

MONTESQUIEU E A RELEVÂNCIA DA HISTÓRIA PARA A REFLEXÃO JURÍDICA: a questão do progresso e da comunicabilidade da experiência dos povos

CUSTÓDIO, Matheus Zmijevski*

* Mestre em Fundamentos Teórico-Filosóficos do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e professor colaborador na Faculdade de Direito desta mesma instituição; Bacharel em Direito e Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); Bacharelado em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Advogado na Seção do Estado do Rio Grande do Sul (OABRS); e-mail: zmijevski@hotmail.com.

RESUMO

Esta produção disserta a respeito da doutrina jurídica do cidadão bordelês Charles-Louis de Secondat, universalmente conhecido como “Barão de Montesquieu”: um dos pensadores mais distintos da história intelectual da humanidade. O trabalho a efetuar-se não exatamente busca reinterpretar ou inaugurar uma doutrina à base do pensamento deste autor, mas, sim, clarificar a verdadeira essência de seus preceitos quanto ao direito. Por isso, ciente da elevada repercussão de Montesquieu na experiência político-jurídica que lhe sucedeu, o texto aqui apresentado é dirigido a uma adequada compreensão de sua obra na atualidade. Para o famigerado barão, o qual reúne o melhor da tradição filosófica ocidental, não há um método bastante específico de aplicar o direito, senão uma forma ideal e apurada de compreendê-lo. Montesquieu, a exemplo dos antigos, realiza uma obra de filosofia ativa. Sua doutrina jurídica é revelada através do instigante enalço ao triunfo da justiça, traduzido, segundo ele, pelas magníficas circunstâncias da tarefa de legislar. O Barão foi o primeiro que utilizou, nos tempos modernos, o método histórico-comparativo na ciência do direito; contudo, não se preocupou em dogmatizá-la, visto que seu maior e louvável interesse foi o de formulá-la corretos princípios para, através do artifício da lei, inteli-la.

Palavras-Chave: Barão de Montesquieu. O Espírito das Leis. Espírito Geral da Nação. Natureza das Coisas. Reforma Legislativa. Comunicabilidade do Direito.

1. Introdução

Em uma época na qual a especulação político-jurídica ainda estava submersa em abstrações metafísicas, e em que a história e a lei positiva eram desprezadas, a obra de Montesquieu, por ter sempre mantido uma postura firme sobre o ser-humano, apresenta-se como a primeira tentativa de construir uma “ciência da coisa humana” que se identifica com a “ciência do homem”. Desse modo, seu pensamento sobre o direito anuncia-se com o propósito de ser fidedigno às reais condições em que a sociedade surge, existe e evolui¹.

2. A Inclusão do Elemento Histórico no Campo Jurídico

No domínio particular da filosofia jurídica, é conhecido como os escritores precedentes a Montesquieu discutiram, principalmente, o problema racional do direito, negligenciando, ao contrário, o problema histórico, de gênese². Em efeito, não se ocuparam do direito como fenômeno da história, mas somente como idéia e princípio especulativo, considerando, portanto, tudo o que o direito deve ser à preferência daquilo que é.

Agora, se as questões históricas tornaram-se predominantes apenas em princípios do Século XIX, provocando uma sublevação até na doutrina da filosofia do direito, deve-se recordar que Montesquieu marca o início da passagem do método puramente racional ao método histórico³. Assim, demonstrou dominar a necessária imensidade de visão para compreender o que emana do terreno dos fatos humanos⁴, sistematizando-o dentro de um conceito cujas perspectivas ainda atraem o nosso interesse.

Tentativa esta que, na mesma época, encontra comparação somente na obra do napolitano Giambattista Vico, o qual, junto ao filósofo bordelês, é justamente

¹ Cf. SPECTOR, Céline. **Montesquieu: liberté, droit et histoire**. Paris: Michalon, 2010, p.23-25.

² É o que observamos através de ALTHUSSER, Louis. **Politics and history: Montesquieu, Rousseau, Hegel and Marx**. Londres: New Left Review Edition, 1977, p. 19-21.

³ Segundo BALOG, Frank D. The scottish enlightenment and the liberal political tradition. In: BLOOM, Allan (Org.). **Confronting the constitution: the challenge to Locke, Montesquieu, Jefferson, and federalists from utilitarianism, historicism, marxism, freudianism, pragmatism, existentialism...** . Washington: The AEI Press, 1990, p. 206.

⁴ Como bem explica HULLIUNG, Mark. **Montesquieu and the old regime**. Berkeley: University of California Press, 1976, p.3.

considerado como o antecipador de uma nova corrente do pensamento⁵. Tal movimento, que, sucessivamente, há tido vários ramos de desenvolvimento, possui, contudo, um inconfundível significado característico de oposição ao raciocínio puro e abstrato.

Esse tipo de raciocínio, tido por muitos como tranquilo, é cotejado com o prejudicial descuido do material histórico e o desdém da contribuição que os fatos poderiam consentir à exata interpretação da realidade. Porém, graças a autores como Vico e Montesquieu, que dirigiram suas mentes vastas e geniais ao estudo dos fatos humanos, incluindo todos os produtos históricos e culturais, é que se manteve uma diretriz consciente disso.

O intento fundamental de Vico, como afirma Enrico Vidal, é a conciliação da filosofia concebida como ciência da idéia com a filologia concebida como ciência do fato. Entre estes dois termos, o napolitano pretende demonstrar a existência de uma correlação, de um nexos que ele observa no fato de que a mente humana está à raiz das duas atividades. A nossa mente seria um reflexo da inteligência imanente no mundo, que ele chama de “providência”, e desenvolvimento dos eventos humanos teriam um caráter necessário⁶.

Bastante influente sobre as ponderações do barão⁷, Vico asseverava que assim como há uma mente individual, há uma “mente comum das nações”. Todo povo ou nação tem um próprio senso comum que regula a sua vida social. Entretanto, todos os sentidos comuns dos povos ou nações possuem uma “conveniência” entre si, ou seja, coincidem essencialmente, já que se reportam àqueles únicos sentidos comuns do gênero humano, determinado pela necessária congruência da mesmíssima coisa humana⁸.

Destarte, as histórias aparentemente divididas e variadas estão ao fundo de uma só, bem como o direito, o qual, separado historicamente em tantos, converge na direção de um único: um direito universal e eterno em si, que persiste invariavelmente em todas as nações. Estas, embora sejam surgidas e começadas em tempos entre elas bastante distintos, lidam com as idênticas ocasiões das

⁵ Assim demonstra DUNNING, William Archibald. **A history of political theories**: from Luther to Montesquieu. Nova Iorque: The Macmillan Company, 1928, p. 389.

⁶ VIDAL, Enrico. **Saggio sul Montesquieu**: con particolare riguardo alla sua concezione dell'uomo, del diritto e della politica. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1950, p. 154.

⁷ Ver LOY, J. Robert. **Montesquieu**. Nova Iorque: Twayne Publishers, 1968, p. 35 e 92.

⁸ Cf. CURTIS, Michael. **The great political theories**: a comprehensive selection of the crucial ideas in political philosophy from Plato and Aristotle to Locke and Montesquieu. v. 1. Nova Iorque: Avon Books, 1981, p. 390-391.

mesmas necessidades humanas, sobre as quais esse direito tem constantes a sua origem e o seu progresso⁹.

3. A Comunicação do Direito pela Via Histórica

Com relação a essas proposições, ao método de estudar e julgar as instituições jurídicas e políticas, à introdução do elemento histórico no direito positivo e a outros problemas mais, poder-se-ia instituir, entre Montesquieu e Vico, comparações úteis a iluminar suas respectivas doutrinas e o caráter da filosofia jurídica do Século XVIII¹⁰. Nenhum, no entanto, seria mais do que em torno ao problema da comunicabilidade do direito, à medida que, a um olhar mais atento, tornou-se mais complicada a questão da natureza do direito do que a de sua destinação.

Novamente pelas abordagens de Vidal, verificamos que a negação da transmissibilidade histórica do direito da parte do filósofo napolitano, feita em consideração ao postulado fundamental da sua doutrina da unidade do espírito humano, já foi objeto de acurados estudos; tanto a favor quanto contra¹¹. Del Vecchio, seu compatriota, considerava, por exemplo, que a comunicação é, sim, possível e frutífera, porque, naquele espírito humano, existe um fundo de identidade¹².

Isso porque, além da uniformidade natural não-dependente de comunicação alguma, haveria também (e operam no sentido de suavizar os sistemas) as influências das comunicações históricas, onde o direito de um povo pode transferir-se ao de outro. Dessa maneira, qualquer nação poderia por bem assimilar o direito de países distintos, fazendo-o próprio, com oportunas adaptações. Logo, o direito não seria unicamente um fenômeno nacional, mas também, e sobretudo, um fenômeno humano, sem contradições¹³.

⁹ Insigne em CURTIS, Michael. **The great political theories**: a comprehensive selection of the crucial ideas in political philosophy from Plato and Aristotle to Locke and Montesquieu. v. 1. Nova Iorque: Avon Books, 1981, p. 392-397.

¹⁰ Ver HAZARD, Paul. **European thought in the eighteenth century**: from Montesquieu to Lessing. Cleveland: Meridan Books, 1969, p. 145-159.

¹¹ VIDAL, Enrico. **Saggio sul Montesquieu**: con particolare riguardo alla sua concezione dell'uomo, del diritto e della politica. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1950, p. 155.

¹² DEL VECCHIO, Giorgio. Lezioni di filosofia del diritto, p. 17 apud VIDAL, Enrico. Op. cit., loc. cit.

¹³ Ibidem, loc. cit.

Nessas linhas, a comunicação do direito é encarada como realizável e proveitosa, em razão do caráter de identidade do espírito humano. Para os que creem nessa possibilidade, como Del Vecchio, se as instituições jurídicas fossem próprias e exclusivamente de um determinado povo, elas se adaptariam tão somente às suas particulares circunstâncias históricas. E, em não sendo transmissíveis, os diversos outros povos comportar-se-iam como unidades absolutamente separadas, fechados um em relação ao outro.

Por conseguinte, em não se verificando uma absoluta “impermeabilidade”, haveria, no direito de cada povo, elementos universais, que refletiriam a idêntica natureza dos homens. A princípio, isto faria com que as evoluções jurídicas individuais pudessem ser tecidas com enxertos recíprocos. Assim, as comunicações históricas estariam a contribuir na aceleração do processo de harmonização jurídica da humanidade, baseado, primeiramente, no fundo comum da natureza humana¹⁴.

Entretanto, para Vico, aquele princípio da unidade do espírito já é suficiente para justificar que há apenas uma semelhança entre diversas leis e costumes. O direito é fundamentalmente uno porque é una a natureza dos homens, bem como a das nações. E isso deriva das próprias necessidades dos homens, sempre uniforme, ocorrendo com igual ritmo também entre as nações mais distantes do espaço-tempo¹⁵.

Desse modo, a identidade originária bastaria para explicar toda sucessiva semelhança de desenvolvimento, pela qual Vico vem a negar a comunicabilidade histórica do direito. Não porque ele deva permanecer sempre diferente, devido às suas características entre as diversas nações, mas, ao contrário, porque ele já é naturalmente igual onde não há lugar para uma informação sua à providência humana¹⁶.

4. A Postura de Montesquieu frente ao Argumento

¹⁴ Como refere PANGLE, Thomas L. The philosophic understandings of human nature informing the constitution. In: BLOOM, Allan (Org.). **Confronting the constitution: the challenge to Locke, Montesquieu, Jefferson, and federalists from utilitarianism, historicism, marxism, freudianism, pragmatism, existentialism...** . Washington: The AEI Press, 1990, p. 34.

¹⁵ Atenciosamente em HAZARD, Paul. **European thought in the eighteenth century: from Montesquieu to Lessing.** Cleveland: Meridan Books, 1969, p.35-37.

¹⁶ Segundo DUNNING, William Archibald. **A history of political theories: from Luther to Montesquieu.** Nova Iorque: The Macmillan Company, 1928, p. 388.

Ora, como Vico, não negando Montesquieu que, em uma certa medida, a comunicação do direito seja historicamente encontrada, ele considera a ocorrência de semelhantes fenômenos de transmissão, especialmente se forçados, como um mal. E chega se não próprio a afirmar a não-comunicabilidade do direito, apresentando a nocividade ou inutilidade, que, em última análise, significa afirmar a incomunicabilidade essencial, considerando-a desconforme à mesma natureza do direito¹⁷.

Eis a premissa de seu postulado: as leis representam o instrumento que confere ao direito a possibilidade de instaurar os relatos transsubjetivos que realizam a tarefa de realizar a justiça na sociedade¹⁸. Tais relatos vieram se formando de mão em mão, e, através de um processo de diferenciação, assumiram fisionomias de estado, ou, como se poderia dizer, ainda, nacionais. Daí a primeira questão do posicionamento do parágrafo anterior.

A inserção do direito no seio da organização político-social dos homens, que se concretiza numa pluralidade de estados, identifica-se na máxima onde as leis devem ser, sobretudo, conforme a natureza e os princípios singulares que informam os vários tipos de governo¹⁹. Conformidade à qual devem obedecer tanto aquele que instaura os tipos singulares de governo, como fazem as leis políticas (dir-se-ia, hoje, constitucionais), quanto aquele que os permitem a conservação, como fazem as leis civis.

Para uma clara compreensão do pensamento de Montesquieu sobre o argumento, é valiosa uma reflexão também ressaltada por Vidal. Este autor anota que, para Montesquieu, há leis principais e leis acessórias, e em todos os países se forma uma espécie de geração de leis. Assim, as nações singulares, como todo indivíduo, possuem uma sucessão de ideias, e o seu modo de pensar total, como aquele de cada homem, tem um princípio, um meio e um fim²⁰.

E o próprio Montesquieu ainda registra: “(...) não tomei a caneta para ensinar as leis, mas, sim, para ensinar o modo de compreendê-las. Na verdade, não tenho

¹⁷ Pelas diretrizes de DALLMAYR, Fred. Montesquieu's persian letters: a timely classic. In: KINGSTON, Rebecca E. (Org.). **Montesquieu and his legacy**. Nova Iorque: State University of New York Press, 2008, p. 242.

¹⁸ Cf. MERRY, Henry J. **Montesquieu's system of natural government**. West Lafayette: Perdue University Studies, 1970, p. 8 e 41.

¹⁹ Ver BENOIT-SMULLYAN, Emile. **An outline of the history of political theory: part II: Montesquieu to present**. Boston: Student Outlines Company, 1957, p. 3-7.

²⁰ VIDAL, Enrico. **Saggio sul Montesquieu**: con particolare riguardo alla sua concezione dell'uomo, del diritto e della politica. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1950, p. 157.

tratado das leis, mas do espírito delas” [tradução nossa]²¹. Essa reflexão, junto ao que já fora anteriormente dito, permite, por lógica, referendar as razões pelas quais o filósofo de La Brède afirmava a nocividade de cada fenômeno de transmissão do direito.

Embora admitindo que há alguma coisa de comum nas leis (a sua comum origem racional, ou, como diria Vico, “a mente comum das nações”)²², Montesquieu insiste, de fato, sobre aquilo que, segundo ele, é de longe predominante. Na variedade, na diversidade ou, como melhor se diria, na particularidade das legislações, prepondera a natureza das coisas²³.

Tal característica é propriamente derivada da necessidade das leis se conformarem a essa natureza, ou seja, a um complexo de fatores, todos convergentes à especificação dos grupos ou sistemas jurídicos, e da qual decorre, por sua vez, qualquer aplicação de parte ou de todo o sistema legislativo de uma nação.

Observa-se que Montesquieu chega a essa conclusão não apenas por aderência, em linha teórica, aos seus pressupostos lógicos, mas, também, em seqüência à observação do quanto emana do terreno dos fatos históricos que testemunhamos os inconvenientes de uma prática similar:

É uma loucura darem os conquistadores suas leis e seus costumes a todos os povos; isto não é bom de forma alguma; porque, em qualquer tipo de governo, deve haver capacidade de obediência [tradução nossa]²⁴.

Em tal modo, se cada uma das legislações nacionais singulares apresenta, e deve apresentar, essas imanentes características de particularidade²⁵ (para não poderem mais convergir até uma uniformidade universal), legitima-se a proposição na qual, em síntese, está inclusa a ideia conclusiva de Montesquieu sobre o

²¹ (...) no tomé la pluma para enseñar las leyes, sino la manera de enseñarlas. Por eso no discurrí sobre las leyes, sino sobre el espíritu de las leyes. STAROBINSKI, Jean. **Montesquieu**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 220.

²² VIDAL, Enrico. **Saggio sul Montesquieu**: con particolare riguardo alla sua concezione dell'uomo, del diritto e della politica. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1950, p. 157.

²³ Cf. COURTOIS, Jean-Patrice. **Inflexions de la rationalité dans l'esprit des lois**: écriture et pensée chez Montesquieu. Paris: Presses Universitaires de France, 1999, p. 17.

²⁴ C'est la folie des conquérants de vouloir donner à tous les peuples leurs lois et leurs coutumes; cela n'est bon à rien; car dans toute sorte de gouvernement on est capable d'obéir. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, o Barão de. **Considérations sur les causes de la grandeur des romains et de leur décadence**. Paris: Gallimard, 2008, p. 114.

²⁵ Ver BARRERA, Guillaume. **Les lois du monde**: enquête sur le dessein politique de Montesquieu. Paris: Gallimard, 2009, p. 117-118.

problema da comunicabilidade do direito: “(As leis) devem ser tão próprias ao povo pelo qual elas são feitas, que é um grande perigo se as de uma determinada nação convenham a uma outra” [tradução nossa]²⁶.

Então, Montesquieu (apesar do reconhecimento da comum originária fonte racional do direito) e Vico (em razão da unidade do espírito humano que conduz à uniformidade dos seus produtos) estão juntos. Com exceção de algumas considerações diversas, eles partilham da mesma conclusão, já que ambos eram a favor da não-transmissibilidade do direito e, portanto, da existência necessária de direitos positivos singulares, formando tantos outros sistemas autônomos; ou círculos fechados (Vico), ou que pelo menos o deveriam ser (Montesquieu)²⁷.

Não obstante, como um terceiro elo que se acede a essas correntes, houve, ainda, na Alemanha, a chamada Escola Histórica do Direito (“Historische Rechtsschule”)²⁸. Por razões antitéticas àquelas que moldaram a teoria de Vico, e por inspirações procedentes um radicalismo muito maior que o de Montesquieu, tal escola também sustentou a não-comunicabilidade do direito.

5. Montesquieu e a Não-Comunicabilidade do Direito

Dada as vanguardas que, perante este tema, interconectaram-se, seria então interessante pesquisar quais seriam os elementos que diferenciavam a formulação dessas teorias, das quais é manifesta a concordância final. Porém, antes de nos prepararmos para um similar exame, ainda é necessário completarmos alguns dados do pensamento jurídico de Montesquieu, sem os quais deixaríamos vários elementos indispensáveis para a comparação em questão.

5.1. Pressupostos

Conforme já havíamos visto, no tratamento das relações que decorrem entre as leis e aquilo que ele chama de “o espírito geral da nação”, Montesquieu escreve:

²⁶ Elles doivent être rellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, o Barão de. **De l'esprit des lois**. v. 1. Paris: Flammarion, 1979, p. 128.

²⁷ Assim se conclui de GOYARD-FABRE, Simone. **La philosophie du droit de Montesquieu**. Paris: Librairie C. Klincksieck, 1973, p. 259.

²⁸ Como relaciona BENOIT-SMULLYAN, Emile. **An outline of the history of political theory: part II: Montesquieu to present**. Boston: Student Outlines Company, 1957, p. 14.

Muitas coisas governam os homens: o clima, a religião, as leis, as máximas do governo, os exemplos das coisas passadas, os costumes, as maneiras, de onde se forma um espírito geral que disso é o resultado [tradução nossa]²⁹.

Por esses fatores, chega-se, portanto, à existência necessária de uma pluralidade de sociedades nacionais, como se viesse primeiramente à existência necessária de uma pluralidade de direitos positivos³⁰.

Pluralidade, que tanto no primeiro como no segundo caso, Montesquieu considera necessária, porquanto conforme a natureza das coisas. Referida à sua integração mais completa, isto é, ao Estado, vem do filósofo de La Brède configurada na seguinte proposição: (...) o governo mais conforme a natureza é aquele cuja disposição particular melhor se refere à disposição do povo ao qual ele é estabelecido” [tradução nossa]³¹.

Assim sendo, o espírito geral de toda e cada nação é um produto histórico resultante de um complexo de fatores naturais e morais, entre os quais as mesmas leis que constituem o fundamento comum e constante da vida de um povo e de um Estado; vida da qual se geram modos comuns e constantes de sentir, de pensar e de operar³².

Por sua vez, o espírito geral de todo e cada sistema jurídico também é um produto histórico decorrente de um conjunto de fatores igualmente naturais e morais³³. Fatores estes que devem fazê-lo sempre conforme e aderente ao princípio fundamental, que informa cada singular espécie de ordenamento estatal³⁴.

Em síntese, essas são as conclusões que chega Montesquieu quando da pluralidade fenomenológica histórica, que traça e convalida a necessidade da pluralidade fenomenológica jurídica. E é esta necessidade que leva a

²⁹ Plusieurs choses gouvernent les hommes, le climat, la religion, les lois, les maximes du gouvernement, les exemples des choses passées, les mœurs, les manières, d'où il se forme un esprit général qui en résulte. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, o Barão de. **De l'esprit des lois**. v. 1. Paris: Flammarion, 1979, p. 461.

³⁰ Cf. CURTIS, Michael. **The great political theories**: a comprehensive selection of the crucial ideas in political philosophy from Burke, Rousseau and Kant to modern times. v. 2. Nova Iorque: Avon Books, 1981, p. 256.

³¹ (...) le gouvernement le plus conforme à la nature est celui dont la disposition particulière se rapporte mieux à la disposition du peuple pour lequel il est établi. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, o Barão de. Op. cit., p.128.

³² Tal qual descreve BERLIN, Isaiah. **Montesquieu**. Londres: Oxford University Press, 1955, p. 271.

³³ Dessa forma em SOREL, Albert. **Montesquieu**. Nova Iorque: Kennikat Press, 1969, p. 161.

³⁴ Como demonstra GRAVEN, Jean. **Montesquieu et le droit pénal**. Paris: Recueil Sirey, [s.d.], p. 214.

inevitavelmente considerar, tal qual o corolário de um axioma, cada transmissão do direito como uma incongruência natural.

Mas Montesquieu, que não sofre da rigidez sistemática comumente notada em muitos autores, não nega, à diferença de Vico, que a transmissibilidade do direito seja historicamente verificada. Por sua vez, excluindo qualquer fenômeno de recepção, o napolitano negou, entre o exemplo de vários outros, que os romanos derivaram dos gregos os preceitos jurídicos das doze tábuas³⁵.

Em vez disso, Montesquieu trata, em inúmeros pontos de “Do Espírito das Leis”, sobre diversos casos de recepção, entre os quais citamos o dos romanos³⁶. Eles, à exemplo dos gregos, introduziram fórmulas de ações, e estabeleceram a necessidade de dirigir cada questão pela ação que lhe era própria³⁷. Todavia, o bordelês adverte o legislador, aquele que está por cumprir uma recepção, para lembrá-lo que é sempre para uma determinada sociedade que as leis são feitas³⁸, e, na referida obra, dedica o Capítulo XVIII do Livro XXIX a criticar tendências de uniformização³⁹.

Depois, Montesquieu enfatiza que há certas ideias de uniformidade que, às vezes, tomam as grandes mentes (como afetaram a Carlos Magno), mas que, inevitavelmente, atingem os mais pequenos⁴⁰. E conclui, depois de ter dito que isso não é de todo útil, perpetrando-nos com uma interessante pergunta que, também preocupantemente, indaga: “Quando os cidadãos seguem as leis, importa que sigam as mesmas? [tradução nossa]”⁴¹

5.2. Três Análogas Formulações

Especificadas as ideias do pensador francês, relativas ao argumento que se vem ocupando, pode-se, então, passar ao exame das características que distinguem

³⁵ Conforme relata VIDAL, Enrico. **Saggio sul Montesquieu**: con particolare riguardo alla sua concezione dell'uomo, del diritto e della politica. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1950, p. 159.

³⁶ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, o Barão de. **De l'esprit des lois**. v. 1. Paris: Flammarion, 1979, p. 204.

³⁷ Sobre essas ações, ORLANDI, Hector Rodolfo. **Democracia y poder**: polis griega y constitución de Atenas. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1971, p. 146 et seq.

³⁸ Assim como não se pode separá-las do objeto para as quais foram feitas. Segundo BERGERON, Gérard. **Tout était dans Montesquieu**: une relecture de l'esprit des lois. Paris: L'Harmattan, 1996, p. 226.

³⁹ Ver MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, o Barão de. **De l'esprit des lois**. v. 2. Paris: Flammarion, 1979, p. 397.

⁴⁰ Ibidem, loc. cit.

⁴¹ Lorsque les citoyens suivent les lois, qu'importe qu'ils suivent la même? Ibidem, loc. cit.

as três expressões da não-comunicabilidade do direito, formuladas, respectivamente, por Montesquieu, por Vico e pela escola histórica da Alemanha.

Segundo esta última escola, que é comumente chamada de “escola histórica dos juristas alemães”, todo ordenamento jurídico é algo historicamente identificado, bem como exclusivamente próprio de um determinado povo. Deste, tal ordenamento é inseparável, não estando sequer sujeito a enxertos ou transmigrações⁴².

Friedrich Carl von Savigny, um dos maiores expoentes dessa escola, sustenta que o direito vive na prática e no costume, que é a expressão imediata da “consciência jurídica popular”. Isto é devido ao fato de que todo povo tem um espírito, uma alma sua, que se reflete numa numerosa série de manifestações, de modo que: moral, direito, arte, linguagem, etc. são todos produtos espontâneos e imediatos desse espírito popular (o “Volksggeist”)⁴³.

Assim como a linguagem surge e desenvolve-se sem o trabalho dos gramáticos, que só depois lhe fixam os princípios e regras, também o direito não é criação do legislador, mas uma produção instintiva e quase inconsciente que se manifesta no fato, e apenas numa fase posterior admite a elaboração refletida por obra dos técnicos, que são os juristas⁴⁴. Por isso, as leis, segundo Savigny, têm uma função de todo secundária, que, às vezes, pode ser até danosa.

Elas não fazem mais que fixar e quase imobilizar os elementos já elaborados da consciência jurídica popular. Esta é a única fonte autêntica e genuína do direito. Daí a aversão de Savigny e da escola histórica em geral contra a legislação e contra a codificação. Em sua opinião, os códigos são majoritariamente danosos porque, em sendo sínteses sistemáticas das leis, eles adquirem maior estabilidade e podem, então, obstar o curso e a evolução espontânea do direito⁴⁵.

Relevante é o dado de como o conceito de “espírito popular”, que subjaz na asserção da escola histórica sobre o caráter inderrogável da particularidade fenomenológica jurídica, descobre um cotejo no conceito montesquiano de “espírito geral da nação”⁴⁶. Neste particular aspecto, tanto Montesquieu quanto a escola

⁴² Nesse sentido, ver HERNÁNDEZ MARCOS, Maximiliano. Carl Gottlieb Svarez y la disolución del derecho natural en Alemania. In: **Artículos de la Biblioteca Saavedra Fajardo de Pensamiento Político Hispánico**. Murcia: Facultad de Murcia, [s.d.], passim.

⁴³ Cf. GOYARD-FABRE, Simone. **La philosophie du droit de Montesquieu**. Paris: Librairie C. Klincksieck, 1973, p. 289.

⁴⁴ Cf. ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 113-114.

⁴⁵ Ibidem, p. 115.

⁴⁶ Ibidem, p. 118.

histórica estão numa posição inicial antitética em relação a Vico, formando esses raciocínios por aquilo que concerne a verdadeira essência do direito, ao senso comum do gênero humano⁴⁷.

Em tal modo, enquanto as duas primeiras concessões, depois de terem verificado a existência de uma pluralidade de sociedades nacionais, das quais deriva uma pluralidade de direitos positivos, consideram esta pluralidade insuperável (escola histórica)⁴⁸ ou que se deve evitar superar (Montesquieu). Significa que, à medida que não vislumbram como se pode desta prescindir para alcançar uma sociedade universal e, respectivamente, a um direito universal, concluem, assim como Vico, pela não-comunicabilidade do direito. Mas, ao fazê-lo, referem-se realmente à diferente premissa recém-ilustrada⁴⁹.

Por essa razão, é efetivamente difícil discernir, nas duas primeiras, como elas podem explicar o que historicamente aconteceu e ainda mais acontecerá no sentido de um progressivo processo de universalização do direito, devido a uma detectável transmissão de leis. Enquanto isso, em Vico, a ocorrência sobre o terreno histórico desses fenômenos de transmissão, sempre muito vastos, não é completamente inconciliável com os princípios filosóficos que estão à base da sua teoria jurídica⁵⁰.

Na verdade, a comunicação do direito em tanto é possível e em tanto já é verificada, e, talvez, verificar-se-á cada vez mais até chegar a uma genuína unificação, vez que há uma essencial unidade do espírito humano. Se um determinado povo pode receber e tornar próprio, ainda que com medidas adequadas, o direito elaborado por outro, isso ocorre porque, na natureza de ambos, há requisitos e necessidades comuns que bem se refletem juridicamente.

Noutros termos, a particularidade dos povos não encerra a questão, pois também estaria em jogo uma humanidade das nações, a humanidade do direito, isto é, a sua universalidade. Contudo, deve-se ter bastante cuidado em tratar desses temas, pois, entre posicionamentos mais extremados, pode-se deparar com o

⁴⁷ Tal qual se argumenta em COURTNEY, C. P. Montesquieu and natural law. In: CARRITHERS, David; MOSHER, Michael; RAHE, Paul (Orgs). **Montesquieu's science of politics: essays on the spirit of laws**. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2001, p. 62.

⁴⁸ Cf. ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 123.

⁴⁹ Destaca VIDAL, Enrico. **Saggio sul Montesquieu: con particolare riguardo alla sua concezione dell'uomo, del diritto e della politica**. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1950, p. 161.

⁵⁰ É o que sugere IGLESIAS, María del Carmen. **El pensamiento de Montesquieu**. Madri: Alianza Universidad, 1984, p. 380.

embate intransigente entre uma individualização totalitária e uma universalização absoluta. Pensamos que Montesquieu, ciente de que não se podia ir nem a uma, nem a outra, foi moderado em relevar tais aspectos⁵¹.

Mas dado que o direito fosse algo exclusivamente histórico, relativo somente ao lugar e ao tempo da sua gênese, e, portanto, desprovido de qualquer valor humano e universal, ele realmente não envolveria aplicações a pessoas diversas, nem mais transcenderia seus limites étnicos e temporais. Por conseguinte, em insistir exclusivamente sobre o dogma da particularidade irreduzível de toda produção jurídica nacional, arrisca-se fazer tantos direitos quanto há nações.

Porém, a despeito disso, a escola histórica assim o fez⁵², demonstrando sobre este aspecto um radicalismo bem maior que Montesquieu, o qual praticamente não chega a uma similar pulverização da substancialidade jurídica. Isto se considerar-se que ele reduz, ao fim das contas, os tipos fundamentais do sistema legislativo em uma tríade⁵³, e que afirma ser a razão a origem fundamental do direito, seja universal ou particular⁵⁴.

À sua vez, a escola histórica sustentava que cada nação possui necessariamente um direito, a tal ponto estritamente peculiar que ele é e será sempre diverso daquele de outra nação⁵⁵, pelo qual se deduz não somente a não-comunicabilidade do direito, mas, também, a impossibilidade de unificação, de universalização do direito.

Em suma, pode-se dizer que as três correntes consideradas, apesar da sua solução igualmente negativa em relação à comunicabilidade do direito, divergem seja em seus pressupostos ou em suas finalidades. Para a escola histórica, a comunicação do direito é impossível; para Vico, supérflua; e, para Montesquieu, danosa. Três posicionamentos análogos, todavia, distintos.

⁵¹ É de sua personalidade, como aponta FUSIL, C. A. **Montesquieu**: pages choisies. v. 1. Paris: Librairie Larousse, [s.d.], p. 95.

⁵² Entre outros diferentes motivos, algo que pode ter influenciado Marx a escrever contra seu antigo professor, Savigny. Cf. ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.122.

⁵³ Cf. DEBOUCHET, Paul. **De Montesquieu le moderne à Rousseau l'ancien**: la démocratie et la république en question. Paris: L'Harmattan, 2001, p. 39.

⁵⁴ Cf. WILFERT, Joël. Montesquieu: ou la hantise du despotisme. In: GRATELOUP, Léon-Louis (Org.). **Les philosophes**: de Platon à Montesquieu. v.1. Paris: Hachette, 1985, p. 370.

⁵⁵ Pelas linhas expostas por MARKOVITS, Francine. **Montesquieu**: le droit e l'histoire. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 2008, p. 35-37.

5.3. A Questão da Estaticidade Legal

A partir das investigações sobre a fenomenologia do direito, emerge um elemento fático que vai contra as instâncias de um historicismo nem sempre circumspecto: os ordenamentos jurídicos, embora tendo uma origem nacional, muitas vezes estendem amplamente o seu vigor, enxertando-se noutras organizações estatais, revivendo e fecundando o desenvolvimento. Vidal é categórico:

A mesma fundamental unidade da consciência jurídica humana, enquanto, de um lado, é por si suficiente a constituir uma série de semelhanças originais e espontâneas no direito de todas as nações, rende, por outro possível, um processo histórico de unificação concreta, mediante a comunicação das ideias e dos costumes, e, então, do direito [tradução nossa]⁵⁶.

O erro de Vico, como justamente fora detectado por Del Vecchio⁵⁷, está somente em ter dogmatizado o primeiro fato, para, então, excluir o segundo. Este não está em contraste com aquele, senão lhe sendo uma consequência e um complemento, posto que é, precisamente, uma conformidade natural dos direitos do homem, que consente e gera a comunicação histórica progressiva.

Em seguida, o erro de Montesquieu consiste, em uma via, na generalização da nocividade da comunicação jurídica, desconsiderando os benefícios, embora finais, que podem ser causados a outros grupos estatais por um direito mais evoluído, desde que viessem a concordar com as aspirações e as necessidades dos respectivos povos; e, por outra, na inobservância de uma convergência dos desenvolvimentos jurídicos particulares, pela qual se estabelece, entre as produções jurídicas de cada nação, uma coordenação sempre mais vasta e uma harmonia sempre mais profunda⁵⁸.

Ademais, sempre no campo jurídico, Montesquieu renova a afirmação de que o caráter estático (imóvel) das leis é conveniente. Para o barão, qualquer seja a lei, devemos sempre observá-la e considerá-la como a consciência pública para a

⁵⁶ La stessa fondamentale unità della coscienza giuridica umana mentre da un lato è per sè sufficiente a costituire una serie di somiglianze originarie e spontanee nel diritto di tutti i popoli, rende dall'altro possibile un processo storico di unificazione concreta mediante la comunicazione delle idee e dei costumi e quindi del diritto. VIDAL, Enrico. **Saggio sul Montesquieu**: con particolare riguardo alla sua concezione dell'uomo, del diritto e della politica. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1950, p. 162.

⁵⁷ DEL VECHIO, Giorgio. Sull'idea di una scienza del diritto universale comparato, p. 30 apud VIDAL, Enrico. Op. cit., loc. cit.

⁵⁸ Ver VIDAL, Enrico. Op. cit., p. 162-163.

qual as individuais devem se conformar. Porém, reconhece que, para uma singularidade que provém mais da natureza que do espírito dos homens, necessitasse, às vezes, mudar certas leis⁵⁹.

Todavia, ainda, ressalta que os casos de alteração são raros, e, quando se apresentam, é preciso tocar a legislação com mão hesitante. Ademais, o bordelês critica os legisladores que têm densa e desnecessariamente abolido as leis já estabelecidas, desse modo, arremessando os povos nas desordens que sempre acompanham as inúteis mudanças. Assim, cada “remédio” estaria a resultar em um novo “mal”⁶⁰.

No que se refere a este princípio de estaticidade, reaproximando-o àquele de conservação, encontra-se-o expresso no senhor de La Brède de uma forma mais generalizada, no sentido de que as coisas são feitas de modo que o abuso é muito mais preferível à correção; ou, pelo menos, que o bem já existente é sempre preferível ao melhor que ainda não existe.

Se a esta consideração se agregar que as leis, segundo Montesquieu, são instituições particulares e precisas do legislador, enquanto os costumes e as maneiras são instituições da nação em geral⁶¹, bem se pode compreender a opinião pouco lisonjeira que ele tem dos legisladores de sua época:

A maior parte dos legisladores foram homens medíocres, que o acaso colocou à cabeça dos demais e que dificilmente consultou outra coisa além de seus preconceitos e de suas fantasias. Parece que não tiveram sequer consciência da grandeza e da dignidade de sua obra; divertiram-se a fazer das instituições algo infantil, com as quais são, é verdade, conformados às pequenas inteligências, mas desacreditados entre os homens de bom senso. São lançados em particularidades inúteis e preocupados com casos individuais: e isto denota uma mente restrita, que não vê as coisas que num minuto e não sabe abraçar nada de um alto ponto de vista [tradução nossa]⁶².

⁵⁹ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, o Barão de. **Lettres persanes**. Paris: Gallimard, 2003, p. 279-281.

⁶⁰ Ibidem, loc. cit.

⁶¹ Idem. **De l'esprit des lois**. v. 1. Paris: Flammarion, 1979, p. 467-468.

⁶² Le plupart des législateurs ont été des hommes bornés, que le hasard a mis à la tête des autres, et qui n'ont presque consulté que leurs préjugés et leurs fantaisies. Il semble qu'ils aient méconnu la grandeur et la dignité même de leur ouvrage: ils se sont amusés à faire des institutions puérides, avec lesquelles ils se sont, à la vérité, conformés aux petits esprits, mais décrédités auprès des gens de bon sens. Ils se sont jetés dans des détails inutiles; ils ont donné dans les cas particuliers: ce qui marque un génie étroit, que ne voit les choses que par parties, et n'embrasse rien d'une vue générale. Idem. **Lettres persanes**. Paris: Gallimard, 2003, p. 279.

Essa razão não é a última da prevenção montesquiiana nos confrontos das reformas, como se verifica no capítulo conclusivo do Livro XXIX de “Do Espírito das Leis”, dedicado à maneira de compor a legislação, cujas últimas palavras são:

As leis sempre atendem as paixões e os preconceitos do legislador. Às vezes, elas passam por eles e deles se tingem; noutras, elas os incorporam e os fazem permanecer [tradução nossa]⁶³.

Outrossim, lembra Vidal que apenas no postulado concernente à relação que intercorre entre as leis, de uma parte, e a natureza e os princípios dos respectivos tipos de governo, por outra, é que Montesquieu estende à pluralidade dos organismos estatais os mesmos princípios dos quais, nos confrontos da pluralidade dos ordenamentos jurídicos, propõe a aplicação⁶⁴.

O barão, ao condenar a prática de se operarem mudanças nos sistemas legislativos, faz, assim, correspondência à condenação de toda alteração que tenda a remover a estabilidade alcançada pela organização do Estado:

Quando o governo tem uma forma estabelecida e as coisas são colocadas em certa situação, é quase sempre prudente deixá-las assim, porque razões frequentemente complicadas e imprevistas, que fazem com um similar Estado tenha subsistido, também farão com que ele ainda se mantenha; mas, quando se altera totalmente o sistema, não se pode remediar que aos inconvenientes que se apresentam na teoria, e deixa-se-lhe outros que somente a prática permite descobrir [tradução nossa]⁶⁵.

Com isso, para Montesquieu, não se deve crer mais do que o conjunto de princípios que, até então, temos abordado: o da moderação, o da particularidade dos ordenamentos políticos e jurídicos e, por fim, o da estaticidade deste. A nosso ver, isto faz de “Do Espírito das Leis” uma obra inspirada no determinismo histórico e no conservadorismo, certamente pela cautela do barão frente à aplicação de

⁶³ Les lois rencontrent toujours les passions et les préjugés du législateur. Quelquefois elles passent au travers, et s'y teignent; quelquefois elles y restent, e s'y incorporent. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, o Barão de. **De l'esprit des lois**. v. 2. Paris: Flammarion, 1979, p. 380.

⁶⁴ VIDAL, Enrico. **Saggio sul Montesquieu**: con particolare riguardo alla sua concezione dell'uomo, del diritto e della politica. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1950, p. 164.

⁶⁵ Lorsque le gouvernement a une certaine forme établie, et que les choses se sont mises dans une situation, il est presque toujours de la prudence de les y laisser, parce que les raisons souvent compliquées et inconnues qui font qu'un pareil État a subsisté font qu'il se maintiendra encore; mais quand on change le système total, on ne peut remédier qu'aux inconvénients qui se présentent dans la théorie, et on en laisse d'autres que la pratique seule peut faire découvrir. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, o Barão de. **Considérations sur les causes de la grandeur des romains et de leur décadence**. Paris: Gallimard, 2008, p. 192.

imponderadas medidas, que levam mais em conta a inovação do que o aperfeiçoamento.

6. A Evolução e a Alterabilidade do Sistema

É verdade que Montesquieu, no prefácio de “Do Espírito das Leis”, adverte que todas as nações encontrarão, na sua obra, as razões das próprias máximas, com o que parece evitar toda pesquisa ideal e todo propósito de reforma e de progresso. Todavia, ao vê-lo acrescentar que a proposta de mudanças pertence apenas àqueles que têm o dom de penetrar, com um olhar genial, toda a constituição de um Estado, resulta evidente que toma as devidas cautelas: ele admite as alterações constitucionais⁶⁶.

6.1. A Procedibilidade das Reformas Sócio-Legislativas

Pelo que acompanhamos, para Montesquieu, o mundo humano não deve ser colocado em contínua instabilidade. Até porque todas as coisas existentes não são necessariamente danosas ou incongruentes, vez que há Estados que demandam reformas e outros nos quais a conservação é de se esperar.

Desse modo, quando um Estado está em condições de prosperidade, este não deverá engendrar mutações legislativas sem avaliar, com o máximo escrúpulo, todos os inconvenientes. Entretanto, quando está circundado de circunstâncias desfavoráveis, não se sabendo qual coisa a ser feita, torna-se realmente preciso buscar alterações, não havendo, neste caso, erro de omissão mais fatal⁶⁷.

O precedente alerta de não se alterar o estado existente das coisas encontra, assim, um bem diverso significado, somente como dirigido àqueles que não estão fornecidos do gênio capaz de penetrar o complexo da constituição de um Estado, e limitado aos casos de florescimento e prosperidade.

Nos casos contrários, Montesquieu não apenas identifica a necessidade de ter que agir e então dar lugar às reformas, mas de recorrer diretamente às

⁶⁶ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, o Barão de. **De l'esprit des lois**. v. 1. Paris: Flammarion, 1979, p. 116.

⁶⁷ É o pensamento de Montesquieu, segundo VIDAL, Enrico. **Saggio sul Montesquieu**: con particolare riguardo alla sua concezione dell'uomo, del diritto e della politica. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1950, p. 165.

revoluções, pois, quando os costumes e o espírito de um povo estão presos sob um determinado ponto, para mudá-los, requer-se uma revolução, não leis⁶⁸. Talvez este tenha sido um dos conselhos que, quando da Revolução Francesa, enxergou-se em Montesquieu.

Por outro lado, encontra-se esse ativo paladino da liberdade e defensor da virtude democrática, que, de toda alma, desaprova cada espécie de despotismo e de autocracia, a dizer, talvez ironicamente, sobre a figura do ditador: “(...) a males extremos, extremos remédios. É uma ‘divindade’ que desce do céu para resolver coisas que estão emaranhadas”⁶⁹.

Em verdade, a repetida colocação desses pensamentos revela o seu caráter excepcional. Eles, todavia, permitem-nos completar a teoria de Montesquieu, e em particular modo àquela concernente ao princípio da estaticidade das leis. Princípio este que o barão, à medida que considera como regra, parece apoiar em certas condições de exceção. Desta feita, testemunhamos seu evidente reconhecimento, nesses casos, de que é possível a necessidade de alteração, tanto dos costumes e do espírito de um povo quanto das leis e das constituições.

Ao pensarmos nas possibilidades, recordamos da atenção de Montesquieu sobre as mais variadas demandas de estudo, sofridas na tentativa dele colher o significado mais íntimo dos eventos humanos. É provável que isto tenha se dado, especialmente, por estar ele convicto da necessidade de se buscar uma composição entre os vários ângulos de visão, sobre os quais se apresentam, na sua complexidade, os fenômenos da realidade. E, em prol de elucidá-los, quiçá o fizera como ninguém jamais havia feito.

Lembramos, por fim, que isso explica a razão por que muitas afirmações de Montesquieu, para serem exata e inteiramente compreendidas, devam ser reconduzidas. A obra do barão, portanto, em possuindo um caráter dito “arquitetônico”, pode a muitos parecer ambígua, mas, de fato, é um compêndio de todas as relevantes circunstâncias (pois enfatiza a história)⁷⁰.

⁶⁸ Ver ROSSO, Corrado. Révolution inexistante et vraie révolution. In: BERENKASSA, Georges; EHRARD, Jean (Orgs.). **Dix-huitième siècle: Montesquieu et la Revolution**. n. 21. Paris: Presses Universitaires de France, 1989, p. 49 et seq.

⁶⁹ (...) a mali estremi, estremi rimedi. È una divinità che scende dal cielo per risolvere le cose ingarbugliate. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, o Barão de. **Riflessioni e pensieri inediti**. Turim: Einaudi, 1943, p. 29.

⁷⁰ Cf. TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto**. Bolonha: Società Editrice Il Mulino, 1976, p.263-264.

6.2. Montesquieu e o Nível Progressista de sua Visão

A ciência política e a jurídica em tanto existem, porque, embora tendendo à realização de uma meta ideal, não prescindem dos dados indeclináveis da realidade. O idealismo, dentro dos mesmos limites nos quais se regula à medida da experiência, encontra os meios para agir sobre o destino das nações e crescer o nível de justiça e de bem-estar existente na humanidade⁷¹.

Eis, acima, os conceitos de Montesquieu, não negando aos homens a capacidade de realizar o seu propósito e a sua finalidade, mas apenas os advertindo que, para suceder no seu intento, esses devem seguir a natureza⁷². Dessa forma, podemos incluir o filósofo entre os expoentes da filosofia idealística.

Entretanto, o homem, e em que consiste um dos mais importantes ensinamentos de Montesquieu, não deve abusar do poder que possui de estabelecer por si mesmo as normas das quais virão definitivamente governados os fatos sociais da sua existência⁷³. Ao invés disso, deve emaná-las com numerosa cautela, sobretudo quando pretende alterá-las, como já havíamos salientado.

Por conseguinte, as leis podem sofrer alterações desde que se tenha presente que uma reforma, para ser eficaz, deve ser precedida da preparação espiritual⁷⁴ daqueles aos quais irá se endereçar. Depois, é preciso considerar a complexidade do fenômeno jurídico, ou seja, as numerosas concessões que lhes integram a natureza, pelo qual apenas quem é dotado de genialidade pode, sem perigo, e concorrendo todas as outras condições, dispor-se a tal trabalho (o legislador)⁷⁵.

⁷¹ Assim indica GOYARD-FABRE, Simone. **La philosophie du droit de Montesquieu**. Paris: Librairie C. Klincksieck, 1973, p. 95.

⁷² Como bem dispõe CHARPENTIER, Jeanne; CHARPENTIER, Michel. **Montesquieu**. Paris: Nathan, 1994, p. 79-83.

⁷³ Tal qual, lembrando do ideal de moderação, em RAYNAUD, Philippe. La loi et la jurisprudence des lumières à la révolution française. In: **Archives de Philosophie du Droit**. v. 30. Paris: Sirey, 1985, p. 65.

⁷⁴ Ver MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, o Barão de. **De l'esprit des lois**. v. 1. Paris: Flammarion, 1979, p. 459-460, onde é também mencionado um exemplo que claramente ilustra como não basta um genial reformador quando o espírito não está pronto para proceder sobre a via do progresso (isto é, o quanto, acima de tudo, faz-se importante ao povo educar, para, então, portá-lo ao caminho das legislativas reformas): "(...) um veneziano, chamado Balbi, estando em Pegu, foi apresentado ao rei. Quando este soube que não havia rei em Veneza, riu-se tanto que chegou a tossir, tendo muita dificuldade de falar com seus cortesãos. Para ele, qual o legislador que poderia propor um governo popular a povos tais?"

⁷⁵ Insigne em SANTAELLA LÓPEZ, Manuel. **Montesquieu: el legislador y el arte de legislar**. Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 1995, p. 213-214.

Mesmo que se estivesse a convir que, em certo ponto, a obra de Montesquieu sofre a intervenção de elementos mais adequados ao determinismo que ao idealismo, arriscar-se-ia deturpar a completa interpretação de seu pensamento, negando que ele percebera o processamento das coisas humanas, e, em certos limites, que ele também acreditara no progresso.

Na décima nona “carta persa”, pode-se verificar quando Montesquieu aguçou o sentido do desenvolvimento, que contém alguns sinais da causa da decadência do Império Otomano. Isto depois de haver dado para este Estado, quase um século e meio antes do Congresso de Berlim, o seguinte diagnóstico: “Este corpo doente não se sustém com um regime doce e temperado, mas com violentos remédios que o exaurem e consomem incessantemente” [tradução nossa]⁷⁶.

Depois, o barão concluíra tal diagnóstico com uma previsão que demonstrava além do alcance de seu olhar, já que possuía uma idéia precisa de como as coisas se movimentavam: “(...) dentre dois séculos, este império será o teatro dos triunfos de qualquer conquistador” [tradução nossa]⁷⁷. Mais que uma profecia, parece um cálculo matemático, computado com a precisão habitual das previsões do campo astronômico.

De fato, em 1918, depois de quase dois séculos precisos, o Império Otomano cessava definitivamente de existir como organismo estatal, alcançando, no mundo da história, a outro império, do qual, ironicamente, havia sido um dos responsáveis pelo fim: o antigo Império Romano do Oriente. Autenticamente, Montesquieu possuía uma excelente percepção do panorama que desejou observar⁷⁸.

Entretanto, prosseguindo na pesquisa dos exemplos que provam como Montesquieu não era alheio a uma visão processual das coisas, encontram-se algumas considerações. Estas fariam crer que ele deduz o desenvolvimento dos assuntos humanos como sujeito a uma regra não excludente do progresso, mas que recai numa espécie de fatalismo, o qual, todavia, vemos excluído de sua geral concepção da humana realidade.

⁷⁶ Ce corps malade ne se soutient pas par un régime doux et tempéré, mais par des remèdes violents, qui l'épuisent et le minent sans cesse. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, o Barão de. **Lettres persanes**. Paris: Gallimard, 2003, p. 82.

⁷⁷ (...) avant deux siècles, sera le théâtre des triomphes de quelque conquérant. Ibidem, p. 83.

⁷⁸ Ver EHRARD, Jean. **L'esprit des mots**: Montesquieu en lui-même et parmi les siens. Genebra: Droz, 1998, p 16.

Na conclusão do capítulo dedicado à ilustração da constituição inglesa, que mais pareceu um convite para que todos os povos lhe imitassem o modelo, há uma triste constatação aos otimistas da política que se iludem ter reformado (aos que pensam ter socorrido a nação só porque redigiram uma norma chamada constitucional em um estatuto chamado fundamental). Leia-se:

Assim como todas as coisas humanas possuem fim, o Estado do qual falamos (Inglaterra) perderá sua liberdade, ele perecerá. Roma, Lacedemônia (Esparta) e Cartago, não obstante, pereceram. Ele irá perecer quando o poder legislativo for mais corrupto do que o executivo [tradução nossa]⁷⁹.

Esta sentença, na verdade, soa enquadrar-se em uma concepção mais vasta da história, que chama à mente uma outra muito famosa e similar: a do napolitano Vico, sobre os cursos e recursos da humanidade⁸⁰. No entanto, pensamos que assim não o é, embora se encontre em Montesquieu um ligeiro indício de uma teoria cíclica:

Quase todas as nações do mundo seguem este ciclo: primeiramente, são bárbaras, fazem conquistas e se tornam nações civis; esta civilidade as faz mais grandiosas, ao passo de que se tornam refinadas; o requinte as rende debilidade, vez que, então, são conquistadas e voltam a ser bárbaras: são-lhes prova os gregos e os romanos [tradução nossa]⁸¹.

6.3. A Efetivação do Progresso por Intermédio das Leis

Ao querer-se afirmar a existência de uma identidade de visão entre o escritor italiano e o francês, impedir-se-ia toda a via através da qual é concedida a possibilidade de conciliar, em Montesquieu, o determinismo histórico com o idealismo político-social. Se, em suas considerações sobre a não-comunicabilidade do direito, inclusive sobre a nocividade das reformas e das alterações legislativas,

⁷⁹ Comme toutes les choses humaines ont une fin, l'Etat dont nous parlons perdra sa liberté, il périra. Rome, Lacédémone et Carthage ont bien péri. Il périra, lorsque la puissance législative sera plus corrompue que l'exécutrice. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, o Barão de. **De l'esprit des lois**. v. 1. Paris: Flammarion, 1979, p. 304.

⁸⁰ Cf. HAZARD, Paul. **European thought in the eighteenth century: from Montesquieu to Lessing**. Cleveland: Meridian Books, 1969, p. 246.

⁸¹ Quasi tutte le nazioni del mondo seguono questo ciclo: dapprima sono barbare; fanno delle conquiste, e diventano nazioni civili; questa civiltà le fa più grandi, e diventano raffinate; la raffinatezza le rende più deboli; sono conquistate e ridiventano barbare: ne sono la prova i Greci e i Romani. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, o Barão de. **Riflessioni e pensieri inediti**. Turim: Einaudi, 1943, p. 197.

também se adicionasse uma teoria idêntica àquela de Vico, o determinismo histórico se veria a conduzido a extremas consequências⁸².

Nessas implicações, grandes homens da história, como Alexandre Magno e Júlio César, não se apresentariam mais como dois motores dos eventos humanos de sua época, vez que movidos. Outrossim, não apenas se observaria os diversos Estados se perderem excessiva e irremediavelmente, mas, em princípio, também se veria a humanidade inteira impedida de forjar a própria sorte; isto é, o próprio progresso.

Não é nossa intenção forçar o pensamento de Montesquieu ao escopo de provar que ele acreditava na possibilidade de tal progresso. O nosso propósito, em afirmar que o filósofo havia evitado se juntar aquela similar teoria, consiste, acima de tudo, em não querer numa injusta limitação incorrer, pois inclusive Montesquieu era prudente demais para tanto.

Uma primeira e decisiva prova, segundo Vidal, é que, a esse seu pensamento, o bordelês reservou um posto significativo, precisamente entre as matérias que não podem ingressar em “Do Espírito das Leis”. E se este seu pensamento não o pôde, deveu-se ao fato de que Montesquieu não desejava formular termos, de certa forma, irrevogáveis. Foi, portanto, uma opinião que ele certamente teve, pois a escreveu, porém, se não a incluiu no próprio tratado, devia ter dúvidas sobre ela⁸³.

Pelo que se pode concluir que, embora não estando particularmente convicto de que os povos dão brilhantes provas de sua possibilidade, ele não necessariamente acreditava que isto fosse sempre verificado. Noutras palavras, Montesquieu, apesar de uma certa dose de ceticismo, queria deixar aberta uma fissura que permitisse vislumbrar o gênero humano no futuro progredir, pelo trabalho, não fosse outro, de qualquer nação de vanguarda⁸⁴.

Assim, deixa explicado o valor da palavra “quase”, com a qual inicia a frase que há pouco citamos: “todas as nações seguem este ciclo”. De resto, um radicalismo intransigente não estaria conforme a mentalidade de Montesquieu. O barão, por quão preocupado com a pluralidade de cada nação e suas respectivas

⁸² VIDAL, Enrico. **Saggio sul Montesquieu**: con particolare riguardo alla sua concezione dell'uomo, del diritto e della politica. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1950, p. 168.

⁸³ Ibidem, loc. cit.

⁸⁴ Pelo que alvitra GOYARD-FABRE, Simone. **La philosophie du droit de Montesquieu**. Paris: Librairie C. Klincksieck, 1973, p. 295-296.

exigências particulares, não deixa escapar, contudo, a visão do inteiro gênero humano, com as suas necessidades não menos imperiosas. Isto se reflete quando de seus juízos sobre o czar Pedro I, o qual introduziu a civilidade em seu Estado, aparentemente, para a utilidade daquele gênero e não de seu império⁸⁵.

Ademais, Montesquieu também se refere a uma já conhecida teoria, a da inaplicabilidade das normas conforme a natureza e os princípios de um tipo de governo a outro diverso. O barão, ao fim das contas, remonta o seguinte caso:

O inconveniente não é quando o Estado passa de um governo moderado para outro, como da república à monarquia, ou da monarquia à república; mas quando ele cai e se precipita do moderado ao despotismo [tradução nossa]⁸⁶.

Assim sendo, a mesma teoria da não-comunicabilidade do direito, desse modo recorrigida e precisada, passa a significar que inconvenientes na transmissão do direito podem verdadeiramente se verificar apenas nos casos em que se aplicam normas despóticas a um Estado moderado ou normas liberais a um Estado despótico. Nesta última hipótese, entre outras, não se pode nem mesmo dizer que isto seja um inconveniente, porque, se é verdade que perece o Estado despótico, mesmo no caso de uma única nação, vem-se a beneficiar o progresso do gênero humano.

Suspensa a ideia de formular uma teoria sobre o desenvolvimento cíclico da história da humanidade, Montesquieu também se absteve de traçá-la uma sobre o seu possível desenvolvimento progressivo. Ele sentia que as várias fases em que se pode decompor o processo histórico evolutivo da humanidade podem ser caracterizadas por diversas inclinações humanas, mas, não obstante, também por uma similar sistematização⁸⁷.

Não deixou mais que uma brevíssima pista em um pensamento, e que relatamos apenas porque representa outra correção do princípio da estaticidade:

⁸⁵ Como se nota de HULLIUNG, Mark. **Montesquieu and the old regime**. Berkeley: University of California Press, 1976, p. 84-85.

⁸⁶ L'inconvénient n'est pas lorsque l'Etat passe d'un gouvernement modéré; comme de la république à la monarchie, ou de la monarchie à la république; mais quand il tombe et se precipite, du gouvernement modéré au despotisme. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, o Barão de. **De l'esprit des lois**. v. 1. Paris: Flammarion, 1979, p. 249.

⁸⁷ Ver PRATOLA, Vittorio. **Individuo e stato in Montesquieu**. L'aquila: Japadre Editore, 1971, p. 108.

Cada século possui sua particular inclinação: com o governo gótico, formou-se na Europa um espírito de desordem e de independência; já o tempo dos sucessores de Carlos Magno foi contaminado pelo espírito monástico; depois, reinou aquele da cavalaria; com os exércitos regulares, apareceu o espírito da conquista; e hoje, é o espírito comercial que domina [tradução nossa]⁸⁸.

Assim persistindo, em Montesquieu, não se exclui, como se observa, que possa ser alcançada uma fase em que se desdobre uma humanidade cada vez mais completa.

Em efeito, as leis que, por um lado, são o produto de um complexo de fatores naturais e morais, por outro, podem contribuir, à sua vez, na formação dos costumes e do espírito da nação⁸⁹. Esta nova perspectiva permite-nos ver como se pode obter, por intermédio da legislação, um desenvolvimento que seja operante de uma nova mentalidade e, então, de novas instituições políticas aderentes e adaptadas às aspirações e necessidades dos povos.

Em definitivo, isso significa que Montesquieu considera as leis como um dos instrumentos mais eficazes para a realização das metas vislumbradas pelo idealismo político-social⁹⁰. Claro, mas desde que sejam fundamentadas pelas exigências que emergem do terreno dos fatos e, ao mesmo tempo, reconheçam a possibilidade do progresso no porvir, assim como no passado. Logo, escrevera: “Os homens, à mercê de seus cuidados e em força de ótimas leis, terão feito da terra mais adequada para a sua morada ser” [tradução nossa]⁹¹.

7. Considerações Finais

Estudar Montesquieu não é uma tarefa fácil. Primeiramente, porque ele pode suscitar debates com diferentes focos, haja vista o grande volume de matérias que em seus diferentes livros tratou. Depois, porque a historicidade que lhe é típica é

⁸⁸ Every century has its own genius: a spirit of disorder and independence formed in Europe with the Gothic government; the monastic spirit infected the era of the successors of Charlemagne; then came the reign of chivalry; that of conquest appeared with ordered troops; and it is the spirit of commerce that dominates today. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, o Barão de. *Pensées*, n. 810 apud LARRÈRE, Catherine. Montesquieu's paradoxical economics. In: **Papers from the Gimon conference on french political economy**. Stanford: Stanford University Libraries, 2004, p. 8.

⁸⁹ É o que se conclui do próprio bordelês. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, o Barão de. **De l'esprit des lois**. v. 1. Paris: Flammarion, 1979, p. 477-486.

⁹⁰ Conforme SANTAELLA LÓPEZ, Manuel. **Montesquieu: el legislador y el arte de legislar**. Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 1995, p. 149-155.

⁹¹ Les hommes, par leurs soins et par de bonnes lois, ont rendu la terre plus propre à être leur demeure. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, o Barão de. Op. cit., p. 437.

capaz de gerar interpretações diversas, de forma que qualquer literatura a dar-nos suporte seria capaz de trazer-nos algo diferente sobre o barão. Por isso, nosso esforço foi o de concentrar o que nele é realmente relevante para o campo jurídico, abstendo-se de um Montesquieu comum e esgotado, aquele do “juiz boca-da-lei” e da tripartição dos poderes, que nada de original nos traria.

Dessa maneira, tínhamos de reapresentar Montesquieu, bem como sua formação, sua filosofia, suas ponderações, seu método: tudo o que acarretara no modo como ele pensou o direito e seus operadores. Assim, havíamos de demonstrar quem ele foi e em que contexto despontara, cuidando, claro, para não nos evadirmos de nossa meta principal: aproximarmos a discussão daquilo que, no bordelês, consideramos juridicamente essencial.

Enfim, por tudo o que aqui se afirmou, a noção de lei é o ponto primordial na doutrina jurídica do senhor de La Brède. Trata-se de um conceito conglobante, que envolve todas as relações presentes na sociedade e se reporta à ordem natural do universo. Por outro lado, pudemos notar que Montesquieu não se preocupou em conceituar o direito, ou, de maneira autônoma e direta, debatê-lo. No entanto, conseguimos entender que, dentro do pensamento do barão, o direito seria o produto dessas relações e o reflexo daquela ordem, como expressão de justiça.

Mesmo assim, a simples norma instituída pelo homem, por sua vez, possui um papel secundário, pois seria apenas uma fonte intermediária da razão. Nisso, aprendemos com o bordelês que a lei escrita, em sendo maleável e passível de má-utilização, pode acarretar problemas. Um deles é tomá-la como fonte única da experiência jurídica; outro, o de instituí-la em desconformidade com a natureza das coisas. De todo modo, uma lei falha faltará com a justiça, não permitindo que o direito atinja os seus fins.

MONTESQUIEU ET LA PERTINENCE DE L’HISTOIRE POUR LA RÉFLEXION JURIDIQUE: la question du progrès et de la communicabilité de l’expérience des peuples

RÉSUMÉ

Ce production traite la doctrine juridique du citoyen bordelais Charles-Louis de Secondat, universellement connu comme “Le Baron de Montesquieu”: l’un des

penseurs les plus éminents de l'histoire intellectuelle de l'humanité. Le travail à faire ne cherche pas réinterpréter ou établir une nouvelle doctrine fondée sur la pensée de cet auteur, mais plutôt à clarifier la véritable essence de ses préceptes sur le droit. Ainsi, conscient de la grande répercussion de Montesquieu dans l'expérience politique et juridique qui lui a succédé, le texte ici présenté est destiné à une appropriée compréhension de sa oeuvre aujourd'hui. Pour le célèbre baron, qui rassemble le meilleur de la tradition philosophique occidentale et qui établit le grand âge de la science sociales, il n'y a pas une méthode très spécifique de s'appliquer le droit, mais un moyen idéal et précis pour le comprendre. Montesquieu, comme les anciens, effectue une oeuvre de philosophie active. Sa doctrine juridique est révélée par la stimulante poursuite au triomphe de la justice, traduit, dit-il, au sein de les magnifiques circonstances de la tâche de légiférer. Le baron fut le premier à utiliser, dans les temps modernes, la méthode historique-comparative à la science du droit; toutefois, il ne s'est pas préoccupé de la dogmatiser, parce que son plus grand et louable intérêt était de la formuler des principes corrects, pour la comprendre par l'artifice de la loi.

Mots-clés: Baron de Montesquieu. L'Ésprit des Lois. Ésprit Général de la Nation. Nature des Choses. Réforme Législative. Communicabilité du Droit.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. **Politics and history:** Montesquieu, Rousseau, Hegel and Marx. Londres: New Left Review Edition, 1977.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BALOG, Frank D. The scottish enlightenment and the liberal political tradition. In: BLOOM, Allan (Org.). **Confronting the constitution:** the challenge to Locke, Montesquieu, Jefferson, and federalists from utilitarianism, historicism, marxism, freudianism, pragmatism, existentialism... . Washington: The AEI Press, 1990.

BARRERA, Guillaume. **Les lois du monde:** enquête sur le dessein politique de Montesquieu. Paris: Gallimard, 2009.

BENOIT-SMULLYAN, Emile. **An outline of the history of political theory:** part II: Montesquieu to present. Boston: Student Outlines Company, 1957.

BERENKASSA, Georges; EHRARD, Jean (Orgs.). **Dix-huitième siècle: Montesquieu et la Revolution.** n. 21. Paris: Presses Universitaires de France, 1989.

BERGERON, Gérard. **Tout était dans Montesquieu:** une relecture de l'esprit des lois. Paris: L'Harmattan, 1996.

BERLIN, Isaiah. **Montesquieu.** Londres: Oxford University Press, 1955.

CHARPENTIER, Jeanne; CHARPENTIER, Michel. **Montesquieu.** Paris: Nathan, 1994.

COURTOIS, Jean-Patrice. **Inflexions de la rationalité dans l'esprit des lois:** écriture et pensée chez Montesquieu. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.

COURTNEY, C. P. Montesquieu and natural law. In: CARRITHERS, David; MOSHER, Michael; RAHE, Paul (Orgs). **Montesquieu's science of politics:** essays on the spirit of laws. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2001.

CURTIS, Michael. **The great political theories:** a comprehensive selection of the crucial ideas in political philosophy from Plato and Aristotle to Locke and Montesquieu. v. 1. Nova lorque: Avon Books, 1981.

_____. **The great political theories:** a comprehensive selection of the crucial ideas in political philosophy from Burke, Rousseau and Kant to modern times. v. 2. Nova lorque: Avon Books, 1981.

DALLMAYR, Fred. Montesquieu's persian letters: a timely classic. In: KINGSTON, Rebecca E. (Org.). **Montesquieu and his legacy.** Nova lorque: State University of New York Press, 2008.

DEBOUCHET, Paul. **De Montesquieu le moderne à Rousseau l'ancien:** la démocratie et la république en question. Paris: L'Harmattan, 2001.

DUNNING, William Archibald. **A history of political theories:** from Luther to Montesquieu. Nova lorque: The Macmillan Company, 1928.

EHRARD, Jean. **L'esprit des mots:** Montesquieu en lui-même et parmi les siens. Genebra: Droz, 1998.

FUSIL, C. A. **Montesquieu:** pages choisies. v. 1. Paris: Librairie Larousse, [s.d.].

GRAVEN, Jean. **Montesquieu et le droit penal.** Paris: Recueil Sirey, [s.d.].

GOYARD-FABRE, Simone. **La philosophie du droit de Montesquieu.** Paris: Librairie C. Klincksieck, 1973.

HAZARD, Paul. **European thought in the eighteenth century:** from Montesquieu to Lessing. Cleveland: Meridan Books, 1969.

HERNÁNDEZ MARCOS, Maximiliano. Carl Gottlieb Svarez y la disolución del derecho natural en Alemania. In: **Artículos de la Biblioteca Saavedra Fajardo de Pensamiento Político Hispánico**. Murcia: Facultad de Murcia, [s.d.].

HULLIUNG, Mark. **Montesquieu and the old regime**. Berkeley: University of California Press, 1976.

IGLESIAS, María del Carmen. **El pensamiento de Montesquieu**. Madrid: Alianza Universidad, 1984.

LARRÈRE, Catherine. Montesquieu's paradoxical economics. In: **Papers from the Gimón conference on french political economy**. Stanford: Stanford University Libraries, 2004.

LOY, J. Robert. **Montesquieu**. Nova Iorque: Twayne Publishers, 1968.

MARKOVITS, Francine. **Montesquieu: le droit e l'histoire**. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 2008.

MERRY, Henry J. **Montesquieu's system of natural government**. West Lafayette: Purdue University Studies, 1970.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, o Barão de. **Considérations sur les causes de la grandeur des romains et de leur décadence**. Paris: Gallimard, 2008.

_____. **De l'esprit des lois**. v. 1 e 2. Paris: Flammarion, 1979.

_____. **Lettres persanes**. Paris: Gallimard, 2003.

_____. **Riflessioni e pensieri inediti**. Turim: Einaudi, 1943.

ORLANDI, Hector Rodolfo. **Democracia y poder: polis griega y constitución de Atenas**. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1971.

PANGLE, Thomas L. The philosophic understandings of human nature informing the constitution. In: BLOOM, Allan (Org.). **Confronting the constitution: the challenge to Locke, Montesquieu, Jefferson, and federalists from utilitarianism, historicism, marxism, freudianism, pragmatism, existentialism...** . Washington: The AEI Press, 1990.

PRATOLA, Vittorio. **Individuo e stato in Montesquieu**. L'aquila: Japadre Editore, 1971.

RAYNAUD, Philippe. La loi et la jurisprudence des lumières à la révolution française. In: **Archives de Philosophie du Droit**. v. 30. Paris: Sirey, 1985.

SANTAELLA LÓPEZ, Manuel. **Montesquieu: el legislador y el arte de legislar**. Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 1995.

SOREL, Albert. **Montesquieu**. Nova Iorque: Kennikat Press, 1969.

SPECTOR, Céline. **Montesquieu: liberté, droit et histoire.** Paris: Michalon, 2010.

STAROBINSKI, Jean. **Montesquieu.** Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto.** Bolonha: Società Editrice Il Mulino, 1976.

VIDAL, Enrico. **Saggio sul Montesquieu: con particolare riguardo alla sua concezione dell'uomo, del diritto e della politica.** Milão: Dott. A. Giuffrè, 1950.

WILFERT, Joël. Montesquieu: ou la hantise du despotisme. In: GRATELOUP, Léon-Louis (Org.). **Les philosophes: de Platon à Montesquieu.** v.1. Paris: Hachette, 1985.