

Império da lei e insuficiência da lei nos *Principes de politique* de
Benjamin Constant

Felipe Freller (USP/EHESS) – felipe@freller.net

Trabalho Preparado para Apresentação no IX Seminário Discente
da Pós-Graduação em Ciência Política da USP, de 6 a 10 de maio
de 2019

São Paulo

2019

Resumo

O objetivo deste trabalho é questionar uma visão estabelecida do liberalismo de Benjamin Constant, segundo a qual ele buscaria a racionalização completa da sociedade moderna por meio da erradicação do arbítrio. Essa interpretação é contestada por meio de uma rediscussão da noção de império da lei na principal obra em que Constant desenvolve sua filosofia política liberal, os *Principes de politique* de 1806. Argumentamos que, embora o autor seja um defensor do império da lei, ele é um crítico da concepção de império da lei herdada da Revolução Francesa, acusada de racionalizar demasiadamente a sociedade moderna por meio de um excesso de leis. Essa crítica leva Constant a rever a oposição republicana clássica entre lei e arbítrio e pensar a lei como insuficiente para a garantia da liberdade. O império da lei é então relativizado, o autor buscando instâncias em que as leis possam ser contornadas com base em decisões discricionárias. A discussão do autor sobre o Poder Judiciário e sobre a desobediência civil é mobilizada para apresentar um Constant diferente do convencional, que fez do arbítrio um verdadeiro problema político e o colocou ao alcance de cada indivíduo.

Introdução

Benjamin Constant (1767-1830) é comumente conhecido como um dos pais do liberalismo moderno. Carl Schmitt o considera como “o iniciador de todo o espírito liberal do século XIX”¹ (SCHMITT, 2007, p. 74). A essência desse espírito liberal sistematizado pela primeira vez por Constant seria o triunfo da liberdade, do progresso e da razão, em aliança com o comércio, a indústria e a tecnologia, contra o Estado, a guerra e a política (Ibid, p. 75). Nessa visão, o liberalismo formulado por Constant seria a consagração de uma sociedade capaz de se autorregular pela economia de mercado, na qual o Estado poderia ser reduzido ao mínimo possível. A consequência seria a diluição do político pelo império da lei, o qual coroaria a racionalização da sociedade comercial celebrada pela ideologia liberal, de modo a escamotear a dimensão da soberania e da decisão constitutiva do político.

A visão depreciativa de Schmitt encontra certa correspondência na leitura de intérpretes mais “neutros”, e até mesmo mais entusiastas da obra de Constant. É comum encontrarmos a interpretação de que o autor franco-suíço e sua companheira Madame de Staël estão entre os primeiros teóricos políticos a sustentar uma noção forte de império da lei, na qual o quadro legal não pode ser contornado em hipótese alguma, nem mesmo diante do apelo clássico à “salvação pública” (*salut public*, em francês, ou *salus populi*, em latim). Ao passo que quase todos os principais teóricos políticos clássicos trataram da questão dos casos excepcionais em que as leis não se aplicam (pense-se por exemplo na ditadura romana louvada por Maquiavel² e Rousseau³, ou na prerrogativa régia teorizada por Locke⁴), Constant e Staël teriam simplesmente recusado que o fim da salvação pública ou do bem comum pudesse justificar o meio da violação da Constituição. O divisor de águas em relação à tradição político-filosófica anterior teria sido a travessia da experiência revolucionária, a qual teria alertado os autores para os custos de tantos golpes e violações constitucionais em nome da salvação pública (LAQUIÈZE, 2003). Em parte, essa interpretação é autorizada pela recorrência com que Constant criticou o emprego

¹ Todas as citações cuja referência bibliográfica está em outra língua que não o português foram traduzidas por mim.

² MAQUIAVEL, 2007, Livro I, Caps. 34-35.

³ ROUSSEAU, 2006, Livro IV, Cap. VI.

⁴ LOCKE, 2005, Segundo Tratado, Cap. XIV.

político do arbítrio (*l'arbitraire*) e negou a existência de situações em que esse emprego pudesse ser justificado.

No entanto, o objetivo deste trabalho é questionar essa interpretação estabelecida do pensamento de Constant, conferindo maior complexidade a seu propósito de erradicar o arbítrio e instaurar o império da lei. Pretendemos chamar a atenção para um aspecto pouco notado da crítica do autor à experiência revolucionária francesa. Se é verdade que ele extraiu da experiência da Revolução Francesa uma crítica implacável de todas as justificativas para golpes de Estado e violações constitucionais, não é menos importante sua crítica à própria concepção de império da lei que ele vê como a herança da Revolução. Essa crítica é sistematizada em sua principal obra de filosofia política, os *Principes de politique applicables à tous les gouvernements*, de 1806, que, embora não publicados em vida, serviram de base a toda a reflexão política posterior de Constant, inclusive com a retomada de trechos inteiros da obra.

Na primeira parte do trabalho, procuraremos reconstruir a noção revolucionária de império da lei que se torna alvo da crítica de Constant: uma noção fruto de uma visão “legicentrista” do mundo, a qual via no caráter impessoal da lei o vetor de racionalização da sociedade e de erradicação do arbítrio que seria capaz de romper com o legado do Antigo Regime e erigir o novo universo igualitário. Na segunda parte, procuraremos entender a crítica de Constant a esse “legicentrismo” revolucionário e a nova base teórica buscada para sua própria concepção de império da lei. Essa nova base teórica não se contenta mais com a oposição republicana clássica entre lei e arbítrio, vendo a própria lei como fonte de arbítrio quando ela ultrapassa o círculo traçado à extensão da autoridade social. Na terceira e quarta partes, argumentaremos que essa nova base teórica da noção de império da lei leva o autor a incorporar a sua teoria as insuficiências e limites da lei como garantia da liberdade. Se a própria lei pode ser fonte de arbítrio, o império da lei não pode ser absoluto, exigindo instâncias em que a lei possa ser contornada por decisões discricionárias que não decorrem da própria lei ou mesmo a contrariam. Na terceira parte, discutiremos a aplicação desse raciocínio às considerações de Constant sobre o Poder Judiciário, visto pelo autor como garantidor do império da lei e protetor do indivíduo contra o arbítrio, mas também como instância encarregada de suavizar a lei quando sua simples aplicação se torna tirânica. Na quarta parte, discutiremos as consequências dessa teoria para o problema do direito de os cidadãos desobedecerem às leis injustas.

O resultado desse percurso será um Constant diferente do apresentado por Schmitt, ou mesmo por visões mais positivas como a de Laquièze, as quais veem no autor o pai de uma concepção forte de império da lei que excluiria a dimensão da decisão. Na teoria política de Constant que apresentaremos, o império da lei não racionaliza totalmente a sociedade moderna, tampouco dissolve o espaço da decisão política. Pelo contrário, o problema da decisão e do arbítrio se torna particularmente agudo, sendo colocado ao alcance de cada indivíduo.

I

Pierre Rosanvallon caracteriza os projetos constitucionais concebidos durante a Revolução Francesa como residindo sobre dois princípios interconectados: o império da lei (*règne de la loi*) e o advento de um povo-legislador (ROSANVALLON, 2015, p. 16). Os revolucionários franceses teriam levado a seu apogeu uma sagração da lei que constitui uma das características centrais do pensamento político europeu do século XVIII. A lei “era compreendida como o vetor de um poder em sua essência não dominador: o da regra impessoal. A impessoalidade era, com efeito, considerada como a primeira das qualidades políticas, indissociavelmente liberal e democrática” (Ibid, p. 16). A lei era, assim, cultuada em sua tripla dimensão de instrumento que deveria erradicar o arbítrio, racionalizar a sociedade e instituir o universo igualitário democrático, em sua qualidade de expressão da vontade geral. O ideal era o de um império da generalidade no qual o espaço do político como esfera da decisão fosse, no limite, suprimido, toda vontade política ativa aparecendo como “suspeita de ser o vetor de uma dominação ou de conduzir ao privilégio de interesses particulares” (Ibid, p. 39).

Não faz parte dos objetivos deste trabalho rediscutir essa caracterização de Rosanvallon sobre o ideal de império da lei durante a Revolução Francesa. Essa caracterização nos serve como ponto de partida para a compreensão do ambiente intelectual e ideológico sobre o qual Constant procurou intervir. Não se trata tampouco de sugerir que os diversos atores da Revolução Francesa tinham uma concepção homogênea do império da lei. Embora as concepções não fossem homogêneas, é possível falar em um “legicentrismo” dominante nas principais vertentes revolucionárias, o qual almejava substituir as vontades particulares dos seres humanos pelo reino impessoal da

lei, a qual deveria se aplicar ao mundo de modo imediato. Sieyès é um dos pioneiros desse legicentrismo revolucionário, na medida em que sua distinção entre poder constituinte e poder constituído relega o momento da decisão ao do estabelecimento da Constituição; uma vez a Constituição estabelecida, os atos dos poderes constituídos são concebidos como derivados da Constituição (BERNARDI, 2013, p. 34-36). Um momento crucial para a cristalização desse legicentrismo são os debates de agosto e setembro de 1789 sobre o veto real. A derrota dos *monarchiens* e de sua proposta de um veto real absoluto consagra a visão do Poder Executivo como um delegado do Poder Legislativo encarregado de aplicar a lei, sem possuir o direito de formular uma vontade própria que não decorra diretamente dela (BAKER, 1990; FURET; HALÉVI, 1996). O Judiciário é negado ainda mais enfaticamente em sua qualidade de poder com consistência e vontade próprias. Condorcet sintetiza essa visão em seu “De la nature des pouvoirs politiques dans une nation libre”, de novembro de 1792, ao compreender a aplicação da lei como “um silogismo no qual a lei é a premissa maior, um fato mais ou menos geral, a premissa menor, e a conclusão, a aplicação da lei” (CONDORCET, 1847, p. 595).⁵

Paradoxalmente, a mesma Revolução que almejou suplantar o reino da decisão humana pelo da lei colocou na ordem do dia, de modo inaudito, o problema das situações em que a lei ordinária precisa ser contornada, na forma da ruptura constitucional ou das leis de exceção. Robespierre, um dos revolucionários mais obcecados com o estabelecimento do reino das leis em sua pureza, teorizou em dezembro de 1793 a distinção entre governo constitucional e governo revolucionário, a fim de legitimar o regime de exceção então vigente. Se o objetivo do governo revolucionário é “conduzir ao e consolidar o império das leis” (ROBESPIERRE, 1840, p. 514), ele “é submetido a regras menos uniformes e menos rigorosas, porque as circunstâncias em que se encontra são tempestuosas e cambiantes, e sobretudo porque ele é forçado a empregar sem cessar expedientes novos e rápidos para perigos novos e urgentes” (Ibid, p. 512).

Após a queda de Robespierre, o arbítrio é trazido novamente ao centro do debate público, desta vez como característica central do “sistema de Terror” a ser exorcizado pelo discurso termidoriano oficial.⁶ É nesse momento que Constant entra na cena pública

⁵ A compreensão da aplicação da lei como um silogismo é recorrente nessa época. Para outro exemplo, ver KANT, 1991, p. 138. Um dos primeiros formuladores dessa ideia, no que diz respeito à função do juiz, foi Cesare Beccaria (cf. JAUME, 1997, p. 381).

⁶ Ver especialmente os discursos proferidos por Tallien à Convenção Nacional após o 9 Termidor, cuja redação é atribuída a Roederer (ROEDERER, 1853-1859, t. III, p. 57-65; t. VII, p. 4-10).

e intelectual francesa, e suas investidas contra o arbítrio devem ser entendidas no interior dessa problemática termidoriana obcecada com a interpretação do Terror. Embora Robespierre fosse unanimemente denunciado como “tirano”, um discurso “pós-jacobino” continuava legitimando as medidas arbitrárias do Comitê de Salvação Pública no contexto em que a Revolução ainda não estava terminada, alegando que, nesse contexto, o importante era a superação dos obstáculos e a derrota dos inimigos da Revolução, não a aplicação da lei.⁷ Constant se opõe a esse discurso pós-jacobino com o argumento de que a lei é sempre o único recurso seguro e legítimo da República contra os perigos que a ameaçam, o arbítrio tendo como único efeito a multiplicação dos perigos e o adiamento eterno do gozo da liberdade. Seu medo declarado era que os perigos que a República diretorial continuava enfrentando se transformassem em pretextos para novas medidas arbitrárias que adiassem mais uma vez o império da lei.⁸

Ora, esse medo de Constant se torna realidade com o golpe do 18 Frutidor do Ano V (4 de setembro de 1797), quando o Diretório reage à ascensão eleitoral contrarrevolucionária por meio de prisões e deportações arbitrárias, anulação de eleições, fechamento de jornais e formação de comissões militares para reprimir os inimigos do regime. O mesmo Constant que se opunha veementemente a qualquer medida arbitrária ou ilegal para salvar a República parece ter acreditado na necessidade do golpe face às circunstâncias, a ponto de defendê-lo em seu *Discours prononcé au Cercle constitutionnel pour la plantation de l'Arbre de la Liberté, le 30 fructidor an V*, reeditando a retórica das medidas de exceção necessárias quando a liberdade ainda não está fundada e precisa vencer seus inimigos. Ao passo que muitos comentadores interpretam o apoio de Constant ao golpe do 18 Frutidor como um simples desvio, ou como uma atitude coerente com o conjunto de sua teoria política, a tese à qual este trabalho está ligado considera essa experiência como um teste que obrigou o autor a adicionar complexidade a sua proposta de erradicação do arbítrio. O principal fruto dessa reelaboração teórica movida pelo teste da experiência é o poder neutro ou preservador apresentado nos *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays* (escritos principalmente entre 1800 e 1803),

⁷ A principal articulação desse discurso no contexto termidoriano se encontra em LEZAY-MARNÉSIA, 1797. A expressão “discurso pós-jacobino” aplicada a esse contexto se encontra em BACZKO, 1989; OZOUF, 1994.

⁸ Os textos de Constant do período diretorial a que se faz referência aqui se encontram em CONSTANT, 1998.

interpretado por nós como um modo de incorporar o arbítrio de forma controlada ao sistema institucional, impedindo sua deriva tirânica (FRELLER, 2019).⁹

Todavia, é nos *Principes de politique* de 1806 que Constant aprofunda as implicações teóricas de sua reavaliação do arbítrio. Não se contentando mais com a simples incorporação controlada do arbítrio em um poder específico da República (o poder neutro), o autor empreende uma crítica da concepção revolucionária de império da lei. Nessa reformulação teórica, o poder de decisão discricionária passa a permear a vida política de cada indivíduo.

II

À primeira vista, os *Principes de politique* de 1806 parecem representar um retorno de Constant ao projeto de erradicação absoluta do arbítrio formulado antes do 18 Frutidor. Como o objeto da obra são os princípios de liberdade tratados isoladamente do debate sobre formas constitucionais, o poder neutro e sua capacidade de ação discricionária são retirados da discussão. Ao mesmo tempo, a crítica das medidas arbitrárias e dos golpes de Estado chega talvez a seu ponto mais alto de expressão retórica e sistematicidade conceitual, notadamente nos Livros V (“Des mesures arbitraires”) e VI (“Des coups d’État”).

Entretanto, esse retorno a uma concepção forte de império da lei é ancorado em uma base teórica renovada. Com efeito, Constant apresenta como o objeto de seu livro o desenvolvimento e as consequências de um princípio “negligenciado pelos escritores de todos os partidos. Montesquieu não se ocupou dele. Rousseau, em seu *Contrato social*, fundou sua eloquente e absurda teoria sobre a subversão desse princípio. Todos os males da Revolução Francesa vieram dessa subversão” (CONSTANT, 1980, p. 21). Esse princípio é, *grosso modo*, o da limitação da autoridade política e social, em outras

⁹ A principal atribuição conferida por Constant ao poder neutro é a de dissolver as assembleias representativas ou destituir os depositários do Poder Executivo com base em decisão discricionária, quando se julga que esses poderes constituem uma ameaça para a estabilidade da República ou a liberdade dos cidadãos. Esse poder é comparado à *ballia*, conselho extraordinário que, em Florença, tinha o poder de cassar todos os magistrados (CONSTANT, 1991, p. 396). O objetivo do autor é realizar de modo pacífico e institucional o que, em Florença e outras repúblicas, era exercido de modo extraordinário e violento.

palavras, da soberania, mesmo aquela exercida em nome do povo. Segundo a célebre fórmula de Constant:

Há (...) uma parte da existência humana que, necessariamente, permanece individual e independente e que está, de direito, fora de toda competência social. A soberania só existe de modo limitado e relativo. No ponto em que começa a independência da existência individual, termina a jurisdição dessa soberania. Se a sociedade ultrapassa essa linha, ela se torna tão culpada de tirania quanto o déspota que tem por único título o gládio exterminador (Ibid, p. 49).

O autor tem consciência de que esse princípio não é uma novidade absoluta. Beccaria, Condorcet, Franklin, Paine e Sieyès são apresentados como exemplos de autores que não consideraram a soberania como absoluta e ilimitada (Ibid, p. 28-29). Os próprios constituintes franceses teriam partido do reconhecimento de direitos individuais independentes da sociedade, por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Porém, a Assembleia Constituinte “logo se desviou desse princípio. Ela deu o exemplo de perseguir a existência individual em suas fortalezas mais íntimas. Ela foi imitada e ultrapassada pelas legislaturas que a substituíram” (Ibid, p. 29).

No coração da crítica de Constant aos revolucionários franceses, está sua concepção de lei – a sacração revolucionária da lei tratada por Rosanvallon. Eles teriam entendido o ser humano como obra das leis, segundo um modelo antigo em que “as leis seguiam o homem em todas as profissões, em todas as ações de sua vida, ditavam-lhe suas menores palavras e inspecionavam até seus prazeres” (Ibid, p. 66). Imbuídos desses princípios que filósofos como Fénelon, Rousseau e Mably teriam admirado na Antiguidade, “os chefes da Revolução Francesa se acreditaram Licurgos, Sólon, Numa, Carlos Magno; hoje mesmo, apesar do triste resultado de seus esforços, acusa-se mais a inabilidade dos empreendedores do que a natureza do empreendimento” (Ibid, p. 66).

Em outras palavras, os revolucionários franceses teriam intuído o sentido da modernidade política, ligado ao advento de uma sociedade civil e de direitos individuais que se concebem como fundamentos do poder político, não mais seu resultado, porém eles não teriam assumido toda a radicalidade da transformação moderna, apegando-se ao modelo do legislador antigo ou do déspota esclarecido, segundo o qual os detentores do poder político são onipotentes em seu empreendimento de moldar a sociedade por meio da lei (GAUCHET, 1997). Como bem percebeu Marcel Gauchet, Constant acusa os revolucionários de não abraçar todas as dimensões do novo mundo moderno que eles

próprios estavam lutando para triunfar sobre o Antigo Regime. A modernidade política lida por Constant passa por uma reformulação do conceito de lei:

As leis foram definidas como a expressão da vontade geral. É uma definição bem falsa. As leis são a declaração das relações dos homens entre eles. (...). Segue-se que nenhum homem, nenhuma fração da sociedade, nem mesmo a sociedade inteira pode, falando propriamente e em um sentido absoluto, atribuir-se o direito de fazer leis. As leis sendo apenas a expressão das relações que existem entre os homens, e essas relações sendo determinadas por sua natureza, ninguém pode fazer uma lei nova, mas somente uma declaração nova do que já existia antes (CONSTANT, 1980, p. 530-531).

Um dos principais males decorrentes do desconhecimento dessa natureza da lei, a qual deve derivar das relações sociais realmente existentes e não da vontade arbitrária do legislador, é a tendência à multiplicação indefinida das leis, tratada no Livro IV dos *Principes de politique* de 1806 (“De la multiplicité des lois”). Segundo Constant, esse mal é especialmente comum nos Estados livres e nos governos populares, pois estes se guiavam pela máxima de que “é melhor obedecer às leis do que aos homens” (Ibid, p. 85). O autor concorda inteiramente com essa máxima, renovando suas proposições diretoriais que preconizavam sempre o emprego da lei e nunca o do arbítrio, mesmo nas situações de perigo. Contudo, a nova problematização da lei empreendida nesse livro o faz rever os termos dessa superioridade normativa da lei em relação ao arbítrio humano: essa superioridade valeria “quando se trata de obedecer e quando é necessário que alguém comande. Mas, sobre mil objetos, os homens e a lei devem se calar. Sobre mil objetos, não se deve obedecer nem aos homens, nem às leis” (Ibid, p. 85).

Trata-se aqui de um distanciamento de Constant com o paradigma republicano clássico que havia sido o seu até então e que se baseava na oposição entre lei e arbítrio. O autor continua sendo um ardente defensor do império da lei e um crítico de sua violação com o pretexto da “salvação pública”, mas um novo olhar crítico passa a desconfiar da própria lei como possível fonte de arbítrio. A multiplicação de leis, longe de reduzir a possibilidade do arbítrio dos governantes, aumentaria essa possibilidade, na medida em que estenderia a ação governamental a áreas sobre as quais deve imperar a autonomia individual:

É de modo equivocado que se espera que a multiplicidade das leis preservará contra a tirania dos homens. Multiplicando as leis, vocês multiplicam necessariamente os agentes da autoridade. Vocês dão, conseqüentemente, a um maior número de homens poder sobre seus semelhantes. Vocês dobram, assim, as chances do arbítrio. Pois, por mais precisas que sejam as leis, há sempre possibilidade de arbítrio, que seja apenas na exatidão mais ou menos severa da execução (Ibid, p. 85).

Se a lei não é mais concebida como uma garantia contra o arbítrio, mas pode ser ela própria fonte de arbítrio, como proteger os indivíduos da possível tirania das próprias leis? A resposta de Constant é conhecida: deve haver o mínimo possível de leis, e a autoridade política deve legislar apenas nas áreas em que isso é imprescindível, deixando os demais âmbitos da vida humana para o domínio da autonomia individual. Não obstante, essa resposta não é completa. Ela é um princípio a ser considerado pelo legislador, mas que não norteia o modo como os poderes públicos e os cidadãos devem lidar com a lei. Nas seções seguintes, veremos que só é possível libertar o indivíduo da possível tirania das leis se forem resguardadas instâncias em que elas possam ser contornadas com base em decisões discricionárias.

III

O primeiro aspecto a ser levado em consideração, em relação ao problema de como proteger os indivíduos da possível tirania das leis, diz respeito à aplicação da lei pelo poder encarregado por excelência de aplicá-la às controvérsias civis, o Judiciário. Constant aborda esse poder no Livro IX (“Des garanties judiciaires”) dos *Principes de politique* de 1806, não sem antes justificar o tratamento de uma questão “constitucional” em uma obra dedicada aos princípios de liberdade que independem da discussão sobre formas de governo: um dos princípios de liberdade básicos é justamente a proteção contra o arbítrio governamental – ou seja, “a garantia de não ser preso, detido, julgado a não ser de acordo com as leis e seguindo as formas” (Ibid, p. 181) –, e o principal guardião dessa dimensão da liberdade é o Poder Judiciário. Além do mais, “as condições indispensáveis para tornar o Poder Judiciário a salvaguarda dos cidadãos são as mesmas sob todas as formas de governo” (Ibid, p. 181).

Em primeiro lugar, cabe lembrar que, ao contrário da compreensão contemporânea, Constant vê o Judiciário como “poder nulo politicamente” (CONSTANT, 1991, p. 149), seguindo nisso a concepção canônica de Montesquieu.¹⁰ Todavia, a revisão da concepção revolucionária de império da lei leva o autor franco-suíço a tornar a função judiciária muito mais complexa do que havia concebido o autor

¹⁰ “Desta forma, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo” (MONTESQUIEU, 2005, p. 169).

de *O espírito das leis*, para quem os tribunais deveriam ser simples bocas invisíveis da lei.

Um primeiro aspecto da revisão da função judiciária empreendida por Constant é sua defesa, contra Montesquieu, de que o Poder Judiciário seja revestido de um espírito de corpo que o mantenha independente tanto da autoridade política como da opinião dominante (CONSTANT, 1991, p. 337; Id, 1980, p. 182). A crítica recai mais uma vez sobre os revolucionários franceses, que, por considerarem o Poder Judiciário nulo politicamente, não viram problema em tornar os juízes elegíveis e revogáveis, arruinando sua independência e tornando-os marionetes das facções.¹¹ Se, para Constant, o Judiciário não é um poder político como o Legislativo e o Executivo, apenas sua independência e sua constituição como corpo podem proteger o cidadão do arbítrio governamental.

Se o Poder Judiciário constituído como corpo independente protege o cidadão do arbítrio governamental, o que pode proteger o indivíduo do possível arbítrio das próprias leis, as quais os juízes são encarregados simplesmente de aplicar sem as interpretar? É na chave desse problema, com o qual terminamos a última seção, que se deve ler a defesa do júri empreendida por Constant. Como nota Jaume (1997, p. 379-380), “essa instituição é um critério maior da opção liberal” no século XIX francês, fazendo “a unanimidade do campo liberal como instituição penal necessária a um país livre”. No caso específico de Constant, o júri aparece como uma possibilidade de contornar ou suavizar leis contrárias à moral, as quais podem ser revistas pelo julgamento ético dos jurados, baseado em um bom senso natural difundido no povo. Seu principal adversário nessa questão é Gach, autor de *Des vices de l'institution du jury en France* (1804), que reclama da propensão dos jurados a absolver o acusado quando eles acham a lei severa demais, mesmo quando o acusado lhes parece culpado do crime em questão. Gach dá como exemplo o caso de um homem acusado de dar asilo ao irmão, o qual seria ilegalmente poupado da pena de morte pelo júri por causa do sentimento de simpatia natural. Eis a resposta de Constant (1980, p. 552-553):

Este exemplo, segundo a mim, longe de advogar contra a instituição do júri, faz o seu maior elogio. Ele prova que essa instituição coloca um obstáculo à execução das leis contrárias à humanidade, à justiça e à moral. É-se homem antes de ser jurado. Consequentemente, longe de desaprovar o jurado que, neste caso, pronunciaria contra sua consciência e faltaria assim ao dever de jurado, eu o elogiaria por cumprir o dever de homem e correr, da maneira que estaria em seu poder, ao auxílio de um homem prestes a ser condenado por uma ação que não é um crime. O exemplo citado por Gach não prova que não

¹¹ Constant segue nisso a opinião de Madame de Staël (cf. STAËL, 2009, p. 390-391).

deve haver jurados. Ele prova que não deve haver leis que pronunciam a pena de morte contra um homem que daria asilo ao irmão. (...)

Quando as penas são excessivas, diz Gach, ou assim parecem aos jurados, eles absolvem o culpado, mesmo tendo uma convicção completa de seu crime. Eu respondo que isso é culpa das penas e não dos jurados. As penas não devem ser excessivas, e, se elas parecem excessivas aos jurados, é porque o são, pois os jurados não têm nenhum interesse em achá-las assim. (...) quando eles se encontram entre o sentimento da justiça e da humanidade e a letra da lei, não é um mal que eles se afastem dela. Não deve existir uma lei que revolte a humanidade do comum dos homens, a tal ponto que os jurados, tomados do seio de uma nação, não possam se determinar a concorrer à aplicação dessa lei.

Segundo Jaume, Constant concebe o júri como “um órgão político de *resistência* às leis injustas, uma representação quase subversiva face à representação constitucional” (JAUME, 1997, p. 393; itálico do autor). Seguindo a interpretação de Jaume, trata-se aqui de alargá-la e de interpretar a visão de Constant sobre o júri como parte de um esforço maior para reformular a concepção revolucionária de império da lei. O que o autor franco-suíço sublinha é justamente o perigo de uma lei que se aplica ao mundo social de modo automático, sem a mediação da decisão e do arbítrio humano, como sonhava o legicentrismo revolucionário.

No capítulo 4 do Livro IX dos *Principes de politique* de 1806 (“Du droit de faire grâce”), o perigo da aplicação automática da lei é aprofundado. “Um inconveniente inseparável das leis gerais é que essas leis não podem se aplicar a várias ações com uma justiça igual. Quanto mais uma lei é geral, mais ela se afasta das ações particulares sobre as quais, contudo, ela é destinada a se pronunciar” (CONSTANT, 1980, p. 193). O direito de conceder graça ou de suavizar a pena é assim apresentado como “necessário para compensar a inflexibilidade da lei. Esse direito, na realidade, não é outra coisa que o de levar em consideração as circunstâncias de uma ação para *decidir* se a lei lhe é aplicável” (Ibid, p. 194; itálico meu). Constant entra assim em polêmica com contemporâneos como William Godwin e Jeremy Bentham, herdeiros do ideal revolucionário de império da lei que criticam o direito de graça com o argumento de que, se a lei é justa, não se deve impedir sua aplicação, e, se ela é injusta, deve-se mudá-la. O autor franco-suíço altera os termos do debate ao considerar que uma lei pode ser justa em geral, mas injusta em sua aplicação rigorosa a um caso particular. O legicentrismo revolucionário, baseado em uma “cultura da generalidade” (ROSANVALLON, 2004), é golpeado pela afirmação de uma possível descontinuidade entre os planos da generalidade e da particularidade, o que faz da aplicação automática da lei geral ao caso particular, sem a mediação do arbítrio humano, uma monstruosidade.

É interessante acompanhar a reflexão de Constant sobre em que mãos depositar esse imprescindível direito de graça. Nos *Fragments*, ele havia se tornado uma das atribuições do poder neutro (CONSTANT, 1991, p. 433-436), o que não deixa de ser sugestivo da conexão do direito de graça com o grau de arbítrio que é preciso incorporar ao sistema institucional de modo controlado, sugerido por nós em nossa leitura do poder neutro (FRELLER, 2019). Nos *Principes de politique* de 1806, o afastamento da discussão constitucional dos *Fragments* afasta a referência ao poder neutro. O autor menciona então a possibilidade de confiar o direito de graça ao Executivo, mas pondera que isso traz o perigo de o direito de graça ser negligenciado em meio a outras funções mais urgentes do Executivo. Outra possibilidade é confiar o direito de graça a um poder particular criado para esse fim, ou mesmo a uma seção do Poder Judiciário.

Mas um outro conveniente se apresentaria. Um poder particular ou uma seção qualquer do Poder Judiciário, investida do direito de graça, elaboraria naturalmente regras para o exercer. O exercício do direito de graça se tornaria por isso mesmo um julgamento. Não se encontraria mais essa espécie de imprecisão e de latitude moral que constitui essencialmente sua justiça e sua utilidade (CONSTANT, 1980, p. 195).

Assim, no coração da reformulação teórica de Constant sobre o Poder Judiciário, encontramos o apelo por “essa espécie de imprecisão e de latitude moral” irredutível à forma julgamento. O mesmo autor que invoca o império da lei contra o arbítrio apela por uma forma controlada de arbítrio capaz de moderar a aplicação da lei geral ao caso particular, impedindo que essa aplicação se transforme em uma tirania da norma impessoal cega às circunstâncias. A figura do juiz que aplica a lei como um cálculo cego à contingência, louvada por Beccaria, Condorcet e outros, é moderada pelo juízo ético dos jurados e do encarregado de conceder o direito de graça. Mas essa forma de impedir a tirania das leis é suficiente?

IV

Ao discutir instituições como o júri e o direito de graça, Constant introduz instâncias localizadas em que decisões discricionárias, baseadas em um julgamento ético mais do que legal, podem intervir sobre a aplicação imediata da lei e impedir os efeitos tirânicos dessa aplicação. Não obstante, essas são apenas traduções institucionais do princípio de que as leis não devem ser aplicadas de modo automático, sem o crivo do

arbítrio humano. Se esse princípio implica, na obra de Constant, uma reformulação teórica do Poder Judiciário em relação à visão ultrarracionalista que fazia dele um simples calculador de silogismos, a revisão conceitual é ainda mais profunda no que tange aos deveres do indivíduo comum em relação à lei. Com efeito, para o autor, o principal fundamento da liberdade não está nas instituições, mas na consciência crítica de cada indivíduo e em sua capacidade de julgar as leis.

O tema é abordado no Livro XVIII dos *Principes de politique* de 1806 (“Des devoirs des individus envers l’*autorité sociale*”), sendo apresentado ao público por meio do artigo “De l’*obéissance à la loi*”, publicado em 1817 no *Mercure de France*. Constant vai direto ao ponto, derivando do princípio da limitação da autoridade social que o dever de obedecer à lei tampouco poder ser ilimitado:

A autoridade social não sendo sem limites, é evidente que os deveres dos indivíduos para com ela não são ilimitados. Esses deveres diminuem à medida que a autoridade invade a parte da existência individual que não é de sua competência. Quando essas invasões são levadas ao limite, é impossível que não resulte disso a resistência (Ibid, p. 475).

Constant se faz assim pioneiro da reflexão sobre a desobediência civil, tema fundamental da teoria política dos dois séculos seguintes. A polêmica neste ponto é dirigida contra Pascal, Bacon e, mais contemporaneamente, Bentham – autores cujo sistema político é baseado na disposição dos indivíduos de obedecer à lei incondicionalmente. Mais uma vez, é, no fundo, a concepção revolucionária de império da lei que é posta em questão. Pouquíssimos revolucionários conceberam a possibilidade de um indivíduo resistir legitimamente à lei, definida pelo artigo 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 como “a expressão da vontade geral”.¹² A Declaração de 1795 chega a afirmar que “Ninguém é homem de bem, se não é franca e religiosamente observador das leis” – afirmação criticada vigorosamente por Constant (Ibid, p. 532). Para o autor, “o título de lei não impõe o dever de obedecer” (Ibid, p. 477). Esse dever supõe a pesquisa anterior, por parte de cada indivíduo, da fonte e do conteúdo da ordem apresentada pela autoridade como sendo uma lei. Se aquilo que se apresenta como lei não parte de uma fonte legítima ou legisla sobre alguma esfera da vida humana sobre a qual o indivíduo deve ter autonomia, a lei em questão não deve ser obedecida. O mesmo vale para leis retroativas, contrárias à moral ou que dividem os cidadãos em

¹² Uma exceção é Condorcet, influência importante para Constant nessa questão (JAUME, 1997, p. 95).

classes, punindo-os por ações que não dependem deles como indivíduos (Ibid, p. 482-483).

Constant tem consciência de estar se movendo em um terreno difícil, no qual a oposição republicana clássica entre lei e arbítrio, abraçada até então, tem pouco a dizer. Não se trata mais apenas de limitar o arbítrio dos governantes por meio de leis escritas, mas de limitar o potencial tirânico das próprias leis. Porém, esta última limitação, pela própria natureza do objeto a ser limitado, não pode ser sujeita a normas fixas:

A autoridade do governo pode ser limitada de maneira precisa, porque a lei pode a limitar. A limitação está fora. É fácil ver se ela é transgredida; mas não é o mesmo com a competência da lei. A lei sendo a única regra escrita que pode existir, é muito menos evidente dizer o que nela constitui a transgressão (Ibid, p. 477).

Essa tarefa difícil (definir se uma lei é ou não uma transgressão, portanto se ela deve ser obedecida ou não), Constant a delega a cada indivíduo. “Resistir é um direito positivo, individual, imprescritível, que só é subordinado às considerações resultando da utilidade, da chance do sucesso, do perigo do abalo e da comparação do mal que ele pode causar com o mal que se quer prevenir” (Ibid, p. 627). Ao contrário do direito de revolução, que só existe quando a revolução em questão “é conforme ao sentimento universal” (Ibid, p. 629), o direito de resistência à lei opressora não pode ser submetido a nenhum tribunal exterior à consciência individual. Esse julgamento realizado constantemente no foro de cada consciência individual é *arbitrário*, segundo o sentido que o próprio Constant dá à palavra, ou seja, o arbítrio como “a ausência de regras, de limites, de definições, em uma palavra, de tudo o que é preciso” (CONSTANT, 1998, p. 496). No fim da seção anterior, vimos o autor defender que o direito de graça seja submetido a uma “espécie de imprecisão e de latitude moral” – ou seja, de arbítrio. O mesmo vale para o direito de resistência individual à lei, o qual não pode apelar a nada mais preciso do que a própria lei.

É claro que esse julgamento individual da lei não resulta de um mero “capricho”, encontrando seu fundamento normativo em leis da moral e direitos naturais superiores à lei positiva. Reside aí o coração da controvérsia entre Constant e Bentham. O autor franco-suíço critica a recusa de seu colega inglês à linguagem dos direitos naturais e sua adoção da linguagem da utilidade, com o argumento de que o princípio de utilidade “desperta no espírito do homem a esperança de um lucro, não o sentimento de um dever. Ora, o cálculo de um lucro é arbitrário: é a imaginação que decide. Mas nem seus erros,

nem seus caprichos saberiam alterar a noção do dever” (CONSTANT, 1980, p. 59). É essa recusa dos direitos naturais que leva Bentham a estabelecer a lei positiva como o único critério do que é ou não permitido, o que conduziria esse autor, de resto sensível aos abusos da autoridade, às “fileiras dos apologistas da obediência mais implícita e mais servil” (Ibid, p. 479). Para Constant, a moral não pode ser submetida ao cálculo vago e egoísta da utilidade, nem as leis positivas podem suplantar as leis de natureza em sua demanda de obediência. “Querer fazer inteiramente abstração da natureza, em um sistema de legislação, é retirar das leis ao mesmo tempo sua sanção, sua base e seu limite” (Ibid, p. 480).

Todavia, o apelo às leis de natureza não retira do julgamento individual da lei seu caráter discricionário. Constant reconhece que o critério da natureza também comporta um caráter vago. Se ele adota esse critério, não é por ver nele um padrão de objetividade, mas apenas porque ele evoca um sentimento moral ausente na referência à lei positiva ou à utilidade.¹³ Ao estipular normativamente que os indivíduos julguem as leis positivas de acordo com as leis de natureza, o autor não diminui o grau de arbítrio inerente a esse julgamento. Apenas prega que esse julgamento tenha um caráter ético, recusando o cálculo utilitarista de Bentham. Na realidade, mesmo o cálculo utilitarista não é totalmente excluído, uma vez que vimos o autor sugerir que a decisão sobre resistir ou não não deve se basear apenas na avaliação moral da lei, mas também em um cálculo sobre os efeitos positivos ou perniciosos da própria resistência. É desnecessário dizer que o único juiz desse balanço entre os direitos imprescritíveis e a tranquilidade pública é também o indivíduo, e que nenhuma lei externa pode auxiliar nessa decisão.

Considerações finais

Este artigo procurou demonstrar que, nos *Principes de politique* de 1806, Constant se torna um crítico do ideal de império da lei herdado da Revolução Francesa, aprofundando a incorporação teórica do arbítrio iniciada nos *Fragments* de 1800-1803,

¹³ “A palavra de lei é tão vaga quanto a de natureza. (...). Se fosse preciso escolher entre as duas, a de natureza desperta, ao menos, uma ideia mais ou menos igual em todos os homens. A de lei pode se aplicar às ideias mais opostas. Quando nos ordenaram o assassinato, a delação, a espionagem, isso não nos foi ordenado em nome da natureza; todo mundo teria sentido que havia contradição nos termos; isso nos foi ordenado em nome da lei, e não houve mais contradição” (CONSTANT, 1980, p. 480).

com o poder neutro. Embora o império da lei continue a ser defendido contra os golpes de Estado e as leis de exceção, a teoria da limitação da autoridade política e social torna o autor consciente das limitações e insuficiências da lei como garantia da liberdade, buscando instâncias em que ela possa ser contornada de modo discricionário. No plano judiciário, essas instâncias são definidas pela capacidade de o júri se rebelar contra as leis injustas ou demasiadamente severas e pelo direito de conceder graça nos casos em que a lei geral não se aplica bem ao caso particular. Contudo, a interposição do arbítrio humano entre a lei e sua execução se torna mais radical no final do livro, quando cada indivíduo recebe a missão moral de avaliar a fonte e o conteúdo da lei antes de a obedecer e contribuir para sua execução.

Resulta desse percurso um Constant bastante diferente do apresentado tradicionalmente. Se retomarmos a crítica de Schmitt mencionada no início do texto, percebemos que é aplicada a Constant uma acusação feita ao liberalismo de modo geral: a de representar a morte do político, por meio da celebração de uma sociedade que se autorregulária de modo espontâneo por meio do mercado e do império da lei – um processo de racionalização que faria desaparecer o âmbito da decisão. Ora, ao longo deste trabalho, procuramos demonstrar justamente que o autor não se satisfaz com a simples aplicação racionalista da lei, requerendo instâncias em que decisões possam ser tomadas muitas vezes contra a própria lei. Desse modo, um dos aproveitamentos desta leitura de Constant para o debate contemporâneo pode consistir em um olhar renovado sobre o conceito de *decisão política*.

Bruno Bernardi, em seu *Qu'est-ce qu'une décision politique?*, expõe dois modos estabelecidos de compreensão do conceito de decisão na teoria política. O primeiro compreende a decisão como escolha, segundo o paradigma da escolha racional, o qual tem no utilitarismo de Bentham uma de suas fontes históricas. O segundo compreende a decisão como comando, vontade autorizada a obrigar outras vontades – uma compreensão voluntarista da decisão que tem seu solo histórico nas teorias da soberania, e em Carl Schmitt sua maior encarnação no século XX. Bernardi coloca em questão essa polarização ao explorar, na compreensão da decisão como comando, as consequências da efetuação da decisão política como lei, criticando assim a concepção puramente voluntarista da decisão e a definição da política como poder unilateral de comandar (BERNARDI, 2013).

A leitura que fizemos de Constant sugere um terceiro modo de compreender o conceito de decisão política. Procuramos, acima de tudo, demonstrar que o autor do grupo

de Coppel é, contrariamente a sua imagem habitual, um teórico da decisão, crítico do ideal revolucionário de absorção do momento da decisão política na Constituição, não restando, após o estabelecimento das leis fundamentais, outra coisa além de sua aplicação. Além dessa caracterização de Constant como teórico da decisão, resta sublinhar sua originalidade em relação aos dois paradigmas polarizados por Bernardi, e sua diferença com a concepção alternativa de decisão proposta pelo próprio Bernardi. Como vimos, para os momentos em que as leis não devem se aplicar automaticamente e o indivíduo é encarregado de tomar uma decisão, o autor franco-suíço critica tanto a mera vontade soberana quanto o cálculo racional de utilidade proposto por Bentham como paradigmas para a tomada de decisão. O motivo principal é a ausência de lastro moral desses dois paradigmas. Entretanto, o modelo de decisão proposto por Bernardi também não poderia se aplicar a Constant, pois todo o seu raciocínio é derivado das consequências da efetuação da decisão política como lei. Ora, o maior problema colocado por Constant não é o da decisão política que institui a lei, mas o dos casos em que, sendo a lei insuficiente como garantia da liberdade, os indivíduos são chamados pelo dever moral a decidir independentemente da lei, por vezes contra a lei. Nessa decisão, os indivíduos têm por guia as leis da moral e os direitos naturais. Mas isso não impede que o paradigma dessa decisão seja “essa espécie de imprecisão e de latitude moral” referida a propósito do direito de graça.

Quando, em 1814, o Império napoleônico é derrotado, os debates constitucionais voltam a agitar a França e Constant retorna a Paris para intervir nesses debates, sua proposta constitucional não pode mais ser uma simples retomada dos *Fragments*. Não apenas a conjuntura histórica é outra, as propostas constitucionais devendo lidar com a restauração da monarquia e de certas instituições aristocráticas, mas o autor deve lidar com o desafio trazido por sua própria inflexão teórica de 1806. O arbítrio não pode mais ser o atributo de um poder específico, tendo sido colocado ao alcance de cada indivíduo. Com efeito, em suas intervenções constitucionais de 1814 e 1815, Constant é particularmente sensível às decisões políticas que não podem consistir em simples aplicações da lei, requerendo um grau inexpugnável de arbítrio ou discricionariedade. Embora a ideia de poder neutro seja retomada e alocada na figura do monarca constitucional, o desafio do autor passa a ser como difundir a decisão discricionária entre diferentes órgãos constitucionais e, no limite, como fazer a sociedade inteira, e cada um de seus indivíduos, tomar uma parte nessa tarefa de decidir. O principal paradigma dessa

aplicação do problema da disseminação do arbítrio ao campo político constitucional será a discussão de Constant sobre a responsabilidade dos ministros e dos agentes subalternos. Este será o próximo passo da pesquisa de doutorado a que se liga este artigo.

Referências Bibliográficas

BACZKO, Bronislaw. “Monstres sanguinaires” et “circonstances fatales”. Les discours thermidoriens sur la Terreur. In: FURET, François; OZOUF, Mona (Org.). *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture. Volume 3: The transformation of political culture 1789-1848*. Oxford...: Pergamon Press, 1989.

BAKER, Keith Michael. *Inventing the French Revolution. Essays on French Political Culture in the Eighteenth Century*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

BERNARDI, Bruno. *Qu'est-ce qu'une décision politique ?* Paris: Vrin, 2013.

CONDORCET. *Œuvres de Condorcet*. Tome X. Paris: Firmin Didot Frères, Librairies, 1847.

CONSTANT, Benjamin. HOFMANN, Etienne (Org.). *Les « Principes de politique » de Benjamin Constant*. Tome II. Texte établi d'après les manuscrits de Lausanne et de Paris avec une introduction et des notes. Geneva: Droz, 1980.

CONSTANT, Benjamin. *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*. Paris: Aubier, 1991.

CONSTANT, Benjamin. *Œuvres Complètes*. I: Écrits de jeunesse (1774-1799). Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1998.

FRELLER, Felipe. Madame de Staël, Benjamin Constant e a reavaliação do arbítrio após o golpe do 18 Frutidor. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 34, n. 100.

FURET, François; HALÉVI, Ran. *La Monarchie Républicaine. La Constitution de 1791*. Paris: Fayard, 1996.

GAUCHET, Marcel. Benjamin Constant: l'illusion lucide du libéralisme. In: CONSTANT, Benjamin. GAUCHET, Marcel (Org.). *Écrits politiques*. Paris: Gallimard, 1997.

JAUME, Lucien. *L'individu effacé, ou le paradoxe du libéralisme français*. Paris: Fayard, 1997.

KANT, Immanuel. *Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

- LAQUIÈZE, Alain. État d'exception et coup d'État dans la pensée du Groupe de Coppet. *Annales Benjamin Constant*, n. 27, Genebra, 2003.
- LEZAY-MARNÉSIA, Adrien. *Des causes de la Révolution et de ses résultats*. Paris, 1797.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- OZOUF, Mona. The Terror after the Terror: An Immediate History. In: BAKER, Keith Michael (Org.). *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture. Volume 4: The Terror*. Oxford...: Pergamon Press, 1994.
- ROBESPIERRE, Maximilien. *Œuvres de Maximilien Robespierre*. Tome III. Paris, 1840.
- ROEDERER, Pierre-Louis. *Œuvres du Comte P.-L. Roederer*. Paris: Firmin-Didot frères, 1853-1859, 8 vol.
- ROSANVALLON, Pierre. *Le modèle politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*. Paris: Seuil, 2004.
- ROSANVALLON, Pierre. *Le bon gouvernement*. Paris: Seuil, 2015.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social. Princípios do direito político*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- SCHMITT, Carl. *The concept of the political. Expanded edition*. Chicago/Londres: University of Chicago Press, 2007.
- STAËL, Anne-Louise-Germaine de. OMACINI, Lucia (Org.). *Des circonstances actuelles et autres essais politiques sous la Révolution*. Paris: Honoré Champion, 2009.