

Sobre o "Direito Civil Constitucional"

(Notas sobre a Crise do Classicismo Jurídico)

Nelson Saldanha

Doutor em Direito, Professr do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE.

1 Alusão a contextos e padrões

Pedindo permissão aos civilistas, apresento nestas breves páginas algumas considerações sobre a possível relação entre o problema do hoje chamado “Direito Civil Constitucional” e o do Classicismo (e do Romantismo) no Direito.

SUMÁRIO

- 1 Alusão a contextos e padrões;*
- 2 Classicismo e romantismo na cultura ocidental moderna;*
- 3 O clássico na teoria do direito;*
- 4 A crise do clássico: romantismo?*
- 5 O chamado direito civil constitucional;*
- 6 Observações.*

É evidente que o pensamento jurídico, como o político e o sociológico, guarda relações com contextos culturais, com padrões e “estilos” que influem sobre as formulações básicas, sobre a tematização e a linguagem. A estruturação dos textos medievais, tanto à época dos glosadores como ao tempo dos pós-glosadores, é algo inteiramente distinta da ordem interna apresentada nas obras dos pandectistas; distintas, ambas, dos livros produzidos no século XX. O mesmo se diga da diferença entre a seriação dos capítulos em *O Príncipe* de MAQUIAVEL e a dos da *Teoria da Constituição* de CARL SCHMITT.

2 Classicismo e romantismo na cultura ocidental moderna

Classicismo e Romantismo constituem dois conceitos genéricos que sempre ajudaram os historiadores da cultura a entender determinadas obras e idéias. WOELFFLIN mencionou o barroco como um padrão – e não apenas como fase ou escola –, um padrão que pode ser encontrado em épocas diferentes (assim teria havido traços barrocos na cultura bizantina, como na arquitetura da *belle époque*, e assim por diante). Clássico e romântico permanecem, enquanto conceitos, disponíveis para designar não somente padrões artísticos, mas também formas literárias e até tipos de filosofia: DESCARTES foi inegavelmente um clássico, como NIETZSCHE um romântico, além de outros casos menos óbvios.

Historicamente, o Classicismo correspondeu ao processo de secularização, com a autoconfiança que passou do Renascimento ao Iluminismo: fé na razão como faculdade conchedora e instrumento de organização, a razão com estrutura da mente humana identificada à própria ordem universal (*ordo et connexio rerum idem est ac ordo et connexio idearum*, escreveu SPINOZA). O Romantismo, entretanto, aparece como crise da cultura ocidental secularizada: crise da razão e do racionalismo, emersão de valores emocionais, retorno de componentes teológicos, revalorização da tradição.

Com o Romantismo rompem-se as “idéias claras e distintas” do cartesianismo. Diluem-se as delimitações e separações que o *esprit classique* havia estabelecido. Na literatura inventa-se o drama, que nas mãos de VICTOR HUGO (e um pouco nas de WAGNER) tenta desfazer a secular distinção entre comédia e tragédia. Do mesmo modo, a diferença entre poesia e prosa, inclusive com o advento do “poema em prosa”. GARRETT, em Portugal, afirmava que o verdadeiramente nacional é o popular, coonestando o aproveitamento de elementos “populares” nas obras “eruditas”, como vinha sendo feito inclusive na música (no século XX continuaria o processo de penetração do popular e do “folclórico” na arte *soi-disant erudita*). A própria distinção entre o masculino e o feminino entraria em crise depois de certo tempo, sobretudo no século XX.

EDGARD BODENHEIMER, tratando do tema no campo do Direito, atribui à visão clássica o amor da ordem, da harmonia, da síntese e do equilíbrio; à romântica a hostilidade ao regular e a valorização da individualidade, inclusive como algo presente na natureza.¹

3 O clássico na teoria do direito

A ciência do Direito, delineada pelos antigos romanos (não sendo de desprezar-se as antecipações gregas) sobretudo nos textos que ficaram como clássicos, desenvol-

¹ EDGARD BODENHEIMER, “Classicismo y romanticismo en el derecho”, em *Ciencia jurídica – simposio*, tomo IV, Univ. Nacional de La Plata, 1973, p. 27 e ss. e 289. Nesta última, se acha citada a célebre frase de GOETHE sobre o clássico como saudável e o romântico como mórbido.

veu-se nos séculos do medievo dentro de produções pouco “sistêmáticas”, mas sempre balizada por referências definidas: os autores tidos como “autoridades”, os temas recorrentes, as soluções guardadas como canônicas. Renascimento e Iluminismo herdam algo daqueles séculos, dentro agora de uma experiência nova, a do *Estado*_redefinido em âmbito nacional e necessitado de uma ordem jurídica coerente. Neste contexto, o “clássico” se configura como ordenação racional, tanto no método que com DESCARTES se tomou referência necessária, quanto na própria estruturação do pensamento político (que em SIEYÈS aparece como arquitetura) e ainda na idéia de Direito escrito, que desde o início aponta a noção de Código: o Código como ordenação racional, coerente e tanto quanto possível definitiva do Direito.

Ao clássico corresponde historicamente a valorização das diferenças, ínsita na menção cartesiana às idéias “claras e distintas”: diferenças lógicas e metodológicas que correspondem às distinções presentes na literatura (os “gêneros”) e também na vida social e nas concepções éticas: homem e mulher, sagrado e profano, direita e esquerda. Ao clássico corresponde o chamado pensamento classificatório. FOUCAULT mencionou a aparição, ao tempo da formação das ciências basicamente modernas, de uma tendência dominan-

temente analítica e formalizante.² Com isto, a estimação da *análise*: SARTRE escreveu que o burguês é sempre analítico. Justamente o burguês cuja presença condicionou a secularização e o racionalismo. E daí a tendência analítica do jurista na cultura burguesa, cultura racionalista e científica; tendência perceptível sobretudo em certos “momentos” do saber jurídico moderno e contemporâneo. O que não significa que não haja uma presença do burguês nas etapas românticas, mas isto é outra coisa.

O Romantismo, ao menos em parte e sob certo prisma, favorece a igualitarização;³ e ameaça, inclusive no que concerne ao amor pela história, o reinado do racionalismo. Desde DESCARTES e desde VICO, o pensamento ocidental vem oscilando entre a inclinação racional-analítica-metodizante e a historizante-axiológica, latentemente sintética.

O período clássico, inclusive no estágio iluminista, ao prestigiar a idéia do Direito legislado, prestigiou, ao lado da imagem do Código (que é genérica), a figura da *Constituição*, tornada específica em face da acepção que possuía ao tempo de ROUSSEAU, por força de condicionamentos políticos. Criou-se o constitucionalismo como corrente de idéias e como modelo estatal real; e com ele, como demonstrou MATEUCCI, abriu-se o caminho para o juspositivismo.⁴

² MICHEL FOUCAULT, *Les mots et les choses*, NRF, Gallimard, 1966, *passim*.

³ Assim AUGUST BEBEL, socialista alemão do século XIX, previa que a vida social do futuro seria predominantemente pública, e que a posição da mulher se alteraria, inclusive com sua participação nos debates políticos: cf. *Woman in the past, present and future*, trad. A. Walter, 3. ed., Londres s.d., p. 221. A propósito, nosso *O Jardim e a Praça. O Privado e o Público na Vida Social e Histórica*. São Paulo: Edusp, 1993, p. 88.

⁴ NICOLA MATEUCCI, “Positivismo giuridico e costituzionalismo”, em *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, ano XVIII, nº 3, set./1963.

Talvez se possa dizer que no Direito (e no pensamento jurídico) o clássico é o juspositivismo: HOBBES, BODIN, o legalismo da Escola de Exegese.⁵ Isto sem embargo de ter havido um jusnaturalismo na época clássica, precisamente com o mais celebrado dos jusnaturalistas da época, GRÓCIO. O que é, também, outra história.

Ora, um dos itens centrais do Direito, com o advento das codificações e das constituições, algo que ficou como um dado fundamental – segundo a maioria dos autores – para a compreensão do “mundo jurídico”, foi a distinção entre Direito Público e Direito Privado. Os privatistas, ao tratarem de leis (como DOMAT), ou depois, ao comentarem o Código de 1804, não tomavam em consideração o “Direito Público”. BUGNET, ao centrar seu ensinamento sobre o *Code* e não sobre o *Direito Civil*, nem sequer pensava no Direito Constitucional; e SAVIGNY chegou a considerar que só o Direito Privado seria passível de tratamento científico.⁶ Durante muito tempo a distinção entre Direito Público e Direito Privado pareceu a muitos uma espécie de *a priori*, inerente à própria estrutura da ordem jurídica positiva; depois é que surgiram estudos tendentes a relacioná-la a determinadas condições, primordialmente a presença do Estado (como no caso romano ao tempo de UPLIANO, ou no caso da Europa ao tempo de NAPOLEÃO).

4 A crise do clássico: romantismo?

Advém, entretanto, a crise do Classicismo, que é a crise do racionalismo e de outras coisas como a fé no progresso, na lei e nos cânones estéticos. Cânone e códigos são correlatos. Não se trata de um momento; a crise não ocorre como uma fratura súbita. Ocorrem crises, em diferentes pontos e em diferentes momentos. Há, às vezes, oscilações e retomadas;⁷ juntam-se partes anteriormente separadas, ou separam-se partes anteriormente ligadas.

Com freqüência, como se sabe, uma determinada formação histórica (histórico-cultural), ao chegar ao apogeu, entra na verdade em crise: assim o racionalismo filosófico moderno com o pensamento de KANT, assim o racionalismo jurídico com KELSEN.

A crise do Classicismo – agora aludido ao Classicismo dos séculos XVII e XVIII – desagua no Romantismo, com seus retornos (retorno à Idade Média, à teologia, às tradições), com sua reivindicação da vida e do concreto (não o concreto no sentido hegeliano). O jurista é convocado para assumir a história: não mais apenas o sistema e os conceitos. Também a assumir o contorno social do Direito: a sociologia, sobretudo após EHRLICH, impõe-se como ciência conhecedora das realidades humanas em que

5 JULIEN BONNECASE, *L'École de l'Exégèse en Droit Civil* (Paris, ed. Boccard, 1924), *passim*.

6 BERNARD GROETHUYSEN, em página exemplar, mencionou a filiação do direito público pós-revolucionário ao jusnaturalismo, e a do direito privado ao direito romano e à propriedade (*Philosophie de la Révolution Française*, précédé de Montesquieu, Gallimard, Paris, 1956, cap. VII).

7 Muito interessante, a respeito, o artigo de HERMAN KANTROWICZ sobre as épocas da ciência do Direito, datado de 1914 e reproduzido como § 24 na *Introducción a la Filosofía del derecho* de GUSTAV RADBRUCH (Ed. FCE, Bogotá, 1997).

o Direito ocorre. Aparecem obras que tratam da insuficiência da lei, ou mesmo do “conflito” entre os códigos e a “vida” do Direito.⁸

5 O chamado direito civil constitucional

A crise do Classicismo e do racionalismo é correlata da crise dos códigos, bem como da tendência a rever delimitações e a refazer o traçado dos conceitos fundamentais da ciência. Aos poucos desconfia-se do *esprit de géométrie*, das certezas ditas (impropriamente) “dogmáticas”, da onipotência do método, da autonomia do jurista e do jurídico dentro da vida social. Reexaminam-se conexões. Procura-se o direito na consciência, contra o severo objetivismo anterior: perigosa procura, mas significativa. O normativismo veio, em parte, da fenomenologia, que desconfiava do *eu* empírico; agora volta-se ao *eu* empírico, e tem-se junto com ele os valores e as incertezas, dançantes incertezas que existem nas estruturas da vida.⁹

Daí repensarem-se os limites entre Direito Civil e Direito Penal, entre Direito Constitucional e Direito Civil. Retoma-se

o trato com os elementos que “são” de um ramo e explicitam-se em outro. Vai-se reinterpretar aquilo que, “estando” na constituição, representa conteúdo processual ou privatístico. LUCHAIRE, que encontro citado em JOAQUÍN ARCE, assinalou há vinte anos a ocorrência de uma “maior interpenetração atual entre todas as disciplinas jurídicas, e de modo particular entre o Direito Constitucional e o Direito Civil”.¹⁰

Presta-se a isso a mudança de perfil do Direito Constitucional, que se amplia; ao mesmo tempo a crise da codificação – NATALINO IRTI referiu-se à “decodificação” – favorece a revisão da vários conceitos, como os de princípio, fonte, ordenamento e outros. Não sei se o nome certo seria “Direito Civil Constitucional”, mas o problema existe e o processo está em curso.

6 Observações

Não quero dizer que o ocidente esteja, desde cinquenta ou cem anos, vivendo um novo “Romantismo”, mas que o Classicismo jurídico se acha em crise, atingido em suas características centrais. Sob

-
- 8 Cf. Nossa *Sociologia do Direito* (4. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999), §§ 11 e 12. Em seu livro *Science du Droit et Romantisme*, JULIEN BONNECASE mencionou a tendência do romantismo jurídico no sentido de negar a separação entre moral e direito, e de ligar o fundamento do direito aos dados sentimentais e às consciências individuais (Ed. Sirey, Paris, 1928, *passim*).
- 9 “A crise do sistema clássico do Direito Civil suscita, antes de mais nada, questões concernentes à sua historicidade, à análise da inter-relação entre direito e sociedade, e ao princípio do dinamismo que impinge ao direito seu eterno diálogo como o meio social, seu tempo e seu espaço” (FACCHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 22). – V. também NETTO LOBO, Paulo Luiz. “Constitucionalização do Direito Civil”, in *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, nº 141, mar./1999.
- 10 JOAQUÍN ARCE y FÓREZ-VALDÉS, *El derecho civil constitucional*, Madrid, Ed. Civitas, 1991, p. 16. Cf. também AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 76 – Eu mesmo, no capítulo IX de *Formação da Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, examinei as relações entre a teoria constitucional e o direito privado durante o século XIX.

certo aspecto, o contexto que se veio instalando desde o fim da Segunda Guerra corresponde a um declínio, o declínio da cultura ocidental de que falaram tantos autores desde o início do século XX. Semelhante contexto, sobretudo a partir dos anos sessenta, equivale ao que outros vêm chamando (com termo pouco feliz) de “pós-moderno”.¹¹ Um problema algo mais que verbal seria o de saber se o “pós-moderno”, sendo pós-clássico, é também pós-burguês: parece-me que não, até porque o Romantismo de que se vem tratando é também produto do ocidente burguês.

Movimentos como “decodificação” e conceitos como o de “pluralismo”, bem como o repúdio à idéia racionalista de norma, parecem relacionar-se com o “raciovitalismo” de ORTEGA, ou com o seu perspectivismo, apesar do sentido distinto que estas coisas possuíam no pensamento do mestre espanhol. Relacionam-se seguramente com a perda da estimativa fundamental da *unidade*, que foi própria do espírito grego e também dos clássicos modernos. De qualquer sorte, parece-nos certo que o contexto é de crise. Crises, porém, existem em todas as épocas e sempre são atravessadas – embora ressurjam.

11 Segundo ERIK JAYME, a cultura jurídica pós-moderna se caracterizaria por “quatro fenômenos: o pluralismo, a comunicação, a narrativa e o retorno aos sentimentos” (cf. GUSTAVO TEPEDINO, em TEPEDINO, Gustavo, org. *Problemas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar 2000, p. 6).