

TRADUÇÕES / *TRANSLATIONS*



OS “SENHORES DA LEI”. LEI, INTERPRETAÇÃO E LIBERDADE NO ILUMINISMO JURÍDICO*

THE “MASTERS OF THE LAW”. LAW, INTERPRETATION AND FREEDOM IN THE LEGAL ENLIGHTENMENT

PIETRO COSTA**

RESUMO: O presente artigo pretende revisitar o clássico tema historiográfico do vínculo entre legislação e iluminismo no sentido de indicar maneiras mais articuladas e concretas de abordagem. Para a compreensão da valência específica atribuída à lei pela retórica iluminista, o presente artigo recorre, principalmente, a alguns textos canônicos da cultura jurídico-filosófica da segunda metade do século XVIII (Muratori, Pietro e Alessandro Verri, Filangieri, Montesquieu, etc.) na busca pelas conexões temáticas que constituem o campo semântico da lei naquele momento histórico. As duas conexões mais constitutivas - às quais várias outras estão associadas - são lei-interpretação e lei-liberdade (objeto privilegiado das partes 2 e 3 do artigo, respectivamente). A primeira é um vínculo de oposição, isto é, a lei concebida como antídoto contra o arbítrio, a incerteza, da interpretação dos juízes e juristas. A segunda é um vínculo de complementariedade, isto é, a lei concebida como uma maneira de realizar a liberdade, contra os despotismos de vários tipos. Em ambos os casos a lei é celebrada tendo em vista a sua destinação funcional, e não somente como um princípio formal e autossuficiente. Tendo em vista isso, a última

ABSTRACT: The present article intends to revisit the classic historiographical theme of the bond between legislation and the enlightenment in an effort to indicate more articulate and concrete approaches. To comprehend the specific valence attributed to law by the illuminist rhetoric, this article mainly resorts to some canonical texts on the legal and philosophical culture of the second half of the 18th century (Muratori, Pietro and Alessandro Verri, Filangieri, Montesquieu etc), in search of thematic connections that constitute the semantic field of law in that historical moment. The two most constitutive connections - to which many others are related - are law-interpretation and law-freedom (central object of parts 2 and 3 in this article, respectively). The first is an opposition bond, that is, law is conceived as an antidote against arbitration, uncertainty, and interpretation by judges and jurists. The second is a complementarity bond, ie, law is conceived as a way to perform freedom, against all sorts of despotism. In both cases, law is held considering its functional destination, and not merely as a formal and self-sufficient principle. In light of this, the last part of this article suggests a reflection on the

* “I ‘padroni della legge’. Legge, interpretazione, libertà nell’illuminismo giuridico”, publicado originalmente em *Rivista di diritto costituzionale*, 2001, p. 14-39, traduzido da língua italiana por Ricardo Sontag.

** Professor emérito de história do direito medieval e moderno, *Università degli Studi di Firenze* (Itália).

parte do texto sugere uma reflexão sobre as diferenças entre o iluminismo e a história das suas representações nos séculos XIX e XX, pois nem sempre, por exemplo, aqueles que se colocaram como herdeiros dessa tradição assumiram a dimensão “crítica” e projetual típica do discurso sobre a lei iluminista.

PALAVRAS-CHAVE: História do direito. Iluminismo. Lei. Interpretação. Liberdade.

differences between the enlightenment and the history of its representation throughout the 19th and 20th centuries, not always, for example, those who put themselves as heirs of this tradition took on the “critical” and projectual dimension typical of the speech about the enlightenment law.

KEYWORDS: History of law. Enlightenment. Law. Interpretation. Freedom.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Que a lei ocupa uma posição privilegiada na visão político-jurídica do iluminismo é uma convicção que qualquer jurista, acredito eu, pode concordar sem dificuldade: múltiplas e diversificadas tradições dos séculos XIX e XX insistem em indicar no iluminismo a matriz da absoluta supremacia da lei que a “modernidade” jurídica herda e apresenta como elemento característico do seu paradigma. Voltar a refletir sobre o vínculo “iluminismo-legislação” poderia parecer, assim, duplamente supérfluo, já que, por um lado, na historiografia propriamente dita, o tema foi abordado tanto em contribuições de caráter geral como em análises específicas de autores e temas¹, enquanto, por outro lado, a conexão histórico-teórica entre o primado da lei e alguns princípios e técnicas característicos da civilização jurídica “moderna” (a divisão de poderes, a certeza do direito, o instrumento “código”) parece tão bem fundamentada quanto univocamente inscrita nas suas matrizes setecentistas.

Se considerássemos oportuno, mesmo assim, voltar a abordar ambos os aspectos do problema, isto é, se quiséssemos investigar novamente o tema da lei nos grandes textos dos reformadores setecentistas, convencidos da inexaurível fecundidade dos “clássi-

1 São referências obrigatórias, no âmbito da historiografia jurídica italiana, os trabalhos de G. D'AMELIO, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Giuffrè, Milano, 1965; M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1966; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna, I., Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976; R. AJELLO, *Arcana Juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Jovene, Napoli, 1976; P. COMANDUCCI, *L'Illuminismo giuridico*, Il Mulino, Bologna, 1978.

cos”, ao mesmo tempo propondo indagar acerca da “fortuna” do iluminismo nas tradições jurídicas dos séculos XIX e XX (sobre o modo como a cultura jurídica dos últimos dois séculos, nas suas múltiplas e contraditórias tradições, refletiu sobre as suas matrizes iluministas), deveríamos nos preparar para desenvolver uma pesquisa de grande fôlego e difícil, que não pode caber nas breves páginas de um artigo.

Limito-me, assim, a propor, tanto para o primeiro quanto para o segundo aspecto do problema, somente um sumário comentado de temas que possa servir não para resolver, mas para colocar de maneira mais articulada e concreta a pergunta sobre o vínculo histórico-teórico “iluminismo-legislação”.

2. LEI E INTERPRETAÇÃO

A reflexão que, durante o século XVIII (na Itália e na França), vinha se desenvolvendo em torno ao tema da lei não era “gratuita”, desinteressada e contemplativa: nasce de inquietações e insatisfações que tocam, primeiro, a administração da justiça e a prática jurídica, e envolvem, ainda, a organização dos poderes e a estrutura político-social como um todo, em um concerto de vozes fortemente “individualizadas” e dissonantes entre si, a ponto de tornar problemática qualquer tentativa de generalização. Porém, trata-se de um difuso *cahier de doléances* que se expressa de maneira exemplar no *Dei difetti della giurisprudenza* [Dos defeitos da jurisprudência] de Muratori.

O ponto sensível, para Muratori, é a desenfreada variedade de opiniões dos *doctores iuris*: em um imponente e plurissecular processo se desenvolveu em torno das *leges* justinianeias uma *interpretatio* doutrinária que, gradualmente, sobrepôs-se ao texto normativo, a ponto de obscurecê-lo em vez de iluminá-lo com uma função modestamente instrumental, propondo-se, enfim, como um gigantesco repertório de argumentos que leguleios venais e desvoltos conseguem manobrar para os mais diversos e contraditórios fins.

A insatisfação diante do saber jurídico dominante é difusa e recorrente, mas, em Muratori, traduz-se em posturas radicais e

iconoclastas. Muratori é um realista, consciente da inevitável complexidade da aplicação de uma norma. Ele não chega a sustentar, como os “antigos contadores de fábulas”, que a justiça voou para o céu, mas continua a acreditar que ela está “todavia na terra”, mas a considera, ainda sim, “envolta em trevas, e não chegam a esclarecê-la muitas vezes nem mesmo aqueles que verdadeiramente procuram e amam a justiça”. As dificuldades não se atêm somente à definição dos princípios: as leis da natureza, “as leis primárias do justo e do injusto”, são princípios universais facilmente compreensíveis e definíveis, que se refletem, em regra, nas legislações positivas. Os problemas nascem no momento em que a norma deve enfrentar os casos particulares, a variedade dos contextos, a imprevisibilidade das circunstâncias “de tão grande atividade, que aquilo que há pouco era justo pode se tornar injusto e vicioso e aquilo que era injusto e mau pode deixar de sê-lo”².

A pessimista, ou realista, convicção da insuperável incerteza imanente ao processo de aplicação do direito não impede, de qualquer forma, que Muratori avance propostas, na sua opinião, capazes de conter os “defeitos” da jurisprudência.

É preciso, em primeiro lugar, dispor de leis homogêneas e não contraditórias e não é possível dizer isso das leis de Justiniano: Muratori, diferentemente de outros “reformadores” mais radicais, não as ataca frontalmente e se une à “república legal” na homenagem habitual considerando-as “dignas de grande veneração”, mas não se exime de denunciar a falta de homogeneidade do *Corpus Iuris*, as suas contradições internas, a superfluidade de algumas das suas partes. Pareceria razoável e desejável “que os príncipes mandassem fazer um exatíssimo e claro extrato compendiado e metódico de todas as leis de Justiniano que fossem convenientes ao uso dos nossos tempos cortando as supérfluas, as reprováveis e as contrárias [...]”³.

Então, se na agenda muratoriana uma primeira medida é uma intervenção de racionalização do principal aparato normativo existente (e o que se sugere não é tanto um distanciamento

2 L.A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza* (1742), Rizzoli, Milano, 1958, pp. 66-68.

3 *Ivi*, p. 100.

traumático do *Corpus Iuris*, mas uma versão dele emendada, atualizada e lúcida), uma segunda medida persegue um objetivo análogo no terreno da *interpretatio*: o príncipe encarregará os melhores juristas de identificar as mais intrincadas e importantes *quaestiones disputatae* para examinar as diversas soluções propostas e escolher, por fim, as mais conformes “às leis de Justiniano ou aos princípios do direito natural e das gentes” que serão confirmadas pela prevalente aplicação nos tribunais e na “Rota romana”; e serão exatamente essas soluções que se tornarão, “por determinação do príncipe”, “lei para o devir”, ainda que com as devidas adaptações para respeitar os estatutos e costumes locais⁴.

É uma intervenção do príncipe sobre o corpo da legislação existente e da tradição jurídica que Muratori deseja: uma racionalização da ordem jurídica que só pode assumir a forma de um novo corpo de leis realizada em função da iniciativa de um príncipe disposto a seguir o antigo exemplo de Justiniano⁵.

A lição de Justiniano poderia ser seguida, também, em outra direção: no estabelecimento de um limite à disseminação das interpretações para colocar novamente no centro o texto normativo. Para Muratori, se a grande incerteza na prática jurídica parece vinculada ao hiato que separa a previsão geral e abstrata da norma da indominável variedade de casos concretos, ela é acentuada e exacerbada, porém, não somente pelas antinomias das normas vigentes, mas também, e sobretudo, pelo eclipse delas, pela superfluidade da interpretação. O convite à racionalização do ordenamento jurídico com intervenções legislativas poderia se conjugar, então, com a exigência de retomar a centralidade do texto normativo; “o primeiro remédio” poderia ser aquele já recomendado por Justiniano e modernamente adotado por Vittorio Amedeo II: limitar “todo o estudo dos advogados e juízes somente ao texto das leis, banindo a multidão sem limites de intérpretes, tratadistas e consultores”⁶. O processo de interpretação e de aplicação das leis não coincidiria, então, com a contraposição de *auctoritates* opostas, mas se traduziria em uma

4 *Ivi*, pp. 122-123.

5 *Ivi*, pp. 127-128.

6 *Ivi*, p. 111.

análise acurada dos textos normativos e em um confronto entre argumentações racionais: “a razão, de fato, deveria ser o que move os juízes a sentenciar de maneira e não de outra, e não a citação contínua de autores [...]”. Na verdade, Muratori é prudente mais uma vez, não assume uma postura liquidatória diante da tradição do *ius commune*, desconfia de uma razão “nua”, que, sem apoio e vínculos na tradição, está exposta, não menos e talvez até mais do que a razão “tecnicizada dos causídicos”, a um uso arbitrário e instrumental por parte dos juízes⁷.

A incerteza da prática e a arbitrariedade da decisão judicial são os defeitos capitais de uma jurisprudência que não consegue encontrar internamente uma saída satisfatória, tornando inevitável, assim, uma intervenção *ex alto*: uma intervenção do príncipe, a intervenção de um poder que, diferentemente do juiz, está longe do jogo das partes e dos interesses contrapostos, livre de condicionamentos, olha somente para a “utilidade pública” e, conseqüentemente, pode quebrar com a espada da lei o nó górdio que une inextricavelmente a irreduzível multiplicidade das interpretações com o arbítrio (muito frequentemente “interessado”) do juiz⁸. É preciso, em suma, “que os príncipes cortem o mal pela raiz, removendo o quanto puderem as controvérsias e inviolavelmente ordenando com leis e estatutos novos o que deverá ser observado no futuro nos tribunais da justiça”⁹.

Certamente, Muratori não espera nenhum milagre. Não somente toda a matéria contratual está inevitavelmente vinculada à decifração das intenções dos contratantes, e, portanto, à incerteza e arbitrariedade derivada de tal processo interpretativo, mas continua, em geral, insuperável a dificuldade de fundo: o caráter abstrato e geral da norma e a sua incapacidade de “acompanhar” os casos sempre novos e diferentes. A própria proliferação da *interpretatio*, ainda que degenerada nos seus êxitos finais, foi argutamente relacionada por Muratori ao caráter “estático” da norma diante da variedade dos casos e da mutabilidade das circunstâncias: “não

7 *Ivi*, pp. 115-117.

8 *Ivi*, pp. 246-247.

9 *Ivi*, p. 248.

podia Justiniano prever todos os casos submetidos à lide, nem resolver todas as dúvidas resultantes das diversas circunstâncias e das inumeráveis ações e vontades dos homens. Vieram milhares de outros Ulpianos, Papinianos, Tribonianos depois do século XI, que prestaram esse relevante socorro à jurisprudência [...]”¹⁰. Analogamente, a desejada nova legislação é imaginada por Muratori não como uma ruptura clamorosa da tradição, não como um código indiferente às variedades locais, mas como a determinação pela autoridade das opiniões comuns que se encontrassem “canonizadas nos mais renomados tribunais da Europa letrada e adaptadas ao uso e aos costumes locais dos diversos locais”¹¹.

Muratori não espera se desembaraçar de uma vez por todas da incerteza que insidia constitutivamente a prática jurídica, ele não pensa que é possível subtrair a jurisprudência do domínio da opinião: ele não acredita, em suma, que a intervenção do príncipe serve para colocar entre parêntesis a interpretação tornando possível a perfeita transparência da decisão judicial. “Seja pela dificuldade de conhecer a verdade e a equidade, seja pela excessiva variedade dos casos que, na maioria das vezes, é árduo enquadrar no âmbito da lei universal”, a jurisprudência continua aberta à divergência de opiniões e aos conflitos: a lei, os princípios gerais, produzem efeitos somente através da mediação de uma “virtude”, a “Prudência”, que transcende a mera “ciência do direito”, o abstrato conhecimento das normas e se identifica na capacidade de “discernir, com argúcia, qual lei deve se aplicar efetivamente em cada evento singular [...]”¹².

A lei não tem, para Muratori, um valor taumatúrgico diante dos “defeitos da jurisprudência”: mas ela lhe parece o pilar de uma intervenção reformadora que, sem entrar em expectativas palingenéticas e milagrosas, objetiva reduzir a taxa de incerteza e de arbitrariedade que aflige a prática jurisprudencial da Europa do século XVIII.

10 *Ivi*, p. 102.

11 *Ivi*, p. 249.

12 L.A. MURATORI, *De codice carolino sive de novo legum codice instituendo*, in L.A. MURATORI, *Scritti politici postumi*, a cura di B. DONATI, Zanichelli, Bologna, 1950, p. 18 (tr. it., pp. 120-121).

No centro da visão muratoriana de lei vai se delineando, assim, um vínculo temático de caráter disjuntivo que continuará no centro do debate jurídico durante todo o “*Settecento riformatore*”: a lei contra o arbítrio, a certeza contra a incerteza. No prudente Muratori, a oposição não é absoluta, mas relativa e incipiente: se a incerteza é ineliminável, se a arbitrariedade tende sempre a ressurgir das cinzas, de qualquer forma a lei é o instrumento capaz de diminuir a extensão e a incidência delas.

Lei e arbítrio são, portanto, grandezas conexas e opostas, cuja conjunção implica, porém, a remissão a planos de existência diferentes: a arbitrariedade e a incerteza são os traços característicos da atual experiência jurídica, enquanto a lei pode desenvolver a sua função somente postulando um distanciamento em relação ao presente. O aparato normativo concretamente existente (o *Corpus Iuris*, principalmente), se não é atacado radicalmente por Muratori, de qualquer forma é denunciado por não cumprir com aquela que deveria ser a sua função precípua: qualquer que seja o juízo sobre os seus conteúdos, parece insuficiente a sua capacidade de assumir a função diretiva e esclarecedora de uma lei. Para contrastar com eficácia a arbitrariedade das decisões, a proliferação das lides, a incerteza das opiniões, é preciso, portanto, não da lei existente, mas da lei futura, uma lei diferente enquanto capaz de cumprir com a sua função primordial. A lei se apresenta, então, como objeto da reforma e como a principal alavanca da própria reforma.

Lei e arbítrio; lei e reforma: dois vínculos temáticos (o primeiro de caráter disjuntivo, o segundo de caráter conjuntivo) que constituem dois nós fundamentais da reflexão iluminista, ainda que assumindo valências e produzindo consequências diferentes de acordo com os contextos e com os autores. Em Muratori, a exigência de reforma é cumprida atribuindo à lei o papel de racionalizar um sistema jurídico e social cujos fundamentos não parecem colocados em discussão. A lei é objeto e veículo de uma reforma cuja finalidade está muito mais em um eficiente e ordenado governo da sociedade. A lei é, essencialmente, uma técnica de governo: para o “perfeito governo do Estado são necessários principalmente dois meios, ambos freios para os homens, isto é, as Armas e as Leis”, as primeiras contra os “inimigos externos”, as últimas para “dar

ordem às ações civis dos homens” e para a sociedade política, “a qual, sem tal disciplina, logo cairia em ruínas”¹³.

Enquanto instrumento de governo, a lei (a “nova” lei, a lei reformada, isto é, a lei recolocada na sua fisiológica função diretiva) propõe-se não como caminho para uma nova sociedade, mas como o necessário corretivo das disfunções que afligem o sistema atual. Justo por isso, a lei renovada não pretende eliminar o saber jurídico consolidado, não pretende subverter a prática jurídica, não sugere uma postura liquidatória diante das *leges* justinianeias, e, sobretudo, mostra-se preocupada em respeitar e valorizar as variedades locais, a diversidade e as tradições autônomas dos diversos Estados.

Muratori é um cauteloso conselheiro do príncipe, como o eram ou aspiravam a sê-lo muitos *philosophes*: são mutáveis, porém, as expectativas em relação ao soberano, e, sobretudo na segunda metade do século, desenvolvem-se discursos que fazem da lei o pilar de um discurso reformador que vai muito além da cautelosa racionalização do sistema jurídico sugerida pelo erudito de Modena.

Pouco mais de vinte anos separam o *Dei difetti della giurisprudenza* dos brilhantes e corrosivos artigos da revista milanesa “*Il Caffè*”, que, rememorando o exemplo do “*Spectator*” de Joseph Addison, propõe-se como órgão, ao mesmo tempo, de formação e expressão de uma opinião pública “iluminada”. Nas “folhas” do “*Caffè*” a atenção ao direito absolutamente não é marginal e o ataque à tradição é aberto e pungente. Na alça de mira, em primeiro lugar, está o fundamento normativo do sistema do *ius commune*, o *Corpus Iuris*: “certamente eu não sou da opinião” - escreve Alessandro Verri - “daqueles que resguardam as leis justinianeias com uma estúpida veneração [...]”; a compilação de Justiniano é um “amontoado de leis”, um “monumento de uma grande obra mal executada”, que pode ser comparada às “ruínas de um grande e disforme palácio”. O erro capital do imperador é ter pretendido recolher nas *Pandectas* um amontoado de fragmentos, casuística jurisprudencial, em vez de fixar um conjunto orgânico de princípios gerais, suscetíveis de aplicação a uma série aberta de casos¹⁴.

13 *Ivi*, p. 7 (tr. it., p. 111).

14 [A. VERRI], *Di Giustiniano, e delle sue leggi*, in S. ROMAGNOLI (a cura di), *Il*

A desordem da prática jurídica da época, então, encontra uma primeira causa da desordem da legislação: ao depender de um aparato normativo que não somente é ligado a uma época já encerrada há séculos, mas que, também, não possui coerência interna porque nasceu como uma simples compilação de materiais heterogêneos. A jurisprudência que se desenvolveu nos últimos séculos tentou colimar as lacunas da legislação apoiando-se na regra da *opinio communis*, utilizando precedentes judiciais, mas o remédio acabou sendo pior do que o mal¹⁵, porque agravou o vício capital da prática jurídica: a “incerteza do direito”¹⁶.

Alessandro Verri, assim como Muratori, identifica na paralisadora “indecidibilidade” das lides judiciais, na incerteza da prática jurídica, o vício principal do sistema, porém, é mais claro e intransigente ao opor os polos opostos canônicos da experiência jurídica: lei e interpretação, lei e saber jurídico, lei e equidade. A tensão entre abstração da norma geral e as peculiaridades dos casos tende a se resolver privilegiando o rigor da lei em detrimento da flexível adequação à realidade. Deixar ao “espontâneo” processo da prática o papel de adaptar uma legislação envelhecida e lacunosa a uma realidade em movimento leva inevitavelmente à incerteza do direito, ao tumulto dos interesses conflitantes, ao predomínio do estamento forense. É preciso, em vez disso, apostar na lei: não é possível, porém, recorrer a uma simples racionalização da lei romana, comprometida pela raiz e irreformável por causa dos seus arcaísmos, lacunas e incoerências, mas é preciso trabalhar em uma legislação inteiramente nova.

Um vício radical exige um remédio igualmente radical. “Não se trata de um sistema que no fundo é bom, sobre o qual foram aparecendo defeitos: trata-se de uma total desordem”, de ausência de “certeza nas leis”, já que falta “um código” e dispomos somente de “vinte mil volumes de questões”¹⁷. Não bastam reformas parciais:

Caffè, ossia brevi e vari discorsi distribuiti in fogli periodici, Feltrinelli, Milano, 1960, pp. 129-136.

15 [A. VERRI], *Ragionamenti sulle leggi civili*, in *Il Caffè*, cit., pp. 400-405.

16 *Ivi*, p. 399.

17 *Ivi*, p. 415.

são necessárias normas gerais, coerentes entre si, sem redundâncias, capazes de acabar com o incontrastado domínio da interpretação e da equidade. “Substituir as questões pelas leis, a interpretação pela inimitável clareza delas, as dúvidas pelos axiomas, a multiplicidade pela concisão, as particularidades pelos universais, os detalhes pelos horizontes largos, são as únicas e verdadeiras reformas a se fazer”¹⁸.

Equidade e interpretação são o domínio da probabilidade e da incerteza: o triunfo do caso particular, a exceção que se torna regra e faz “explodir” um sistema que não tem mais pontos fixos e regularidades previsíveis. Opor a ordem à desordem significa, então, reencontrar a “inexorável universalidade” da lei e aceitar que ela, enquanto “inexorável”, possa ser, “às vezes, dura”: o eventual sacrifício do interesse específico é um mal menor diante do aviltamento da lei, do repúdio do seu caráter geral. Entre a universalidade da lei e a singularidade do caso não podem ocorrer mediações e o tradicional “meio-termo” - a equidade - é simplesmente um dos principais veículos da desordem: a equidade “sempre quer dizer arbítrio, e arbítrio quer dizer nenhuma lei”¹⁹.

A tensão, que Muratori argutamente indicava, entre lei e caso, entre legislador e juiz, entre norma e interpretação, é resolvida em favor dos primeiros termos da relação, o que exige uma reforma radical: “não há, na minha opinião” - dizia Alessandro Verri - “reforma parcial que baste”; não bastam intervenções internas a um sistema entregue nas mãos do estamento forense, dos advogados, dos juízes, enquanto não for feita uma reviravolta na sua lógica, “enquanto, com a ajuda das próprias leis, o juiz, que deveria ser o executor delas, pode se tornar legislador em toda sentença: enquanto ele for o senhor em vez de servo das leis [...]”²⁰.

Estamos tocando com mãos, através das palavras da Verri, uma das grandes conexões temáticas que dão à visão iluminista da lei a sua inflexão peculiar. A valorização da lei (a redefinição das suas características qualitativas, a determinação das suas funções)

18 *Ivi*, p. 416.

19 *Ivi*, p. 414.

20 *Ivi*, p. 415.

extraí o seu sentido do vínculo de complementariedade com a reformulação do papel do juiz e do intérprete. Se a incerteza do direito está ligada à deriva infinita das interpretações, e estas, por sua vez, tornou-se possível graças às reticências, contradições e inadequações da lei, a reforma do sistema jurídico é uma transformação qualitativa da lei (a lei sóbria, clara, coerente, geral, inderrogável) que marginaliza ou leva a interpretação, tendencialmente, ao grau zero.

Com um aparente paradoxo, os reformadores “radicais” no estilo de Verri estão perfeitamente conscientes do valor (que um teórico oitono-ovecentista chamará de) “criativo” da interpretação: a interpretação infinita na qual ganha substância o sistema jurídico pré-codificação parece para todos eles um processo produtor de normas, e, justo por isso, a *interpretatio* do juiz ou do *doctor iuris* deve ser, na opinião deles, interdita e bloqueada. Da produtividade normativa da interpretação nasce a incerteza do direito: a interpretação é criativa, mas não *deve ser*, porque é da confusão entre lei e sentença, entre legislador e juiz, que nasce a desordem do sistema. Somente se norma e interpretação, imposição e aplicação da norma pertencerem a planos nitidamente distintos é que poderão cessar a desordem e o arbítrio.

É nesse ponto que intervém um ulterior, e complementar, vínculo temático: o vínculo disjuntivo lei/interpretação impõe a necessidade de traçar uma nítida e intransponível linha divisória entre o legislador e o juiz. Se o legislador é o soberano – e a lei como expressão típica da soberania – é um princípio que os iluministas podem buscar em uma tradição que remonta à Bodin, mas ele é mais um ponto de passagem fundamental do que um ponto de origem – o juiz não pode ser, por sua vez, legislador; mas ele se torna tal se é deixado livre para interpretar a lei. Interpretar, de fato, significa, como escreve Pietro Verri, “apropriar-se do lugar de quem escreveu a lei”, “significa fazer o legislador dizer mais do que ele disse, e esse *mais* é a medida da faculdade legiferante que se arroga o juiz”²¹.

A invasão do juiz, porém, não é imotivada; nasce das carências da legislação em duas situações típicas: quando o juiz se encontra diante de um caso não previsto e quando ele dispõe

21 P. VERRI, *Sulla interpretazione delle leggi*, in *Il Caffè*, cit., p. 487.

não de uma, mas de várias normas aplicáveis ao caso, diferentes e contraditórias. A interpretação “criativa” nasce de uma espécie de suplência que o juiz exercita em consequências das faltas do legislador e, vice-versa, uma lei qualitativamente bem construída é capaz de reduzir ao mínimo ou ao grau zero o momento interpretativo. O aparato normativo deve ser, portanto, em primeiro lugar, homogêneo e coerente, para evitar que o intérprete possa escolher com o seu arbítrio entre as normas contraditórias, e, em segundo lugar, deve proceder a uma acurada e sistemática definição das classes de ações que pretende regular. Certamente, não é possível excluir que algumas ações escapem das previsões do código: devemos aceitar, então, o inconveniente de uma ação não punível e de um interesse desprotegido; porém, se a legislação for bem feita, tais inconvenientes serão raros, e, de qualquer forma, um mal largamente menor do que a desordem característica do sistema da época²².

Lei *versus* interpretação, portanto: a lei como caminho para uma ordem que o caráter arbitrário da interpretação e o poder incontrolado dos juízes colocam em xeque; este é o tema que reaparece com as mesmas ênfases na Milano da *Accademia dei Pugni* e dos irmãos Verri, assim como na Napoli de Gaetano Filangieri. Justamente o jovem Filangieri, em 1774, apresenta com entusiasmo uma lei promovida por Tanucci, que impunha aos juízes do Reino a motivação das sentenças e a se ater à legislação vigente não às opiniões da doutrina e de remeter ao rei a decisão quando o caso parecesse não previsto pelas normas²³.

As expectativas e idiosincrasias de Filangieri se enquadram perfeitamente no vínculo disjuntivo entre lei e interpretação do qual as páginas dos irmãos Verri são um eficaz exemplo.

Para Filangieri, a lei recentemente elaborada é um dique contra o poder excessivo dos juízes: “o arbítrio judiciário é o que se

22 *Ivi*, pp. 487-488.

23 Cfr. as observações de R. AJELLO, *Il tempo storico delle «Riflessioni»*, in G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche su l'ultima legge del sovrano, che riguarda la riforma dell'amministrazione della Giustizia* (1774), Bibliopolis, Napoli, 1982, pp. II-XI. Sobre os efeitos e a recepção da reforma, cfr. M. TITA, *Sentenze senza motivi. Documenti sull'opposizione delle magistrature napoletane ai dispacci del 1774*, Jovene, Napoli, 2000.

pretende extirpar. É preciso, portanto, tirar dos Magistrados tudo aquilo que os torna superiores à lei”²⁴. Impor aos juízes a motivação da sentença serve para tornar controlável um processo decisório que é legítimo somente enquanto reproduz e aplica fielmente a prescrição legislativa: a lei se contrapõe ao arbítrio e somente se a interpretação é “literal” e não “arbitrária”, isto é, somente se a interpretação não estende “criativamente” a esfera de intenções da lei (“porque o que é arbitrar senão dispensar, ou, pelo menos, modificar aquilo que a lei ordena?”) o poder dos juízes deixa de ser um elemento de perturbação de uma ordem “racional”.

Depois da interpretação “criativa” (ou “arbitrária”), para Filangieri, o segundo inimigo a derrotar também é a equidade. Legitimar o juízo equitativo com base na necessidade de temperar o caráter abstrato da norma adaptando-a às peculiaridades dos sempre diversos e variados casos é um argumento capcioso, que não consegue superar a objeção fundamental, isto é, que a equidade opera como “uma balança particular e com peso próprio em cada Causa”²⁵, colaborando, assim, para a multiplicação das soluções jurisprudenciais, à desordem, e, assim, para tornar vãs regras inabaláveis e comuns; a equidade, como “o direito de interpretar o espírito da lei”, destrói “esta uniformidade tão necessária para a liberdade social”²⁶ e ambas não passam de duas faces do arbitrário poder dos juízes: “equidade, interpretação, arbítrio não são mais do que verbetes sinônimos”²⁷.

Certamente, mesmo Filangieri sabe da principal dificuldade com a qual a oposição lei/interpretação se defronta: se ao intérprete é preclusa a faculdade de ir além do significado “literal” (ou “originário”, ou “intencional”) da norma, reduz-se drasticamente o tempo de vida da norma, condenada a um rápido declínio diante das mudanças das situações. O problema, porém, deve ser resolvido, também na opinião de Filangieri, mantendo firme o princípio do

24 G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche su l'ultima legge del sovrano, che riguarda la riforma del'amministrazione della Giustizia*, cit., p. 11.

25 *Ivi*, p. 20.

26 *Ivi*, p. 29.

27 *Ivi*, p. 32.

primado absoluto da lei: aos casos novos se responderá com novas leis, e o risco da inflação legislativa, da multiplicação excessiva de normas, ainda que real, é um mal menor do que o arbítrio judicial. Filangieri propõe, inclusive, a instituição de magistratura especializada (o “censor”) para verificar o grau de envelhecimento das leis vigentes e propor tempestivas atualizações²⁸. A única solução inaceitável é aquela em torno da qual girou por séculos o sistema do *ius commune*, caracterizado pela confusão dos papéis de legislador e de juiz e pelo primado da *interpretatio*. Ao contrário, justo pela sua valência “normativa”, a interpretação, assim como a legislação, compete ao soberano e não ao juiz: “cognição do Fato, aplicação literal da lei: eis a que se reduzem todos os deveres de um Juiz”²⁹.

Mais uma vez, lei e interpretação aparecem como elementos de uma conexão temática central de todo o iluminismo jurídico. A reflexão dos reformadores setecentistas sobre a lei se desenvolve instaurando, antes de tudo, um vínculo de oposição entre lei e interpretação. Tal oposição não emerge no interior de uma análise doutrinária e togada dos sumos princípios do direito, mas é formulada e empregada como instrumento de diagnose e de correção dos “defeitos da jurisprudência”, e, mais genericamente, é indicada como a alavanca de uma desejável transformação do sistema sócio-jurídico existente.

Evidentemente, no multifacetado universo iluminista, as ênfases são diferentes e podem oscilar entre um comportamento mais conciliador diante do direito romano e uma total insatisfação, ou entre uma disponibilidade a valorizar o saber jurídico tradicional e uma desdenhosa denúncia do seu caráter confuso e atrasado. Em geral, é significativa uma distinção de fundo, que é limpidamente exemplificada na postura de Muratori, por um lado, e na posição de Filangieri, por outro: se, em ambos os casos, a conexão temática “lei-interpretação” coloca-se no centro de uma análoga constelação de problemas (a crítica da incerteza, a luta contra o arbítrio, a centralidade do instrumento legislativo), são diferentes, porém,

28 *Ivi*, p. 73 ss.

29 *Ivi*, p. 46.

os horizontes de sentido que ela abre, em um caso sugerindo uma racionalização, em vez de uma subversão do sistema vigente, e, no outro caso, evocando associações ulteriores que postulam um distanciamento mais nítido e radical em relação à ordem existente.

3. LEI E LIBERDADE

A reflexão iluminista sobre a lei não é contemplativa e “desinteressada”, mas “interessada” e militante, difícil de separar de uma espécie de denúncia (ainda que de radicalidades diferentes) dos defeitos do sistema jurídico positivo e, conseqüentemente, de uma expectativa de (parcial ou total) transformação. Isso não significa de forma alguma que a visão iluminista da lei nasça e se exaure na cidadela do jurídico e que ela se proponha como uma soma de remédios para as disfunções “técnicas” do ordenamento vigente. Ao contrário, quanto mais a reflexão sobre a lei se abre para a perspectiva de uma radical “deslegitimação” do existente, mais numerosos e vitais parecem ser os vínculos que unem a imagem da lei à visão geral da ordem político-social.

No momento em que Verri ou Filangieri opõem a lei à interpretação judicial para reivindicar para o soberano unicamente o poder normativo que o juiz indevidamente se apropria aproveitando-se das reticências ou das lacunas do legislador, eles insistem em uma conexão temática desafiadora e decisiva para compreender o sentido da reflexão iluminista: a conexão entre lei e liberdade.

Opor legislador e juiz, lei e interpretação, significa, para Verri, levar a sério a liberdade. Se imaginamos – escreve Verri – um país sem quaisquer peças de apoio legislativas, a solução das controvérsias será confiada a um juiz cujas decisões serão inevitavelmente arbitrárias porque não possuem nenhum parâmetro “objetivo”: a falta de vínculos normativos torna “absoluto” o arbítrio do juiz e incontrolável a sua operação, permitindo configurar este hipotético regime como uma perfeita encarnação do “despotismo”³⁰. E não é determinante que quem exerce o poder despótico seja um homem ou um grupo de homens; é decisivo que em ambos os casos o exercício do poder esteja livre de vínculos claros, unívocos, “objetivos”

30 P. VERRI, *Sulla interpretazione delle leggi*, cit., p. 484 ss.

que, do “exterior”, disciplinem “modalidades” e fixem “limites”, predeterminando, em alguma medida, os seus efeitos.

O juiz-legislador, para Verri, gera não só um complexo de disfunções “técnicas” do ordenamento – a incerteza das lides, o aumento da litigiosidade, a venalidade do estamento forense, etc. - mas, também, uma profunda perversão política, a ponto de os inconvenientes produzidos pela solução oposta, os inconvenientes que derivam do primado absoluto da lei e que mesmo os reformadores não deixam de mencionar – a eventual injustiça causada pela rígida e igual aplicação da norma, a inflação legislativa imposta pela necessidade de dar conta das mutações da sociedade e da multiplicação dos casos não previstos – parecem, aos olhos deles, um mal menor; já o arbítrio, exatamente porque torna incertas as fronteiras e os conteúdos da liberdade, é o mal maior, um vício “estrutural” que ameaça a própria conformação da *polis*, “um mal de sistema”³¹.

Filangieri recorre à ideia de liberdade para exprimir o sentido profundo da oposição entre lei e interpretação, demonstrando a necessidade de banir a “interpretação arbitrária”: o que compõe, para Filangieri, a “liberdade política”, a liberdade dos cidadãos na *polis*, é “a segurança, e a opinião desta segurança”³²; e é a imagem, antes mesmo da “realidade”, da segurança que é frustrada pela multiplicação de soluções desiguais, estimulada pela lógica equitativa e pela interpretação “arbitrária”. O fantasma do despotismo volta a aparecer como a projeção política de um regime dominado pela incerteza das regras: “dai-me, então, um Governo no qual os magistrados podem arbitrar e vós me dareis, ao mesmo tempo, um corpo de déspotas, o qual tornará o governo pior do que o despotismo absoluto, na medida em que o número de Magistrados supera o da unidade”³³.

A estrita associação temática entre lei e liberdade (e entre os respectivos antônimos, o arbítrio e o despotismo) não é, obviamente, uma divagação singular de Verri ou de Filangieri, mas

31 *Ivi*, p. 488.

32 G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche su l'ultima legge del sovrano*, cit., p. 15.

33 *Ivi*, pp. 25-26.

aparece nos textos dos reformadores italianos na esteira de uma longa experiência intelectual que é conveniente mencionar para que possamos capturar o sentido e a dimensão de tal associação.

O vínculo “positivo” entre liberdade e lei é claramente abordado por Locke, que, também neste terreno, propõe uma clara alternativa ao esquema hobbesiano. Hobbes não renuncia, de fato, a abordar a liberdade dos sujeitos, para a qual dedica um capítulo no *Leviathan*. A liberdade hobbesiana, porém, começa onde termina o império da lei: a liberdade é o espaço juridicamente “vazio” de um sujeito que encontra na lei um vínculo irresistível, e, justo por isso, vê nela a condição de possibilidade da ordem: “a liberdade de um súdito está (...) somente naquelas coisas que um soberano omitiu ao regular as suas ações”³⁴; a liberdade é “aquela parte do direito natural que é deixada aos cidadãos enquanto não é limitada pelas leis civis”³⁵.

Locke, por sua vez, parte do pressuposto que a liberdade no estado de natureza significa a independência de cada em relação ao poder de qualquer outro, mas não implica de nenhuma forma subtrair o sujeito do império da lei natural: a liberdade caracteriza a ação de um indivíduo que, sem sofrer as interferências de quem quer que seja, move-se nos trilhos pré-constituídos da lei da natureza; e a lei da natureza, desejada por Deus, atribui precisos direitos e deveres a cada um: antes de tudo, o direito-dever de conservar a si mesmo e, em segundo lugar, o dever (desde que compatível com a *self-preservation*) de agir pela conservação de toda a sociedade³⁶.

A liberdade não evoca, portanto, em Locke, o movimento “indisciplinado” de um sujeito que age impulsivamente, presa dos seus instintos imediatos, privado de direções significativas e de regras cogentes, mas se conjuga, ao contrário, com a imagem de um sujeito “dono de si mesmo”, capaz de autodisciplina, consciente do

34 Th. HOBBS, *Leviatano*, a cura di A. PACCHI, Laterza, Roma-Bari, 1974, II, 21, p. 188.

35 Th. HOBBS, *Elementi filosofici sul cittadino*, in Th. HOBBS, *Opere politiche*, a cura di N. BOBBIO, Utet, Torino, 1959, XIII, 15, p. 260.

36 J. LOCKE, *Secondo Trattato sul governo*, in L. PAREYSON (a cura di), *Due Trattati sul governo*, Utet, Torino, 1960, § 7, p. 242.

vínculo entre lei e liberdade: a lei natural, por um lado, atribui à liberdade o seu conteúdo específico (associando-o funcionalmente ao dever-direito de autoconservação), enquanto, por outro lado, torna-a inviolável e irrenunciável.

Evidentemente, o variado universo do reformismo setecentista não estabelece uma relação simples e unívoca com a tradição jusnaturalista. Não é necessário, porém, que as passagens canônicas do jusnaturalismo seicentista sejam servilmente respeitadas para que seja possível acolher (na essência, não nos seus aspectos superficiais) a relação entre liberdade e lei que Locke delineara recorrendo aos conceitos de “estado de natureza” e de “lei natural”. Montesquieu, mesmo conservando a ideia de uma ordem natural como quadro de referência, concentra a sua atenção na ordem civil, na fenomenologia dos regimes políticos, deixando para trás o característico léxico teórico jusnaturalista (o estado de natureza, o contrato social): isso não o impede, porém, de instaurar uma estrita relação de complementariedade entre lei e liberdade.

Mais do que isso, o vínculo lei-liberdade é, no *Esprit des lois*, senão o principal nó argumentativo, certamente, uma das noções-chave. É tal noção que fornece o critério essencial para introduzir a distinção mais importante da fenomenologia política de Montesquieu: não tanto a diferença entre república e monarquia, mas a contraposição entre regimes diferentes entre si (e avaliados de maneira diferente por Montesquieu) e, ainda sim, são, normais, “fisiológicos”, por um lado, e as inaceitáveis “degenerações” patológicas deles, por outro. O “mal absoluto”, em certa medida um não-regime, para Montesquieu, é o despotismo, o regime que predomina o arbítrio sobre a lei, ou seja, a vontade imprevisível do déspota sobre a previsível, fixa e “regular” prescrição da norma.

Longe de imaginar, hobbesianamente, a liberdade individual como um espaço normativamente intacto, não alcançado pela lei, e a lei como um vínculo que limita e comprime as escolhas do sujeito, Montesquieu apresenta a liberdade como algo inseparável da lei, como a sua condição de possibilidade. Liberdade é agir nos trilhos colocados pela lei, oferecendo ao indivíduo uma proteção e uma segurança de outra forma impossíveis. Lei, liberdade e segurança dependem uma da outra e se propõem como o principal sinal da

legitimidade da ordem. Por mais que os regimes sejam diferentes, por mais que sejam diversos os seus valores fundamentais, é o vínculo lei-liberdade, mesmo através de soluções institucionais diferentes, que está no fundo de todos os regimes “normais”. Se a lei evoca liberdade e segurança, o seu antônimo, o arbítrio “despótico”, associa-se ao medo e à servidão.

Condição da própria legitimidade do regime político, o círculo virtuoso que liga a lei à liberdade é, também, o objetivo primário que o governo deve perseguir. Os célebres expedientes de “engenharia institucional” (principalmente, a divisão de poderes) sugeridos por Montesquieu são instrumentos funcionais a esse fim. Trata-se de controlar o poder através do poder, de construir uma estrutura constitucional de modo que, “pela disposição das coisas, o poder freie o poder”³⁷. É preciso evitar a concentração das funções em um só detentor do poder e, sobretudo, impedir que legislação e jurisdição se somem e se confundam, é preciso fazer com que o poder judiciário (um poder que Montesquieu chamada de “terrível”) seja exercitado não por profissionais, mas “por pessoas escolhidas no povo”, de modo a se tornar, “por assim dizer, invisível e nulo”, vinculado ao respeito às leis certas e precisas, e, assim, os sujeitos agirão em sociedade sabendo “com precisão quais obrigações pesam sobre si”³⁸.

Escopo primário do governo e condição de legitimidade do regime político, lei e liberdade se colocam como os parâmetros decisivos de avaliação da ordem positiva: quando Montesquieu teoriza a conexão entre lei e liberdade, ele não enuncia um princípio ideal, não descreve uma relação entre “essências” conceituais, mas coloca em jogo um critério que, a partir do momento em que permite “mensurar” a legitimidade de um ordenamento positivo, se coloca, também, como critério de uma desejável modificação.

Afirmar que lei e liberdade *são* conectadas significa, em suma, para Montesquieu, sustentar, sintetizando em uma única sequência múltiplos níveis argumentativos, que elas *devem* sê-lo,

37 Ch.-L. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. COTTA, Utet, Torino, 1952, XI, 4, p. 274.

38 *Ivi*, XI, 6, p. 279.

mas *podem*, também, não *estar* assim efetivamente: significa, em suma, abrir a estrada, ao mesmo tempo, para uma análise crítica dos regimes políticos, para uma avaliação ético-política do grau de legitimidade deles, e para a proposição de possíveis reformas.

Certamente, é essencial que existam as leis: são as leis enquanto tais, seja lá qual for o conteúdo delas, que assinalam a diferença radical que separa um verdadeiro regime político da sua patológica “negação”, o despotismo, a partir do momento em que o “governo das leis” se distancia qualitativamente do “governo dos homens” ao atacar a arbitrariedade e a imprevisibilidade deste último. Então, se a lei enquanto tal já se recomenda em razão da generalidade, abstração e impessoalidade do seu comando, bem como da previsibilidade das suas consequências, ela é, todavia, para Montesquieu, uma condição necessária mas não suficiente para a plena legitimidade de um regime político. É neste ponto que aparece toda a importância do vínculo lei-liberdade: a liberdade “consiste [...] na segurança, ou na opinião que se tem da própria segurança”³⁹, mas a segurança não é assegurada simplesmente por uma previdente estrutura constitucional ou pelo caráter geral e abstrato da lei, mas pelos seus conteúdos específicos. A conexão temática lei-liberdade não tem um caráter somente formal, mas coloca precisos vínculos substanciais, que, quando destruídos, a própria lei se perverte em instrumento de opressão e de insegurança, mais perigoso na medida em que for mais capaz de atingir diretamente a vida e os bens dos indivíduos.

Não basta qualquer lei, a lei enquanto tal, para defender a liberdade-segurança dos sujeitos: a lei pode ser “boa” ou “má”, e somente uma lei que confirme, nos seus conteúdos prescritivos, a sua relação privilegiada com a liberdade-segurança realiza completamente a sua tarefa. Nasce de tal premissa a atenção que Montesquieu dedica ao direito penal e à exigência de convertê-lo de instrumento de ameaça em instrumento de garantia para os cidadãos, intervindo sobre ele em nome daquele princípio cardeal – a correspondência entre a gravidade do delito e a pena cominada – que, na sua transparente racionalidade, consegue suprimir, inclusive no plano dos

39 *Ivi*, XII, 1, p. 320.

conteúdos, qualquer resíduo de arbitrariedade: “a pena não deriva mais do capricho do legislador, mas da natureza das coisas, e o homem não comete violências contra o seu semelhante”⁴⁰. E não é por acaso que Beccaria conecta as suas ideias exatamente com Montesquieu nas páginas de abertura do seu célebre ensaio⁴¹, que começa unindo em um único veredito condenatório, enquanto “despojo dos séculos mais bárbaros”, as *leges* de Justiniano e os “confusos volumes de privados e obscuros intérpretes”⁴² para, depois, propor uma radical revisão não somente do “sistema de fontes”, mas, também, dos conteúdos normativos e dos valores de fundo do direito penal substancial e processual.

Lei e liberdade se entrelaçam, portanto, no universo discursivo “iluminista”, mas tal conexão apresenta dois traços essenciais, que oferecem uma ulterior e inconfundível caracterização. Em primeiro lugar, o vínculo lei-liberdade não é somente um vínculo de caráter “formal”: a lei não é o veículo da liberdade somente enquanto prescrição abstrata, geral e impessoal, somente enquanto se contrapõe ao arbítrio em razão da sua “certeza” e da previsibilidade dos seus efeitos, somente enquanto se mantém distante das paixões e dos interesses; a lei é veículo de liberdade-segurança também, e sobretudo, na medida em que os seus conteúdos prescritivos são reformulados a partir de uma visão geral substantiva do ser humano, da sociedade, dos seus valores fundamentais.

Em segundo lugar, e conseqüentemente, o vínculo lei-liberdade não serve para descrever (legitimar) uma situação já dada, mas, ao contrário, se insere no vão aberto pela tensão entre aquilo que é e aquilo que deve ser: a conexão temática lei-liberdade é inseparável da propensão reformadora que constitui uma dimensão caracterizadora daquele século.

40 Ch.-L. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit., XII, 3, p. 324.

41 «L'immortale Presidente di Montesquieu ha rapidamente scorso su di questa materia. L'indivisibile verità mi ha forzato a seguire le tracce luminose di questo grand'uomo [...]» (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. VENTURI, Einaudi, Torino, 1981, p. 10).

42 *Ivi*, p. 3.

Convém levar a sério a imagem do “*Settecento riformatore*”⁴³. Certamente, não se trata de aludir com esta fórmula feliz a uma espécie de *Zeitgeist* exaustivo de um século complicado e heterogêneo, nem tampouco pretende-se dar por resolvido *a priori* o problema (sem dúvida aberto pela história social e das instituições) dos efeitos concretos de cada estratégia reformadora, da complicada geografia dos poderes e dos estamentos envolvidos nelas, das complexas e diversificadas dinâmicas dos vários “subsistemas” institucionais e políticos. Tolhendo da fórmula, porém, qualquer pretensão “holística”, acolhendo-a como sinal de uma peculiar e determinada estratégia retórica, a reforma aparece como o filtro através do qual uma vasta série de textos olham para os nós fundamentais da ordem política. Não se fala da lei senão enquanto vitalmente (na forma e no conteúdo) conectada com a liberdade, mas também não se aborda o vínculo lei-liberdade sem assumi-lo como elemento de um “juízo” geral: que primeiro delinea um modelo ou parâmetro ideal e depois emprega-o para avaliar e denunciar as faltas da ordem efetiva indicando, por fim, uma alternativa, partindo de um horizonte “crítico”⁴⁴ que coloca constantemente em relação, e em tensão, realidade e modelo, realidade e possibilidade.

Então, se o vínculo lei-liberdade ocupa, seguramente, uma posição central no imaginário iluminista, ele não é efetivamente compreensível enquanto não é colocado dentro de uma rede temática mais ampla. A reforma é tanto um nó quanto o horizonte de tal rede. No momento, porém, em que ela se propõe como um “pensamento de alternativas” e abre o jogo das possibilidades e da transformação, ela tende, fatalmente, a sugerir ou prefigurar alguns pontos de força sobre os quais se apoiar. Nesta perspectiva torna-se importante um vínculo temático já espontaneamente postulado pela valorização da lei: o vínculo com a soberania.

Certamente, a própria estrutura da soberania necessita de uma específica atenção “reformadora”: somente organizando o

43 Trata-se de uma referência, obviamente, ao grande livro de F. VENTURI, *Settecento riformatore*, 1., *Da Muratori a Beccaria*, Einaudi, Torino, 1969.

44 Entendendo por ‘crítica’ a arte de «non essere governati in questo modo, in nome di questi principi, in vista di tali obiettivi e attraverso tali procedimenti» (M. FOUCAULT, *Illuminismo e critica*, a cura di P. NAPOLI, Donzelli, Roma, 1997, pp. 37-38).

poder de modo que ele se controle, como queria Montesquieu, é possível evitar a arbitrariedade do comando e opor os “governos moderados” da Europa ao “terrível despotismo” do império turco. A soberania, porém, também é a alavanca indispensável da reforma.

Certamente, é preciso proceder com cautela em um terreno em que a grande variedade de expectativas e de estratégias características dos textos setecentistas torna incerta e precária qualquer tentativa de esquematização. Mesmo considerando a multiplicidade de imagens da soberania que se acumulam no “*Settecento riformatore*”, creio que seja possível, porém, identificar alguns traços recorrentes.

Um traço recorrente importante é uma visão positiva e otimista da soberania. É verdade que a soberania está exposta ao risco do despotismo, e, enquanto “despóticas”, podem ser denunciados específicos provimentos ou episódios. A escolha despótica não é, porém, inclinação estrutural de um poder exposto “enquanto tal” à degeneração e à opressão, mas é a desventura conjuntural de um poder exercitado irracionalmente: logo que a soberania reencontre, à luz da razão, a sua finalidade originária e fisiológica, ela desenvolve um papel benéfico e insubstituível e aparece não como a ameaça, mas como a defensora da liberdade.

Não se concebe a lei senão como instrumento e declinação da liberdade, bem como não se concebe o vínculo lei-liberdade senão em conexão com um “espírito de reforma” que clama por avaliar “aquilo que é” à luz “daquilo que *deve ser*” (que *pode* vir a ser): o vínculo lei-liberdade e o vínculo lei-reforma são inseparáveis, por sua vez, do vínculo lei-soberania.

No pano de fundo ainda é perceptível o influxo exercido por uma longa tradição “absolutista”, da qual provém duas convicções ainda vigentes: em primeiro lugar, continua intacto o vínculo (antigo, mas proposto novamente e reformulado originalmente por figuras como Bodin, Hobbes e Pufendorf) entre *merum imperium* e poder legislativo, a ideia de lei como expressão eminente da “absoluta” soberania; em segundo lugar, ainda é forte a tendência – que se forma a partir da crise da cristandade medieval e da irrupção das guerras religiosas – a olhar o soberano como o principal baluarte do sujeito.

A liberdade do sujeito é a liberdade-propriedade que, teorizada por Locke no final do séc. XVII, domina a cena do novo

século, ainda que se valendo de esquemas fundadores profundamente diversificados e não mais obrigatoriamente jusnaturalistas. A liberdade-propriedade é, ao mesmo tempo, a esfera do *proprium* (já teorizada por Grotius), o espaço inviolável do sujeito e a ação expansiva e aquisitiva (o *labour* lockeano) de um indivíduo que age para conservar-se apropriando-se dos bens, multiplicando-os e colaborando, assim, indiretamente, para a riqueza coletiva e para o bem-estar geral. A liberdade-propriedade é a dimensão antropológica de uma ordem natural que pressupõe a ação e a interação dos sujeitos e encontra na lei do soberano um espelho, uma explicitação formal, um instrumento de tutela.

Exaltar o vínculo lei-liberdade significa, para o iluminismo jurídico, sustentar a relação obrigatória entre lei e ordem natural, entre lei e direitos naturais dos sujeitos, entre lei e um projeto de sociedade que entra em rota de colisão com a ordem positiva: com a ordem dos corpos, das hierarquias, das desigualdades jurídicas, das propriedades “bloqueadas” (e não é por acaso, obviamente, que, nas páginas do “*Caffè*” as invectivas dos irmãos Verri contra as leis romanas se entrelacem com as lúcidas páginas de Alfonso Longo contra os fideicomissos⁴⁵).

É na espessa rede de tais conexões temáticas (as quais na economia de um breve artigo é possível somente mencionar) que é preciso colocar a celebração iluminista da lei, o “legicentrismo” que será demonstrado pelos debates e pelas decisões político-constitucionais da revolução francesa.

A tese da centralidade da lei não tem um caráter final, mas instrumental: a lei não é um valor em si, mas conta em função da liberdade, é o instrumento técnico-jurídico para destruir a lógica da arbitrariedade e substituí-la pelo domínio da certeza. O vínculo lei-liberdade, que se coloca no centro da reflexão iluminista, pressupõe, portanto, o equilíbrio de poderes de Montesquieu, traduzindo-se em uma rígida contraposição entre lei e interpretação, entre legislador e juiz: justo porque a interpretação judicial é “criativa”

45 A. LONGO, *Osservazioni sui fedecommissi*, in *Il Caffè*, cit., pp. 86-97. Cfr. também A. LONGO, *Istituzioni economico politiche* (1773), in C.A. VIANELLO (a cura di), *Economisti minori del settecento lombardo*, Giuffrè, Milano, 1942, p. 343 ss.

(“arbitrária”, segundo o léxico setecentista), ela usurpa o papel do legislador, mas não pode valer como um aceitável sub-rogado dele porque as normas introduzidas pelo juiz não têm as características que tornam legítimas as normas legislativas; em primeiro lugar, elas não são gerais, não são certas, estão expostas ao jogo de interesses, são parciais, e, em segundo lugar, não são mais do que o espelho de uma ordem sócio-políticas largamente em falta em relação aos requisitos da ordem ideal. Emerge, aqui, a conexão fundamental lei-reforma: a norma judicial é ilegítima não somente porque é o veículo de incertezas, mas, também, porque é um instrumento de mera conservação da estrutura que a lei é capaz de modificar para adequá-la aos postulados da ordem natural.

A lei, no momento em que encontra o tema da reforma, adquire uma valência ulterior: não é somente função da certeza, não é somente um instrumento a serviço de uma “racional” (certa, previsível) organização das instituições jurídicas, não é somente garantia de um espaço individual “vazio”, de uma liberdade “formal”, mas é, também, e de maneira decisiva, o veículo e o espelho de uma ordem substantiva, da ordem da liberdade e da propriedade que a própria natureza impõe como parâmetro de legitimidade e como finalidade essencial do regime político.

Para o iluminismo jurídico, a lei se coloca, sem dúvida, no centro do ordenamento; a sua centralidade, porém, é exatamente o contrário de autossuficiência, pois ela se sustenta nos vínculos temáticos, nas destinações funcionais que imprimem na lei o seu sentido efetivo: longe de ser concebida como “forma” disponível para qualquer conteúdo, a lei é inseparável de um projeto de sociedade que a investe de precisos e vinculantes conteúdos, é celebrada em função da liberdade-propriedade-segurança do sujeito, é instrumento de tutela de uma inviolável ordem natural, é expressão de uma soberania ainda concebida de maneira otimista como natural aliada do indivíduo; enfim, a lei está inscrita em um campo de tensão que opõe a ordem existente a uma ordem possível e alternativa.

4. O ILUMINISMO JURÍDICO E A SUA PROBLEMÁTICA HERANÇA

Através de uma espessa rede de conexões temáticas é possível compreender a valência específica atribuída à lei pela retórica iluminista. Então, se uma reconstrução exaustiva do iluminismo jurídico e da sua visão da lei deveria aprofundar tais vínculos, sobre os quais eu fiz uma lista rápida e parcial, reconstruindo as suas diversas expressões levando em conta a variedade dos estilos individuais, das escolhas teóricas, dos contextos, restaria intacto, ainda, o segundo *front* problemático que eu mencionei no início: que toca não mais o iluminismo jurídico enquanto tal, mas o seu “sucesso” (ou “insucesso”) nos séculos XIX e XX; ou seja, toca o emprego que as diversas tradições jurídicas fizeram das categorias “iluministas”, pretendendo-se fiéis herdeiros da herança setecentista ou firmes contestadores das suas lacunas teóricas e políticas.

Neste segundo *front* de investigação eu também vou me limitar a indicar algumas passagens e alguns problemas (na minha opinião) relevantes; e o motivo do caráter sumário das menções, neste caso, não é somente a necessidade de síntese imposta pela economia de um artigo, mas, também, pelo estado da historiografia, que, me parece, ainda não abordou sistematicamente nem detalhou profundamente o problema da “recepção” (e da representação) oitocentista e novecentista do iluminismo jurídico.

A visão iluminista da lei passa pela ativação de uma série de conexões temáticas (lei-liberdade, lei-soberania, lei-reforma, lei-ordem natural, etc.) que lhe atribui o seu sentido historicamente peculiar. Do conjunto dessas conexões é possível indicar sinteticamente alguns traços que caracterizam a ideia iluminista de lei: a) a lei como conjunto de princípios gerais, abstratos, confiados à escrita, inequívocos, transparentes; b) a lei como fonte exclusiva de normas, em contraposição à arbitrariedade da interpretação jurisprudencial e doutrinária; c) a lei como instrumento de realização da liberdade-propriedade dos sujeitos; d) a lei como espelho e tutela de uma ordem natural; e) a lei como expressão de uma soberania funcionalmente orientada para a tutela de uma “ordem de sujeitos”; f) a lei como instrumento de “reforma”, de adequação da ordem real à ordem ideal.

O problema da recepção oitocentista e novecentista da concepção iluminista de lei poderia ser colocado questionando se e como tal ou qual doutrina jurídica oitocentista acolhe, corrige ou refuta os traços temáticos mencionados.

Parece-me que os elementos indicados *sub a)* e *sub b)* foram profundamente discutidos pela historiografia no momento em que foi colocado em foco o capítulo fundamental da “codificação”. Vêm à ribalta, assim, dois temas essenciais da experiência jurídica dos séculos XIX e XX: o papel dominante da lei (e da “forma-código”) no sistema de fontes (pelo menos nos países de direito codificado), a teoria formalista da interpretação e o conseqüente sucesso do “silogismo judicial”. A brilhante fórmula “absolutismo jurídico”, que Paolo Grossi propôs em mais de uma ocasião⁴⁶ para identificar uma tendência de fundo da cultura jurídica “moderna”, sintetiza em si ambos os princípios e me parece bastante persuasiva diante do interlocutor hodierno. A meu ver, ela pressupõe, como seu fundamento implícito, o longo desenvolvimento da hermenêutica novecentista, o difícil afastamento em relação a uma teoria objetivista da interpretação, a valorização da insubstituível presença do sujeito que interpreta. O reflexo de tal experiência sobre a hermenêutica jurídica não pode ser outro senão a redescoberta do papel ativo e “criativo” do jurista-intérprete, a convicção do caráter “inerte” do texto normativo enquanto tal, a necessidade de ele ser colocado em movimento pelo juiz ou pelo *doctor iuris*, o inevitável protagonismo de uma *iurisprudencia* que não se limita (consciente ou não) a “fotografar” o sentido do texto, a reproduzi-lo na sua “objetividade”, mas “atribui sentido” ao texto, reescreve-o continuamente, que não opera através de operações dedutivas, “silogísticas”, mas emprega todos os recursos da “imaginação” e da retórica⁴⁷.

O “absolutismo jurídico” é uma fórmula que serve, portanto, para indicar *uma* tradição oitocentista e novecentista (não a única tradição, mas, certamente, durante muito tempo, a tradição dominante) que

46 Cfr. os ensaios compilados em P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1998.

47 Eu desenvolvi este tema em *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista*, in *Dir. pubbl.*, I, 1995, pp. 1-34.

hoje somos capazes de “historicizar” à luz de uma visão mais complexa da hermenêutica geral, da hermenêutica jurídica e das forças produtoras do ordenamento. A fórmula é eficaz porque, através da expressão “absolutismo”, consegue se referir a duas distintas mas conexas “absolutizações” características de uma tradição (ou de um complexo de tradições) de indubitável importância ao longo dos séculos XIX e XX: por um lado, a “absolutização” da lei, o “legalismo”, o culto da lei enquanto tal, a assunção da lei como valor em si, como instância suprema e indiscutível; por outro, a anulação do papel “ativo” da interpretação, a sua redução ao papel de caixa de ressonância do sentido “objetivo” da lei, o caráter “mecânico” da aplicação da norma (o “silogismo judicial”).

Um problema, a meu ver, delicado e ainda aperto refere-se à relação entre as tradições oitocentistas de caráter “jus-absolutistas” e a concepção iluminista de lei. Um vínculo que é certo e dificilmente contestável refere-se aos dois traços que é possível encontrar pontualmente nas escolhas “jus-absolutistas” do positivismo formalista oitocentista: a centralidade da lei, o seu papel “deslegitimador” diante de outras possíveis fontes de produção normativa, e, conseqüentemente, a recusa de uma interpretação “criativa”, a imagem (ideal) do poder judiciário como “poder nulo”.

Então, se é possível estabelecer uma linha de continuidade entre o iluminismo jurídico e o positivismo formalista oitocentista em razão desses dois traços, também é verdade que outros elementos jogam a favor de significativas descontinuidades. Se, em ambos os casos, a lei é objeto de uma verdadeira celebração, é profundamente diferente a sua direção, já que, em um caso, a lei é exaltada tendo em vista a sua destinação funcional (à liberdade, aos direitos, à tutela da ordem natural, à reforma), enquanto no outro caso a lei vale como princípio formal e autossuficiente da ordem, permanecendo intacta a sua relação com os conteúdos e com as finalidades. Do mesmo modo, a propensão reformadora, característica da visão iluminista da lei, a convicção segundo a qual a lei deve se mover no vão aberto pelo confronto entre ordem real e ordem possível, entre ordem injusta e ordem legítima, introduz uma dimensão “crítica” e projetual absolutamente incompatível com a pretensão “não valorativa”, “apolítica”, “atemporal” do positivismo

formalista. São diferentes, ainda, as expectativas alimentadas diante da soberania (do vínculo lei-soberania): a soberania que, no imaginário setecentista, ainda é concebida de maneira otimista como “racional” e “funcional” a uma ordem de sujeitos, tende a se propor, no positivismo estatalista do final do século XIX, como um valor em si e como pilar autossuficiente da ordem.

Agora, a relação entre o “absolutismo jurídico” oitocentista e os seus “precedentes” setecentistas parece mais intrincada e irregular, já que indubitáveis elementos de continuidade se misturam (como acontece, aliás, geralmente, nas complexas experiências de transformação histórica) com cesuras igualmente significativas. É preciso ter presente que é possível dar respostas diferentes a este problema de acordo com a pergunta de fundo que sustenta a própria formulação do problema. Se o meu objetivo é reconstruir a doutrina das fontes e a teoria da interpretação dos séculos XIX e XX para identificar as suas inclinações “jus-absolutistas” (ou, se preferirmos, “legicêntricas” e formalistas), é compreensível que eu procure no passado os “precedentes” ou os primeiros sinais da orientação que constitui o objeto primário da minha investigação. Por outro lado, se o meu escopo é a reconstrução da visão iluminista da lei, o meu jogo histórico-hermenêutica está no interior daquele contexto, tornando-se determinantes as conexões temáticas que constituem o campo semântico “lei”, de maneira que a relação que o futuro formalismo positivista vai instaurar com a herança iluminista torne-se um problema, por assim dizer, “fora da cena”.

É um caso diferente, ainda, quando o objeto da investigação é o jogo de empréstimos e trocas entre contextos históricos distintos: este é o caso do tema historiográfico (ainda, a meu ver, demasiado trascurado) que poderia ser a recepção do iluminismo jurídico nos séculos XIX e XX. A minha impressão (ainda que, para um juízo fundamentado, seria necessário toda uma ulterior argumentação e documentação) é que a herança iluminista tende a desaparecer, como um sumidouro, nas areias ou rochas do estatalismo positivista ou formalista para se tornar parcialmente visível de novo, talvez, na variegada cultura “antitotalitária” dos anos 1930 e 1940⁴⁸ que

48 Sobre a recuperação historiográfica do iluminismo ao longo do século XX cfr.

sente a necessidade de redescobrir - contra a tradição estatocêntrica do final do século XIX, que o fascismo se apropriou de maneira desenvolta (mais até do que o nacional-socialismo) – o vínculo entre lei e liberdade, o papel instrumental da soberania, a dimensão “crítica” e projetual do discurso jurídico.

G. RICUPERATI (a cura di), *La reinvenzione dei Lumi. Percorsi storiografici del Novecento*, Olschki, Firenze, 2000.

