

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

FACULDADE DE DIREITO

DOUTORADO

FILOSOFIA I

PROF.: ARTUR DINIZ

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DENTRO DE
UMA PERSPECTIVA FILOSÓFICA

ALUNO: LUÍS AFONSO HECK

BELO HORIZONTE, julho de 1989

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	p. 03
2. O PENSAMENTO CLÁSSICO	p. 05
2.1. Hobbes - Leviatã	p. 06
2.2. Locke - Segundo tratado sobre o governo	p. 09
2.3. Montesquieu - Do espírito das leis ...	p. 12
2.4. Rousseau - Do contrato social	p. 15
3. UMA APRECIÇÃO A PARTE: O FEDERALISTA	p. 17
4. O PENSAMENTO ATUAL	p. 19
4.1. O Tribunal Constitucional	p. 19
4.2. Breve esboço histórico	p. 20
4.3. Uma tentativa de situá-lo	p. 20
5. CONCLUSÃO	p. 25
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	p. 28

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DENTRO DE UMA

PERSPECTIVA FILOSÓFICA
nosso propósito
é outro: consiste em situar, dentro da linha evolutiva filosófica, a razão de existência do Tribunal Constitucional. De

1. INTRODUÇÃO

Uma formulação filosófica pré-supõe uma afirmação ou, antes, uma interrogação? Sócrates argumentava que a filosofia tem por função partear e Platão assertava que a filosofia é a mãe das ciências precisamente porque tem a autoridade de investigar o que se passa no campo das outras ciências querendo com isto significar que a ela cabe interrogar o que se afirma.

Fartimos, pois, da seguinte questão: não há nos autores clássicos (v.g., Montesquieu, Rousseau, Locke e Hobbes) uma tematização específica sobre o Poder Judiciário. Certo, na sua época não existia este como um poder independente e autónomo. Entretanto, a função de julgar, que se constitui em sua finalidade específica também não é abarcada em seus escritos. Não com tal intensidade como o foram o Executivo e o Legislativo. Estes foram, por se assim dizer, os tópicos em torno dos quais se argumentou toda uma tessitura filosófica com vistas a sedimentar as necessidades de seu tempo.

Não vai no parágrafo supra nenhum juízo crítico. Mesmo porque, segundo Chatelet, "a filosofia não tem a ambição de tornar os homens racionais; não supõe que, pela magia do "logos", seja capaz de suprimir a confusão e a tendenciosidade do pensamento; sabe que a oposição da subjetividade é indefinidamente reiterável. Sua missão é demonstrar o que é a Razão, de fazer aparecer o que querem realmente os homens e de revelar de modo claro o que é legítimo, em dado momento do devenir humano, querer e esperar." (Logos e Praxis, p. 138).

Neste sentido, os autores acima mencionados cumpriram com seu papel de filósofos. A necessidade de sua época se traduzia em deslocar o poder legiferante e conectar a este passo a porta da liberdade.

A preocupação em formular uma contra-argumentação, em termos filosóficos, pondo a descoberto o "poder divino dos reis" é uma questão hodiernamente superada. O próprio bojo idealístico da Revolução Francesa foi animado com a idéia deste contra-ataque, do qual se saiu vitoriosa. A nossa proposta é outra: consiste em situar, dentro da linha evolutiva filosófica, a razão da existência do Tribunal Constitucional. Da mesma forma como os autores clássicos justificaram filosoficamente a liberdade num poder legiferante separado do rei, como fruto do consenso de todos, pretendemos justificar a existência do Tribunal Constitucional como sinónimo de sobrevivência legítima daquilo que se propugnou com a Revolução Francesa: a fraternidade, conceito mais teológico e religioso que o jurídico, pelo menos a igualdade e liberdade.

Nesta retrospectiva, não desejamos descer aos sistemas positivos. O fio da meada será a história, na qual ataremos os nós filosóficos. De acordo com Hegel, "(...) foi Montesquieu quem definiu a verdadeira visão histórica, o verdadeiro ponto de vista filosófico, que consiste em não considerar isolada e abstractamente a legislação geral e suas determinações, mas vê-las como elemento condicionado de uma totalidade e correlacionadas com as outras determinações que constituem o carácter de um povo e de uma época; nesse conjunto adquirem elas o seu verdadeiro significado e nisso encontram portanto a sua justificação." (Princípios da filosofia do direito, p. 20).

Ainda é preciso que se deixe claro, neste pródromo, que objetivamos com o nosso trabalho, não a tessitura articuladora, mas sim a tessitura argumentadora. Queremos com isto dizer que não nos ateremos a descrever o Tribunal Constitucional e sim, interrogaremos o motivo do mesmo no espectro político atual. Se hoje não mais se justifica, filosoficamente como no séc. das luzes, a liberdade como sinónimo de poder legiferante nas mãos do povo é possível, pelo menos assim nos parece, localizar o Tribunal Constitucional (e o próprio Poder Judiciário, na época de somenos importância) como um "plano" para a própria sobrevivência daquilo que nasceu com a Revolução Francesa. E aqui precisamente o Tribunal Constitucional encontra a sua justificação.

Segundo Hegel, "o objeto da ciência filosófica do direi-

to é a Idéia do direito, quer dizer, o conceito do direito e a sua realização." (Op. cit., p. 17). Com esta assertiva bem situamos a perspectiva filosófica do Tribunal Constitucional. De que vale um belo elenco de direitos individuais na Constituição, se não é possível realizá-los ou, se são, a todo instante solapados? O que magnetizava o pensamento filosófico do séc. XVIII era a liberdade fundada na razão. Hodiernamente, mais especificamente na área do direito, o que norteia a preocupação dos pensadores é a realização do direito, inclusive porque disto depende a própria liberdade.

Não se pode deixar de reconhecer a audácia humana, dos homens, ao constatar que de Locke até nossos dias foram capazes de deslocar um juízo celeste para transformá-lo em critério terreno. O autor, ao investigar o poder de reunir o parlamento inglês para determinar a quem coubesse esta iniciativa, afirma candidamente: "nisto o povo não tem outro remédio, como em todos os outros casos em que não há juiz na terra, se não apelar para o céu." (Segundo tratado sobre o governo, p. 100). Se na época, mesmo na Inglaterra, já estava nítido o poder do parlamento, ainda não estava assegurado juridicamente este poder, no sentido do seu exercício. Este critério jurídico, que permite realizar o direito e assegurar a liberdade, é representado pelo Tribunal Constitucional. É bem verdade que isto constitui antes uma máxima política do que uma regra de direito. Mas, não há dúvida, que neste caso, esta precede a outra.

2. O PENSAMENTO CLÁSSICO

A atmosfera dos séculos XVII e XVIII estava impregnada com grandes preocupações. Uma delas consistia em teorizar a separação do poder divino e terrestre ou temporal. Uma outra, suplementar àquela, em formular uma teoria que sustentasse a idéia de que os homens são capazes de estabelecer as suas próprias regras e de viver em conformidade com as mesmas.

Para adentrarmos neste mundo de idéias, representantes do sumo bem para Platão, assim como Beatriz guiou Dante pelo paraíso, serão Hobbes, Locke, Montesquieu e Rousseau quem nos servirão de cicerone.

Respeitando a ordem cronológica, ocupar-nos-emos primeiramente com o "Leviatã" (1651); em segundo, com o "Segundo tratado sobre o governo" (1690); em terceiro, com o "Espírito das leis" (1748) e, em quarto, será a vez "Do contrato social" (1757-62).

Não faremos um escólio destas obras. Apenas sinalaremos os tópicos relativos a questão do poder, conectado com o executivo e o legislativo.

2.1. HOBBS - LEVIATÃ

É na segunda parte de sua obra, intitulada "Do Estado" que Hobbes analisa o poder, sua instituição e os seus corolários.

Após descrever as inconveniências da ausência de um poder soberano, acima das vontades individuais, Hobbes define o que seja o Leviatã: "Isto é mais que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim civitas. É esta a geração daquele grande Leviatã, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele Deus Mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa. (...) É nele que consiste a essência do Estado, a qual pode ser assim definida: uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum." (Leviatã, p. 105-6).

Mais adiante Hobbes batiza de soberano ao detentor deste poder, que chama de poder soberano. Aos que a este estão subordinados, denomina de súditos.

No cap. XVIII Hobbes, depois de esclarecer quando um Estado se encontra instituído, aduz que é desta instituição que

decorrem todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles ' (Hobbes se refere ao soberano ou assembleia, respectivamente) a quem o poder soberano é conferido através da anuência de to do o povo reunido.

Destes direitos e faculdades interessa-nos destacar alguns. Num deles, Hobbes deixa transparecer a veia absolutista de seu pensamento. Assim, "..., dado que o direito de representar a pessoa de todos é conferido ao que é tornado soberano mediante um pacto celebrado apenas entre cada um e cada um e não entre o soberano e cada um dos outros, não pode haver quebra do pacto da parte do soberano, portanto nenhum dos súditos pode libertar-se da sujeição, sob qualquer pretexto de infração". (Op. cit., p. 108). Poder-se-ia dizer que Hobbes não admite a "culpa in eligendo" por parte dos súditos. Presupõe portanto, que o soberano em suas ações nunca poderá causar tanto mal como o poderiam os homens, uns aos outros, sem ele.

Num outro, Hobbes traduz a infalibilidade do soberano, da seguinte forma: "..., dado que todo o súdito é por instituição autor de todos os atos e decisões do soberano instituído segue-se que nada do que este faça pode ser considerado injúria para com qualquer dos seus súditos, e que nenhum deles pode acusá-lo de injustiça". (ibid., p. 109). Aqui Hobbes subentende uma perfeita sintonia entre a vontade dos súditos com a do soberano. Ainda, com o pacto, "ipso facto" os homens deixarão de ser maus, uma vez que o soberano os representa e, neste sentido, as suas ações traduzem a vontade dos súditos. E a vontade destes é a paz e a segurança. Significa também dizer que o soberano sempre está com a razão, deixando os súditos na menoridade da qual fala Kant. Segundo ele, "o iluminismo é a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem". (A paz perpétua e outros opúsculos, p. 11).

Hobbes atribui ao soberano a autoridade judicial (ibid., p. 110). De nada adiantariam as leis se não houvesse uma decisão das controvérsias delas oriundas. A representação também entende o poder de decidir os conflitos entre os súditos e, possivelmente aqui Hobbes identifica o grande significado do

soberano. Este tira a possibilidade do homem ser o lobo do homem, uma vez que está em suas mãos a capacidade de dizer com quem está a razão.

Hobbes entende que estes direitos (os que dele citamos) constituem a essência da soberania, sendo incomunicáveis e in separáveis.

Encontramos no cap. XXI a atenção de Hobbes em relação à liberdade dos súditos. Segundo Hobbes, "um homem livre é aquele que, naquelas coisas que graças a sua força e engenho é capaz de fazer, não é impedido de fazer o que tem vontade de fazer". (ibid., p. 129).

Entretanto, Hobbes não exclui com esta definição o poder do soberano: "Não devemos todavia concluir que com esta liberdade fica abolido ou limitado o poder do soberano de vida e de morte." (ibid., p. 131). Ele vai além: "Porque de nosso ato de submissão fazem parte tanto nossa obrigação quanto nossa liberdade, ... (ibid., p. 133). Aqui é significativo o que diz Caetano Mosca: "Le Léviathan fut publié à l'époque où Cromwell triomphait. Celui-ci tira quelques avantages des théories de l'écrivain qui d'ailleurs durant la dictature du Lord-Protecteur fit acte de soumission et obtint de retourner en Angleterre." (Histoire des doctrines politiques, p. 196).

Hobbes entende que a lei é a base da paz e da segurança entre os homens. Por isso, "... o conhecimento da lei civil é de caráter geral e compete a todos os homens". (ibid., p. 161). E a lei tem uma finalidade específica, uma vez que "a lei não foi trazida ao mundo para nada mais senão para a limitação da liberdade natural dos indivíduos, de maneira tal que eles sejam impedidos de causar dano uns aos outros, e em vez disso se ajudem e unam contra o inimigo comum". (ibid., p. 163).

O poder legislativo também é posto nas mãos do soberano. "Em todos os Estados o legislador é unicamente o soberano, seja este um homem, como numa monarquia, ou uma assembléia, como numa democracia ou numa aristocracia." (ibid., p. 162). Hobbes não deixa claro a que leis deve o soberano estar obrigado, se é que deve estar. "O soberano de um Estado, quer seja uma assembléia ou um homem, não se encontra sujeito às leis civis." (ibid., p. 162). O soberano tem portanto, um po-

der irrestrito e fica ao seu alvedrio fixar o que seja bom ao Estado. De um lado isto revela a temeridade do pacto proposto por Hobbes e, de outro, a total confiança do autor do Leviatã no tirocínio do soberano.

A lei tem para Hobbes uma grande função. Ela garante o pacto, uma vez que é feita pelo poder soberano. A lei é a regra, é o critério de convivência. Ela encarna o sucesso da vida do Leviatã porque a lei nada mais é do que a regra do jogo, ausente no estado de natureza. Diz Hobbes: "Acontece com as leis do Estado o mesmo que com as leis do jogo: seja o que for que os jogadores estabeleçam não é injustiça para nenhum deles." (ibid., p. 206). Aqui o sistema hobbesiano parece infalível: não é possível haver leis ruins, uma vez que, os súditos, ao darem o poder ao soberano, ligaram também umbilicalmente as suas vontades na do soberano. Assim, este, ao fazer as leis, nada mais faz do que fariam os súditos se em seu lugar estivessem. Pelo que estes nada tem a reclamar.

2.2. LOCKE - SEGUNDO TRATADO SOBRE O GOVERNO

Nesta obra, Locke ainda se debate, tal qual Hobbes, com a solução do estado de natureza. Entretanto, para aquele, o remédio para tal seria o governo civil: "... o governo civil é o remédio acertado para os inconvenientes do estado de natureza." (Segundo tratado..., p. 38).

Locke ainda entende ser necessário os homens se reunirem em sociedade para esconjurar os inconvenientes do estado de natureza. Esta reunião terá como corolário o estabelecimento de uma autoridade com poderes de dirimir os conflitos, origem das mazelas do estado de natureza. Assim, "evitar este estado de guerra - no qual não há apelo senão para o céu, e no qual qualquer divergência, por menor que seja, é capaz de ir dar, se não houver autoridade que decida entre os contendores - é razão decisiva para que os homens se reúnam em sociedade deixando o estado de natureza". (ibid., p. 42).

Um pacto que tenha, por um lado poder limitado e, do outro obediência, significa escrevidão. Quer isto dizer que Locke não subscreve um pacto inquebrantável e eterno entre o soberano e os súditos. Estes devem antes formar uma sociedade

de, entendendo-se aí um resquício de liberdade para decidirem o que mais lhes convém.

No cap. VIII Locke trata do início das sociedades políticas. O governo legítimo é filho da reunião dos homens em sociedade. Diz Locke: "Assim sendo, o que dá início e constitui realmente qualquer sociedade política nada mais é senão o assentimento de qualquer número de homens livres capazes de maioria para se unirem e incorporarem a tal sociedade. E isto é somente isto que deu ou podia dar origem a qualquer governo legítimo no mundo." (ibid., p. 71).

Em Locke o poder legislativo merece atenção em vários capítulos, sendo considerado o maior e o mais sagrado entre os poderes do Estado. Desta forma, "o grande objetivo da entrada do homem em sociedade consistindo na fruição da propriedade em paz e segurança, e sendo o grande instrumento e meio disto as leis estabelecidas nesta sociedade, a primeira positiva e fundamental de todas as comunidades consiste em estabelecer o poder legislativo". E mais adiante, "esse poder legislativo não é apenas o poder supremo da comunidade, mas sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade uma vez o colocou". (ibid., p. 86). A superioridade fica igualmente manifesta na pág. 93: "Em todos os casos, enquanto subsiste o governo, o legislativo é o poder supremo; o que deve dar leis a outrem deve necessariamente ser-lhe superior." Isto não quer dizer, ao contrário do que possa parecer "prima facie", seja o poder legislativo absoluto. Locke lhe traça um limite muito nítido: "O poder do legislativo, em seus limites extremos, restringe-se ao bem público da sociedade. É o poder que não tem outro objetivo senão a preservação e, portanto, não poderá nunca ter o poder de destruir, escravizar ou propositalmente empobrecer os súditos." (ibid., p. 87).

Esta restrição ao poder legislativo torna claro a posição de Locke quanto a não total submissão dos súditos ao soberano, para ficarmos com a terminologia hobbesiana. Chatelet é expressivo a respeito: "Mas, se refuta vivamente John Filmer, teórico do absolutismo real de direito divino, a teoria lockeana é também inteiramente contrária ao "contrato de submissão" que, segundo Hobbes, instituiu o Leviatã." (História das idéias políticas, p. 57).

Gaetano Mosca é da mesma opinião: "John Locke, (...), personifia les tendances libérales opposées aux idées absolutistes de Hobbes." E mais adiante: "Ceux qui sont investis de l'autorité publique ne peuvent pas en abuser car cette autorité leur a été confiée pour protéger les droits des particuliers. Aussi, si le gouvernement en abuse, il viole le contrat social, et le peuple reprend alors sa souveraineté originnaire. Ce qui, en d'autres termes, signifie qu'il a le droit légitime de se soulever." (Op. cit., p. 197).

Locke não menciona especificamente o Poder Judiciário. Antes, menciona três poderes inerentes à comunidade: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Federativo. Este teria por função resolver os conflitos resultantes entre homens pertencentes e não pertencentes à comunidade, ficando ao público a sua resolução. (ibid., p. 91-2).

No cap. XIX, Locke trata da dissolução do governo. Menciona que um dos motivos internos de dissolução consiste em agirem o legislativo ou o príncipe contrariamente ao encargo que receberam. A solução alvitada por Locke, que profliga a não quebra do pacto de Hobbes, consiste na substituição, do legislador ou do príncipe. Encontramos isto frisado em sua obra com uma clareza meridiana: "Sempre que, portanto, o legislativo transgredir esta regra fundamental da sociedade, e por ambição, temor, loucura ou corrupção, procurar apoderar-se ou entregar às mãos de terceiros, o encargo, o poder absoluto sobre a vida, liberdade e propriedade do povo perde, por esta infração ao encargo, o poder que o povo lhe entregou para fins completamente diferentes, fazendo-o voltar ao povo, que tem o direito de retomar a liberdade originária e, pela instituição de novo legislativo, conforme achar conveniente, prover à própria segurança e garantia, o que constitui o objetivo da sociedade. O que se disse acima a respeito do legislativo em geral também se aplica ao executor supremo, que, recebendo duplo encargo - ter parte no legislativo e exercer a suprema execução da lei -, age contra um e outro quando se esforça por firmar a própria vontade como lei da sociedade." (ibid., p. 121). É a isto que os americanos, à época da revolução, chamaram de "sagrada insurreição".

Paradoxalmente, visto que Locke se empenha com tanto vi-

gor em defender que o critério de julgamento do cumprimento ' do pacto fique nas mãos do povo, deixa o flanco aberto a uma crítica. O cap. XIV é especialmente destinado a descrever o ' que Locke chama de "prerrogativa". Segundo ele, "este poder ' de agir de acordo com a discrição a favor do bem público, sem a prescrição da lei e muita vez mesmo contra ela, é o que se ' chama prerrogativa". (ibid., p. 98). Parece que Locke percebe a contradição e mesmo pergunta: "A este respeito formularão a antiga pergunta sobre a prerrogativa: mas quem será juiz do u so acertado de tal poder? Responderei: entre um poder executi vo permanente possuindo semelhante prerrogativa e um legisla tivo que depende da vontade dele para reunir-se, não há juiz na terra; como também não pode haver nenhum entre o legislati vo e o povo, se o executivo ou o legislativo, quando uma vez obtiveram o poder, se proponham a escravizá-lo ou destruí-lo, ou passem a fazê-lo. Nisto o povo não tem outro remédio, como em todos os outros casos em que não há juiz na terra, senão a peler para o céu." (ibid., p. 100-1).

Em arremate ao cap., Locke confia nos príncipes sensatos como sendo capazes de evitar a aclamação do povo aos céus.

Duas observações nos parecem cabíveis: se Locke não faz ' depender toda a felicidade da comunidade do fato de os reis ' serem filósofos, tal como Platão em sua República, pelo menos em parte debita o bem estar da comunidade ao bom senso dos ' príncipes. E onde fica aqui a "sagrada insurreição"?

A outra pertine ao que falamos na introdução ao nosso ' trabalho, qual seja, a de que não há nos autores clássicos u ma preocupação em teorizar um poder julgador, dentro da tipolo gia política existente. Todos partem do pressuposto de que ' os conflitos serão naturalmente resolvidos; de que, se os ho mens são capazes de sair do estado de natureza, são incapazes de a ele tornar por meio de exercício inadequado do poder; e, se eventualmente houver uma quebra destes pressupostos, só ' considerada "in hypothesi" e não "in thesi", resta o apelo à ' autoridade divina, tão a gosto dos tempos medievais.

2.3. MONTESQUIEU - DO ESPÍRITO DAS LEIS

A preocupação de Montesquieu não é, tal qual a de Hobbes

e Locke, em teorizar um instrumento que fosse capaz de tirar os homens do estado de natureza. Antes, Montesquieu dirige o seu pensamento às organizações políticas já existentes e as analisa a partir de suas leis.

Entretanto, Montesquieu também não propugna um Poder Judiciário como órgão julgador dos atos dos outros dois poderes, embora defenda a sua separação. Segundo ele, o ideal seria o próprio legislativo controlar a execução das leis e até decidir as contendas daí inerentes. Entende Montesquieu que, "dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo. Restam apenas dois e, como esses poderes têm necessidade de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta de nobres é bastante capaz de produzir este efeito". (Do espírito ..., p. 151). Mais adiante continua: "Porém, se num Estado livre o poder legislativo não deve ter o direito de sustar o poder executivo, tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que maneira as leis que promulga devem ser executadas." (ibid., p. 152). Na mesma página vemos como Montesquieu tem em conta os juizes: "Porém, os juizes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu vigor. É, portanto, a parte do corpo legislativo que noutra ocasião dissemos ser um tribunal necessário, que aqui também é necessária; cabe a sua autoridade suprema moderar a lei em favor dela própria, pronunciando-a menos rigorosamente do que ela."

Tomando como paradigma a Inglaterra, Montesquieu argumenta em torno da separação dos poderes. Assim, "para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição poder ser de tal modo, que ninguém será constrangido a fazer coisas que a lei não obriga e a não fazer as que a lei permite". (ibid., p. 146).

A liberdade, para Montesquieu está diretamente relacionada com a separação dos poderes. Se para Hobbes os homens se tornam livres com a sujeição ao soberano, para Montesquieu a liberdade está conectada com a correta separação das funções do governo. Desta forma, "não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do

executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor". (ibid., p. 149). Montesquieu chega a ser drástico: "Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos". (ibid., p. 149).

Montesquieu inclusive se preocupa com a composição dos tribunais, como forma de manter a separação dos poderes. Segundo ele, "o poder de julgar não deve ser outorgado a um senado permanente mas exercido por pessoas extraídas do corpo do povo num certo período do ano, de modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário. Desta maneira, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a uma certa situação nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se tem constantemente juizes diante dos olhos e teme-se a magistratura mas não os magistrados". (ibid., p. 149).

A lei é para Montesquieu o critério de aferição. Ela coloca e se constitui no parâmetro pelo qual os cidadãos devem se dirigir. Da mesma forma, o julgamento deve estar sinalado por um texto claro da lei. Assim, "... , se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto, que nunca sejam mais do que um texto exato da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos". (ibid., p. 150).

Não há, por se assim dizer, um escritor político que se furte a uma tradição que vem desde Platão e Aristóteles, qual seja, a de classificar as formas de governo. Segundo Bobbio, as primeiras grandes classificações, oriundas de Platão e Aristóteles, possuem uma conotação mais descritiva, informando-se na observação histórica das organizações das cidades helênicas a partir de Homero. (A teoria das formas de governo, p. 27). Montesquieu não foge à regra. Entretanto, e não usando a tipologia consagrada, decide em torno da maneira de julgar em cada uma delas. Encontramos assim no cap. III, do

livro sexto, uma observação importante: "Quanto mais o governo se aproxima da república, tanto mais rígida se torna a maneira de julgar. (...). Nos Estados despóticos, não existe lei: a regra é o próprio juiz. Nos Estados monárquicos, existe uma lei e, onde esta é exata, o juiz a observa; onde não existe, ele procura-lhe o espírito. Nos governos republicanos é da natureza da constituição que os juizes observem literalmente a lei. Não existe um cidadão contra o qual se possa interpretar uma lei quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida." (ibid., p. 83).

Encontramos no barão de La Brède uma preocupação constante com a liberdade, o que é confirmado por vários autores. Escreve Chatelet: "De sua reflexão sobre o espírito das leis, ele induz uma nova classificação dos regimes políticos, ao cabo da qual o governo moderado, onde é assegurada uma separação de poderes, revela-se a única solução institucional da liberdade política." (Op. cit., p. 61).

Pedro Calmon igualmente observa que, "... , na república equilibrada de Montesquieu, onde a felicidade ingênua, dos tempos edênicos, se traduzia civilmente em Liberdade". (História das idéias políticas, p. 199).

O mesmo fato não passa despercebido a Gaetano Mosca: "En observant les conditions politiques de l'Angleterre du XVIII^e siècle, Montesquieu était arrivé à cette conviction: la liberté dont jouissaient les Anglais était le résultat de la division des pouvoirs." (Op. cit., p. 209).

2.4. ROUSSEAU - DO CONTRATO SOCIAL

Jean-Jacques Rousseau parece ser um escritor singular. De acordo com Mosca, "dans l'histoire de la pensée politique l'influence de Rousseau a été encore plus vaste et plus profonde que celle de Montesquieu". (ibid., p. 212).

Por sua vez, Chatelet assera: "A obra de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) deu lugar a uma multiplicidade de interpretações ainda hoje das mais contraditórias: Filósofo das Luzes, cujos princípios combate; teórico dos direitos naturais, que não poupa sarcasmos à Escola do Direito Natural; promotor de uma revolução liberal, cujas taras descreve antecipadamen-

te; individualista empenhado em construir os fundamentos do coletivismo totalitário." (Op. cit., p. 70).

Lemos em Pedro Calmon: "O seu contratualismo era distinto do de Grócio e Hobbes, porque não explicava a criação de governos, porém - preliminarmente - a associação humana." (Op. cit., p. 226). E como se forma esta associação humana em Rousseau? "Se separar-se, pois, do pacto social aquilo que não pertence a sua essência, ver-se-á que ele se reduz aos seguintes termos: Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral, e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo. Imediatamente, esse ato de associação produz, em lugar da pessoa particular de cada contratante, um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos são os votos da assembléia, e que, por este mesmo ato, ganha sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade." (Rousseau, Do contrato social, p. 33).

Rousseau afirma uma finalidade específica desta associação: "O tratado social tem como fim a conservação dos contratantes." (ibid., p. 51).

No livro segundo de sua obra está o cap. VI, todo dedicado à lei. Rousseau reconhece que toda justiça vem de Deus, sendo Ele a sua única fonte. Entretanto, os homens não são capazes de conviver somente com este manancial e, portanto, se fazem necessárias as leis. Segundo Rousseau, "toda a justiça vem de Deus, que é a sua única fonte; se soubéssemos, porém, recebê-la de tão alto, não teríamos necessidade nem de governo, nem de leis. (...). Considerando-se humanamente as coisas, as leis da justiça, dada a falta de sanção natural, tornam-se vãs para os homens; só fazem o bem do mau e o mal do justo, pois este as observa com todos, sem que ninguém as observe com ele. São, pois, necessárias convenções e leis para unir os direitos aos deveres, e conduzir a justiça a seu objetivo". (ibid., p. 53-4).

E de onde provêm as leis, uma vez que Rousseau as desconecta da fonte divina? As leis emanam do povo, da vontade geral. Argumenta Rousseau que, "as leis não são, propriamente, mais do que as condições da associação civil. O povo, submetido às leis, deve ser o seu autor. Só àqueles que se asso-

ciam cabe regulamentar as condições da sociedade". (ibid., p. 55).

Ao explicar a palavra "governo", Rousseau nela não inclui o Poder Judiciário. Assim, segundo ele, no corpo político "distinguem-se a força e a vontade, esta sob o nome de poder legislativo e aquela, de poder executivo". (ibid., p. 73). Mais adiante, Rousseau faz outra analogia: "O princípio da vida política reside na autoridade soberana. O poder legislativo é o coração do Estado; o poder executivo, o cérebro que dá movimento a todas as partes." (ibid., p. 102).

Deve ainda ser mencionado um detalhe importante da obra de Rousseau. Ao contrário de Locke, Hobbes, Althusius, Jurieu e outros, que afirmam ser o pacto resultante de um contrato, Rousseau o faz depender da própria lei. Asserta o autor do contrato social que "muitos pretenderam que o ato desse estabelecimento constituía um contrato entre o povo e os chefes que se dá, contrato pelo qual se estipulariam entre as duas partes as condições pelas quais uma se obrigaria a mandar e a outra a obedecer. Convir-se-á, estou certo, que assim teríamos uma estranha maneira de contratar". (ibid., p. 111). Mais adiante Rousseau arremata: "... resulta que o ato que institui o Governo não é de modo algum um contrato, mas uma lei." (ibid., p. 113).

De acordo com Pedro Calmon, "do seu panfleto contra o velho Estado - pregando a fundação do Estado popular - ficaram as expressões correntes de cidadão, em lugar de súdito, liberdade civil, ao invés de liberdade natural, soberania, atribuído do povo, não do rei, inalienável e indivizível; interesse público, manifestado pelas leis, e estas, irresistíveis e sagradas, porque produzidas pela vontade geral, habilitada pelo "pacto fundamental"; "liberdade e igualdade", seus objetivos; as diferenças simples de república e monarquia ... (Op. cit. p. 226).

3. UMA APRECIÇÃO A PARTE: O FEDERALISTA

Os parágrafos 78 a 83 da obra de Hamilton, Madison e Jay tratam especificamente do Poder Judiciário. Além da administração e competência, uma preocupação básica permeia o pensamento

dos pais da democracia americana: a função precípua dos juízes é a guarda da constituição. É importante assinalar esta tomada de posição, dentro do pensamento político: constitui um pressuposto indubitável e inquestionável a integridade da constituição, cabendo aos juízes velar por ele. Isto constitui, por se assim dizer, a viga-mestra do arcabouço político imaginado pelos autores do federalista. Hoje pode bem se avaliar o acerto desta assertiva, considerando a vetustez, cronológica, da constituição americana e o papel desempenhado pelo judiciário, em defendê-la atualizando-a.

Há um trecho muito expressivo deste pensamento no federalista: "É muito mais racional supor que as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgão intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, além de outras funções, manter este último dentro dos limites fixados para a sua atuação. O campo de ação próprio e peculiar das cortes se resume na interpretação das leis. Uma constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juízes." (Op. cit. p. 578).

O que estava sendo propugnado a nível da Federação encontra o seu germen no Estado da Pensilvânia, onde um Conselho de Censores possuía a incumbência de verificar o exato cumprimento da constituição. Assim, "o outro Estado que tomarei como exemplo é a Pensilvânia, com o aval do Conselho de Censores, que se reuniu nos anos de 1783 e 1784. A função deste órgão, conforme previsto na Constituição, era "verificar se ela (a Constituição) estava sendo mantida inviolável em todos os seus dispositivos e se os ramos executivo e legislativo do governo cumpriam seus deveres como guardiões do povo, ou se pretendiam para si ou exerciam outros ou maiores poderes do que os que pela Constituição lhes cabiam". No cumprimento desta missão, o conselho era necessariamente levado a comparar os procedimentos, tanto do Legislativo como do Executivo, com os poderes que a Constituição lhes atribuía." (ibid., p. 404).

Interessante observar que a Constituição estadunidense não prevê a faculdade do Poder Judiciário decidir sobre a constitucionalidade ou não das leis. Isto é fruto de criação jurisprudencial. Teve início no famoso julgamento feito pelo "Chief Justice" Marshall, em 1803, que tratou sobre o não me

nos famoso caso Marbury v. Madison.

É possível identificar com este julgamento o "insight" do pensamento destilado no federalista. A constituição é o critério básico e inarredável. Este é o dogma do qual depende tudo aquilo que foi expresso nos escritos dos escritores clássicos. Este dogma assinala numa barreira que indica a saída dos homens do estado de natureza para o estado civilizado. Ela mantém o estado de não-natureza, por se assim dizer.

4. O PENSAMENTO ATUAL

O livro décimo primeiro, cap. XX, do Espírito das leis, do barão de La Brède, encerra sugestivamente: "Desejaria verificar, em todos os governos moderados que conhecemos, qual é a distribuição dos três poderes e daí calcular os graus de liberdade que cada um pode usufruir. Mas nem sempre deve-se esgotar a ponto de nada deixar a cargo do leitor. Não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar." (Op. cit., p. 166).

Nossa pretensão, neste ponto, se resume a investigar até que ponto a sugestão de Montesquieu foi acolhida pelos filósofos e pensadores do direito. Evidentemente, devido a restrição deste trabalho, levaremos em conta apenas as figuras que nos pareçam as mais importantes, as que realmente têm algo a dizer.

4.1. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Segundo Hegel, "a ciência do direito faz parte da filosofia. O seu objeto é, por conseguinte, desenvolver, a partir do conceito, a Idéia porquanto esta é a razão do objeto, ou, o que é o mesmo, observar a evolução imanente própria da matéria". (Op. cit., p. 17).

Como vemos, para termos uma idéia do que seja o Tribunal Constitucional, é mister que o conceituemos. Karl-Heinz Seifert entende que "das Bundesverfassungsgericht ist ein echtes unabhängiges Gericht". (Das Deutsche Bundesrecht Taschenkommentar, S. 445). Traduzindo: o tribunal federal de garantias constitucionais é um autêntico tribunal independente.

Aqui apenas recordaremos que o Bundesverfassungsgericht

integra o poder judiciário alemão (ocidental), objeto não levado em consideração pelos autores clássicos. Outrossim, a independência é o eco da teoria da separação dos poderes de Montesquieu.

4.2. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

A primeira Constituição a prever um tribunal constitucional foi a Austríaca de 1920. Esta lhe chamou de Corte Constitucional (Verfassungsgericht).

A sua criação deve-se a influência do pensamento de Kelsen. Segundo ele, devia haver um poder com a finalidade única e exclusiva de controlar a constitucionalidade das leis. E isto é perfeitamente lógico dentro do esquema da pirâmide imaginada por Kelsen. Se a constituição dá validade à lei que lhe é imediatamente inferior, e assim sucessivamente, é de toda a conveniência que haja um órgão ou um poder com competência para se pronunciar a respeito.

De sua matriz Austríaca, o tribunal constitucional se espalhou pelo mundo. Hoje ele existe na Itália, na Espanha, em Portugal, na França e Alemanha (Occidental).

4.3. UMA TENTATIVA DE SITUAÇÃO

Se é verdade, como alguns dizem, que a filosofia é filha da necessidade, começaremos por dizer que o Tribunal Constitucional, além de estar conectado com a idéia da constituição (a Grundnorm de Kelsen, tão bem dissecada na "Teoria geral das normas"), é também filho do nosso século. A primeira grande guerra foi o acordar do sonho do séc. das luzes: não bastou os pensadores afirmarem a Razão e cultivarem o terreno para que ela florescesse. A plantinha da Razão que, segundo Kant, nasceu com a Revolução Francesa, teve um destino evanescente. A partir daí sobreveio a idéia de que não adianta apenas afirmar a Razão, é também necessário assegurá-la. A República de Weimar é outro ponto de tensão. "Como entender, com efeito," escreve Rita Thalmann, "o paradoxo dessa República nascida na confusão de um país transtornado pela guerra, traumatizado pela derrota e suas conseqüências, que viu nascer os

sonhos e a criatividade de homens e mulheres dos mais diversos horizontes?" (A república de Weimar, p. 07). E o nazismo? Se o seu ventre foi a desordem econômica, política e social, como evitá-lo? Talvez nisto tudo tenha faltado a experiência ao homem, embora não tenha ocorrido o mesmo com a teoria. Mas, como quer Kant, "não era, pois, por culpa da teoria se ela tinha pouco valor para a prática, mas sim porque não se encontrava aí teoria bastante que o homem deveria ter apreendido de experiência, e que é a verdadeira teoria..." (Pela paz perpétua e outros opúsculos, p. 58). Em outras palavras isto significa dizer: Hegel não conseguiu evitar a segunda grande guerra mas, com certeza, dela os homens extraíram lições e tomaram providências para evitar uma terceira. A experiência da guerra tornou também Hegel possível como experiência.

Continuando com o que temos a dizer, traremos a balha dos dois pensadores de grande envergadura: Kant e Hegel. Como estes dois homens viam o direito?

De acordo com Bobbio, Kant define o direito da seguinte forma: "O direito é o conjunto das condições, por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de um outro segundo uma lei universal de liberdade." (Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant, p. 70). O que Kant deseja com sua definição não é dizer o que o direito é, mas o que o direito deve ser. Para continuar a nossa argumentação, é necessário esclarecer como Kant entende uma ação justa: "Uma ação é justa, quando, por meio dela, ou segundo a sua máxima, a liberdade do arbítrio de um pode continuar com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei universal." Daí conclui Bobbio que Kant assera com esta definição um ideal de justiça, que Bobbio define como o da justiça como liberdade. (ibid. p. 72).

Na história do pensamento jurídico, várias teorias foram formuladas em torno da justiça. Bobbio as divide em três grupos: o primeiro a entende como ordem; a filosofia política de Hobbes é uma fiel tradução; o segundo a entende como igualdade; tem sua inspiração em Aristóteles, na sua justiça distributiva e comutativa; por fim, o terceiro a vê como liberdade. (ibid., p. 73).

Se a justiça é a liberdade, o homem deve necessariamente

assegurá-la por meio do direito. A liberdade, para todo o "philosophos" está para ser pensada na "sophia". Se até o séc. XIX a liberdade era um manjar dos pensadores, o séc. XX a proporciona praticamente a todos os mortais, pensadores ou não. E isso ocorre através das constituições dos modernos Estados democráticos: em todas elas há um capítulo relativo aos direitos e garantias individuais. E o Tribunal Constitucional exerce, precisamente na salvaguarda destes direitos e garantias, o seu maior papel. Para que a epígrafe do oráculo de Apólo, em Delfos, se concretize, é preciso, antes de mais nada, que o homem seja livre. Só é possível conhecer-se através da experiência com o mundo e, para tanto, a personalidade de cada um precisa ter o seu espaço. Kelsen, com a "Grundnorm" alvitrou um critério de convivência. É necessário, contudo, que o mesmo seja respeitado. A guerra e certos regimes políticos de nosso séc. demonstraram o quanto isto é fundamental. Cabe ainda acrescentar que, além da liberdade, este critério de convivência, juntamente com a sua constante afirmação por meio do Tribunal Constitucional, assegura também a ordem e, de certa forma, a igualdade.

Para Hegel, "o domínio do direito é o espírito em geral; aí, a sua base própria, o seu ponto de partida está na vontade livre, de tal modo que a liberdade constitui a sua substância e o seu destino e que o sistema do direito é o império da liberdade realizada, o mundo do espírito produzido como uma segunda natureza a partir de si mesmo". (Op. cit., p. 26). Hegel fala de uma vontade livre. Isso significa que não basta que os homens se pensem livres, mas que efetivamente o sejam.

Ainda, segundo Hegel, o direito tem a sua vida na lei, garantida por um tribunal: "Uma vez introduzido na existência com a forma da lei, o direito existe para si e opõe-se à vontade particular, à opinião subjetiva sobre o direito como sendo algo de autônomo. Deverá fazer-se valer como universal o acto de reconhecer e realizar o direito no caso particular; fora da impressão subjetiva dos interesses particulares, pertence a um poder público, ao tribunal." (ibid., p. 182). Se o sistema do direito é o império da liberdade, esta se faz na lei que é garantida por um tribunal. Lembremo-nos da

definição do "Bundesverfassungsgericht": um autêntico tribunal independente.

E o que entende Hegel por constituição? "Tais instituições formam a Constituição, quer dizer, a razão desenvolvida e realizada no particular e são, por conseguinte, a base segura do Estado bem como da confiança e dos sentimentos cívicos dos indivíduos, são os pilares da liberdade pública pois, por elas, é racional e real a liberdade particular e nelas se encontram reunidas a liberdade e a necessidade." (ibid., p. 212).

Hegel fala aí em instituições que formam a Constituição. Estas instituições são os valores que informam a norma ficta de Kelsen, norma ficta que é o pressuposto da Constituição. Em sua "Teoria geral da normas" escreve Kelsen: "É a norma fundamental da Moral cristã que fundamenta a validade de todas as normas da Moral cristã, uma norma "fundamento", porque acerca da razão de sua validade não mais pode ser indagado. Não é norma positiva, i.é, nenhuma norma fixada por um real ato de vontade, senão uma norma pressuposta no pensamento do cristão, quer dizer, uma norma fictícia." (Op. cit. p. 326). E mais adiante, com uma auto censura, arremata: "Por conseguinte, é de se observar que a norma fundamental, no sentido da vaihingeriana filosofia do Como-Se não é hipótese - como eu mesmo, acidentalmente, a qualifiquei -, e sim uma ficção que se distingue de uma hipótese pelo fato de que é acompanhada pela consciência ou, então, deve ser acompanhada, porque a ela não corresponde a realidade." (ibid., p. 329).

Assim, se a norma ficta é acompanhada de uma consciência, esta, por sua vez, tem presente a liberdade e, como corolário, está então a liberdade presente na constituição. Isso à nível da afirmação. Ao nível prático, corresponde a sua realização, que cabe ao direito. Ora, se os direitos e garantias individuais traduzem a consciência da liberdade que os homens têm de si, o Tribunal Constitucional (ao que os alemães acrescentam - das garantias constitucionais -), é o instrumento desta consciência que se deseja livre, uma vez que a vontade se manifesta no mundo fenomênico por meio da ação e, para que esta seja válida, é mister que nasça livre.

Resta ainda dizer que, embora para alguns a teoria de

Montesquieu já não mais satisfaz a complexidade que o Estado assumiu atualmente, a verdade é que a sua fórmula ainda não encontrou outra que a substituísse satisfatoriamente. Neste sentido, em sua teoria, o Judiciário teve inicialmente pouca importância. O executivo e o legislativo magnetizavam a argumentação. Hodiernamente ocorre coisa diversa. Não entraremos, conforme havíamos prometido no início do nosso trabalho, em detalhes positivos, i.é., perscrutar a competência, a organização e se o tribunal constitui um outro poder ou não. Isso, a nosso ver, sairia da perspectiva filosófica e tomaria um rumo analítico-positivo, uma vez que seria necessário nos atermos a uma constituição onde o tribunal constitucional está previsto.

Desejamos apenas salientar que a tipologia do tripé harmônico de Montesquieu recebeu um "plus". Este se constitui justamente no papel desempenhado pelo tribunal constitucional. Ele não apenas garante a liberdade dos cidadãos, mas vai além: ele garante a própria constituição. Esta assertiva encerra alguns pontos que, a nosso ver, merecem comentário, ainda que sucinto. O primeiro é o de que a constituição é também uma lei e, assim encarna a vontade geral ou, pelo menos, da maioria; o segundo é o de que o preço da convivência civilizada entre os homens subentende o respeito a esta lei, a constituição; e o terceiro e último, é o de que a constituição não mais é vista como algo divino ou milagroso, que "per se" garante a sua sobrevivência. Se uma comparação é válida, seria esta: o tribunal constitucional representa o médico, sendo o corpo a própria constituição. Assim como a nossa existência, e tudo o que esta compreende, precisa do corpo, assim também a constituição, e tudo o que nela se compreende, necessita de sua integridade para manter o corpo, por se assim dizer. E neste sentido se assinala um progresso em relação a Montesquieu: se no seu tempo a função de julgar era restrito a litígios que não se relacionavam com a constituição, hoje há um tribunal que decide se esta foi violada ou não. No fundo, o tribunal constitucional é o juiz, o critério para a manutenção daquilo que os homens inscreveram como sendo imprescindível para conviverem numa sociedade, na constituição. Isto nos leva a dizer que o tribunal constitucional vem provar a pere-

nidade do direito em si. Os homens, no atual estágio de civilização estão côm-scios dos valores que informam a sua existência. Se a norma ficta compreende este conjunto de valores, não tem sentido, e não ser que os homens se queiram tomar por cobaias, violentar os mesmos (valores) a todo instante. A realização do direito necessita da estabilidade da matriz que o informa. Isto não significa, por outro lado, uma completa estagnação. Se a consciência evolui e, com ela, os valores, que se muda a constituição se não for possível acompanhar a evolução por meio de uma interpretação. Uma coisa é violentar a regra de convivência, regra básica representada pela constituição; outra coisa, bem diversa, é alterá-la para o fim de adaptá-la a uma nova realidade.

5. CONCLUSÃO

É possível identificar, na trajetória do pensamento filosófico e político, três estágios: o primeiro representa uma tentativa de tirar os homens do estado de natureza; o segundo, já supondo esta evolução, argumenta em torno de se estabelecer quais as regras mais convenientes para a nova convivência; e o terceiro representa a tentativa de formular a garantia desta convivência.

Este terceiro estágio, que inclui a criação, ou melhor, a previsão constitucional dos tribunais constitucionais, também indica que o direito entrou em sua idade madura ou, por outra, que caminha sem muletas, com suas próprias pernas.

Encontramos no Leviatã grande parte dedicada ao poder eclesiástico; em Locke, por vezes se acha a alternativa sugerida de apelar para o alto. Montesquieu e Rousseau já se desvencilham destas alternativas. Hoje existe um critério baseado na "Grundnorm", sinal de que o valor foi incorporado, uma vez que está traduzido na constituição. Sob pena de nos tornarmos repetitivos, é necessário entretanto, para bem compreender e avançar, tornar a citar Kant: "O iluminismo é a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado. A menoridade consiste na incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem. (...). É tão cómodo ser menor. Se eu tiver um livro que tem entendimento por mim, um diretor es

26

piritual que tem em minha vez consciência moral, um médico que por mim decide a dieta, etc., então não preciso de eu próprio me esforçar. Não me é forçoso pensar, quando posso simplesmente pagar; outros empreenderão por mim essa tarefa aborrecida." (Op. cit., p. 11-2). Se compararmos com o que se lê em Maquiavel, não podemos deixar de reconhecer que o direito foi um bom aluno do Iluminismo, da Razão. Diz Maquiavel: "De fato, nunca nenhum legislador outorgou a seu povo leis de caráter extraordinário sem apelar para a divindade, pois sem isto não seriam aceitas." (Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio, p. 58).

O tribunal constitucional marca, por se assim dizer, o aniversário da maioria, uma vez que o critério de garantia da constituição está nela própria. Isto significa, para usarmos uma linguagem kantiana, que o direito não mais se serve do entendimento de outrem, mas do seu próprio. No passado, o simples fato de fundar o Estado era sinônimo de cidadania, com tudo o que este acarreta. Hoje, o próprio Estado reconheceu, por se assim dizer, a necessidade de garantir o que ele próprio prescreve e o que, no fundo, lhe dá a existência, a constituição.

Se então interrogarmos, tal como havíamos previsto na introdução ao nosso trabalho, qual o significado do tribunal constitucional no atual arranjo político, podemos responder: o tribunal constitucional é o coroamento do pensamento filosófico-político que teve início em Hobbes. No seu primórdio havia a preocupação de tirar o homem de um estado de sujeição à natureza; hoje, a atenção gira em torno de como manter, sem recorrer a subterfúgios, a conquista que é tributária daqueles primórdios.

Voltando, para encerrar, ao binômio razão-liberdade, lemos em José Heck: "a razão é obrigada em Kant a se reconhecer antagônica no momento em que se vê satisfeita em sua estrutura antinômica, i.é, a razão precisará da liberdade se quiser ser razão. Esta é a conquista filosófica do seu pensamento." (A liberdade em Kant, p. 65). A razão é, por se assim dizer, a alma do filósofo. Sem aquela, este não vive, o que significa que a liberdade é a alma gêmea da razão ou, se quisermos, a alma mãe. Com isto acreditamos haver deixado claro o con

vite aos filósofos, para que estes deixem a sua esfinge que encarna, na maioria das vezes, uma liberdade apenas teórica, e por isso, falsamente racional, para se ocuparem de uma liberdade prática, responsável pela sobrevivência da razão e, em consequência, da filosofia e deles próprios. E não seria o tribunal constitucional, por se assim dizer, o palco adequado para abrigar tão grave discussão?

1. CALVO, Pedro. Historia das ideias políticas. São Paulo, Ed. Livreria Freitas Bastos S.A., 1971.
2. CHATELET, François. Logos e Política. Rio de Janeiro, Ed. Paz e Terra, 1972.
3. CHATELET, François et alii. Historia das ideias políticas. Rio de Janeiro, Ed. Jorge Zahar, 1985.
4. HAMBRO, Alexander et alii. O federalismo. Brasília, UNB, 1984.
5. HECK, José F. A liberdade em Kant. Porto Alegre, Ed. Tróvica, 1983.
6. HECKEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios de filosofia do direito. 3 ed. Lisboa, Ed. Guimarães Ltda, 1985.
7. HOBBS, Thomas. Leviatã. 2 ed. São Paulo, Ed. Abril Cultural, 1979.
8. KANT, Immanuel. A paz perpétua e outros opúsculos. Lisboa, Ed. Edições 70, 8/8.
9. KELSEN, Hans. Teoria geral das normas. Porto Alegre, Ed. Sergio Antonio Fabris, 1985.
10. LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. 2 ed. São Paulo, Ed. Abril Cultural, 1975.
11. MACHIAVELLI, Nicolo. Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio. Brasília, UNB, 1979.
12. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondet. Do espírito das leis. 2 ed. São Paulo, Ed. Abril Cultural, 1979.
13. ROSA, Teodoro. Historia das doutrinas políticas. Paris, Ed. Payot, 1936.
14. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. 2 ed. São Paulo, Ed. Abril Cultural, 1979.
15. SCHEFFT, Karl-Heinz/HOMIG, Dieter. Das Deutsche Bundesrecht Verfassungsrecht. 2. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1984.
16. TINSLEY, Eric. República de Hobbes. Rio de Janeiro, Ed. Jorge Zahar, 1984.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BOBBIO, Norberto. A teoria das formas de governo. 3 ed. Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1980.
Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant. Brasília, Ed. UNB, 1984.
2. CALMON, Pedro. História das idéias políticas. São Paulo, Ed. Livreria Freitas Bastos S.A., 1952.
3. CHÂTELET, François. Logos e praxis. Rio de Janeiro, Ed. Paz e Terra, 1972.
4. CHÂTELET, François et alli. História das idéias políticas. Rio de Janeiro, Ed. Jorge Zahar, 1985.
5. HAMILTON, Alexander et alli. O federalista. Brasília, UNB, 1984.
6. HECK, José N. A liberdade em Kant. Porto Alegre, Ed. Movimento, 1963.
7. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da filosofia do direito. 3 ed. Lisboa, Ed. Guimarães Ltda, 1986.
8. HOBBS, Thomas. Leviatã. 2 ed. São Paulo, Ed. Abril Cultural, 1979.
9. KANT, Immanuel. A paz perpétua e outros opúsculos. Lisboa, Ed. Edições 70, s/d.
10. Kelsen, Hans. Teoria geral das normas. Porto Alegre, Ed. Sergio Antonio Fabris, 1986.
11. LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. 2 ed. São Paulo, Ed. Abril Cultural, 1979.
12. MACHIAVELLI, Nicolo. Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio. Brasília, UNB, 1979.
13. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. Do espírito das leis. 2 ed. São Paulo, Ed. Abril Cultural, 1979.
14. MOSCA, Gaetano. Histoire des doctrines politiques. Paris, Ed. Payot, 1936.
15. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. 2 ed. São Paulo, Ed. Abril Cultural, 1979.
16. SEIFERT, Karl-Heins/HOMIG, Dieter. Das Deutsche Bundesrecht Taschenkommentar. 2. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1985.
17. THALMANN, Rita. A república de Weimar. Rio de Janeiro, Ed. Jorge Zahar, 1988.