaboração da Carta foi obra tanto dos “realistas” ou “ultras”, que apoiavam a volta da monarquia dos Bourbons, quanto dos “liberais”. Os primeiros afirmavam sua filiação às instituições monárquicas antigas, enquanto os liberais queriam incorporar a soberania do povo na nova Constituição.

No início de 1814, o Senado e o Corpo legislativo depuseram Napoleão, que acabou abdicando ao Império criado por ele, após um governo que acumulou derrotas internas e externas, e teve três constituições. Ato contínuo, o Legislativo convidou Louis XVIII, que tinha emigrado para a Inglaterra, a retomar o trono.

Uma Comissão encarregada de redigir um projeto tomou como base as constituições de 1791, que instituiu uma monarquia constitucional, e a de 1795, chamada de Constituição da “reação termidoriana”, que consolidou a burguesia no poder. A partir de então, essa classe passou a usufruir seus ganhos na Revolução, e a impedir a influência das idéias de Rousseau assimiladas pelas massas populares. A Comissão inspirou-se também em instituições inglesas, a pedido do futuro rei, permitindo a introdução, por exemplo, do regime parlamentar que previa a nomeação de representantes do Legislativo para o ministério.

A Carta continha um Preâmbulo, a parte mais fortemente marcada pelo pensamento da Restauração, e 76 artigos. A Restauração estava presente do início ao fim do Preâmbulo: escrito na primeira pessoa do plural, como era usual na linguagem majestática, o rei iniciava declarando o “chamado” da Providência para que ele assumisse o trono, e terminava com a frase: “Por essas razões. Concordamos, voluntariamente e pelo livre exercício de nossa autoridade real. Concedida e outorgada a nossos súditos, não somente por nós, mas também por nossos sucessores, e para

sempre, a Carta Constitucional que segue.” O preâmbulo realçava a intenção de distanciamento dos tempos revolucionários, com a afirmação do rei:

Ao mesmo tempo em que reconhecíamos que uma Constituição livre e monárquica deveria responder à espera da Europa esclarecida, tivemos que recordar também que nosso primeiro dever em relação a nossos povos era de conservar, em seu próprio interesse, os direitos e as prerrogativas de nossa coroa. (...) Procurando, assim, religar a cadeia dos tempos, interrompida por funestas separações, apagamos de nossas lembranças, assim como gostaríamos que pudessem ser apagados da história, todos os males que afligiram a pátria durante nossa ausência.¹¹⁹

Seria mais correto afirmar-se que a Restauração estava presente não somente no preâmbulo, mas do início ao fim da Carta. As concessões aos liberais e às conquistas da Revolução eram pequenas, mas configuravam uma Constituição liberal.

Contradictoriamente ao que constava do Preâmbulo, o texto constitucional afirmava que o rei havia sido “chamado livremente” ao trono, contudo a Carta deveria ser submetida à “aceitação do povo”, o que já fazia parte da cultura constitucional francesa de submeter a Constituição ao referendum popular.

Depois de tanto lutarem pela cidadania, os franceses voltavam a ser súditos! A soberania do povo ou da nação não aparecia no texto constitucional, mas tampouco a do rei. Essa, entretanto, não precisava ser proclamada explicitamente: a “puissance exécutive”, isto é, a força, a autoridade executiva – e não o “pouvoir exécutif”, sinônimo de “faculdade de execução” – pertencia somente ao rei; a “puissance législative” era exercida “coletivamente pelo rei, a Câmara dos pares, e a Câmara dos deputados dos departamentos”; e, finalmente, não havia um capítulo para o Poder Judiciário, mas para a “ordem judiciária”, cujo primeiro artigo era: “toda a justiça emana do rei. Ela é administrada em seu nome pelos juízes que ele nomeia e institui”. A pessoa do rei era “inviolável e sagrada”. Apenas seus ministros eram “responsáveis” criminalmente.

No campo do Legislativo, o rei convocava as duas Câmaras, mas podia dissolver a dos deputados e convocar uma nova, sempre eleita por colégios eleitorais nos departamentos. O Senado passava a se chamar Câmara dos Pares, como na Inglaterra. O número de pares era ilimitado e o rei os nomeava, de acordo com sua vontade, para duas categorias ou “dignidades”: uma vitalícia, outra hereditária. “Os membros da família real e os príncipes de sangue são pares por direito de nascimento”. Apesar de exercido “coletivamente”, somente o rei podia apresentar projetos de lei, mas as duas Câmaras

¹¹⁹ Ibid., pp. 217-218.

possuíam “a faculdade de suplicar ao rei a proposição de uma lei sobre qualquer matéria”. O exercício coletivo permitia que o rei fizesse Ordенаções que dissessem respeito à “segurança do Estado”, conforme o art. 14.

A “ordem judiciária” era composta por “juízes nomeados”, e juízes de paz, também nomeados pelo rei. Mantinha-se a instituição de jurados. O rei possuía o direito de conceder graça, e comutar penas. Os juízes eram inamovíveis.

Ficava fixado o voto censitário de acordo com o pagamento de impostos, para eleitores e eleitos. Pelos valores fixados, o historiador Jacques Godechot calculou que havia na França, naquele momento, aproximadamente, 100.000 eleitores, e 16.000 elegíveis.

Mas a Carta não trazia somente artigos e disposições próprias do Antigo Regime restaurado. A conciliação com princípios burgueses do liberalismo aparecia com a concessão de direitos civis, logo no primeiro capítulo constitucional denominado “Direito Público dos Franceses”, que começava dispondo sobre a igualdade de todos perante a lei, “quaisquer que sejam seus títulos e sua posição”. Entretanto, a ambiguidade dessa igualdade melhor se expressava no art. 71, pois ele permitia que a antiga nobreza retomasse seus títulos, e que o rei fizesse novos nobres, “à volonté”: o rei atribuía posição e honra aos nobres, mas “sem nenhuma exceção de encargos e deveres da sociedade”. Essa ressalva punha a nu a intenção puramente fiscal da igualdade da nobreza. O segundo artigo constitucional impunha também a igualdade fiscal, afirmando que todos os franceses contribuiriam “indistintamente, na proporção de suas fortunas, com os encargos do Estado”. A nobreza e o clero que haviam possuído a prerrogativa da isenção fiscal perdiam esse privilégio, mas mantinham outros.

Nos doze primeiros artigos a Carta apresentava os direitos individuais, agora chamados de “direitos públicos”.

Todos poderiam ser admitidos nos empregos civis e militares.

A liberdade individual era garantida, ninguém poderia ser preso senão em virtude da lei e da forma por ela prescrita.

A liberdade de culto ficava definida – por exigência de alguns protestantes que participaram da Comissão que elaborou a Carta – entretanto, a religião católica voltava a ser a religião oficial do Estado. Um dos protestante da Comissão reagiu fortemente à existência de uma religião oficial – “uma religião de Estado é uma religião dominante, e uma religião dominante torna-se rapidamente uma religião persecutora” – mas venceu a

maioria. A Carta garantia o pagamento pelo Tesouro Real não somente do clero católico, mas igualmente, de todos os clérigos cristãos.

A liberdade de imprensa era garantida, mas, ao expressarem suas opiniões, os franceses ficavam submetidos “às leis que devem reprimir os abusos desta liberdade”.

Um dos artigos mais expressivos da conciliação entre a burguesia revolucionária, e a nobreza e o clero absolutistas sob o novo liberalismo era o art. 9º, que afirmava: “Todas as propriedades são invioláveis, sem nenhuma exceção das chamadas ‘nacionais’, a lei não podendo fazer nenhuma diferença entre elas”. Os chamados “bens nacionais” eram as propriedades da nobreza e do clero que a Revolução havia estatizado. O liberalismo da Restauração retroagia restituindo as propriedades nacionalizadas, desde que as da burguesia também estivessem garantidas. Certamente, a burguesia atribuía a desapropriação aos “excessos” da Revolução. A Carta previa somente a desapropriação de uma propriedade, baseada no critério de “interesse público legalmente constatado”, e sob uma indenização prévia.

Em 1824, a Carta francesa já estava em vigência há dez anos e, de todas as Constituições francesas até aquele momento foi a que maior influência exerceu sobre a Constituição do Império. Essa breve análise da Carta francesa de 1814 permitirá uma análise comparativa com a Constituição brasileira de 1824 em relação à forma estabelecida para muitas matérias constitucionais, conforme poderá ser observado no capítulo seguinte.

Somente em 14 de agosto de 1830, com a revolução que destituiu Charles X e sua dinastia, uma nova Constituição francesa foi promulgada, mantendo a monarquia constitucional, mas instituindo uma nova dinastia, a do novo “rei dos franceses”, Louis-Philippe d’Orléans.

A Carta Constitucional francesa de 1814 é representativa de um momento de superposição de tempos históricos: o tempo da monarquia absolutista e o tempo do liberalismo político. Mas a matriz teórica do constitucionalismo liberal estava nela presente. O liberalismo, como projeto político, se prestava a uma adaptação aos contextos históricos os mais diversos.

Essa tese tem destacado a pluralidade de propostas do constitucionalismo liberal, e uma breve comparação, entre as Constituições francesas de 1791 ou de 1793 e a Carta Constitucional de 1814, reforça a afirmação acima. As duas primeiras Constituições francesas, do período revolucionário, demonstraram um caráter mais democrático, que as Constituições seguintes perderam, e que a Carta Constitucional de 1814 desfigurou

totalmente. A transferência da titularidade da soberania, que transformou o rei em “soberano” e os cidadãos em “súditos”, talvez seja a marca mais evidente dessa assertiva. O caráter mais ou menos democrático das Constituições liberais variou segundo as conjunturas políticas, mas o constitucionalismo permanecia liberal, numa clara evidência de que a democracia não era um corolário do liberalismo. Pelo contrário, durante todo o século XIX liberal, a democracia foi considerada consensualmente perigosa e, por isso, indesejada. O seu “perigo” consistia em atribuir o poder de governar à grande massa da população, iletrada, ignorante e social e politicamente inferior, por isso, considerada sem condições de assumir as atribuições executivas e legislativas de governo.

A relação entre liberalismo e democracia é um debate antigo e desde a segunda metade do século XX tem sido intensificado no campo de interesses da jusfilosofia, da teoria do direito e da teoria constitucional.

1.10 LIBERALISMO E DEMOCRACIA

...se o caos se prolongasse no seio de um povo, seria a morte. O caos se esconde hoje sob uma palavra: democracia. É a palavra soberana, universal.

François Guizot, França, 1849

Na França, experiências revolucionárias de conteúdo democrático, como a do período do “terror” e a de 1848, à qual François Guizot se refere, desencadearam uma forte reação ideológica a revoluções por parte da burguesia, que passou a associar caos a democracia. Essa concepção esteve presente nas obras de Constant e Mme de Staél, como já foi visto, e também nas de François Guizot, contemporâneo de Constant e um dos grandes representantes do liberalismo francês.

François Guizot foi um líder dos monarquistas constitucionais conservadores, em 1814, e sua história pessoal talvez possa explicar seu conservadorismo político liberal: filho de uma família burguesa, seu pai foi guilhotinado, durante o período do “terror”. Após passar algum tempo no exílio com sua mãe, retornou à França, lecionou História na Sorbonne, onde foi professor de Alexis de Tocqueville e, engajou-se na política, dando início a uma influente carreira.

Guizot iniciou a frase em epígrafe, afirmando que “um povo que fez uma revolução, não ultrapassa seus perigos nem recolhe seus frutos”, senão quando faz um “julgamento final” desse processo, separando “o bom grão e o fermento da palha destinada ao fogo”. Da experiência revolucionária, “a palha destinada ao fogo” era, para os liberais da Restauração, a democracia, associada por eles a “caos”, “anarquia” e “desordem”.

A experiência revolucionária de 1789 é um terreno fértil para se analisar ambigüidades do conceito de liberalismo. Rousseau e seus adeptos associaram ao liberalismo um forte conteúdo democrático, introduzido nas Declarações francesas que integraram as duas primeiras Constituições revolucionárias. Logo combatido, em nome do “terror” e da luta ideológica, travada entre liberais e jacobinos, esse conteúdo democrático foi extirpado das Constituições que se seguiram, mantendo-se, entretanto, alguns princípios essenciais do liberalismo político.

Uma predisposição a pluralidade de significados do liberalismo pode ser observada na tendência a adjetivar o conceito, buscando-se uma forma de imprimir-lhe precisão: “liberalismo puro”, “liberalismo mitigado”, “liberalismo limitado”, “liberalismo ambíguo”, “liberalismo heróico”, “liberalismo moderado”,¹²⁰ dentre outros. Eduardo Kulgemas, ao sintetizar o liberalismo que se instalou na França na pós-Restauração, o superlativou — “moderadíssimo liberalismo” — e o superadjetivou — “prudente liberalismo conservador”:

As elites ilustradas do universo luso-brasileiro da década de 1820 eram, em boa medida, herdeiras desta tradição e logo se tornaram evidentes as aproximações e sintonias entre estas elites e o moderadíssimo liberalismo dos teóricos franceses da época, preocupados em encontrar o equilíbrio entre o absolutismo de outrora, legitimado pelo direito divino dos reis, e a visão de soberania popular identificada com o período jacobino da Revolução Francesa e considerada rousseauiana.¹²¹

A adjetivação denota a crença na existência de uma versão “pura” do liberalismo, democrática — que nunca existiu, sempre foi um modelo imaginário — e de formas “desviadas” da original, ou dela distanciadas, sem deixarem de manter as características que lhe seriam básicas. Essa análise ignora as trajetórias mais impensáveis que as idéias,

¹²⁰ Eduardo Kulgemas, na introdução a PIMENTA BUENO, J. A. *Marquês de São Vicente*, utiliza-se dos adjetivos ambíguo, mitigado e limitado; Lúcia M^a B. Pereira das Neves, do adjetivo mitigado em *Corcundas e Constitucionais: cultura e política (1820-1823)*, Rio de Janeiro: Revan; Faperj, 2003; e heróico e moderado são empregados por Emilia Viotti da Costa, *Da Monarquia à República: momentos decisivos*, São Paulo: Grijalbo, 1977.

¹²¹ KUGELMAS, E. “Introdução”. In: PIMENTA BUENO, J. A. *Marquês de São Vicente*. Org. e intr. Eduardo Kulgemas. São Paulo: Ed. 34, 2002, pp. 39,40.

sobretudo as políticas, podem percorrer, em seu curso natural de disseminação, amalgamando-se a estruturas da cultura local, demonstrando serem capazes de abrigar o anômalo e mesmo o incompatível.

O modelo imaginário do liberalismo, aquele que é tido como “puro”, certamente é identificado à forma que ele assumiu nas Constituições de 1791 e 1793. Entretanto, ele já não era democrático, dentre outros aspectos por ter incorporado o conceito de “cidadania ativa”, como forma de exclusão censitária do voto popular. De qualquer forma, esse primeiro liberalismo revolucionário na França – que desencadeou uma revolução burguesa, com alguns momentos de intensa participação popular, derrubou o modelo absolutista de governo, e acabou com privilégios sociais e com a servidão feudal – teve vida brevíssima. Logo foi contido pela reação “termidorian” da burguesia e esmagado por seu representante maior, Napoleão Bonaparte. Aí, sim, foi forjado um liberalismo que poderia ser tido como “puro”, de vida longa, aquele que se consolidou sob a monarquia constitucional da Restauração, a partir de 1814, que desencadeou o pensamento teórico do liberalismo europeu, com seus representantes maiores, como Benjamin Constant, François Guizot, Stuart Mill, dentre outros, e que, ao se disseminar pelo mundo ocidental, e implantar-se no Brasil com a Constituição de 1824, demonstrou ter muito fôlego para se adaptar às condições históricas mais diversas.

A tendência à adjetivação do liberalismo continuou, mesmo após sua primeira expressão nos séculos XVIII e XIX. No último quartel do século XX, o liberalismo ganhou uma nova adjetivação com a inclusão do prefixo “neo”. O neoliberalismo, associado a um processo de globalização econômica, social, política e cultural, acentuou o caráter pouco democrático do liberalismo.

Na identificação dos percursos teóricos e da prática política do liberalismo e de seu substrato jurídico, o constitucionalismo, conceitos como o de liberdade, soberania do povo, e a tríade que além da liberdade, incluiu a igualdade e a fraternidade, parecem ter sido os elementos de associação ao que seria o liberalismo “puro”. Entretanto, todos esses elementos apresentaram ambigüidades ao serem adotados por práticas políticas que se tinham por liberais, e a longevidade dos princípios liberais que até hoje se sustentam, e sua adaptabilidade aos mais diversos sistemas políticos e formas de governo parece demonstrar que, em sua trajetória histórica, não existiu um liberalismo, no singular, mas sim muitos liberalismos.

A história do liberalismo tem se caracterizado pela flexibilidade de seus elementos, pela contradição de suas propostas: pela fé na liberdade, mas a convivência

com a escravidão; pela defesa da soberania do povo, mas a experiência da exclusão política; pela conivência com toda forma de desigualdade e, consequentemente sem espírito de fraternidade. O liberalismo, muitas vezes, tem sido visto como sinônimo de democracia, mas outras tantas, também como seu avesso, sua negação.

A questão democrática sob o liberalismo tem sido um tema recorrente desde o século XIX. Boaventura de Souza Santos identificou um importante processo democratizante, contra-hegemônico, de globalização alternativa, organizado a partir da base social, surgido em alguma medida pela própria globalização neoliberal. Esse processo é constituído por “redes e alianças transfronteiriças entre movimentos, lutas e organizações locais ou nacionais” que se mobilizaram e articularam “para lutar contra a exclusão social, a precarização do trabalho, o declínio das políticas públicas, a destruição do meio ambiente e da biodiversidade, o desemprego, as violações dos direitos humanos, as pandemias, os ódios interétnicos”.¹²²

O debate atual sobre a relação liberalismo e democracia, apesar de se inserir num mundo liberal diverso daquele vivido por representantes do liberalismo “clássico”, como Benjamin Constant, confirma a longevidade dessa prática política e o forte caráter de adaptação aos contextos históricos mais diversos, sincrônica e diacronicamente.

A perenidade de algumas questões problemáticas para o liberalismo e para seu substrato jurídico-político, o constitucionalismo moderno, tem levado estudiosos da teoria constitucional, da filosofia do direito e da ciência política a análises consistentes sobre a necessidade de se repensar o conceito de democracia sob o liberalismo.

Nesse debate, Michael Walzer integra um grupo de autores contemporâneos conhecidos como comunitários ou republicanos, apesar de o autor preferir ser chamado de “socialista democrático”. Indo na contramão do liberalismo, esse grupo confere prioridade à comunidade em detrimento do indivíduo, na medida em que o considera um ser essencialmente produzido culturalmente. Os sujeitos primários dos valores seriam, assim, as comunidades históricas específicas.

Walzer identificou o liberalismo como “a arte da separação”. Para ele, os teóricos do liberalismo traçaram um novo mapa sóciopolítico do mundo, contrapondo-se ao mapa medieval que concebia a sociedade como uma totalidade, orgânica e integrada, onde a religião, a política, a economia e a família formavam uma realidade única, com seus elementos indissolúveis e unificados. Os teóricos do liberalismo teriam

¹²² SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 13.

preconizado e aplicado a “arte da separação”, ao traçarem linhas de separação entre esses diferentes domínios, erguendo verdadeiros muros para delimitar fronteiras de atuação. Cada um dos muros de separação teria criado uma nova forma de liberdade, como a liberdade de consciência, e essas inúmeras novas liberdades teriam sido geradoras de igualdade, o que destacaria o caráter democrático do liberalismo.

Esse caráter possibilitado pela separação entre os diversos domínios da sociedade teria se desviado dessa via, segundo Walzer, porque os liberais não têm sido suficientemente sérios na compreensão da “arte da separação” que criaram, e mesmo quando o são, “se têm orientado por uma teoria inadequada e enganosa que só tem conseguido extraviá-los”.¹²³

Esse autor americano tem se dedicado a analisar a idéia de justiça moldada por um consenso ético fundado em valores compartilhados que garantam a autonomia pública da vontade.

Walzer criticou o liberalismo e reconheceu que ele não deu origem a um Estado essencialmente democrático, ainda que tenha contribuído com ganhos efetivos e, ao mesmo tempo, criticou Marx e as teses marxistas contra o liberalismo.

A crítica de Walzer aos liberais baseou-se em não terem se apercebido do poder da riqueza individual e do poder das grandes companhias como forças sociais dotadas de um peso político próprio. E a “arte da separação” não teria criado nem uma cultura, nem instituições que permitissem a eliminação das grandes concentrações de capitais, cuja riqueza ilimitada “ameaça cada vez mais a todas as instituições e práticas da sociedade civil”.¹²⁴

Ele observou que, apesar de o êxito do liberalismo ter sido proteger as instituições do poder político, limitando esse poder, freqüentemente, as separações resistiram. O que havia sido um ganho do liberalismo conduziu em muitos casos ao poder privado. Como a riqueza pode exercer um poder tirânico, interferindo nas outras esferas inclusive no Estado, seriam necessários mecanismos para conter esse poder. Nesse sentido, conclui o autor, o próprio Estado também necessita de proteção, para ficar separado das outras instituições e permanecer sob o controle de todos os cidadãos.

A crítica de Walzer a Marx baseia-se na visão orgânica que o filósofo alemão tinha sobre a sociedade, enfatizando a interdependência entre as diferentes esferas

¹²³ WALZER, Michael. “El liberalismo y el arte de la separación: la justicia en las instituições”, in *Guerra, Política y Moral*. Barcelona: Ediciones Paidós, 2001, p. 101.

¹²⁴ WALZER. Op. cit., pp. 104, 105.

sociais, e sua análise das cadeias de causalidade, direta ou indiretamente, desencadeadas pela economia. As propostas do “socialismo democrático” de Walzer partem das críticas marxistas ao individualismo acentuado do liberalismo, mas o objetivo de Walzer não é abolir a separação, como desejava Marx, “mas aplicá-la e ampliá-la, incorporando essa ferramenta liberal e colocando-a a serviço do socialismo”.¹²⁵

Segundo Walzer, a socialização da “arte da separação”, a transferência de ênfase do indivíduo para a instituição, seria uma das formas básicas de manter a justiça distributiva.

Walzer criticou também a esquerda marxista que considerava a separação proposta pelos liberais como uma construção ideológica, “um artifício, um sofisticado exercício de hipocrisia”,¹²⁶ sob o argumento de que a separação responderia às necessidades ideológicas da sociedade capitalista e de permanência do sistema. Walzer via essas críticas como “uma abstração e um caso de obstinação teórica”, pois não seriam aplicáveis à experiência real da política contemporânea. Para ele “os ganhos do liberalismo são reais, ainda que continuem sendo incompletos”.¹²⁷

Considerando que a teoria do individualismo e dos direitos naturais, defendida pelos liberais, separou cada indivíduo dos demais e transformou a autonomia institucional em um meio e não em um fim, Walzer propôs um deslocamento da análise da arte da separação dos indivíduos para as instituições, como forma de democratização das sociedades contemporâneas, pois assim se estabeleceriam limites para garantir a segurança e a liberdade de ação do indivíduo. A separação entre o Estado e as outras instituições teria como objetivo que o Estado permanecesse “nas mãos do conjunto dos cidadãos”.¹²⁸

Domenico Losurdo, filósofo e um dos mais renomados pensadores marxista dos tempos atuais, destacou o caráter não-democrático do liberalismo e acusou o filósofo italiano Norberto Bobbio de ter, em alguns de seus livros, apresentado o liberalismo como a origem histórica de um desenvolvimento linear até a democracia.

É bem verdade que Bobbio afirmou que “o Estado moderno, liberal e democrático, surgiu da reação contra o Estado absoluto”; ou “grande parte das teorias elaboradas no curso dos séculos e que levaram à formação do Estado liberal e democrático estão inspiradas em uma idéia fundamental: a de estabelecer limites ao

¹²⁵ Ibid, p. 99.

¹²⁶ Ibid, p. 97.

¹²⁷ Ibid, p. 100.

¹²⁸ Loc. Cit.

poder do Estado”.¹²⁹ Bobbio também considerou Locke, Rousseau, Tocqueville, Bentham e Stuart Mill como representantes do pensamento “liberal e democrático”, o que, no mínimo, desqualificaria Rousseau como democrata, ao integrá-lo a um grupo de liberais clássicos, com idéias antidemocráticas, como a restrição censitária ao sufrágio universal. Mas, para ser fiel ao pensamento desse filósofo italiano, é preciso reconhecer que sua obra também apresentou exemplos do pensamento liberal não democrático, em textos, como o abaixo:

os escritores que examinamos até agora [Locke, Montesquieu...] surgem como defensores do Estado limitado contra o Estado absoluto. Podem ser chamados com justiça de teóricos do Estado liberal ou constitucional... Não podem ser chamados de escritores democráticos porque consideram como fundamento da participação do poder político a propriedade (...) Característica fundamental da teoria democrática é a *igualdade política*, ou seja, a participação do poder político de todos os cidadãos, independentemente da posse de bens.¹³⁰ (grifo do autor)

Ruiz Miguel reconheceu que o sistema constitucional europeu e o americano foram em igual medida “limitadamente liberais” e “limitadamente democráticos”

limitadamente liberais, sobretudo por sua resistência a reconhecer os direitos de associação sindical e greves, bem como limitadamente democráticos, pela exclusão do sufrágio e da cidadania das mulheres e dos não proprietários, a quem, nos Estados Unidos, devem somar-se os negros e os índios.¹³¹

Ruiz Miguel, que adjetivou o liberalismo de “limitado”, numa comparação implícita a um modelo “puro”, parece se esquecer de que os dois continentes citados são berço do liberalismo político, que teve seu período áureo no século XIX. Esse momento é de des-emancipação, segundo Domenico Losurdo, por estabelecer discriminação censitária e racial ao voto. Nos Estados Unidos, somente no último terço do século XIX, o voto foi estendido aos negros e índios, e em 1920, às mulheres. Na França, o voto universal masculino se instalou por um brevíssimo momento com a Constituição republicana de 1793, retornando ao voto excludente dois anos depois, e somente após a revolução de 1848 foi duradouro, mantendo, entretanto, a exclusão do voto feminino.

Se analisarmos a situação política existente na França, Alemanha e Inglaterra, na segunda metade dos anos 1860, as analogias saltam aos olhos: em todos os três casos, estamos na presença de um regime político cujos traços mais ou menos liberais são contrabalançados pela presença de um forte poder executivo e em cujo âmbito a concessão da cidadania

¹²⁹ BOBBIO, *Direito...*, op. cit., pp. 15 e 11.

¹³⁰ Ibid, 34.

¹³¹ MIGUEL. R. Op. cit., p. 289.

política a amplas camadas sociais é neutralizada por um cesarismo de face mais ou menos popular e que, de um modo ou de outro, se apóia na excitação chauvinista de massa.¹³²

Domenico Losurdo não é condescendente com o liberalismo, como Ruiz Miguel. Ao empreender um intenso trabalho de reconstrução histórica da luta pelo sufrágio universal, Losurdo concluiu que, pela intensidade, longevidade, e significado histórico, não é possível defender o “mito, segundo o qual, o liberalismo teria gradualmente se transformado, por um impulso puramente interno, em democracia, e numa democracia cada vez mais ampla e mais rica”.¹³³

Segundo o autor, democracia e livre mercado não se identificam, uma vez que durante séculos o mercado que o liberalismo defendia conviveu com a escravidão, que fazia do escravo uma mercadoria, e toda a história da luta pelo sufrágio universal demonstrou que o liberalismo estabeleceu critérios étnicos, sexuais e econômicos para a exclusão política de povos coloniais, escravos, libertos, mulheres, e não-proprietários.

Losurdo realçou que a tese de um “amadurecimento espontâneo do pensamento liberal” não reconhece a longa e tormentosa luta que se desencadeou pelo sufrágio universal, atribuindo a esse processo histórico um caráter linear que ele não teve. Para Losurdo, os autores citados por Bobbio como liberais e democráticos, à exceção de Rousseau, representaram os momentos que ele chama de “des-emancipação”, isto é, aqueles em que se procurou barrar um processo histórico de luta e reivindicação por emancipação social e política das categorias excluídas, esses sim, momentos de “emancipação”. Por isso, o autor acusou Bobbio de fortalecer o mito do liberalismo como sinônimo de democracia, e também de ter forjado a categoria de “democracia mínima”:

... o expurgo do sufrágio universal da esfera da ‘democracia formal’ (na sua ‘definição mínima’) é análogo a uma visão que considera a democracia com a exclusão da esfera da cidadania política de amplos grupos sociais e étnicos. Com base na definição “mínima” de democracia, mostra-se tranquilamente possível considerar como democrático um regime que, depois de ter privado de direitos políticos parte considerável de deus cidadãos, vá ao ponto de condená-los, com sua política econômica e internacional, à morte por inanição ou ao sacrifício de massa na guerra (por mais justificada que ela possa ser).¹³⁴

Assim como Boaventura e Walzer, Jürgen Habermas também apresentou propostas no campo da teoria política que podem ser situadas entre o liberalismo e o

¹³² LOSURDO, D. Op. cit., p. 81.

¹³³ Ibid., p. 9.

¹³⁴ Ibid., p.277.

republicanismo, para a democratização das sociedades modernas, utilizando-se de elementos de ambas as tendências políticas, integradas de uma maneira nova e original.

Habermas entende a autonomia privada (direitos liberais) e a pública (soberania popular) pressupondo-se mutuamente e co-originárias. Para ele, os dois “paradigmas de direito” que existem nas sociedades atuais – o do direito formal burguês e o do direito do bem-estar social – organizaram-se em torno da autonomia privada, uma vez que ambos têm o objetivo de permitir que o cidadão realize a sua concepção de vida digna. Propôs, então, um novo paradigma, o “paradigma procedural do direito”, que estabelece uma relação interna entre autonomia privada e autonomia pública. Os dois paradigmas existentes configuram uma mesma representação do cidadão, somente como destinatário de direito, enquanto o paradigma procedural incorporou a atuação do cidadão também como autor do direito:

As tradições políticas surgidas nos Estados Unidos e caracterizadas como “liberais” e “republicanas” interpretam os direitos humanos como expressão de uma autodeterminação moral e a soberania do povo como expressão da auto-realização ética. Nesta perspectiva, os direitos humanos e a soberania do povo não aparecem como elementos complementares, e sim, concorrentes.¹³⁵

O terceiro modelo de democracia que me permito sugerir baseia-se nas condições de comunicação sob as quais o processo político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais, justamente por cumprir-se, em todo o seu alcance, de modo deliberativo.¹³⁶

Ao participarem da produção legislativa democrática, os indivíduos transformam-se em autores e sujeitos de direito. Assim, para Habermas, o processo democrático legitimador da autonomia pública de cidadãos, que dão a si mesmos suas leis, é o mesmo que legitima a autonomia privada. Ao se constituírem em autores e destinatários do direito, os indivíduos estabelecem uma conexão interna entre direitos humanos e soberania popular.

Como Kant e Rousseau estabeleceram uma relação de concorrência e não de complementaridade entre os direitos humanos e o princípio da soberania do povo, não conseguiram “entrelaçar simetricamente os dois conceitos”.¹³⁷ Para Habermas, “a co-originariedade da autonomia privada e pública somente se mostra quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os

¹³⁵ HABERMAS. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. I; Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997; p. 133.

¹³⁶ HABERMAS. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 277.

¹³⁷ HABERMAS. *Direito...* Op. cit., p. 134.

destinatários simultaneamente os autores de seus direitos”.¹³⁸ O que Habermas chama de autolegislação de cidadãos é a formação discursiva da vontade, por propor que os que estão submetidos ao direito, como destinatários da lei, também se compreendam como seus autores.

Ao construírem os ideais individuais, os cidadãos estão também elaborando e consagrando os valores coletivos, reconhecendo-se mutuamente como cidadãos iguais e solidários, titulares de direitos. Reconhecer a autonomia privada da vontade como pressuposto da pública é enfatizar o nível de solidariedade social que existe entre os indivíduos em torno de normas cuja validade é o acordo de todos os atingidos por elas.

Para o autor, nas sociedades democráticas contemporâneas, o processo político de formação da vontade coletiva deve ocupar um lugar central sem, entretanto, abrir-se mão do Estado de Direito, pois só ele garante os direitos individuais. Para Habermas, a inter-relação entre sujeito e sociedade forma uma rede de reconhecimento recíproco, e se processa através da linguagem, das estruturas linguísticas, que Habermas chama de “intersubjetividade”, e representa a via de retorno ao mundo da ética, do direito e da política:

o paradigma procedural do direito pretende apenas assegurar as condições necessárias a partir das quais os membros de uma comunidade jurídica, através de práticas comunicativas de autodeterminação, interpretam e concretizam os ideais inscritos na Constituição.¹³⁹

Ao se constituir em um conjunto de direitos fundamentais que configuram princípios universais, a Constituição transformou-se na única base comum a toda a sociedade, conformando uma “nação de cidadãos”. Surgiu daí, o conceito habermasiano de “patriotismo constitucional”, uma identidade pós-nacional, em substituição à nacional, conceito estreitamente ligado ao liberalismo. Ao considerar o cidadão como agente decisivo tanto no âmbito da sociedade civil quanto no da esfera pública, Habermas resgatou um conceito formulado anteriormente por Peter Häberle, o de “constituição aberta” ou “comunidade de intérpretes da Constituição”, segundo o qual os cidadãos através de uma crítica publicamente mobilizada sobre as decisões judiciais impõem uma atuação mais consciente do judiciário. Isto significa que os princípios e o sistema de direitos fundamentais que estão abstratamente configurados na Constituição, só se concretizam através de um processo hermenêutico, do qual todos

¹³⁸ Ibid., p. 139.

¹³⁹ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 96-97.

devem participar, apesar de caber às Cortes Supremas o mais importante papel nas decisões, especialmente as que objetivam dirimir conflitos entre direitos fundamentais.

As propostas de Häberle e de Habermas não podem se efetivar sob o liberalismo, que contrapõe autonomia pública e privada, liberdade negativa e positiva. Somente uma concepção que compreenda e desenvolva igualmente as duas autonomias, as duas liberdades, pode ser democrática.

O fato de vários autores contemporâneos estarem preocupados com a efetivação dos direitos do Homem e com a democracia põe em evidência, primeiramente, que a prática política do constitucionalismo liberal dos primeiros tempos revolucionou a sociedade européia onde ele se instalou, mas não garantiu sua democratização; em segundo lugar, que a positivação dos direitos do homem não foi garantia de sua efetivação. Essas questões do constitucionalismo liberal estão sendo reinterpretadas à luz de uma nova teoria constitucional que começou a ser construída a partir da segunda metade do século XX, e que será objeto de análise do quinto capítulo.