

**Império da Lei, Insuficiência da Lei, Decisão e Arbítrio na
Obra de Benjamin Constant**

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

(Linha de fomento: FAPESP)

Trabalho Preparado para Apresentação no 43º Encontro Anual da
ANPOCS

SPG30 – Teoria Política e Fundamentos da Democracia:
problemas normativos e conceituais

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 ser demasiadamente absoluta e racionalista. 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, em cuja obra o imperativo do império da lei e o de sua relativização aparecem como uma antinomia da experiência democrática moderna.

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

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.

constitucionais em nome da salvação pública (LAQUIÈZE, 2003). Em parte, essa interpretação é autorizada pela recorrência com que Constant criticou o emprego 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 (a partir de agora, *PPAG*), 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, de Cesare Beccaria a Jeremy Bentham. 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).⁵

Não faz parte dos objetivos deste trabalho rediscutir essa caracterização de Rosanvallon sobre o ideal de império da lei durante a Revolução Francesa. Essa

⁵ A caracterização de Rosanvallon sobre a “cultura política da generalidade” característica da Revolução Francesa é desenvolvida de modo mais completo em ROSANVALLON, 2004, p. 25-105.

caracterização nos serve como ponto de partida para a compreensão do contexto 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”⁶ 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). O autor retomava assim uma concepção da atividade judicial consagrada por Beccaria em seu clássico *Dos delitos e das penas*, de 1764 (BECCARIA, 2011, p. 16), mas alargando o paradigma do silogismo de modo a aplicá-lo também ao Poder Executivo, pensado como um calculador mais do que como uma verdadeira autoridade capaz de tomar uma decisão: “Os depositários desse poder não

⁶ A expressão francesa *légitimisme* é de aplicação controversa na teoria política. Segundo Pasquino (1994, p. 109, nota 10), essa palavra “é ou um sinônimo para expressões como *rule of law* ou *Rechtsstaat*, ou não tem um significado claro, a não ser como um antônimo de um *décrotocentrisme* específico de um governo despótico”. Por isso, o autor prefere a expressão *légitimocentrisme*, entendendo por isso a supremacia absoluta do Poder Legislativo em relação aos outros poderes. Utilizamos aqui “legicentrismo” em um sentido que transcende a supremacia do Poder Legislativo, resultando em uma sacralização da lei que impossibilita o conceito de decisão.

ordenam, eles raciocinam, eles buscam conhecer um fato, ou o constatarem” (CONDORCET, 1847, p. 596).⁷

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. Patrice Gueniffey demonstra que as medidas de exceção e o modo de as enquadrar para impedir sua degeneração em arbítrio foram um problema levado a sério pelos revolucionários franceses desde a reunião da Assembleia Nacional Constituinte em 1789, as próprias teorias contratualistas dos séculos XVII e XVIII abrindo brechas para se pensar e se defender publicamente as leis de exceção (GUENIFFEY, 2000, Cap. 7). O esforço de enquadrar legalmente as situações em que medidas excepcionais seriam necessárias para garantir a segurança do Estado não impediu que, a partir de 1791, a radicalização da Revolução Francesa operasse por meio de rupturas constitucionais e golpes de Estado que fizeram da exceção a nova regra, adiando-se para um momento de paz e de conclusão da Revolução o gozo do almejado império da lei. 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.⁸ É nesse momento que Constant entra na cena pública e intelectual francesa, e suas investidas contra o arbítrio devem ser entendidas no interior

⁷ A compreensão da aplicação da lei como um silogismo, consagrada por Beccaria, é recorrente nessa época. Para outro exemplo, ver: KANT (2013, p. 119).

⁸ 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).

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.⁹ 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.¹⁰

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,¹¹ ou como uma atitude coerente com o conjunto de sua teoria política,¹² ou ainda como um indício da hipocrisia e do oportunismo de seu liberalismo,¹³ consideramos mais profícuo interpretar essa experiência como um teste que obrigou o autor a adicionar complexidade a sua proposta de erradicação do

⁹ 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.

¹⁰ Os textos de Constant do período diretorial a que se faz referência aqui se encontram em CONSTANT, 1998.

¹¹ FONTANA, 1991, p. 27-28; LAQUIÈZE, 2003.

¹² HOLMES, 1984, p. 11-12.

¹³ MATHIEZ, 1929, p. 11.

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), interpretado por nós como um modo de incorporar o arbítrio de forma controlada ao sistema institucional, impedindo sua deriva tirânica (FRELLER, 2019).¹⁴

Todavia, é nos *PPAG* 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 *PPAG* 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*,

¹⁴ 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.

fundou sua eloquente e absurda teoria sobre a subversão desse princípio. Todos os males da Revolução Francesa vieram dessa subversão” (CONSTANT *apud* HOFMANN, 1980, p. 21). Esse princípio é, *grosso modo*, o da limitação da autoridade política e social, em outras 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 *apud* HOFMANN, 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 *PPAG* (“De la multiplicité des lois”). Segundo Constant, esse mal é especialmente comum nos Estados livres e nos governos populares, pois estes se guiam 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 em relação ao 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 *PPAG*, 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.¹⁵ 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 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; CONSTANT *apud* HOFMANN, 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.¹⁶ 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 difundo no povo. Seu principal adversário nessa questão é Gach, autor de *Des vices de l’institution du jury en France* (1804). Para Gach, a instituição do júri não se adequa a um país como a França, cuja falta de espírito público não disporia os cidadãos a exercer de bom grado esse serviço público. Principalmente, o autor formula a crítica elitista segundo a qual o cidadão comum não possui a instrução nem as qualidades morais

¹⁵ “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).

¹⁶ Constant segue nisso a opinião de Madame de Staël (cf. STAËL, 2009, p. 390-391).

necessárias para participar do julgamento de outros cidadãos. Os jurados, tirados do seio do povo, não teriam a capacidade intelectual nem a firmeza moral necessárias para fazer abstração das consequências de sua declaração sobre a culpabilidade ou a inocência do acusado. Movidos pela piedade, procurariam julgar a severidade da lei a ser aplicada, desviando-se, assim, da execução exata da lei. Gach utiliza o exemplo de um homem acusado de dar asilo a um irmão assassino condenado à morte. A lei condena à morte não apenas o assassino, mas também seu irmão protetor. Porém, segundo o autor, os jurados não seriam capazes de fazer abstração da situação e perdoariam o homem que deu asilo ao irmão, mesmo contra a lei: “eles não conceberão como se poderá criminalizar um homem por um fato comandado imperiosamente pela humanidade, pela natureza, e eles se apressarão em absolvê-lo” (GACH, 1804, p. 41). Eis a resposta de Constant:

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 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 (CONSTANT *apud* HOFMANN, 1980, p. 552-553).

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; grifo 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 francês 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 *PPAG* (“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 *apud* HOFMANN, 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; grifo meu). Constant entra assim em polêmica com autores icônicos do iluminismo penal,¹⁷ como Beccaria e Jeremy Bentham. Ambos haviam interpretado o perdão do príncipe como uma forma de fragilizar o império rigoroso da lei e reintroduzir o arbítrio no âmbito penal. Bentham resume assim a questão:

Se as leis são duras demais, o poder de conceder graça é um corretivo necessário; mas esse corretivo é ainda um mal. Façam boas leis, e não criem uma varinha mágica que tenha o poder de anulá-las. Se a pena é necessária, não se deve revogá-la; se ela não é necessária, não se deve pronunciá-la (BENTHAM, 1830, II, p. 211).¹⁸

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. Constant se afasta, assim, do racionalismo iluminista e se aproxima de uma reflexão proposta por Aristóteles, sem uma resposta definitiva: É melhor ser governado pelo melhor homem ou pelas melhores leis? O filósofo grego havia sublinhado a superioridade da lei sobre o ser humano, por ser a lei

¹⁷ Há também outros termos utilizados pela literatura para se referir a essa corrente intelectual do século XVIII que tem Beccaria como um de seus principais representantes e sistematizadores: “liberalismo penal”, “reformismo jurídico”, “liberalismo da moderação penal”, “humanismo penal”, “liberalismo beccariano”, “modernidade penal das Luzes”, “liberalismo judicial”, entre outros. Ver PORRET, 2016. O artigo de Porret ilumina o papel de destaque de Voltaire como militante desse iluminismo penal iniciado por Montesquieu e sistematizado por Beccaria.

¹⁸ Estamos citando de acordo com a edição francesa da obra de Bentham publicada por Étienne Dumont em 1802. Ao que tudo indica, essa é a edição lida e citada por Constant.

uma norma universal não pervertida pela paixão, mas havia também indicado a insuficiência da lei, justamente por ser universal, em se aplicar com justiça a todas as circunstâncias particulares. Por isso, mesmo defendendo o império da lei, Aristóteles entendia que havia circunstâncias particulares que não poderiam ser bem decididas pela lei, demandando a deliberação humana – sendo, nesses casos em que a lei é insuficiente, a deliberação da multidão superior, em geral, do que a de um só (ARISTOTLE, 1998, p. 94-98).¹⁹ Como Aristóteles, Constant entende que uma *decisão* deve ter o poder de se interpor entre a lei geral e o fato particular, opondo-se ao ideal racionalista da aplicação da lei como um silogismo.

Se ele se opõe ao iluminismo penal de Beccaria e Bentham, é para se unir a Locke, Montesquieu, Necker e Sieyès. Locke, em sua discussão sobre a prerrogativa – entendida como “poder de agir conforme a discricção em prol do bem público, sem a prescrição da lei e por vezes até contra ela” (LOCKE, 2005, p. 530), “visto que muitos acidentes podem ocorrer em situações em que a observância estrita e rígida das leis pode causar danos” (Ibid, p. 529) –, advoga “que o governante tenha o poder, em muitos casos, de atenuar a severidade da lei e perdoar alguns infratores. Pois, sendo o *fim do governo a conservação de todos* tanto quanto possível, mesmo os culpados devem ser poupados sempre que não resulte daí nenhum prejuízo para os inocentes” (Ibid, p. 529-530; grifos do autor). Montesquieu vê as cartas de indulto como “um grande recurso dos governos moderados” (MONTESQUIEU, 2005, p. 101), e a clemência do príncipe é interpretada como necessária nas monarquias, “onde se é governado pela honra, que muitas vezes exige o que a lei proíbe” (Ibid, p. 103). Necker vê o direito de graça como essencial para “misturar aos princípios de severidade um espírito de indulgência, e para suavizar a justiça escrita pela equidade natural” (NECKER, 1792, p. 186-187), lamentando a abolição dessa prerrogativa régia pela Assembleia Nacional Constituinte. Sieyès, por sua vez, procura, em 1795, deslocar o direito de graça da figura do Rei, não mais existente, para a instituição proposta por ele: o júri constitucional. Uma das funções do júri constitucional seria fornecer “um suplemento de jurisdição natural aos vazios da jurisdição positiva” (SIEYÈS *apud* TROPER, 2006, p. 533). Para Sieyès, toda legislação é insuficiente e apresenta lacunas, colocando muitas vezes os juízes diante do terrível impasse entre cometer uma injustiça

¹⁹ Livro III, Capítulos 15-16 d’A *Política*.

ou infringir a lei. Mesmo uma legislação perfeita não poderia prever todos os casos particulares a serem regrados pela lei. Por isso, o ex-abade propõe que, nesses casos em que a aplicação da lei pareça injusta, os tribunais possam remeter o processo para uma porção do júri constitucional tornada “um tribunal dos direitos do homem” (SIEYÈS *apud* TROPER, 2006, p. 535), o qual não julgaria de acordo com a lei positiva, mas de acordo com a lei de natureza.

Sob inspiração direta de Sieyès, Constant havia, nos *Fragments*, confiado o direito de graça ao poder neutro ou preservador (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). No entanto, a dimensão de decisão discricionária intrínseca ao direito de graça é aprofundada nos *PPAG*, onde o autor reflete sobre os inconvenientes de conferir o direito de graça a um poder particular que enrijeceria o indulto ao submetê-lo ao exame de regras formais:

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 *apud* HOFMANN, 1980, p. 195; grifos nossos).

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 que é essa “essa espécie de imprecisão e de latitude moral” necessária para o bom exercício do direito de graça, se não a definição de arbítrio fornecida pelo próprio Constant em *Des réactions politiques* (1797) – o arbítrio como “a ausência de regras, de limites, de definições, em uma palavra, de tudo o que é preciso” (CONSTANT, 1998, p. 496)?

Ao discutir o júri e o direito de graça nos *PPAG*, Constant encontra uma figura positiva do arbítrio (compreendido, segundo o próprio autor, como decisão tomada na ausência de regras, limites e definições precisos) no julgamento moral que indivíduos revestidos de funções específicas (jurados ou detentores do direito de graça) realizam a respeito da justiça de se aplicar uma lei geral a um caso particular, impedindo que essa aplicação se transforme em uma tirania da norma impessoal cega às circunstâncias. Para realizar esse julgamento ético, os indivíduos em questão precisam levar em consideração

aspectos morais da circunstância particular *indefiníveis legalmente* (CONSTANT, 1991, p. 434). Na próxima seção, veremos que esse julgamento moral sobre a justiça da lei vai muito além da função específica de jurados e detentores do direito de graça, colocando a possibilidade do arbítrio ao alcance de cada membro da comunidade política.

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 *PPAG* (“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, 2010, I, p. 598-608). Constant vai direto ao ponto, derivando do princípio da limitação da autoridade social que o dever de obedecer à lei tampouco pode 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 (CONSTANT *apud* HOFMANN, 1980, p. 475).

Constant se faz assim um dos pioneiros da reflexão sobre a desobediência civil, tema fundamental da teoria política dos dois séculos seguintes.²⁰ 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”. Embora o artigo 2º da mesma Declaração tenha postulado “a resistência à opressão” como um dos “direitos naturais e imprescritíveis do Homem”, a tendência geral da Revolução Francesa foi assimilar esse direito de resistência à opressão à insurreição popular, negando ao indivíduo, enquanto tal, o direito de julgar a lei.²¹ 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 classes, punindo-os por ações que não dependem deles como indivíduos (Ibid, p. 482-483).

²⁰ A expressão “desobediência civil” é popularizada sobretudo pelo ensaio publicado por Henry David Thoreau em 1849, *Resistance to Civil Government*, depois rebatizado de *Civil Disobedience*. Embora Thoreau não cite Constant, ele adere a seu argumento sobre a superioridade da consciência moral do indivíduo em relação ao dever do súdito ou do cidadão de cumprir a lei: “Penso que devemos ser homens, em primeiro lugar, e depois súditos. Não é desejável cultivar pela lei o mesmo respeito que cultivamos pelo direito. A única obrigação que tenho o direito de assumir é a de fazer a qualquer tempo aquilo que considero direito. (...) A lei jamais tornou os homens mais justos, e, por meio de seu respeito por ela, mesmo os mais bem-intencionados transformam-se diariamente em agentes da injustiça” (THOREAU, 2007, p. 11).

²¹ A exceção principal é Condorcet, que, em seu projeto de Constituição de fevereiro de 1793, buscou constitucionalizar uma “censura do povo sobre os atos da representação nacional” que pudesse ser impulsionada pelo julgamento de um único cidadão. A influência de Condorcet sobre Constant nessa questão é crucial (cf. JAUME, 1997, p. 95; JAUME, 2005).

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),²² o direito de resistência à lei opressora não pode ser submetido a nenhum tribunal exterior à consciência individual. Essa consciência individual se vê às voltas com a mesma “espécie de imprecisão e de latitude moral” referida a propósito do direito de graça, a qual nós relacionamos à definição de arbítrio de Constant como “a ausência de regras, de limites, de definições, em uma palavra, de tudo o que é preciso” (CONSTANT, 1998, p. 496). Como os jurados e os detentores do direito de graça, agora é o indivíduo comum que é encarregado de julgar as leis sem poder 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 utilitarista inglês, precursor do positivismo jurídico (cf. HALPÉRIN, 2008), havia recusado categoricamente qualquer ideia de direitos ou leis de natureza, considerando essas noções como *princípios arbitrários* derivados de um julgamento individual, sem corresponder a

²² Para Constant, a revolução é um fenômeno histórico ligado ao progresso desigual das ideias e das instituições de um povo, tendo por objetivo restaurar o acordo entre ideias e instituições, como teorizado em *Des réactions politiques* (CONSTANT, 1998, p. 457-458). Portanto, ela pertence a um universo heterogêneo ao direito individual de resistência.

uma soma de bem ou de mal verificável empiricamente (BENTHAM, 1830, I, p. 12-15). Acima de tudo, o direito natural seria um obstáculo permanente às leis positivas estabelecidas, abrindo a possibilidade de qualquer cidadão desobedecer à lei de acordo com o que considera ser o direito ou a lei de natureza: “Não se pode mais discutir com fanáticos armados de um *direito natural*, que cada um entende como lhe agrada, aplica como lhe convém...” (Ibid, p. 147-148; grifos do autor). Para Bentham, a ideia de direito natural permite uma relação arbitrária com a lei, o único critério objetivo do que é permitido e proibido em sociedade. As leis devem ser examinadas unicamente sob o ângulo de seus efeitos em termos de maximização dos prazeres e diminuição das penas – ou seja, unicamente pelo critério da utilidade.

É justamente essa substituição da linguagem dos direitos naturais pela da utilidade que é criticada por Constant. Para o autor franco-suíço, 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 *apud* HOFMANN, 1980, p. 59). A moral não poderia ser submetida ao cálculo vago e egoísta da utilidade, nem as leis positivas poderiam suplantam 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:

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 (Ibid, p. 480).

Ao contrário das teorias da lei natural do século XVII, Constant não vê as leis de natureza como preceitos deduzíveis e enunciáveis por qualquer um que recorra à razão. O critério de que cada indivíduo dispõe para julgar a lei não é uma norma objetiva e racional,

mas um *sentimento* íntimo cujo paradigma é o sentimento religioso. No Prefácio de sua obra *De la religion considérée dans sa source, ses formes et ses développements*, publicada a partir de 1824, o autor erige o sentimento religioso como fonte de toda moral genuína, fazendo dele o bastião de sua crítica à moral utilitarista benthamiana, referida como “os cálculos exatos, impassíveis, invariáveis do interesse bem entendido” (CONSTANT, 1824, p. XX).²³ Ora, o que caracteriza o sentimento religioso, para Constant, é seu caráter individual (ao contrário das *formas* religiosas, que são históricas e coletivas) e irreduzível à razão: trata-se de um sentimento repleto “de impressões vagas e de emoções confusas, (...) inexplicáveis pelo rigor do raciocínio” (CONSTANT *apud* HOFMANN, 1980, p. 159).

Ao estipular normativamente que os indivíduos julguem moralmente as leis positivas de acordo com um sentimento íntimo irreduzível a regras precisas, Constant radicaliza a incorporação do arbítrio à vida política, colocando-o à disposição de cada indivíduo. Trata-se do reconhecimento mais acabado de que o império da lei, embora necessário, é insuficiente para garantir a liberdade individual, cada indivíduo precisando estabelecer, antes da lei, sua *decisão moral*.

Considerações finais

Este artigo procurou demonstrar que, nos *PPAG*, 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, 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

²³ Por muito tempo menosprezada pelos comentadores de Constant ou analisada separadamente de sua filosofia política, a teoria constantiana da religião ocupou o centro do pensamento do autor ao longo de toda a sua vida, tendo sua importância (inclusive para a teoria política) sido reconhecida apenas recentemente (FONTANA, 1991, Cap. 7; ROSENBLATT, 2008; GARSTEN, 2010; BRAHAMI, 2016, p. 182-191; entre outras referências bibliográficas recentes que estabelecem a ponte entre a teoria política de Constant e sua teoria da religião).

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 autorregularia 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 Coppet 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 autor contemporâneo. 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, a qual encontra seu fundamento em um sentimento íntimo de matriz religiosa.

Além de renovar nossa compreensão sobre o conceito de decisão política, a leitura que fizemos de Constant ajuda a iluminar algumas das ambiguidades e tensões internas do império da lei, componente fundamental do moderno Estado democrático de Direito. Embora essas ambiguidades e tensões internas estejam aparecendo com força no momento atual de crise das democracias, elas são intrínsecas ao projeto democrático moderno desde pelo menos o marco fundador das Revoluções Americana e Francesa. O modo como Constant trabalha teoricamente o império da lei em sua obra de 1806 pode ser remetido às vicissitudes desse conceito durante a Revolução Francesa, as quais alertaram o autor para a ambivalência do império da lei. Por um lado, os inúmeros golpes de Estado e violações constitucionais vividos pela França a partir de 1789 levaram Constant a se apegar firmemente ao império da lei, criticando vigorosamente toda tentativa de se afastar da Constituição pelo pretexto da salvação pública (*salut public*). Por outro lado, a deriva autoritária de uma Revolução realizada em nome de uma noção absoluta de império da lei sensibilizou o autor para o potencial despótico da sagração revolucionária da lei, capaz de suprimir a liberdade individual por meio de leis. Essa leitura da Revolução Francesa

permitiu a Constant trabalhar teoricamente uma das antinomias fundamentais da democracia moderna: aquela que se coloca entre o imperativo do império da lei, o qual contesta as decisões que não decorrem das leis como arbitrárias, e o imperativo de relativização do império da lei em nome da liberdade individual, o qual abre espaços em que a lei pode ser contornada com base em decisões discricionárias. Inerente à experiência democrática moderna, essa antinomia ressurge com força no momento atual de crise das democracias. A emergência de governos de propensão autoritária no interior do próprio quadro democrático traz novamente à tona as ambiguidades do império da lei visíveis na obra de Constant: imprescindível para frear a possível deriva autoritária das democracias, o império da lei tende a ser cada vez mais relativizado na medida em que o próprio processo democrático pode produzir leis contrárias à liberdade.

Referências Bibliográficas

- ARISTOTLE. *Politics*. Indianapolis/Cambridge: Hacket Publishing Company, 1998.
- BACZKO, Bronislaw. “Monstres sanguinaires” et “circonstances fatales”. Les discours thermidoriens sur la Terreur. In: FURET, François (Org.); 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.
- BECCARIA, Marquis Cesare Bonesana. *Des délits et des peines*. Paris: Institut Coppet, 2011.
- BENTHAM, Jérémie. *Traité de législation civile et pénale; Ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham, jurisconsulte anglais; par Ét. Dumont, membre du conseil représentatif de Genève*. Paris: Rey et Gravier, Libraires, 1830.
- BERNARDI, Bruno. *Qu'est-ce qu'une décision politique ?* Paris: Vrin, 2013.
- BRAHAMI, Frédéric. *La Raison du Peuple: Un héritage de la Révolution française (1789-1848)*. Paris: Les Belles Lettres, 2016.
- CONDORCET. *Œuvres de Condorcet*. Tome X. Paris: Firmin Didot Frères, Librairies, 1847.
- CONSTANT, Benjamin. *De la religion, considérée dans sa source, ses formes et ses développements*. Tome I. Paris: Firmin Didot, 1824.
- 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.
- CONSTANT, Benjamin. *Œuvres Complètes*. X: Textes politiques de 1815 à 1817. Berlin: De Gruyter, 2010.

FONTANA, Biancamaria. *Benjamin Constant and the post-revolutionary mind*. New Haven/Londres: Yale University Press, 1991.

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, 2019.

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

GACH. *Des vices de l'institution du jury en France*. Paris, 1804.

GARSTEN, Bryan. Religion and the Case against Ancient Liberty: Benjamin Constant's Other Lectures. *Political Theory*, 38(1), 2010, p. 4-33.

GAUCHET, Marcel. Benjamin Constant: l'illusion lucide du libéralisme. In: CONSTANT, Benjamin. *Écrits politiques* (textes choisis, présentés et annotés par Marcel Gauchet). Paris: Gallimard, 1997.

GUENIFFEY, Patrice. *La politique de la Terreur: essai sur la violence révolutionnaire, 1789-1794*. Paris: Fayard, 2000.

HALPÉRIN, Jean-Louis. Bentham, Jeremy (1748-1832). In: CAYLA, Olivier (Org.); HALPÉRIN, Jean-Louis (Org.). *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*. Paris: Dalloz, 2008.

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. Genebra: Droz, 1980.

HOLMES, Stephen. *Benjamin Constant and the Making of Modern Liberalism*. New Haven/Londres: Yale University Press, 1984.

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

JAUME, Lucien. Condorcet: droit de résistance ou censure du peuple ? *Le Genre humain*, vol. 44, n. 1, 2005, p. 59-72.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Petrópolis/Bragança Paulista: Vozes/Editora Universitária São Francisco, 2013.

- LAQUIÈZE, Alain. État d'exception et coup d'État dans la pensée du Groupe de Coppel. *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.
- MATHIEZ, Albert. Saint-Simon, Lauraguais, Barras, Benjamin Constant, etc. et la Réforme de la Constitution de l'an III après le Coup d'Etat du 18 fructidor an V. *Annales historiques de la Révolution française*, 6^e Année, No. 31, 1929, p. 5-23.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- NECKER. *Du Pouvoir Exécutif dans les Grands États*. 1792.
- 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.
- PASQUINO, Pasquale. The constitutional republicanism of Emmanuel Sieyès. In: FONTANA, Biancamaria (Org.). *The invention of the modern republic*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.
- PORRET, Michel. Voltaire et le droit de punir. Un activiste du moment Beccaria. *Revue d'Histoire Moderne & Contemporaine*, n. 63-3, 2016, p. 88-109.
- 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.

ROSEMBLATT, Helena. *Liberal Values: Benjamin Constant and the Politics of Religion*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

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. *Des circonstances actuelles et autres essais politiques sous la Révolution* (sous la direction de Lucia Omacini). Paris: Honoré Champion, 2009.

THOREAU, Henry David. *A Desobediência Civil*. Porto Alegre: L&PM, 2007.

TROPER, Michel. *Terminer la Révolution: La Constitution de 1795*. Paris: Fayard, 2006.