

e-books

NÚCLEO DE FORMAÇÃO

Quatro Modelos de
Liberdade Política

1



Quatro Modelos de Liberdade Política - A história do *Common Law* e a gênese Francesa (p. 1) com Marcus Boeira

SINOPSE

Os conceitos de liberdade política legados à contemporaneidade foram formados a partir de um longo processo de sedimentação. É precisamente a esse desenvolvimento que o professor Marcus Boeira nos conduz, em uma aula que nos desperta uma nova e mais profunda compreensão acerca da política atual.

OBJETIVOS DE APRENDIZAGEM

Ao final desta aula, espera-se que você saiba: as quatro concepções de liberdade política e qual critério metodológico foi utilizado; o que é liberdade dos antigos, o que é liberdade dos modernos e por que essa distinção é insuficiente; as fontes do direito na Idade Média; o que é o *parlatorium* e como criou uma distinção entre o mundo anglo-saxônico e o mundo continental; as funções do rei; liberdade política para os franceses; liberdade política para os ingleses.

INTRODUÇÃO

Esta aula pretende ser, mais do que tudo, uma abordagem, de alguma maneira generalíssima e especial, sobre de que modo a temática da política e da liberdade situa-se na conjuntura das relações existentes entre aquela parte da *ars poetica* que lida com a experiência humana, que é o próprio do campo

literário, e aquela outra parte que diz respeito ao elemento reflexivo dos modos de vida e dos modos de contemplar, agir e produzir na civilização humana, que é o própria da filosofia ou da atividade filosófica.

Poderia dizer que esta aula está exatamente no meio, porque pretende sondar, tomando como critério metodológico a história, diferentes modos através dos quais a liberdade se desenvolveu na civilização do Ocidente. E tomando como base a história como critério metodológico, temos, portanto, quando olhamos para a história do Ocidente, quatro tipos bastante presentes de liberdade.

Uma concepção primeira da liberdade política que está no coração da Idade Média, e que podemos assumir como o princípio do direito consuetudinário anglo-saxônico, que é o que chamamos, grosso modo, de a história do *Common Law*. O modo como a liberdade civil e política se desenvolveu no contexto do direito inglês e das suas fontes primeiras. Essa é uma espécie de liberdade.

Existe uma segunda modalidade de liberdade política e civil que se desenvolve no contexto da Europa continental, em especial, no contexto, primeiro, da Gália e, depois, do que será então a França, o Estado francês moderno. Essa seria uma segunda concepção de liberdade que se desenvolve nesse contexto.

Uma terceira concepção de liberdade que também está na Europa continental, mas, sobretudo, na Península Ibérica, que tem toda uma especificidade. O caráter histórico e o caráter jurídico dessa concepção de liberdade exige, de nós, todo um olhar muito especial, que vamos travar aqui a

título introdutório. Mais para frente, pretendo desenvolver melhor, com vocês, todas essas concepções, de uma maneira mais rigorosa.

Uma última concepção de liberdade que, para mim, de todas as concepções modernas, é a que mais vingou, que é a concepção norte-americana de liberdade civil e política, que está nas origens do constitucionalismo norte-americano.

Pretendo ver com vocês quatro tipos de liberdades, tendo uma base comum e, a partir dessa base comum, quatro ramificações diferentes.

A LIBERDADE DOS ANTIGOS X DOS MODERNOS

Um importante teórico da política do século XX, que é o Benjamin Constant, tem um texto, que é muito conhecido pelos filósofos da política e pelos historiadores da política, cujo título é "Da liberdade dos antigos à liberdade dos modernos". Seria uma comparação entre o que o Constant chama de liberdade dos antigos e liberdade dos modernos. Com liberdade dos antigos, Constant faz menção ao tipo de participação política que o cidadão, nas diversas cidades gregas, tinha a título de cidadania. Seria uma compreensão da liberdade política tomada como participação. Ou seja, é livre, nessa visão, aquele que participa do processo político e que toma decisões e vota em assembleia. Era precisamente esse conceito de liberdade política típico da civilização greco-romana, da civilização antiga como um todo no Ocidente, que estabelece a distinção específica entre o ser humano livre e o escravo, no mundo antigo. A distinção entre escravidão e liberdade consistia precisamente neste aspecto: o livre é aquele que participa do processo político.

O escravo é aquele que está reduzido, na sua dimensão de existência, à vida privada. Ao que os antigos chamavam a vida do labor, a vida da subsistência da espécie.

Essa visão foi temperada, na modernidade, segundo esse texto do Constant, pela ideia de que a civilização moderna inaugura um novo conceito de liberdade. Um conceito de liberdade que tem como matriz principal a ideia de autonomia. Livre não é mais aquele que participa das decisões políticas. Livre é aquele que tem o seu espaço privado resguardado de um poder político ou um poder civil supostamente capaz de entrar ou invadir essa esfera autônoma de realização da liberdade. É uma concepção de liberdade que está centrada em uma visão muito mais de abstenção do que de participação no processo político.

A SIMBIOSE DAS LIBERDADES

Esse famoso texto foi escrito no século XIX, mas ganhou grande repercussão no século XX, sendo usualmente empregado, ao longo da segunda metade deste, nos diversos cursos de direito, filosofia e ciência política. Embora seja um texto clássico e de grande importância para o estudo da liberdade, esse texto é insuficiente, porque, de alguma maneira, estabelece uma dicotomia radical entre liberdade como participação e liberdade como autonomia. A insuficiência desse texto está centrada precisamente na ideia de que, quando nós entramos em um outro espaço, que é o espaço das fontes primárias, e investigamos o modo como se deu o desenvolvimento da civilização ocidental, a partir de suas instituições e do direito do Ocidente,

percebemos claramente que não existe uma distinção absoluta e radical entre liberdade como participação e liberdade como autonomia. O que existe, no desenvolvimento das diversas tradições ocidentais, é uma espécie de simbiose entre esses dois modelos.

Como se deu a simbiose entre esses dois modelos?

Nós podemos cravar, sem medo de errar, que a origem dessa simbiose está precisamente no modo como a civilização grega, o direito romano e os inícios da teologia cristã foram, os três, recebidos na Idade Média. Como a Idade Média recebe o patrimônio civilizatório do Ocidente?

A civilização grega

Do ponto de vista filosófico, das raízes da filosofia grega, sobretudo do pensamento de Platão e Aristóteles.

O direito romano

Segundo, do direito romano e de suas fontes primevas, como o *digesto* e o *corpus iuris civilis*, que é uma espécie de recompilação das fontes do direito romano, feita, obviamente, no século VI, durante a Corte do Justiniano, que era o imperador do Império Romano do Oriente, o Império Bizantino. Justiniano conta com os juristas da sua corte para fazer a recompilação das fontes do direito romano e essas fontes do direito romano são recebidas no coração da Idade Média, séculos mais tarde, através do chamado direito canônico eclesiástico.

As fontes primeiras do direito canônico eclesiástico se dão através de dois autores importantes. Um é o Graciano, um conjunto de compilações herdadas do direito romano chamada de *decretales*. São diversas sentenças recompiladas das fontes do direito romano, que, agora, são recebidas no interior da tradição católica, o direito da igreja. E o Graciano faz, então, essa recompilação, essa aproximação entre o direito civil romano e o direito canônico, e isso é herdado pelos medievais. Isso chega à Universidade de Bologna e desta se expande para todas as demais universidades do medievo. A universidade de Oxford, a Universidade de Salamanca, Coimbra, Paris, etc.. Essas são uma segunda fonte que, digamos assim, aparece nos princípios da Alta Idade Média.

O patrimônio da patrística

Uma terceira fonte é aquela que confere base teológica para essa recepção, que é justamente o patrimônio do chamado período da patrística, a teologia católica dos primeiros padres da Igreja. Os padres do mundo grego e os padres do mundo latino tinham diferenças de interpretação, de exegese, sobre as sagradas escrituras, cada qual com um estilo próprio.

No mundo latino, figuras como Minúcio Félix, Tertuliano e até chegarmos em Santo Agostinho. No mundo grego, os padres capadócijs e outros autores, como São João Crisóstomo, por exemplo, que são também recebidos na Idade Média com uma certa base, com um certo fervor.

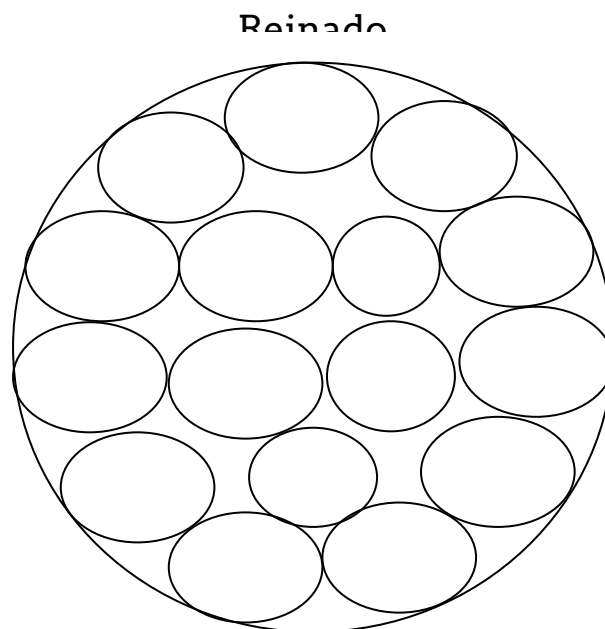
Por que estou falando de tudo isso e por que isso é tão importante para o direito?

Isso é importante para o direito por três razões. Em primeiro lugar, quando falamos em direito na Idade Média, nós nos referimos a três fontes que dão base, respectivamente, para três fontes do direito na Idade Média. Existem, por assim dizer, três direitos na Idade Média, três fontes do direito.

O DIREITO NA IDADE MÉDIA

Primeira fonte: o direito civil

Primeira fonte do direito é o direito civil. O direito civil é o conjunto das leis e costumes que formam a conjuntura das normas que regulam a vida social e as relações privadas. Na Idade Média, as comunas medievais, o que nós chamamos de reinos, tinham mais ou menos o desenho abaixo:



Eram várias propriedades privadas, vários feudos. Esses feudos tinham um acordo de defesa, o qual era tarefa do rei, de modo que essas comunas

eram desenhadas na forma de um reinado. O que garantia as relações entre os particulares e o rei e as relações entre os próprios particulares era, exatamente, o direito civil. Ou seja, o que garantia o conjunto dessas relações era o direito civil. O direito civil, essa primeira fonte do direito, se destina a regular relações entre o público e o privado e relações entre o privado com o privado, particulares.

A ideia matricial do direito civil está sustentada numa noção de justiça. Há uma passagem do *Digesto*, uma citação, na qual Ulpiano afirma que o direito é o objeto da justiça. Se a justiça tem três tipos de relações, três são os objetos que o direito civil, o direito da cidade, o direito da civilização, procura dar conta.

As relações de justiça existentes entre particulares, parte com parte. Por exemplo, o sujeito faz um contrato. É a relação de justiça comutativa. Essa é uma primeira relação.

Uma segunda relação que se dá entre o reino e uma parte, uma relação de justiça distributiva.

E a relação que se dá da parte com o reino, relação de justiça legal ou política, herdada do Aristóteles. Em “*Ética a Nicômaco*”, Aristóteles desenvolve essas noções de justiça. No *Digesto*, também aparecem remissões, não à obra de Aristóteles, mas a esses tipos de justiça.

Quando os medievais recebem esse produto bem acabado de uma filosofia prática que está na tradição greco-romana, incorporam isso no direito da Idade Média colocando, no direito civil, precisamente a tarefa de dar conta dessas relações de justiça.

Então, o que é o direito civil? É aquilo que é devido nas relações entre particulares, nas relações entre o reino e as partes privadas, e nas relações entre as partes privadas e o reino. Essa é uma primeira fonte que nós temos na Idade Média. Essa fonte, que nós chamamos de direito civil, pode aparecer sob dois aspectos.

Ela pode aparecer na forma de costume, ou seja, as várias práticas realizadas entre os particulares e os reis ou reinos nesta época. O costume gera, entre as partes, um pacto. O pacto, por sua vez, gera uma espécie de norma entre as partes. Ou seja, a ideia de que o costume é tomado como direito. Daqui vem a ideia muito antiga de *Common Law*. O *Common Law* nasce precisamente deste reconhecimento de que as partes individualmente ou as partes com o seu rei podem formar inúmeros pactos, os quais terão a garantia e o reconhecimento da autenticidade jurídica. O contrato é tão importante quanto, por exemplo, a instituição do tributo. Ambos pertencem ao mundo do direito civil.

Embora o costume tenha sido a principal modalidade de direito civil da Idade Média, recebeu, perto do final desta, na Baixa Idade Média, o acompanhamento de uma segunda fonte. Por volta do século XIII, as leis fundamentais entraram em cena. Até o momento, havia o reconhecimento de que as partes e as partes como rei eram capazes de celebrar pactos. Isso garantia a unidade da sociedade.

Isso é muito importante neste início, para verificarmos de onde vem as quatro concepções de liberdade política, pois todas nascem disso aqui.

Em razão das diferentes e várias disputas territoriais existentes ao longo dos reinos e das cidades espalhadas pelo Ocidente medieval, a classe dos senhores feudais - chamada classe aristocrática - precisou angariar força para fazer frente, em alguns momentos, aos próprios reis, e, em outros momentos, aos invasores externos. Para isso, cria uma instituição, o *parlatorium*, que representava a Assembleia dos senhores feudais. Isto é a fonte primitiva do que será, mais tarde, o parlamento. Ou seja, a Assembleia dos senhores feudais, a *House of Lords* (Casa dos Lordes), é o primeiro modelo deliberativo da história do Ocidente, é a primeira instituição que surge para fazer frente ao rei. Em alguns casos e lugares, essa assembleia dos senhores feudais não contava mais com a força dos pactos costumeiros celebrados pelas partes.

As origens da *Common Law*

Neste momento, somos obrigados a dividir o mapa da Europa entre o continente e o mundo anglo-saxônico.

No mundo anglo-saxônico, o surgimento da Assembleia dos senhores feudais teve uma finalidade precípua, a saber: de fazer frente às tentativas de um rei em particular, e de outros reis, sucessivamente, de taxar os proprietários de terras e de instituir, arbitrariamente, medidas, independentemente dos pactos celebrados. No Reino Unido, acontece aquela experiência política fundamental de 1215, em que o Rei João Sem Terra, ao tentar submeter os proprietários de terra a um regime tributário injusto e indevido, é intimado pela Assembleia dos senhores feudais a celebrar, com

eles, um pacto, o qual instituíam um costume chamado Magna Carta. Esse pacto é, de maneira bastante cristalina, a fonte medieval mais importante do direito consuetudinário, da história do *Common Law*.

Isto nos diz, portanto, que a instituição da Assembleia dos senhores feudais, na Inglaterra, nasceu precisamente para estabelecer uma espécie de equilíbrio político com o rei.

Na literatura constitucional, existe um termo *checks and balances*, que normalmente associamos quando estudamos a tripartição de poderes de Montesquieu. Só que o *checks and balances* não nasceu com o Montesquieu, mas sim na Idade Média. O *checks and balances* nasceu aqui, neste contexto, quando o antigo *parliamentum*, a antiga Assembleia dos senhores feudais, coagiu o rei João Sem Terra (*John without the land*) a assinar um pacto em que se subordina à vontade soberana do parlamento de não instituir tributos de modo injusto e defender, portanto, o devido processo e as liberdades e garantias individuais dos *lords*, dos senhores feudais.

Muitos princípios constitucionais, tais como *no tax without representation* (Não há tributo sem representação) e *due process of law* (devido processo legal), nasceram disso. O devido processo é aquele que é exigido para qualquer cidadão em qualquer circunstância. A justiça não é arbitrária. Na Inglaterra, a Assembleia desempenhou essa tarefa de garantir os pactos.

O Civil Law

Por outro lado, o que representou e qual foi a finalidade da Assembleia no mundo da Europa continental?

No continente europeu, a Assembleia dos senhores feudais, que nasceu concomitantemente à Assembleia dos senhores feudais inglesa, tinha um outro objetivo. O objetivo era limitar o monarca de uma outra maneira. A limitação do monarca não viria do fato de firmar um pacto com ele, mas sim de fazer com que o monarca, participando das decisões da Assembleia, pudesse, com ela, votar algo que expressasse o consentimento da sociedade política. Esse algo é o que chamamos de leis fundamentais do reino.

Observem que ambos os sistemas e tradições, tanto o *Common Law* quanto o sistema de legalidade, o *Civil Law*, possuem uma mesma origem. A origem está exatamente no direito civil que, na época, não era direito privado, mas sim direito da cidade. Ou seja, o *ius civile*, nesta fase, apresenta uma compreensão muito mais ampla do que o direito privado meramente, porque engloba igualmente o direito político e o direito privado.

Entretanto, o direito civil ganha diferente expressão no mundo anglo-saxônico e no mundo continental.

No primeiro, o nascimento da Assembleia dos senhores feudais, a *House of Lords*, dedica-se a garantir os pactos celebrados. Neste caso, o costume, e não a lei, representa o elemento central de garantia da unidade e da paz no reino, na sociedade.

No segundo, a garantia da paz e do reino vem através da confiança em um instrumento que expressa o consentimento, chamado lei fundamental.

Comentário: o direito consuetudinário não tinha vindo dos bárbaros, quando invadiram o Império Romano? Existe essa distinção né? As leis fundamentais e o sistema legislativo foram criados na própria Roma e o direito consuetudinário entra via bárbaros. Não tinha essa distinção?

Existe e nós vamos fazê-la agora. A primeira fonte do direito na Idade Média é o direito civil, que nasce do pacto (costume) ou da lei aprovada pelo parlamento, pela Assembleia dos senhores feudais no continente.

Qual é a segunda fonte do direito?

O *Ius Commune*

A segunda fonte do direito é o que normalmente se chama de *ius commune*. O *ius commune* é aquilo que, para além do direito civil, forma o conjunto das demais regras e leis que constituem a unidade e a paz dentro de um reino. Por exemplo: *lex barbarorum*, o direito bárbaro.

O *ius commune* é o direito que não vem pela via das três fontes de que falávamos antes (civilização grega, direito romano e tradição teológica da Igreja), mas de outro lugar. Que lugar? Os diversos povos bárbaros que formam a Europa: os ostrogodos, os visigodos, os godos, os povos francos, os germânicos, todo norte da Europa.

Cada qual desses povos e, portanto, dessas civilizações, gera um tipo específico de fonte do direito que gradualmente penetram em alguns lugares. Na Península Ibérica, por exemplo, os povos visigóticos têm uma imensa importância. A fonte do direito visigótico se alia com o direito civil formando, ali, as fontes básicas do que é o direito para os povos da Península Ibérica.

Posteriormente, veremos que, na Península Ibérica, a compreensão de liberdade política está inteiramente sustentada nessa relação entre o direito civil e o direito bárbaro. O direito bárbaro, *ius commune*, é recebido nessa gênese de civilização que se desenvolve, chamada Ocidente medieval, tanto no continente quanto na ilha.

O direito natural e canônico

Uma terceira fonte do direito na Idade Média, que não é menos importante, é aquela que vem do encontro da filosofia com a teologia, chamada de direito natural e canônico. São coisas diferentes, mas que, no contexto medieval, interpenetram-se.

O direito natural é a filosofia segundo a qual há uma lei inscrita por Deus no coração e na razão dos seres humanos. Esta é a lei natural que, por sua vez, gera o direito natural. A ideia de moralidade, a ética das virtudes, por exemplo, depende dessa concepção do direito natural. O direito canônico é o direito produzido para regular as relações eclesiais.

É importante considerar que estamos em uma civilização que apresenta uma autoridade espiritual, o Papa, que está em Roma, e uma profusão de poderes temporais, poderes civis. Cada reino tem o seu poder. Quando o Império Romano termina e migra para o Oriente, em Bizâncio, há multiplicidade de reinos e *potestades* na Europa Ocidental. Cada qual tem o seu poder temporal.

Durante a Idade Média, quando se assiste ao declínio das civilizações bárbaras, percebemos a absorção destas dentro da cosmovisão cristã, de modo

que a autoridade espiritual do Papa gradativamente se expande, tendo como resultado imediato a produção de um direito canônico, o qual serve precisamente para regular as relações eclesiásticas.

Existe a tese das duas espadas, os dois *gladius*. Uma espada tem em vista o aspecto espiritual do corpo místico de Cristo, a *pneuma*[1]. A outra, tem em vista o aspecto temporal e secular desse corpo místico, o corpo místico da política. A união do corpo e da alma. A união da matéria com o espírito.

Na arte medieval pré-gótica e na arte gótica, observa-se claramente esse tipo de desenho. Existem inúmeras pinturas que representam o rei medieval com a coroa voltada para cima. Isso expressa a ideia de que, acima dele, está o Papa e de que, acima deles todos, está a figura divina, Cristo, o Pantocrator. Na mão direita e na mão esquerda, cada um dos *gladius*. O respeito à autoridade espiritual e o desempenho das funções civis. De modo que existe uma diferença entre os poderes eclesiásticos e os poderes civis. Ao analisarmos diversidades italianas, como Siena, por exemplo, é possível ver isso claramente. Existe a região da Catedral de Siena e a região dos poderes civis. Uma distinção espaço-tempo. De certa maneira, a consideração sobre o tempo e sobre o tempo histórico também são importantes aqui. A divisão entre os poderes civis e os poderes eclesiásticos. Essa terceira fonte do direito procura atender precisamente isso.

Para identificarmos exatamente onde estão as distinções entre as diferentes concepções de liberdade política, a pergunta que nos surge é: como, na Idade Média, entende-se a liberdade. Dito de outro modo, o que é a liberdade nesse período?

A LIBERDADE PARA OS MEDIEVAIS

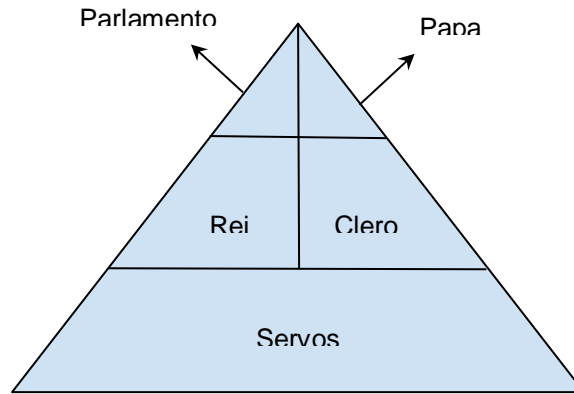
Do ponto de vista filosófico, liberdade é moralidade. Ser livre é ser virtuoso. Como já temos aulas sobre o assunto, não me deterei nele.

Por outro lado, do ponto de vista social e político, o que é ser livre?

Os medievais tinham uma visão muito clara a respeito da liberdade. Nessa época, a liberdade do indivíduo era maior ou menor dependendo de qual posição ocupava na sociedade. Normalmente, a sociedade era estratificada.

Os servos da gleba estavam na base social. É importante considerar que, nesse contexto, já havia desaparecido a ideia de escravidão do mundo antigo. Os antigos escravos agora eram servos. O servo é aquele que tem a sua dignidade humana respeitada. Ele é visto como pessoa. Essa noção de pessoa que se desenvolve no Ocidente, a partir do encontro da teologia cristã com as fontes da Grécia e de Roma. Portanto, pelo fato de serem pessoas, os servos são considerados, nesse aspecto, dignos. Eles têm a liberdade de, por exemplo, formular pactos com os seus senhores e terem esse pacto resguardado.

Além disso, há os senhores feudais, que são os *lords*, o clero e o rei. O desenho da pirâmide social, neste ponto, é até um pouco complicado, porque depende do reinado. Poderíamos até colocar o clero em disputa com o rei. O rei como representativo dos poderes civis e o clero como representativo dos poderes eclesiásticos. O rei se subordina ao parlamento e o clero, ao Papa. Essa ideia é tipicamente medieval.



Podemos considerar que o rei medieval pouco ou nada possui de absolutista, como os reis da Idade Moderna, pois está limitado de todos os lados. O rei medieval está vinculado aos pactos que a sociedade faz, uma vez que não pode violar os pactos que firmou com os senhores feudais e que estes tenham firmado com os servos. A conjuntura desses pactos formou um costume que, por sua vez, é direito e que, enquanto tal, é superior ao rei. Isso é muito importante.

Ao mesmo tempo, o rei não pode invadir bens espirituais ou poderes eclesiásticos, temas e atributos que digam respeito a essas funções. Nesta circunstância, o rei se vê em uma espécie de limitação, de *self restraint*. Ou seja, o rei medieval é autocontido, autolimitado nos poderes. O rei medieval tem a sociedade exercendo pressão sobre ele, através do costume, das leis. Ele tem o parlamento gerando sobre ele uma série de restrições. Além disso, tem os poderes eclesiástico sobre ele, também gerando restrições.

O que é ser livre

De modo que, o ser é livre, o senhor feudal é mais livre, o clero é livre nas suas funções e o rei só será livre no desempenho das suas funções.

Portanto, na Idade Média, liberdade política não é um conceito que nasce atrelado à condição pessoal. É um conceito que nasce atrelado à posição que alguém ocupa no todo da sociedade.

Muitos se escandalizam e não entendem quando observam uma sociedade como a inglesa, que ainda é baseada em títulos. Acham que é um escândalo, para a Era Moderna, uma sociedade como esta.

Só que a sociedade inglesa continua com a mesma estrutura que as sociedades medievais tinham, cujo princípio é a concepção de liberdade está atrelada à posição social. Ser livre não é fazer o que se quer. Liberdade não tem nada a ver com o arbítrio. Liberdade tem a ver com o desempenho da função social que o indivíduo tem. Por isso, a noção de liberdade civil está relacionada com a noção de virtude moral. A noção de liberdade política está relacionada com a noção de virtude cívica.

Dito isso, a nossa alternativa para averiguar como os quatro modelos foram gerados só pode ser a de ver como se dava a relação institucional entre o rei e a sociedade, e como essa relação acabou gerando concepções de liberdade política na Inglaterra, na França, na Península Ibérica e, mais tarde, nos Estados Unidos. É como se tivéssemos uma linha que, partindo de um postulado central, fosse se desenvolvendo a partir dessas noções introdutórias que acabamos de ver.

Vocês poderiam indagar que tudo parece muito disperso, e que cada coisa parece não ter muito a ver com a outra. Claro, e é proposital o fato de eu ter feito isso, porque vamos unir todas essas coisas com um sentido agora.

O parlamento e a função real

Comentário: Eu fiquei com uma dúvida a respeito do direito civil, quando estava fazendo a distinção do sistema anglo-saxão e o sistema do continente. O sistema anglo-saxão se baseava no costume. A assembleia dos senhores feudais é responsável por garantir que as leis fossem baseadas no costume. No continente, eram nas leis fundamentais. O que são as leis fundamentais? Quem determina as leis fundamentais?

No continente, grosso modo, o parlamento era montado mais ou menos com a seguinte divisão: a burguesia, que, na época, era classe comerciante nascente nos burgos, que eram justamente as cidades produtivas; a nobreza, que era dividida entre senhores de terra, os senhores feudais, e o clero; e o rei.

Nessa sociedade, tinha mais poder quem possuísse maior titulação, mas, ao mesmo tempo, maior número de cadeiras no parlamento. A classe que tinha mais poder no parlamento era a dos senhores de terra. Isso não significa que a burguesia não participava. A burguesia participava das decisões, só que tinha um número menor de cadeiras. Da mesma forma, o clero, mais tarde, também passou a participar, mas tinha um número reduzido de cadeiras.

A tese é de que todos eles tinham um adversário em comum, o rei. No entanto, seu maior adversário também é o seu maior amigo. É um aspecto paradoxal das monarquias. É um mistério das monarquias o fato de que o rei, ao mesmo tempo em que aparece perante a sociedade com um ar e uma pompa de poder, no fundo, não tem esse poder. Ele tem outra coisa. Na sociedade medieval, o rei não tem *potestas*, mas sim *auctoritas*. Quem tem *potestas* é a sociedade. Quem tem mais *potestas* é o Papa, que tem potestade

espiritual. O rei tem *auctoritas*, isto é, é um símbolo da unidade. É esta simbolização da autoridade, do autor, daí *auctoritas*, aquele que confere identidade uniforme, autoridade, a uma comunidade política. O rei é aquele símbolo que representa não só a todos, mas a todos em comum, o que é muito diferente. Ele é símbolo de uma unidade.

Se ele é símbolo de uma unidade, mas é um ser humano falível, como o parlamento vai medir quando permanece no mundo das funções que lhe foram atribuídas e quando se torna autoritário. Ou seja, como o parlamento será capaz de distinguir quando o rei está dentro do *Common Law* e quando está fora do direito, está no arbítrio. O parlamento será capaz de fazer isso quando, partindo da noção de autoridade, lançar sobre o rei determinadas funções. Ao lançar nele determinadas funções, o parlamento o vigia no exercício destas, verificando quando se mantém autoridade e quando deixa de sê-la.

Comentário: essas funções são definidas pelo parlamento?

Depende do reino, mas são definidas de modo imemorial. Essas funções foram sendo adicionadas às tradições dinásticas reais na história da Europa. Na Inglaterra, sabemos bem claramente como vieram. No entanto, em outros países, é mais difícil. Teríamos que focalizar na história de cada um para determinar.

A diferença entre a lei e o costume

Comentário: Marcus, a Inglaterra teve menos invasões do que a Europa continental?

Sim.

Comentário: isso pode explicar por que temos a necessidade de ter uma lei escrita, uma vez que houve uma variação muito grande dada a invasão, que, na Inglaterra, não se verifica, porque houve uma construção temporal que foi muito unitária?

Uma construção temporal permanente. Com certeza, sem dúvida nenhuma isso. A Inglaterra é distinta porque tem uma continuação, uma continuidade.

O *Common Law* é um acúmulo desde Harold e William Conqueror até a Elizabeth II. A história da Inglaterra, primeiro, tem uma linha visível que é a história da monarquia. Segundo, tem uma linha de contrapeso permanente que é o parlamento, a história do parlamento. Terceiro, tem uma linha que é a mais decisiva de todas: na Inglaterra, o *Common Law* não é um direito pronto e acabado. O *Common Law* é uma tradição que vai acumulando fontes ao longo dos tempos. O *Common Law* não acabou, pelo contrário, está aí. O elemento de garantia do *Common Law* é que, na sua própria tradição, o indivíduo não pode tomar uma decisão judicial sem ver as decisões anteriores. É preciso ir nas fontes, mesmo que sejam medievais ou posteriores à Idade Média, e verificar o que os antecessores afirmavam. Olhem a diferença. O aspecto imemorial do *Common Law* vai conferindo, lançando sobre a ideia de Reino Unido, uma garantia que não existe nos demais povos. A própria história das fontes do *Common Law* e das instituições já conferem estabilidade e ordem ao desenvolvimento dessa civilização.

Como isso não aconteceu no continente, tiveram que substituir isso por uma outra coisa. Essa outra coisa é a lei. Então, no mundo anglo-saxão, na ilha, há o primado da ordem. No continente, há o primado do conflito, que se resolve pela lei.

Comentário: podemos ver isso como o embrião da Revolução Francesa?

Certamente.

AS FUNÇÕES DO REI

Um ponto decisivo para nós é estipular quais são as funções do rei. O rei tem duas espécie de funções. Henry of Bretton, um jurista da Idade Média muito importante, tem um livro extremamente importante para as fontes do direito inglês e para as fontes do direito ocidental como um todo, chamado *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*. Dos direitos e das fontes consuetudinárias inglesas. Os povos anglos, anglo-saxões. Abaixo, temos a imagem de uma página da primeira edição dessa obra. Podemos perceber claramente a figura do rei com a sociedade. Os poderes civis, o exército e os poderes eclesiásticos, os bispos, circundando-no.



A ideia de Bretton é que o rei, na Idade Média, por ser limitado, apresenta duas funções precípuas. Uma delas é a função de *gubernaculum*. Utilizo o termo em latim porque, a bem da verdade, não existe boa tradução para ele. A outra função é *iurisdictio*, literalmente dizer o direito.

Grosso modo, podemos dizer que a função de *iurisdictio* é uma função jurídica. A função jurídica é a função de garantir o direito, que era o costume. Então, na Idade Média, cabia ao rei garantir os pactos, garantir o *Common Law*. Por outro lado, a função de *gubernaculum* corresponde à função política e administrativa. O rei é, por exemplo, Chefe do Exército.

Comentário: a palavra governo se origina de *gubernaculum*?

Sim, mas tem um aspecto semântico insuficiente perante a palavra *gubernaculum*, por isso utilizar a tradução ficaria ruim ou insuficiente, porque *gubernaculum* quer dizer mais coisas.

O *gubernaculum* estabelece outras funções do rei nas quais tem uma *potestas* limitada. Na *iurisdictio*, o rei não tem *potestas* nenhuma. Ou ele respeita o pacto e o garante, ou está destituído. O parlamento, os senhores feudais, convocam-no e o fazem assinar um acordo, tal como aconteceu com João Sem Terra e a Magna Carta, em que o rei estava querendo prejudicar o *Common Law* e foi obrigado a assinar o acordo, sob pena de ser deposto.

Primeira *potestas*: o rei é o marechal do exército. Ele é o Chefe na guerra. Quando acontece uma guerra de um reino contra outro, quem vai na frente da batalha é o rei. Olha a diferença para a modernidade. O rei, na Idade Média, tem as virtudes cívicas. A primeira virtude cívica do rei é a virtude militar, dar a vida pelo seu povo.

A segunda coisa importante é que o rei administra os tributos. Ele faz a administração tributária. Para onde vai, qual o destino tributário, receita e despesa. Tudo isso é tarefa do rei. É uma tarefa administrativa.

O rei tem uma outra função que, de todas, é a mais importante. O rei é a pedra simbólica angular da sociedade. É como se, no rei, houvesse uma espécie de garantia da unidade. Se você tirar o rei, a sociedade se desmonta, desmorona, porque ele é a imagem viva da unidade e do consenso. De modo que sobre ele repousa uma representação que é social e uma representação que é, também, espiritual. Do ponto de vista temporal, ele é fruto do consentimento social. Do ponto de vista espiritual, ele é o representante de Deus no plano temporal.

Os rituais de sagração, coroação e aclamação são dessa época.

O ritual de sagração, por exemplo. O rei é sagrado. O rei é ungido. Há um poder, que é o poder eclesiástico, papal, ou episcopal, um bispo poderia fazer isso, que faz um ato de sagração sobre o rei, que, de joelhos perante a autoridade espiritual, curva-se perante Deus. Essa é uma imagem tipicamente medieval. Se você visita, por exemplo, o *Louvre*, há muitos retratos que justamente explicitam essa ideia. Aliás, muitos monarcas modernos tiveram esse ritual. Dom Pedro I e II tiveram no Brasil, por exemplo.

O ritual de aclamação é o contrário. É o próprio povo que consente na autoridade. O rei é aclamado.

O ritual de coroação é precisamente a colocação do rei como uma espécie de pedra angular que sustenta um e outro âmbito, o espiritual e o temporal. O rei está no centro. Percebemos claramente naquela pintura do

livro da época. O rei medieval, porque está no centro, desempenha uma função simbólica altamente decisiva nesse contexto.

É como se tivesse, no *gubernaculum*, a espada, e, no *iurisdictio*, o livro. Existem muitas figuras de reis da época, como de Carlos Magno, por exemplo, que representam isso. De um lado da mão, a espada, o *gubernaculum, arcana imperii*, atos de império, e, de outro, o *iurisdictio*, que é o direito, precisamente o livro que colhe as fontes do direito, sejam elas legais ou costumeiras.

O PODER JUDICIÁRIO

Uma coisa curiosíssima é que, na função de *iurisdictio*, o rei conta com um corpo de magistrados, chamado tribunais do rei, que, aliás, existem até hoje na Inglaterra, a *Court of King*. No caso, hoje, a *Court of Queen*. As cortes reais decidem sobre matérias que digam respeito à família real e à família com autoridades civis e eclesiásticas, chamado *equity*, uma outra fonte importante do direito inglês. Os tribunais de magistratura vão garantindo, de alguma maneira, a permanência do *Common Law*. Ao longo dos séculos, os tribunais de magistratura gradualmente se distanciam do rei, ganhando cada vez mais autonomia. Séculos mais tarde, essa autonomia vai gerar a independência do poder judiciário.

Desde a Idade Média, um poder judicial já existente era fundamental para a garantia do direito. No mundo continental, para a garantia da lei e, no mundo anglo-saxônico, para garantia do costume. Ou seja, o retorno às primeiras fontes, decisões que faziam menção às leis ou aos costumes, eram

decisões que, de alguma maneira, traziam a regra do precedente como um aspecto central para a garantia do direito. Toda concepção do direito, no continente ou na Inglaterra, está assentada, precisamente, no papel que os tribunais de magistratura traziam para a garantia do direito, para garantia do pacto, para a garantia, de alguma maneira, do direito civil e das demais fontes do direito, quando absorvidas.

Comentário: essas leis já tinham esse aspecto de criação que assistimos hoje, de serem pensadas e então aplicadas e já estavam distantes da questão do costume?

Ainda não. Estamos ainda nas reminiscências da Idade Média. O direito, neste contexto, sempre é pensado em uma noção que não é preventiva, mas uma noção mais descritiva do que preventiva. Ou seja, o costume já existe. O direito já existe como objeto da justiça. A celebração do pacto já aconteceu. Os tribunais só têm uma função: manter aquilo que foi decidido pelas partes.

Comentário: eu dizia mais da assembleia, quando fazia a elaboração da lei.

Ah, se tinha uma visão regulatória.

Comentário: exatamente. Se existe já essa diferenciação entre, na parte continental, ter esse desejo de prever e então cercear, que é diferente de um costume que necessariamente precisa do precedente.

Exatamente. Sim, isso foi acontecendo ao longo dos séculos, sobretudo na Europa continental. Ou seja, uma confiança cada vez mais excessiva na lei e um desprezo cada vez maior pelo direito comum e pelo *Common Law*, pelas fontes do direito consuetudinário. Isso foi sendo cada vez mais desprezado. O que acabou acontecendo foi que os parlamentos se tornaram casas

legiferantes, tornaram-se casas legislativas. O direito agora é previsão de conflito.

Comentário: temos alguma obra que marca essa transição no continente?

Não uma, algumas. A gente tem vários eventos que vão culminar nisso. Por exemplo, as cortes de Aragón de 1362. Aragón era um dos reinos de Espanha, que absorve, para si, a tarefa de legislar os costumes que dizem respeito à vida privada e à vida eclesiástica. Então, quando os padres podem visitar as famílias; quando as famílias podem reivindicar, por exemplo, um ato de ofício da Igreja, matrimônio. As cortes de Aragón tomaram, para si, a jurisdição sobre esses assuntos. É um evento que marca essa ampliação do rol de competências legislativas dessas Casas no Continente.

O que vamos perceber é que, enquanto na Inglaterra a história foi marcada por um acúmulo do *Common Law*, ou seja, o *Common Law* como a garantia foi se superando cada vez mais e as instituições ficaram, embora com um aspecto importante, por outro lado, com uma força menor do que o *Common Law* e do que o precedente, no Continente, deu-se o contrário. As instituições políticas ganharam mais força do que a sociedade.

Comentário: podemos vincular isso com uma necessidade de limpar a cultura das invasões?

Sob certo aspecto, sim, mas não totalmente, porque essa limpeza jamais existiu e nunca vai existir, no fundo. Não vai existir porque a Idade Média é palco, inclusive, de tensões. Tensões entre reinos, tensões entre povos bárbaros e povos cristianizados e tensões que se colocavam nem mesmo

no território da Idade Média, mas que afetavam os reinos medievais como, por exemplo, o que acontecia na Terra Santa ou no caminho para Terra Santa.

Comentário: é que eu pensei que depois tem o processo de reconquista, em que se tem que expulsar aquelas forças bárbaras, só que isso está imiscuído dentro da cultura. E aí, como é que eu faço para purificar a minha cultura?

Isso é um detalhe curioso. Cada reino vai ter um tipo de reação sobre isso. Por exemplo, na França, a limpeza foi total, mas, na Península Ibérica, não. Muito das contribuições dos povos visigodos, das leis visigóticas, foram recebidas no patrimônio do direito civil das Espanhas, do direito civil Ibérico. Cada lugar terá um tipo de comportamento institucionalmente falando. Por isso é difícil falar. Teríamos de descer em cada uma para ver.

Comentário: mesmo as forças árabes, nós não limpamos.

Sim. Aristóteles foi recebido por meio dos árabes, séculos mais tarde.

Comentário: eu me interessava muito em entender por que, em um espectro, as pessoas tinham se focado mais na lei e, em outro, o costume tinha sido suficiente para dar conta dos conflitos. Acho que isso explica.

De certa maneira, claro, porque, de novo, teríamos que descer em cada uma das particularidades.

Sintetizaremos tudo de maneira mais clara. O que acontece na Inglaterra em termos de liberdade política, o que acontece na França em termos de liberdade política, o que acontece na Península Ibérica em termos de liberdade política e, nos Estados Unidos?

Liberdade política na Inglaterra

Na Inglaterra, percebemos claramente que a liberdade política está ancorada na defesa e na garantia do direito de propriedade e numa noção de liberdade individual. Ou seja, o costume precede a política. O *Common Law* é mais importante do que as atividades do rei e do parlamento podem gerar. As atividades da monarquia e do parlamento não podem, portanto, afrontar o coração do *Common Law*. Existe uma garantia perpétua de que o *Common Law* resiste a qualquer *potestas*. É uma noção de liberdade civil e política herdada da Idade Média que foi se aperfeiçoando no contexto da história anglo-saxônica. Os diversos eventos que marcam a história da Inglaterra demonstram um aperfeiçoamento da liberdade política. Magna Carta. *Bill of Rights*. *Petition of Rights*. As reformas constitucionais posteriores, em 1832. O nascimento do Gabinete, do *Cabinet Government*, a Chefia de Governo. E, em última análise, o aperfeiçoamento da administração pública e dos tribunais civis no século XX. A Inglaterra não é um país que tenha um nascimento, digamos assim, decisivo. A Inglaterra é um país que tem uma tradição imemorial que foi se aperfeiçoando ao longo dos tempos, tendo, como coração, o *Common Law*.

Liberdade política na Europa continental

O que acontece no Continente?

No continente, acontecem dois fenômenos.

No mundo que hoje chamamos de francês, percebemos, cada vez mais, o decréscimo do aspecto consensual da base social, que foi sendo mitigado e, sob certo aspecto, até camuflado, por uma confiança excessiva e progressiva

na lei, na letra da lei. A falta de um consenso social na França, demonstrável pelas diversas revoluções de que este país padeceu ao longo dos últimos trezentos anos, só nos mostra que a lei desempenhou uma função de sopesar as paixões e os instintos revolucionários do povo francês.

Se, na Inglaterra, há uma concepção de liberdade que está ancorada numa noção de *auctoritas*, numa noção em que a religião desempenha uma enorme importância, na noção em que o consenso social e a força dos pactos sociais permanece agente e que as instituições da monarquia e do parlamento, chamadas instituições representativas, nada mais fazem senão garantir a estabilidade do país não mexendo naquilo que é inamovível, a saber, o *Common Law*, na França, por outro lado, temos uma sucessão de revoluções que foi mexendo, paulatinamente, nas estruturas institucionais do país, tendo como base a lei. Se nós queremos transformar a sociedade, precisamos transformá-la pela lei. Há uma confusão cada vez maior entre lei e direito. A lei passa a ser um instrumento de transformação social no contexto francês.

Se, na Inglaterra, a ideia do *checks and balances* e de uma separação de poderes foi sendo desenvolvida ao natural ao longo da história, gerando uma concepção de liberdade sustentada e sedimentada historicamente, na França, por outro lado, temos uma concepção de liberdade política em que a separação de poderes desempenha uma importância maior do que os próprios direitos individuais. A noção francesa é contrária à noção inglesa. Os direitos individuais são garantidos pela lei e, portanto, pela separação de poderes. Separação de poderes que vem por meio de uma revolução.

Ou seja, no primeiro caso, os afetos, as virtudes, os sentimentos e a razão histórica são princípios decisivos. No segundo caso, a paixão, o instinto por transformação, a razão em desprezo aos afetos é o elemento que faz mais o jogo da política. Nós temos o primado do empirismo sobre o racionalismo, no caso inglês, e, no caso francês, temos um primado do racionalismo sobre a experiência. De modo que a criação do gênio político é mais importante do que a experiência histórica. Uma visão quase utópica de que nós vamos salvar o mundo tendo como base a lei e as instituições.

Próxima aula

Deixaremos para aperfeiçoar melhor o contexto da liberdade política no mundo ibérico, sobretudo com a escola de Salamanca e com as contribuições da chamada Escolástica espanhola, no campo econômico e político, e o desenvolvimento que a noção de liberdade política recebeu no contexto *fundamental law*, das discussões e debates por ocasião da declaração de 1776 e, com os debates constituintes de 1777, no caso americano, no próximo encontro. Na próxima aula, quero dar continuação ao que nós começamos hoje, para ver como isso se coloca nos contextos anglos-saxônico e francês, e como isso acontece sobretudo no contexto ibérico e norte-americano.

Para finalizar, o tema tratado nestas aulas é próprio da filosofia política e da história da liberdade política. Ele é de fundamental importância para o entendimento filosófico do Ocidente, para o entendimento das nossas raízes filosóficas e culturais. Entre as instituições e a cultura existe uma relação de harmonia. Ou seja, não existe uma civilização sem ordem e sem futuro, sem

progresso, sem desenvolvimento. Assim como, portanto, não existe uma civilização sem cultura e sem instituições. Essas coisas andam de mãos dadas.

Eu quis descer a esse tema específico porque me parece de fundamental importância para os temas que nós pretendemos atacar aqui, que são temas da ordem filosófica e da ordem cultural literária. É como se fosse uma espécie de parênteses nas aulas que nós já estamos tendo. É uma temática que vai nos ajudar a entender temas que virão depois, como, por exemplo, o romantismo, a literatura francesa, a literatura germânica que, de alguma maneira, estão entrelaçadas com essas concepções que nós vamos desenvolver aqui nessas três aulas sobre a liberdade política.

PERGUNTAS

- 1) Gostaria de saber qual a opinião do professor sobre a mudança na faculdade de direito da Universidade Estadual, na qual se retirou a cadeira de direito romano.

Eu acho uma aberração, para não dizer coisas piores, você suprimir do currículo universitário de graduação em direito, a disciplina que é simplesmente a concepção da ideia de ciência do direito. É como tirar, do bolo, o recheio. É um crime intelectual e cultural o que fizeram, pois você tira a essência mesma do direito. Onde está o início do direito tal como o conhecemos? No direito romano. Ao retirá-lo, como eu vou estudar adequadamente as fontes históricas da ciência que eu mesmo estou estudando? É algo contraditório.

2) O direito civil é comparado ao direito constitucional de hoje?

De certa forma, sim, porque o direito civil, nesta época, era o direito político, o direito das instituições, e era o direito privado. Talvez a ideia mais clara disso seja que o direito civil é um direito da república e é um direito dos contratos e das relações privadas. Ele absorve tudo isso. O direito que faz isso hoje é o direito constitucional. O direito que fazia isso no passado era o *ius civile* das repúblicas, o direito das repúblicas. Então, sim.

3) Fazendo uma relação sobre a origem do direito civil, uma das estratégias da esquerda atualmente não seria, também, forçar a mudança de costumes para então alterar a sociedade? Dessa forma, criando indivíduos menos autônomos ou sem autonomia alguma, perpetuando-se no poder.

Eu não diria esquerda, mas sim todos aqueles que querem uma utopia civil. Toda noção ideológica que vê a sociedade como um campo minado a ser transformado segundo os seus próprios padrões ideológicos, acaba gerando esse tipo de resultado. O costume é a massa de manobra. Eu vou usar o costume como uma estratégia para estabelecer a dominação sobre a consciência e, depois, sobre as instituições. Essa é uma estratégia bastante presente no contexto das utopias revolucionárias, das quais uma parte da esquerda faz parte.

4) Essa estrutura da sociedade medieval e as suas correspondentes liberdades valiam para reis cristãos apenas ou era aplicável a um rei pagão, por exemplo? Neste caso, a liberdade não inclui a liberdade de fazer o mal, o mal estava onde no arbítrio?

Excelente pergunta. A primeira resposta para pergunta é: quase sim. Nem todos os reis pagãos absorveram o aspecto espiritual e alguns dos outros aspectos civilizatórios da *iurisdictio*. Mas, por exemplo, chefia na guerra e administração espacial, isso era comum em todos os reinos, fossem eles cristianizados, fossem eles bárbaros. Você tem, por exemplo, fontes que atestam que o rei Alarico e o rei Ataúlfo, que, aliás, foi um dos invasores da cidade de Roma mais tarde, desempenhavam funções de magistratura. O rei Alarico era um jurista e era visto como um jurista pela sua comunidade bárbara. Então, essas ideias já estavam, digamos assim, borbulhantes no final ou no período de decadência do Império Romano e no período de expansão dos povos bárbaros. Agora, claro, não dá para lançar sobre isso um caráter definitivo. Foi assim sempre em todos os lugares. Não. Cada comunidade terá o seu próprio desenvolvimento. O que fazemos aqui é uma espécie de coleção daqueles atributos que são comuns a todos esses povos, em maior ou menor medida. Portanto, a resposta para pergunta é: depende de qual povo bárbaro ou qual rei pagão.

5) Existe alguma influência dos árabes no direito da Península Ibérica?

Total. Esse período será desenvolvido na próxima aula, com certeza. Essa presença, sobretudo, das fontes teológicas do islã e da filosofia islâmico-árabe no contexto do desenvolvimento da liberdade civil e política dos reinos de Navarra e dos reinos de León y Castilla, no caso da Espanha, a Península Ibérica, é notável. Vamos ver claramente isso na próxima aula. Esse vai ser o tema da próxima aula.

6) Será que essa degradação da ordem continental poderia ter sido evitada ou é estruturalmente a consequência inevitável da primazia da lei?

Acho que é uma pergunta muito difícil de ser respondida, porque traz para nós as duas pontas de um círculo. Ou seja, uma ponta retroalimenta a outra. Por um lado, a lei retroalimenta a noção de que a sociedade está em conflito e de que é o instrumento de apaziguamento social. De outro, a sociedade acaba não depositando a sua confiança na figura simbólica de uma autoridade ou na presença da garantia que ela mesma produziu através dos pactos que formam o *Common Law*. A sociedade acaba se acostumando com a ideia de que toda garantia da sua ordem está na expressão literal da lei. Uma coisa vai retroalimentar a outra.

Em algumas sociedades, o destaque à lei aparece mais fortemente a um nível que, do meu ponto de vista, é até patológico, como, por exemplo, no caso da França. Sob muitos aspectos, durante um bom tempo, a lei acaba tendo uma importância maior do que a própria constituição escrita.

A lei é mais fonte do direito do que a constituição para os revolucionários franceses e para a doutrina iluminista. Para doutrina iluminista, a lei tem um aspecto de sacralidade. A lei é irrevogável porque a lei é imutável. Aquela noção rousseuniana de que a lei expressa a vontade geral. A vontade geral não é a vontade da maioria. A vontade geral é a vontade de todos? É, mas é ainda mais radical, porque é uma noção abstrata dessa vontade de todos. É a suposição de um consentimento absoluto, que, na prática, resulta na somatória das vontades individuais. A lei como fruto do somatório das vontades individuais.

No caso especificamente francês, onde essa questão aparece mais fortemente, a lei representa a própria condição de possibilidade da soberania. Coisa que não acontece no direito inglês, onde você tem um fatiamento da soberania. Não existe um soberano. Existem várias partes que formam a ideia de uma soberania. Existe um princípio do direito inglês que é *Sovereign Parliamentary*, a Soberania do Parlamento. A ideia de Soberania do Parlamento é que este é uma espécie de lugar comum. Todo mundo senta ali para conversar e tomar decisões: a rainha, a sociedade, o poder judiciário, a administração, os comuns e os lordes. Todo mundo senta e toma decisões conjuntas, através do consenso, do diálogo. É uma noção deliberativa sobre o processo político.

No caso da França, não. Só o parlamento manda e todo mundo, goela abaixo, obedece. Então, a lei é um instrumento coercitivo. Essa noção de que a lei representa o elemento central e não o fatiamento da soberania que se dá entre a sociedade, o parlamento, a rainha e a autoridade eclesiástica que, hoje, é a Igreja Anglicana.

7) O aspecto religioso funcionava como uma ferramenta utilizada para alcançar o equilíbrio político-social mais facilmente?

No caso medieval, certamente que sim. Não há a menor dúvida disso. Com o desenvolvimento da Era Moderna, o que acabou acontecendo? Na Inglaterra, a religião ainda continuou e continua até hoje ocupando uma posição de destaque. A rainha é chefe da Igreja Anglicana. O primeiro conselheiro da rainha é *archbishop of canterbury*, o arcebispo de Canterbury. Ele é o primeiro conselheiro da rainha. Ou seja, a rainha vai escutar uma

autoridade espiritual. Ainda hoje, com toda onda de secularismo que se vive, sobretudo na Inglaterra, a religião continua tendo alguma posição de destaque.

No contexto continental, isso foi aparecendo até o Estado Moderno, quando isso foi soterrado de vez, porque o Estado acabou assumindo a função simbólica que era destinada às monarquias e às Casas Dinásticas, que estavam presentes nos parlamentos. Com o desaparecimento da ideia de *auctoritas* no continente, a noção de poder político passou a ser identificada com a noção de *potestas*. Então, o poder civil é ocupado com a *potestas*, a ideia do eu posso, tu podes, o poder tomado como verbo, como possibilidade de ação. A contrapartida é o engessamento do poder, daí a ideia de separação de poderes. O poder executivo não pode mais do que a constituição lhe deu. O poder legislativo e o poder judiciário não podem mais do que a constituição lhes deu. Montesquieu, por exemplo, diz claramente que o poder judiciário é um poder nulo. Ele não faz nada, ele só aplica a lei. É o boca da lei. A ideia de que não há nenhum arbítrio. Tudo está engessado pelas estruturas institucionais. Nessa sociedade, quem tem poder, de fato, é a lei.

O Estado Moderno acabou substituindo o papel da religião, em uma espécie de religião política, Deus foi, digamos assim, tirado do espaço público para dar lugar ao Estado e o Estado foi substituído pela lei. Vemos claramente uma transição para esses modelos, até chegarmos no Estado legal, que é o típico Estado francês, do início do século XX. Hoje as condições mudaram muito, mas a base sob a qual se sustenta a sociedade política francesa é exatamente essa. Quem está no poder não pode. Por que não pode? Porque a

lei não permite. Não é porque a sociedade não consente, é porque a lei não permite. E a democracia? A democracia se manifesta exatamente assim.

A ideia de democracia, que é bastante empregada no discurso público, nas formas de manifestação das razões públicas, no fundo, acabam tendo como resultado sempre o mesmo, que é: como tornar uma política pública lei ou não? Se lei, é. Se não lei, não é. Restando para o espaço da diferença e da discórdia política, um espaço muito reduzido.

E aí o que acabou acontecendo com os Estados constitucionais no pós-guerra? Uma reconquista das prerrogativas por parte dos poderes executivos. As funções governamentais que foram cada vez mais se ampliando. No Brasil, é uma coisa notável, porque, no Brasil, o poder executivo pode tudo. É um regime presidencialista. Agora, mesmo em sistemas semi-parlamentaristas, que é o caso da França, você percebe uma tendência de acúmulo maior de funções por parte do governo, poder executivo, que não existia no início do século com esse modelo de legalidade restrita.

Para fazer uma distinção e ficar mais claro, no contexto anglo-saxônico, você tem um fundamento moral e social dos direitos. No contexto francês, você tem o fundamento político dos direitos. O direito é uma criação da política, no caso, do poder legislativo. O poder legislativo cria o direito. É a noção de regulação que foi trazida antes, no início da aula. A lei é vista como instrumento de coação social e de solução de conflitos. É o oposto do caso anglo-saxônico, onde o direito é produto da sociedade. O poder tem menor importância do que a sociedade. No mundo continental, a liberdade política tem um sentido. A liberdade política é aquilo que é mediado pela lei no Estado

de Direito. A liberdade política no mundo anglo-saxônico tem outro sentido, que é de ancorar-se na garantia da propriedade privada e da liberdade individual para, somente a partir disso, reivindicar posições das instituições públicas. É uma noção na qual a subsidiariedade ainda permanece. Isso é muitíssimo importante para entendermos a diferença entre os dois modelos. O modelo de Estado legal, o Estado de Direito, e o modelo de *Rule of Law*.

8) O império da razão sobre a experiência vai levar àquele progressivo descolamento da realidade como uma central de análise?

Com certeza, porque é a razão que determina, não a experiência.

9) Criamos necessariamente uma estrutura utópica em que o conflito vai acontecer justamente porque é utópica?

Porque se a razão é o elemento, é a plataforma sobre a qual nós acessamos a realidade das coisas e não mais a experiência, cada um acessa de acordo com a sua razão. Temos um relativismo epistemológico. Cada um vê a realidade de um jeito e cada um sustenta a realidade a partir do seu ponto de vista. Aqueles que não estão vendo abraçam aquilo que os outros, anteriores, viram. Aí começa uma coisa chamada história das ideologias, onde o que um justificou, os outros vão meio que abraçando e tentando aperfeiçoar.

10) Isso, a longo prazo, não é o próprio processo de enfraquecimento da lei, porque vai chegar o momento em que ela, por si só, não vai conseguir se garantir. Com isso, temos um processo de perda referencial que é muito grande e eu acho que é muito isso que acontece no Brasil. É mais ou menos isso?

Sim, porque como a gente tem um descrédito posterior da lei, em seu lugar, vem o aumento das funções destinadas a solucionar os conflitos de uma sociedade pós-moderna. Que instituição acaba recebendo essas funções? O governo. Por isso, percebemos um aumento do governo, isto é, um aumento das funções do poder executivo sobre as funções dos demais poderes, porque o poder executivo acaba tendo de administrar muitas coisas que não lhe eram de competência, mas que passam a ser. E aí, por sua vez, você acaba tendo um aumento do governo que corresponde ao aumento do Estado. Então, a noção de poder se amplia cada vez mais.

O que é o retrato da ciência política na Era Moderna? A ciência política passou a ser o que era a ciência da natureza nos séculos XVII e XVIII. Ou seja, a ciência política passa a ser a ciência das ciências, porque vai explicar os comportamentos humanos. Nós não ficamos mais presos ao aspecto natural do ser humano, como as ciências naturais queriam. Nós ficamos presos, exatamente, ao horizonte de coerção, transformação e incognoscibilidade dos seres humanos na história.

É mais ou menos assim: eu estou agindo sem saber por que estou agindo assim. E por que estou agindo assim? Estou agindo assim porque toda carga ideológica me foi lançada sem que eu tivesse consciência suficiente para avaliar as condições dessa carga ideológica. Desculpem o jargão, mas é como se fossem ratos em laboratório. É mais ou menos isso que os promotores de ideologias, de utopias revolucionárias e civis, pretendem fazer, transformar a sociedade pós-moderna em um grande laboratório. Isso só é possível quando você aumenta, geometricamente, o poder, para usar uma instituição chamada

governo, que, no nosso contexto presente, é o poder executivo, para fazer essas coisas.

11) Essa visão utópica inserida na lei não leva necessariamente a um processo de dilapidação no sentido negativo da cultura? E que leva ao colapso social?

Certamente que sim. É exatamente o que nós estamos vivendo. O nosso caso é consequência direta do desprezo progressivo, em outras palavras, pela ideia de *auctoritas*. O desprezo que começa no Estado Moderno e que termina no nosso tempo. Do Estado Moderno, da lei para o governo, do governo para as utopias revolucionárias. Das utopias revolucionárias para a destruição completa e absoluta da base social.

12) Mas quando a gente degrada a cultura a esse nível, como fazemos para resolver a questão de: se a lei é a expressão da cultura....

Cuidado. Aí é que está o problema. Aí caímos em uma falácia, se assumirmos essa conexão imediata. A lei não é expressão da cultura. A lei deveria ser expressão da cultura, mas não é. E o fato dela não ser significa que a lei está sendo usada como instrumento para outras coisas, que não para manifestação ou expressão da cultura. Então, para que a lei tem sido usada? A lei tem sido usada como instrumento de engenharia social. Em todos os sentidos. Não só o ideológico. O econômico também. Por exemplo, quando monopólios econômicos utilizam *lobby* e grupos de pressão no parlamento, para aprovar certas leis que beneficiam o seu próprio setor, isso é instrumentalização da lei. O papel que a lei tinha nos Estados liberais clássicos, ou seja, a ideia de que a lei é fruto da soberania e, portanto, fruto da vontade

geral, essa deslegitimação progressiva que nos últimos duzentos anos foi sendo feita em relação à noção de lei, acabou gerando uma amplificação maior dos outros poderes. Uma amplificação maior que procura dar conta de conflitos que a lei não é mais capaz de resolver. Se a lei não é mais capaz de resolver, onde vamos depositar nossa esperança? Ou no poder executivo ou no Supremo Tribunal Federal, no caso do Brasil.

13) Existe alguma janela histórica onde alguma civilização tenha sofrido um processo progressivo reverso da razão sobre o empiricismo, ou seja, que tenha progressivamente acontecido o contrário, aumentado o nível de empiricismo sobre a razão?

Certamente. Tem uma civilização que teve essa experiência. Embora essa civilização não tenha tido apenas a experiência de uma para outra, mas sim de uma simbiose que procura a harmonia e o consenso. O nome dessa civilização é Estados Unidos da América. Nós vamos ver isso nas próximas aulas. Porque, nos Estados Unidos da América, nós temos o encontro da Idade Média com a constituição escrita. Em que depositaremos o princípio da nossa fundação? Nós vamos colocar o princípio da nossa fundação na constituição. A constituição vai ser um símbolo da ordem. Pois bem, que ordem simboliza? A ordem da experiência histórica dos ingleses. Vamos pegar toda a tradição do *Common Law* e vamos sintetizá-la na constituição, em um documento escrito, e esse documento vai ser o pacto de fundação e, portanto, o pacto de origem da nossa civilização. Nós vamos aliar a experiência histórica com a ideia racional de uma constituição escrita. O encontro entre a razão e a experiência. O encontro entre o *Common Law* e a norma escrita. O encontro entre o passado

e o futuro. Apenas duas civilizações na história foram exemplo de fundação. Só duas: Roma, na Antiguidade, e os Estados Unidos da América, na Era Moderna. Só essas duas. Não existe outra experiência histórica de fundação.