

A imutabilidade absoluta da constituição podia facilmente voltar-se em seu contrário, isto é, no direito de cada geração de recomeçar do princípio nos assuntos constitucionais, expresso no princípio de Thomas Jefferson: “the earth belongs to the living”. Aqui, nosso autor detecta a presença de um verdadeiro “individualismo geracional”, conseqüência extrema do individualismo em geral. Este princípio encontrou-se refletido em algumas elaborações constitucionais francesas, marcadas pela idéia absolutista do poder constituinte como ato de vontade soberana.

No entanto, nos desenvolvimentos subseqüentes do constitucionalismo² prevaleceu uma posição intermediária, exemplificada na exigência da continuidade da história constitucional, esposada por Madison. A relação existente entre a geração constituinte e as subseqüentes deveria ser semelhante à existente entre o pai (os “pais fundadores”) e os filhos sucessores, a quem cabe “melhorar e perpetuar” e não malograr o legado constitucional dos pais. Estavam postas as condições conceituais para a “sacralização” do ato de fundação constitucional, condição para a estabilidade de qualquer constituição. Formava-se um “mito constituinte” de modo que – quando se pretendia mudar a constituição – com freqüência, se começava por destruir os méritos dessa geração.

Por outro lado, na França surgiu a exigência política de encerrar o processo revolucionário, a fim de impedir que outros pudessem continuá-lo, fazendo-o atingir as conseqüências extremas das premissas radicalmente igualitárias que ela continha. Esta exigência comportava interromper irrevogavelmente o processo constituinte através da “fixação de alguns princípios” que constituíssem um terreno de segurança para a edificação de uma ordem constitucional. Assim, a constituição é convertida em instrumento de conservação³.

Todas as posições relacionadas ao problema da imobilidade e da mudança da constituição oriundas da revolução não são mais que variações de uma só crença: a de que a autoridade e o direito estão nas mãos dos homens quando assumem o empenho da atividade constituinte e se atribuem o poder de determinar o curso da história constitucional. A ciência constitucional positiva deveria ser a ciência da vontade constituinte confiada ao texto que autenticamente a expressava. No entanto, as circunstâncias históricas desse tempo não permitiram o desenvolvimento de um

positivismo legalista da constituição, ao contrário do que ocorreria com o código civil, causa de relações muito mais estáveis no campo do direito privado.⁴

Na história que surge – paradigmática e casuística – os episódios singulares têm significado: eles mostram ou “amestram”, como afirma Zagrebelsky (2005, p. 55). Esta é a razão pela qual as seqüências temporais, os desenvolvimentos, as concatenações no âmbito dos contextos deixam de interessar. Um fato vale tanto quanto outro, independentemente do tempo e do lugar. É assim que toda a ideologia constitucional da revolução está contida em sua posição ahistórica ou anti-histórica.

Enquanto os revolucionários franceses acreditavam que ao dar-se uma constituição estavam exercitando a mais plena e a mais criativa das liberdades, na perspectiva dos contra-revolucionários eles eram os irresponsáveis executores de um projeto providencial que os superava. A expressão que sintetiza essa concepção da história e sua relação com as forças individuais é a imagem dos homens como “escravos livres”: “hacen realmente lo que quieren, pero sin poder alterar los planes generales”⁵. Antecipava-se um modo geral de pensar, característico do romantismo e que chega à grande concepção da história como relação insondável de liberdade individual e grandes movimentos objetivos, exemplificado na obra de Leon Tolstói, *Guerra e Paz*. Todavia, no patrimônio do pensamento conservador existem duas noções de passado: não só um passado meramente temporal, mas também espiritual. Uma expressão e um conceito típico deste conservadorismo é o de “espírito de algo” (*Volks, Zeit, Weltgeist*). Esta concepção da história é associada com frequência a visões organicistas da sociedade, da sociedade política e do Estado. A reflexão sobre a história como continuidade de forças objetivas não poderia de modo algum apoiar-se em uma visão da história como fato produzido por uma multidão de indivíduos diferentes uns dos outros. Se fosse assim, não haveria história e sim múltiplas histórias individuais. Daí a exigência de conceber sujeitos históricos supra-individuais. É sobre o conceito de organismo social, sempre igual apesar da mudança de seus elementos formativos particulares, que se fundou a noção de unidade entre as gerações passadas, presentes e futuras. A partir desta concepção são abandonados tanto o princípio de Jefferson de que “a terra pertence aos vivos” como a pretensão de poder “recomeçar do zero”.

Se, para os conservadores, o sujeito político é o organismo social e a história é sua lei de vida, para os revolucionários os protagonistas são os indivíduos reunidos em sociedade e sua lei é a constituição. Conclui-se que a constituição do organicismo é sua história, e que a ciência constitucional é história constitucional.

Esta última consideração leva a um positivismo historicista, paralelo ao legalista. Em ambos casos, passa-se a adotar uma posição passiva com respeito a uma autoridade soberana, seja a de um legislador ou de uma assembléia constituinte. De fato, o historicismo jurídico não é necessariamente contrário à lei, sempre que esta seja uma lei declarativa e não constitutiva de direito. Enquanto positivismo, também o historicismo constitucional, ao impor ao jurista tomar a realidade “positiva” tal como é, lhe impede o exame crítico dos fundamentos, convertendo-se em uma concepção acrítica do direito.

Neste sentido, o positivismo da “situação concreta”, contrário ao pensamento que se projeta mais além do presente na busca dos ideais abstratos de justiça e liberdade, não é somente imposto pela insuficiência das faculdades humanas, senão que também é uma conclusão da lição oferecida pela história, em particular a história da França revolucionária. A aspiração ao universal, ao abstrato, ao futuro, é vista como a premissa de todas as crueldades justificadas ideologicamente. O costume é o direito por excelência já que é flexível, adaptável, expressão de um direito que se opõe a uma função prospectiva. A história é uma *historia filogenética*, que segue o nascimento, as transformações e inclusive a morte dos organismos jurídicos e de suas normas, em que não interessa a metafísica das essências. A ciência do direito, de ser universal como pretendia ser segundo a revolução, se converte em um patrimônio essencialmente nacional⁶.

Se as concepções da revolução punham a constituição sob a autoridade soberana da assembléia constituinte, as da conservação colocavam-na sob a autoridade soberana da história. Tanto o positivismo legislativo quanto o historicista privavam a ciência constitucional da possibilidade de desenvolver uma função crítica e criativa, já que em ambos os casos se abandonava a discussão sobre os fundamentos.

A razão para esta limitação estava no postulado da soberania. Tal postulado faltava no constitucionalismo da restauração e por esta

razão, se havia falado de estados sem soberania ou com soberania incerta ou não decidida. Existia o “partido absolutista” - que interpretava as Cartas como doações sempre revogáveis por parte da soberania régia -, assim como existia também o partido parlamentar -, que via na Câmara representativa o verdadeiro motor do sistema -, mas todo o constitucionalismo do século XIX pressupunha um sistema político que não havia sido fundado em uma eleição de tipo constituinte.

As características assumidas pela ciência constitucional deste tempo estavam justificadas por suas tarefas derivadas da natureza de seu próprio objeto, isto é, da constituição monárquico-representativa. Nestas condições históricas e políticas, a ciência constitucional não podia ser só ciência da constituição senão que deveria ser ciência “das condições” da constituição. Tais exigências constitucionais eram fixadas pelos dois perigos que a ameaçavam: o da reação e o da revolução. O primeiro teria levado à monarquia absoluta, o segundo à democracia. Neste duplo aspecto se manifestava o caráter indeciso da constituição de então, seu valor conservador-progressista.

Como qualquer questão referente ao método, também aqui se escondia uma questão de substância. A incerteza sobre as instituições constitucionais formadas pela monarquia representativa havia sido superada e a burguesia se generalizava no Estado, entendido este de modo idealista, como o universal abstrato da política.

Deste modo, o direito constitucional estava novamente imbricado à soberania. Tratava-se de uma soberania sem política, já que não era estabelecida por um sujeito constituinte (como poderia ser uma assembléia popular) capaz de uma vontade concreta e referida a uma abstração jurídica, o Estado, ponto de referência de um sistema conceitual puro, neutralizado politicamente. Abandonava-se tudo o que pudesse ter colocado o direito constitucional em contato com a variabilidade e a relatividade, isto é, a história.

Caso se queira retomar do princípio os termos da relação entre história e direito constitucional deve-se tentar olhar além das primeiras aparências. Estas, mostram-nos constituições escritas, produzidas por assembléias legislativas soberanas, dotadas de poder constituinte, o que pode induzir a uma volta às primeiras idéias do constitucionalismo revolucionário: a vontade constituinte

contida em um texto escrito, a ciência do direito como guardiã desta, a ineficácia de qualquer outro componente da experiência constitucional; em suma, a heterogeneidade entre ciência do direito constitucional e historiografia constitucional.

Atualmente, as constituições apresentam diferenças com relação às anteriores; mudou a prestação fundamental da constituição, de “ato criativo” para “texto responsivo”. E mudou nossa posição frente à constituição: de obedientes a interrogantes. A constituição que exige sujeição ao projeto político-social que imperativamente estabelece abriu espaço para aquela em que nos dirigimos a fim de buscar as respostas das questões suscitadas pelos casos difíceis da vida constitucional.

A razão fundamental desta verdadeira “mutação genética” se encontra na queda da soberania. Mas nem por isso a constituição deixou de ser necessária. “Sólo que no puede ya ser considerada, como en un tiempo lo fue, el punto de partida del que irradia una fuerza unívoca e incondicionada, ya que se há convertido más bien en un campo de gravitación, un punto de llegada y de convergencia del pluralismo político y social.”⁷

Esta ruptura afeta a própria noção de positividade da constituição. A constituição revolucionária era positiva porque fora criada através de um ato de vontade inicial, limitado no tempo. Já a constituição do pluralismo contemporâneo é positiva apenas na medida em que a competição entre as inúmeras vontades a recria continuamente. É a convergência de vontades que redefine continuamente o alcance histórico-concreto dela. Em suma, a positividade da constituição revolucionária era *a priori*; a da constituição pluralista é *a posteriori*.

Para esclarecer a relação do direito constitucional com a historiografia constitucional é preciso, então, verificar o que seja a positividade da constituição, já que o papel das ciências “heterogêneas” com respeito ao jurídico-constitucional disso depende. Neste caso, existem diferenças profundas que se referem tanto às características originárias das diversas constituições, enquanto documentos normativos, como às condições constitucionais materiais específicas nas quais tais documentos devem operar.

Pluralismo constitucional não significa, ao modo do *Ancien Regime*, soma de enclaves particulares, corporativismo. O que as

diferentes partes constituintes pretendem que seja sancionado na constituição normalmente é algo “particular” em sua procedência, mas é também “geral” como conteúdo, assim como particulares e gerais são as ideologias políticas que de um modo pluralista são vertidas na constituição.

A constituição pluralista não é nem um mandato nem um contrato. Neste ponto interessa saber que coisa não é, porque isto conduz a entender a inaplicabilidade dos métodos da ciência jurídica elaborados pelo positivismo em relação aos textos expressivos de vontades ou de acordos. Neste caso, não é suficiente a teoria da interpretação nem da lei, nem do contrato. Como não existe uma vontade constituinte, a interpretação da constituição pluralista não pode ser feita tal como a interpretação de uma lei. Nem sequer pode ser feita como interpretação de um contrato, já que nos conteúdos constitucionais particulares não existe nenhum intercâmbio de consensos entre as partes.

O essencial é que nas constituições pluralistas, como regra, são inseridos princípios universais, segundo as pretensões acordadas pelas “partes”; todavia, lhes falta a regulação da compatibilidade entre eles, a solução das “colisões” e a fixação dos pontos de equilíbrio. Esta é uma tarefa da ciência constitucional sobre a qual o positivismo legislativo, por sua vinculação a um direito já determinado, nada tem nada a contribuir.

É assim que hoje a autonomia de vontade constituinte depende, sobretudo, de razões externas à constituição como texto normativo. Com respeito à época constituinte se produziu uma ruptura. Em termos jeffersonianos, a “geração dos vivos” emancipou-se da “geração dos pais” e desapareceu a presunção absoluta de legitimidade da constituição. Seu valor já não é um *a priori* da vida política e social: “No es la constitución la que manda, sino que somos nosotros los que la interrogamos y nos reconocemos el poder decisivo, el de formular las preguntas que nos interesan.”⁸ Como é duvidosa a existência de um dever de fidelidade que nos vincule a vontade constituinte, não interessa mais saber qual é essa vontade e sim, se, nestas fórmulas, podem ser encontradas as respostas ou indícios de respostas aos atuais problemas políticos e sociais.

A legitimidade da constituição depende, então, da capacidade de oferecer respostas adequadas ao nosso tempo ou, mais

precisamente, da capacidade da ciência constitucional de buscar e encontrar essas respostas na constituição: “la constitución no dice, somos nosotros los que la hacemos decir.”⁹

Neste caso, verifica-se que as normas constitucionais de princípio são apenas formulações sintéticas, quase privadas de significado das matrizes histórico-ideais do ordenamento. Por um lado, elas declaram as raízes e, por outro, indicam uma direção, isto é, oferecem um ponto de referência no passado e, ao mesmo tempo, orientam o futuro¹⁰.

Se a constituição da revolução olhava somente para frente e a constituição da conservação olhava somente para trás, “Las constituciones de nuestro tiempo miran al futuro teniendo firme el pasado, es decir, el patrimonio de experiencia histórico-constitucional que quieren salvaguardar y enriquecer.”¹¹ Assim, passado e futuro se unem em uma única linha, do mesmo modo que são os valores do passado que orientam a busca do futuro e este obriga a uma relativização do patrimônio do passado, na contínua redefinição dos princípios que convivem nas constituições.

Notas

- 1 Gustavo Zagrebelsky (1943) é Juiz e presidente da Corte constitucional italiana e Professor de Direito constitucional na Universidade de Turim. Suas obras (*La Giustizia costituzionale* de 1977, *Diritto costituzionale* de 1984, *Società-Stato-Costituzione* de 1988 e *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* de 2003) fazem com que seja considerado um dos expoentes da atual corrente neoconstitucionalista.
- 2 Maurizio Fioravanti define constitucionalismo como: “[...] el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar en el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto del límite y de la garantía.” (FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** de la Antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 85)
- 3 Neste caso, a famosa frase de Napoleão Bonaparte *La Révolution est finie*, acabou por representar quase a “constituição material” de seu êxito e sua dupla e ambígua posição de garante e conservador da Revolução. (ZAGREBELSKY, 2005, p. 47-48)
- 4 Neste ponto Zagrebelsky menciona a experiência dos Estados Unidos. Ali, ainda que a tradição dos direitos naturais individuais não fosse favorável a este tipo de positivismo, a vontade ou o “mito” da vontade dos “pais fundadores”, como

objeto e razão da investigação do direito constitucional, se afirmou, e marca até hoje o debate sobre a interpretação constitucional, conhecido entre nós através da obra de R. Dworkin. Assumindo a vontade constituinte confiada a um texto como ponto de inflexão entre um “antes” não constitucional e um “depois” constitucional, a ciência jurídica da constituição se manifesta como o instrumento para assegurar o corte de um “então para frente”. (ZAGREBELSKY, 2005, p. 52).

5 MAISTRE, J. de *Considérations sur la France* apud ZAGREBELSKY, 2005, p. 57.

6 De acordo com Savigny: “La historia por tanto no es una simple recopilación de ejemplos, sino la única vía para el conocimiento verdadero de nuestra propia condición [...] No se trata tanto de elegir entre el bien y el mal, como si fuera un bien la aceptación de lo que nos es dado y un mal su rechazo; ambos son igualmente posibles. En sentido estricto este rechazo de lo dado es imposible, ya que nos domina inevitablemente y nosotros podemos solamente engañarnos pero no cambiarlo”. (apud ZAGREBELSKY, 2005, p. 68)

7 ZAGREBELSKY, 2005, p. 81-82. Ver também, do mesmo autor. **El Derecho dúctil**. Ley, derechos justicia. Traducción de Marina Gascón. 4 ed. Madrid: Trotta, 2002. 156p.

8 ZAGREBELSKY, 2005, p. 88

9 ZAGREBELSKY, 2005, p. 88

10 Como exemplo o autor menciona o fato de que quando a Constituição proclama como princípio, a inviolabilidade da pessoa humana, primeiramente insere na fase atual do direito constitucional do país em questão, a grande tradição do *habeas corpus* e logo, obriga a desenvolver os meios de proteção até hoje inventados, de modo que eles possam fazer frente aos sempre possíveis e novos perigos.

11 ZAGREBELSKY, 2005, p. 89

Referências

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la Antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: 2001, p. 85

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Ley, derechos justicia. Traducción de Marina Gascón. 4 ed. Madrid: 2002. 156 p.

_____. *História y Constitución*. Traducción de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005. 91 p.