TELMA ROCHA LISOWSKI

O PODER CONSTITUINTE ENTRE CONTINUIDADE E RUPTURA: LIMITES, TRADIÇÃO E TRANSFORMAÇÃO

Dissertação apresentada como requisito para conclusão do programa de Pós-Graduação Stricto Sensu/ nível Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Orientador: José Levi Mello do Amaral Júnior

TELMA ROCHA LISOWSKI

O PODER CONSTITUINTE ENTRE CONTINUIDADE E RUPTURA: LIMITES, TRADIÇÃO E TRANSFORMAÇÃO

Dissertação apresentada como requisito para conclusão do programa de Pós-Graduação Stricto Sensu/ nível Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Examinado em:	de _	de 2013
Resultado:		
		BANCA EXAMINADORA
	Prof.	Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior (Universidade de são Paulo)
		Prof. Dr. Alexandre de Moraes (Universidade de São Paulo)
	I	Prof. Dr. Luis Fernando Barzotto

(Universidade Federal do Rio Grande do Sul)

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, José Levi Mello do Amaral Júnior, por ter me dado a oportunidade de fazer parte da história da Faculdade do Largo de São Francisco e por ter me proporcionado inestimável aprendizagem neste ramo do Direito tão belo, rico e complexo que é o Direito Constitucional.

Aos professores Luis Fernando Barzotto, por ter me introduzido aos estudos da Filosofia Política ainda em Porto Alegre, e Alexandre de Moraes, pelo convívio acadêmico e profissional que me faz ter certeza, dia após dia, de que escolhi trilhar o caminho certo.

Aos colegas Berardino di Vecchia Neto e Renata Rocha Villela, pela incrível recepção em São Paulo, pela compreensão de minhas angústias acadêmicas e, sobretudo, pela amizade e companheirismo.

Por fim, e mais importante, aos meus pais, Ennio e Salete, e à minha irmã, Milena, pelo amor e apoio incondicionais. A eles dedico este trabalho.

RESUMO

A fundação ou refundação de uma comunidade política nunca significa um começo ou uma transformação absoluta, pois toda mudança, ainda que se possa considerá-la revolucionária, traz consigo uma carga de continuidade. A partir dessa hipótese, o presente trabalho analisará o conceito de poder constituinte originário, procurando demonstrar alguns equívocos e insuficiências da sua teorização clássica. O principal problema a ser apontado é que a teoria do poder constituinte originário, entendida como teoria da ruptura, pode gerar uma indistinção entre poder e autoridade e, em última análise, entre poder e direito, favorecendo assim uma formulação radical da democracia. Apresenta-se, como alternativa, uma visão do poder constituinte que não o coloca como criador absoluto de toda ordem jurídica e política, mas como sendo em parte criatura de uma ordem pré-existente, o que implica a existência de limites à sua atuação. Esses limites derivam, de um lado, do pressuposto de que tratamos do poder constituinte de titularidade popular, o que significa que o próprio procedimento de elaboração constitucional deverá obedecer a alguns princípios democráticos; de outro lado, há uma série de limites decorrentes das instituições que se desenvolveram em determinado local e época, bem como do grau de organização e das concepções prévias do povo que pretende constituir-se em comunidade política. As ideias expostas ao longo do trabalho serão operacionalizadas através do estudo de um exemplo concreto, qual seja, o da Assembleia Nacional Constituinte brasileira de 1987/1988. Serão analisados alguns elementos que demonstram o elevado grau de continuidade institucional entre a ordem constitucional instaurada a partir desse marco e a ordem anterior, dando especial atenção à manutenção da forma de Estado, forma e sistema de governo. No polo oposto, estudar-se-ão os elementos que marcam a ruptura entre essas duas ordens, com destaque para a alteração essencial no regime político. Ao final do trabalho, espera-se apresentar uma concepção alternativa de poder constituinte originário em contraposição àquela de poder constituinte derivado, evitando caracterizá-lo como ilimitado e incondicionado, como pretende a teoria clássica.

Palavras-chave: poder constituinte; ruptura; tradição; continuidade; Assembleia Nacional Constituinte.

ABSTRACT

The foundation or refoundation of a political community doesn't signify an absolute beginning or transformation, for there is some load of continuity in every change, even when it is considered to be revolutionary. From that hypothesis, this work will analyze the concept of originary constituent power, by trying to show some oversights and insufficiencies of its classical theory. The major problem to be mentioned is that the theory of the constituent power, when understood as a theory of rupture, can lead to confusion between power and authority and between power and law, which favors a radical formulation of democracy. As an alternative, another point of view from the constituent power will be introduced, one that doesn't put it as an absolute creator of the juridical and political order, but as a creature of a pre-existent order, bringing therefore limits to its proceeding. On the one hand, these limits come from the assumption that we are dealing with the constituent power of popular titularity, which means that the making of the constitution itself will have to obey some democratic principles; on the other hand, there is a series of limits that derive from the institutions developed in a determined time and place, as from the organizational level and previous conceptions from the people that want to build a body politics. The ideas exposed in the firsts chapters will be exemplified through the study of a case, that of the Brazilian National Constituent Assembly of 1987/1988. At this point, the work will analyze some elements that demonstrate the great level of institutional continuity between the new and the old constitutional orders, with special attention to the maintenance of the federal form of state and the presidential system. On the other side, it will be studied which elements define de rupture between the two orders, discussing the essential alteration of the political regime. In the end, we expect to present an alternative notion of the originary constituent power in comparison with that of derived constituent power, avoiding its characterization as an unlimited and unconditional body, as the classical theory intends.

Key-words: constituent power; rupture; tradition; continuity; National Constitucional Assembly.

SUMÁRIO

INTR	ODUÇAO	pág. 7
1 A	TEORIA DO PODER CONSTITUINTE COMO TEORIA DA RUPTURA	nág 14
	a monarquia à democracia: o poder constituinte originário na ruptura co	
	égime	
1.1.1	Antecedentes teóricos e históricos da teoria do poder constituinte	
1.1.2	A formulação de Sieyès e o poder constituinte da nação	
1.1.3	O problema do exercício do poder constituinte	
	emocracia radical: o povo como fonte de poder e autoridade	
1.2.1	O significado da distinção entre poder e autoridade	
1.2.2	A confusão entre poder e autoridade na figura do poder constituinte	
1.2.3	A confusão entre poder e autoridade na figura do representante	
1.3 Re	evolução, Estado de Exceção e Movimento Perpétuo	
1.3.1	Os significados jurídico e social de revolução	
1.3.2	O problema da eficácia do poder constituinte	
1.3.3	Estado de Exceção e Ditadura	
		1 0
2 OS	S LIMITES AO PODER CONSTITUINTE E A QUESTÃO DA CONTINUIDADI	Epág. 65
2.1 O	Mito da Fundação	pág. 65
2.1.1	Significado e importância política dos mitos	pág. 66
2.1.2	O problema da fundação na mitologia antiga	pág. 72
2.1.3	Compreensão moderna do tema: o fundamento místico da autoridade	pág. 78
2.2 Li	imites intrínsecos à democracia: as "regras do jogo" e as liberdades fundamen	taispág. 81
2.2.1	A força performativa do ato de instituição	
2.2.2	Papel e relevância do procedimento	pág. 85
2.2.3	Democracia, liberdade e liberdades	
	imites extrínsecos à democracia: tradição, cultura e instituições	pág. 95
2.3.1	O nomos da Terra e o institucionalismo jurídico	
2.3.2	Sociologia jurídica: normalidade e normatividade	pág. 103
	UPTURA E CONTINUIDADE NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINT	1 0
	Emenda Constitucional nº 26	1 0
3.1.1	Ruptura formal com continuidade material?	
3.1.2	Convocação do poder constituinte através de emenda co	
	dificuldades	
	radição e continuidade: federalismo e presidencialismo	
3.2.1	O presidencialismo e o modelo de separação de poderes	
3.2.2	As vicissitudes e a preservação do federalismo	
	uptura e transformação: o novo padrão de legitimidade	
3.3.1	Democracia e direitos fundamentais como discursos de legitimação da nova order	
3.3.2	Mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais	pág. 150
CONTO		
CONC	CLUSÃO	pag. 156
DEEE	RÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	nóa 160
VELEI	NENCIAS DIDLIUUKAFICAS	pag. 100

INTRODUÇÃO

A filosofia política e a teoria do direito deparam-se com o mesmo paradoxo ao trabalharem com o problema da fundação de corpos políticos: o início de uma ordem jurídica e política não pode ser explicado e justificado por essa própria ordem. A justificação desse ato inicial, se é que ela seria possível, teria que advir de alguma fonte transcendente, independente e anterior à ordem que se pretende legitimar. A alternativa seria a negação da possibilidade de qualquer justificativa, com o que se deveria aceitar que a violência de um ato ilegítimo pudesse gerar ordem e criar direito.

Esse paradoxo aparece com tanta premência porque parte de uma premissa problemática, qual seja, a de que o surgimento de uma comunidade política se daria com base em um vazio, um vácuo de normas e instituições, a partir do qual absolutamente qualquer tipo de ordem poderia ser criada. Não haveria nenhuma forma e nenhuma substância a dar suporte ao ato fundador, de maneira que ele seria a realização da criatividade pura. O impulso ou incentivo para esse acontecimento poderia ser encontrado apenas em sua própria força, sem influência de quaisquer fatores externos.

Essa compreensão propicia uma série de dificuldades. Em primeiro lugar, a potência de um ato capaz de criar todo um complexo de estruturas sociais a partir do nada é essencialmente inovadora, transformadora e, com isso, inconstante; a ausência de limites ou de formas pré-determinadas deixaria em aberto o caminho para infinitas mudanças, sempre orientadas à continuação do movimento. A estabilização dessa força só seria possível em havendo algum freio, algo que pudesse contrabalançar sua tendência ao desequilíbrio. E, em matéria de política e de direito, a estabilidade é um elemento essencial, pois sem ela não se pode levar a cabo a pacificação dos conflitos sociais.

Em segundo lugar, a mesma ausência de limites que é um incentivo à instabilidade pode dar lugar à reversão e destruição dos objetivos que inicialmente guiaram o ato fundador. A tomada de consciência política por parte de um povo, o que deveria significar o início do autogoverno e, com isso, sua libertação, pode resultar simplesmente na ascensão ao poder de alguém que pretensamente atua em seu nome, mas que na verdade apenas se aproveita desse discurso para impor sua vontade. Ou seja, o estado altamente amorfo desse momento de fundação torna possível uma gama infindável de resultados – até mesmo os que

eventualmente contradizem os seus propósitos iniciais –, uma vez que não há guias para conduzir nem parâmetros para controlar a ação política.

Em terceiro lugar, tudo o que é absolutamente novo enfrenta um desafio de difícil transposição, que é o de fazer-se compreender. É típica do modo de cognição humana a compreensão de eventos a partir de esquemas e padrões pré-definidos, que servem para enquadrar, conceituar, relacionar, comparar e explicar fenômenos, de modo que eles possam ser apreendidos. Quando um fenômeno não se encaixa em nenhum desses esquemas cognitivos e, em razão de sua absoluta novidade, não pode se referir a nada do que já seja conhecido, a chance de que seja corretamente compreendido por observadores e participantes é praticamente nula.

O objetivo deste trabalho é desconstruir a mencionada premissa e, então, analisar a viabilidade de uma noção de fundação que parta de um pressuposto diferenciado. O que se propõe como hipótese é a ideia de que a fundação ou refundação de uma comunidade política nunca significa um começo ou uma transformação absoluta. Em toda transformação, ainda que se possa considerá-la revolucionária, está contida uma carga de continuidade, em maior ou menor grau. A partir disso, trabalharemos com estes dois elementos — ruptura e continuidade — procurando explicar como cada um deles se comporta e atua na formação de corpos políticos.

Essa questão, longe de se limitar a tema para a filosofia política, alcança outras disciplinas que lhe são vizinhas, como a sociologia, a antropologia, a história e, o que aqui mais nos interessa, o direito. Na verdade, justamente por se tratar de uma situação-limite, a questão a respeito da origem da vida em sociedade conduz a um obscurecimento das fronteiras entre essas disciplinas. É por isso que este trabalho não poderá se restringir a análises propriamente jurídicas ou políticas; será necessária a construção de um pano de fundo histórico para contextualizar e de certa forma conduzir o raciocínio, bem como serão ocasionalmente invocados elementos da sociologia e da antropologia para completá-lo.

No âmbito do direito, uma das teorias que tratou do problema da fundação de modo mais célebre foi a do poder constituinte originário. Para o constitucionalismo moderno, a formulação feita pelo Abade Sieyès no auge da Revolução Francesa teve consequências práticas até hoje sentidas. Segundo essa teoria, o poder constituinte originário, de titularidade do povo ou nação, é um corpo decisório que surge como uma primeira manifestação do poder político, de forma que não decorre ou não deriva de nenhum outro poder. Nada lhe é anterior; ele é fonte e origem de toda ordem jurídica e política, ele é o criador absoluto da Constituição.

Como criador absoluto, aparentemente nada pode impor limites a esse corpo decisório. O direito, que só surge posteriormente ao exercício do poder constituinte, já não pode agir retroativamente e conferir assim alguma forma, contorno ou limite a esse poder. Em verdade, o poder constituinte assim concebido é amorfo por definição e não admite qualquer tipo de controle externo. Os controles jurídicos e políticos, típicos do que chamamos de Estado de Direito, não lhe são coexistente, mas posteriores.

Mas essa ideia, que considera o poder constituinte como primeira e única fonte do direito e da política, acaba esbarrando em aporias que não podem ser resolvidas por seus próprios termos. Conforme vimos, partindo da premissa de que a fundação se dá *ex nihilo*, chega-se inevitavelmente a uma série de problemas. As questões que se colocam aqui dizem respeito tanto à justificativa quanto ao modo de atuação desse poder: onde buscar a legitimação para a atuação daquele que é o próprio fundador de toda legitimidade? Como pode uma multidão amorfa possuir ou construir uma vontade política suficientemente homogênea, a ponto de conseguir fundar uma comunidade organizada, duradoura e estável?

O que se procura nesta dissertação é uma compreensão do poder constituinte originário que o coloque não como criador de toda ordem jurídico-política, mas como sendo ele mesmo em parte criado por uma ordem que o antecede. Assim, ao contrário de representar uma interrupção abrupta em um curso histórico, ele opera uma espécie de mediação entre a ordem que está constituída e a ordem que ele irá constituir. Seu *locus* é o limiar entre passado e futuro, entre tradição e transformação, entre continuidade e ruptura. Essa posição de mediador faz com que a transformação por ele operada possa ser compreendida e operacionalizada sem maiores dificuldades, tornando mais provável o estabelecimento de uma comunidade estável e duradoura.

Os problemas envolvendo o estudo do poder constituinte já aparecem quando da análise de seu titular. O povo, enquanto possuidor de poder e vontade política, não pode sequer ser concebido sem que já possua um mínimo de organização. Antes disso, o que há é apenas uma multidão de pessoas e vozes, praticamente incapaz de agir politicamente e certamente ineficiente na tarefa de tomar uma decisão. O poder constituinte originário, totalmente despido de qualquer forma e desvinculado de qualquer procedimento, tem um caráter fictício e o povo, independente de qualquer ordem anterior e ele mesmo criador absoluto de toda ordem posterior, apresenta-se quase como um mito.

Diz-se que a teoria do poder constituinte originário, tal como classicamente formulada, tem um caráter fictício principalmente em virtude de sua índole potencialmente a-histórica e hipotética. Essa constatação em nada retira a validade da teoria enquanto

formulação lógico-racional, especialmente levando-se em consideração que essa fórmula consegue atingir bastante satisfatoriamente seu objetivo principal, qual seja, a legitimação da ordem jurídico-política vigente. De qualquer forma, uma análise historicamente situada da atuação de poder constituinte, que leve em consideração aspectos do contexto político, cultural e social concreto permite uma compreensão mais abrangente e correta do fenômeno.

Mesmo quando se pensa na primeira Constituição histórica de uma comunidade política, não se pode imaginar que o poder constituinte tenha surgido do caos e que tenha sido o único responsável pela criação repentina de toda uma organização social complexa. Pelo contrário, ele mesmo é produto de uma organização que lhe subjaz, na qual estão manifestos os hábitos, as maneiras, as crenças, a religiosidade, enfim, a cultura de uma sociedade. Ali também já está alguma ordem institucional, ainda que mínima; por exemplo, uma divisão de tarefas ou divisão do trabalho, trocas econômicas constituindo um mercado, uma estrutura ou até mesmo hierarquia social, eventualmente a presença de líderes.

Tudo isso serve como uma primeira conformação para a atuação do povo no momento em que ele toma consciência política. A decisão política fundamental, assim, já vem de certa forma limitada pela carga ética e institucional que o poder constituinte traz consigo, pelas pré-concepções das pessoas ali presentes e até mesmo pelos métodos e procedimentos adotados para a tomada de decisão.

Se pensarmos em um processo constituinte que se insere na história de uma comunidade política já existente, ou seja, que não significa a fundação de um novo Estado, mas sim uma transição (mudança estrutural na forma de estado, forma de governo e/ou regime político, por exemplo), fica ainda mais clara a influência da cultura, das concepções éticas e morais, das instituições sociais, jurídicas e políticas, enfim, de todo o ambiente circundante no modo de atuação do corpo a quem momentaneamente se atribui a competência para criar uma nova Constituição.

Eis o paradoxo em que se encontra o poder constituinte: de acordo com a teoria clássica, não caberia sequer falar-se em competência, no estrito sentido jurídico, em relação ao ato que elabora e põe em vigor a Constituição, já que anteriormente a ela não existiria qualquer órgão constituído e, por isso mesmo, capaz de atribuir essa competência. Entretanto, a experiência histórica mostra que a elaboração de documentos constitucionais se dá mediante convocação de assembleias muito semelhantes aos parlamentos e escolha de representantes através de votação popular, realizada por meio de procedimentos de sufrágio já bem conhecidos e desenvolvidos. Muitas vezes há até mesmo a utilização de estruturas do antigo

sistema, que se pretende ab-rogar, para a facilitação do processo de transição ou ao menos de seu início.

O povo que é poder constituinte, então, não pode realizar sua tarefa sem que esteja minimamente constituído. Modernamente, em Estados de grande extensão territorial e enorme contingente populacional, essa constatação tem ainda mais sentido. Em sendo a democracia direta fisicamente inviável, faz-se necessário o recurso à democracia representativa logo na elaboração do primeiro documento normativo; essa democracia representativa, por sua vez, pressupõe forma, institucionalização. A Constituição, logicamente a primeira norma jurídica, não o é cronologicamente.

Esses são alguns dos temas que este trabalho pretende abordar. Tomando como ponto de partida a teoria clássica do poder constituinte originário, procurar-se-á desconstruí-la com base na ideia de que todo começo representa, em um grau maior ou menor, uma continuidade com o passado. A tensão entre ruptura e continuidade, além de ser uma característica incontornável de qualquer momento de fundação, é constitutiva dos próprios mecanismos de mudança e evolução; uma transformação absoluta não apenas não seria possível, mas não seria sequer desejável, pois constituiria fonte de grande instabilidade.

A dissertação será estruturada em três capítulos. O primeiro terá como mote a ruptura. Serão abordados, de início, o contexto histórico e os antecedentes teóricos da teoria formulada por Emmanuel Sieyès, bem como os principais pontos de sua tese. Essa explanação inaugural será importante porque estabelecerá algumas ideias básicas que serão retomadas durante o restante do trabalho.

Em seguida, será colocada em questão a forma como a teoria do poder constituinte originário, entendida como teoria da ruptura, pode gerar uma indistinção entre poder e autoridade e levar, assim, a uma formulação radical da democracia. Para tanto, deverá ser estudado o significado desses conceitos, a sua importância histórica e lógica para o direito e as consequências práticas de sua diferenciação — ou indiferenciação. Então, aprofundando o estudo da democracia radical, serão analisadas as relações entre o momento constituinte, a revolução e o estado de exceção. Procurar-se-á mostrar a possibilidade do uso patológico de instrumentos de representação política nessas ocasiões, do que poderia decorrer uma reversão do sentido democrático da revolução.

Já no segundo capítulo, partiremos para o tema da continuidade e dos limites ao poder constituinte. Em primeiro lugar, fazendo uma ponte com a sociologia e a antropologia, será analisado como os mitos sobre a fundação ajudam na compreensão do fenômeno do início dos corpos políticos e qual a importância desse tipo de artifício na manutenção da

estabilidade e coesão de comunidades recém-criadas ou que acabaram de passar por uma transição. Essa questão dos mitos será abordada tanto em perspectiva histórica, retomando algumas histórias sobre a fundação de comunidades antigas, bem como será atualizada para o nosso contexto, procurando apresentar alguns elementos que hoje cumprem um papel semelhante.

Após, será o momento do estudo dos limites que se colocam intrínseca e extrinsecamente ao poder constituinte democrático. Quanto aos primeiros, são as próprias condições de possibilidade da democracia que se apresentam como limitação interna às formas de atuação do poder constituinte. A realização de um procedimento em que seja observada a liberdade e a igualdade, assim como a preservação de algumas liberdades públicas essenciais são fatores que condicionam desde logo a elaboração constitucional. Quanto aos segundos, a cultura, as concepções éticas, morais e religiosas, o grau de desenvolvimento social e econômico, as instituições surgidas e construídas ao longo do tempo, todos esses elementos são responsáveis por uma limitação externa à capacidade criativa do poder constituinte.

Por fim, o terceiro capítulo será uma tentativa de operacionalizar os conceitos estudados anteriormente com vias à compreensão de um momento constituinte histórica e territorialmente situado: a Assembleia Nacional Constituinte brasileira de 1987/1988. As questões que serão propostas também trabalharão com os polos continuidade e ruptura. De início, com o objetivo de auxiliar no entendimento do tipo de transição por que passamos, será abordada a forma de convocação dessa assembleia. Analisaremos algumas dificuldades decorrentes do fato de que a convocação se deu através de emenda constitucional, o que fez possível a elaboração da nova Constituição através da utilização de mecanismos previstos na antiga.

Então, entraremos no exame de alguns elementos de nossa tradição jurídica que, ainda que tenham passado por diversos momentos de crise ao longo de nossa história constitucional, continuaram erguidos e condicionaram as escolhas do constituinte brasileiro. Pretende-se demonstrar o elevado grau de continuidade institucional nas decisões políticas fundamentais a respeito da forma de Estado, forma e sistema de governo, que, em linhas gerais, continuam as mesmas desde a primeira Constituição republicana. Nesse ponto, estudaremos especificamente as questões da federação e do sistema presidencialista. Para finalizar, serão abordados os principais pontos de transformação da nova ordem constitucional em relação à antiga, destacando a mudança essencial no regime político, com o retorno à democracia e o alargamento do sistema de proteção dos direitos fundamentais.

Ao final do trabalho, espera-se conseguir demonstrar, com o exemplo da constituinte brasileira, que os processos de mudança política, jurídica e social não só são influenciados por estruturas e instituições anteriores, como também podem contar com o seu apoio, na medida em que certa estabilidade institucional pode ser decisiva na adaptação das inovações ao meio circundante e vice-versa. Também se pretende proporcionar elementos para uma nova conceituação do que seja o poder constituinte originário em contraposição ao poder constituinte derivado, posto que aquele não pode ser visto como um ente absolutamente ilimitado e incondicionado.

1 A TEORIA DO PODER CONSTITUINTE COMO TEORIA DA RUPTURA

O primeiro capítulo deste trabalho será dedicado ao tema do poder constituinte sob a perspectiva da ruptura. Esta é a ideia que normalmente se associa à figura do poder constituinte originário: ele consiste em uma força capaz de criar, a partir de um vazio absoluto, toda uma ordem jurídica, política e social, formada por um complexo de normas, estruturas e instituições desvinculadas de quaisquer formas ou conteúdos jurídicos anteriores. Isso é assim (a) ou porque se trata da primeira Constituição histórica de uma sociedade, ou seja, da própria fundação inicial daquela comunidade política, que supostamente não disporia de qualquer ordem anterior a que se apegar; (b) ou porque o momento de criação de uma nova Constituição, no seio de uma comunidade já existente, significaria uma ruptura completa com tudo o que diz respeito às ordens anteriores.

Procuraremos mostrar como essa ideia de ruptura absoluta pode causar problemas quando se busca justificar a atuação do poder constituinte originário, que em tese não estaria sujeito a vínculos jurídicos. Sua atuação ilegal e inconstitucional, além de gerar alguns paradoxos conceituais, pode estar muito próxima de uma atuação violenta injustificável. A dificuldade maior, conforme veremos, reside no fato de que o titular do poder constituinte – o povo – não é em si uma figura capaz de ação política ativa, independentemente da interposição de representantes. A questão da inexistência de limites à atuação do poder constituinte se torna mais premente, então, quando a sua titularidade é desvinculada de seu exercício.

A interpretação da teoria clássica será feita neste capítulo de maneira propositadamente radical, procurando levar alguns de seus conceitos e proposições às suas últimas consequências. O objetivo disso é mostrar que a mesma teoria, a qual foi utilizada como bandeira para o liberalismo e a democracia no momento histórico de sua elaboração, pode ser facilmente desvirtuada e, então, servir de ideologia para doutrinas antiliberais e autoritárias. Esse perigo, embora possa não ter sido previsto e certamente não tenha sido desejado pelos seus autores, é propiciado pela ideia de equiparação da vontade do poder constituinte à lei, o que, em última análise, é uma igualação entre poder e direito. Assim, as questões a respeito da possibilidade de justificação e das consequências da eficácia do poder, ainda que ilegítimo, entrarão em discussão aqui.

1.1 Da monarquia à democracia: a teoria do poder constituinte originário na ruptura com o *Ancien Régime*

Este item visa expor e desenvolver os principais aspectos da teoria do poder constituinte, especialmente em sua versão original formulada por Emmanuel Sieyès no seio da Revolução Francesa. Antes disso, será feita breve incursão histórica, unicamente com o objetivo de contextualizar o ambiente social, político e econômico em que tal teoria foi forjada, bem como apresentar algumas ideias que lhe foram influentes.

1.1.1 Antecedentes teóricos e históricos da teoria do poder constituinte

Todo movimento político e/ou social carrega consigo alguma ideologia, seja uma anterior, que o incentive e lhe dê impulso, seja uma posterior, que o torne mais palpável e, principalmente, o justifique. Assim foi no surgimento e fortalecimento dos Estados-nação, que sucederam ao declínio do modo de organização feudal que praticamente dominou a Europa dos séculos V ao XV. A essa modificação estrutural de um modo de ser político, social e econômico profundamente arraigado na tradição não poderia deixar de estar associada alguma justificativa, que traduzisse e transmitisse em termos teóricos as causas, os objetivos e as etapas de tal transformação.

Nesse contexto é que foram propiciadas e obtiveram sucesso diversas teorias sobre a origem e a fundamentação do poder político, dentre as quais destacaríamos as de Jean Bodin e Thomas Hobbes. De certo modo, essas doutrinas podem ser consideradas antecedentes da teoria do poder constituinte: Bodin, procurando lançar as bases para um estudo teórico completo e sistemático da política, trabalha em detalhes o conceito de soberania, de forma a se tornar paradigma para aqueles que, após ele, queiram tratar do assunto; Hobbes, já inaugurando uma ideia de contrato social, coloca a fundamentação última do poder político na vontade das pessoas que, livre e conscientemente, decidem se unir sob a proteção de um único governante, identificado com o soberano. O foco dessas teorias não é destacar o papel dos cidadãos, mas justificar a concentração do poder, que antes se encontrava fragmentado entre diversos monarcas, senhores feudais e autoridades religiosas, nas mãos de um órgão que representa uma unidade político-territorial.

Pode-se dizer, resumidamente, que são dois os principais fatores que levaram ao enfraquecimento do sistema feudal. (a) Economicamente: insustentabilidade de uma economia essencialmente agrícola, que se baseava no valor da terra e utilizava métodos

arcaicos e pouco produtivos, enquanto se fortalecia um novo paradigma de economia baseado no valor do comércio; (b) politicamente: profusão de guerras, principalmente confessionais, e a correspondente necessidade do estabelecimento de um poder central, capaz de promover e garantir a paz e a ordem. Como bem coloca Matteucci, "a pressão do ambiente internacional conduz a uma racionalização da organização do governo, motivada pela incapacidade do rei feudal para satisfazer com velhos instrumentos as novas exigências diplomáticas, militares e financeiras". Essa necessidade de organização central do governo vai levar, nesse primeiro momento, à reunião em torno de uma autoridade de poderes até então difusos.

Esses fatores históricos explicam em boa parte o surgimento das teorias sobre a soberania. Não é à toa que Bodin enfatiza como características fundamentais do poder soberano a unidade e a indivisibilidade, com a consequência de que o seu detentor somente poderia delegar a outros agentes o exercício de uma parcela marginal desse poder supremo. As funções (ou atributos, como chama o próprio autor) essenciais à soberania devem ficar reunidas na pessoa do príncipe soberano: o poder de dar e desfazer leis; de declarar a guerra e negociar a paz; de instituir os principais oficiais e magistrados; de julgar em última instância; de conceder graça aos condenados².

A soberania que Bodin imagina na convergência de todos esses atributos não é um poder difuso na comunidade ou no povo, mas antes está concentrado e é de titularidade do próprio regente. Ou seja, trata-se de uma "teoria da soberania do governante. Seu celebrado princípio de que a soberania é indivisível significa, então, que os altos poderes do governo não poderiam ser divididos por agentes separados ou distribuídos entre eles, mas que todos deveriam estar inteiramente concentrados em um único indivíduo ou um grupo." O governante, assim, tem poder absoluto e ilimitado, o que não significa que esteja acima de todas as leis, pois – entende o autor – mesmo o soberano está submetido às leis de Deus, às leis da natureza e a algumas leis comuns a todos os povos.⁴

A doutrina de Hobbes, por sua vez, foi particularmente sensível aos eventos relacionados às lutas entre católicos e protestantes na Inglaterra dos séculos XVI/XVII. Enquanto houvesse mais de uma autoridade reclamando para si, no mesmo território e sobre a mesma população, o poder de comando e organização político-social, não poderia haver paz.

-

¹ MATTEUCCI, Nicola. <u>Organización del Poder y Libertad.</u> Madrid: Editorial Trotta, 1998. Pág. 30 (tradução própria).

² BODIN, Jean. Los Seis Libros de la Republica. Livro I. Madrid: Aguilar Ediciones, 1973. Pág. 11 a 73.

³ FRANKLIN, Julian H. "Sovereignty and the mixed constitution: Bodin and his critics", in: BURNS, J. H. <u>The Cambridge History of Political Thought</u> (1450-1700). Cambridge: Cambridge University Press, 1991. Pág. 298 a 328 (tradução própria).

⁴ Bodin, op. cit., pág. 51.

Era necessária, então, a unificação dos poderes espiritual e temporal, bem como a neutralização da influência política de todos aqueles que se recusassem a se submeter a essa autoridade unificadora.

Aí está colocado, de forma simplificada, o principal argumento de Hobbes naquela que se tornou sua obra mais célebre, o "Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil". Essa figura bíblico-mitológica, utilizada pelo autor para representar o soberano, nada mais é do que a união de todas as forças políticas e sociais em uma instituição organizadora superior: o Estado. Não o rei, enquanto pessoa privada, mas o Estado, enquanto entidade pública, eventualmente encarnada no rei ou mesmo em alguma espécie de assembleia⁵.

A leitura que comumente se faz da obra de Hobbes, que considera suas teses como uma justificação do Estado absolutista, é uma compreensão parcial, senão equivocada. Para o autor, na origem de qualquer corpo político, seja qual for a forma de governo, está um princípio democrático bastante radical. Uma multidão de pessoas ainda desunificada, que não passa de uma porção de "células" individuais, decide vincular-se em torno de um órgão que representará essa união, que será a própria corporificação do povo⁶.

Esse povo, é importante destacar, compõe-se dos elementos daquela multidão, mas significa qualitativamente mais que ela. Agora ele é como um só corpo ou uma só pessoa, pois a tomada de decisão em conjunto operou uma transformação em sua essência. A multidão transmudou-se em povo *soberano* e é esse povo desfragmentado que será representado pelo governante. Assim, mesmo quando esse governante é uma única pessoa – o que poderia qualificar uma monarquia ou mesmo uma autocracia –, esse momento do governo por um só é secundário, posterior à decisão soberana do povo de dar-lhe uma comissão. Não por acaso, já começam a ser vistas as origens da teoria do poder constituinte nesse princípio democrático hobbesiano.

⁵ Note-se que, ao contrário do que diz boa parte da literatura sobre Hobbes, sua doutrina não se trata da justificação do poder nas mãos de uma pessoa, necessariamente um monarca, mas da unificação do poder em um órgão, seja composto por uma ou mais pessoas, seja representado por uma dinastia monárquica ou não. "A única maneira de instituir um tal poder comum (...) é conferir toda a sua força e poder a um homem, *ou a uma assembleia de homens*, que possa reduzir todas as suas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade." HOBBES, Thomas. <u>Leviatã</u>, ou: Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Pág. 147 (grifo nosso).

⁶ A analogia com o corpo humano não é por acaso. Na interpretação de Forsyth, uma das mais fundamentais passagens do Leviatã seria o capítulo XVI, em que Hobbes faz uma analogia entre pessoas naturais e pessoas artificiais. O representante seria o exemplo por excelência da pessoa artificial, aquela cujas palavras ou ações são atribuídas não a si própria, mas aos representados. FORSYTH, Murray. "Thomas Hobbes and the Constituent Power of the People", in: Political Studies, vol. XXIX, nº 2 (191-203).

É claro que é difícil, senão impossível, determinar a ordem de precedência entre o movimento real de transformação e a teoria sobre esse movimento. Talvez seja impossível justamente porque ambos, muito mais do que variáveis independentes, são causas e efeitos recíprocos. Comentou-se, por exemplo, que alguns eventos históricos foram essenciais ao aparecimento de doutrinas como as de Bodin⁷ e Hobbes. Por outro lado, essas próprias teorias sem dúvida surtiram efeitos práticos, ao serem utilizadas de forma bastante instrumental por governantes que procuravam fortalecer seu poder.

Algo parecido também aconteceu em um segundo momento. Falamos agora não mais da transição do modelo feudal para aquele do Estado-nação territorial, mas sim de uma mudança ocorrida dentro do próprio modo de organização estatal. Se o Estado-nação acabou com a pluralidade de focos de poder político contrapostos em um mesmo território, por outro lado não extinguiu toda uma estruturação social que dava suporte ao sistema de suserania e vassalagem. Títulos de nobreza continuaram a existir e a posição aristocrática, conquistada essencialmente pelo nascimento, seguia sendo de importância política, embora não mais econômica⁸. Justamente essa situação é que seria extinta com o fim do *Ancién Regime*.

A nova classe que vinha sustentando economicamente o Estado – a burguesia ou terceiro estamento – reivindicava agora um maior controle e influência sobre as decisões políticas que a afetavam diuturnamente. Não havia mais justificativa para a concentração de poder em uma casa monárquica que não agia no interesse de todos os seus súditos, ainda mais quando eles começavam a tomar consciência política e ansiar pelo autogoverno. A igualdade entre os cidadãos, em especial no que toca à isonomia de participação no poder político, era um dos elementos que animavam o espírito da Revolução.

Outro ponto importante era a libertação do despotismo, caracterizado pelo governo de uma pessoa que estava pretensamente acima da lei; essa liberdade se daria justamente através da submissão de governantes e governados ao direito posto pela vontade de todos, ou seja, ao governo impessoal da própria lei. Não apenas uma lei que expressasse a

⁷ A literatura especializada comenta que o grande incentivo para o empreendimento de Bodin foi a crise que assolou a França no séc. XVI, justamente no declínio do modo de vida feudal e na instalação de um novo modelo econômico, político e social. "É evidente que *Os Seis Livros Da República* surgiram de uma determinada circunstância histórica e como resposta a alguns problemas específicos. Por isso, toda reflexão sobre a *República* deve partir desses problemas e examiná-los no quadro histórico do tempo." GALA, Pedro Bravo. "Introdução", in: BODIN, Jean. Los Seis Libros de la Republica. Livro I. Madrid: Aguilar Ediciones, 1973. Pág. XI a LIII.

⁸ A história registra uma "reação feudal" devida justamente ao enfraquecimento econômico da nobreza, o que teria sido mais um incentivo para a burguesia francesa que rumava à revolução: "De fato, sua própria obsolescência econômica, que fazia com que os rendimentos dos nobres e cavalheiros ficassem cada vez mais defasados em relação ao aumento dos preços e dos gastos, levava a aristocracia a explorar com intensidade cada vez maior seu único bem econômico inalienável, os privilégios de *status* e de nascimento." HOBSBAWN, Eric. A Era das Revoluções. 25ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2011. Pág. 41.

vontade geral, mas também uma lei estável que proporcionasse segurança para os cidadãos é que seria a garantia da liberdade almejada.

Diante desse quadro de revolta contra a monarquia absolutista, uma nova fonte de poder, distinta da autoridade monárquica, deveria ser buscada. Essa nova fonte foi encontrada na figura do povo, o *demos*, que era nada menos que o material humano que constituía o próprio Estado. Embora a democracia já tivesse sido praticada e pensada em civilizações antigas, como se sabe principalmente da história de algumas notáveis cidades-estado gregas, foi nessa transição do antigo regime para o Estado de Direito que sua teorização adquiriu um significado maior, fortemente revolucionário. Pode-se identificar, aqui, novamente efeitos recíprocos entre fatos e ideias: de um lado, os eventos que marcaram a Revolução Francesa; de outro, as ideias democráticas provenientes do Iluminismo, principalmente as de Jean-Jacques Rousseau, que traz a noção de soberania popular através do que chama de vontade geral, e de Emmanuel Sieyès, com a sua concepção mais específica de soberania nacional.

Um dos conceitos chaves para a compreensão do pensamento de Rousseau é o de autonomia. A capacidade de dar-se a si a própria lei significava, para ele, não só a possibilidade de participar do poder político, o que em si já seria de grande monta; mas era também a realização e a efetivação da própria liberdade. O homem só é livre quando não está sujeito ao domínio de outros homens, mas somente ao domínio da lei, entendida como a manifestação por excelência da vontade geral.

Já começam a aparecer em Rousseau algumas linhas do que posteriormente será, em Sieyès, uma teoria do poder constituinte. Os indivíduos que decidem sair do estado de natureza e se unir em um corpo político alienam a sua pessoa e "todos seus direitos à toda a comunidade", de modo que "em lugar da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo". Ou seja, através dessa união, em que cada pessoa abandona seus interesses privados e suas idiossincrasias, forma-se um corpo público governado pela vontade geral – que, consequentemente com a construção do autor, em nada se confunde com uma soma de vontades individuais e particulares.

Algo bastante parecido surgirá em Sieyès quando ele define o que entende por nação, de modo que não é incomum encontrar na doutrina referências no sentido de que Rousseau lhe teria sido uma influência imediata¹¹. Uma diferença bastante importante entre os dois pensadores, porém, deve ficar esclarecida: a vontade geral, conforme descrita por

⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. <u>Do Contrato Social.</u> Bauru: Edipro, 2000. Pág. 36.

¹⁰ Idem, ibidem, loc. cit.

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Constituinte. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. Pág. 8.

Rousseau, somente pode ser atestada mediante a participação direta de todos os cidadãos, ou seja, sem o intermédio de representantes, muito menos de associações partidárias. A situação ideal de deliberação seria aquela em que todos estão suficientemente informados e não possuem meios de comunicação entre si, de modo que cada um dê sua opinião (ou parecer, como escreve o próprio autor) sem influência de interesses privados e opiniões alheias.

Conforme veremos, Sieyès, longe de ser contrário à democracia representativa, entende que somente através de seus representantes é que a nação pode fazer realizar a sua vontade política.

1.1.2 A formulação de Sieyès e o poder constituinte da nação

Enquanto Rousseau, o grande defensor da democracia direta, pode ser considerado um dos nomes mais influentes da Revolução Francesa, o legado de Sieyès certamente não é menos importante. Foi ele o responsável por forjar um dos conceitos que hoje moldam a maneira como se pensa a Teoria da Constituição e o próprio Direito Constitucional: o conceito do poder constituinte. Colocando a nação como titular desse poder, pode-se dizer que Sieyès inaugurou uma nova tradição no pensamento democrático, aquela que identifica como principal elemento da democracia a capacidade de os membros de uma comunidade política darem a si mesmo uma Constituição.

Algumas elucidações de caráter histórico são necessárias para que se compreenda o contexto em que Sieyès desenvolveu seu pensamento. A crise econômica e social que se agravava na França da década de 1780 provocou a convocação, pelo rei, dos Estados Gerais, principalmente para a discussão de questões tributárias. Consistia essa reunião em uma espécie de parlamento, que fora relativamente ativo no medievo, mas cuja última convocação se dera em 1614. A votação nos Estados Gerais não se dava por cabeça, mas por estamento, sendo que a nobreza e o clero unidos, o que representava cerca de 5% da população francesa, conseguiam barrar qualquer pretensão da burguesia – o "terceiro estado".

Explicitamente contra essa situação foi que se lançou e se difundiu um dos mais famosos panfletos da Revolução Francesa, de autoria do abade Emmanuel Sieyès: "O que é o Terceiro Estado?" Mais do que expor uma teoria, esse texto buscava dar fundamento para a luta da burguesia contra o sistema de privilégios e outros resquícios do antigo regime. Uma das reivindicações ali contidas era justamente que o voto nos Estados Gerais fosse computado individualmente, de forma que o resultado não fosse distorcido pelo maior peso conferido aos estamentos privilegiados. Outro ponto — para nós o mais interessante — era o chamamento do

terceiro estado para que se reunisse como corpo constituinte e operasse uma reformulação completa da Constituição.

Cerca de seis semanas após o início dos trabalhos dos Estados Gerais, os mandatários da burguesia se autoproclamam Assembleia Nacional e, intitulando-se representantes legítimos de toda a nação francesa, nomeiam uma comissão para elaborar um projeto de Constituição. Sieyès, não por acaso, é um dos indicados para compor essa comissão. Afinal, o que ele pretende desde o lançamento do panfleto é "mostrar que os representantes do terceiro são perfeitamente legitimados a exprimir a vontade de constituição da nação, o que vai justificar o golpe de Estado do 17 de julho, quando os eleitos do terceiro se autoproclamarão assembleia nacional, contra a vontade das ordens privilegiadas".

Assim, finaliza-se de modo abrupto um processo de transformação que já vinha ocorrendo na França desde antes do início da era moderna, com o paulatino enfraquecimento político e econômico dos feudos e o correspondente aumento do poder central¹³. O que ficava claro nesse momento é que os privilégios deveriam ser extintos de uma vez por todas, já que não encontravam mais qualquer justificativa ou aceitação social. Junto com a queda desse modelo de privilégios, desaba toda uma ordem jurídica fundamentada na legitimação monárquica e nos direitos decorrentes do nascimento. A partir de então, todos deveriam ser iguais em direitos e deveres, pois eram membros de uma mesma nação, a única entidade capaz de determinar as formas da ordem jurídica à qual ela mesma desejava se vincular.

Colocar a nação nesse lugar de criador e organizador maior é uma tentativa de dar solução a um dos grandes problemas da filosofia do direito: a questão sobre o fundamento de validade e a fonte de legitimidade da ordem jurídica. O movimento da Revolução Francesa em busca de legalidade e igualdade jurídico-formal dentro do Estado veio acompanhado de uma laicização dessa entidade, o que também é reflexo da própria filosofia iluminista. Se antes o fundamento último de toda ordem social e/ou normativa, inclusive a jurídica, era encontrada no Deus transcendente, aquele que é criador independente e absoluto, agora essa explicação deveria ser essencialmente modificada. Deus saía do campo do político para dar espaço a um outro gênero de justificativa, uma que fosse imanente à própria ordem que se quer legitimar.

Como bem menciona Friedrich Müller, não sem uma pequena dose de ironia, "desde que Deus se retirou da vida política (e se despediu da história), seu cargo na estrutura

¹³ TOCQUEVILLE, Alexis de. <u>El Antiguo Régimen y la Revolución.</u> México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1996.

¹² PASQUINO, Pasquale. <u>Sieyes et l'Invention de la Constitution em France.</u> Paris: Éditions Odile Jacob, 1998. Pág. 115 (tradução própria).

funcional não foi declarado vago"¹⁴. Em seu lugar foi colocada esta figura que, em realidade, é quase tão mítica quanto o Criador mesmo: o povo ou, nos termos de Sieyès, a nação. Para que uma ordem seja legítima, não basta que ela seja aceita ou mesmo aclamada por aqueles que a ela se submetem. Ela não pode ser imposta, ainda que por um ser superior, mas deve ser forjada pelos próprios participantes. São eles, coletivamente, os únicos aptos à determinação do direito que desejam seguir.

É importante destacar, nesse ponto, que o titular do poder constituinte para Sieyès não é o povo, mas sim a nação. Há grande debate doutrinário a respeito do que significaria esse termo: seria a nação o mesmo que o povo ou a população de um território? Ou deveria haver um elemento de união cultural, linguística ou talvez até mesmo étnica? Para o autor, não são relevantes essas características sociológicas ou antropológicas que tornariam a nação uma entidade mais concreta e vinculada a um determinado contexto. Sua definição, pelo menos a que se encontra em "O que é o Terceiro Estado", é bastante formalista: "um corpo de associados que vivem sob uma lei *comum* e são representados pela mesma *legislatura*" 15.

Muito embora essa definição pareça bastante neutra, ela está dotada de um significado político que acompanha de perto a obra de Sieyès e não pode passar despercebido. A chave está na expressão "sob uma lei *comum*". Como se sabe, um dos motes da Revolução Francesa foi o fim dos privilégios que certas classes possuíam no antigo regime. Esses privilégios faziam da nobreza uma classe submetida a leis especiais, mais benéficas do que aquelas "comuns", sob as quais se submetia a burguesia. Então, se a nobreza não vivia sob uma lei comum juntamente com a burguesia, somente esta poderia formar a nação.

Para citar o autor: "Não é certo que a ordem nobre tem privilégios, dispensas, até direitos separados dos direitos do grande corpo de cidadãos? Sai, por isso, da ordem comum, da lei comum. Assim, seus direitos civis fazem dela um povo à parte da grande nação". Depreende-se daí que, a rigor, "a grande nação" na França revolucionária compreendia apenas a parcela da população (ao certo, a maior parcela) que não detinha quaisquer privilégios legais, essa parcela formada basicamente por comerciantes e profissionais liberais que vinham buscando conquistar seu espaço político. O pensamento de Sieyès, porém, superou barreiras temporais e geográficas e a nação passou a ter um significado mais global.

16 Idem, ibidem, pág. 13-14 (tradução própria).

-

¹⁴ MÜLLER, Fridrich. <u>Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo.</u> São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Pág. 21.

¹⁵ SIEYÈS, Emmanuel. <u>Que es el Tercer Estado?</u> Introducción, traducción y notas de Francisco Ayala. Madrid: Aguilar, 1973. Pág. 13 (tradução própria, grifo no original).

O que importa notar é que a nação representa a continuidade, a permanência de uma comunidade no tempo e no espaço¹⁷. Ela significa mais que a soma dos indivíduos presentes em um dado momento e um dado local e tem, portanto, uma qualidade que a torna capaz de ser o fundamento de algo que tem pretensão à duração e à estabilidade. A nação de Sieyès é como o povo de Hobbes, que foi mencionado anteriormente: mais que uma multidão e qualitativamente superior a uma porção de homens individuais e isolados. É o *querer* se unir, é a *vontade comum* de viver em sociedade que transforma essa soma de indivíduos em uma unidade.

Essa capacidade de formar o Estado e o direito, ou essa existência e atividade anteriores à fundação de uma ordem jurídico-política refletem, no ideário do poder constituinte, a ocasião de manifestação por excelência da democracia. Segundo o que preconiza a teoria, é aí que o povo pode exercer de modo mais puro as prerrogativas de sua soberania ¹⁸, pois não está amarrado a configurações pré-existentes, não está limitado por nenhuma norma anteriormente positivada, nem depende do funcionamento de instituições que tenham sido previamente estabelecidas. O momento extraordinário da tomada da "decisão política fundamental" seria o único momento em que o povo estaria verdadeiramente livre para fazer valer e concretizar sua vontade.

Dentro do Estado constituído, segundo o que preconiza o próprio constitucionalismo oriundo das revoluções liberais, todos os agentes estão limitados pela ordem constitucional posta. Isso significa dizer que ali nenhum poder é absoluto, nem mesmo aquele do povo. Todas as normas constitucionais e infraconstitucionais, bem como as instituições jurídicas e políticas criadas pela lei fundamental, com seu modo de funcionamento e procedimentos pré-determinados, são limitadores da ação política. O povo *dentro* da Constituição não está acima dela²⁰ e não pode modificar-lhe a essência, nem agir fora de seus contornos, sem que isso implique uma derrubada da ordem.

É justamente esse o significado de uma revolução: a derrocada de uma ordem constituída por um poder que pretende atuar sem esses limites, para então manifestar e colocar

¹⁷ "Povo, para ele, é o conjunto dos indivíduos, é um mero coletivo, uma reunião de indivíduos que estão sujeitos a um poder. Ao passo que a nação é mais do que isso, porque a nação é a encarnação de uma comunidade em sua permanência (...)". FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. <u>O Poder Constituinte</u>. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. Pág. 23.

²⁰ Idem, Ibidem, pág. 238-242.

Apesar de Sieyès ter evitado utilizar os termos "soberano" ou "soberania" ao tratar do povo, uma vez que boa parte de seus escritos são preocupados com a limitação do poder político, parece ser uma consequência de sua teoria do poder constituinte a ideia de soberania da nação. Essa é ao menos a leitura que a doutrina especializada faz de sua obra, em especial Schmitt, em sua Teoria da Constituição. SCHMITT, Carl. Verfassungslehre. 9ª edição. Berlin: Duncker & Humblot, 2003.

¹⁹ Idem, ibidem, pág. 20 e seg.

em vigência uma decisão política que irá potencialmente criar uma nova ordem. Assumindo que o poder para agir dessa forma reside somente no povo, ele funciona no momento da revolução como criador absoluto. A democracia, entendida como a força ou o poder do demos, parece ser plenamente realizada apenas nessas condições.

A aproximação entre poder constituinte e democracia não é por acaso. Em uma primeira análise, pode-se imaginar que o poder constituinte, enquanto força capaz de pôr uma Constituição, possa ter titulares diferentes do povo. A experiência histórica mostra inúmeros casos em que documentos constitucionais foram elaborados por governantes, monarcas ou membros de alguma elite política e econômica, para então serem impostos à obediência do povo. O poder constituinte seria então um gênero do qual existiriam espécies: poder constituinte do povo, poder constituinte do rei, etc. Tentou-se inclusive utilizar essa fórmula do poder constituinte do rei para barrar os avanços da Revolução Francesa, afirmando que somente o membro de uma dinastia legítima teria capacidade para fundar uma comunidade política.

Mas o fato é que o herdeiro de uma casa monárquica só pode ser titular do poder constituinte em virtude de alguma analogia um tanto grosseira. Como afirma Böckenförde, o poder constituinte é popular não por acidente, mas por definição²¹. Em primeiro lugar, isso decorre do próprio histórico do surgimento desse conceito, que foi forjado para fazer frente a um poder régio que não mais vinha sendo aceito pela maior parcela da população e que perdera, então, legitimidade. Em segundo lugar, a ideia de um poder que é responsável pela criação de todas as instituições só faz sentido quando ele mesmo não emana de uma instituição já criada. Ora, isso nunca poderá ser dito de um monarca que provém de uma linha sucessória há muito estabelecida e que é, de certa forma, mais uma criatura dessa ordem²².

Aliás, a grande novidade do pensamento de Sieyès, e provavelmente o ponto que melhor justifica o sucesso de sua teoria²³, foi justamente a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos. Em analogia com a metafísica de Spinoza, que contrapõe "natura naturans" e "natura naturata"²⁴, Sieyès fala do pouvoir constituant como a origem de todo o poder, aquele ente que não é criado, mas sim criador e, portanto, é responsável por conformar

²¹ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. "Die Verfassunggebende Gewalt des Volkes: Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts", in: Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, nº 4. Frankfurt am Main: Metzner, 1986. Pág. 8-9.

²² Idem, ibidem, pág. 9-10.

²³ A respeito do sucesso da obra de Sieyès, vale mencionar, a título de curiosidade, que ela nunca foi tão bem recepcionada em seu país natal como o foi em outros países da Europa continental, particularmente na Alemanha. É o que conta Pasquale Pasquino em "Sieyès et l'Invention de la Constitution em France", op. cit., pág. 9. ²⁴ SCHMITT, op. cit., pág. 79-80.

e delimitar os poderes que lhe sejam posteriores. Toda a ordenação do Estado, a criação e organização de instituições, bem como a distribuição e atribuição de competências é feita pelo poder constituinte. Somente o povo, enquanto entidade amorfa, é que possui esse potencial.

A consequência que se extrai daí é que esse poder constituinte – pelo menos da forma como foi concebido por Sieyès em "O que é o Terceiro Estado?" – não pode ser ele mesmo constituído, quer dizer, não pode ser derivado de algum tipo de organização anterior, como o que acontece com o herdeiro de uma dinastia. Sua própria origem só pode ser espontânea, proveniente de um vácuo de normas e de formas ou, para utilizar a expressão consagrada, de um estado de natureza. Esta é a hipótese que animou as teorias do contrato social sobre o surgimento de comunidades políticas e que também está subjacente à teoria do poder constituinte: antes do pacto, era o nada. Somente com a atualização, racional e consciente, do poder de conformação dos homens é que aparece a vida em sociedade, organizada política e juridicamente.

Dessa ideia de que o poder constituinte surgiria espontaneamente a partir de um vácuo jurídico-institucional derivam alguns problemas relacionados com o seu exercício. É o que será visto a seguir.

1.1.3 O problema do exercício do poder constituinte

Como viabilizar a manifestação da vontade de um povo que não conhece instituições políticas e procedimentos? Como verificar o sentido dessa vontade unificada, sem que haja um mínimo de regras a respeito das formas como as opiniões serão trazidas a debate e, por fim, como a decisão política fundamental será tomada? Essas questões, em última análise, colocam em dúvida a afirmação de que um povo tem capacidade de sair, de maneira orgânica, una e homogênea, de um suposto estado de natureza em direção à sociedade civil.

O fato é que esse estado de natureza em que não há nenhuma estruturação social, não há lideranças, não há normas nem instituições só pode ser concebido como uma hipótese mental, uma ficção quiçá necessária para dar fechamento a uma teoria que procura encontrar no povo a fonte primária de poder em uma comunidade política. O que essas teorias fazem, na verdade, é atribuir normativamente ao povo uma vontade que não necessariamente derivou diretamente dele²⁵. Essa atribuição se dá através do mecanismo da representação, um instituto essencial ao direito público em geral e ao direito constitucional em particular.

²⁵ É o que Heller deixa claro quando trata, em sua Teoria do Estado, do princípio da soberania popular. O princípio de que "todo o poder decorre do povo" corresponde apenas parcialmente a uma realidade de fato; seu

Explica-se melhor: a capacidade para uma ação política ativa e construtiva normalmente está associada a algum órgão que funciona em nome do povo, ou seja, que atua como seu representante. Esse órgão é que tem a iniciativa para formular os termos em que as decisões serão tomadas; de certa forma, ele é responsável por um processo anterior à tomada de decisão propriamente dita, pois ele determina quais os instrumentos e procedimentos serão utilizados para que se chegue ao consenso desejado. Tudo isso é feito, pelo menos na quantidade minimamente necessária, independentemente da participação do povo²⁶.

Isso não poderia se dar de outra forma em comunidades com a extensão territorial e populacional que temos hoje ou mesmo há três séculos atrás, na véspera das revoluções liberais. Sem alguma liderança, algum representante ou uma organização mínima, o povo só consegue agir de maneira destrutiva. De fato, sem essa organização o povo não passa daquela multidão de indivíduos isolados, despido de capacidade para uma ação em concerto. Para usar uma metáfora: sem uma divisão de tarefas e instrumentos, a multidão pode derrubar um muro, mas não é capaz de reconstruí-lo.

Brokmeier descreve o momento da fundação das comunidades políticas como um jogo de contraposição entre duas forças: a primeira é aquela força natural do homem em estado pré-político, uma força que se confunde com a violência e representa um perigo tanto para si quanto para os outros; a segunda força consiste no poder político gerado da união dos homens, poder esse que se constitui exatamente da pluralidade de pessoas e de sua ação em conjunto, com vistas a um objetivo comum. Só que essa segunda força, enquanto se encontra em estado amorfo, permanece ineficiente e incapaz de vencer a violência do indivíduo. Para sair dessa condição de ineficiência, ela precisa que lhe seja conferida alguma forma, o que é feito através das instituições políticas.²⁷ A representação seria um exemplo de veículo ou instrumento adequado para a institucionalização do poder político.

significado e sua importância são essencialmente normativos. Ou seja, com base no princípio da soberania popular, a ordem jurídica atribui a todo o povo uma decisão que foi tomada apenas por parte dele - seja pelos representantes reunidos em assembleia, seja pela parcela da população que atinge os requisitos mínimos para a participação em eleições, plebiscitos, referendos, etc. HELLER, Hermann. Staatslehre. 6ª edição. Tübingen: Mohr, 1983. Pág. 279.

²⁶ "(...) num processo em que por meio de uma Convenção se pretende chegar a uma Constituição existem, sempre, atos de outorga, ou, pelo menos, um ato de outorga (...). Com efeito, se examinarmos o estabelecimento de Constituição por uma Assembleia Constituinte, ou por uma Convenção, vamos verificar que todas elas realizam essa obra a partir de um ato de outorga; porque, sem esse ato de outorga, elas não podem funcionar exatamente; existe um ato de outorga, que é o que extingue a vigência da Constituição anterior e convoca essa mesma Assembleia, chama a representação popular para estabelecer uma nova Constituição." FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. Cit. Pág. 68.

²⁷ BROKMEIER, Peter. "Institutionen als das Organon des Politischen. Versuch einer Begriffsbildung im Anschluss an Hannah Arendt", in: GÖHLER, G. (Org.). Die Eigenart der Institutionen. Zum Profil politischer Institutionentheorie. Baden-Baden: Nomos-Verlag, 1994. Pág. 167-186.

Essa ideia de representação que, como foi mencionado, consiste basicamente na iniciativa de um órgão que atua em nome do povo, parece bastante habitual quando se pensa no funcionamento interno de um Estado. Entretanto, ela pode ser um problema quando se procura aplicá-la ao momento anterior ao Estado constituído, ou seja, ao momento propriamente constituinte. Se o povo, enquanto criador de uma ordem, realmente encontra seu espaço de ação em um vácuo normativo e institucional, então não se pode imaginar que exista um órgão para representá-lo, pois esse órgão já seria ele mesmo uma instituição. Por outro lado, sem um representante a multidão não consegue se organizar a ponto de entrar em consenso a respeito dos contornos que terá o corpo político a ser criado. Em última análise, não se opera aquela modificação qualitativa que transforma a multidão em povo unificado.

Para que não se caia nesse círculo vicioso, as teorias sobre o poder constituinte precisam admitir a existência de algum aparato institucional anterior ao Estado, que faça as vezes do representante nesse momento extraordinário de construção ativa – e não apenas destruição – de uma ordem constitucional. De fato, encontramos modelos institucionais desse tipo em ambos os autores que mais notoriamente trataram do poder constituinte, quais sejam, o próprio Sieyès e o alemão Carl Schmitt. Continuaremos cuidando de Sieyès neste item; o modelo de Schmitt será objeto de análise nos próximos pontos.

Em "O que é o Terceiro Estado?", sem dúvida a obra mais célebre de Sieyès, a nação aparece como o único legítimo titular do poder constituinte: "Se precisamos de uma Constituição, há que se fazer uma; somente a nação tem direito a isso". A consequência disso, como já foi mencionado, é que esse poder aparentemente estaria alheio a todo direito constituído, pois derivaria diretamente da nação em estado amorfo, ou em estado de natureza. Mas há um escrito menos conhecido, intitulado "Preliminares da Constituição", em que o autor faz uma modificação relevante na sua tese sobre a legitimação da ordem constitucional.

Ao invés de uma linha que une dois pontos, relacionando imediatamente o poder constituinte com os poderes constituídos, temos agora uma triangulação entre poder cometedor (pouvoir commettant), poder constituinte e poderes constituídos. Esse poder cometedor, que não aparece explicitamente no primeiro panfleto, é que possui como titular a nação. O poder constituinte, tanto quanto os poderes constituídos, é exercido por representantes dessa entidade. Assim, a capacidade ativa para a deliberação e decisão a respeito do documento constitucional, que abrange os principais aspectos da organização da vida em sociedade, não é deixada a cargo do povo em si mesmo. Pelo contrário, é de

²⁸ SIEYÈS, Emmanuel, op. cit., pág. 69.

responsabilidade de uma classe política composta por homens qualificados e eleitos especificamente para tal tarefa.

São dois os aspectos dignos de nota. Em primeiro lugar, o poder constituinte não é propriamente uma massa informe da qual deriva toda ordenação posterior. Ele mesmo, em verdade, já é instituído pelo povo e deve obedecer, assim, a um mínimo de regras e procedimentos pré-determinados. Embora seu aparecimento seja extraordinário, limitado aos momentos de fundação ou refundação de comunidades políticas, isso não significa que ele esteja absolutamente desvinculado de um direito anterior – ainda que esse direito trate apenas do mínimo necessário para o funcionamento desse órgão que é nada mais, nada menos que uma assembleia de representantes.

Em segundo lugar, à nação cabe apenas uma função passiva de autorização, tanto do poder constituinte quanto dos poderes constituídos. A diferença é que neste caso isso se dá por intermédio da Constituição, enquanto naquele se dá imediatamente. De resto, o mecanismo é praticamente o mesmo: subjacente a um corpo representativo, seja ordinário, seja extraordinário²⁹, está o poder cometedor, formado pelo conjunto dos representados. Através das eleições é que estes conferem sua autorização para a atuação dos representantes, os quais, eles sim, são capazes de formulações políticas ativas. O poder cometedor, assim, garante a legitimidade dos outros poderes, sem que isso signifique que ele seja o autor direto da ordem constitucional.

Essa construção, porém, não resolve todos os problemas. Se o poder constituinte não é o criador absoluto, uma vez que ele já é de certa forma criatura, a lógica manda que se procure esse criador em outra figura. Dir-se-ia, então, que no poder cometedor se encontrará a origem de tudo – de todo poder, de toda ordem, de todo direito. Mas o que não pode passar despercebido é que, segundo Sieyès, a comissão dos representantes para os representados se dá por meio de eleições. Ou seja, o poder cometedor *elege* o poder constituinte. Nesse ponto, surgem diversos questionamentos: como se dão essas eleições? Quem as organiza? Como se define quem, dentre a multidão, serão os candidatos? Que procedimentos serão adotados para a realização e aferição dos resultados das eleições?

²⁹ Diz-se que o corpo de representantes que exerce o poder constituinte é extraordinário, no sentido de que não tem um funcionamento contínuo, mas só aparece em momentos excepcionais em que está em jogo a própria existência da comunidade política; além disso, ele não está submetido a nenhuma forma pré-estabelecida, ao contrário dos órgãos instituídos por uma Constituição. Entretanto, a organização desse corpo extraordinário em *assembleia constituinte* "vem a ser de fato uma forma regular de exercer-se dito poder" (AYALA, Francisco. Notas a "Que es el Tercer Estado?", op. cit., pág. 83), o que pode soar paradoxal. Esse modelo, imaginado por Sieyès e efetivamente realizado na França revolucionária, hoje é considerado a forma *legítima* de exercício do poder constituinte.

O fato é que mesmo essas eleições, que em tese se dão antes do estabelecimento de uma comunidade política, não podem ser imaginadas sem que haja um mínimo de organização ou estruturação social. Alguém deverá ao menos propor que elas se efetuem; deverá ser decidido quem tem direito e/ou dever de participar (estabelecendo, por exemplo, alguns limites de idade); deverá também ser definido o número de representantes que serão eleitos e quais os critérios de escolha, etc. Isso tudo não decorrerá espontaneamente da vontade de um povo amorfo, mas será imposto por alguma espécie de liderança que, como se pode perceber, será anterior à decisão política fundamental — ou seja, anterior à própria Constituição e, portanto, carente de uma autorização e atribuição formal de competência 30. Na melhor das hipóteses, essa liderança será aceita por todos e gozará de alguma espécie de legitimidade, certamente diferente da racional-legal 31.

É muito difícil, senão impossível, conceber a situação original em que, não havendo nenhum tipo de hierarquia, todos são absolutamente iguais e decidem em conjunto, sem necessidade de um procedimento pré-estabelecido, sobre a forma e estrutura do convívio social. Mais difícil ainda é imaginar uma circunstância ideal em que essa decisão seja tomada unanimemente. Ao falar de uma assembleia, seja uma constituinte ou uma constituída (por exemplo, um Parlamento), Sieyès deixa bastante explícito que as decisões dali resultantes serão tomadas pela maioria de seus membros. Ainda assim, ele precisa admitir como hipótese o início absoluto em que há uma decisão unânime: a de se associar em uma unidade política.

Diz o autor: "Um ato que exige a unanimidade é o ato da associação. Como cada indivíduo entra ali e ali permanece livremente, é a sua vontade. Qualquer outra vontade comum concernente aos interesses da sociedade pode não ser unânime." Então, antes da aceitação das decisões da maioria como lei, e justamente para que essa aceitação seja livre e autônoma, deve haver o desejo unânime de viver em comunidade. Claro, pois do contrário a vontade da maioria não teria qualquer qualidade superior à vontade da minoria, que lhe desse o direito de agir em seu nome. Não é, na verdade, nada óbvio que a decisão tomada pela

_

³⁰ Sieyès pergunta, numa passagem em que sua capacidade retórica fica bastante explícita: "Há uma autoridade anterior [à Constituição] que teria podido dizer a uma multidão de indivíduos: 'eu os reúno sob tais leis; formareis uma nação nas condições que eu lhes prescrevo'?" (Op. cit., pág. 79, tradução própria). É evidente que a resposta buscada por ele é *não*. Entretanto, devemos admitir que a resposta necessita ser, ao menos em parte, positiva. Se não há uma autoridade anterior capaz de dizer "eu os reúno sob tais leis", deve haver alguma que diga "eu os reúno sob tal organização, para que possam assim eleger seus representantes".

³¹ WEBER, Max. <u>Economia e Sociedade.</u> Vol. I. 3ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. Págs. 142-147.

³² SIEYÈS, Emmanuel. "Limites de la Souveraineté", in: PASQUINO, Pasquale. <u>Sieyes et l'Invention de la Constitution en France.</u> Paris: Éditions Odile Jacob, 1998. Pág. 177 (tradução própria).

Essa preocupação já aparece em Rousseau, na sua construção sobre o contrato social: "De fato, se não houvesse uma convenção anterior, a menos que a eleição se revelasse unânime, onde estaria a obrigação dos

maior parcela de uma população deva expressar a vontade de todo o povo. O que há é uma imputação, artificial e normativa, da vontade de uma parcela para o todo. Essa imputação só se legitima sob o pressuposto de uma aceitação anterior.

Mas a manifestação dessa vontade de associar-se não pode se dar senão passiva e tacitamente, pois qualquer manifestação ativa necessitaria, como vimos, da atuação de uma liderança, o que já implicaria certa diferenciação social. É o que Sieyès dirá apenas algumas linhas depois: "o ato da associação é então uma convenção tácita ou formal de reconhecer como lei a vontade da maioria dos associados", ³⁴. Começam a aparecer, então, sinais da aporia da fundação: o ato inicial, aquele que marca o começo absoluto e que significa a realização por excelência da democracia, não pode sequer ser concebido; a aceitação da vontade da maioria vem tomar o lugar da decisão unânime que não pode ser efetivada.

1.2 Democracia radical: o povo como fonte de poder e autoridade

A expressão "democracia radical" admite uma série de significados. Genericamente, pode-se dizer que ela diz respeito ao acúmulo de poderes e funções políticas em um único ator: o povo, visto como entidade coletiva. A característica radical dessa democracia consistiria na capacidade do povo de decidir de forma absolutamente livre sobre todos os assuntos referentes à vida em comunidade. Quando se fala aqui em capacidade, abrange-se dois aspectos, um relativo à força ou ao poder de decidir e impor essa decisão, outro relativo à prerrogativa ou direito de tomá-la.

Poucos autores efetivamente defenderam alguma variação da democracia radical como uma adequada forma de governo. Talvez Rousseau, com sua rejeição expressa do governo representativo e seu modelo de democracia direta, seja um dos mais célebres pensadores a defender esse esquema, de resto tão questionado. Motivos para a desconfiança perante uma versão absoluta da democracia não faltam; em primeiro lugar, porque a ideia de dar todo o poder ao povo e somente a ele rivaliza com uma importante tradição da filosofia política, preocupada com o "governo moderado" e a separação dos poderes; em segundo lugar, porque um poder absoluto, que não conhece freios e limites, pode ter como consequência um governo fortemente instável, imprevisível e, portanto, gerador de séria

menos numerosos se submeterem à escolha dos mais numerosos? (...) A lei da pluralidade dos sufrágios é ela própria uma instituição de uma convenção e supõe, ao menos por uma vez, a unanimidade." ROUSSEAU, op. cit., pág. 34.

³⁴ SIEYÈS, op. cit., loc. cit., tradução própria, grifo nosso.

insegurança – quando um dos principais objetivos do estabelecimento de um poder político centralizado deveria ser justamente a garantia da segurança dos cidadãos.

Uma teoria do poder constituinte originário que o posicione como fonte primária de toda espécie de ordem social parece fornecer, pelo menos implicitamente, o arcabouço conceitual necessário para uma interpretação radicalizante da democracia. Embora essa possa não ter sido a intenção de quem a formulou, o fato é que a consideração do povo como origem única não só do poder político, mas também do direito e de todas as normas jurídicas, pode levar a alguns paradoxos de difícil solução. O mais evidente diz respeito à tão discutida "falácia naturalista" denunciada por Hume: a derivação de uma norma – portanto, um deverser – de um mero fato – no caso, o exercício de um poder, independentemente de uma atribuição prévia de competência.

A seguir, veremos como esses temas foram abordados na filosofia clássica a partir da distinção entre poder e autoridade e, após, como o obscurecimento dessa diferença afetou a teoria do poder constituinte.

1.2.1 O significado da distinção entre poder e autoridade

A explicação mais recorrente para o surgimento da ordem jurídica, nas filosofias jurídica e política contemporâneas, é aquela que vê em uma única força – qual seja, o povo – a capacidade tanto para a ação política quanto para a criação *ex nihilo* do direito. O problema dessa construção é que, ao mesmo tempo em que ela entende o direito como uma ordem escalonada de supraordenação e subordinação, em que a capacidade de criação normativa se mede essencialmente pela atribuição de competência por um órgão – ou uma norma – de nível superior, ela precisa admitir que a primeira e mais importante norma seja criada por um órgão absolutamente incompetente. Nessa compreensão, a origem da ordem jurídica é um ato ele mesmo ilícito e, no limite, antijurídico.

Esse problema não era capaz de assombrar o pensamento político da Antiguidade. O povo podia ser visto, sim, como uma fonte de poder, uma força apta a provocar mudanças; porém, ele nunca seria igualmente fonte de todo direito, pois este era um elemento de estabilidade e permanência, anterior a qualquer atuação do povo. Sua origem era imemorial, tradicional e sua fonte era a própria ordem natural das coisas. Então, ao lado do poder, que residia no povo, colocava-se um segundo componente: uma autoridade institucional, responsável pela constante interpretação e atualização do direito.

Essa diferenciação entre as fontes de poder e de direito nos leva, assim, a uma distinção entre poder e autoridade, distinção essa que foi em grande parte esquecida pela filosofia política da atualidade. O resgate de algumas peculiaridades desses conceitos parece ser relevante nesse ponto de nossa análise.

A visualização da organização institucional da República Romana (509 a.C. – 27 a.C.) é bastante elucidativa na tarefa de distinguir as ideias de poder e autoridade. O povo, que se reunia em praça pública para discutir livremente e deliberar sobre as questões que concerniam à vida em comum daquela sociedade, era o responsável pela tomada das decisões políticas mais prementes e possuía, assim, o poder político. Já o senado, que estava longe de ter uma composição democrática, tinha por tarefa principal sancionar as leis votadas pelo povo e conferir-lhes validade, admitindo sua conformidade com um direito anterior de origem remota, o qual era revelado essencialmente pelos costumes. Essa instituição manifestava, através desse ato de sanção, não um poder, mas sua autoridade. Daí o conhecido brocado: *potestas in populo, auctoritas in senatu*.

A importância da existência dessa instituição, dotada de autoridade para validar o direito criado positivamente, não pode ser subestimada. Seu papel consistia em contrabalançar o poder do povo, que de outra forma poderia resultar em um arbítrio injustificável. Dessa forma, enquanto o povo poderia – pelo menos em tese – provocar as mais profundas modificações nas leis e na própria forma da existência e do convívio político, o senado estava ali para garantir a continuidade e a duração daquela comunidade³⁵.

Essa autoridade estava fortemente ancorada na tradição e se relacionava inclusive com ideias de hereditariedade e linhagem sucessória. Os senadores eram *pater familias* que "encarnavam" os seus ancestrais mais distantes, os quais eram, por sua vez, os primeiros pais: os legítimos fundadores de Roma³⁶. Na lição de Arendt, era essa "conexão direta" com a fundação do corpo político que conferia ao senado a capacidade de traduzir, ou trazer à vida, aquele direito imemorial que consistia – o direito em si, não um poder de criar o direito – na fonte primária de legitimidade³⁷.

A ligação que Arendt vê entre o elemento de *auctoritas* na república romana e o ato inicial de fundação decorre em muito de seu peculiar método fenomenológico de

Schmitt, Verfassungslehre, pág. 75: "Ao poder correspondem conceitos como soberania e majestade; autoridade, ao contrário, designa uma consideração que se relaciona essencialmente com o momento da *continuidade* e se refere à tradição e à duração" (grifo no original)

³⁶ "(...) más tarde se consideran todavia lós senadores como los representantes de esas antiguas unidades familiares, cuya agregación había constituído la ciudad. He aqui cómo se explica que la dignidad senatorial fuese vitalícia, no por efecto de la ley, sino por la fuerza misma de las cosas." MOMMSEN, Theodor. Historia de Roma I: de la fundacion a la republica. 6ª edição. Madrid: Aguilar, 1965. Pág. 101.

ARENDT, Hannah. On Revolution. New York: Penguin Books, 2006. Pág. 193.

compreensão dos fenômenos políticos³⁸. Ela procura encontrar na etimologia das palavras que utilizamos para designar esses fenômenos o significado mais profundo e prenhe de sentido de conceitos importantíssimos para a filosofia e o discurso políticos. Utilizando-se dessa metodologia, a autora destaca que o substantivo *auctoritas* deriva do verbo *augere*, que significa aumentar, acrescer³⁹. Mas qual poderia ser a relação entre a autoridade e o ato de aumentar?

É então que entra em cena a questão do início de um corpo político. "Aumentar" e "acrescer" nesse contexto só pode dizer respeito ao alargamento do próprio momento de fundação, aquele momento mítico que é constantemente rememorado, reiterado e reinterpretado. O senado romano, a cada vez que analisa a validade de uma nova lei, está reinterpretando o direito que se originou com a fundação e, em última análise, reinterpretando a própria fundação. Como o trabalho hermenêutico não é um trabalho passivo mas, ao contrário, bastante criativo, cada nova interpretação pode ser uma descoberta de um novo significado; cada novo significado representa, por sua vez, um acréscimo no significado original da fundação. Assim, a autoridade é exercida onde e quando um direito antecedente estiver sendo simultaneamente preservado e aumentado.

A autoridade do senado está justamente nessa dialética entre preservação e modificação. Se o poder do povo é uma força política capaz, sobretudo, de inovar e movimentar a sociedade a passos largos, o senado exerce o papel de garante da estabilidade e representante da tradição. Isso não significa, porém, uma aversão à mudança ou uma petrificação desse direito imemorial. Ele deve, ao contrário, ser adaptável e adaptado às evoluções por que passa o corpo político. Mas, para que não seja simplesmente abandonado ou ignorado, há uma autoridade institucional responsável por observá-lo e por evitar, dessa forma, a ocorrência de grandes rupturas.

³⁸ A questão da metodologia empregada por Arendt é bastante interessante, tendo sido alvo de grande controvérsia acadêmica. Segundo sua biógrafa, Elisabeth Young-Bruehl, Arendt teria dito a um estudante que o que fazia era uma espécie de fenomenologia, mas não à maneira de Hegel ou Husserl. Para compreender fenômenos políticos, "as palavras eram um bom lugar para começar, não porque a linguagem conceitual revele o fenômeno de alguma maneira direta, mas porque, como sustentava Heidegger, as palavras carregam o registro de percepções passadas, verdadeiras ou não, que revelam ou que distorcem." YOUNG-BRUEHL, Elisabeth. Por Amor ao Mundo: a vida e a obra de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997. Pág. 356.

³⁹ ARENDT, op. cit., pág. 193. Essa concepção sobre a etimologia de *auctoritas* não é pacífica. Benveniste concorda que o substantivo deriva do verbo *augere*, entretanto sustenta que o significado primordial do verbo não é o de acrescer, mas o de fundar, produzir algo novo. Daí que existiria, no caminho da evolução de *augere* para *auctoritas*, um termo intermediário: *auctor*, o autor, aquele que promove. Não parecem, entretanto, ser inconciliáveis as duas interpretações. Se, para Arendt, o ato de autoridade seria um acréscimo a algo que já existe, para Benveniste seria a própria criação – mas uma criação que "é privilégio dos deuses ou das grandes forças naturais, não dos homens." (BENVENISTE, Émile. <u>O Vocabulário das Instituições Indo-Europeias.</u> Vol. II. Campinas: Editora da UNICAMP, 1995. Pág. 151) Assim, ao Senado romano, não podendo ser autor absoluto de algo que é "privilégio dos deuses", resta a função de interpretar e aumentar o ato de criação.

Alguém poderá dizer que, apesar das eventuais vantagens de tal arranjo institucional, formado por um poder democrático e uma autoridade aristocrática, ele seria de todo incompatível com uma sociedade moderna baseada na igualdade de todos perante a lei. De fato, a ideia de uma reunião de notáveis, escolhida a partir de critérios de hereditariedade, não seria aceitável nem justificável nos contornos do Estado de Direito que conhecemos hoje – e já não o era há mais de dois séculos atrás, na época das revoluções liberais.

Mas o argumento de Arendt não se mostra por isso anacrônico, muito menos inútil. O que ela pretende mostrar é que, muito embora uma instituição nos moldes do senado romano hoje não faça mais sentido, há razões suficientes para a preservação da distinção entre poder e autoridade, o que pode ser feito a partir de um modelo institucional diferente do antigo e mais adequado às nossas concepções de direito e de política. Para reforçar o seu ponto, a autora utiliza-se do exemplo histórico da revolução americana.

Segundo Arendt, os "pais fundadores", como se costuma chamar os arquitetos da Constituição dos Estados Unidos da América, teriam estado muito atentos às lições dos antigos em matéria de política, principalmente os romanos. Ao imaginar qual seria o desenho institucional mais apropriado ao novo Estado que estava por ser criado, eles tinham consciência da necessidade de uma instituição que viesse a contrabalançar o poder do povo manifesto no parlamento e, assim, garantir o estabelecimento de uma república equilibrada, distante de uma democracia radical.

Só que essa instituição não poderia ser fundamentada em um estatuto pessoal de privilégios, já que uma das principais conquistas da revolução era justamente o "governo impessoal das leis" e a daí decorrente igualdade entre os cidadãos. A sua justificativa não residiria em quaisquer características pessoais de seus integrantes, mas única e simplesmente na ideia de preservação do direito e submissão às leis, principalmente à lei maior, que era a Constituição.

Assim foi que os fundadores dos Estados Unidos imaginaram o judiciário como protetor da Constituição. Eles forjaram esse "poder" de Estado de modo a ter competência não apenas para resolver querelas entre os cidadãos e entre estes e o poder público, mas também para, quando necessário, validar o direito infraconstitucional – em termos modernos, atestar a constitucionalidade das leis – de forma similar ao que os senadores romanos faziam ao verificar a compatibilidade de leis e decretos com os costumes e, enfim, com o direito imemorial.

Na verdade, o judiciário não seria uma sede de poder, mas de autoridade. É o que fica implícito no célebre artigo LXXVIII dos *Federalist Papers*, quando Hamilton afirma que

o judiciário "não influi nem sobre as armas, nem sobre o tesouro; não dirige a riqueza nem a força da sociedade, e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Pode dizer-se em verdade que não possui força nem vontade, mas apenas discernimento (...) ⁴⁰". Ora, uma instituição que "não possui força nem vontade" não dispõe exatamente dos meios que a tornariam capaz de tomar decisões políticas, ou seja, não dispõe de poder. Entretanto, isso de forma alguma significa que ela não tenha uma importância crucial no jogo político. Ela tem autoridade, entendida aqui como capacidade de decisão *jurídica*, o que lhe confere uma posição de destaque já nos artigos d'O Federalista.

A revolução americana, então, manteve viva a diferença entre poder e autoridade, o que representa, em última análise, uma distinção entre as fontes de poder e de direito. Isso teria sido possível, ainda segundo Arendt, porque o constituinte americano nunca teria se imaginado como origem ou criador absoluto de toda ordem jurídica⁴¹. Na verdade, a Constituição não vinha para criar o direito, mas para salvaguardar as "verdades autoevidentes" que já se fizeram constar da Declaração de Independência dos Estados Unidos. A criação de novas normas jurídicas através da Constituição não era senão uma espécie de mediação ou de tradução para os tempos modernos do antigo *law of the land* e dos direitos inatos e inalienáveis do homem.

Outro fator que parece ter influenciado na preservação dessa distinção foi o fato de a revolução americana não ter resultado em um esfacelamento da ordem social subjacente, a qual serviu então como substrato para a criação de uma nova ordem política. Considerando que o novo Estado a ser erigido viria a ser formado da junção de corpos políticos já existentes e bem estabelecidos, o que a Constituição fez foi criar um novo centro de poder localizado na União, sem que isso significasse uma destruição das unidades inferiores e suas respectivas ordens jurídicas. O direito, mesmo durante a revolução, continuou existindo e servindo como parâmetro para a ação. Assim, o momento constituinte nos Estados Unidos não se deu durante um "estado de natureza", um vácuo normativo de onde deveria surgir tanto o poder político quanto a ordem jurídica.

Essa ideia de "estado de natureza" foi muito mais influente na França revolucionária, onde a agitação política foi acompanhada de um forte abalo nas estruturas sociais. Isso pode ser percebido até mesmo observando quais foram as maiores inspirações doutrinárias de americanos e franceses: para aqueles, Montesquieu, dedicado principalmente à

⁴⁰ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. <u>El Federalista.</u> 2ª edição. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2001. Pág. 331 (tradução própria).

⁴¹ ARENDT, op. cit., pág. 148.

organização e ao equilíbrio dos poderes em um Estado já instituído; para estes, Rousseau, preocupado com o momento anterior à formação do corpo político e com a busca pela fonte – e não por mecanismos de controle – do poder. Claro, se a principal preocupação é modificar o titular de poder político e transferi-lo para o povo, a arquitetura constitucional passa a ser um tema secundário diante da importância dessa transição de um estado desestruturado e amorfo para a sociedade civil.

Após termos abordado os significados de poder e autoridade e as consequências institucionais dessa diferenciação na Roma antiga e na Revolução Americana, veremos a seguir como se deu o obscurecimento desses conceitos por ocasião da Revolução Francesa.

1.2.2 A confusão entre poder e autoridade na figura do poder constituinte

Justamente nas teorias sobre o poder constituinte, que tiveram reflexos importantíssimos no desenrolar da Revolução Francesa, a confusão entre poder e autoridade pode ser percebida de modo bastante claro. A hipótese que coloca o poder constituinte como origem absoluta de toda organização política, jurídica e social implica que não haja qualquer outra fonte distinta e anterior ao povo. É impensável a manutenção de uma autoridade institucional, relacionada com a duração e a permanência no tempo de uma comunidade e carregada com o peso da tradição, onde se pretende romper com o passado e dar início a uma história totalmente nova. Nessas condições, o único agente capaz de criar o direito é também o único responsável por validá-lo. O povo é, simultaneamente, *poder* e *autoridade constituinte*, portanto é fonte não apenas de todo o poder, mas também de todo o direito.

Além disso, se antes do momento constituinte não há qualquer norma ou instituição a organizar a convivência, essa nova comunidade poderá ter absolutamente qualquer formato que se possa imaginar, tudo a depender da vontade livre e soberana desse povo. O Estado, as instituições jurídicas e políticas, enfim, a ordem jurídica como um todo será livremente criada por esse poder, que vem praticamente para ocupar o lugar onde antes sentava o Deus onipotente. Essa posição lhe garante a liberdade de quaisquer amarras e, em última análise, a irresponsabilidade, uma vez que não há qualquer instância superior perante a qual ele possa ou deva responder.

A analogia teológica, que já foi mencionada no ponto 1.1.2, não vem sem razão. Sobre essa questão, vale mencionar novamente o raciocínio feito por Arendt. É nada mais do que natural, diz a autora, que um modelo de governo sofra influxos daquele que o antecedeu. Na França, havia um rei absoluto que governava em nome de Deus e que estava acima do

direito, ou melhor, que representava ele mesmo o próprio direito. Com a deposição dessa monarquia, buscou-se um substituto à altura, alguma figura que também tivesse a capacidade de colocar sua vontade acima de qualquer norma ou ordem instituída. Encontrou-se esse substituto na nação descrita por Sieyès⁴².

A desvinculação total da nação de normas pré-estabelecidas parece levar à conclusão de que o poder constituinte, do qual ela é titular, não estaria submetido a quaisquer limites. Se isso, por um lado, pode ser considerado como o aparecimento puro da democracia, como o exercício livre e soberano do poder do povo, por outro, esse poder ilimitado pode levar a resultados trágicos. Imaginar um poder sem limites, ainda que de titularidade legítima, é admitir que esse povo seria verdadeiramente incontrolável, dotado apenas de uma vontade que poderia redundar em arbítrio – no pior sentido da palavra. O absurdo dessa hipótese é facilmente percebido: em não havendo limites, aquele momento de fundação de uma comunidade política, que significa a manifestação por excelência da democracia, poderia resultar em uma Constituição que negasse a própria democracia.

O mais interessante é que essa consequência, embora pareça ser uma derivação lógica da colocação do poder constituinte do lado de fora de qualquer ordem instituída, não é aceita pelo próprio Sieyès. O tema da limitação do poder, aliás, é um capítulo importantíssimo de sua obra. O autor é não apenas um pensador da democracia e da legitimação popular, mas, sobretudo, do liberalismo e do Estado de direito. A distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, afinal, implica a submissão destes ao que foi determinado por aquele pela via da Constituição, esta sim dotada de soberania. A existência de uma Constituição escrita, rígida e hierarquicamente superior, que estabelece previamente o funcionamento dos órgãos instituídos no Estado e delimita também o âmbito de sua atuação, seria a principal garantia de um exercício racional e previsível do poder político – o que é, de resto, justamente o preconizado pelo movimento constitucionalista surgido com as revoluções liberais.

A obra do abade, então, não pode ser corretamente compreendida fora desse contexto, principalmente em se tratando do panfleto "O que é o Terceiro Estado?", escrito com intenções assumidamente políticas⁴³. Grande parte do pensamento da época girava em torno da doutrina liberal da limitação do poder estatal em prol da proteção da esfera de individualidade dos cidadãos – e o caso de Sieyès não foi diferente. Essa esfera, que deveria

⁴² ARENDT, op. cit., pág. 147.

⁴³ "Seus escritos, produzidos ao longo da experiência revolucionária, desenvolvem não apenas 'conceitos', mas também 'tomadas de posição', de tal sorte que sua compreensão demanda que se leve em conta o contexto político no interior do qual foram produzidos, assim como a preocupação sistemática que os atravessa." PASQUALE, op. cit., pág. 36.

ficar imune à ação intrusiva do poder público, consistia em todos aqueles direitos e liberdades necessários à realização do homem enquanto indivíduo independente e empreendedor: liberdade de crença, de manifestação do pensamento, de exercício profissional, etc.

Outro ponto que merece destaque em se tratando da doutrina liberal é a necessidade de segurança nas transações comerciais. Com o fim dos privilégios oriundos do sistema feudal e da racionalidade fundada no valor da terra e nos vínculos pessoais de dependência, a sociedade europeia passaria por profundas modificações nas relações econômicas. A divisão do trabalho e o empreendedorismo privado seriam cada vez mais característicos desse novo sistema. Em tal contexto, a segurança jurídica dessas trocas econômicas adquire uma importância dificilmente superestimada. O indivíduo não poderia ficar à mercê de leis instáveis resultantes do arbítrio de um governante, leis essas que poderiam ser fatais para o desenvolvimento e o progresso de seus negócios.

A democracia radical, a qual é sugerida pela confusão entre poder e autoridade na figura do poder constituinte, nunca foi defendida por Sieyès. Pelo contrário, além de ter um pensamento bastante liberal, ele pode ser considerado um republicano, sendo que "republicano" aqui denota uma preocupação com a representatividade, a limitação do poder e a separação do exercício das funções estatais⁴⁴. A sua concepção do governo representativo deixa bem claro que a nação não transfere para os representantes todos os seus direitos e toda sua capacidade de um *querer* político, mas apenas aquela parcela estritamente necessária para o governo das coisas comuns. Por outro lado, a delegação de competências retira do povo uma parte significativa, senão do próprio poder, pelo menos de seu exercício. De certa forma, nessa dinâmica entre atribuição e exercício de competências, a nação e seus representantes atuam de forma a limitar-se reciprocamente.

Entretanto, seu pensamento continha já o gérmen para doutrinas que pretenderam afirmar o poder ilimitado e ilimitável do povo soberano. Como coloca Francisco Ayala, "quando fala que toda nação deve ser livre, [Sieyès] oferece já – dentro de uma concepção democrática – a fórmula que havia de se elevar mais tarde contra o liberalismo, ao acentuar o aspecto popular e coletivo da liberdade em detrimento do individualismo". ⁴⁵ Essa leitura, ao

⁴⁵ AYALA, Francisco. Notas a "Que es el Tercer Estado?", op. cit., pág. 69 (tradução própria). No mesmo sentido, Ayala escreve na introdução à mencionada obra de Sieyès que "as consequências de doutrina tão arriscada não são imputáveis a seu autor; devem ser consideradas fruto de um processo histórico em que se encontram inseridos o autor mesmo e seu pensamento como surpreendentes premissas de uma situação cultural cuja expressão mais aguda – o totalitarismo – parece contradizê-las. O Estado totalitário poderia valer como sua

⁴⁴ SIEYÈS, Emmanuel. "Contre la ré-totale", in: PASQUINO, Pasquale, op. cit. Passagens no mesmo sentido também são encontradas no próprio "Que es el Tercer Estado?": "Em política, é a confusão dos poderes o que fará constantemente impossível o estabelecimento da ordem social sobre a terra (...)". SIEYÈS, Emmanuel. <u>Que es el Tercer Estado?</u> Op. Cit., pág. 92.

contrário do que possa parecer, não é uma interpretação forçada, mas decorre de algumas declarações bastante fortes feitas pelo autor, principalmente em "O que é o Terceiro Estado?".

"A nação", escreve Sieyès, "existe antes de tudo, é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a lei mesma. Antes dela e acima dela somente existe o direito *natural*". Vê-se nessa passagem uma igualação entre lei e vontade que – embora não tenha sido esta a intenção do autor – pode dar lugar a uma identificação do direito com o arbítrio do detentor do poder. Ora, se o único critério para a criação do direito é a vontade da nação, não há por que se esperar que as leis observem algum parâmetro de correção ou de justiça, tampouco que elas sejam uma garantia de segurança para os indivíduos, uma vez que serão tão mutáveis quanto o puder ser a própria vontade. A equiparação entre vontade e lei, em última análise, resulta na concessão de que o direito, em sua origem, não passa de um mero poder de fato.

Poder-se-ia argumentar, em sentido contrário, que a vontade da nação não pode ser arbitrária, pois ela resultaria de um meio-termo, de um ponto de equilíbrio entre as vontades individuais, estas sim extremadas e discrepantes. Afinal, como já dissera Rousseau, a vontade geral não pode errar⁴⁷. O problema da ideia de infalibilidade da vontade geral é que esse paradigma ignora as diversidades de opiniões existentes em toda sociedade humana. O respeito à pluralidade não é uma preocupação para essa versão da democracia, que atenta somente à opinião manifestada pela maioria.

À minoria resta somente admitir que estava equivocada, pois é um elemento essencial do pacto que todos aceitem a vontade geral como própria, ainda que ela seja distinta de sua vontade particular. Por isso é que ele só se justifica com base na decisão unânime em que cada um se submete livre e espontaneamente ao governo do todo. Isso é o que transparece quando Sieyès afirma que "o povo que vota à unanimidade não pode exercer uma soberania perigosa, pois cada indivíduo tem nessa hipótese seu veto pessoal". 48

Mas, como vimos em 1.1.3, a situação em que todos decidem à unanimidade não passa disto: uma hipótese. Na realidade, o que acontece não é uma manifestação expressa de concordância, mas uma aceitação tácita da vontade da maioria. Não se sustenta, então, o argumento de que cada um poderia exercer seu veto, numa circunstância em que não existiriam nem mesmo canais adequados para a expressão dessa opinião individual,

redução ao absurdo... A teoria do poder constituinte, formulada por Sieyès com um sentido democrático radical, pode ser invocada em sua integridade por qualquer outro regime político de base nacional." AYALA, Francisco. Introdução a "Que es el Tercer Estado?", op. cit., pág. XIX (tradução própria).

⁴⁶ SIEYÈS, Emmanuel. <u>Que es el Tercer Estado?</u> Op. cit., pág. 75 (tradução própria). Reforçando essa ideia, apenas algumas páginas depois o autor escreve que "a vontade nacional (...) não tem necessidade senão de sua realidade para ser sempre legal; ela é a origem de toda legalidade". Idem, ibidem, pág. 78 (tradução própria).

⁴⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. <u>Do Contrato Social</u>: princípios do direito político. Bauru: Edipro, 2000. Pág. 50.

⁴⁸ SIEYÈS, Emmanuel. "Limites de la Souveranité", op. cit., pág. 178 (tradução própria).

eventualmente discrepante das demais. Além disso, seguindo as consequências desse modelo, aquele que não deseja se submeter à vontade geral deveria ser forçado a fazê-lo, o que não significaria outra coisa senão forçá-lo a ser livre⁴⁹.

Não há como ignorar a proximidade disso com uma tirania da maioria. A democracia radical aparece, assim, como uma decorrência da falta de discernimento entre as fontes de poder e de direito; ou, ainda, da negação da existência de um direito capaz de impor limites à vontade originária do povo ou da nação, titular do poder constituinte. Mais uma objeção poderia ser feita aqui: Sieyès, de fato, menciona o direito natural como sendo anterior e superior à vontade da nação. Essa questão será abordada a seguir, em 1.2.3. Por enquanto, fica apenas a menção de que o direito natural, embora seja em tese uma substância jurídica superior a qualquer arbítrio ou poder, não possui eficácia enquanto não for interpretado e transmudado em direito positivo.

1.2.3 A confusão entre poder e autoridade na figura do representante

Constatamos, acima, o aparecimento problemático de uma versão radical da democracia em razão da confusão entre poder e autoridade na figura do poder constituinte. Esbarramos agora em novas dificuldades quando relembramos algo que já foi abordado na primeira parte deste trabalho. Uma multidão totalmente destituída de forma não pode transitar espontaneamente de uma situação em que não é nada mais do que uma somatória de indivíduos isolados para um estado de organização social, pois essa transição mesma já exige algum grau de estruturação. A multidão amorfa não tem a capacidade ativa para a ação política que a transformaria em unidade; sua capacidade é somente passiva. Há a necessidade de que alguém assuma a iniciativa para que, antes que seja tomada a decisão política fundamental, seja feita a pergunta fundamental. Ou seja, na prática, algum tipo de formação institucional, ainda que rudimentar, sempre antecede a criação do corpo político.

Essa questão da "pergunta fundamental" é muito bem explorada por Schmitt. Segundo o autor, não se pode esperar que o povo atue de forma construtiva, quer dizer, em prol da criação positiva de um corpo político, sem que exista um representante. Este será uma espécie de guia ou líder, que irá "arrecadar" a vontade do povo manifesta difusamente, processá-la, interpretá-la e devolvê-la ao mesmo povo, agora de forma clara e organizada. Essa devolução não pode ser feita de modo muito complexo, pois embora o povo tenha

⁴⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques, op. cit., pág. 39.

capacidade para decidir sobre sua própria existência, a sua aptidão para a ação ativa é apenas limitada; o que ele pode fazer é responder a uma pergunta colocada pelo representante, pergunta essa que admite apenas "sim" ou "não" como resposta⁵⁰.

A manifestação da vontade do povo através da atuação do representante é um ponto crucial da obra de Schmitt. Considerados o tamanho e a complexidade das sociedades modernas, não podemos mais imaginar que a política ordinária se realize de forma direta. Democracia se tornou praticamente sinônimo de democracia *representativa*. Ora, se isso é verdade no que toca à política de tempos normais, aos assuntos do dia-a-dia, tanto mais o é em relação à política extraordinária, que diz respeito ao momento em que as questões mais essenciais à existência de uma comunidade serão decididas. O momento constituinte significa, nesse sentido, política extraordinária por excelência — e também nesse momento será necessária a presença do representante.

Para utilizar uma metáfora, o esquema formulado pelo autor sugere que o povo só atinge a maioridade política através e em virtude mesmo da existência desse representante. Ele é que faz a intermediação entre multidão desorganizada e nação unificada e é, assim, responsável por canalizar e viabilizar a manifestação de vontade de povo. Ele tem a posição de uma autoridade institucional, na qual o poder do povo pode ser refletido. Esse poder, que sem a mediação de uma instituição não é senão uma potência latente, encontra no representante os meios para se atualizar. Em outras palavras, a transformação da vontade em lei – até mesmo na Lei Maior, a Constituição – apenas se dá por intermédio dessa autoridade.

O fato da distinção entre titularidade do poder constituinte e exercício desse poder é muito bem percebido por Ferreira Filho. Diz o autor: "O reconhecimento de que o povo é o titular do poder constituinte pouco esclarece quanto ao exercício deste mesmo poder. Quer dizer, o povo pode ser reconhecido como titular do poder constituinte, mas não é jamais quem o exerce. É ele um titular *passivo* ao qual se imputa uma vontade constituinte sempre manifestada por uma *elite*". Essa ideia também fica clara em Carl J. Friedrich, ao afirmar que o poder constituinte é sempre exercido por um grupo de pessoas que, mesmo abrangendo uma parte dos governados, nunca se confundirá com o povo como um todo. ⁵² A manifestação da vontade, então, é uma tarefa tipicamente exercida pelo representante ou representantes.

Feitas essas observações, vislumbra-se, aparentemente, a volta da distinção entre poder e autoridade, esta com sede na instituição representativa, aquele com sede no povo.

⁵¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Constituinte. Op. cit., pág. 31.

-,

⁵⁰ SCHMITT, Carl. Verfassungslehre. Op. cit., pág. 83-84.

⁵² FRIEDRICH, Carl J. <u>Gobierno Constitucional y Democracia</u>. Tomo I. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1975. Pág. 276.

Porém, é importante relembrar que a noção de autoridade, pelo menos como imaginada no contexto da república romana e supostamente retomada pelos "pais fundadores" dos Estados Unidos, relaciona-se com a existência de uma tradição jurídico-social já estabelecida e a vigência de um direito de longa data, não com a criação do direito a partir de um vácuo. O representante que tira o povo do "estado de natureza", por outro lado, parece estar fazendo exatamente isto, quer dizer, não está validando as decisões do povo com base em uma ordem jurídica pré-existente, mas sim está concebendo uma ordem absolutamente nova.

Não há como, nessas circunstâncias, manter uma diferenciação entre as origens de poder e de direito. Na hipótese do povo amorfo, que tomava espontaneamente a decisão política sobre a forma e modo de sua existência e criava assim toda ordem jurídico-política posterior, ele – o povo – era simultaneamente o único poder e a única autoridade. Mas, ao observarmos que a atuação do povo enquanto tal só pode ser passiva, constatamos a necessidade da interposição de um representante. As fontes de poder e autoridade facilmente continuarão fundidas, só que agora não mais no povo, mas na figura desse representante. O poder do povo se esvazia em função da atuação positiva de uma autoridade que chama para si todas as competências originárias, justamente no momento crítico da fundação de uma comunidade política. Novamente citando Ferreira Filho, o representante, que é o "ativador do poder", "muitas vezes se sente ou se pensa dono do poder"⁵³.

Esse foi, para Arendt, o resultado prático da indiferenciação entre poder e autoridade na linha de pensamento que deu suporte filosófico à revolução francesa. O povo deveria erigir tudo do nada, pois se estava rompendo com todo o direito e todas as instituições anteriores. Só que esse povo, para agir de forma construtiva, precisava de representantes extraordinários, dos quais talvez Robespierre tenha sido a figura mais ilustrativa. Em certo momento, esses representantes já pareciam encarnar a própria revolução; sua vontade privada confundia-se, ou melhor, constituía a própria vontade geral. Daí a chegar-se ao "Terror", a mais pura demonstração do arbítrio realizado "em nome do povo", não era necessário um passo muito grande.

Alguém poderia objetar que a invocação do direito natural, já feita de forma explícita por Sieyès, serviria como limitação desse eventual arbítrio, uma vez que até mesmo a nação todo-poderosa estaria a ele submetida. Sem dúvida esse era o argumento defendido pelo abade e a ideia que presidiu a elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Entretanto, a concepção tipicamente francesa de direito natural – do qual

 $^{^{53}}$ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, op. cit., pág. 217.

derivaria a noção de liberdades públicas - fazia-o quase que inteiramente dependente da lei positivada pela vontade geral; é dizer, o direito natural e os direitos individuais seriam aqueles que fossem reconhecidos como tal pela lei. A garantia do cidadão francês, então, não eram os direitos em si, mas os princípios da legalidade e da reserva de lei. Estes sim eram capazes de limitar a atuação do Estado, embora apenas na sua vertente de administrador, pois a vontade geral expressa na lei (e, com mais razão, na Constituição) seria soberana.⁵⁴

Ademais, o grau e a forma de limitação oferecidos pelo direito natural dependem quase que inteiramente da interpretação que se dá a esse direito não escrito, não positivado e teoricamente acessível somente pela razão. Se a interpretação do direito positivo já enseja grandes debates e incertezas, com mais razão isso se dará em se tratando do direito natural. Não será a nação como um todo que terá capacidade para decidir qual é a interpretação mais correta e vinculante⁵⁵. Isso será feito por uma autoridade institucional que disponha dos meios necessários à imposição de sua decisão. Em não havendo apenas uma resposta correta, não se trata de uma questão de verdade, mas de opinião e, em última análise, de decisão política. Como diz a célebre frase de Hobbes: "Auctoritas, non veritas facit legem"⁵⁶.

A decisão sobre a interpretação do direito natural, assim, é a própria decisão soberana, uma vez que ela é irresponsável, no sentido de não estar submetida ao julgamento de uma instância superior. Essa conclusão, que decorre da ideia hobbesiana de Leviatã, é facilmente transportável para a teoria de Sieyès, pelo menos na medida em que seja levada a sério a sua igualação entre vontade da nação e lei.

Sobre o brocado latino citado acima, é digno de menção o comentário de Schmitt: "nesse enunciado *auctoritas* não significa e.g. uma autoridade de um ordenamento pré-estatal; mesmo a distinção entre auctoritas e potestas (...) desaparece integralmente na decisão soberana. Ela é summa auctoritas e summa potestas ao mesmo tempo."57 Schmitt conhece

⁵⁶ HOBBES, Thomas, op. cit.

⁵⁴ Essa é a interpretação de Zagrebelsky a respeito da separação conceitual entre lei e direitos na tradição francesa. Comentando a distinção dessa concepção para aquela esposada pela revolução americana, o autor afirma que "a diferença entre as declarações norte-americana e francesa deriva da circunstância histórica de que, naquela, os direitos eram considerados não como uma obra do legislador, mas como uma realidade a se preservar dos riscos que teriam podido surgir caso se tivesse adotado uma cláusula como a sovereignity of the Parliament (...)". ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia. 7ª edição. Madrid: Editorial Trotta, 2007. Pág. 55 (tradução própria).

⁵⁵ "O direito natural, única instância superior à nação, ainda admitido, não é um direito que aceite formulações concretas, e está por isso, mais do que nenhum outro, sujeito à servidão das interpretações." AYALA, Francisco de. Introdução a "Que es el Tercer Estado?", op. cit., pág. XIX.

⁵⁷ SCHMITT, Carl. "Sobre os três tipos de pensamento jurídico", tradução de Peter Naumann, in: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito. São Paulo: Max Limonad, 2001. Pág. 181

muito bem e reconhece a importância dessa distinção nos clássicos, tendo inclusive dedicado uma nota de rodapé bastante longa e significativa de sua Teoria da Constituição ao tema⁵⁸.

Entretanto, por mais curioso que possa parecer, no corpo do texto a que essa nota de rodapé se refere o autor trata justamente do poder constituinte e o define como "a vontade política, cujo poder ou autoridade está em condições de tomar a decisão concreta sobre o tipo e a forma da própria existência política"59. Ou seja, aqui também não há mais diferença entre poder e autoridade, como se essa sutileza conceitual se tivesse perdido na antiguidade e não fosse mais possível na filosofia política moderna inaugurada por Hobbes, em cuja tradição Schmitt se vê inserido.

1.3 Revolução, estado de exceção e movimento perpétuo

As ideias de poder constituinte e democracia radical estão muito associadas à revolução. É muito difícil conceber a situação original em que as pessoas, vivendo em uma situação totalmente desprovida de leis e instituições, decidem conscientemente sair desse "estado de natureza" e constituir um corpo político. Se isso algum dia efetivamente ocorreu, está em um passado muito remoto e desconhecido. O que faz parte da história recente e pode ser mais bem compreendido são as situações em que um Estado constituído se encontra em profunda crise; nesse contexto, o povo, descontente com as instituições vigentes, age no sentido de destruí-las, de certa forma revogando a Constituição com o intuito de criar uma nova ordem jurídica.

Estudaremos nesse item temas relacionados ao poder constituinte revolucionário, iniciando pela distinção entre revolução social e revolução jurídica.

1.3.1 Os significados jurídico e social da revolução

À palavra revolução podem ser atribuídos diversos sentidos. Antes de ser utilizada como sinônimo de um movimento político, jurídico e/ou social, ela teve seu uso consagrado no âmbito das ciências naturais, a partir da publicação da obra-prima do astrônomo Nicolau Copérnico, De revolutionibus orbium coelestium (Das revoluções das esferas celestes), em 1543. Seguindo a ideia da astronomia de que a revolução consistiria em uma volta completa

Idem. <u>Verfassungslehre.</u> Op. cit., pág. 75-76.
 Idem, ibidem, pág. 75 (tradução própria, grifo nosso).

que, ao final, retornaria ao ponto de início, o termo foi transportado para as ciências sociais para significar uma restauração, um retorno ao *status quo ante*.

Somente no contexto das revoluções liberais modernas foi que a revolução passou a ser compreendida como uma transformação ou modificação profunda, até mesmo como uma ruptura com o passado, exatamente em sentido oposto ao que seria uma restauração. Ainda assim, não se pode dizer que ela tenha adquirido um sentido unívoco, sendo certo que se podem identificar ao menos dois significados: um jurídico e um social.

Ferreira Filho deixa bastante claro que a revolução, enquanto fenômeno jurídico, significa simplesmente a modificação da Constituição fora dos canais por ela previstos⁶⁰. Pouco importa para essa caracterização que tenha ou não havido modificações outras, nos campos social, político e econômico. Já a revolução enquanto fenômeno social significa justamente essa alteração mais profunda nas bases da sociedade, geralmente acompanhada de modificações importantes no regime econômico, nas relações de poder e eventualmente até nos valores morais, religiosos e nos costumes que regem tal comunidade.⁶¹

Historicamente, parecem ter ficado mais consagradas as revoluções que foram a um só tempo sociais e jurídicas, ou seja, modificações de uma infraestrutura social que ocasionaram uma alteração revolucionária da Constituição – é dizer, sem observância dos procedimentos nela própria previstos. Esse foi o caso da Revolução Francesa, um movimento que originou uma série de documentos constitucionais (1791; 1793; 1795) e veio acompanhado de uma ampla reestruturação da sociedade francesa, com o fim dos privilégios de classe oriundos do antigo regime e o desenvolvimento de um regime econômico liberal.

Mas há também exemplos históricos de revoluções que não deram causa imediata a uma alteração constitucional ou que não podem ser diretamente relacionados a uma mudança normativa desse tipo. É o exemplo do que se convencionou chamar revolução industrial, um longo processo de industrialização, modernização e modificação de regime econômico que se iniciou na Grã-Bretanha na segunda metade do século XVIII e durou pelo menos sessenta anos, tendo se espalhado pela Europa e para além dela.

Não há um marco histórico específico para qualificar essa revolução de jurídica, ainda mais considerando que seu foco ocorreu na Inglaterra, país que não possui uma Constituição escrita que se pudesse simplesmente derrubar e substituir por outra. Isso já

⁶⁰ FERREIRA FILHO, op. cit., pág. 38

⁶¹ Carl Friedrich, tratando do tema das revoluções, menciona que, quando elas não se limitam a mudanças na esfera governamental, "podem resultar insondáveis, incalculáveis e incompreensíveis, para todos menos para aqueles que tenham sido 'arrebatados pelo espírito'". FRIEDRICH, Carl J. <u>Gobierno Constitucional y Democracia</u>. Tomo I. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1975. Pág. 299.

demonstra a grande diferença desse evento para com a Revolução Francesa. Entretanto, a ausência de uma modificação constitucional em nada justificaria que se negasse a característica revolucionária desse processo; como afirma Hobsbawn, "se a transformação rápida, fundamental e qualitativa que se deu por volta da década de 1780 não foi uma revolução, então a palavra não tem qualquer significado prático".

É claro que para este trabalho o mais interessante é a análise da revolução enquanto fenômeno jurídico, até porque essa ocasião da queda e inauguração de uma nova ordem constitucional é justamente o momento de atuação do poder constituinte. Mas a atenção à revolução social que eventualmente esteja por trás desse movimento de renovação constitucional também pode ser de relevo, principalmente porque são as forças sociais que irão determinar o sucesso ou o fracasso da nova Constituição.

Pode-se fazer a seguinte relação entre revolução social e revolução jurídica: em uma comunidade que passa por rápidas e profundas modificações, a chance de sucesso de uma nova Constituição depende muito da estabilização dessas forças sociais, econômicas e políticas que lhe servem de substrato. Voltando ao exemplo da Revolução Francesa, pode-se dizer que suas primeiras Constituições falharam – algumas duraram cerca de dois anos e outras nem sequer chegaram a viger – porque a sociedade, ainda em ebulição e em movimento, não era capaz de lhe dar suporte.

A hipótese que se ventila aqui guarda relação com o argumento de Hannah Arendt em sua obra já mencionada neste trabalho, "Sobre a Revolução". Para a autora, o desejo de iniciar do zero uma nova vida em comunidade, sem vínculos quaisquer com o passado, gerou uma desestruturação tal na sociedade francesa que esta ainda demoraria muito tempo até conseguir erigir um governo democrático estável, o que era um dos motes da revolução. Antes disso, o "novo" país passaria por um governo com feições totalitárias – o "Terror" jacobino –, um governo autoritário – sob a figura plebiscitária de Napoleão – e até mesmo uma restauração monárquica.

Fazendo-se uma comparação com o caso da Revolução Americana, percebem-se diferenças sociológicas importantes, que possivelmente tiveram grande influência nos rumos que tomaram as histórias constitucionais desses países. Enquanto a França vivia um momento de crise e de grande indefinição em relação a como se construiria o novo jogo político, os Estados Unidos da América, ao decidirem pela elaboração de um documento constitucional que unificasse em uma federação as treze colônias da Nova Inglaterra, já viviam um período

 $^{^{62}}$ HOBSBAWN, Eric.
 <u>A Era das Revoluções</u>. São Paulo: Paz e Terra, 2011. Pág
. 60.

de grande estabilidade econômica, social e cultural. De fato, as colônias, além de possuírem sistemas de governo local de diferentes complexidades, já tinham leis e costumes bastante arraigados, que eram responsáveis pelo bom andamento e funcionamento da vida em comunidade.63

Outro fator que provavelmente influenciou na estabilização da sociedade americana foi a cultura de respeito a um direito anterior de longa data. Os próprios contratos de colonização assinados com a coroa britânica, que já previam a possibilidade de criação de governos e leis locais, estabeleciam que estes não poderiam contrariar o commom law inglês. Isso serviria como uma garantia para os emigrados, ainda cidadãos ingleses, frente aos novos poderes adquiridos pelos concessionários de terras, que de detentores privados de uma propriedade passaram a autoridades políticas locais.⁶⁴ Ou seja, desde o início dessa comunidade esteve sempre bastante presente a ideia de que havia um direito anterior e superior à vontade transitória e mutável do povo.

Mesmo com a declaração de independência da Inglaterra e a elaboração de um documento constitucional para reger aquela nova sociedade, nunca se cogitou da hipótese de que o constituinte estaria alheio a quaisquer vinculações de ordem jurídica. Pelo contrário, antes de ser um criador, ele era um realizador do direito, como que um tradutor para uma linguagem explícita de uma ordenação que sempre existiu, mas simplesmente não havia sido escrita. Diz-se inclusive que essa cultura de respeito ao direito teria sido um elemento que favoreceu o surgimento do controle de constitucionalidade naquele país. 65

Nada disso pretendia-se modificar com o advento da nova Constituição. A revolução, muito mais do que uma mutação nas bases sociais do país que estava para ser criado, foi uma expressão da vontade das colônias de se unificarem em torno de um governo central. Foi, pois, um pacto federativo, que aliás muito se preocupou com a conservação das formações e dos centros de poder locais. Não teve, assim, a revolução um caráter destrutivo, no sentido de extinguir alguma estrutura que se considerasse danosa para a consecução de seus objetivos – como aconteceu, por exemplo, com o sistema de privilégios do Ancién Regime na França – mas muito mais um caráter construtivo, fundado na ideia de que se estava ali para erigir uma obra comum.

⁶³ Esse é, aliás, o grande mote da análise de Tocqueville a respeito da democracia nos Estados Unidos da América: TOCQUEVILLE, Alexis de. A Democracia na América: leis e costumes. São Paulo: Martins Fontes,

⁶⁴ MATTEUCCI, Nicola. <u>Organización del Poder Y Libertad.</u> Madrid: Editorial Trotta, 1998. Pág. 178-182.

⁶⁵ Essa é a interpretação de Cappelletti, ao afirmar que um dos precedentes mais próximos do *judicial review* norte-americano foi a doutrina de Sir Edward Coke a respeito da supremacia do common law sobre o Parlamento. CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. 2ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. Pág. 57 e seg.

De toda sorte, houve uma revolução em sentido jurídico, que culminou exatamente na construção de um documento constitucional, o qual passaria a servir como novo fundamento de validade para todo o direito já existente. À diferença dos diversos documentos constitucionais erigidos na França desde a eclosão da Revolução, a Constituição dos EUA encontrou na relativa calmaria em que se encontrava a sociedade norte-americana um substrato favorável ao seu sucesso quase que imediato e à sua estabilidade e duração no tempo.

1.3.2 O problema da eficácia do poder constituinte

Uma importante discussão no âmbito da ciência jurídica, que atingiu seu ápice com o sucesso das doutrinas chamadas positivistas, é aquela a respeito do cabimento ou não de se levar em consideração, quando do estudo do direito, análises relativas à realidade dos fatos. Mesmo as teorias mais extremistas no sentido da necessidade de se "purificar" a ciência do direito encontram dificuldades em levar a cabo essa tarefa quando o assunto é justamente aquele tratado aqui: a revolução e o poder constituinte. Por mais que se pretenda defender que normas se relacionam única e exclusivamente com outras normas, é inegável que a consideração da eficácia social de um mandamento jurídico (ou, em sentido mais amplo, de um ordenamento) possui relevância na constatação de sua validade.

Para tratar da questão da eficácia, partiremos do recém mencionado significado *jurídico* da palavra revolução: a queda de uma ordem jurídica, ou ao menos de sua peçachave, a Constituição. A construção kelseniana, com sua organização piramidal do direito, pode ser muito elucidativa nesse ponto. Como sabemos, a colocação da Constituição no topo da pirâmide está para mostrar que ela é o fundamento de validade de todas as normas inferiores — leis, decretos, portarias, sentenças, etc. Quando essa lei fundamental perde vigência, em tese, todo o prédio desaba, por ausência de base que lhe dê sustentação.

Diz-se em tese porque, na verdade, a queda de uma Constituição não significa necessariamente que toda a ordem jurídica deixará de viger de forma automática. Um ponto crucial da teoria pura de Kelsen, aliás, é justamente esse que diz respeito aos requisitos mínimos para a vigência de uma norma. Se, de um lado, uma norma é válida porque decorre de outra norma superior que lhe justifica, de outro, a sua vigência, é dizer, a sua obrigatoriedade enquanto dever-ser, depende de certa eficácia factual. Ou seja, uma norma é

válida *porque* encontra fundamento em uma norma superior, mas vige *se e somente se* for minimamente eficaz⁶⁶.

A importância dessa questão da eficácia não pode ser subestimada. Muito se discutiu no âmbito da teoria do direito a seu respeito, já que Kelsen aparentemente construiu um paradoxo ao admitir que um dever-ser depende de um ser – fazendo assim uma confusão que parece ser justamente o que ele procura evitar na Teoria Pura. Seguindo a explicação do próprio autor, o paradoxo é apenas aparente, porque se deve fazer uma distinção entre fundamento de validade (que será sempre uma norma) e condição de validade (que será, apenas aqui, um fato).

Não é o momento para aprofundar essa discussão⁶⁷. O fato é que, com essa distinção entre fundamento e condição de validade, a teoria kelseniana acaba permitindo que os dois elementos sejam analisados e verificados separadamente. De um lado, uma norma pode ser formalmente válida e não gozar de nenhuma eficácia social, caso em que ela não terá vigência; de outro, pode acontecer exatamente o contrário, ou seja, uma norma funcionar como orientadora de condutas sem que tenha um fundamento válido em outra norma.

Essa última situação, embora em longo prazo não seja sustentável, pode se realizar justamente no caso da cessação da vigência de uma Constituição. A queda de uma Constituição, como já foi dito, não implica necessariamente a derrubada automática de toda a ordem jurídica. Isso é assim porque o fato de as relações de poder não serem mais regidas por um documento constitucional não significa que todas as normas inferiores deixarão imediatamente de ser observadas. As trocas civis e comerciais, por exemplo, muito provavelmente continuarão a ser regradas pelas normas de direito privado desde sempre válidas e permanecerão, assim, vigentes, ainda que não possam mais ser referidas a uma lei maior.

Em outras palavras, muitas das normas dos degraus intermediários e inferiores da pirâmide continuarão a viger, em virtude de não terem perdido eficácia social, quando da deposição da Constituição, a qual teoricamente funcionaria como fundamento para toda a ordem jurídica. A revolução em sentido jurídico, então, não significa um câmbio em todas as normas de um ordenamento. Pelo contrário, conhecemos exemplos históricos de códigos civis

⁶⁷ Sobre o assunto, ver: ALEXY, Robert. <u>Conceito e Validade do Direito.</u> São Paulo: Martins Fontes, 2009. Pág. 101-147; SIQUEIRA PONTES, José Antônio. <u>Hans Kelsen e o Monumento da Razão Pura: uma análise do conceito de validade jurídica.</u> Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2002. Pág. 61-70.

^{66 &}quot;(...) a validade de dever-ser de uma norma jurídica se não identifica com a sua eficácia da ordem do ser; a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são – tal como o ato que estabelece a norma – condição da validade. Tal eficácia é condição no sentido de que uma ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular já não são consideradas como válidas quando cessam de ser eficazes." KELSEN, Hans. <u>Teoria Pura do Direito</u>. 8ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Pág. 236.

bastante estáveis e duradouros que perpassaram diversas constituições e estão até hoje vigentes – é o caso, por exemplo, do *Code Napoléon* francês e do *Bürgerliches Gesetzbuch* alemão.

O que constitui propriamente a revolução é a troca da norma que se encontra no topo da pirâmide, venha isso ou não acompanhado de uma mudança efetiva no restante do ordenamento. Quando uma nova Constituição entra em vigor, toda aquela legislação que não tiver sido expressamente revogada, não for materialmente incompatível com ela nem tiver perdido eficácia adquire um novo fundamente de validade. Esse mecanismo, ao qual se denomina recepção, realiza uma operação de inversão lógica na ordem cronológica das coisas: coloca em primeiro lugar, como origem e fundamento de tudo, uma Constituição que em verdade é posterior ao restante da ordem jurídica.

A questão da eficácia, em uma leitura superficial, pode passar despercebida da obra de Kelsen, como se fosse um assunto de menor importância. Entretanto, esse ponto é crucial, pelo menos para o presente trabalho, pois diz respeito diretamente ao problema da fundação do direito e, em última análise, da sua legitimidade. Se tirarmos o foco da legislação infraconstitucional e voltarmos nossa atenção para a própria Constituição, deveremos enfrentar uma série de perguntas no que toca à relação entre validade e eficácia: o que significa, afinal, falar em queda de uma Constituição? O que – ou quem – determina que ela esteja ou não vigente? O que – ou quem – lhe confere legitimidade, autoridade e força normativa?

Sendo uma Constituição a lei mais alta em determinado território, é evidente que ela não poderá extrair sua normatividade ou obrigatoriedade de uma norma superior, pelo menos não de uma positiva. Kelsen mesmo, que estava muito ciente desse problema, construiu para solução desse enigma lógico a ideia de *Grundnorm* – a norma fundamental, hipotética ou pressuposta, que serve para dar fechamento ao sistema escalonado e determina simplesmente que a primeira Constituição histórica deve ser respeitada. Todas as demais normas positivas decorrerão desse primeiro documento normativo.

Entretanto, a colocação de uma norma hipotética no topo do sistema na verdade apenas disfarça o problema central, que está em saber qual a influência da realidade dos fatos na "vida" da norma. A validade de um dever-ser (sollen) jurídico, como já se mencionou, tem uma relação bastante íntima com os acontecimentos do âmbito do ser (sein), inclusive com os efeitos não-normativos produzidos pela própria norma em questão. Isso pode ser mais bem percebido justamente em se tratando da Lei Maior, o que, aliás, torna o problema ainda mais grave.

Uma ordem constitucional que seja globalmente eficaz pode-se considerar vigente. Essa observação independe de saber se a Constituição foi posta diretamente pelo povo – se é que isso seria possível –, por representantes extraordinários democraticamente eleitos ou ainda por algum detentor não-democrático de poder, uma elite política ou mesmo algum órgão estrangeiro. Se ela estiver sendo observada, seja quem for o seu autor, é sinal de que sua vigência não está sendo contestada. Mas o simples fato da vigência significa ou constitui por si só a legitimidade dessa ordem constitucional?

Em princípio, não. Conforme visto anteriormente, a ideia amplamente aceita de que o poder constituinte tem por único titular legítimo o povo leva a crer que somente a Constituição erigida por esse autor gozaria de autoridade e força normativa. É exatamente esse o ponto principal das teorias sobre o poder constituinte, que foram forjadas em uma época em que uma parcela da população, antes excluída do poder político, agora buscava participar desse poder. A maneira que encontrou para isso foi recusar a submissão ao poder do monarca e substituí-lo por um princípio democrático, propugnando pela ideia de identidade entre governantes e governados. ⁶⁸

Diversos autores se contrapõem a Kelsen nessa questão a respeito do fundamento de validade de uma Constituição. Afirmar que a Constituição vale porque deve valer, sendo que em algum momento a regressão a uma norma superior necessariamente precisa ser interrompida, em última análise não difere muito de dizer que ela vale porque vale. É o que aponta Schmitt ao dizer expressamente que a pirâmide kelseniana confunde validade com eficácia, incorrendo assim justamente no paradoxo que toda a Teoria Pura procura evitar⁶⁹.

Para escapar dessa confusão e recusar legitimidade a uma ordem constitucional que, ainda que eficaz, não tenha sido posta democraticamente, Schmitt apresenta uma alternativa. Ela consiste em colocar, no lugar de uma norma fundamental, um sujeito capaz de tomar uma decisão. Não uma norma fundamental, mas uma decisão fundamental – eis um dos principais aspectos do que ficou conhecido como o pensamento decisionista do autor em questão. Esse sujeito só pode ser o povo, porque ele é o único que pode simultaneamente

⁶⁸ Na verdade, a identificação do liberalismo da época das revoluções com a democracia não é nada óbvia; o princípio democrático, que funda a noção de poder constituinte como a conhecemos hoje, foi atrelado às principais reivindicações da burguesia como forma de fazer frente à monarquia e aos privilégios de classe, mas em princípio não é constitutivo da doutrina liberal clássica. "No geral, o burguês liberal de 1789 (e o liberal de 1789-1848) não era um democrata mas sim um devoto do constitucionalismo, um Estado secular com liberdades civis e garantias para a empresa privada e um governo de contribuintes e proprietários." HOBSBAWN, op. cit., pág. 106-107. No mesmo sentido, Schmitt frisa a diferença e até mesmo a contraposição entre os princípios democrático e liberal-burguês. SCHMITT, Carl. <u>Verfassungslehre</u>. Op. cit., pág. 233 e 309.

⁶⁹ "Diferentemente de outras espécies de validade, a validade 'positiva' da lei é necessariamente sempre algo efetivo, algo que pode ser realizado de forma coercitiva pelo poder humano, faticamente e sem mediações." SCHMITT, Carl. "Sobre as três formas do pensamento jurídico", op. cit., pág. 188.

vincular-se e preservar-se enquanto entidade livre e autônoma. Há controvérsias, porém, sobre se essa posição schmittiana seria realmente capaz de solucionar o problema da eficácia apontado na teoria de Kelsen.

Essa capacidade de autovincular-se, que parece ser ínsita à natureza política do homem, já havia servido como fundamento para as teorias do contrato social que, como vimos, foram de certa forma precursoras da teoria do poder constituinte. Em Sieyès, o povo – ou a nação – adquire uma feição unificada. A origem dos corpos políticos deixa de ser vista como um contrato plurilateral em que as diversas partes negociam seus direitos e deveres e chegam a um compromisso, um acordo. O que se imagina agora é um ato unilateral levado a cabo por uma entidade coletiva, na qual todos os membros do corpo político estão simultaneamente contidos. De qualquer forma, continua presente a ideia de que esse corpo só poderá vincular-se por decisão própria.

Em Schmitt, a versão de Sieyès adquire um aspecto mais voltado a um existencialismo. Isso significa dizer, em princípio, que a simples existência de um povo em determinado território, o *fato* ou o *ser* dessa existência já justificariam a sua capacidade de dar-se uma Constituição e, em consequência, o próprio conteúdo dessa Constituição. O seguinte trecho deixa isso bastante claro: "A decisão política (...) que forma a substância da Constituição vale porque a unidade política, de cuja Constituição se trata, *existe* (...)" ⁷⁰.

Essa visão bastante peculiar do autor faz surgir uma questão: a existência de uma unidade política – o que, em princípio, é apenas um fato – confere por si mesma *um direito* ao povo de tomar a decisão política fundamental? Há uma justificativa propriamente jurídica para esse tipo de atuação? Ou o povo é simplesmente aquele que terá mais chances de impor sua vontade, em virtude de sua maior força de persuasão e de coação?

Em última análise, essas perguntas dizem respeito não à capacidade fática de o povo definir a sua Constituição, mas à capacidade jurídica, à competência ou ao direito de impor um edifício normativo. Considerando que o fundador de uma ordem jurídica não pode remeter sua atuação a uma autoridade ou instituição superior, já que ele é o novo criador, ele se encontra num ponto nodal entre juridicidade e antijuridicidade. Ou seja, esse autor trabalha necessariamente de forma ilegal, pelo menos em se tratando de direito positivo. A fonte de legalidade ou de legitimidade de sua ação, se é que ela existe, deverá ser buscada por outro caminho.

⁷⁰ SCHMITT, Carl. <u>Verfassungslehre</u>. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. 9ª edição, pag. 87 (tradução própria).

É então que surgem as diversas interpretações da obra de Schmitt. Para Hermann Heller, as suas teorias enveredam necessariamente para uma exacerbação do mero fato em detrimento de quaisquer considerações jurídicas⁷¹. Nem esse povo, que talvez não se possa saber quem é⁷², nem um seu representante poderiam reclamar para si um direito de criar a ordem jurídica, pois o fato isolado da sua existência não lhes agrega nenhum valor e não lhes retira do campo do ser. O decisionismo de Schmitt seria meramente arbitrário e significaria uma transformação da vontade pura em direito positivo. No extremo, poderia se chegar a um irracionalismo e a uma afirmação da superioridade da força em relação ao direito.

Outra é a interpretação feita por Barzotto. Para o autor, não só a norma, mas também a decisão (aí incluída, talvez como exemplo principal, a decisão política fundamental tomada pelo poder constituinte) tem caráter jurídico, porque ela opera uma mediação entre um princípio ou uma ideia de direito e a realidade concreta, conforme o seguinte esquema: "princípio/ideia > forma jurídica > situação concreta". Nesse sentido, o povo que funda uma ordem jurídica não está criando absolutamente todo o direito, mas está tornando uma ideia em um direito *positivo* mais palpável e concretizável. É dessa ideia e desse papel de mediador que o poder constituinte derivaria sua legitimidade.

Na mesma linha, López defende que a vontade contida na decisão do poder constituinte não é e não pode ser arbitrária, pois ela é um reconhecimento de um direito anterior, cristalizado em uma ordem concreta. "O dever-ser", afirma a autora, "tem sua origem no ser, o que não quer dizer que nasça dos fatos, da facticidade, mas sim da vontade; e de uma vontade 'objetiva', não 'subjetiva', pois isso seguiria sendo um puro *factum*, uma posição de poder inaceitável para Schmitt."⁷⁴ No entender de López, então, haveria na teoria de Schmitt critérios objetivos para a avaliação de conformidade jurídica da decisão do povo enquanto titular do poder constituinte, o que conferiria normatividade à sua obra.

Haveria ainda uma terceira interpretação, intermediária àquelas que consideram a atuação do poder constituinte simplesmente legítima/jurídica ou ilegítima/antijurídica, a qual

⁷² Justamente a pergunta "quem é o povo?" é que move a investigação de Friedrich Müller em sua clássica obra: MÜLLER, Friedrich. Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁷¹ É o que denotam os seguintes trechos de sua Teoria do Estado: "As tentativas de transcender esse dualismo insustentável [entre ser e dever-ser] até agora só levaram à absolutização de uma das duas posições. Kelsen faz com que Estado e Constituição valham apenas como norma, Carl Schmitt pretende erradicar toda normatividade da Constituição."; "Para ele [Schmitt], a Constituição 'positiva' não é absolutamente algo normativo". HELLER, Hermann. <u>Staatslehre</u>. 6ª edição. Tübingen: Mohr, 1983. Pág. 293 e 313 (tradução própria).

⁷³ BARZOTTO, Luis Fernando. "Filosofía e Constituição", in: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder. <u>Tratado de Direito Constitucional</u>, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 617-653.

⁷⁴ LÓPEZ, Montserrat Herrero. <u>El Nomos y 16 Político:</u> La Filosofia Política de Carl Schmitt. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1997. Pág. 148 (tradução própria).

é defendida por Derrida⁷⁵. Diz o filósofo que esse poder originário seria melhor compreendido através do termo alemão "Gewalt", o qual não possui uma tradução exata para as línguas latinas, dentre elas o português⁷⁶. Essa palavra pode ser entendida tanto como um poder legítimo, autorizado – como é o caso, por exemplo, da expressão "Gewaltenteilung" (divisão dos poderes) – quanto como uma violência desautorizada – é o que demonstra o uso corrente do termo na linguagem do direito penal, como na expressão "mit Gewalt oder durch Drohung" (mediante violência ou ameaça).

Então, utilizando-se da noção propiciada por essa análise linguística, Derrida assume que aquele que atua originariamente, com vistas a implementar uma ordem jurídica, encontra-se como que em um limbo em que as fronteiras entre juridicidade e antijuridicidade não estão bem definidas. Pergunta o autor: "como distinguir entre a força de lei de um poder legítimo e a violência pretensamente originária que deve instaurar esta autoridade e que não pode, ela mesma, ser autorizada por nenhuma legitimidade anterior, se bem que ela não é, nesse momento inicial, nem legal nem ilegal, (...) nem justa nem injusta?" ⁷⁷. Dessa leitura fica a ideia de que o poder constituinte pode ter simultaneamente traços de poder legítimo e de violência arbitrária, já que ele não recebe uma autorização expressa, mas realiza uma espécie de "auto-autorização" ou uma autorização auto-referente.

O interessante dessa interpretação é que, ao invés de tentar solucionar o problema sobre a fonte de legitimidade do primeiro fundador do direito, ela assume para si a aporia da criação e a trata como inexorável. Mas o problema disso para uma teoria que vê na legitimidade do poder constituinte o fundamento de validade de todo a ordem jurídica positiva é que, se o fundamento último não pode negar traços de violência arbitrária, então toda a construção inferior será potencialmente contaminada, de modo que o poder exercido com base no direito nunca será completamente legítimo.

Dessas considerações, conclui-se que permanece obscuro se a tentativa de Schmitt de escapar do problema da igualação entre eficácia e validade obteve sucesso ou não. Das interpretações citadas, a que parece encontrar menor respaldo na obra do autor é a primeira, pois ela aparentemente trabalha com uma parcela reduzida de seus textos, ignorando toda uma parte que constitui o que se poderia chamar de pensamento institucionalista do autor.

⁷⁵ No livro "Força de Lei", embora a referência expressa a Schmitt seja muito discreta, tudo leva a crer que Derrida dialoga com sua obra, uma vez que trata de temas que são muito próximos aos questionamentos levantados por Schmitt – em especial os problemas da fundação e do poder. Além disso, esse mesmo livro tem um capítulo dedicado à análise de um famoso artigo de autoria de Walter Benjamin (*Zur Kritik der Gewalt*), com quem Schmitt trocou larga correspondência.

⁷⁶ DERRIDA, Jacques. Force de Loi. Paris: Éditions Galilée, 1994. Pág, 19

⁷⁷ Idem, ibidem, loc. cit., tradução própria.

⁷⁸ Idem, ibidem, pág. 36.

De toda sorte, ainda que concordemos com a segunda interpretação, aquela que considera a atuação do poder constituinte como fundada em uma ideia de direito⁷⁹, isso poderia autorizar a conclusão sobre a legitimidade de um titular específico do poder constituinte, qual seja, o povo. Como vimos, as ideias de autonomia e preservação da liberdade indicam no sentido de que somente o povo teria o direito de autovincular-se, pois qualquer decisão imposta a essa grandeza amorfa seria potencialmente autoritária.

Uma nova série de dificuldades aparece, no entanto, na hipótese de não ser o próprio povo quem cria e põe em vigor a Constituição ou, em outras palavras, quem exerce diretamente o poder constituinte. Trataremos desses problemas a seguir.

1.3.3 Estado de Exceção e Ditadura

Seria temerário mencionar a obra de Schmitt, principalmente no que diz respeito à sua compreensão sobre o poder constituinte, sem abordar a questão da ditadura, à qual ele dedicou um texto que figura entre seus principais escritos. O aparecimento do ditador soberano no momento da criação de uma nova ordem constitucional representa um modelo institucional bastante peculiar, que merece uma análise mais detida.

Nos últimos parágrafos do item anterior discutiu-se sobre se o povo possui ou não capacidade jurídica – é dizer, direito – de fundar um corpo político. Queremos retomar agora a discussão a respeito de sua capacidade *fática* para tanto, questão que já foi abordada nos pontos 1.1.3 e 1.2.3. Afirmou-se anteriormente que a capacidade do povo para participar da tomada da decisão política fundamental é apenas passiva; a capacidade ativa restaria confiada a um representante (seja uma pessoa, seja um órgão formado por mais pessoas), que seria responsável pela organização e processamento da vontade política de seus representados. A estes caberia a aprovação da atuação do representante, seja expressamente (por exemplo, por via de um plebiscito), seja implicitamente, pela simples adesão e respeito às práticas constitucionais estabelecidas por ele.

Pois bem, a figura que faz as vezes de representante nesse momento extraordinário da fundação de uma nova ordem constitucional é, para Schmitt, o ditador

⁷⁹ A seguinte citação parece ser um indício da correção dessa interpretação: "conforme suponho, o pensamento jurídico autêntico é tributário do realismo conceitual ao menos no Direito Público, ao passo que um nominalismo consequente põe em risco ou destrói a boa ciência do direito, podendo ter no máximo uma certa margem de atuação no direito civil das trocas" ("Sobre os três tipos de pensamento jurídico", op. cit., pág. 165). Ora, se há um realismo conceitual no âmbito de direito público, seria falso afirmar que a decisão que põe em vigor um ordenamento jurídico é arbitrária ou desvinculada de quaisquer parâmetros de correção, uma vez que ela deve observar (ou observa necessariamente) algo *real* que lhe é exterior e anterior.

soberano. No texto "A Ditadura", publicado no ano de 1921, o autor se utiliza da analogia com a instituição romana da ditadura para, a partir dela, criar o seu próprio desenho institucional, formado pelos institutos da ditadura comissária e da ditadura soberana.

Na República Romana (509 a.C. – 27 a.C.), o ditador era o magistrado no qual se cumulavam todas as funções das outras magistraturas em um momento de grave crise política e institucional. Diante, por exemplo, de uma guerra externa ou de uma rebelião interna, aquele a quem se incumbia a ditadura ficava responsável por tomar todas as medidas necessárias ao restabelecimento da ordem e à volta da situação de normalidade em que todo o arcabouço normativo e institucional poderia voltar a funcionar ordinariamente. A escolha desse magistrado se dava por nomeação de um ou dos dois cônsules, com fundamento em uma ordem do Senado, e a duração no cargo era de seis meses. Atingida a situação de normalidade ou decorrido esse lapso temporal, a função se extinguia automaticamente, sendo que não era possível a renovação dessa magistratura de exceção em favor da mesma pessoa⁸⁰.

Nessa acepção, então, ditadura não se confunde com a acepção moderna do termo, que significa muito mais governo autoritário ou totalitário. Pelo contrário, o instituto antigo parece ter sido essencial à preservação das condições de possibilidade da democracia romana em momentos de crise. Para Mommsen, a ditadura foi sinal do gênio dos homens que construíram as instituições da república⁸¹. Entretanto, a possibilidade de deturpação do instituto já se revelou na própria história de Roma, mostrando assim como sua utilização pode resultar perigosa e até mesmo patológica. Como é sabido, após a derrota de Pompeu em uma guerra civil contra Júlio César, este declarou-se ditador vitalício, com o que acabou abrindo caminho para o início do Império. Esse fato já é um indício dos possíveis problemas gerados por um instituto que permite a mais completa concentração do poder.

Estudando a natureza da ditadura, Schmitt percebe que ela se assemelha muito com o moderno estado de exceção (também "estado de emergência" ou "estado de necessidade"). Trata-se de um episódio em que a desordem das coisas é tal que nenhuma norma encontra condições de ser aplicada; medidas de emergência devem ser tomadas de maneira rápida, independentemente ou, mais grave ainda, *apesar* das normas positivas, tudo para evitar que o edifício jurídico desabe por completo. O direito, enquanto mero conjunto de normas jurídicas, deve ser suspenso em nome do restabelecimento de um direito superior, que é a própria ordem concreta.

⁸⁰ MOMMSEN, op. cit., pág. 319-320.

⁸¹ Idem, ibidem, pág. 320.

As semelhanças entre o estado de exceção e o instituto romano da ditadura são claras: momento de crise profunda no corpo político; necessidade de tomada de medidas excepcionais; indistinção entre os momentos de criação e aplicação do direito; objetivo de restabelecimento da ordem concreta. As diferenças, entretanto, também são de relevo:

(A) Enquanto o ditador romano era escolhido de forma *ad hoc* entre um dos cidadãos comuns de Roma, o agente do estado de exceção normalmente já vem definido nas Constituições modernas⁸² – pelo menos era com essa hipótese que Schmitt trabalhava ao estudar a Constituição da República de Weimar, a qual trazia em seu artigo 48 a possibilidade de o Presidente da República expedir providências excepcionais em casos de necessidade;

(B) Ao contrário da ditadura romana, que era prevista por um prazo de seis meses, na Constituição de Weimar – para continuar com o exemplo trabalhado por Schmitt – não havia tal determinação temporal, de modo que o próprio Presidente da República era o responsável pela constatação de *se* e *quando* sua tarefa extraordinária teria se exaurido.

Tudo isso, porém, ainda não esclarece a distinção entre ditadura comissária e ditadura soberana feita pelo autor. Na verdade, o que foi dito até agora sobre o estado de exceção está mais próximo da caracterização da ditadura comissária. Esta se trata de um instrumento utilizável quando ainda vige uma ordem constitucional, a qual se pretende preservar. Está-se diante de uma crise política e institucional grave o bastante para justificar a tomada de medidas excepcionais, mas não profunda o suficiente para caracterizar um rompimento com a Constituição. Ou seja, há um estado de desordem dentro de uma ordem que se procura restabelecer, de forma que as decisões ali tomadas deverão estar em conformidade com essa ordem, pelo menos no que toca ao seu cerne.

Já a ditadura soberana toma corpo em um momento em que a crise é muito mais profunda. O que está em jogo agora é a própria desejabilidade da manutenção daquela ordem constitucional que se encontra em apuros. O ditador soberano não vem para recriar as condições de possibilidade de vigência de uma ordem que teria sido apenas suspendida, mas pretende derrubá-la, aniquilá-la e substituí-la por uma nova. Não se trata mais da suspensão do direito em prol da manutenção da vida de um corpo político, mas sim da refundação desse corpo político com fundamento em novas bases.

do gênero na própria Constituição, definindo a priori o órgão competente e o procedimento para sua decretação, bem como os direitos e/ou garantias passíveis de suspensão. É o caso do Brasil, que adota os instrumentos do Estado de Defesa e Estado de Sítio, respectivamente nos artigos 136 e 137 da Constituição Federal.

⁸² É necessário, aqui, fazer-se uma ponderação: não é característica de todas as tradições jurídicas a definição, já no documento constitucional, dos contornos de um mecanismo de proteção da ordem em situações emergenciais. A tradição anglo-saxã, por exemplo, trabalha com o instituto da "lei marcial", que seria uma espécie de reconhecimento de um estado *fático* excepcional, sem a necessidade de uma decretação formal. Já a tradição continental europeia, a exemplo do "estado de sítio" de origem francesa, costuma circunscrever algum instituto de gênera na prémia Constituição, definido a prioria o éração computante a o precedimento para sua decretação.

O ditador soberano, ao buscar estabelecer uma nova Constituição, pode muito bem agir contrariamente aos princípios que dão suporte àquela anterior, já que a intenção é exatamente negar a sua validade, a sua obrigatoriedade e, portanto, sua vigência. A atuação dessa figura, enquanto persegue o objetivo de estabelecer uma nova Constituição, é em si claramente inconstitucional. Ora, é exatamente essa atuação inconstitucional, como vimos anteriormente, a característica por excelência da revolução em sentido jurídico. A expedição de medidas extraordinárias, o estabelecimento de novas instituições e a tomada do poder político independentemente das regras estabelecidas pela Constituição é um sinal de que está em ação não mais um poder constituído – o qual se caracteriza essencialmente pelo dever de respeito às normas jurídicas que lhe sejam superiores – mas um poder constituinte revolucionário.

Nesse ponto, coloca-se a questão sobre se o ditador soberano que atua dessa forma é, ele mesmo, titular do poder constituinte, ou se ele apenas exerce um mandato em nome de outro titular, enquanto seu representante. A primeira resposta que vem à mente é aquela que já foi antecipada quando tratamos da capacidade de uma ação política positiva (ou ativa) por parte do povo: o ditador é apenas o representante dessa entidade, que é o verdadeiro titular do poder constituinte, mas que não pode agir senão por intermédio de um órgão capaz de operacionalizar seu poder. Algumas considerações de Schmitt parecem permitir essa conclusão.

Afirma o autor que "tanto a ditadura comissária quanto a ditadura soberana tem conexões jurídicas. A ditadura soberana invoca o poder constituinte, o qual não pode ser abolido por nenhuma Constituição com a qual entre em conflito"⁸³. Se a ditadura soberana tem "conexões jurídicas", isso só pode significar que seu exercício é de alguma forma vinculado, dependente do direito, o qual consiste no próprio mandato conferido pelo povo. Somente este povo é que não pode ter seu poder derrogado, enquanto o ditador soberano poderia ser destituído a qualquer tempo. Schmitt menciona, ainda, que "os representantes que agem em nome do poder constituinte são comissários formalmente dependentes", ainda que seu mandato não possa ser materialmente limitado⁸⁴.

Se esses trechos, por um lado, indicam no sentido de uma diferenciação entre titularidade e exercício do poder constituinte, por outro, já deixam transparecer uma certa ambiguidade característica da obra de Schmitt, especialmente desse texto sobre a ditadura. Fica difícil compreender o que seria essa dependência formal dos representantes para com o

84 Idem, ibidem, pág. 141 (tradução própria).

⁸³ Schmitt, Carl. <u>Die Diktatur</u>. 6ª edição. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. Pág. 136 (tradução própria).

poder constituinte se não há qualquer vinculação material em relação ao conteúdo de seu mandato. É como se eles derivassem do povo o fundamento de validade de sua atuação, mas sem que isso implicasse a existência de alguma possibilidade de controle substancial dessas ações.

Outra passagem colabora com essa dúvida: "quando uma nova Constituição é colocada para o povo, na verdade uma parte de sua soberania já está sendo exercida por aquele que a propõe. Pois a necessidade de ordem é tão grande que a capacidade de julgamento do povo, em tal estado de coisas, não permanece livre." Aqui, parece que a soberania acaba sendo compartilhada pelo povo e pelo representante, pois o estado de desordem seria capaz de impedir o seu livre exercício por parte do povo. Aliás, em não tendo o povo uma capacidade de julgamento – e, portanto, de decisão – livre, é questionável se ele ainda resguardaria de fato uma parcela dessa soberania para si.

Enfim, essas observações certamente não são conclusivas; entretanto, deve-se ao menos admitir que, se a concentração de poder nas mãos do ditador comissário já tem potencial para ser problemática, no caso do ditador soberano essa preocupação tem ainda muito mais razão de ser. Isso se deve a dois motivos principais. Em primeiro lugar, a ausência de uma Lei Maior, positiva e eficaz, a impor limites explícitos à sua atuação pode levar a crer que o ditador soberano não estaria de forma alguma vinculado ao direito. Essa é, aliás, a interpretação que grande parte dos comentadores de Schmitt faz ao seu conceito de ditadura, com a conclusão de que essa instituição seria uma manifestação de puro e simples arbítrio e abuso de poder⁸⁶.

Como veremos adiante, uma leitura mais completa dos escritos do autor permite uma interpretação diferenciada, uma vez que a tese da existência de uma "ideia de direito" e de um ordenamento jurídico concreto anteriores e independentes da norma positivada conduz à conclusão de que, mesmo ausente uma Constituição, sempre haveria um direito a ser respeitado. O ditador, não menos que o próprio povo, estaria conscrito à realização desse direito; criar uma nova ordem constitucional seria nada mais, nada menos do que dar forma a essa substância jurídica.

De toda sorte, ainda que se admita a existência desse direito não positivado, o fato é que a interpretação do que seja essa "ideia de direito" acaba ficando nas mãos do ditador, o que lhe confere um enorme poder. Ao fim e ao cabo, sejam as medidas tomadas por ele

⁸⁵ Idem, ibidem, pág. 142 (tradução própria).

⁸⁶ Para um exemplo dessa visão, ver: GROSS, Oren. "The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt's Theory of Emergency Powers and the 'Norm-Exception' Dochotomy", in: Cardozo Law Review, vol. 21, nº 5-6, 2000 [1825-1868].

oriundas de um vácuo jurídico ou concretizações de uma ideia superior, elas sempre serão manifestadas por meio de uma decisão, contra a qual muito pouco ou nada se pode fazer. Uma das principais características dessa figura, afinal, é justamente sua irresponsabilidade frente a outras instituições. A questão fundamental, como já bem percebera Hobbes, não é "o que diz o direito?", mas sim: Quem interpreta?

Em segundo lugar, o ditador soberano não apenas interpreta o direito anterior às normas positivas, como também decide sobre os pressupostos de possibilidade de sua própria atuação. Ele é juiz da própria competência, o que significa dizer que é a última instância para apreciar a existência ou a manutenção das circunstâncias extraordinárias que justificariam sua aparição. Em não havendo um lapso temporal delimitado – e, para Schmitt, uma limitação tal não parece ser possível nem para o ditador comissário, muito menos para o ditador soberano -, somente a ele incumbiria a tarefa de estabelecer a existência ou não de um estado de necessidade ou estado de exceção. É difícil conceber que essa autoridade obedeça a um mandato quando ela praticamente dispõe dos limites do próprio poder⁸⁷.

Ora, se na mesma figura se cumulam tanto a competência para fazer o que for necessário ao estabelecimento de uma nova ordem, quanto a competência para definir a perduração de um estado de desordem – e, portanto, a continuação da necessidade das medidas extraordinárias –, fica fácil compreender a crítica de Agamben a respeito do "estado de exceção permanente". Como diz o autor, "a necessidade, longe de apresentar-se como um dado objetivo, implica claramente um juízo subjetivo e (...) necessárias e excepcionais são, é evidente, apenas aquelas circunstâncias que são declaradas como tais." Ou seja, se o ditador soberano entende que o critério da necessidade ainda está presente, o estado de exceção em que está ausente uma Constituição tem potencial para se prolongar indefinidamente.

Começa a se delinear, assim, a hipótese de que talvez o ditador soberano não seja um mero representante do povo. Haveria algum sentido em se dizer que o povo continuaria a ser titular do poder constituinte, quando o exercício desse poder através de outro órgão acaba sendo praticamente incontrolável? O representante, afinal, não passa a atuar em nome próprio quando ultrapassa os poderes que lhe tenham sido conferidos?

O ditador, se considerarmos que o povo soberano lhe teria concedido uma comissão para atuar em prol da criação de uma nova ordem constitucional, pode não ser um

89 Idem, ibidem, pág. 46.

⁸⁷ Sobre o paradoxo da autorreferência na criação do Direito, ver: AFONSO DA SILVA, Virgílio. "Ulysses, as Sereias e o Poder Constituinte Derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no *quorum* de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais", in: Revista de Direito Administrativo, nº 226 (2001), pág. 11-32.

⁸⁸ AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. 2ª edição. São Paulo: Boitempo, 2004. Pág. 18 e seg.

titular *legítimo* do poder constituinte no caso em que extrapolar dessa comissão; será, porém, titular do poder constituinte *de fato*. A questão da legitimidade desse momento de fundação, que é todo o cerne da discussão a respeito da validade do direito positivo, acaba se tornando secundária quando há um poder que consegue se impor de maneira eficaz e angariar a aceitação e a obediência daqueles que lhe estão submetidos.

Além disso, dificilmente se pode distinguir em meio à revolução o evento específico em que o povo escolhe, de forma expressa e indubitável, aquele a quem deseja ter como seu representante; muito menos alguma espécie de documento em que estariam conferidos determinados poderes a esse órgão e que o vinculasse à consecução de objetivos específicos. O que geralmente acontece é que uma ou algumas pessoas proeminentes no movimento assumem para si a liderança e passam a conduzir os desenvolvimentos da revolução. Os princípios da revolução, que – poder-se-ia pensar – serviriam como guias para a ação desse representante ou representantes, são tão ou mais carentes de interpretação do que a "ideia de direito" mencionada por Schmitt.

Assim, aquele que faz valer suas interpretações e decisões acaba como que incorporando a própria revolução e determinando seu destino. O mero fato do sucesso na imposição do poder, como Weber já nos ensinou, acaba adquirindo significado e valor jurídicos quando esse órgão consegue se manter no poder por tempo razoável e ainda mais quando alcança um alto índice de aprovação⁹⁰. Agora parece fazer mais sentido a tese de Derrida sobre a aproximação ou indistinção entre violência de fato e poder legítimo no momento constituinte. Tendo em vista a tendência para a convergência desses dois elementos, quando não se consegue dar força à autoridade, dá-se autoridade à força⁹¹.

Essa suposta aproximação entre poder legítimo e violência arbitrária, porém, não pode fazer com que passe despercebido o problema principal: nessa hipótese de atuação do ditador soberano em meio à revolução, o poder do povo, que em tese seria a fonte primeira de toda a ordem jurídica, acaba diminuído – e isso acaba por enfraquecer também o próprio direito. Nesse sentido, talvez tenha razão de ser a interpretação do estado de exceção dada por Agamben. Ao invés de compará-lo, como faz Schmitt, com o instituto romano da ditadura, Agamben o remete ao *Iustitium*, para dizer que a exceção não se caracteriza por uma

⁹⁰ A transmudação da dominação carismática, essencialmente extracotidiana, para um dos ideais-tipos ordinários de dominação – a tradicional ou a racional – é passagem conhecida e importante da obra de Weber. É a *rotinização*, ou a permanência no tempo e no espaço, que tem a capacidade de operar essa mudança na essência da legitimação. WEBER, Max, op. cit., 161-167.

⁹¹ DERRIDA, Jacques, op. cit., pág. 28 e seg.

concentração de poderes, mas por uma ausência total de direito. Assim como o *solstitium* é a ausência do sol, o *iustitium* é a ausência do *ius*. ⁹²

A pergunta que se coloca, então, é como criar uma ordem jurídica a partir de uma ausência total de direito. Mais ainda, como estabilizar uma nova ordem em face de uma situação em que a pauta do dia é a destruição do antigo, e não a construção pragmática e racional do novo; em que não há mais uma tradição e uma autoridade capazes de legitimar as interpretações e as formas institucionais inéditas. Em não havendo um direito que estabeleça critérios objetivos para a ação humana, resta a aplicação direta de leis morais altamente vagas e por vezes obscuras. Não por acaso, um dos pontos centrais da filosofia do III Reich era justamente a aniquilação das distinções entre Direito, Moral e Ética.

O perigo dessa tentativa de aplicação imediata de leis não-jurídicas é que não há um consenso sobre seu conteúdo, muito menos sobre as consequências ou sanções devidas no caso de seu descumprimento. Como na revolução não há um legislador e um executor, ou seja, não há uma distinção clara entre aquele que cria e aquele que aplica as leis, não pode haver uma segurança a respeito do que seja lícito ou ilícito. Nessas condições, as decisões que em tese concretizariam o conteúdo da moral não adquirem a estabilidade proporcionada pela forma da lei jurídica positiva. Assim, aquele povo que deveria ser o próprio agente da revolução acaba sendo sugado por um estado de exceção, em que só tem clareza sobre o que está proibido ou permitido o próprio responsável por essas determinações.

Arendt se preocupa com essas questões ao definir o que ela chama de "movimento perpétuo", que seria um dos elementos constitutivos dos estados totalitários surgidos na modernidade. O nacional-socialismo e o stalinismo caracterizar-se-iam pela legitimação direta em leis supostamente superiores ao e independentes do direito, sendo que a tradução dessas leis em ações concretas era feita sem a necessidade de interposição de leis jurídicas. Segundo a autora, eram as leis da Natureza, no caso da Alemanha nazista, e da História, no caso da Rússia bolchevista, que determinavam os rumos da revolução. Só que, diferentemente das leis naturais ou das leis divinas reconhecidas pela tradição filosófica ocidental como imutáveis, essas "novas" leis biológicas e históricas proporcionadas pelas teorias de Darwin e Marx prenunciavam um movimento de evolução e mudanças constantes.

Nas palavras da própria Arendt, "na interpretação do totalitarismo, todas as leis se tornam leis de movimento. Embora os nazistas falassem da lei da natureza e os bolchevistas falem da lei da história, natureza e história deixam de ser a força estabilizadora da autoridade

⁹² AGAMBEN, Giorgio, op. cit., pág. 65-80.

para as ações dos homens mortais; elas próprias tornam-se movimentos."93 Se a transposição de leis eternas e imutáveis para o plano da vida terrena já pode ser problemática, tanto mais o é a pretensão de aplicação de leis que em si não possuem qualquer conteúdo estável, mas apenas indicam o sentido de uma evolução em direção ao domínio de uma raça superior ou ao surgimento de uma sociedade sem classes.

Essa visão arendtiana do movimento perpétuo se aproxima muito da mencionada tese de Agamben a respeito do estado de exceção permanente. Ambas as hipóteses parecem dizer que, no momento extraordinário, a máxima segundo a qual são as leis e não os homens que devem governar não encontra bases para realização. O estado de exceção, como estado de ausência total de direito, abre espaço para o arbítrio daqueles que pretendem ser o reflexo imediato da própria lei.

Assim, ao invés de a lei significar o sentido objetivo de um ato de vontade⁹⁴, ela se torna idêntica a um juízo subjetivo a qual poucos ou ninguém tem acesso. "A política totalitária (...) pode dispensar o consensus iuris porque promete libertar o cumprimento da lei de todo ato ou desejo humano; e promete a justiça na terra porque afirma tornar a humanidade a encarnação da lei."⁹⁵ Ou seja, não haveria necessidade de leis com todas aquelas garantias consagradas pelo liberalismo – reserva de parlamento; publicidade; anterioridade – quando a própria lei natural ou histórica, de caráter determinista, supostamente agiria de imediato na condução dos assuntos humanos.

É claro que a interpretação do estado de exceção foi feita aqui de modo bastante extremado, quase como uma redução ao absurdo. Não era um estado totalitário, de ausência total de direito, que tinha em mente Schmitt quando disse que "a regra não comprova nada e a exceção comprova tudo"⁹⁶; no seu entendimento, o estado de exceção pode significar uma ausência de normas, mas nunca de direito, já que este não se compõe apenas de elementos normativos. Aliás, a maneira como Schmitt descreve a exceção tem, por trás de seu caráter científico-acadêmico, um objetivo político claro, que é a crítica ao liberalismo e ao positivismo. Para o positivismo, sim, é que o direito significa apenas um conjunto de normas, de modo que, diante do caso excepcional em que as normas não encontram as condições necessárias à sua vigência, restará somente um vácuo jurídico.

95 AREDNT, Hannah, op. cit., págs. 514-515.

⁹³ ARENDT, Hannah. <u>Origens do Totalitarismo.</u> 7ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. Pág.

⁹⁴ KELSEN, Hans. <u>Teoria Pura do Direito.</u> 8ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Págs. 6-9.

⁹⁶ SCHMITT, Carl. Politische Theologie. 9ª edição. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. Pág. 21 (tradução própria).

De todo modo, o que se objetivou com essa narrativa foi mostrar que não é difícil resvalar-se do estado de exceção que explica e esclarece a regra para aquele que se torna permanente e que não visa ao restabelecimento da ordem, mas à manutenção do caos. A revolução pode ser o triunfo democrático de um povo, mas também pode deixar livre o caminho para sua capitulação, especialmente quando ela destrói todas as regras e instituições que antes serviam como critérios de correção e controle da ação. Essa consequência patológica deixa exposta a fragilidade e os riscos inerentes a todo (novo) começo; estabelecer uma nova ordem, em que haja segurança, estabilidade e previsibilidade, é sem dúvida uma tarefa mais complexa do que derrubar uma ordem antiga. Ou, transportando essa constatação para uma situação histórica concreta: "Terminar a revolução se revelaria uma empresa muito mais árdua do que reverter o Antigo Regime." 97

⁹⁷ PASQUINI, Pasquale, op. cit., pág. 54.

2 OS LIMITES AO PODER CONSTITUINTE E A QUESTÃO DA CONTINUIDADE

O capítulo anterior foi dedicado a expor a teoria do poder constituinte originário, tal como classicamente formulada, e mostrar como o aparato conceitual fornecido por essa teoria pode ser desvirtuado a ponto de trair os propósitos liberais para os quais foi criada. Como visto, o grande problema da doutrina é sua indistinção entre as fontes do poder e do direito, o que, em última análise, impossibilita a justificação da atuação desse poder em termos jurídicos. Considerando-se inexistentes quaisquer limitações ao poder constituinte originário, a sua obra acabará sendo válida unicamente em razão de seu sucesso em se impor, ou seja, de sua eficácia.

Serão abordadas agora algumas ideias alternativas a essa visão, que procuram colocar o foco não na ruptura causada pela aparição do poder constituinte, mas na carga de continuidade que todo momento de fundação ou refundação de uma comunidade política traz consigo, em maior ou menor grau. Essa continuidade significa que o poder constituinte, muito embora seu objetivo seja gerar uma grande inovação com a criação de uma nova ordem constitucional, não está totalmente livre para impor ao convívio social toda e qualquer forma que entender conveniente, como se pudesse extrair normas e instituições jurídicas de uma folha em branco. Ao contrário, o poder constituinte, ainda que estejamos tratando do originário, encontra limites e parâmetros para sua ação tanto em razão das circunstâncias reais que o cercam, quanto do estabelecimento de determinados propósitos que se propõe a realizar.

2.1 O Mito da Fundação

Um dos grandes desafios da teoria do direito e da filosofia política é encontrar elementos de justificação do exercício do poder. Em situações ordinárias, em que está erguido um edifício jurídico de normas hierarquicamente escalonadas, eficazes e aceitas como válidas, será justificável aquele poder que é exercido por uma autoridade legítima, sendo que a legitimidade se mede pela existência de uma norma a lhe atribuir competência. A dificuldade surge quando estamos em meio a uma situação extraordinária, tendo sido derrubada uma ordem e sendo necessário o exercício de poder justamente para o estabelecimento de uma nova. Estando supostamente ausente o direito, o poder não seria juridicamente qualificável, o que tornaria sua justificação particularmente difícil e o seu exercício muito próximo do arbítrio e da violência.

A história, porém, é repleta de exemplos em que, mesmo em situações de exceção, o homem consegue enquadrar o poder em uma tradição jurídica, através de uma

compreensão diferenciada do que seria o próprio direito e da rejeição da possibilidade de existência de um vácuo jurídico, seja qual for a gravidade da crise instaurada. Inexistente esse vácuo, mesmo as transições políticas mais profundas estariam inseridas no direito, evitando que o poder possa redundar em exercício de arbítrio. A seguir, veremos como os mitos sobre a fundação podem ajudar nesse entendimento, abordando seu significado e importância política, bem como sua atualidade e relevância para o nosso tema.

2.1.1 Significado e importância política dos mitos

A experiência do político está muito associada à ideia da transformação. Fazer política é, sobretudo, juntar forças em prol do rompimento com um estado de coisas que se considera ruim ou insatisfatório. Esse é todo o ponto da revolução: promover a desconstrução e abrir caminho à construção de algo novo. Para fazer essa desconstrução existem muitos meios disponíveis; não apenas os propriamente políticos, que são aqueles que se utilizam do *logos* humano e da ação em concerto, mas também os meios violentos, caracterizados pela utilização da força bruta⁹⁸.

O problema maior está no momento que se segue à desconstrução. A violência, que se pode identificar na ação descontrolada de uma multidão, é capaz apenas de destruir. A persistência de meios violentos é inadequada para a reconstrução, pelo menos uma que se pretenda saudável e duradoura. Agora devem entrar em ação os meios políticos, que se fundamentam essencialmente na linguagem. A política é feita de discurso, de diálogo, de persuasão, de convencimento – tudo com base na capacidade propriamente humana de comunicação⁹⁹.

Então, a fundação de algo novo ou a reconstrução de algo destruído terá que ser feita através do diálogo. A força da política está justamente nessa união de homens promovida pela comunicação, que não lhe é apenas uma característica acidental, mas lhe é constitutiva. Mas se, por um lado, a utilização de meios políticos possui vantagens claras – especialmente a

^{98 &}quot;Penso ser um triste reflexo do atual estado da ciência política que nossa terminologia não distinga entre palavras-chave tais como "poder" [power], "força" [force], "vigor" [strenght], autoridade e, por fim, violência – as quais se referem a fenômenos distintos e diferentes, e que dificilmente existiriam se assim não fosse. (...) O poder corresponde à habilidade humana não apenas para agir, mas para agir em concerto. O poder nunca é propriedade de um indivíduo; pertence a um grupo e permanece em existência somente na medida em que o grupo permanece unido. (...) a violência, como eu disse, distingue-se por seu caráter instrumental. Fenomenologicamente, ela está próxima do vigor, posto que os implementos da violência, como todas as outras ferramentas, são planejados e usados com o propósito de multiplicar o vigor natural até que, em seu último estágio de desenvolvimento, possam substituí-lo." ARENDT, Hannah. Sobre a Violência. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. Págs. 36-37.

⁹⁹ Conforme a clássica lição da <u>Política</u> de Aristóteles, segundo o qual o homem é um animal político (ou um animal social) exatamente por possuir *logos*, ou seja, por sua capacidade comunicativa (1253 a 1-18).

abdicação dos meios da violência –, por outro, ela pode gerar algumas dificuldades, decorrentes da própria limitação da linguagem humana.

A linguagem é formada de conceitos, mais ou menos abstratos, mais ou menos genéricos, que procuram enquadrar fenômenos da vida. Esse enquadramento de fenômenos é um primeiro passo para que a mente humana possa "capturá-los", para então conhecê-los, compreendê-los e, por fim, explicá-los. Essa forma de cognição exige, para que sua realização seja efetiva, a existência de modelos ou esquemas prévios em que os acontecimentos possam ser encaixados. Ou seja, os conceitos que servirão como molduras devem ser anteriores aos fenômenos que se deseja compreender.

Disso já resulta claro o caráter limitado dessa capacidade cognitiva, o que é a um só tempo causa e consequência da limitação da linguagem e da comunicação humanas. Para um sem-número de ocorrências possíveis, imagináveis e inimagináveis, existe uma quantidade finita (ainda que muito grande) de conceitos disponíveis. A possibilidade de combinação de eventos e fenômenos entre si é infinitamente maior do que a possibilidade de enquadramento em ou combinação de estruturas existentes. Essa limitação da linguagem implica, como não poderia deixar de ser, uma limitação na própria política.

Aqui é necessário fazer uma ponderação. Tudo o que foi dito não significa que novos conceitos não possam ser forjados a qualquer momento, que estejamos sempre invariavelmente presos e condicionados a esquemas que nos foram dados. Significa, porém, que a criação de novos conceitos obedece a uma lógica própria, a qual envolve uma tensão entre novos e antigos significados, sempre numa direção de evolução, nunca de mudança absoluta. Essa criação passa pela mutação contextual e temporal dos sentidos atribuídos a uma palavra, de forma que os novos sentidos passem gradualmente a se acumular aos antigos ou até mesmo a substituí-los.

A importância dessa dialética entre novos e antigos significados, que pode resultar na formação de novos conceitos, está na preservação da coesão da língua. Uma mutação radical de significados não consistiria, ao fim e ao cabo, no surgimento de uma nova língua, em tudo distinta da precedente? A identidade de um determinado complexo linguístico se deve justamente à constante referência a conceitos e estruturas desde sempre existentes, que servem como critérios para a determinação da pertinência ou não ao conjunto. Ou seja, é a possibilidade de uma referência a esses moldes prévios que garante à língua, ainda que impregnada de novos elementos, a sua permanência no tempo e no espaço, enfim, a sua identificação com ela mesma.

Esse sentido de evolução, incompatível com modificações abruptas, mostra uma certa dificuldade em lidar com o novo que é característica da forma de cognição humana, seja porque hão há conceitos disponíveis para conceber esses novos fenômenos, seja porque os novos conceitos ainda não estão suficientemente maduros. Veja-se bem, não há uma impossibilidade, mas uma dificuldade, uma vez que, como vimos, novas estruturas sempre podem ser criadas. Mas esse é um processo custoso, que leva tempo e que não pode ser catalisado sem maiores consequências.

Essas constatações, que decorreram de nossa análise do modo de funcionamento da linguagem, podem ser aplicadas de maneira análoga à política. Também a política, como a linguagem, é limitada pela capacidade restrita de apreensão de novos fenômenos, decorrente da quantidade finita de estruturas existentes em contraposição às infinitas possibilidades de ocorrência de novos eventos. Também a política, como a linguagem, encontra uma dificuldade em lidar com esse novo que não se enquadra em padrões pré-concebidos. Também as estruturas da política, como as estruturas da linguagem, podem evoluir e se atualizar, mas esse processo é lento e custoso.

Por tudo isso, é natural que a compreensão do novo em matéria de política seja feita com base naquilo que já é conhecido. É então que entram em cena os mitos, em especial os mitos sobre a fundação. Eles funcionam como essa estrutura que dá forma e torna concebível aquilo que antes era ignorado; eles relacionam o novo com o antigo, absorvendo os novos significados e facilitando, assim, não só sua apreensão como também sua aceitação.

A mitologia clássica define o mito como um conto transmitido oralmente de geração em geração, "geralmente associado a cerimônias religiosas" 100. A sua linguagem é metafórica, por vezes obscura e contraditória, muito em razão de seu próprio objeto: o divino, aquilo que está para além do humano. Os mitos sobre a fundação seriam as histórias, contadas nesses moldes, que visam à explicação da origem de um corpo político, seja pela ação exclusiva dos deuses ou da natureza, seja pela associação dos deuses aos homens. O mais interessante é que o mito, embora seja linguagem, possui um sentido que extrapola o significado literal das palavras que o compõe; ou, para citar Lévi-Strauss, "o mito é linguagem; mas uma linguagem que tem lugar em um nível muito elevado, e onde o sentido chega (...) a *decolar* do fundamento linguístico sobre o qual começou rolando" 101. Ele possui

MCDONALD, Lee C. "Myth, Politics and Political Science", in: The Western Political Quarterly, Vol. 22, N. 1 (Mar. 1969), pp. 141-150 (tradução própria).

¹⁰¹ LÉVI-STRAUSS, Claude. <u>Antropologia Estrutural</u>. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1973. Pág. 242 (grifo no original).

algo como um sentido performativo: busca, através da repetição, resolver uma situação que na vida real é percebida como uma contradição 102.

Quando um evento traumático, tal qual uma revolução, se passa no seio de uma comunidade política, a probabilidade de que isso gere a desintegração dessa comunidade é muito grande. A violência associada a esses momentos, em que normalmente há o uso da força bruta, pode facilmente desfazer os laços da convivência política, pois a violência não coexiste bem com a comunicação e vice-versa. A manutenção dessa integração, ou o restabelecimento de vínculos eventualmente desfeitos necessita de uma força em sentido contrário, algo que estimule a coesão do grupo e a ação em conjunto em detrimento da violência isolada.

Os mitos cumprem esse papel fundamental de integração social. As histórias contadas sobre os deuses, os heróis, o primeiro legislador, os vencedores na guerra, os pais fundadores – tudo isso são referências à história do surgimento e da formação de um povo, referências essas que revigoram a união e o sentimento de pertença ao grupo. Interpretar transformações importantes no terreno do político, sejam novas conquistas ou mesmo novas derrotas, como atualizações desses mitos é uma forma de entendê-las como parte dessa mesma narrativa, como continuação da história da comunidade. Novamente a analogia com a linguagem se faz possível: assim como a evolução da língua com fulcro nos conceitos e estruturas já conhecidos não significa o surgimento de uma nova língua, a evolução política de uma sociedade que preserva seus mitos de fundação não constitui uma nova história, desvinculada do passado.

À primeira vista, pode parecer muito antiquado falar-se em mitos quando vivemos em meio a um estágio tão avançado da ciência e da tecnologia, numa sociedade que valoriza enormemente o objetivo, o técnico e o econômico e que supostamente já teria superado a fase da crença em misticismos. Isso pode estar correto se compreendermos os mitos de forma estrita, apenas como aquelas histórias sobre a divindade e o desconhecido que povoavam o imaginário de civilizações antigas. Mas, de forma mais abrangente, podemos entendê-los como todos aqueles elementos que remetem a algum evento fundamental da história de um povo, como a luta pela independência, o fim de um regime despótico, a conquista de direitos civis e políticos, etc. Esses eventos são revividos e reatualizados periodicamente, mesmo nas sociedades contemporâneas, através dos hinos, bandeiras, festas e feriados nacionais, enfim, através de diversos fatores que buscam estimular um sentimento de patriotismo e pertença.

¹⁰² Idem, ibidem, pág. 264.

Lévi-Strauss, através de um exemplo concreto, deixa bastante explícita a forma como a história de um grupo pode servir como elemento de legitimação de um discurso político-ideológico:

Nada se assemelha mais ao pensamento mítico que a ideologia política. (...) ora, o que faz o historiador quando evoca a Revolução Francesa? Ele se refere a uma sequência de acontecimentos passados, cujas consequências longínquas se fazem, sem dúvida, ainda sentir através de toda uma série, não-reversível, de acontecimentos intermediários. Mas, para o homem político e para os que o seguem, a Revolução Francesa é uma realidade de outra ordem: sequência de acontecimentos passados, mas também esquema dotado de uma eficácia permanente, permitindo interpretar a estrutura social da França atual, os antagonismos que nela se manifestam, e entrever os lineamentos da evolução futura. 103

Conclui-se, então, que esses símbolos decorrentes da história são estruturas que permitem a interpretação de fatos novos de acordo com critérios de evolução e integração. Sejam eles chamados de mitos ou algo diverso, o que interessa para nós é que fique clara sua importância política enquanto elemento de coesão — do grupo consigo mesmo e do grupo com sua história. Sem fatores que propiciem essa identificação das partes com o todo, qualquer momento de crise pode levar a um esfacelamento da comunidade, à desistência dos objetivos comuns, ao emprego da violência e à incapacidade para a ação política construtiva.

Para tratar dessa mesma questão, é comum encontrar-se terminologia distinta. O que chamamos aqui de mito, seguindo tendência da ciência política¹⁰⁴ que, por sua vez, utiliza-se do termo próprio da antropologia, é por vezes chamado na filosofia da linguagem de ideologia. O exemplo mais interessante talvez seja o oferecido por Ricoeur. Para o autor, a ideologia apresenta três níveis de significados, diversos em grau de profundidade e de essencialidade. Apenas o significado mais superficial se confunde com aquele que se conhece habitualmente e que foi amplamente difundido por Marx, segundo o qual toda ideologia seria uma falsificação, uma representação invertida da *práxis*¹⁰⁵.

Os outros dois níveis se parecem muito com o que McDonald entende como mito. O mais elementar de todos é justamente aquele em que a ideologia representa (no sentido de apresentar novamente) os eventos fundadores de uma comunidade, constituindo a memória coletiva e fortalecendo a identidade da comunidade. "Trata-se", afirma Ricoeur, "das cerimônias comemorativas graças às quais uma comunidade qualquer reatualiza de alguma forma os eventos que ela considera como fundadores de sua própria identidade; trata-se,

¹⁰³ Idem, ibidem, pág. 241.

¹⁰⁴ Como no exemplo de MCDONALD, op. cit.

RICOEUR, Paul. <u>Du Texte à l'Action: Essais d'Herméneutique II.</u> Paris: Éditions de Seuil, 1986. Pág. 381-382.

então, de uma estrutura simbólica da memória social"¹⁰⁶. Essa noção de "estrutura simbólica" aproxima muito, senão identifica, esse conceito de ideologia com a ideia de mitos que se propõe aqui.

Resta mencionar o nível intermediário, mais superficial que esse significado de mediação simbólica da comunidade com ela própria e mais profundo que a compreensão da ideologia como mera distorção da realidade. O nível intermediário é aquele em que a ideologia propicia uma "retórica do discurso público" 107, a qual é útil e necessária à legitimação da autoridade. Essa função legitimadora viria para preencher uma lacuna existente em toda forma de governo, uma vez que a reivindicação de obediência por parte da autoridade sempre seria superior à crença em sua legitimidade. A legitimação pelo discurso evitaria ou, ao menos, limitaria a necessidade do recurso à força.

A referência a Weber não é acidental. O próprio Ricoeur retoma expressamente alguns conceitos do sociólogo para afirmar que esse papel da ideologia não se limita aos governos fundados no carisma ou na tradição, mas é importante também nos governos típicos da modernidade, baseados na racionalidade legal-burocrática¹⁰⁸. Mesmo a burocracia, que não é o governo de todos, mas o governo de ninguém¹⁰⁹, necessita do apoio de seus participantes, o que é conseguido através da persuasão e do discurso ideológico.

Essa função de legitimação da autoridade parece ser tão ou mais importante do que aquele significado profundo de ideologia de que tratamos anteriormente, ligado à ideia de integração social. Se a política não pode dispensar elementos que confiram coesão ao grupo, muito menos pode evitar o recurso à autoridade e a todos os fatores que forneçam subsídios à sua legitimidade. Para retomar a terminologia que vínhamos utilizando: "sem mito, não há autoridade e sem autoridade, não há política" Pode-se perceber aqui novamente como esses conceitos de mito e ideologia estão intimamente relacionados, especialmente quando são compreendidos como constitutivos da legitimidade da autoridade política. Mais essencial ainda é esse papel quando cuidamos de encontrar o fundamento de legitimidade de um agente revolucionário, cujo poder ou autoridade não pode decorrer de qualquer instância anterior ou superior.

_

110 MCDONALD, op. cit., pág. 144 (tradução própria).

¹⁰⁶ Idem, ibidem, pág. 385 (tradução própria).

¹⁰⁷ Idem, ibidem, pág. 383.

¹⁰⁸ Idem, ibidem, loc. cit.

[&]quot;Hoje poderíamos acrescentar a última e talvez mais formidável forma de dominação: a burocracia, ou o domínio de um sistema intricado de departamentos no qual nenhum homem, nem um único nem os melhores, nem a minoria nem a maioria, pode ser tomado como responsável, e que deveria mais propriamente chamar-se domínio de Ninguém." ARENDT, Hannah, op. cit., pág. 33.

2.1.2 O mito da fundação na Antiguidade

Acabamos de mencionar, no ponto anterior, como as ideias de mito ou ideologia auxiliam na função de justificação da autoridade. Alguns exemplos irão clarificar essa assertiva.

Conforme já vimos no capítulo anterior, o grande problema que se impõe à compreensão dos momentos de fundação é a busca por algum elemento absoluto, que represente o começo de tudo e que não seja, ele mesmo, derivado de nada. Essa é uma preocupação tipicamente moderna, que parte do pressuposto lógico de que todos os sistemas devem encontrar um início e um fim bem delimitados, uma espécie de fechamento que os perfectibilize e que permita seu funcionamento independentemente de influxos externos e, principalmente, de influências irracionais. Mas, ainda que esse modo de pensar seja moderno, ele tem uma origem teológica remota. Segundo Arendt, a cultura monoteísta, principalmente a judaico-cristã, que preza pela existência de um único Deus superior e exterior a toda sua criação, proporciona o meio para que se desenvolva essa ideia da necessidade de um fechamento unívoco do sistema. 111

Já na Antiguidade greco-romana não há essa preocupação com o absoluto que tanto ocupou a mente dos homens que fizeram as revoluções modernas. O cidadão grego ou romano, imerso em uma cultura politeísta, convive com a ideia de que nem mesmo os deuses são onipotentes. Pelo contrário, até mesmo eles têm competências determinadas. Os limites de sua atuação se dão em virtude das funções atribuídas a outros deuses; quer dizer, a própria convivência de uns com os outros já limita o poder de cada um. É um mundo que rejeita a noção de que um ato possa apagar a história e dar início a uma ordem absolutamente nova, já que nem mesmo os seres sobre-humanos teriam esse poder.

Temos, então, duas formas distintas de pensar que influenciam a maneira como se compreende o próprio direito:

(i) A primeira parte de um elemento superior a todos os outros, que possua poder e autoridade suficientes para dar fundamento a uma ordem subordinada, sem necessidade de uma justificação ulterior. Nessa concepção de poder absoluto, tudo o que estiver abaixo dele estará automaticamente legitimado, pois poderá ser compreendido e explicado como uma derivação lógica desse primeiro fundamento. A teoria jurídica que ilustra de maneira mais visível esse contexto é a kelseniana: a unidade e a justificação do sistema estão garantidas

¹¹¹ ARENDT, Hannah. On Revolution. New York: Penguin Books, 2006. Pág. 181-182.

pela existência da norma fundamental, que funciona como um ponto superior para o qual convergem todas as outras normas.

Essa espécie de fascinação pelo absoluto reflete uma tendência de procurar soluções inequívocas para problemas complexos. Não é por acaso que a noção de absoluto sempre vem acompanhada daquela de unidade. Em Kelsen, além da ideia de que uma única norma pressuposta dá origem a todas as normas postas, a própria concepção do direito como sendo formado unicamente por normas, com exclusão da influência de fatos ou de valores, também é uma forma de simplificação. O apreço pela unidade é igualmente encontrado nas teorias do poder constituinte, que consideram o povo como um elemento coeso e portador de uma vontade única.

Até mesmo a maneira como pensamos a teoria da Constituição hoje carrega muito dessa disposição para o absoluto e a unidade. A noção de Constituição soberana, como coloca Zagrebelsky¹¹², é herança de uma concepção monárquica de ordem jurídica – sendo a monarquia a representação por excelência do governo de um só. Ainda que a Constituição não seja derivada da decisão de uma só pessoa, mas sim de um povo unitário, precisamos admitir ao menos que a decisão fundamental é em si unívoca. Isso pressupõe, é claro, que haja uma autoridade anterior e superior à própria decisão e, portanto, à Constituição.

(ii) A segunda forma de pensar não se baseia em uma racionalidade formal e não procura a simplificação através da convergência de elementos diversos de uma ordem jurídica, política e social a um poder absoluto. Ao contrário, ela admite que problemas complexos, como todos aqueles que dizem respeito à vida humana em sociedade, não podem ser corretamente compreendidos a partir de um ponto de vista unificador. Se o homem já nasce inserido em uma cultura, em um estado de coisas que representa uma ordem, ele é de certa forma um produto dessa cultura; não pode, assim, entendê-la completamente adotando uma perspectiva externa. A própria pertença – ao grupo, à sociedade, enfim, ao mundo cultural – torna inviável a explicação cabal de todos os fenômenos sociais.

O modelo de direito que decorre dessa ideia é em tudo diferente daquele anterior. O que se imagina é uma ordem jurídica que existe desde sempre, desde tempos remotos e imemoriais. Esse direito deriva da própria ordem das coisas e segue uma lógica que não foi posta pelo homem. Ou melhor, ela sequer foi posta, pelo menos não no sentido de positivação que conhecemos hoje. Não havia um único Deus capaz de positivar o ordenamento jurídico e

¹¹² ZAGREBELSKY, Gustavo. "Estado Constitucional", in: <u>Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho.</u> São Paulo: Quartier Latin, 2011. Pág. 305.

até mesmo os deuses (no plural) obedeciam a uma certa ordem que lhes era anterior. Aliás, esses deuses eram de fato muito parecidos com os homens, em diversos aspectos – tinham desejos, vícios e virtudes tanto quanto os humanos. A sua submissão ao direito é apenas mais uma característica a lhes aproximar do mundo propriamente humano. Essa representação é bem diferente, é claro, daquela do Deus judaico-cristão, que não apenas está acima dessas qualidades humanas, como também está acima do próprio direito.

As comunidades políticas que tinham essa compreensão do mundo (pense-se, principalmente, na Roma antiga e nas *pólis* gregas) não possuíam constituições escritas, tais quais as constituições formais que existem hoje. Mas isso não significa de modo algum que elas não possuíssem constituição, desde que pelo termo se compreenda uma determinada forma de organização político-jurídica, ou um certo arranjo institucional que era responsável pela coordenação das relações sociais. O fato é que, justamente por não haver a noção de um poder absoluto que fosse superior a tudo, não se compreendia que uma Constituição pudesse ser positivada – afinal, a ideia de positivação depende logicamente da existência (ou, ao menos, do reconhecimento implícito) de uma entidade suprema, que reúna ao mesmo tempo as prerrogativas do poder e da autoridade.

Essas constituições antigas, então, não eram originadas do exercício de poder político por alguma figura como o povo ou um monarca. Elas eram uma representação da organização que sempre existiu; o direito, nesse sentido, era anterior à política. Esta era exercida no dia-a-dia da *polis* dentro dos limites já determinados por aquele. A política era vista como algo tipicamente humano, mas isso não incluía a produção do direito – pelo menos não desse direito superior, que era a própria constituição da comunidade.

Mas, se a origem da política está no próprio homem, onde estaria a origem do direito? O que significa dizer que o direito sempre existiu? Como se deu o início de tudo? É claro que essas dúvidas também assolaram o homem antigo, que, não menos que o homem moderno, buscava compreender os fenômenos que o circundavam. A diferença está na forma como as soluções foram buscadas: o homem moderno procurou construir sistemas pretensamente perfeitos e acabados, fundados numa racionalidade científica que tinha como parâmetro o método das ciências naturais; já o homem antigo sabia que cada campo do conhecimento tinha seu próprio estatuto epistemológico¹¹³ e que seria vão procurar respostas

1

¹¹³ A título de exemplo, no início de sua "Ética a Nicômaco" Aristóteles já estabelece as bases para o tipo de empreendimento a que ali se propõe, afirmando que "é próprio do homem instruído buscar a exatidão em cada gênero de conhecimento na medida admitida pela natureza do assunto; evidentemente, seria tão absurdo aprovar um matemático que empregasse a persuasão como reclamar demonstrações de um retórico". ARISTÓTELES.

absolutas para questões ligadas à compreensão da vida em sociedade. Então, para lidar com o problema da fundação das comunidades políticas, ele encontrou a solução na história e nos mitos.

O grande defeito de modelos formais criados para permitir a compreensão de uma realidade é justamente que eles nunca serão o seu espelho perfeito. A vida real sempre será mais complexa do que aquilo que os sistemas lógico-formais podem representar. Para utilizar a interessante metáfora de Peter Suber, é como se a realidade fosse um círculo e o modelo formal fosse um polígono inscrito dentro desse círculo. O modelo pode ser mais ou menos acurado: quanto mais lados tiver o polígono, mais próximo ele estará do círculo. Mas, mesmo na melhor das hipóteses, o polígono apenas coincidirá com o círculo em um número finito de pontos salientes. 114 Isso significa dizer que a complexidade da vida nunca será completamente abarcada por construções racionais.

O modelo kelseniano, já mencionado neste item, é um desses sistemas que objetiva permitir a compreensão de um fenômeno, mas que acaba deixando escapar muitas de suas nuances. A própria ideia de uma autoridade superior, que é fundamento de legitimidade para todos as outras partes integrantes do sistema, faz parte dessa simplificação. Como vimos no capítulo anterior, admitir a existência de uma figura que dispensa qualquer justificação ou legitimação prévia provoca diversos paradoxos que não podem ser resolvidos apenas por padrões lógicos. Aqui há espaço, então, para um tipo diverso de racionalidade, uma que se baseie em elementos da história, da cultura e das tradições.

Quando todas as soluções lógicas parecem cair em aporias e círculos viciosos, é natural que o homem reconheça que as respostas para as suas dúvidas estão para além da sua capacidade de conhecimento racional-formal. As lendas ou mitos vêm preencher essa lacuna, ofertando a possibilidade de um outro modo de conhecimento, muito mais fundado na compreensão espontânea do que na explicação analítica. Note-se bem que a compreensão de fenômenos complexos através dos mitos, ao contrário do que normalmente se pensa, não é em nada irracional; esse é um pré-conceito que deriva da ideia de que a racionalidade científica é a única possível, com exclusão de todas as outras¹¹⁵.

É

<u>Ética a Nicómaco</u>. Edición bilingüe y traducción de Maria Araujo e Julián Marías. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Pág. 2.

¹¹⁴ SUBER, Peter. <u>The Paradox of Self-Amendment:</u> a study of logic, law, omnipotence, and change. New York: Peter Lang, 1990.

¹¹⁵ Segundo Ricoeur, o que normalmente se admite em epistemologia da ciência é que haveria uma barreira epistemológica intransponível (uma descontinuidade) entre ciências naturais e ciências humanas; o modelo da explicação, puramente objetivo, caberia para aquelas e o da compreensão, puramente subjetivo, para estas. O que ele procura fazer é questionar essa dicotomia, propondo uma espécie de complementariedade, uma dialética

Então, partindo de uma racionalidade muito mais histórica e literária do que propriamente científica, os mitos sobre a fundação procuravam recriar, através de contos que eram tidos em determinada cultura como reais, o momento de fundação daquela comunidade política, momento esse ao qual a memória e o conhecimento humanos não tinham acesso direto. Desta forma, então, é que se compreendia a origem do direito: aceitava-se que, em um tempo muito remoto, alguma ou algumas figuras míticas haviam dado início à vida daquela sociedade e haviam estabelecido as condições minimamente necessárias ao seu bom funcionamento, muito provavelmente de forma irrevogável. O resultado dessa recriação era de certa forma a substituição da necessidade de um absoluto e a legitimação da ordem vigente com base em uma tradição de longa data.

Talvez a mais famosa lenda sobre a fundação seja aquela do poema épico do autor latino Virgílio, a Eneida. O poema narra a história de Eneias, guerreiro que escapa dos gregos em Troia e embarca com sua família numa longa viagem no mediterrâneo, rumo ao Lácio – local na península itálica onde viria a se estabelecer Roma. A viagem é marcada por diversos infortúnios, acidentes e acontecimentos fantásticos, como a morte de Anquises, pai de Eneias, o naufrágio em Cartago e a descida de Eneias ao mundo dos mortos. Chegando ao seu destino, Eneias encontra resistência dos heróis do Lácio e tem início, assim, a grande batalha que marca a segunda parte do poema. Com a vitória dos troianos, Eneias se torna o ancestral de uma linhagem de figuras míticas, sendo os mais célebres justamente Rômulo e Remo – os fundadores diretos de Roma, a cidade eterna 116.

É interessante notar como esse mito faz algumas combinações que, de um ponto de vista externo, parecem inusitadas ou mesmo sem sentido. Durante toda a história, deuses intervêm para ajudar ou atrapalhar os heróis, com a intenção clara de modificar o curso das ações humanas. O próprio Eneias, que é filho de Vênus, dificilmente obteria sucesso sem o auxílio dado por sua mãe desde a queda de Troia até o final da batalha do Lácio. Questões políticas se misturam a questões familiares – se a guerra descrita no poema se dá em virtude da resistência dos habitantes da região, um motivo não menos importante é o desejo de Eneias de desposar Lavínia, que já havia sido prometida em casamento a Turno, o que faz este guerreiro mobilizar as forças do Lácio contra os troianos. Locações reais mal podem ser

entre explicar e compreender. Sobre essa questão, ver: RICOEUR, Paul. "Expliquer et Comprendre", in: <u>Du Texte à l'Action: Essais d'Herméneutique II.</u> Paris: Éditions de Seuil, 1986. Pág. 161-182.

¹¹⁶ RODRIGUES, Antonio Medina. "A Eneida Virgiliana entre a Vivência e a Narração" (apresentação da Eneida), in: VIRGÍLIO. Eneida. Tradução e notas de Odorico Mendes. Cotia: Ateliê Editorial; Campinas: Editora da Unicamp, 2005. Pág. 9-29.

distinguidas de locações míticas, assim como alguns acontecimentos possivelmente históricos se imiscuem com acontecimentos lendários.

Esse tipo de explicação do momento de fundação, que confunde realidade e fantasia, não era um problema para a cultura romana; muito pelo contrário, era justamente essa origem remota, inatingível e incompreensível o que conferia um alto grau de legitimidade às instituições políticas, jurídicas e sociais. Por sua própria estrutura, o mito possui um significado que vai muito além do seu sentido literal, para provocar uma espécie de sensação ou experiência no ouvinte, uma experiência de pertença ao grupo que culmina numa aceitação das organizações postas. O contar e recontar o mito, transmitindo-o de geração em geração, possui essa força performativa capaz de gerar importantes consequências políticas (ver item 2.2.1). Quebra-se a barreira entre narrar uma história e praticar uma ação no momento em que a própria narração tem alcances mais profundos.

Arendt menciona a lenda de Eneias, bem como a narrativa do êxodo das tribos de Israel do Egito, como histórias de líderes que liberam o povo da tirania, da escravidão. A autora considera relevante a forma como essas histórias se inserem e ao mesmo tempo dão início a uma tradição, possibilitando uma compreensão daquilo que o homem não consegue entender racionalmente. Se Rômulo e Remo, descendentes de Eneias, são os fundadores de Roma, a própria origem dessa cidade é compreendida por Virgílio como uma segunda fundação de Tróia¹¹⁷. Os personagens da Eneida são de certa forma uma reconstituição dos personagens dos poemas de Homero, a Odisseia e a Ilíada, o que a torna parte de uma cultura helênica ainda mais antiga.

O importante de perceber essas narrativas como histórias de libertação é possibilitar a justificação de atos de violência que são inerentes aos momentos de fundação. A violência que destrói uma ordem estabelecida é, pelo menos no que concerne aos critérios dessa mesma ordem, juridicamente injustificável e só pode ser legitimada retroativamente, em função de um resultado que se considera valioso. As lendas helênicas e romanas estão repletas de atos violentos: a guerra e a destruição de Tróia pelo fogo, a morte dos guerreiros do Lácio por Eneias e suas tropas, o fratricídio de Remo por Rômulo. Tudo o que acontece nesses mitos é, naquele momento e em si, injustificável. Entretanto, o fim que se busca opera um tipo diverso de justificação, que não se dá num tempo presente, mas num tempo diferido para o futuro – como diz Derrida, numa espécie de futuro anterior 118.

ARENDT, Hanna. <u>On Revolution</u>, op. cit., pág. 200.
DERRIDA, Jacques. <u>Force de Loi.</u> Paris: Éditions Galilée, 1994. Pág. 87-88.

2.1.3 Compreensão moderna do tema: o fundamento místico da autoridade

Pode-se pensar por um momento que essa discussão a respeito dos mitos não tem nenhum sentido para nós hoje. Com a crença de que podemos compreender todos os fatos da vida de forma exclusivamente racional, descartamos a hipótese de que talvez as relações de poder, de autoridade e de obediência tenham algum significado mais profundo. A tentativa de reconduzir todos os argumentos de qualquer teoria política e social a um mesmo denominador comum – qual seja, a racionalidade científica – é um exemplo da tese que Schmitt lança em 1932, em artigo intitulado "A Era das Neutralizações e Despolitizações".

Segundo o autor, é natural que cada cultura e cada época procurem entender os fenômenos distintos de uma maneira de certa forma unitária, quer dizer, tendo algum eixo central para articulá-las. No texto mencionado, ele faz um panorama dos últimos quatro séculos de história da Europa e constata que, em cada um deles, houve uma determinada dimensão da vida humana ou do conhecimento humano que prevaleceu sobre as outras. A essa dimensão prevalente ele chamou de "área central" (*Zentralgebiet*). A partir dessa ideia, as quatro áreas que correspondem, respectivamente, aos séculos XVI, XVII, XVIII e XIX são: o teológico, o metafísico, o humanitário-moral e, finalmente, o econômico¹¹⁹. O autor reconhece, ainda, que a área predominante na época em que vivia (ou seja, primeira metade do século XX) parece ser a da tecnicidade.

De fato, a racionalidade técnico-científica, aplicada não só às ciências naturais, mas também às humanas e sociais, parece estar até hoje na ordem do dia. Ela age no sentido de impor uma mesma metodologia de investigação para matérias que são em tudo diferentes, como se a análise das relações sociais pudesse ser feita de forma completa e cabal através da utilização de modelos matemáticos. O que essa postura deixa passar despercebido é que a ação humana não é pautada exclusivamente por considerações racionais, não é resultado de um simples cálculo de causas e consequências; pelo contrário, ela sofre a influência de fatores psicológicos e até sensoriais, da forma de percepção que o homem tem do mundo e das pessoas ao seu redor, enfim, de motivos os mais diversos que não são necessariamente racionalizáveis.

A obra fundamental de Weber deixou muito claro que a legitimidade fundada na legalidade é apenas um tipo de legitimidade, e que mesmo ela não pode abdicar completamente de elementos irracionais. A tentativa de aplicar a lógica dedutiva ao direito –

¹¹⁹ SCHMITT, Carl. Der Begriff des Politischen. 7ª edição. Berlin: Duncker & Humblot, 2002. Pág. 80.

através da ideia de que normas se auto-aplicam através de silogismos – tem resultados apenas parciais. Internamente ao sistema, e sob o pressuposto de que se esteja diante de uma situação de normalidade institucional, até se pode compreender que normas derivem logicamente de outras normas, mas fatores reais como aceitação, obediência, aplicação e punição não são meras derivações lógicas. Por trás de um sistema de legalidade, deve haver alguma fonte que seja estranha ao direito (pelo menos ao direito positivo). Do contrário, o ordenamento jurídico se torna um grande paradoxo: o conjunto de normas que "vale porque deve valer" não significa nada mais, nada menos do que um ordenamento que "vale porque vale".

Mesmo se considerarmos que a explicação para a obediência, adotando o esquema weberiano de legitimidade burocrática, é o medo da sanção, precisamos admitir que em algum ponto mais alto da cadeia essa motivação não vai funcionar – quando se tratar da ação do próprio quadro de funcionários do Estado responsável pela execução da sanção, por exemplo. Quer dizer, a atuação das pessoas que constituem esse quadro não depende apenas de dados (supostamente) objetivos, tais como a vigência de determinadas normas ou o exercício legal de determinadas competências. Em se tratando de motivação para a realização de ações sociais, muito mais efetiva que a eventual existência de uma norma jurídica a determinar que tal conduta seja ou não realizada é a crença na legitimidade da autoridade de que essa norma emanou¹²⁰.

O problema central, então, está em descobrir qual é essa fonte externa ao direito. O que, afinal, proporciona a crença na legitimidade de que tanto fala Weber? Ela também é uma espécie de fé, que não difere tanto em princípio e em funcionamento dessa crença que os antigos tinham nas lendas. Por mais que tentemos explicar a legitimidade jurídica e política em termos cientificamente aceitáveis, a racionalização extrema apenas vai fazer com que cheguemos à conclusão de que não há sentido exclusivamente racional para a autoridade. A obediência a um poder político pode ser muito coerente quando ela estiver ligada à proteção — ou seja, quando na contrapartida da obediência estiver a garantia da segurança ¹²¹. Mas isso ainda não explica porque eu devo obedecer a essa autoridade e não a outra, que eventualmente

.

¹²⁰ Como afirma Celso Lafer, a concepção de legitimidade em Weber é eminentemente subjetivista, pois "está ancorada numa visão fiduciária de legitimidade, baseada na crença dos governados e na credibilidade de uma reserva de poder dos governantes". LAFER, Celso. "A Legitimidade na Correlação Direito e Poder: uma leitura do tema inspirado no tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale", in: ZILLES, Urbano (coord.) Miguel Reale: estudos em homenagem a seus 90 anos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. Pág. 100.
121 A correlação entre proteção e obediência é, sem dúvida, o principal mote do Leviatã de Hobbes. Schmitt

A correlação entre proteção e obediência é, sem dúvida, o principal mote do Leviatã de Hobbes. Schmitt aborda a questão hobbesiana colocando ambos, proteção e obediência, na base de um diagrama que representa um esquema de legitimidade do poder, ao que ele chama de "Cristal de Hobbes". Ver: SCHMITT, Carl. <u>Der Begriff des Politischen</u>. 7ª edição. Berlin: Duncker & Humblot, 2002. Pág. 122.

teria a mesma capacidade de me proporcionar proteção, muito menos justifica a adesão a movimentos revolucionários, que potencialmente colocam em risco a segurança de todos.

Além disso, no grau de desenvolvimento político a que chegamos, há ainda alguns outros valores que consideramos tão ou mais importantes que a mera segurança – por exemplo, a liberdade, a privacidade, a democracia. Enquanto esses valores estiverem sendo respeitados, a autoridade fica como que envolta em um "manto místico", algo que a torna intocável, de certa forma superior. É apenas quando esses valores são desrespeitados que começamos a questionar – e o questionamento por si só tem um efeito desconstrutor, pois coloca em xeque a própria constituição do poder, fundamentado que está em um certo grau de opacidade. Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, "o exercício do poder nunca é crítico, pois sempre pressupõe o desconhecimento social de sua constituição objetiva como condição do exercício" Quer dizer, a opacidade do poder e, principalmente, de sua gênese é condição de possibilidade para o exercício desse mesmo poder; a aceitação e o reconhecimento são, por sua vez, a contrapartida da opacidade.

Disso se conclui que o "fundamento místico da autoridade", para utilizar expressão de autoria de Blaise Pascal, ainda hoje tem uma importância que não deve ser subestimada. Pode-se dizer que esse fundamento místico, assim denominado porque se trata de algo irracional ou não completamente racionalizável, possui basicamente dois níveis: o primeiro consiste no simples costume inconsciente, na tradição, que baseia a crença de que aquilo que sempre foi observado deve continuar valendo indefinidamente; o segundo consiste em um grau mais profundo de aceitação, algo como um costume consciente, baseado na ideia de que a autoridade deve ser respeitada porque e enquanto observa e promove certos valores escolhidos por determinada comunidade como fundamentais.

Sobre essa questão, vale a pena transcrever pequeno trecho extraído dos Pensamentos de Pascal:

Dessa confusão advém que um diz que a essência da justiça é a autoridade do legislador; outro, a comodidade do soberano; outro, o costume presente, e é o mais seguro. Nada, segundo a razão apenas, é justo por si, tudo balança com o tempo. O costume é toda equidade, pela simples e só razão de que é recebido. É esse o fundamento místico de sua autoridade. Quem a reduzir ao seu princípio a aniquilará. 123

PASCAL, Blaise. Pensamentos. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Pág. 23 (pensamento número 60; sem grifo no original).

¹²² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. <u>Estudos de Filosofia do Direito: Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito.</u> São Paulo: Editora Atlas, 2002. Pág. 57.

Esse fragmento explicita o costume como sendo o fundamento místico da autoridade. É importante esclarecer que, ao falar da essência da justiça e afirmar que "nada (...) é justo por si", Pascal não está exprimindo sua própria opinião, mas sim aquela do senso comum à época em que escreve (meados do séc. XVII). O autor escreveu essa obra, afinal, justamente para fundamentar e difundir os diversos aspectos da crença católica, entre eles o da justiça divina. De toda sorte, o trecho é bastante ilustrativo porque a partir dele podem-se inferir esses dois níveis que foram mencionados anteriormente: o primeiro, do "costume presente", e o segundo, da aceitação baseada em valores (no caso, valores da fé cristã).

Isso tem relevância para o tema dos limites ao poder constituinte originário na medida em que o agente que desejar promover uma nova ordem constitucional deverá levar em conta esses fatores "místicos" que fundamentam a legitimidade do poder político. São eles – os costumes, a tradição, os valores morais compartilhados, as crenças religiosas – que garantirão seu sucesso ou determinarão o seu fracasso. Se é correto dizer que todo governo, mesmo já instituído e estabelecido, necessita desse acréscimo de legitimidade proveniente de elementos externos ao direito, tanto mais isso é verdade quando um novo poder pretende se impor e constituir um novo ordenamento jurídico, sem que para tanto encontre qualquer autorização ou justificativa no direito vigente.

2.2 Limites intrínsecos à democracia: as "regras do jogo" e as liberdades fundamentais

Como exposto no início do capítulo, o objetivo desta parte do trabalho é fornecer uma visão alternativa à ideia de que o poder constituinte pode ser exercido independentemente de vínculos e limites determinados pelo direito. Vimos acima como os mitos ajudam na compreensão da inexistência de rupturas absolutas e de vácuos em que o poder possa ser praticado de forma arbitrária, através do enquadramento de todo movimento de inovação política em uma tradição jurídica. Analisaremos agora como o poder constituinte pode ter sua atuação internamente limitada, levando em consideração que os próprios objetivos que ele se propõe a realizar impõem uma forma mínima ao seu curso de ação. Desconsiderar essa forma significa agir em sentido contrário ao que supostamente se pretenderia empreender, ocasionando uma contradição entre a situação teoricamente desejada e a efetivamente executada.

2.2.1 A força performativa do ato de instituição

Falou-se anteriormente que o mito possui um sentido performativo, quer dizer, um sentido que ultrapassa seu significado literal, pois provoca alguma espécie de vivência no ouvinte. O mito é, sobretudo, linguagem, literatura, ou uma forma de atualização e realização da língua em que falante e ouvinte se colocam como participantes de uma mesma tradição. Queremos nesse item sugerir, analogamente, que o ato de instituição de um corpo político também possui um sentido que vai além da tomada da decisão fundamental e da criação de uma comunidade. Esse ato realiza uma mediação entre, de um lado, os valores, os costumes, as instituições e a tradição compartilhada e, de outro, aquilo que valerá daqui por diante como ordem positiva vigente. Ao fazer isso, ele mesmo produz a autoridade que servirá como referência de legitimidade para o novo ordenamento; ele processa os "elementos místicos" que fundamentam o poder e se torna, ele próprio, uma espécie de mito para as gerações futuras.

Para poder fazer essa analogia, precisamos compreender o ato de fundação como um ato de linguagem, produzido pela interação e comunicação complexa entre falantes e ouvintes. É certo que os momentos de ruptura e revolução são muitas vezes acompanhados de atos de violência, e talvez ela seja mesmo necessária para efetuar a destruição de uma ordem que se pretende substituir. Mas essa violência não será capaz de produzir uma nova ordem se a ela não se agregar a ação verdadeiramente política, que é baseada na fala e no diálogo. O homem, afinal, não é um animal político porque possui força, mas sim porque possui *logos* ¹²⁴. Só a comunicação e a atuação em concerto entre vários agentes é que tem essa capacidade construtiva.

A instituição de uma comunidade, então, se dá a partir da constatação de que um grupo de pessoas deseja erigir uma obra em comum e o meio para que isso se concretize é o diálogo, a deliberação e a troca de compromissos recíprocos. Mas o objetivo desse trabalho em conjunto não é apenas a obra externa que dali resultará (um novo Estado; uma nova Constituição; novas instituições políticas, etc.), mas também a formação de um vínculo duradouro e significativo entre as pessoas que decidiram se unir. A participação em um empreendimento de grupo implica o comprometimento com a busca dos melhores resultados possíveis para aquela obra, o que é sinal da vinculação mútua que se estabelece entre seus autores.

_

¹²⁴ Conferir nota de rodapé nº 99.

Em uma passagem ligeiramente enigmática de "Sobre a Revolução", Arendt utiliza-se novamente de seu método etimológico-fenomenológico para fazer uma relação entre a palavra latina *principium* e os conceitos de início e princípio. Ela afirma que o ato de instituição contém em si um princípio que ilumina e confere significado às ações políticas realizadas em seu seio. Esse princípio continua surtindo efeitos mesmo após o momento revolucionário, como se fosse uma espécie de prolongador do sentido da fundação. Diz a autora:

O que salva o ato do iniciar de sua própria arbitrariedade é o fato de que ele carrega consigo seu próprio princípio, ou, para ser mais precisa, que início e princípio, *principium* e princípio, são não apenas relacionados um com o outro, mas são coevos. (...) o princípio inspira as ações que se seguem e permanece aparente enquanto durar a ação. E não é apenas a nossa língua que ainda deriva "princípio" do Latim *principium* (...); a língua grega, num acordo impressionante, conta a mesma história. Pois a palavra grega para início é ἀρχή [arché], e ἀρχή significa tanto início quanto princípio. ¹²⁵

A ideia que Arendt pretende formular é a de que o ato de fundação, que é o momento de início de uma comunidade e de um ordenamento político-jurídico, revela em si mesmo uma lei para a ação política; ou seja, o que se entende aqui por princípio da ação não é algo como um objetivo ou finalidade a ser buscada, mas antes um critério para o julgamento da correção da ação. A forma como as decisões são tomadas nesse momento de instituição é que desvela esse princípio, que servirá então como paradigma para as deliberações futuras. Eis aqui o caráter performativo da fundação: além de resultar em uma obra externa à ação, ela produz intrinsecamente um elemento de autoridade que é responsável pela quebra da cadeia de regressões infinitas em busca de um absoluto.

Na compreensão usual sobre o poder constituinte, a ação revolucionária se encontra em um desses dois polos: ou o direito se resume ao direito positivo e a atuação do poder constituinte, por ser ilegal e inconstitucional, é arbitrária e juridicamente injustificável; ou o direito tem uma fundamentação que está para além do que foi positivado pelo homem e o poder constituinte pode ser justificado por referência a esse elemento externo, seja ele Deus, ou a natureza, ou a razão. O que essa noção de performatividade da fundação procura oferecer é uma solução intermediária, que evite o recurso a um absoluto, já que os assuntos humanos são essencialmente relacionais, sem que isso signifique a concessão de um papel à arbitrariedade na política.

¹²⁵ ARENDT, Hannah. On Revolution, op. cit. Pág. 205, grifo no original.

Mas, para que essa alternativa se torne compreensível, é necessário que a ideia de princípio intrínseco adquira maior concreção. Dizer que o ato de fundação produz *algo a mais* significa afirmar que a obra do poder constituinte não será ilegítima em virtude da ausência de um fator externo e superior de autoridade, mas encontrará sua legitimidade justamente no princípio de colaboração mútua sobre o qual a ação revolucionária se fundamenta. Como já foi mencionado neste item, a política se realiza através da fala e do diálogo, o que pressupõe o desejo e o comprometimento de diversas pessoas a participarem de um empreendimento comum, independentemente e apesar de eventuais desacordos que possam surgir. O princípio inerente à fundação de uma comunidade política é, então, justamente o compromisso de parte a parte com o estabelecimento e a preservação de uma nova ordem.

Tratando do exemplo da revolução americana, Arendt afirma que "o princípio que veio à luz durante aqueles anos fatais em que a fundação foi posta – não pela força de um arquiteto, mas pelo poder combinado dos muitos – foi o princípio interligado da *promessa mútua e deliberação comum*"¹²⁶. A Constituição dos Estados Unidos não precisaria, assim, derivar sua legitimidade de um evento anterior ao seu surgimento, pois a própria promessa emitida por seus criadores seria capaz de conferir-lhe validade. Aliás, não parece ser por acaso a definição do princípio como uma promessa mútua, uma vez que a promessa é o exemplo por excelência de ato ilocucionário¹²⁷: ao dizer "eu prometo que (...)", não estou apenas emitindo um enunciado, mas estou efetivamente fazendo alguma coisa, realizando o ato de prometer. Ao praticar tal ato de fala, estou me vinculando a buscar determinado objetivo e, simultaneamente, justificando o curso de minhas ações futuras.

Não é qualquer início, entretanto, que tem essa capacidade de produzir o elemento de legitimidade que justificará a validade e vigência de um novo ordenamento, simplesmente pelo fato de que nem todo início contém em si a promessa mútua como princípio da ação. Quando a fundação não se dá através da comunicação, do diálogo e do compromisso, mas sim da imposição da força de uns sobre os outros, o único princípio que se poderia extrair daí é a violência. Mas o governo baseado na violência e na ameaça é exatamente o oposto do governo legítimo e, em última análise, sequer realiza a verdadeira política. São essenciais, então, a forma como se dá o estabelecimento dessa ordem e os procedimentos adotados para a consecução dos objetivos comuns, pois deles dependerá a aceitação da autoridade da fundação.

_

¹²⁶ Idem, ibidem, pág. 206, sem grifo no original.

¹²⁷ SEARLE, John R. <u>Speech Acts: an essay in the philosophy of language.</u> Cambridge: Cambridge University Press, 2005. Pág. 54 e seg.

Em outras palavras, o ponto é que a autoridade necessária para conferir legitimidade e estabilidade a uma ordem jurídica, política e social não precisa ser buscada fora dessa própria ordem, como em algum modelo de soberania que coloca um poder absoluto e irresponsável como origem de tudo. A autoridade do ordenamento pode ser encontrada em seu próprio processo de fundação, sob a condição de que esse início tenha se dado de maneira colaborativa, enfrentando o desafio representado pela ação coletiva em uma sociedade plural. Nas palavras de Jeremy Waldron, "a dignidade da legislação, o fundamento de sua autoridade e a sua pretensão de ser respeitada por nós tem a ver com o tipo de realização que ela é. Nosso respeito pela legislação é em parte o tributo que devemos pagar para a realização da ação concertada, cooperativa, coordenada ou coletiva nas circunstâncias da vida moderna." 128

2.2.2 Papel e relevância do procedimento

Partindo do pressuposto de que a sociedade contemporânea é de enorme complexidade e pluralidade, não podemos esperar que haja unanimidade no momento de tomada da decisão fundamental, que caracteriza o início de um corpo político enquanto tal. É certo que a operação realizada por uma Constituição consiste na transformação em normas jurídicas dos valores mais altos compartilhados por uma comunidade, de forma que se poderia imaginar que, justamente por se tratar de valores muito abstratos e abrangentes, haveria aí possibilidade de uma decisão unânime. Mas essa não é a realidade que percebemos historicamente e, mesmo em tese, a hipótese parece não funcionar muito bem, já que em sociedade pluralistas a característica principal é o dissenso, e não o consenso. Pa própria formulação e interpretação do que sejam esses valores, ainda que eles sejam vagamente compartilhados, é capaz de gerar disputas.

Além disso, a elaboração de uma Constituição também implica uma tomada de decisão sobre questões bastante contenciosas: qual a forma de Estado e de governo que será adotada? Quais serão as principais instituições e como se dará o seu funcionamento? Qual o regime econômico? Como se dará a relação entre Estado e sociedade? Por já possuírem um grau de concretude bastante significativo, esses são problemas que podem ocasionar controvérsias de difícil solução. Realisticamente, a comunidade não se une em virtude de um consenso sobre todas essas questões. Deve haver, entretanto, alguma coisa que a una, pois do

¹²⁹ É o que defende Waldron: "Na política, desacordo em matéria de princípio, como eu enfatizei, é a regra, e não a exceção." WALDRON, Jeremy, op. cit., pág. 15 (tradução própria).

¹²⁸ WALDRON, Jeremy. <u>Law and Disagreement.</u> Oxford: Oxford University Press, 2004. Pág. 101 (tradução própria).

contrário o desacordo poderia continuar indefinidamente e uma decisão em comum simplesmente não seria possível, se é que seria desejável.

O que une essas pessoas, que têm opiniões as mais diversas sobre os caminhos a serem adotados pela Constituição, é a vontade de agir em concerto ou o desejo de construir uma obra comum – algo que foi chamado pela filosofia política clássica de concórdia ou amizade política. Então, uma vez estabelecido que se queira viver em comunidade e produzir algo coletivamente, a questão premente muda de enfoque. O problema fundamental deixa de ser *quais* serão os exatos contornos desse corpo político, para se tornar *como* a decisão sobre esses contornos será alcançada. Não será através da unanimidade, isso é certo. Deve-se encontrar algum caminho para compatibilizar as diferenças, observando e compondo as diversas opiniões de maneira construtiva.

Nesse ponto é que adquire importância o procedimento adotado no momento da instauração de um corpo político. Através de um procedimento complexo, e não de uma resolução unânime, é que a comunidade irá resolver as suas controvérsias. A decisão a respeito das "regras do jogo" é o ponto de partida para que as demais decisões sejam consideradas como decisões do grupo, pertencentes a todos os seus membros, e não somente àqueles que eventualmente formem uma maioria. Nesse sentido, a justiça do procedimento é uma condição necessária para que as deliberações e os caminhos adotados pela comunidade também sejam aceitos como justos 130. Ou seja, o respeito recíproco às "regras do jogo" é responsável por garantir a participação de todos, ainda que indiretamente, nas tomadas de decisão relevantes para seu destino, o que implica, por sua vez, o respeito às conclusões que a partir daí forem alcançadas.

Participação, nesse contexto, é uma palavra-chave. Um dos elementos essenciais da democracia, além da igualdade entre os participantes, é a liberdade — entendida aqui não tanto como ausência de impedimentos, mas principalmente como autonomia. Ser autônomo significa ter a capacidade de dar a si mesmo a própria lei, ou seja, poder guiar as próprias ações a partir de critérios definidos por si mesmo como corretos. A ideia de liberdade-autonomia tem um conteúdo moral muito claro, mas o que mais nos interessa aqui é seu significado político. Quando não estamos lidando com uma situação de ação individual, mas sim de ação coletiva — passando, portanto, do problema estritamente moral para o problema político —, a autonomia consiste justamente em participar da elaboração da lei que valerá universalmente. Ainda que eu tenha ficado do lado da minoria que saiu perdedora, a decisão é

¹³⁰ Se a justiça do procedimento é também uma condição *suficiente* para que os resultados sejam justos é uma longa discussão que, por ora, não cabe nos limites deste trabalho.

legítima porque o procedimento aceito por todos foi observado e porque a minha posição foi levada em consideração e respeitada como igualmente valiosa.

É claro que esse procedimento, capaz de legitimar as decisões do grupo, não pode ser qualquer um. A ideia de um procedimento simplesmente formal, absolutamente indiferente a valores e vazio de conteúdo, não condiz com essa força autorizadora que se lhe atribui. Muito pelo contrário, a forma expressa por ele deve ser um reflexo dos valores considerados mais importantes por aquela comunidade, sejam aqueles que ela já esposa e procura realizar desde sempre, sejam aqueles que ela deseja ver efetivados daqui para frente. Como observa Waldron, as regras procedimentais não são convenções arbitrárias sem nenhuma significância filosófica intrínseca, o que é sugerido pela enorme similaridade entre procedimentos parlamentares ao redor do mundo. Embora o argumento do autor se refira mais diretamente a regras procedimentais adotadas para a elaboração de leis em países que já possuem uma Constituição, ele parece ser igualmente aplicável, talvez com ainda mais razão, para os casos de elaboração originária de uma lei fundamental.

Em uma sociedade que valoriza a liberdade e a democracia, por exemplo, haverá desde logo algumas exigências quanto ao tipo de procedimento que se quer ver instaurado para a tomada da decisão fundamental. Ele deverá permitir a participação mais ampla possível dos afetados, garantindo que todos tenham a mesma capacidade de influenciar no resultado final, bem como concedendo chances iguais para a manifestação das diversas opiniões. Uma Constituição elaborada sem a observância desses requisitos – seja ela imposta por um poder central, seja por uma potência externa àquele corpo político – só terá boas chances de sucesso se a própria comunidade não considerar importante a participação democrática e, em última análise, se ela não desejar exercer o seu poder constituinte. Afinal, como vimos no capítulo anterior, o poder constituinte não é democrático por acidente, mas por definição.

Apenas essa constatação já confere um conteúdo bastante importante ao procedimento. Uma Constituição que se pretenda democrática deve ser, ela mesma, elaborada democraticamente; a imposição de uma democracia, ou seja, a determinação a partir de meios autoritários de que um regime político democrático deve ser adotado só pode ser considerada uma situação anômala, que já nasce contendo uma séria contradição interna. Não se pretende com essa colocação defender alguma espécie de justiça procedimental pura, o que de certa forma significaria dizer que, em sendo seguido o procedimento correto, a melhor decisão possível seria alcançada. Em tese, mesmo procedimentos ótimos podem ter consequências

.

¹³¹ WALDRON, Jeremy, op. cit., pág. 76.

insatisfatórias, uma vez que existem inúmeros outros elementos capazes de influenciar nesses resultados. É certo, porém, que a escolha das regras procedimentais possui implicações relevantes, de forma que a busca por um procedimento de qualidade é indispensável.

Do ponto de vista da ciência política, a tentativa de desenhar um esquema ótimo para a tomada da decisão fundamental foi empreendida por Elster, em artigo cujo título é bastante sugestivo: "The Optimal Design of a Constituent Assembly" Nesse esforço, o autor procura estabelecer algumas condições que normalmente favorecem o trabalho de uma assembleia que tenha por tarefa elaborar uma Constituição, tudo isso tendo por base a análise comparativa da experiência de vários países e já partindo do pressuposto de que não se trata de uma democracia direta, mas de um procedimento representativo. Elster chega, assim, a algumas conclusões interessantes:

- (i) Convenções (ou assembleias) constituintes eleitas unicamente para o fim de deliberar uma Constituição são superiores a regimes mistos, em que a assembleia acumula também outras tarefas, como as legislativas ordinárias;
- (ii) O modo de eleição dos constituintes deve favorecer a representação dos diversos segmentos da sociedade, o que pode ser alcançado através de uma representação proporcional que permita a eleição de constituintes de partidos minoritários, não favorecendo apenas representantes de algum ou alguns setores majoritários;
- (iii) O sufrágio deve ser universal, o que significa que não pode haver discriminação entre eleitores e não-eleitores com base em critérios arbitrários, tais como renda, posição social, etnia, etc.;
- (iv) A publicidade dos trabalhos constituintes deve ser limitada, evitando-se, por exemplo, a divulgação dos votos de cada um dos representantes em todos os temas debatidos, o que poderia levar a que eles se recusassem a mudar de opinião após o debate, ou mesmo impedir que eles revelassem sua verdadeira opinião sobre determinado assunto, por motivos e interesses diversos;
- (v) Deve haver ratificação popular do texto final aprovado pelos constituintes, o que seria a forma de torná-los responsáveis politicamente (*accountable*), já que eles não estão sujeitos ao crivo das próximas eleições (pelo menos nesse modelo proposto por Elster, em que assembleia constituinte e parlamento ordinário não se confundem).

É claro que essas sugestões, mesmo se seguidas à risca, de forma alguma garantem uma qualidade indefectível para o produto final. Algumas delas são, inclusive,

_

¹³² ELSTER, Jon. "The Optimal Design of a Constituent Assembly". Prepared for the colloquium on "Collective wisdom", Collège de France May 2008.

bastante discutíveis, como aquela relativa à publicidade dos trabalhos constituintes. De toda sorte, como coloca o próprio autor, "a questão relevante é, entretanto, se é possível eliminar ou minimizar determinadas características que, do ponto de vista *ex ante*, são suscetíveis de levar a tendências de um tipo ou de outro"¹³³.

A constatação de que o procedimento produz uma influência óbvia e imediata no resultado das decisões leva a crer que seria no mínimo imprudente afirmar que o poder constituinte estaria livre para adotar toda e qualquer forma possível; a experiência histórica, que não pode ser ignorada, já demonstra quais são os tipos de procedimentos mais ou menos sujeitos a falhas. Além disso, um poder constituinte que se pretenda democrático ou que procure estabelecer uma democracia como regime político ordinário deve, ele mesmo, adotar procedimentos democráticos e já fomentar, assim, um saudável gosto pela democracia na população.

2.2.3 Democracia, liberdade e liberdades

O consagrado texto de Benjamin Constant, "Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos" instaurou um paradigma na filosofia do direito e na filosofia política, a partir do qual se afirma que há duas espécies distintas de liberdades. A primeira é a que Constant atribui aos cidadãos das democracias da antiguidade e consiste na liberdade de participação política, ou seja, na possibilidade de tomar parte nas tomadas de decisões sobre os assuntos de interesse da *polis*. A segunda espécie é identificada com a modernidade e consiste, por sua vez, na liberdade do indivíduo frente ao Estado. É o direito de ver-se intocado, em relação a algumas liberdades fundamentais, pela atuação do poder público.

Enquanto a primeira se trata de um direito de participar da coisa pública, de influenciar nas decisões coletivas que afetarão a própria vida, a segunda se relaciona muito mais com a preservação de certos aspectos da vida privada que devem permanecer imunes às ingerências da coletividade. Uma poderia ser chamada de liberdade política (ou positiva), pois coloca o indivíduo em seu papel de cidadão, de integrante da esfera pública de uma coletividade; a outra poderia ser chamada de liberdade privada (ou negativa), pois significa a existência de um espaço de individualidade que justamente não pode ser tocado pelas decisões políticas.

¹³³ Idem, ibidem, pág. 3 (tradução própria).

¹³⁴ CONSTANT, Benjamin. "Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos", in: Revista Filosofia Política no. 2, 1985.

No ensaio "Two Concepts of Liberty", Isaiah Berlin coloca que a noção de liberdade positiva procura responder à pergunta "o que ou quem é a fonte de controle ou interferência que pode determinar alguém a fazer ou ser tal coisa em detrimento de outra?", ao passo que a de liberdade negativa diz respeito à questão sobre "qual é a área na qual o sujeito – uma pessoa ou grupo de pessoas – é ou deveria ser livre para fazer ou ser o que for capaz, sem interferência de outras pessoas?". ¹³⁵A utilização da mesma palavra não deve impedir a essencial distinção entre os conceitos. Com uma construção bastante engenhosa, o autor faz uma diferenciação entre "liberdade *para*" (no original, "liberty *to*"), no sentido de liberdade para agir e participar das decisões da comunidade política, e "liberdade *de*" (no original, "liberty *from*"), significando a liberdade da interferência e da coerção provocada pelos outros na minha esfera individual.

A interpretação mais clara e, talvez, mais superficial desses dois conceitos é aquela que coloca a liberdade positiva como uma característica de um regime político específico, qual seja, a democracia, enquanto que a liberdade negativa não teria necessariamente um conteúdo político, mas muito mais econômico, constituindo o aspecto nevrálgico do pensamento liberal. O liberalismo não seria, nessa visão, sequer uma doutrina política, pois seu foco seria essencialmente a preservação do privado contra o público, não possuindo uma formulação clara sobre como se deveria constituir esse espaço público e como deveriam ser tomadas as decisões políticas. Importante é que essas decisões, independentemente da forma como tenham sido alcançadas, não afetem o âmbito privado de cada indivíduo.

Assim é que alguns teóricos chegam a contrapor essas duas liberdades ao colocarem frente a frente a democracia e o liberalismo. Um regime verdadeiramente democrático seria aquele que permite a participação de todos os integrantes da comunidade (exigido apenas que se atinjam certos critérios relativos, por exemplo, à idade ou à capacidade civil), seja diretamente ou através de representação, das decisões relevantes para o grupo. O conteúdo dessas decisões estaria automaticamente legitimado, justamente por ter sido determinado por todos – ou, caso não tenha sido decidido unanimemente, por ter sido fruto de um procedimento ao qual todos conferiram adesão (ver item 2.2.2). Já o liberalismo procuraria excluir de antemão a possibilidade de determinados conteúdos, ou seja, a viabilidade de que sejam tomadas decisões públicas sobre determinados assuntos considerados eminentemente privados. Nesse sentido, mesmo uma decisão tomada por todos

_

¹³⁵ BERLIN, Isaiah. "Two Concepts of Liberty", in: BERLIN, Isaiah. <u>Four Essays on Liberty</u>. Oxford: Oxford University Press, 1969. Pág. 2.

seria ilegítima caso viesse a invadir o espaço do privado. Sobre esse ponto, merece ser citado novamente Berlin, pela clareza de sua exposição:

A liberdade nesse sentido [negativo] não é incompatível com alguns tipos de autocracia, ou de qualquer maneira com a ausência de autogoverno. Liberdade nesse sentido concerne principalmente à área do controle, não à sua fonte. Assim como a democracia pode, de fato, privar o cidadão individual de muitas liberdades que ele poderia ter em outra forma de sociedade, é perfeitamente concebível que um déspota com ideias liberais permita aos seus súditos uma grande medida de liberdade pessoal. 136

Uma combinação desses dois conceitos não resultaria em uma democracia pura, mas em uma democracia mitigada ou atenuada por um princípio liberal, da mesma forma que uma monarquia ou aristocracia também poderiam ser modificadas pela adoção dessa visão de liberdade negativa 137. Note-se que essa contraposição entre liberdade positiva e negativa coloca o regime político democrático como conceitualmente independente da ideia de preservação de liberdades privadas, ou seja, o conceito de democracia seria por definição autárquico e alheio a uma certa concepção prévia sobre o que poderia ou não ser deliberado e decidido politicamente. A aceitação da existência de um espaço privado intocável poderia constituir, no máximo, um limite externo à própria democracia.

A interpretação que separa estanquemente a liberdade política da liberdade privada, a democracia do liberalismo, não é, porém, a mais adequada. É certo que a maneira como Constant coloca as duas temáticas parece levar a uma dicotomia bastante acentuada; por outro lado, o próprio autor alerta que "longe (...) de renunciar a alguma das duas espécies de liberdade (...), é preciso aprender a combiná-las"¹³⁸. A concepção que se defende aqui é a de que a própria democracia não pode ser corretamente compreendida sem que, intrinsecamente ao seu conceito, estejam incluídas determinadas liberdades fundamentais.

Para seguir com a construção dessa ideia precisamos estabelecer, pelo menos provisoriamente, um conceito mínimo de democracia. Um bom ponto de partida parece ser a famosa afirmação de Lincoln de que a democracia consiste no governo do povo, para o povo e pelo povo¹³⁹. O governo *do* povo significa que se trata de um regime político ao qual todos os

¹³⁶ Idem, ibidm, pág. 7.

¹³⁷ É o que argumenta Schmitt na sua Teoria da Constituição: "As consequências e efeitos dos princípios políticos [identidade e representação] são limitados e temperados pelos princípios liberais de forma peculiar. Com essas constituições modernas, os Estados são monarquias (constitucionais) limitadas ou democracias (constitucionais) limitadas." SCHMITT, Carl. <u>Verfassungslehre</u>. 9ª edição. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. Pág. 216 (tradução própria).

¹³⁸ CONSTANT, Benjamin. "Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos", op. cit., pág. 7.

¹³⁹ LINCOLN, Abraham. "The Gettysburg Address". Project Gutenberg, n.d. *eBook Collection (EBSCOhost)*. Web. Página visitada em: 16 de julho 2012.

integrantes de uma comunidade estão igualmente submetidos, sem distinções quanto a classes sociais, origem étnica, crença religiosa, etc.; o governo *para* o povo significa que a finalidade do poder público deve ser o bem de todos ou, mais concretamente, que as opiniões e interesses de todos os membros devem ser seriamente levadas em consideração ¹⁴⁰; por fim, o governo *pelo* povo significa que uma classe ou elite dominante não pode monopolizar a tomada das decisões políticas, ainda que para o bem do povo, mas que é esse povo como um todo que deve alcançá-las.

Das três partes do conceito sugerido, a última parece ser a menos controversa. De fato, a democracia normalmente é entendida como um regime político em que o povo tem a capacidade de autogovernar-se, de dar a si as próprias leis, de reger-se autonomamente. Para que tal estado de coisas seja possível, algumas condições mínimas devem ser atingidas:

- (i) O povo deve ser capaz de formar e professar as próprias opiniões e crenças, sem imposição de opiniões externas ou "oficiais", o que também implica admitir que opiniões as mais diversas e plurais floresçam e convivam no seio de uma mesma comunidade;
- (ii) essas opiniões devem poder ser expressas livremente, para que o debate público leve em consideração, igualitária e efetivamente, as diversas visões de mundo e os diversos aspectos que envolvem a resolução de um mesmo problema;
- (iii) as pessoas que compartilham das mesmas opiniões e crenças devem poder associar-se pública e politicamente, com a intenção de disseminar essas opiniões e de fortalecer seu ponto de vista no momento do debate aberto;
- (iv) esse povo deve ser politicamente consciente, ou seja, deve conhecer e compreender as principais questões que envolvem sua própria existência política enquanto comunidade, bem como, em um nível mais concreto, os principais problemas atinentes ao governo da coisa pública.

A cada uma dessas condições da democracia poderíamos associar uma ou algumas liberdades que, conforme aquela distinção, seriam caracterizadas como liberdades negativas. A capacidade de formar e professar as próprias opiniões está diretamente ligada com a liberdade de crença em sentido amplo, o que abrangeria a liberdade religiosa e a liberdade de opinião. É claro que essas são questões primariamente de foro íntimo, mas a sua importância para o debate público não pode ser diminuída. A maior parte dos temas políticos

¹⁴⁰ Esse parece ser o argumento de Dahl ao afirmar que uma das condições *sine qua non* da democracia é que as preferências e opiniões de todos os cidadãos, considerados como politicamente iguais, sejam igualmente levadas em consideração e pesadas pelo governo, "sem discriminação em razão do conteúdo ou da fonte da preferência". DAHL, Robert. <u>Polyarchy: Participation and Opposition.</u> New Haven: Yale University Press, 1971. Pág. 2 (tradução própria).

são, afinal, derivados de uma divergência, uma discordância em relação a temas morais relevantes. Essa divergência, longe de ser prejudicial à democracia, é essencial a ela e constituiu o próprio cerne da política realizada em sociedades plurais e complexas.

Mas de nada serviria a liberdade de crença se ela não fosse associada à liberdade de expressão. Uma concepção de mundo só adquire relevância política quando ela é levada ao grande público, quando ela efetivamente começa a ser objeto de debate. A democracia implica que as pessoas possam expressar suas opiniões sem o receio de serem impedidas ou oprimidas por algum poder público, o que também significa que elas possam fazer oposição aberta às ideias ou ao próprio grupo que atualmente detém esse poder. Poder-se-ia acrescentar aqui, como um subtipo da liberdade de expressão, a liberdade de manifestação das diversas posições políticas através do voto. As liberdades de expressão, oposição e voto, assim, podem ser consideradas liberdades negativas, mas não há dúvidas de que elas integram o próprio conceito de democracia.

Outra liberdade que está muito próxima da democracia, entendida como um regime político que valoriza o pluralismo e o autogoverno, é a liberdade de associação, que possibilita a formação de organizações civis para a defesa dos mais diversos interesses, de associações profissionais e de classe e, sobretudo, de partidos políticos. São essas associações que definirão a pauta do debate público, articulando ideias complexas em forma de programas mais concretos e realizáveis e organizando as próprias pessoas de modo a buscarem seus objetivos com mais eficiência. Especialmente os partidos políticos têm um papel de primeira importância no modelo de democracia representativa que conhecemos hoje, pois são responsáveis pela intermediação entre o povo, titular do poder, e aqueles que o exercem em seu nome. Não há como se pensar, no estágio de organização social a que chegamos hoje, em uma democracia que dispense a liberdade de formação de tais entidades.

Por fim, em relação à necessidade de o povo estar ciente dos principais problemas políticos existentes em sua comunidade, é essencial que haja liberdade de imprensa, pois é através da mídia que essas questões chegarão ao conhecimento de todos. Não basta, frise-se, que exista apenas um meio de comunicação oficial ou, ainda, que as mídias sejam de alguma forma controladas pelo governo. É a diversidade dos meios de comunicação disponíveis à população e a liberdade da informação ali veiculada que possibilitará ao povo a ciência das variadas versões e pontos de vista sobre uma mesma questão, de forma que cada um possa ter seu próprio convencimento e formar sua própria opinião.

Esses são apenas alguns exemplos de liberdades que podem ser pensadas, a um só tempo, como integrantes tanto do âmbito do privado quanto do público. Para a doutrina

liberal, elas representam limites materiais a qualquer poder que pretenda tomar decisões políticas válidas para todo o grupo, pois integram aquele núcleo que não poderia ser violado nem mesmo sob a justificativa de que a decisão teria sido alcançada coletivamente. Uma forma diferente de compreendê-las, entretanto, é como limites formais intrínsecos à própria democracia, uma vez que esta não poderia sequer ser realizada sem aquelas. Ou seja, antes de se pensar sobre quais seriam as medidas que um regime democrático está ou não legitimado a adotar, falamos nas condições para que essa democracia possa existir.

Juntamente com as liberdades que foram aqui mencionadas (de crença, de opinião, de expressão, de associação, de imprensa) cabe acrescentar uma outra condição indispensável à democracia: a igualdade entre os cidadãos. Um regime democrático não se configura quando apenas uma parte favorecida da população pode usufruir dessas liberdades, nem quando a opinião de alguns grupos tem mais peso ou mais oportunidades de prevalecer do que a de outros. Ao contrário, é necessário que haja chances iguais de que todos participem do espaço público, para que o debate político efetivamente reflita os problemas emergentes na comunidade. As possibilidades de formação de uma oposição e de alternância no poder, que fazem parte da própria essência da democracia, dependem da existência dessas chances iguais. Assim é que a igualdade se associa e qualifica aquelas liberdades, garantindo que todos tenham o mesmo acesso a elas¹⁴¹.

Para o poder constituinte, lembrando sempre que aqui tratamos do poder constituinte de titularidade popular, a constatação de que há certas liberdades que funcionam como condições da democracia representa uma limitação de duas ordens. Em primeiro lugar, a própria elaboração da Constituição deverá se dar com observância dessas liberdades fundamentais que estão muito próximas da liberdade positiva de autogoverno. A eleição dos constituintes deverá ser feita de modo a preservar a igualdade entre os cidadãos, bem como deverão ser respeitadas e levadas em consideração as diversas visões de mundo, opiniões e crenças. Durante os trabalhos, os representantes extraordinários do povo deverão ter a possibilidade de expressar livremente suas ideias e opiniões, permitindo que esse órgão seja um *locus* de verdadeiro debate institucional. Sem essas condições mínimas, poder-se-ia até falar em exercício do poder constituinte, mas a ele não se poderia atribuir a qualidade de democrático.

.

¹⁴¹ Nesse ponto, cabe novamente a menção a Dahl, em especial em razão de sua compreensão não elitista de democracia, que nega a hipótese de que o governo por uma classe política especialista (algo como uma oligarquia) poderia ser mais bem-sucedido do que o governo inclusivista, em que todos os cidadãos tenham iguais chances de participar da coisa pública e exercer oposição política. DAHL, Robert. <u>Polyarchy: Participation and Opposition.</u> New Haven: Yale University Press, 1971. Pág. 20-32.

Em segundo lugar, a existência de liberdades que condicionam a democracia significa um limite para o que o poder constituinte pode estatuir para o futuro. Isso é assim não tanto porque essas liberdades, como defende o liberalismo, fazem parte de um âmbito privado que deve permanecer intocado, mas principalmente porque, eliminando-as, o poder constituinte estaria como que entrando em contradição consigo mesmo. Não pode estar à sua disposição a possibilidade de tomar *democraticamente* uma decisão que acabe por inviabilizar a continuidade da democracia, ainda que esse não seja seu escopo explícito. Na lição de Jorge Miranda:

Mesmo se a ideia de Direito é de democracia pluralista, o órgão encarregado de fazer a Constituição formal não goza de uma margem de liberdade plena; não adstrito, decerto, a um determinado e único sistema de direitos fundamentais, de organização econômica, de organização política ou de garantia da constitucionalidade, está sujeito a um limite – o da coerência com o princípio democrático e da sua preservação (não pode estabelecer uma Constituição não democrática). 142

Não há dúvidas de que a legitimidade do poder constituinte restaria enfraquecida se, em nome da liberdade política e da autonomia do povo, ele agisse de encontro a seus próprios princípios e impedisse o exercício da democracia sobre a égide da nova Constituição. E, estando abalada essa autoridade, não haveria mais de onde derivar a legitimidade do poder, a não ser da força e da violência de uns sobre os outros.

2.3 Limites extrínsecos à democracia: tradição, cultura e instituições

O item anterior dedicou-se a examinar os limites que se impõe ao poder constituinte do ponto de vista interno à sua realização, ou seja, os elementos que devem estar presentes no próprio procedimento de elaboração de um documento constitucional e que condicionam os resultados desse procedimento, não se podendo esquecer que pensamos aqui sempre em um poder constituinte de titularidade popular. São esses limites, então, aqueles condicionantes da própria democracia: igualdade entre os cidadãos, liberdade de expressão, de manifestação do pensamento, de imprensa, de associação.

Se partirmos do pressuposto de que essas condições foram atendidas, poderíamos agora nos colocar uma outra espécie de questionamento: o povo que se reúne no intuito de tornar-se uma unidade jurídico-política, de constituir-se como comunidade e unificar-se em

¹⁴² MIRANDA, Jorge. <u>Manual de Direito Constitucional</u>. Tomo II. 5ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Pág. 89.

torno de objetivos comuns, tem liberdade para escolher absolutamente qualquer tipo ou forma de organização política? Ele tem possibilidade para definir livremente quais serão todos os fundamentos dessa organização e da sociedade que dali será gerada? Ele pode impor o que será dali para frente considerado como bom ou mau, como certo ou incorreto, independentemente de quaisquer concepções anteriores? Em uma palavra, o poder constituinte, enquanto um poder revolucionário, pode fazer tabula rasa de toda cultura em que está inserido para criar uma sociedade absolutamente nova?

A resposta a esses questionamentos parece ser negativa, porque o poder constituinte não surge de um vácuo de onde tudo e qualquer coisa pode ser criada. Ele já faz parte de uma história e, por mais que pretenda romper com o passado, é em verdade uma expressão dessa história e um resultado dessa evolução. As próximas páginas serão dedicadas a aprofundar essas ideias.

2.3.1 O *nomos* da terra e o institucionalismo jurídico

A princípio, partindo da concepção clássica apresentada na primeira parte deste trabalho, pensamos no poder constituinte como criador de uma ordem a partir de uma desordem, como organizador de uma vida pública (social e política) a partir do que antes era apenas uma reunião disforme de pessoas. Pelo menos é essa a imagem quando se tem em mente o autor da primeira Constituição histórica, que é responsável por definir as primeiras formas e instituições políticas de um povo. À primeira vista, esse autor, que seria o primeiro criador e organizador, poderia conformar as instituições públicas como bem entendesse e fazer quaisquer leis que considerasse boas ou úteis, pois não haveria, em tese, qualquer direito anterior para servir como critério da ação.

O mesmo se poderia dizer do poder constituinte que surge em meio à revolução e que vai funcionar como agente de um estado de exceção. Tendo todas as formas políticas anteriores, bem como o próprio direito que antes vigia, sido derrubados em razão desse estado de desordem, a nova ordem poderia ser construída a partir de critérios totalmente originais e absolutamente novos. Apenas a criatividade desse novo poder é que seria responsável pelo conteúdo da ordem que se pretende instaurar.

O problema ou talvez o erro dessa concepção é que ela parte da ideia de que só faz parte do ordenamento jurídico aquilo que é colocado positivamente como direito, ou seja, aquilo que é resultado de uma decisão política tomada por um órgão juridicamente competente. Em verdade, é a compreensão própria do positivismo jurídico que leva à

conclusão de que, para que algo se torne direito, é necessário que haja um órgão capaz de prolatar uma decisão e um momento específico e identificável a partir do qual essa decisão se tornará obrigatória.

Essa concepção não é problemática quando se está numa situação de normalidade, em que novas decisões políticas são tomadas cotidianamente, tudo dentro de uma ordem jurídica já vigente. Isso porque, nesse caso, o órgão que toma a decisão o faz na qualidade de autoridade juridicamente competente para tanto. Ou seja, ele está sim criando direito, mas a sua própria atuação já é juridicamente definida e enquadrada por um direito anterior.

Entretanto, ao transferir essa ideia para o momento de criação original do direito, ocorre como que um desabamento das estruturas que lhe davam suporte. Se, naquele caso, a possibilidade de produção do novo direito já estava prevista pelo próprio direito, agora não se pode falar em um órgão que já possua autorização anterior ou competência jurídica previamente atribuída. Tratamos do que é totalmente novo, pelo menos em termos de direito positivo.

Então, voltando ao problema principal: o poder constituinte será livre para criar qualquer forma ou instituição jurídico-política, será livre para transformar qualquer conteúdo em lei? A resposta só pode ser negativa caso se entenda que existe direito mesmo anteriormente à decisão política fundamental, ou seja, um direito que não deriva diretamente de uma decisão, mas que lhe possa ser anterior.

Uma solução pode ser encontrada na tão antiga quanto clássica discussão a respeito do direito natural. É difícil generalizar em apenas uma frase no que consistiria essa doutrina: sob o mesmo rótulo podem ser incluídas as posições que buscam encontrar a natureza das coisas em uma noção teleológica de universo¹⁴³, sendo o "fim natural do homem" o parâmetro para a descoberta da ação correta; ou aquelas que partem da ideia teológica de "lei divina", da qual derivaria e de onde retiraria sua legitimidade a lei humana; ou, ainda, as linhas filosóficas que procuram descobrir o direito natural, anterior e superior ao direito positivo, através do uso da reta razão, que seria apta a desvelar os princípios imutáveis da natureza a partir de um raciocínio dedutivo, quase matemático¹⁴⁴.

Para Almeida e Bittar, o ponto distintivo do jusnaturalismo moderno é exatamente a quebra com a concepção de "lei eterna" ou "lei divina", transformando a capacidade de descobrir o direito natural em uma característica propriamente humana, dependente apenas do adequado uso da razão. Essa tradição teria iniciado com Hugo Grócio e teria sido a base filosófica para o pensamento que deu suporte à Revolução Francesa (ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. <u>Curso de Filosofia do Direito</u>. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. Pág.

_

¹⁴³ Leo Strauss identifica esse como sendo o denominador comum da concepção antiga de direito natural, em que estariam abarcados pensadores da linhagem de Sócrates, Platão e Aristóteles, além dos estoicos e dos filósofos cristãos, principalmente Tomás de Aquino. STRAUSS, Leo. <u>Direito Natural e História</u>. Reimp. Lisboa: Edições 70, 2009. Pág. 8; págs. 105 e seg.

De toda forma, por mais distintas que possam ser as concepções sobre o que seja o direito natural, o ponto central dessa doutrina, aceito de forma mais ou menos unânime, é que ele representaria um parâmetro superior para julgamento da justiça ou injustiça das decisões do legislador (é dizer, do direito positivo), bem como, por extensão, um padrão a partir do qual as decisões políticas podem ser orientadas. Então, assumindo a existência dessa referência de correção, não seria possível atribuir ao poder constituinte uma capacidade ilimitada de conformação do Estado e da sociedade. A política humana, por mais democrática que seja a forma de sua realização, encontra limites em uma ordem jurídica natural e imutável que não está à sua disposição.

Jorge Miranda, além do trecho citado anteriormente (supra, pág. 95), em que ele identifica como limite interno da atuação do poder constituinte a "coerência com o princípio democrático", reconhece a relatividade da soberania dessa figura também em razão de elementos externos, mencionando então essa perspectiva jusnaturalista:

> Daqui não decorre, porém, que o poder constituinte equivalha a poder soberano absoluto e que signifique capacidade de emprestar à Constituição todo e qualquer conteúdo, sem atender a quaisquer princípios, valores e condições. Não é poder soberano absoluto - tal como o povo não dispõe de um poder absoluto sobre a Constituição - e isso tanto à luz de uma visão jusnaturalista ou na perspectiva do Estado de Direito como na perspectiva da localização histórica concreta em que se tem de pronunciar o órgão nele investido. O poder constituinte está sujeito a limites.14

O interessante dessa passagem é que ela coloca, ao lado da visão jusnaturalista (que Miranda compara com a "perspectiva do Estado de Direito"), outro elemento que igualmente impõe limites ao poder constituinte: a "localização histórica concreta em que se tem de pronunciar o órgão nele investido". Essa é uma alternativa à ideia de direito natural que também permite pensar, sob outro enfoque, a existência de condicionantes ao poder do órgão que pretende elaborar uma nova ordem constitucional. Esses condicionantes históricos não derivam de uma noção transcendental de princípios imutáveis do direito natural, mas de uma constatação muito mais palpável a respeito do estágio de desenvolvimento e evolução de determinada sociedade. Assim como o direito natural, a "ordem concreta", como chamaremos aqui, contém preceitos que servem à aferição da correção e legitimidade do direito positivo; mas, diferentemente do direito natural, ela não se pretende universal nem imutável, posto que se prende a um território bem delimitado e tem nessa vigência concreta e específica sua própria razão de ser.

^{227-236).} Também Strauss, op. cit., menciona a ruptura que o jusnaturalismo moderno significou em relação à doutrina clássica do direito natural (pág. 143 e seg.).

¹⁴⁵ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo II. 5ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Pág. 124.

Essa ideia de ordem concreta é retirada especialmente da obra de Carl Schmitt, que já foi parcialmente abordada neste trabalho. Mas o que antes se analisou foi em particular a questão da revolução e do estado de exceção, que foram os principais temas tratados por Schmitt em uma parte de seus escritos, os quais poderiam ser identificados como pertencentes a uma primeira fase de seu pensamento político. Observa-se uma mudança de enfoque já em 1934, quando ele escreve "Sobre os Três Tipos de Pensamento Jurídico" 146, mas que só vai adquirir toda sua importância em 1950, com "O *Nomos* da Terra" e posteriormente com dois artigos publicados em 1953 e 1959, "Nehmen-Teilen-Weiden" (Apropriar-Dividir-Cultivar) e "Nomos-Nahme-Name" (Nomos-Apropriação-Nomeação).

O principal conceito que se extrai dessas obras é o de nomos. O autor utiliza essa palavra em sua forma original grega, evitando usar as traduções comumente feitas para "lei" ou "decreto", pois para ele o seu significado é muito mais profundo do que o que hoje entendemos por lei. O nomos descreve o que seria o primeiro fundamento de todo o direito: a primeira apropriação da terra, seguida de sua primeira demarcação e divisão, ou seja, a primeira ordenação e organização do espaço físico "terra" 150. Essa primeira apropriação e divisão cria a ideia fundamental de propriedade, a partir da qual começa a se desenvolver uma ordem concreta, uma certa forma de organização das pessoas e coisas.

Schmitt explica que o substantivo nomos deriva do verbo grego nemein¹⁵¹, que pode ser traduzido tanto por "apropriar" ou "tomar", quando por "dividir" e "cultivar". Daí o título de seu artigo antes mencionado: Nehmen (apropriar), Teilen (dividir), Weiden (cultivar). Essas seriam as três ações fundamentais da ordenação espacial, à qual se seguiriam ordenações mais complexas. Em "O Nomos da Terra", o autor define o nomos como sendo "a conformação imediata na qual a organização política e social de um povo se torna visível, a primeira medição e divisão da terra, isto é, a tomada da terra e a ordem concreta que daí deriva; nas palavras de Kant: 'a lei da divisão do meu e do teu sobre a terra"; ou, em outras palavras, bem definidas no inglês, o *radical title* [título radical]"¹⁵².

¹⁴⁶ SCHMITT, Carl. Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. Berlin: Duncker & Humblot, 1993. 2ª edição.

¹⁴⁷ Idem. Der *Nomos* der Erde im Völkerrecht des *Jus Publicum Europaeum*. Berlin: Duncker & Humblot, 1974.

¹⁴⁸ Idem. "Nehmen-Teilen-Weiden", in: <u>Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954</u>. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. 4ª edição. Pág. 489-504.

¹⁴⁹ Idem. "Nomos-Nahme-Name", in: <u>Staat, Grossraum, Nomos: Arbeiten aus den Jahren 1916-1969</u>. Berlin:

Duncker & Humblot, 1995. Pág. 573-591.

150 Idem. Der *Nomos* der Erde im Völkerrecht des *Jus Publicum Europaeum*. Berlin: Duncker & Humblot, 1974. 2ª edição, p. 36.

151 Idem, ibidem, pág. 39.

¹⁵² Idem, ibidem, pág. 39-40, tradução própria.

A lição que esse trecho passa é a de que a apropriação da terra seria o primeiro título de propriedade, o título originário ou radical. Com essa apropriação, surge imediatamente a mais fundamental ideia de justiça e de direito, que parte da noção básica de "meu" e "teu". A partir da divisão da terra, passa a existir atribuição de propriedade, dando início a certa diferenciação e organização espacial. A regra do suum cuique tribuere, o "dar a cada um o que é seu", deriva diretamente da noção de propriedade, e seria assim a primeira manifestação histórica do que hoje chamamos de direito.

Essa interpretação do trecho de "O Nomos da Terra" se coaduna com a leitura de outros escritos de Schmitt. Vejamos o que diz o artigo "Nehmen-Teilen-Weiden". Primeiramente, assim como já o fizera ao tratar da diferença entre nomos e lei em um dos corolários do livro de 1950, ele afirma que a origem da palavra deve ser buscada no verbo nemein, que significa tomar (no sentido de apropriar), dividir e cultivar. A primeira ação do homem, ao abandonar a vida nômade e começar a se sedentarizar, seria a apropriação da terra. Após, haveria um processo de divisão, diferenciação, criação de fronteiras. O terceiro passo, então, seria o cultivo dessa terra, que representa todo início da produção econômica 153 e a condição para as primeiras trocas 154.

Para mostrar que essa concepção também tem assento em outros juristas e filósofos políticos de grande relevância, Schmitt menciona um ponto do Leviathan de Hobbes (Capítulo XXIV – Da Nutrição e Procriação de uma República) em que o processo básico de divisão da terra, com a consequente divisão do "meu" e "teu", aparece descrito como nomos, que – não por acaso – o filósofo de Malmesbury traduz pelo próprio direito ("law"): "And this they well knew of old, who called that Nόμος [Nomos], that is to say, distribution, which we call law; and defined justice, by distributing to every man his own"155.

A noção do "meu" e "teu", que deriva dessas ações de apropriar-se, dividir e cultivar, representa então o início de uma ordem concreta: uma ordem que não se dá de cima para baixo, como se fosse necessária a positivação e imposição de uma norma, mas uma

¹⁵³ Aqui, o "cultivo" pode ser entendido de forma muito mais ampla: não só o cultivo da terra propriamente dito, mas todo tipo de trabalho produtivo, que gere riqueza. Segundo Ulmen, "o que se quer dizer aqui é o trabalho produtivo, que normalmente se passa com fundamento na propriedade, na divisão e distribuição da propriedade". ULMEN, Gary L. Politischer Mehrwert: Eine Studie über Max Weber und Carl Schmitt. Weihnheim: VCH, Acta Humaniora, 1991. Pág. 307, tradução própria.

¹⁵⁴ SCHMITT, Carl, "Nehmen-Teilen-Weiden", op. cit., pág. 491.

¹⁵⁵ As traduções para o português utilizam, nesse ponto, o termo "lei", e não "direito", para "law", o que entendemos não ser a melhor solução. Conferir, como exemplo, a tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva: "Bem o sabiam os antigos, que chamavam Nόμος (quer dizer, distribuição) ao que chamamos lei, e definiam a justiça como a distribuição a cada um do que é seu." HOBBES. Thomas. Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Pág. 211.

ordem que surge como que naturalmente dos próprios hábitos e costumes de um povo que está a habitar um determinado território. É o que se depreende da seguinte passagem:

Toda a ordem concreta e as relações jurídicas, dentro dos limites da terra que foi apropriada de certa forma, resultam primeiramente da divisão, através da qual o Meu e o Teu foi atribuído às estirpes, aos clãs ou grupos e também às pessoas individualmente. ¹⁵⁶

O direito enquanto tal não deriva, então, do ato de um poder político que resolve colocar (no sentido de positivar) uma norma, ainda que seja a lei fundamental de um ordenamento jurídico como hoje o concebemos, qual seja, a Constituição. O direito deriva dessa organização anterior, que inicia como uma organização territorial e posteriormente gera outros tipos de organizações. As primeiras normas de regência do convívio social, e com elas as primeiras instituições públicas e políticas, surgem espontaneamente da necessidade de efetivar trocas, de organizar a vizinhança, de reparar danos causados à propriedade alheia, enfim, da necessidade de ordenar as vicissitudes da própria convivência, sempre tomando por base uma anterior distribuição e atribuição de propriedade.

Essa organização do espaço, da propriedade e da convivência significa, de fato, a primeira constituição de um determinado grupo de pessoas em um determinado território, sendo a tomada da terra o ato original de fundação. Claro, deve-se compreender a palavra "constituição" aqui em um sentido bastante diferente do conceito moderno. Não estamos falando da Constituição como um conjunto de normas que deriva de uma decisão política fundamental e que tem uma posição hierárquica superior às demais normas positivas. Estamos sim a tratar da constituição como a própria conformação e modo de organização de uma unidade política, independentemente da e previamente à existência de leis positivas.

Essa conformação social, de início bastante simples, limitada à distribuição e cultivo da terra e troca de bens necessários à sobrevivência, vai adquirindo maior complexidade à medida que surge a necessidade de mediação de conflitos e de decisão conjunta sobre problemas comuns. Emergem daí, como que espontaneamente, as primeiras instituições políticas e sociais, que representam o início da institucionalização e estabilização do poder. Toda sociedade, mais ou menos complexa, possui sua organização, seu modo de viver, seus hábitos e costumes, suas instituições. Principalmente, toda sociedade assiste ao fenômeno do poder e tem sua forma, mais ou menos racionalizada, de lidar com ele.

Então, como dito acima, a organização concreta de uma sociedade, aí incluídas suas instituições políticas e sociais, é a sua primeira Constituição. Parece ser isso o que Schmitt quer dizer com um de seus conceitos expostos na Teoria da Constituição,

¹⁵⁶ SCHMITT, Carl, "Nehmen-Teilen-Weiden", op. cit., pág. 494, tradução própria.

especificamente o primeiro conceito: o de Constituição em sentido absoluto. Nas palavras do autor, Constituição tomada nesse sentido significa

(...) a situação concreta de unidade política e ordenamento social de um determinado Estado. Todo Estado possui alguma unidade política e ordenação social, possui alguns princípios de unidade e ordem, alguma instância de decisão que é determinante nos casos críticos de conflito de interesses e de poder. A essa situação concreta de unidade política e ordenação social pode-se chamar Constituição. 157

A passagem fica mais clara se a palavra "Estado" aqui não for compreendida exclusivamente como o Estado moderno, que está bastante ligado ao conceito também moderno de Constituição, mas como uma unidade política em sentido mais amplo, como as comunidades dos tempos antigos ou os reinos europeus antes do período das unificações. É que essas unidades políticas, embora não tivessem uma Constituição no sentido de uma norma positiva definidora das relações políticas e hierarquicamente superior às demais, possuíam Constituição no sentido de uma determinada organização concreta das coisas, o que já possui em si um sentido jurídico. Assim, para citar novamente Jorge Miranda, "qualquer Estado, seja qual for o tipo histórico a que se reconduza, requer ou envolve institucionalização jurídica do poder; em qualquer Estado podem recortar-se normas fundamentais em que assenta todo o seu ordenamento" ¹⁵⁸.

Dissemos, no início deste item, que a resposta à pergunta sobre se o poder constituinte está livre para criar qualquer forma ou instituição jurídico-política só pode ser negativa caso se entenda que existe algum direito anterior ao direito positivo. Abordamos brevemente a ideia de direito natural, mas o nosso foco foi justamente apresentar como alternativa a noção de "ordem concreta": existe, sim, um direito anterior ao direito positivo e à decisão do poder constituinte. Esse direito se funda com a tomada da terra e se manifesta na organização concreta de uma sociedade em determinado território e no desenvolvimento espontâneo de suas primeiras instituições políticas. Admitir que essa organização tem significação jurídica implica reconhecer que ela serve como medida de correção e adequação para as decisões a serem tomadas positivamente, é dizer, como limite e parâmetro para as escolhas que serão transformadas em direito positivo.

Assim, ao lado de um jusnaturalismo e de um positivismo jurídico, pode ser colocado um institucionalismo jurídico, que é esse modo de pensar o direito muito mais preocupado com a ordem concreta das coisas, com a normatividade decorrente da

¹⁵⁷ SCHMITT, Carl. <u>Verfassungslehre</u>. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. 9ª edição. Pág. 4.

¹⁵⁸ MIRANDA, Jorge. <u>Manual de Direito Constitucional</u>. Tomo II. 5ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Pág. 7.

normalidade, do que com a normatividade decorrente de supostos princípios naturais imutáveis ou de decisões tomadas por um órgão político. Na obra aqui já mencionada, "Sobre os Três Tipos de Pensamento Jurídico", Schmitt contrapõe ao decisionismo e ao normativismo esse "pensamento da ordem concreta", que preferimos chamar de institucionalismo. Ao contrário do normativismo, o institucionalismo não faz uma distinção estanque entre o ser (*Sein*) e o dever-ser (*Sollen*), porque é o ser das coisas que, ao fim e ao cabo, indica o caminho do dever-ser. Ao contrário do decisionismo puro, o institucionalismo nunca pode cair na arbitrariedade, pois ele se fundamenta numa ideia de evolução que sempre leva em consideração o estado atual e o funcionamento concreto das instituições. Especificamente sobre estas, menciona Schmitt:

Existem outras áreas da existência humana para as quais a transposição de um funcionalismo baseado em regras acabaria destruindo justamente a essência especificamente jurídica da ordem concreta. Essas são as áreas que se configuram institucionalmente, e não apenas técnica ou comercialmente. (...) Elas têm uma substância jurídica própria, que também conhece regras e regularidades, mas essas são apenas decorrências dessa substância, dessa ordem concreta própria e interna, que não se reduz à soma de quaisquer regras ou funções. ¹⁵⁹

O poder constituinte, então, pode ser o criador da primeira ordem jurídica positiva (ou o responsável pela ruptura com a ordem anterior), mas nunca será o criador da ordem jurídica *per se*. Ele surgirá no seio de uma cultura já desenvolvida e em meio a essas instituições que emanam uma normatividade particular, a qual se imporá também sobre ele. Se desejar elaborar uma Constituição com boas chances de adquirir estabilidade e eficácia, deverá compreender o significado delas, encaixar-se de maneira adequada no estágio de desenvolvimento daquela sociedade determinada e encontrar a medida certa entre inovação e continuidade, para que não represente um projeto de mudança irrealizável, mas também não signifique apenas um retrato do status quo.

2.3.2 Sociologia jurídica: normalidade e normatividade

Nesse ponto, cabe fazer mais um aprofundamento sobre a ideia de *nomos*, para que fique mais claro seu significado no contexto do que chamamos de institucionalismo jurídico. Schmitt menciona, logo no início do artigo "Nehmen-Teilen-Weiden", que as relações sociais são regidas e podem ser analisadas por diversas matérias ou ângulos: direito, economia e sociologia seriam os exemplos principais. Cada uma dessas matérias tem as suas

_

¹⁵⁹ SCHMITT, Carl. <u>Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens</u>, op. cit., pág. 17, tradução própria.

peculiaridades e perspectivas individuais, mas todas elas partilham da noção de *nomos* como conceito fundamental, capaz assim de lhes dar certa unidade, como um denominador comum.

O direito, como mencionamos, tem seu aparecimento muito antes da primeira norma positiva, mas tão logo sejam feitas as primeiras divisões da terra e atribuídas as primeiras propriedades, como uma forma inicial de regulação do convívio. A economia também depende da terra e de sua apropriação, porque é daí que se iniciará a produção de riquezas destinadas ao consumo e à troca. Para a sociologia, a distribuição da propriedade marca o início do assentamento de famílias, clãs e castas, da diferenciação das funções de cada um na sociedade, da divisão do trabalho e do desenvolvimento dos hábitos e costumes daí decorrentes. Poderíamos inserir aqui também a política, porque o poder é sempre territorialmente exercido e delimitado.

Montserrat Herrero López traz uma interpretação bastante interessante sobre esse ponto em específico, mostrando como a compreensão da relação do homem com a terra é pressuposto para a compreensão da relação do homem com o homem:

A tomada da terra por parte do homem é um acontecimento histórico. Trata-se do momento em que o homem exerce sua primeira relação com o espaço terrestre, que é condição de toda posterior relação entre os homens. (...) Com o *nomos* se torna manifesto que todo ato social, em primeiro lugar, é um ato de propriedade. É dizer, para se poder falar em qualquer tipo de relação em sociedade e, portanto, da economia, do direito e da política, é preciso remeter-se a esse fato originário de caráter existencial que se apresenta com a aparição do homem no mundo.

Seguindo essa lógica, é possível dizer que todo tipo de organização posterior, sempre progressivamente mais complexa, começa a se estruturar tomando por base esse ato original de fundação que se confunde com a apropriação da terra. A organização das relações de parentesco, de poder, de dominação e de comércio, por exemplo, carregarão o marco da forma como se deu a primeira atribuição de propriedade. Ainda citando López:

Esse primeiro modo de relação com a terra abre passo a outros modos de relação em sociedade, os quais, por diferentes e superiores que pareçam, guardam sempre certa relação com aquele primeiro assentamento e uso comum da terra. Formas posteriores dessa relação são, por exemplo, os tipos de propriedade, a família, a estirpe, a casta, o tipo de vizinhança, as formas de poder e de domínio. 161

O que esses trechos procuram deixar claro é o significado profundo que a relação com a terra e o modo de sua apropriação, distribuição e cultivo possui no desenvolver de uma ordem social, política e, por fim, jurídica. Nenhum tipo de ordem surge *ex nihilo*, mas é sempre produto de uma evolução. Ainda que se pretenda agir positivamente no sentido de

¹⁶⁰ HERRERO LOPÉZ, Montserrat. <u>El Nomos y lo Político: La Filosofia Política de Carl Schmitt</u>. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, 1997. Pág. 46-47, tradução própria.

¹⁶¹ Idem, ibidem, pág. 48-49, tradução própria.

mudar o curso dessa evolução ou quebrar com uma ordem que tenha se desenvolvido espontaneamente, ela sempre exercerá alguma influência, como um contrapeso tendente a manter a estabilidade e a permanência no tempo daquilo que já se criou e se institucionalizou.

Essa ideia, embora tenha ganhado um desenvolvimento peculiar e esteja manifesta através de um conceito bastante original nos escritos de Schmitt, em verdade encontra paralelos em obras de autores tão ou mais relevantes que ele. Se para os juristas, formados essencialmente no seio de tradições jusnaturalistas ou juspositivistas, a ideia de uma normatividade decorrente do desenvolvimento de instituições pode parecer muito singular, para os sociólogos ela poderia ser tida como não mais que uma decorrência lógica da própria formação das sociedades. A título exemplificativo, queremos chamar a atenção para o trabalho de Tocqueville, especialmente sua obra-prima "A Democracia na América", em que ele procura explicar a situação que ele encontra nos Estados Unidos da América, inclusive as circunstâncias jurídicas, a partir da história de seus primórdios, desde os primeiros assentamentos.

A primeira impressão que se tem da grande obra do sociólogo francês é a respeito da importância e significado da terra para a organização social. Ele nos ensina que o próprio modo de ser do homem e a cultura que irá se desenvolver no seio de cada povo sofre grande influência da conformação do território em que irá se assentar. Pelo menos essa é a lição que se extrai do início da obra, em que ele descreve com minúcia o espaço físico em que a grande nação americana viria a se desenvolver, com seus rios, lagos, vegetação, planícies e acidentes geológicos. Para o autor, a forma grave e séria da configuração do terreno era um forte indicativo de que ali se construiria uma nação baseada na inteligência, e não nos sentidos 162.

Isso pode parecer pura sociologia, algo não relacionado ao nosso tema, que é a existência de uma ordem jurídica prévia ao exercício do poder constituinte. Mas à medida que se vai avançando na leitura é possível encontrar diversos aspectos que demonstram como a organização espontânea de um povo, ao passo em que vai se tornando mais complexa, começa a ser aceita como obrigatória, como lei, enfim, como o próprio direito. E a construção dessa nação começa – aqui o ponto de intersecção com Schmitt – com a apropriação da terra, o que para Tocqueville se deu apenas quando os imigrantes iniciaram a prática da agricultura, o que os nativos não haviam feito:

"Muito embora o vasto país que acabamos de descrever fosse habitado por numerosas tribos indígenas, podemos dizer com justiça que, na época do

¹⁶² "A América do Norte apareceu sob outro aspecto. Lá tudo era grave, sério, solene; dir-se-ia que fora criada para vir a ser o domínio da inteligência, como a outra a morada dos sentidos." TOCQUEVILLE, Alexis de. <u>A Democracia na América: Leis e Costumes.</u> São Paulo: Martins Fontes, 1998. Pág. 29.

descobrimento, ainda não constituía mais que um deserto. Os índios ocupavam-no, mas não o possuíam. É pela agricultura que o homem se apropria do solo, e os primeiros habitantes da América do Norte viviam do produto da caça." ¹⁶³

A obra de Tocqueville é uma ótima demonstração de um estudo que parte de premissas antropológicas e sociológicas para chegar a consequências relevantes para o direito, inclusive – e talvez principalmente – para o direito constitucional. É certo que o primeiro tomo da "Democracia na América" carrega o subtítulo de "Leis e Costumes"; entretanto, a questão dos costumes parece ser muito mais importante para o autor, que dá a entender que deles derivam as leis, e não o contrário.

Segundo ele, a origem dos povos, o modo como começaram a sua organização territorial e social, é de uma relevância ímpar para a compreensão da toda sua história posterior. Tocqueville escreve que "os povos sempre se ressentem de sua origem. As circunstâncias que acompanharam seu nascimento e serviram para seu desenvolvimento influem sobre todo o resto de sua carreira"¹⁶⁴. É com base nessa ideia fundamental, então, que ele passa a desenvolver suas teses, sempre observando a situação momentânea de determinado aspecto da sociedade e procurando explicar qual a circunstância histórica que a originou. Ele continua dizendo que "não há uma só opinião, um só hábito, uma lei, eu poderia dizer um só acontecimento, que o ponto de partida não explique sem dificuldade"¹⁶⁵.

Um ponto interessante da obra, ilustrativo para se perceber como a organização subjacente de um povo influi sobremaneira no desenvolvimento de sua ordem constitucional, é aquele em que Tocqueville menciona a profunda igualdade que caracterizava os americanos, em virtude de ali não se ter constituído uma aristocracia vinculada à terra. Para ele, "o solo americano rejeitava absolutamente a aristocracia territorial" de modo que não havia outra opção que o estabelecimento de um regime de governo democrático e um regime econômico fundado muito mais na circulação de riquezas do que na propriedade imobiliária.

E, de fato, essa foi a fórmula encontrada pelos pais fundadores da Constituição americana, que no momento da elaboração do documento constitucional já se encontravam diante de um Estado muito bem estabelecido e de um povo com costumes democráticos fortemente arraigados, o que se podia perceber através da grande participação popular no governo das comunas e condados fundados muito antes que a própria União¹⁶⁷. Com a

¹⁶³ Idem, ibidem, pág. 33.

¹⁶⁴ Idem, ibidem, pág. 36.

¹⁶⁵ Idem, ibidem, pág. 37.

¹⁶⁶ Idem, ibidem, pág. 38.

¹⁶⁷ Sobre a importância do federalismo para a cultivação do gosto pela democracia: "Já na América, podemos dizer que a comuna foi organizada antes do condado, o condado antes do Estado, o Estado antes da União. Na

Constituição não se pretendia criar uma nova ordem política e institucional, mas antes conferir estabilidade àquela já existente, dando força à democracia principalmente através da limitação do poder. Nesse sentido é que se compreende a afirmação de Canotilho de que "o próprio poder constituinte não tem autonomia: serve para criar um corpo rígido de regras garantidoras de direitos e limitadoras de poderes". ¹⁶⁸

Estamos agora diante de uma compreensão bastante diversa do poder constituinte, se usarmos como comparativo aquela noção exposta no capítulo anterior, qual seja, do poder constituinte como criador *ex nihilo* de toda uma ordem jurídica, política e social. Se o ato original de fundação é o ato de apropriação da terra, muito anterior ao momento da tomada de consciência política por um povo e ao surgimento de um órgão constituinte, então esse órgão também será de certa forma uma criatura de uma ordem anterior, e não um criador absoluto. É interessante destacar justamente que, como criatura, está sujeito não apenas a condicionantes éticas ou morais, mas a vínculos verdadeiramente jurídicos, os quais existem antes mesmo da proclamação da primeira lei positiva e que, portanto, tornam esse poder político juridicamente limitado.

A ideia de que a normatividade jurídica tem sua origem não apenas na lei positiva, mas, muito antes disso, na própria normalidade decorrente do funcionamento corriqueiro das instituições, está muito presente em Hermann Heller, em especial em sua "Teoria do Estado" datada de 1934¹⁶⁹. O pensamento do autor, que foi contemporâneo de Schmitt, assim como de Kelsen, é visto por alguns como uma alternativa ao normativismo deste, que pretenderia retirar quaisquer valorações éticas do âmbito do direito, e ao decisionismo daquele, que significaria a relativização do direito pela consagração do poder e do arbítrio¹⁷⁰.

Essa não nos parece, porém, ser a melhor compreensão do problema. De fato, a consideração feita por Heller das questões ético-culturais presentes em uma dada sociedade, de seus costumes e desenvolvimento histórico como fundamentos da ordem jurídica não se

Nova Inglaterra, desde 1650, a comuna está completamente e definitivamente constituída. (...) No seio da comuna, vemos reinar uma vida política real, ativa, toda democrática e republicana. As colônias ainda reconhecem a supremacia da metrópole; a monarquia é a lei do Estado, mas já a República está toda viva na comuna". Idem, ibidem, pág. 48.

1

¹⁶⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. <u>Direito Constitucional e Teoria da Constituição</u>. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003. Pág. 70.

¹⁶⁹ HELLER, Hermann. Staatslehre. 6a edição. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1983.

¹⁷⁰ Cf. DYZENHAUS, David. "(...) Heller rejeitou as perspectivas Kelseniana e Schmittiana para o problema da legitimidade da ordem legal. A tentativa de Kelsen de encontrar padrões de racionalidade que transcendessem a prática termina em uma concepção de ordem legal desprovida de substância e portanto indefensável. (...) Em contraste, a completa relativização do direito ao poder e as contingências da situação particular de poder admitidas por Schmitt leva à deificação irracional do podre e da decisão." Legaligy and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. New York: Oxford University Press Inc., 1997. Pág. 166-167, tradução própria.

contrapõe, mas pelo contrário, está muito próxima do pensamento da ordem concreta desenvolvido por Schmitt. Seu decisionismo, manifestado principalmente em obras como "Teologia Política" e "O Conceito do Político", não pode ser compreendido de maneira isolada e desvinculada dos outros trabalhos, em que se desenrolou o institucionalismo que procuramos descrever aqui.

Para perceber a semelhança entre as concepções sobre o direito e a ordem jurídica, basta analisar o conceito de Constituição trazido por Heller. Antes disso, é preciso mencionar que a Teoria do Estado é tratada por ele como uma "ciência da realidade" (Wirklichkeitswissenschaft) ou ciência social, em contraposição às ciências da natureza e às ciências humanas ou "ciências do espírito" (Geisteswissenschaft). Isso quer dizer que o Estado não é "espírito, ideia, ideologia, estrutura significativa, ordem normativa, abstração, ficção"171, mas sim uma realidade social concreta e objetiva. A Constituição desse Estado, então, também não será apenas uma estrutura ou uma ordem normativa, mas uma conformação real do modo de ser daquela comunidade determinada. A normatividade dessa Constituição advém antes da reiteração de comportamentos e funcionamentos, que geram uma expectativa de continuidade, do que da inscrição e transformação desses comportamentos em lei positiva.

Procurando dar uma definição, Heller diz que a Constituição no sentido de uma "ciência da realidade" é a conformação atual e futura de uma comunidade, através da qual a unidade e a ordem adquirem estabilidade, apesar do caráter dinâmico e da evolução constante da realidade social¹⁷². Ou seja, ela é aquela conformação aberta que permite a variação de comportamentos, mas que ao mesmo tempo garante que essa variação não será tanta a ponto de descaracterizar a própria comunidade e impedir que se identifique a sua continuidade e durabilidade no tempo e no espaço. A característica distintiva da Constituição do Estado não é apenas o "comportamento normatizado e organizado juridicamente, como também o comportamento não-normatizado, mas *normalizado* dos participantes" ¹⁷³.

O direito, para Heller, se faz dessa influência recíproca entre fato e norma, entre normalidade e normatividade: ao passo que a normalidade gradualmente se transforma em normatividade, uma vez que o comportamento normalizado tem potencial para criar a mesma previsibilidade e segurança pretendidas pela norma, a normatividade também é capaz de normalizar comportamentos, às vezes até mesmo em sentido contrário à tradição e aos

HELLER, Herman. <u>Staatslehre</u>, op. cit., pág. 51, tradução própria.
 Idem, ibidem, pág. 282.
 Idem, ibidem, pág. 283, tradução própria, grifo nosso.

costumes¹⁷⁴. "No conceito de Constituição", continua o autor, "a dinâmica e a estática, a normalidade e a normatividade, o ser e o dever-ser não podem ser pensados de forma totalmente separada"¹⁷⁵.

A mesma ideia está também subjacente em Schmitt quando ele critica o positivismo jurídico, que seria uma combinação de normativismo e decisionismo. Isso porque o normativismo, com sua separação estanque entre ser e dever-ser, precisa encontrar um ponto de apoio para legitimar o surgimento da norma positiva e acaba encontrando-o no decisionismo, que é capaz de transformar qualquer conteúdo em lei formal¹⁷⁶. Para Ronaldo Porto Macedo, é justamente a negação da separação absoluta entre *Sein* e *Sollen* que caracteriza o institucionalismo de Schmitt:

Um outro aspecto importante e comum ao pensamento institucionalista de Hauriou, Romano e do pensamento do ordenamento concreto de Schmitt é a oposição e superação da dicotomia kantiana entre o *Sein* e *Sollen* presente no pensamento de tipo kelseniano. Conforme é sabido, Kelsen separa as esferas do ser e do dever-ser, definindo a ciência do direito a partir de tal distinção. Para ele o que está na esfera do ser não interessa ao jurista, mas tão somente ao sociólogo. Já para o pensamento institucionalista o *Sein* é a realidade social já mediada e juridicamente constituída. Para o pensamento de tipo institucionalista o direito é pensado no seio da realidade social, no interior das instituições que influenciam e determinam o seu próprio funcionamento e reprodução. 1777

Enfim, para este trabalho, a conclusão que deve ser extraída de toda essa discussão a respeito de *nomos*, ordem concreta, institucionalismo jurídico, normalidade e normatividade é que o poder constituinte, muito longe de ser ilimitado e incondicionado, encontra limites jurídicos em razão da formação e funcionamento das instituições sociais e políticas de uma determinada comunidade em um dado momento histórico. São limites jurídicos, e não apenas ético ou morais, por serem objetivos e concretamente observáveis, independentes de crenças ou avaliações subjetivas. São limites jurídico-institucionais, e não jurídico-normativos, porque uma norma positiva pode ser derrubada sem que a instituição que lhe dava suporte e lhe conferia conteúdo se desfaça instantaneamente.

Agora, essa constatação de que o poder constituinte é limitado não significa que ele não tenha um papel de enorme relevância para a configuração jurídica e política de um Estado. Pelo contrário, a sua importância está em formalizar escolhas do povo a respeito de seu próprio modo de ser, orientar o sentido das mudanças desejadas e fornecer os instrumentos para que essas mudanças sejam realizadas de forma a não comprometer o

. .

¹⁷⁴ Idem, ibidem, pág. 285.

¹⁷⁵ Idem, ibidem, pág. 283, tradução própria.

¹⁷⁶ SCHMITT, Carl. Über die drei Arten der rechtswissenschaftlichen Denkens, op. cit., pág. 29-31.

¹⁷⁷ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. <u>Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito</u>. São Paulo: Max Limonad, 2001. Pág. 107.

funcionamento da vida em sociedade. O poder constituinte está, assim, num limiar entre continuidade e ruptura, sendo seu maior desafio o alcance do delicado equilíbrio entre a transformação almejada e a manutenção da estabilidade, necessária para que aquela comunidade possa reconhecer-se e identificar-se a si mesma ao longo do tempo.

A grande realização da Constituição escrita e formal, obra do poder constituinte, é fornecer uma certeza a respeito das diversas interpretações possíveis sobre o que é (juridicamente) certo ou errado, tornando-se um verdadeiro "padrão objetivo do justo" 178. Quer dizer, muito embora o Estado já tenha uma configuração jurídico-institucional muito anterior ao surgimento do primeiro poder constituinte histórico, isso não significa que o ato de colocar positivamente uma Constituição não tenha relevância. Pelo contrário, o estabelecimento de uma Constituição formal pressupõe a tomada de decisões de indiscutível importância para a vida em comunidade e reforça as chances de efetivação e estabilização dessas decisões 179.

¹⁷⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. <u>Constituição e Constituinte</u>. São Paulo: Saraiva, 1982. Pág. 63 e seg.

¹⁷⁹ Sobre o ponto, veja-se a lição de Miranda: "Não significa isto, contudo, que a elaboração da Constituição formal redunde em algo despiciendo ou acessório, porquanto, por outro lado: a) Não basta, com a civilização da lei escrita e com o constitucionalismo, uma qualquer ideia ou um qualquer conjunto de princípios para ficar definido o quadro da vida colectiva; o estatuto do Estado carece de uma Constituição formal; traçar este estatuto comporta opções jurídico-políticas de importância central." MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo II. 5ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Pág. 89.

3 RUPTURA E CONTINUIDADE NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE

Os capítulos anteriores foram dedicados a (i) descrever a teoria clássica do poder constituinte, tal como formulada por Emmanuel Sieyès e seus seguidores, bem como estudar quais são as possíveis resultantes de uma tal teoria quando levada às últimas consequências; e (ii) colocar como contraponto à ideia de soberania absoluta do poder constituinte algumas noções que possibilitam identificar limites à sua atuação, seja interna ou procedimentalmente, sob o pressuposto de que tratamos de um exercício democrático do poder constituinte, seja externa ou materialmente, em referência ao estágio de desenvolvimento histórico, cultural e institucional de uma dada comunidade. Enquanto a teoria clássica privilegia a ideia de ruptura com toda ordem anterior, colocando o poder constituinte como criador *ex nihilo* de uma nova ordem, a segunda perspectiva põe o foco na ideia de continuidade, indicando que ele é também criatura e que, portanto, não pode pretender realizar uma mudança tão profunda a ponto de desnaturar o modo de ser daquela comunidade.

Este capítulo parte dos conceitos desenvolvidos anteriormente e procura aplicá-los a um exemplo histórico concreto, qual seja, a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, ocasião em que se elaborou a Constituição hoje vigente entre nós. A compreensão desse momento constituinte se dará levando em conta elementos institucionais que indicam haver uma grande continuidade da ordem instaurada em 1988 com as anteriores, mas sem deixar de lado a análise dos principais pontos de inovação, que permitem afirmar, apesar dos elementos de continuidade, a existência de uma elementar ruptura com o regime que repousava sob a égide da Constituição de 1967 (com as modificações trazidas pela emenda nº 1 de 1969).

A intenção desta última parte não é realizar uma análise exaustiva de todo o procedimento de elaboração da Constituição Federal de 1988, muito menos de todos os assuntos abordados pelo constituinte daquela ocasião. Tal tarefa certamente foge ao escopo e aos limites deste trabalho. O que se procura é uma observação pontual, a partir do exame de alguns tópicos selecionados, que ajude a dar concretude aos temas antes elaborados, em especial às questões da revolução em sentido jurídico, da legitimidade do poder constituinte (ou, mais especificamente, do órgão que atua em seu nome) e da continuidade institucional.

Como mencionado ao final do capítulo anterior, talvez a principal realização de qualquer documento constitucional seja a formalização de um padrão objetivo do justo, que, apesar da força e da dinâmica dos fatos sociais, consiga ganhar uma estabilidade ao longo do tempo e, principalmente, justificar o exercício do poder político. E esta foi sem dúvida a

principal conquista do constituinte brasileiro de 1987/1988: elaborar uma obra que formalizou o desenho institucional que o país desejava ter (ou, em alguns pontos específicos, manter), os princípios que desejava adotar e o sentido das mudanças ou evoluções que almejava. Através dessa formalização, muito embora em diversas passagens possa ter repetido o que já fora dito em Constituições anteriores, operou uma mudança no ponto final de referência de toda a ordem jurídica, gerando um padrão de legitimidade verdadeiramente novo.

3.1 A Emenda Constitucional nº 26

A inauguração da ordem constitucional atualmente vigente entre nós, antes de ter se originado de uma interrupção abrupta com a ordem anterior, decorreu de um longo e lento caminho de transição do regime militar para a democracia, começado muito antes do ano de 1985, data em que se considera ter oficialmente terminado o governo militar, com a eleição do primeiro Presidente da República civil desde 1964. É difícil dizer quando se iniciou o processo de transição, não havendo um momento específico em que se possa identificar seu começo, mas pode-se afirmar com alguma tranquilidade que a liberalização do regime deu passos importantes durante o governo do Presidente Ernesto Geisel (1974-1979). Foi nesse período que o único partido de oposição, o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), conseguiu seus primeiros resultados relevantes nas eleições para o Congresso Nacional desde sua criação, dando mostras de que o descontentamento do eleitorado deixava de ser uma situação facilmente contornável pelo governo e deveria se tornar uma preocupação efetiva ¹⁸⁰.

A partir daí, começaram a surgir medidas que realizaram importantes avanços em direção à redemocratização do país, como a revogação dos Atos Institucionais em 1978, a anistia e libertação dos presos políticos e o fim da imposição do bipartidarismo em 1979. Tudo isso, porém, foi feito de forma muito planejada e articulada pelos setores políticos de centro, pouco ou nada radicais e bastante próximos ao próprio governo 181. É dizer, o início da abertura do governo se deu mais por uma necessidade estratégica do grupo que desejava se manter no poder e procurava uma forma de "acalmar os ânimos" do que por iniciativa da própria oposição, que recuperava suas forças lentamente após tanto tempo de repressão.

Isso não significa que essa oposição não tenha tido um papel relevante na passagem para a nova ordem. Sua força, que já vinha crescendo significativamente nas urnas,

1 (

 ¹⁸⁰ SKIDMORE, Thomas. <u>Brasil: de Castelo a Tancredo</u>. 8ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2004. Pág. 316 e seg.
 ¹⁸¹ SARMENTO, Daniel. "21 anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988", in: Revista Direito Público (IDP) – DPU nº 30, Nov-Dez 2009, pág. 8.

ficou explícita quando conseguiu levar às ruas, nos anos de 1983 e 1984, uma quantidade impressionante de pessoas em apoio à Proposta de Emenda Constitucional de autoria do Deputado Federal Dante de Oliveira, que previa a realização de eleições diretas para Presidente da República já para o pleito de 1984, no movimento que ficou conhecido como "Diretas Já".

A proposta não foi aprovada no Congresso Nacional por lhe faltarem apenas 22 votos, mas o poder da mobilização popular demonstrou que o caminho não tinha mais volta. Após a eleição de Tancredo Neves para a Presidência e a assunção no cargo de seu vice, José Sarney, em razão de seu falecimento precoce, o próximo passo seria a elaboração de um novo documento constitucional que instaurasse definitivamente um regime de respeito às liberdades democráticas e aos direitos fundamentais. Nesse espírito é que, em 27 de novembro de 1985, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 26 à Constituição de 1967, determinando a reunião do Congresso Nacional em Assembleia Nacional Constituinte a partir de 1º de fevereiro de 1987. Foi esse sem dúvida o passo mais importante para marcar o término do regime militar; entretanto, a forma como se deu não foi unanimemente aceita e de fato gerou alguma perplexidade no meio acadêmico.

A convocação de um órgão constituinte através de emenda constitucional enseja um problema teórico de grande monta. Em tese, alterações em um texto constitucional só podem ser realizadas dentro dos limites formais e materiais, explícitos e implícitos trazidos pela própria Constituição. Dentre esses limites, como reconhece boa parte da doutrina, estão as cláusulas que atribuem competências e definem os procedimentos para a alteração do próprio documento constitucional, porque, se assim não fosse, estar-se-ia admitindo que um poder derivado de uma autoridade superior, ou seja, um poder que não é originário, pudesse dispor das condições e limites de sua própria competência 182.

Ocorre que a Emenda Constitucional nº 26/85, apesar de ter se originado de um projeto que foi processado e aprovado em conformidade com o que previam os artigos 47, 48 e 49 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, fez constar que a Assembleia Nacional Constituinte seria "livre e soberana", o que significa que não precisaria observar os limites impostos por aquela Constituição. Eis então o contrassenso: uma norma é aprovada em conformidade com uma norma anterior, fundando nela sua legitimidade, e simultaneamente é a responsável por uma quebra nessa cadeia de legitimação, já que tudo o que vier dali para

¹⁸² SILVA, Virgílio Afonso da. "Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no quorum de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais", *in*: RDA, nº 226, pág. 17.

frente poderá contrariar formal e materialmente o que havia sido decidido na Constituição anterior.

A questão que se coloca em relação à Assembleia Nacional Constituinte, então, é a seguinte: de onde ela derivou sua legitimidade? Duas respostas podem ser oferecidas aqui. Caso se observe estritamente que a convocação se deu por meio de emenda constitucional, não se analisando o conteúdo dessa emenda, tem-se que a assembleia teria sua legitimidade fundada na mesma Constituição que se pretendia substituir, e que sua obra representaria essencialmente uma continuação daquela ordem. A alternativa seria considerar que a convocação de uma assembleia "livre e soberana", independentemente de ter sido feita via emenda constitucional, indicaria uma ruptura com a Constituição anterior, derivando assim a legitimidade do órgão diretamente do próprio povo, titular por excelência do poder constituinte.

Essa foi uma discussão muito acalorada na época da promulgação da EC 26/85 e do início dos trabalhos constituintes. Muitos juristas defenderam que não havia solução de continuidade entre a ordem constitucional anterior e aquela que se pretendia iniciar com o novo texto constitucional 183. Isso significaria, entretanto, que não apenas a forma de aprovação do novo texto deveria ter obedecido aos procedimentos previstos na Constituição então vigente, que determinava a aprovação do projeto de emenda mediante o voto de dois terços dos membros do Congresso Nacional em duas sessões 184, como também que deveriam ter sido respeitados os limites materiais constantes do §1º do art. 47 185.

Mas o fato é que a Emenda Constitucional nº 26 de 1985 não preservou os limites formais do art. 48, nem determinou a necessidade de observação aos limites materiais do art. 47, estabelecendo simplesmente que a nova Constituição seria adotada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros da assembleia. A emenda, assim, modificou significativamente a própria norma que a autorizava e previa seus procedimentos, dando sinais inequívocos no sentido de uma quebra constitucional.

-

Ver, por todos, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. "Indubitavelmente, a nova Constituição foi obra de um poder derivado, conquanto a paixão política levasse muitos a sustentar o insustentável – ser uma Constituinte, convocada por uma Emenda à Constituição então vigente, composta inclusive por senadores eleitos há quatro anos, poder originário...". O Poder Constituinte. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. Pág. 164.

Art. 48 da Emenda nº 1/69: Em qualquer dos casos do artigo anterior, a proposta será discutida e votada em sessão conjunta do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada quando obtiver, em ambas as votações, dois terços dos votos dos membros de cada uma das Casas (com a redação dada pela Emenda nº 22/82)

Art. 47, §1°: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República.

Daniel Sarmento menciona essa discussão a respeito de se a Assembleia Nacional Constituinte representaria uma emanação do poder constituinte originário ou do derivado, posicionando-se favoravelmente à tese que acabou encontrando maior adesão no meio jurídico da época:

A convocação da Assembleia Constituinte por Emenda Constitucional levou alguns juristas e políticos da época a defenderam a tese de que ela não corresponderia ao exercício de autêntico poder constituinte originário, mas sim de um poder derivado e, como tal, limitado pela norma que o convocara. **Contudo, este posicionamento, francamente minoritário na doutrina, é absolutamente incorreto**. A Emenda nº 26/1985 foi apenas o veículo formal empregado para a convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, mas não o seu fundamento de validade. Este repousava na vontade, presente na sociedade brasileira, e evidenciada em movimentos como o das *Diretas Já*, de romper com o passado de autoritarismo, e fundar o Estado e a ordem jurídica brasileira sobre novas bases mais democráticas. ¹⁸⁶

Sarmento fundamenta seu posicionamento pela tese de que a Assembleia Nacional Constituinte configurou o exercício de poder constituinte originário em uma explicação histórico-sociológica, sustentando que a grande movimentação e engajamento da sociedade brasileira em direção à formação de uma ordem democrática é que legitimariam a produção de uma Constituição sobre bases inteiramente novas. A fundamentação, embora relevante, não é estritamente jurídica.

Uma explicação propriamente afeta ao Direito pode ser buscada na obra de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. O autor explica, na sua "Introdução ao Estudo do Direito", o conceito de "norma-origem", relevante para a nossa discussão: "normas-origem são normas efetivas (ocorrem numa situação de fato favorável), dotadas de império e primeiras de uma série. Como não guardam nenhuma *relação* com qualquer *norma* antecedente, não são válidas, apenas imperativas, ou seja, têm força impositiva." Essas normas-origem fogem ao esquema tradicional: emissor (ou norma de hierarquia superior) > relato da norma/cometimento > receptor (ou norma de hierarquia inferior), porque nelas o receptor e o emissor se confundem, provocando a quebra na cadeia de validação das normas.

Aplicando esses conceitos ao caso do Brasil, assim escreve Ferraz Júnior:

Dentro do *padrão-legalidade*, o emissor da norma que autoriza emendar é um papel institucionalizado denominado constituinte. Seu receptor é também um papel institucionalizado denominado poder constituído. Assim, se o receptor emendar a constituição conforme o relato da norma que autoriza emendar, temos uma nova norma – uma emenda constitucional – na qual o receptor da anterior é agora emissor, sendo receptores os emissores das normas de hierarquia inferior. Que acontece, porém, quando o receptor promulga uma emenda que altera o relato da

-

¹⁸⁶SARMENTO, Daniel, op. cit., pág. 11-12 (grifo nosso).

¹⁸⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. <u>Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação</u>. 2ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Atlas, 1994. Pág. 190.

norma que lhe confere competência? *Aparentemente* ele cumpre a norma e engendra um paradoxo (serra o galho sobre o qual está sentado). Na verdade, porém, isto não ocorre. Por quê? Porque ao promulgar emenda alterando o relato da norma que autoriza os procedimentos para emendar, o receptor (poder constituído) se põe como emissor (poder constituinte). Isto é, já não é a norma que autoriza os procedimentos de emenda que está sendo acionada, mas uma outra, com o mesmo relato, mas com outro emissor e outro receptor. É uma norma nova, uma norma-origem. ¹⁸⁸

A tese de que a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 exerceu verdadeiro poder constituinte originário foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, tendo inclusive o voto do Relator, o Ministro Eros Grau, feito menção ao conceito de norma-origem antes explicitado. Nesse caso, discutiu-se se a Lei nº 6.683 de 1979, conhecida como a Lei da Anistia, teria sido recepcionada pela CF/88. Voltaremos a essa questão em seguida. Por ora, é importante ressaltar que a adoção de entendimento positivo implica considerar que a própria Emenda Constitucional nº 26 já tenha sido promulgada pelo poder constituinte, numa espécie de ato prévio à Constituição, mas já pertencente à nova (e não à antiga) ordem. É exatamente isso o que pretende o Min. Eros Grau quando afirma:

A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura a nova ordem constitucional. Consubstancia a ruptura da ordem constitucional que decairá plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988. Consubstancia, nesse sentido, a *revolução branca* que a esta confere legitimidade. Daí que a reafirmação da anistia da lei de 1979 já não pertence à ordem decaída. Está integrada na nova ordem. Compõe-se na origem da nova norma fundamental." ¹⁹⁰

Na mesma direção se inclina José Afonso da Silva ao afirmar que à Emenda Constitucional nº 1/69 (emenda que alterou a Constituição de 1967 e que, para muitos, foi uma nova Constituição) acresceram-se mais 25 emendas, "já que a Emenda Constitucional 26, de 27.11.1985, não pode ser considerada tipicamente emenda constitucional, porque foi um ato de convocação da Assembleia Nacional Constituinte exatamente para elaborar nova Constituição em substituição àquela". Quer dizer, partindo do pressuposto de que a EC 26/85 objetivava derrubar a ordem constitucional vigente, o autor entende que ela não pode

¹⁸⁸ Idem, ibidem, pág. 193.

¹⁸⁹ Supremo Tribunal Federal, ADPF 153, Tribunal Pleno, Relator Min. Eros Grau, DJe de 06/08/2010. O mesmo posicionamento já fora adotado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815, em que se discutiu se seria possível o controle de constitucionalidade de normas colocadas no texto original da Constituição, e não acrescidas ou modificadas através de emenda constitucional, tendo-se chegado à conclusão de que não cabe ao Supremo Tribunal Federal exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte Originário (ADI 815, Tribunal Pleno, Relator Min. Moreira Alves, DJ de 10/05/1996).

¹⁹⁰ Pág. 44 do Acórdão.

¹⁹¹ SILVA, José Afonso da. <u>O Constitucionalismo Brasileiro (Evolução Institucional)</u>. São Paulo: Malheiros, 2011. Pág. 37.

ter derivado sua validade e legitimidade dessa mesma ordem, como seria o caso de uma emenda constitucional típica.

3.1.1 Ruptura formal com continuidade material?

A resposta, então, de que a convocação da nova assembleia marcou uma ruptura com a ordem anterior e que, consequentemente, o órgão derivou sua legitimidade diretamente do povo, parece ser a tese juridicamente mais adequada, considerando que, de fato, a Assembleia Nacional Constituinte agiu como se de poder constituinte originário se tratasse. Demonstração disso é que se cogitou inclusive reintroduzir no país a forma de Estado monárquica, há tanto tempo abandonada, discussão essa que acabou sendo levada à decisão popular por meio de plebiscito. A Constituição anterior, não é demais destacar, considerava a forma republicana como cláusula pétrea (art. 50, §1º da Constituição de 1967 e art. 47, §1º da Emenda nº 1/69), o que significa dizer que a emenda constitucional tendente a aboli-la não poderia sequer ser levada à votação no Congresso Nacional.

A situação, entretanto, não é tão clara e isenta de complicações. Como mencionado no capítulo anterior (2.1.1), os conceitos doutrinários, por mais impecáveis e complexos que pareçam, sempre enquadram apenas parcialmente os fenômenos da vida real. O órgão constituinte instaurado entre nós em 1987, mesmo que se considere ter criado uma norma-origem, não se encaixa perfeitamente no conceito de poder constituinte originário, havendo diversos elementos históricos que o aproximam de um poder constituinte derivado.

Tomemos como exemplo a ideia de revolução, que está normalmente associada àquela de poder constituinte originário, e utilizemos os conceitos de revolução jurídica e revolução social anteriormente explicitados (item 1.3.1, *supra*). Partindo apenas da definição de revolução jurídica como a modificação da Constituição fora dos canais por ela previstos¹⁹², já teremos alguma dificuldade em considerar o ocorrido em 1987 e 1988 como uma revolução, posto que a carta constitucional anterior foi de certa forma utilizada, pelo menos para possibilitar a convocação da assembleia constituinte.

Se, para além disso, tomarmos a ideia de revolução social, que definimos como uma "alteração mais profunda nas bases da sociedade, geralmente acompanhada de modificações importantes no regime econômico, nas relações de poder e eventualmente até nos valores morais, religiosos e nos costumes que regem tal comunidade" veremos que o

¹⁹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Constituinte, op. cit., pág. 38.

¹⁹³ Cf. *supra*, ponto 1.3.1.

Brasil está longe de ter passado por uma experiência desse tipo, sendo que o surgimento de uma nova Constituição muito pouco alterou nas bases sociais, econômicas e culturais do país.

A propósito, em estudo aprofundado sobre a classe política brasileira, o cientista político Timothy Power concluiu que o fim do governo militar e a transição para o governo civil e democrático não significou o fim da forte influência exercida pela anterior maioria, dominada por políticos do partido governista ARENA. Pelo contrário, a supostamente nova elite política, formada principalmente por integrantes de partidos situados mais ao centro e à esquerda do espectro ideológico, absorvia mais e mais pessoas que apoiaram abertamente o governo militar e que buscavam a sua sobrevivência política. 194

Nesse sentido, afirma o mencionado autor:

Ainda que mais visíveis nos maiores partidos, de fato os ex-arenistas estavam bem dispersados. Em 1986 essa parte da direita obteve sucesso em se eleger através de não menos do que sete partidos políticos. Além dos três acima mencionados [PMDB, PFL e PDS], ex-arenistas chegaram à ANC [Assembleia Nacional Constituinte] pelo PL, PTB, PDC e até mesmo pelo PDT de Leonel Brizola. Em novembro de 1989 – apenas trinta meses após a ANC ter começado suas deliberações – o grupo estava ainda mais disperso, em doze partidos. 1955

Essa sobrevivência das classes políticas anteriormente dominantes é uma característica do que poderíamos chamar de uma "transição conservadora", em que foram mantidos muitos elementos da ordem anterior através da realização de diversos acordos e compromissos de parte a parte, justamente no intuito de se evitar uma mudança muito brusca. Se com isso se buscava, por um lado, a efetivação de uma transição sem traumas, sem necessidade de luta armada e do recurso à violência, por outro, a intenção também era preservar os interesses de uma classe que não pretendia que a alteração de regime significasse o fim de sua influência política.

Ainda sobre a mesma questão, invoca-se mais uma vez os ensinamentos do Prof. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. É interessante mencionar o que ele entende por revolução, do ponto de vista de uma concepção pragmática do Direito, para que se possa analisar se o Brasil vivenciou tal situação. Diferentemente de um mero ato de força de que resultaria a troca de uma Constituição por outra, mas que permitiria a continuidade do sistema normativo, a revolução seria "uma perturbação capaz de destruí-lo", ou "uma sobrecarga de informações, isto é, a entrada no sistema de normas que não conseguem ser calibradas como normas-origens, destruindo-se o próprio dispositivo regulador".

¹⁹⁴ POWER, Timothy J. <u>The Political Right in Postauthoritarian Brazil: Elites, Institutions and Democratization.</u> University Park: The Pennsylvania State University Press, 2000.

¹⁹⁵ Idem, ibidem, pág. 77 e 78.

¹⁹⁶ FERRZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. <u>Introdução ao Estudo do Direito</u>, op. cit., pág. 195.

Ora, parece-nos claro que no Brasil não houve nenhuma destruição do sistema normativo vigente anteriormente à Constituição Federal de 1988. Muito pelo contrário, o estabelecimento de uma nova norma-origem não foi acompanhado de grande dificuldade para a operacionalização do Direito. Não se instaurou nenhuma situação excepcional que levasse à impossibilidade de aplicação de normas anteriores, nem houve dificuldade em aceitar-se a recepção de boa parte da ordem normativa prévia à Constituição que se inaugurava, não se podendo falar em "sobrecarga de informações".

Este ponto é importante: a doutrina clássica do poder constituinte, da forma como imaginada por Sieyès e principalmente como desenvolvida por Schmitt, associa essa figura a momentos de grave crise institucional, em que o abalo das estruturas fundamentais de determinada comunidade política é tão grande que não poderia ser consertado com o uso dos instrumentos previstos pela própria ordem jurídica, sendo então imprescindível o estabelecimento de uma nova ordem. É a ideia de que o poder constituinte de titularidade popular surge em meio a um estado de exceção para dar conta de uma situação que não pode ser resolvida por seus representantes, pois estariam ausentes as condições de *normalidade* necessárias para a validade de seu mandato.

O Brasil certamente não passou por uma tal situação. Não há dúvidas de que a Constituição anterior previa canais que poderiam ter sido utilizados para realizar as modificações desejadas, que em verdade não incluíam nenhuma transformação institucional profunda, e que a normalidade não estava abalada a ponto de impedir a execução dessas mudanças por parte dos representantes ordinários do povo. Tanto é assim que a Emenda Constitucional nº 26 não convocou a eleição de verdadeiros representantes extraordinários, mas atribuiu funções constituintes a um poder constituído (Congresso Nacional).

Enfim, essas observações servem a dar alguns exemplos de que a atuação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 não pode ser tida como uma típica aparição do poder constituinte originário, especialmente se considerada a inexistência de uma situação de desordem institucional em sua origem. A elaboração de uma carta totalmente nova ao invés da realização de reformas pontuais através do procedimento de emenda à Constituição parece ter sido mais uma opção do que uma necessidade.

3.1.2 Convocação do poder constituinte através de emenda constitucional: dificuldades

Como dito no início deste capítulo, a convocação de um órgão que irá elaborar uma nova Constituição através de um procedimento de emenda à Constituição anterior, que

foi exatamente o que aconteceu entre nós, já gera por si só uma série de dificuldades práticas e teóricas. No Brasil, essas dificuldades são ainda maiores, em virtude de algumas peculiaridades que caracterizaram o nosso processo de transição. Paulo Bonavides, escrevendo justamente à época da convocação da Assembleia Nacional Constituinte, reconhece a particularidade da situação:

O atual quadro constituinte que o País vive é o mais singular e complexo de toda a nossa história constitucional. Pela vez primeira, um poder constituinte primário emerge dentro da esfera do sistema representativo vigente, à sombra de uma Constituição que não foi derrogada e que serve ainda de instrumento convocatório desse poder. 197

Elencamos, nesta parte do trabalho, alguns motivos que levam ao entendimento do nosso momento constituinte como uma situação peculiar, se tentarmos compará-lo a ou enquadrá-lo em um tipo ideal:

- (i) O instrumento convocatório da Assembleia Nacional Constituinte, qual seja, a Emenda Constitucional nº 26 de 1985, não se limitou a estabelecer as formas e procedimentos mínimos para a instauração do órgão constituinte, mas já determinou de modo bastante específico algumas questões materiais que deveriam ser observadas pela assembleia, muito embora ela tenha sido proclamada livre e soberana;
- (ii) A eleição dos representantes que viriam a elaborar o novo documento constitucional deu-se com base em um sistema eleitoral e partidário que nada tinha de extraordinário, tendo sido essencialmente moldado para realizar a política congressual ordinária e, em boa parte, estruturado de modo a atender aos interesses do grupo que estava no poder justamente no regime que se pretendia derrubar;
- (iii) O órgão que elaborou a Constituição Federal de 1988 era em si mesmo um órgão já constituído, uma verdadeira instituição que estava presente entre nós desde antes do inicio do governo militar, um Congresso Nacional que inclusive continuou dotado de competências legislativas ordinárias enquanto deliberava sobre os termos da nova carta constitucional.

Comecemos pelo ponto (i). Não se pode esperar que um procedimento complexo como aquele necessário para a decisão a respeito da organização e das normas fundamentais de um Estado se inicie de forma totalmente espontânea do seio de um povo, sem que haja necessidade da deflagração do processo por parte de alguma espécie de liderança. Já

¹⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. <u>Constituinte e Constituição: a Democracia, o Federalismo, a Crise Contemporânea.</u> 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010. Pág. 57.

mencionamos acima¹⁹⁸ a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho no sentido de que, em se tratando de poder constituinte, um ato de outorga sempre será lógica e cronologicamente anterior ao ato de promulgação.

A Emenda Constitucional nº 26/85 não pode ser considerada exatamente um ato de outorga, posto que foi promulgada por representantes do povo que, em maior ou menor grau, gozavam de alguma legitimidade popular. Por outro lado, foi promulgada por um órgão já instituído, formado por pessoas que não seriam as mesmas a elaborarem a Constituição, mas que já determinou minimamente o modo de funcionamento do que viria a ser a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988.

O que se espera de um instrumento convocatório desse tipo é justamente que estabeleça as condições mínimas necessárias para que um grupo de pessoas possa se reunir e começar a deliberar sobre a organização que pretende instituir dali em diante. Assim, é natural que contenha normas básicas indicando, por exemplo, onde e quando essa assembleia se formará e qual será o quorum necessário para aprovação do texto. Foi o que fez a EC 26/85 em seus três primeiros artigos, que estabeleceram o seguinte:

Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.

Art. 2°. O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembleia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente.

Art. 3º A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembleia Nacional Constituinte.

Somente essa regulamentação mínima já seria suficiente para permitir a instauração da assembleia, tanto é que não se encontra nenhuma outra norma de teor procedimental no texto da emenda, o que não prejudicou a instauração da Assembleia Nacional Constituinte no dia 1º de fevereiro de 1987, exatamente como fora previsto. É interessante notar, porém, que o Congresso Nacional, quando da promulgação da emenda, não se limitou à determinação das normas procedimentais básicas, mas escolheu tratar de um assunto bastante controverso, a anistia, fixando normas materiais que se impuseram à posterior assembleia.

Mencionamos acima que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, considerou a EC 26/85 como sendo a norma-origem de um novo sistema constitucional. Pois bem, essa norma-origem foi responsável por conceder status constitucional à anistia que já fora concedida aos que

. .

¹⁹⁸ Cf. nota de rodapé nº 26.

tivessem cometido crimes políticos ou conexos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, pela Lei n 6.683/79. Assim estabeleceu a emenda convocatória em seu artigo 4°:

- Art. 4º É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.
- § 1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.
- § 2º A anistia abrange os que foram punidos ou processados pelos atos imputáveis previstos no "caput" deste artigo, praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.
- § 3º Aos servidores civis e militares serão concedidas as promoções, na aposentadoria ou na reserva, ao cargo, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade, previstos nas leis e regulamentos vigentes.
- § 4º A Administração Pública, à sua exclusiva iniciativa, competência e critério, poderá readmitir ou reverter ao serviço ativo o servidor público anistiado.
- § 5º O disposto no "caput" deste artigo somente gera efeitos financeiros a partir da promulgação da presente Emenda, vedada a remuneração de qualquer espécie, em caráter retroativo.
- § 6º Excluem-se das presentes disposições os servidores civis ou militares que já se encontravam aposentados, na reserva ou reformados, quando atingidos pelas medidas constantes do "caput" deste artigo.
- § 7º Os dependentes dos servidores civis e militares abrangidos pelas disposições deste artigo já falecidos farão jus ás vantagens pecuniárias da pensão correspondente ao cargo, função, emprego, posto ou graduação que teria sido assegurado a cada beneficiário da anistia, até a data de sua morte, observada a legislação específica.
- § 8º A Administração Pública aplicará as disposições deste artigo, respeitadas as características e peculiaridades próprias das carreiras dos servidores públicos civis e militares, e observados os respectivos regimes jurídicos.

Com essas determinações, a anistia, que antes fora concedida apenas por lei ordinária e que, portanto, estaria sujeita a ser ou não recepcionada pela nova Constituição, passou a fazer parte da futura ordem constitucional que ainda estava para ser estabelecida. Em razão desse novo status, não só não se poderia cogitar de a lei não ser recepcionada, quanto, mais do que isso, não poderia a própria Constituinte ter retrocedido na concessão da anistia, como ficou consignado na decisão do Supremo Tribunal Federal. O ato convocatório, assim, já criou um limite material ao poder decisório da Assembleia Nacional Constituinte, muito embora tenha declarado que ela seria livre e soberana.

Ou seja, a Emenda Constitucional nº 26 de 1985, por já ter trazidos normas de conteúdo além do procedimental, não foi meramente um ato convocatório. Na medida em que estabeleceu algumas regras que se impuseram materialmente ao legislador constituinte, apresentou características que poderiam ser associadas a uma Constituição provisória. Vejamos o que diz a esse respeito Ferreira Filho:

Tais Constituições provisórias registram a extinção da vigência do direito constitucional anterior, definem regras de transição. E o mais importante é que fixam não só o modo de convocação, eleição, reunião e funcionamento da Assembleia Constituinte (ainda que nem todas o façam pormenorizadamente) como também bases fundamentais da futura Constituição.

Ou seja, o Poder Constituinte que irá manifestar-se por meio da Assembleia Nacional Constituinte já recebe diretrizes, pontos de referência, princípios – que é o termo em geral adotado, a que deve respeitar. Com isto, a revolução impõe à Constituinte o cerne político que esta deve traduzir em normas institucionais. Tal assembleia obviamente não é "livre" ou "soberana". 199

Se considerarmos a referida emenda constitucional como o ato que primeiro materializou a "revolução" (ao menos uma revolução jurídica, no sentido de quebra formal da Constituição), é certo que esse ato estabeleceu a anistia como uma base fundamental da futura ordem constitucional, pretendendo forçar sua entrada e permanência nessa ordem. Os motivos que levaram à consideração da anistia dos crimes políticos e conexos cometidos sobre a égide dos atos institucionais são os mais diversos e fogem ao escopo deste trabalho²⁰⁰. De toda forma, independentemente da conjuntura que levou à adoção dessas condições na emenda, o fato é que elas limitaram a atuação da Assembleia Nacional Constituinte que veio a ser instaurada em 1987, fazendo do ato convocatório em alguma medida uma Constituição provisória, visto que a assembleia não gozou de plena liberdade e soberania.

A respeito do ponto (ii), partimos do pressuposto básico de que a democracia em comunidades complexas, de vasta extensão territorial e enorme contingente populacional, não se pode dar de forma direta, sendo o primeiro passo para a criação das leis a escolha dos representantes que farão a deliberação política. Isso é verdade, como já vimos acima em 1.2.3, tanto para a política ordinária quanto para a extraordinária, aquela própria do momento constituinte.

Ocorre, porém, que a própria eleição dos representantes não pode ser efetivamente realizada sem que exista alguma regulamentação anterior, que defina o modo como se darão essas eleições, quem serão as pessoas capazes de votar e ser votadas, como se fará o escrutínio, entre outras questões de ordem prática. Em se tratando de eleição de representantes para compor uma assembleia constituinte, a normatização dessas eleições, ao menos em tese, já se constituiria em exercício de poder constituinte, porque ali mesmo já se teria como objetivo a derrubada da ordem anterior, ou ainda a criação de uma primeira ordem constitucional.

²⁰⁰ Para uma visão sobre esse tema, ver: MEZAROBBA, Glenda. <u>Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas consequências – um estudo do caso brasileiro</u>. São Paulo: Humanitas, 2006.

1

¹⁹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. <u>Ideias Para a Nova Constituição Brasileira</u>. São Paulo: Saraiva, 1987. Pág. 11.

Assim, para mencionar novamente o que foi há pouco abordado (quando se analisou o ponto i), o estabelecimento de regras de transição desse gênero seria algo típico de uma Constituição provisória. Esta definiria não só o modo de funcionamento e o procedimento mínimo da própria assembleia constituinte, como também estabeleceria regras para a realização das eleições em que seriam escolhidos os futuros membros desse órgão.

Se, por um lado, o ato convocatório da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 teve algumas características de Constituição provisória, por outro, deixou de estabelecer regras de transição nesse ponto específico da eleição de seus integrantes. Mencionou apenas que os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-seiam em Assembleia Nacional Constituinte a partir da legislatura iniciada no dia 1º de fevereiro de 1987. Ao assim fazer, deixou implícito que os constituintes seriam aqueles eleitos nas próximas eleições regularmente previstas para o Congresso Nacional, que viria a se realizar em novembro de 1986.

Essas eleições foram feitas de acordo com algumas normas eleitorais de há muito previstas e estabelecidas no nosso sistema e outras introduzidas pelas então recentes reformas do período de abertura do regime militar, tudo tendo sido feito com o respeito dos canais de modificação legislativa permitidos e sem que houvesse quebra da ordem constitucional. A série de alterações realizadas no Código Eleitoral principalmente a partir de 1982, podendo-se destacar a Lei nº 7.191 de 1984, que dispôs sobre a formação do Tribunal Superior Eleitoral e dos Tribunais Regionais Eleitorais, e a Lei nº 7.454 de 1985, que permitiu a coligação de partidos nas eleições para deputado federal, estadual e vereadores, não modificou pontos essenciais do texto original de 1965. Entre esses pontos essenciais estavam a obrigatoriedade de filiação partidária para o registro de candidatura (o que já vigorava entre nós desde o Decreto-Lei nº 7.586 de 1945), o sistema de representação proporcional para a eleição dos membros da Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais e o sistema de representação majoritária para o Senado Federal, Prefeito e Vice-Prefeito.

Talvez a alteração mais relevante no sistema eleitoral que vigorou durante o governo militar tenha sido o fim do bipartidarismo imposto pelo Ato Complementar nº 4 de 1965, que por sua vez se fundamentou no Ato Institucional nº 2 do mesmo ano. Os partidos criados em obediência ao art. 1º desse Ato Complementar²⁰¹, a Aliança Renovadora Nacional (ARENA) e o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), tiveram seu fim com o pacote de

-

²⁰¹ Art. 1º Aos membros efetivos do Congresso Nacional, em número não inferior a 120 deputados e 20 senadores, caberá a iniciativa de promover a criação, dentro do prazo de 45 dias, de organizações que terão, nos termos do presente Ato, atribuições de partidos políticos enquanto estes não se constituírem.

reformas de 1979, dando lugar ao retorno do multipartidarismo. Mas essa modificação, ao contrário do que se poderia imaginar, não se originou de reivindicações por mais democracia, mas da necessidade e conveniência do próprio governo, que buscava ao máximo a manutenção de seu poder que vinha sendo ameaçado pelo fortalecimento da oposição.

O resultado das eleições de 1978 para o Congresso Nacional e as Assembleias Legislativas foi decisivo para essa mudança. O partido governista, ARENA, foi derrotado pelo MDB no Senado, obtendo apenas 35% dos votos contra os 46,4% alcançados pela oposição; na Câmara dos Deputados e nas assembleias estaduais o resultado foi muito próximo, tendo a ARENA alcançado apenas uma ligeira vantagem (40% contra 39,3% na Câmara dos Deputados; 41,1% contra 39,6% nas Assembleias Legislativas)²⁰². Foi então que o governo percebeu que o sistema bipartidário não estava mais lhe sendo vantajoso e decidiu forçar a volta do multipartidarismo.

A situação é muito bem explicada por Thimothy Power:

O General Golbery do Couto e Silva, principal estrategista político dos presidentes Geisel e Figueiredo, optou por "dividir e conquistar" a oposição ordenando o retorno ao sistema multipartidário. Ele esperava que a coalizão governista permanecesse intacta, enquanto o MDB dividir-se-ia em várias facções; a lei da anistia de 1979, permitindo o retorno de exilados e cassados à vida política, iria facilitar a divisão da oposição. As expectativas de Golbery estavam em sua maioria corretas. ²⁰³

De fato, enquanto a ARENA apenas modificou seu nome para Partido Democrático Social (PDS), a oposição dividiu-se rapidamente em cinco partidos: o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), principal herdeiro do MDB; o Partido dos Trabalhadores (PT); o Partido Popular (PP), que teve curta duração; o Partido Democrático Trabalhista (PDT); e o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB). Então, pelo menos nesse momento inicial da abertura, pode-se dizer que o governo atingiu seu objetivo de manter a maioria parlamentar. A situação se reverteu somente após o cisma no PDS que deu origem ao Partido da Frente Liberal em 1984.

De toda forma, o fato é que também a reabertura ao multipartidarismo não foi uma obra do poder constituinte, nem mesmo de algum poder provisório que estivesse criando as condições necessárias ao estabelecimento de uma nova ordem constitucional. Muito pelo contrário, resultou de mais um dos chamados "casuísmos" do governo militar, que, cada vez

²⁰² POWER, Timothy J. <u>The Political Right in Postauthoritarian</u> Brazil, op. cit., pág. 62.

²⁰³ Idem, Ibidem, págs. 63 e 64, tradução própria.

que percebia alguma diminuição de sua influência nos parlamentos federal e estaduais, procurava a todo custo mantê-la através de modificações nas regras eleitorais²⁰⁴.

As eleições de 1986, em que se escolheram os deputados e senadores que viriam a compor a Assembleia Nacional Constituinte, foram alicerçadas nesse sistema partidário altamente moldado para atender aos interesses da direita conservadora ligada ao movimento militar. O povo, além de não ter tido ampla participação na decisão a respeito das regras do jogo, teve sua liberdade de escolha limitada pelo que foi apresentado pelas novas agremiações, que derivaram essencialmente de cismas internos e reformulações naquelas que já vinham atuando no período bipartidário, uma vez que permanecia obstaculizada a candidatura independente.

Pesou muito, então, esse caráter de política ordinária, comandada por interesses seccionais e partidários, ao invés de uma ideia de política extraordinária que deveria estar mais preocupada com a criação de um novo modelo de Estado, alicerçado em novas bases. A distinção entre essas duas concepções – que certamente não foi observada no modo como se deu a escolha dos constituintes de 1987/1988 – fica clara no ensinamento de Goffredo Telles Júnior:

Ora, a tarefa de fazer leis ordinárias não é igual à tarefa de elaborar a Constituição.

Para fazer leis ordinárias, o que se exige dos legisladores é fidelidade ao partido ou grupo a que pertencem, e competência na defesa dos interesses específicos a que tais leis se referem. Deles não se pedem, necessariamente, conhecimentos de Teoria do Estado e de Ciência Política.

A tarefa de elaborar a Constituição, porém, pressupõe uma noção arquitetônica do Estado, um conhecimento global dos Poderes e dos órgãos do Governo, tudo isto subordinado à ideia soberana dos Direitos fundamentais do homem, e ao propósito das Liberdades Concretas dos trabalhadores. Para tão alta missão, requisitos essenciais se exigem dos legisladores da Constituição, requisitos que não se pedem aos legisladores de leis ordinárias. ²⁰⁵

Isso nos leva ao ponto (iii). Uma das discussões mais acaloradas na época da transição democrática no Brasil foi a respeito de se o novo documento constitucional deveria ser elaborado por uma assembleia constituinte eleita exclusivamente para esse fim ou se o Congresso Nacional, órgão de política ordinária, poderia receber poderes extraordinários e ser

²⁰⁵ TELLES JÚNIOR, Goffredo. <u>A Constituição, a Assembleia Constituinte e o Congresso Nacional</u>. São Paulo: Saraiva, 1986. Pág. 55.

[&]quot;(...) toda vez que o oposicionista MDB obtia um avanço eleitoral significativo, a hierarquia militar modificava as regras do jogo para manter a hegemonia da ARENA/PDS. As alterações nas regras eram conhecidas como *casuísmos*. (...) alguns dos exemplos mais conhecidos dos *casuísmos* foram o Ato Institucional nº 3 de Castelo Branco (AI-3, Fevereiro de 1966), o "Pacote de Abril" de Geisel (Abril de 1977) e o "Pacote de Novembro" de Figueiredo (Novembro de 1981)." Idem, ibidem, pág. 112, tradução própria.

o responsável pela criação e promulgação da tão esperada nova Constituição. Nascia a disputa Assembleia Constituinte *versus* Congresso Constituinte.

O Congresso Nacional, como se sabe, é um órgão constituído, que tem seu funcionamento e competência fundamentados na decisão prévia de um poder constituinte e cujos atos normativos somente são válidos porque são autorizados por uma Constituição que lhes é logicamente anterior. O grande problema é entender como esse poder instituído poderia ser subitamente transmudado em poder instituinte (ou constituinte) e, assim, de criatura para criador, derrogar a própria norma que o legitima. Tanto em tese quanto na prática, trata-se de um sério problema de legitimidade.

O problema teórico pode ser pensado a partir de dois pontos de vista, um normativo e um institucional. Para o ponto de vista normativo, imagine-se o esquema *kelseniano* de encadeamento de validação e autorização de normas. A norma mais geral, aquela que representa o fundamento de validade de todas as outras, está no topo – a Constituição; a norma mais particular, aquela que já significa uma ordem concreta de execução, está na base – a ordem administrativa, a sentença judicial. Na Constituição é que as demais normas encontram a razão ulterior de sua obrigatoriedade, e não o contrário. Então, quando uma norma no meio dessa cadeia surge com o objetivo de negar a validade da norma superior, isso só pode significar uma subversão no sistema. Ou a norma-derrogadora encontra seu fundamento de validade em um elemento externo, o que já representa uma quebra na ordem, ou ela própria está destituída de obrigatoriedade. Esse ponto foi discutido acima quando se abordou a natureza da Emenda Constitucional nº 26 de 1985.

Já o ponto de vista institucional pode ser compreendido através da noção weberiana de legitimação racional-burocrática. Na explicação do Estado burocrático de Weber, o foco não está nas normas em si, mas no órgão ou autoridade da qual essas normas emanam. A obrigatoriedade das normas emanadas por uma determinada autoridade deriva da crença na legitimidade²⁰⁶ da autoridade imediatamente superior, que autoriza sua atuação. Sobe-se na hierarquia ordinária de instituições até que se chegue num vértice acima do qual não há outra autoridade, de maneira que não há mais possibilidade de legitimação ordinária. A legitimação dessa entidade, então, só poderá ser extraordinária — e aqui colocamos o poder constituinte. Agora, atribuir poderes extraordinários a uma instituição que se encontra no

sociologia compreensiva. Vol. 1. 3ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. Pág. 141.

²⁰⁶ É interessante observar que, para Weber, até mesmo o tipo-ideal da dominação de caráter racional (que, juntamente com as de caráter tradicional e carismático, compõe o quadro dos três tipos puros de dominação legítima) depende de uma *crença* para se sustentar. Assim, a dominação de caráter racional é "baseada na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação (dominação legal)". WEBER, Max. <u>Economia e Sociedade: fundamentos de</u>

meio, e não no ápice, dessa cadeia de legitimação - como é o caso do Congresso Nacional gera uma complexidade que põe em xeque toda a compreensão do sistema, pois ao mesmo tempo em que o funcionamento desse órgão intermediário continua se fundamentando na autoridade superior, não há mais uma crença na legitimidade desta.

No Brasil, muito mais que um problema teórico, a questão do congresso constituinte foi um problema prático. Embora a convocação do Congresso Nacional para atuar com poderes constituintes não fosse nenhuma novidade entre nós – já havia sido assim por ocasião da primeira Constituição da República, bem como nas de 1946 e 1967 -, a proposta do Presidente Sarney para que os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, cuja legislatura iniciaria em 1º de fevereiro de 1987, se reunissem em Assembleia Nacional Constituinte foi alvo de severas críticas.

Atuando o Congresso, seria difícil pensar em uma verdadeira aparição da soberania popular. A uma, porque o Senado Federal é um órgão de representação dos estados, mas a Constituição, a não ser que se pretenda elaborar uma espécie de carta federativa, tem seu fundamento na vontade do povo, e não na vontade das unidades federadas. A duas, porque o Congresso Nacional a ser instaurado em 1987 contaria com a participação de vinte e três senadores que haviam sido eleitos em 1982, ainda sob a égide do governo militar, e cujos mandatos ainda estariam em curso no momento do início dos trabalhos da constituinte - ou seja, que não foram eleitos especificamente para a tarefa de participar da elaboração da Constituição. A três, porque a previsão de números mínimo e máximo de representantes por estado para compor a Câmara de Deputados acabaria (como acabou) gerando a subrepresentação dos estados mais populosos, isso no seio da própria Constituinte, que deveria ser a manifestação da democracia por excelência²⁰⁷.

Raymundo Faoro, grande jurista, sociólogo e cientista político, foi um dos fervorosos críticos do congresso constituinte. De fato, ele não considerava que o Congresso Nacional pudesse atuar como verdadeiro poder constituinte, mas como mero reformador contaminado pelos malogros da política ordinária. Isso porque a legitimação do congresso constituinte não seria efetivamente extraordinária, como se espera de uma assembleia

mais de sessenta ou menos de oito Deputados". Sobre o tema da sub-representação dos estados na Câmara dos Deputados, conferir: NICOLAU, Jairo Marconi. "As Distorções na Representação dos Estados na Câmara dos Deputados Brasileira." In: <u>Dados</u>, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, 1997.

²⁰⁷ Para a determinação dos números mínimo e máximo de congressistas para a Câmara dos Deputados nas eleições de 1986, valeu a disposição do art. 39, §2º da Constituição então vigente, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 25 de 1985: "Observado o limite máximo previsto neste artigo, o número de Deputados, por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido pela Justiça Eleitoral, para cada Legislatura, proporcionalmente à população, com o reajuste necessário para que nenhum Estado ou Distrito Federal tenha

constituinte, mas derivaria de toda uma cadeia já existente, tendendo assim à preservação do status quo:

> (...) conferir ao Congresso o poder de reformar a Constituição não significa instituir uma Constituinte, mas um jogo de palavras dentro de uma mentira. Poderes de reforma constitucional o Congresso já tem, inerente à sua qualidade. O que se chama falsamente de Constituinte é uma redução da maioria para deliberar, de 2/3 para maioria absoluta ou simples. A máquina continua a mesma, com a introdução de uma marcha adicional, sem que substancialmente nada mude.²⁰⁸

Uma crítica semelhante foi feita por Paulo Bonavides, que considerava inclusive um sério problema de legitimidade o fato de a emenda convocatória da Assembleia Nacional Constituinte (que, apesar do nome, foi um congresso constituinte) ter sido proposta pelo Poder Executivo eleito indiretamente, e não pelos representantes do povo²⁰⁹, dando mais um indício de que o caráter da constituinte seria muito próximo daquele da política ordinária. O autor menciona que o relator do projeto de emenda que veio a dar origem à Emenda Constitucional nº 26 de 1985, deputado Flávio Bierrenbach, elaborou um substitutivo que previa a realização de um plebiscito que levaria à decisão popular direta dois pontos nodais: se deveria haver uma assembleia constituinte convocada exclusivamente para esse fim, não se misturando com os trabalhos da política congressual ordinária, e se os senadores eleitos em 1982 deveriam participar da elaboração da nova Constituição.

Assim dispunha o mencionado substitutivo:

Art. 1°. O Poder Constituinte originário é do povo que dirá, em consulta plebiscitária, se o delega a representantes seus, eleitos exclusivamente com essa finalidade, ou ao Congresso Nacional, eleito em 1986.

Art. 2º. Caso a manifestação popular venha a significar opção pela alternativa de representantes exclusivos, ficará convocada uma Assembleia Nacional Constituinte, a reunir-se no dia 1º de fevereiro de 1987, às 9 (nove) horas, na sede do Congresso Nacional.

(...)

§3º. Os atuais Senadores da República, eleitos em 1982, poderão integrar a Assembleia Nacional Constituinte, desde que lhes sejam atribuídas funções constituintes pela maioria, mediante plebiscito a ser realizado na mesma data da consulta a que se refere o art. 1º, parágrafo único. 210

Embora o projeto de substitutivo tenha sido apoiado por parcela considerável da sociedade civil, destacando-se as posições assumidas pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), sua rejeição acabou sendo inevitável no Congresso, mostrando que a maioria partidária (nesse ponto, o PMDB, partido do próprio deputado Bierrenbach, ficou ao lado dos conservadores PDS e PFL) tinha a

FAORO, Raymundo. "Constituinte ou Congresso com Poderes Constituintes", in: Constituição e Constituinte. Cadernos Apamagis, vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Pág. 17. BONAVIDES, Paulo. Constituinte e Constituição. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

²¹⁰ "Projeto quer consulta popular", Jornal de Brasília, Brasília, nº 3926, p. 2, 17/10/ de 1985.

"evidente intenção de controlar aquela Assembleia que tem amplos e infinitos poderes de modificar, aperfeiçoar e recriar uma nova política do país" ²¹¹.

Tudo isso são amostras de que a Assembleia Nacional Constituinte, embora tenha se originado de uma ruptura formal com a ordem constitucional anterior – na medida em que a norma que a convocou utilizou-se do procedimento de emenda constitucional justamente para modificar esse procedimento – e, nesse ponto, tenha adquirido caráter de poder constituinte originário, em muitos outros aspectos teve feições de poder constituinte derivado, especialmente em razão do órgão que a formou e dos procedimentos para a eleição de seus integrantes. Talvez a nomenclatura "Assembleia Nacional Constituinte" tenha tido muito mais um valor simbólico, não se podendo negar sua enorme importância para a efetivação da transição de regime e a mudança do padrão de legitimidade, do que expressado a realidade de como se deu a atuação daquele órgão, que em verdade não realizou grandes reformas institucionais. Antes disso, procurou aproveitar e adaptar a estrutura que já estava disponível, fazendo alguns ajustes que a tornasse mais compatível com o tão desejado retorno à democracia.

3.2 Tradição e continuidade: federalismo e presidencialismo

No item anterior, procurou-se descrever a forma de convocação e composição da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88, explorando as consequências dessas características para a compreensão do poder constituinte que ali se manifestou como originário ou como derivado. O foco agora será voltado a discutir alguns pontos nodais da organização político-institucional brasileira que foram objeto de deliberação nesse momento, ressaltando a continuidade das decisões políticas fundamentais tomadas pelo legislador constituinte nessa ocasião com aquelas que já vinham sendo adotadas nas Constituições anteriores.

Antes de adentrar na análise desses pontos, cabe um comentário a respeito do que se entende por continuidade. O que aqui estudaremos é uma ideia de continuidade de institutos, de duração e estabilidade de algumas formas específicas de organização política ao longo do tempo, perpassando períodos de calma bem como de crise, mantendo a higidez durante fases de transição e sobrevivendo a tentativas de reforma. Outro ponto de vista interessante, que merece uma breve menção, embora não faça parte do escopo deste trabalho,

²¹¹ "Câmara rejeita substitutivo e relator do projeto quer consulta popular", Jornal de Brasília, Brasília, nº 3926, p. 2, 17/10/ de 1985.

leva em consideração os atores políticos que realizam a transição. A continuidade, então, caracterizar-se-ia pela permanência dos mesmos personagens em cena, apesar das modificações anunciadas; ou então, se não a permanência das mesmas pessoas no poder, a continuidade da forte influência do grupo que as representa.

Nesse sentido, fala-se em "transição conservadora" ou em "transição continuada" para especificar esse tipo de modificação de regime que não se realiza de forma abrupta, mas que, pelo contrário, permite a adaptação e participação de antigas forças, muitas vezes em posições de liderança. Para Thimothy Power, "em perspectiva comparada, o Brasil é um caso paradigmático de uma transição conservadora a partir do autoritarismo"²¹², pois, como já vimos anteriormente, houve uma grande sobrevivência política durante e após a realização da constituinte de classes que apoiaram o governo militar. O rótulo de transição continuada também parece se enquadrar bem ao caso brasileiro, pelo menos na definição dada pelo autor, que considera que "nas transições continuadas, elites autoritárias iniciam o processo de liberalização, controlam o caminho da transição política e retém poder substancial no regime democrático subsequente, muitas vezes dominando a agenda política"²¹³.

Entre nós, os primeiros passos em direção à liberalização do regime militar foram dados pelo próprio governo, o qual controlou de perto boa parte do processo de transição, buscando sempre alternativas que garantissem a continuidade de sua influência. Foi ele que colocou as "regras do jogo" a respeito do que podia ou não ser feito na busca pela redemocratização, principalmente através da manipulação das regras eleitorais. Isso não significa dizer que a atuação da oposição, inicialmente tímida e oprimida, não tenha sido de grande relevância para esse processo; sua participação foi ganhando espaço pouco a pouco e foi sem dúvida imprescindível na decisão pela feitura de uma nova Constituição. Mas talvez o grande peso que as elites conservadoras tiveram na própria Assembleia Nacional Constituinte tenha limitado a possibilidade de realização de reformas mais profundas nessa ocasião, as quais teriam sido importantes para o fortalecimento do regime democrático. 214

3.2.1 O presidencialismo e o modelo de separação de poderes

Apesar de haver alguma instabilidade dos documentos constitucionais no Brasil, o que se pode constatar pela sucessão de várias cartas em nossa história (sete ao todo, oito caso

21

²¹² POWER, Timothy J. <u>The Political Right in Postauthoritarian Brazil</u>, op. cit., pág. 4, tradução própria.

²¹³ Idem, ibidem, pág. 11, tradução própria.

²¹⁴ "A Convenção constitucional trouxe a oportunidade para significativas reformas dos partidos e do sistema eleitoral, a qual foi largamente desperdiçada, devido em parte à ação da direita". Idem, ibidem, pág. 103.

a Emenda nº 1 de 1969 seja considerada uma Constituição autônoma) e pela pouca duração da maioria delas, pode-se verificar uma estabilidade institucional subjacente bastante digna de nota. Desde a criação da República, as formas e instituições políticas centrais têm sido mantidas as mesmas, com algumas alterações pontuais em relação às configurações específicas de determinados institutos de uma Constituição para outra.

Como forma de Estado tem-se, desde 1891 (ou, mais precisamente, desde 1889, com o Decreto nº 1 do governo provisório), a federação, caracterizada pela divisão territorial acompanhada da descentralização política e administrativa dos estados. Como forma de governo, a República, definida pela presença de um chefe de Estado eletivo e temporário, em contraposição à chefia monárquica, hereditária e vitalícia. Por fim, como sistema de governo, o presidencialismo, identificado como um modelo de separação de poderes em que o chefe de Estado acumula a função de chefe de governo e em que este governo se forma independentemente da maioria parlamentar, dando espaço à tripartição Executivo-Legislativo-Judiciário. É bastante elucidativa, nesse ponto, a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

(...) a instabilidade constitucional frequentemente é acompanhada de uma estabilidade na definição das instituições da Constituição. Mantém-se nas Constituições que se sucedem grande parte das construções relativas aos pontos básicos da ordem estatal: forma de Estado, forma, estrutura, sistema e limites do governo. Quer dizer, sucedem-se Constituições do mesmo tipo, pertencentes ao mesmo ciclo na visão do direito comparado. ²¹⁵

Inicia-se essa análise a respeito da estabilidade das instituições a partir de um tópico que foi bastante delicado na Assembleia Nacional Constituinte: a questão da continuidade da adoção do presidencialismo ou de sua substituição pelo sistema parlamentar de governo. Como já mencionado, o presidencialismo é o sistema adotado entre nós desde a inauguração da República – ressalvado apenas o breve período entre 1961 e 1963 – muito em razão da influência que exerceu sobre nossos juristas e filósofos políticos a experiência estadunidense²¹⁶. Isso não impediu que fosse realizado um amplo debate, iniciado mesmo

15

²¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. <u>Ideias para a nova Constituição brasileira</u>, op. cit., pág. 23.

Que a nossa primeira Constituição republicana inspirou-se profundamente na Constituição de 1787 dos Estados Unidos da América, disso não há dúvidas. Até o nome que se atribuiu ao país reflete essa inspiração: Estados Unidos do Brasil. É nada mais do que natural que uma experiência de elaboração constitucional informe-se e utilize-se de exemplos anteriores, ainda mais em se tratando de um exemplo tão bem sucedido quanto o estadunidense. É necessário fazer a crítica, porém, da transposição de instituições de uma realidade social para outra, sem que sejam feitas as necessárias adaptações e conformações. Isso foi o que aconteceu em relação à adoção do presidencialismo praticamente copiado dos Estados Unidos da América, como coloca o Min. Paulo Brossard: "(...) naquele momento se deu um dos fenômenos mais curiosos de imitação de que tenho notícia. Adotava-se a República e se adotava a Federação, ora República dos Estados Unidos, ora Federação norte-americana, logo o modelo era aquele (...). A verdade é que, com a República, com a Federação, veio como a espécie, pela lei da gravidade, também veio o sistema de governo presidencial." SOUZA PINTO, Paulo Brossard de. "Presidencialismo ou Parlamentarismo", in: Constituição e Constituinte. Cadernos Apamagis, vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. Pág. 105.

antes do começo dos trabalhos da constituinte, sobre os possíveis benefícios que a instauração do parlamentarismo poderia nos trazer. Entretanto, pelo peso da tradição, tanto a maioria parlamentar quanto a maioria popular, questionada em plebiscito, optaram pela continuidade do sistema presidencial.

Nomes de peso como Afonso Arinos, Paulo Brossard e Paulo Bonavides eram a favor da implementação do parlamentarismo. Esse sistema, historicamente mais recente que o presidencialismo, seria mais apto a responder às necessidades de um Estado que deixava de se ocupar apenas das funções tidas como "clássicas" (como segurança, prestação jurisdicional, administração da coisa pública e política externa) para adotar uma postura mais ativa de intervenção na economia e promoção do bem-estar social. Isso porque no presidencialismo, com a separação mais estanque entre o legislativo e o executivo, ou este último não consegue trabalhar de forma dinâmica, pois depende de um parlamento em que não necessariamente encontra maioria para aprovar as leis de sua iniciativa, ou acaba se utilizando de instrumentos infralegais como decretos-leis ou medidas provisórias, o que conduz à sua hipertrofia.

O movimento parlamentarista foi bastante longe no desenvolvimento dos trabalhos da constituinte. O anteprojeto da Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo previa, a par da Presidência da República, a formação de um gabinete formado pelo Primeiro-Ministro e demais ministros por ele indicados, que ficaria encarregado da elaboração e execução de um plano de governo e dependeria, para sua manutenção no cargo, da confiança da Câmara dos Deputados. A proposta foi mantida, com algumas alterações pontuais, no primeiro projeto da Comissão de Sistematização, batizado de Projeto de Constituição (A).

No primeiro turno de votações em Plenário, porém, acabou havendo a rejeição da proposta de sistema de governo parlamentar, em duas sessões acaloradas ocorridas em 22 de março e 2 de junho de 1988. O Projeto de Constituição (B), levado à discussão no segundo turno de votações, finalmente voltava à tradicional formulação presidencialista, com uma redação já muito próxima do que veio a ser a redação final. Foi oportunizada uma derradeira chance ao ideal parlamentarista com a previsão do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que determinava a realização de um plebiscito em que o eleitorado definiria diretamente qual seria a forma (se república ou monarquia) e o sistema de governo (se parlamentarismo ou presidencialismo) a serem adotados no país. O povo foi às urnas em 21 de abril de 1993 e, mais uma vez, prevaleceu o presidencialismo, com o resultado considerável de 69,2% dos votos válidos.

Mas, se o movimento pelo parlamentarismo foi tão forte, o que explicaria sua derrota? Entre os argumentos dos defensores do presidencialismo na Assembleia Nacional Constituinte, estava o de que o parlamentarismo, ao enfraquecer os poderes do Presidente da República, pretendia tirar do povo o direito de escolher seu governante, uma vez que o Primeiro-Ministro não seria eleito diretamente²¹⁷. O discurso, embora superficialmente possa parecer atraente, não resiste a uma análise mais aprofundada, porque a escolha do Primeiro-Ministro seria uma consequência imediata da formação da maioria na Câmara dos Deputados, essa sim diretamente eleita pelo povo. Outro argumento utilizado foi no sentido de que o bom funcionamento do parlamentarismo dependeria da existência de partidos fortes, o que não condiria com a realidade brasileira. A isso se objetou que o próprio sistema presidencialista é que impediu o fortalecimento dos partidos políticos, justamente em razão da desvinculação do executivo de um plano de governo partidário²¹⁸.

O fato é que, independentemente do entrave ideológico que despontou antes e durante a constituinte, ao lado dos argumentos presidencialistas estava um elemento de grande peso em seu favor, muito mais profundo e estrutural: a força que a instituição da Presidência da República adquiriu entre nós desde o fim do Império. Já por ocasião da Proclamação da República se destacava a Presidência como a instituição responsável por acabar com o "parlamentarismo às avessas" que se desenvolvera no segundo reinado, considerado à época um sistema de governo deturpado.

Curioso que se tenha procurado combater esse modelo, que ainda permitia amplos poderes ao Imperador, justamente através do fortalecimento do executivo central, e não, como seria de se esperar, com o aperfeiçoamento dos elementos parlamentares e a gradual descentralização do poder. Curioso, mas de todo compreensível, em vista da tendência ao personalismo que sempre dominou a política entre nós. Essa propensão não foi nenhuma novidade trazida pela República; pelo contrário, decorria da própria formação ibérica do povo brasileiro, como esclarece a sempre atual lição de Sérgio Buarque de Holanda. Segundo o estudioso, as diversas lutas políticas entravadas no Brasil podiam ser feitas em nome de uma ou outra ideologia, mas isso não passava de um disfarce para o real motivador, que era o desejo de imposição de uma personalidade sobre as demais:

> É frequente imaginarmos prezar os princípios democráticos e liberais quando, em realidade, lutamos por um personalismo ou contra outro. O inextrincável mecanismo

ROGÉRIO, Moarcir Franco. <u>Um estudo dos discursos parlamentares sobre sistemas de governo na</u> Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. Monografia (especialização) - Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), da Câmara dos Deputados, Curso de Especialização em Instituições e Processos Políticos do Legislativo, 2007. Pág. 39-40.

²¹⁸ Idem, ibidem, pág. 41.

político e eleitoral ocupa-se continuamente em velar-nos esse fato. Mas quando as leis acolhedoras do personalismo são resguardadas por uma tradição respeitável ou não foram postas em dúvida, ele aprece livre de disfarces. É notório que, no tempo da nossa monarquia, os jornais e o povo criticavam com muito mais aspereza a Câmara dos Deputados, eleita pelo povo, do que o Senado, cujos membros eram escolhidos pelo imperador.²¹⁹

Não há dúvidas de que o presidencialismo, com sua concentração de chefia de governo e chefia de Estado e a independência do executivo da confiança do Parlamento, é o sistema de governo que mais favorece o culto à personalidade. Tendo o Presidente da República a prerrogativa de apresentar projetos de lei ao Parlamento e podendo se utilizar de instrumentos como o decreto-lei (hoje, no Brasil, a medida provisória), ele pode efetivamente determinar a agenda política do país. Mais do que isso, envolto em uma aura de carisma – especialmente em virtude da eleição popular direta –, ele aparece como o líder que pode guiar os destinos da nação e contrapor-se a outras instituições muitas vezes consideradas ineficientes ou corrompidas.

Nesse sentido, as principais revoluções e reformas institucionais ocorridas no país ou foram conduzidas sob a direção imediata do Presidente da República, ou possibilitaram a ascensão de alguma personalidade forte a esse cargo, sempre dando espaço à concentração de poderes no executivo central. Foi assim na Revolução de 1930, liderada por Getúlio Vargas, que acabou sendo conduzido à Presidência e ali permaneceu durante quinze anos ininterruptos. Nesse período, governou quatro anos a título provisório (1930-1934), três anos sob a égide de uma Constituição que não gozou de efetividade (1934-1937) e oito anos sob uma Constituição que ele próprio outorgou (1937-1945).

Mesmo com a queda de Getúlio Vargas, a volta da democracia em 1946 não deixou de ser marcada pela posição de destaque alcançada pela Presidência da República. Tanto é assim que esse período ficou conhecido como populista, com o aparecimento de figuras como Juscelino Kubitscheck e Jânio Quadros e com o retorno de Getúlio Vargas ao poder, dessa vez pelo voto popular. O presidencialismo sofreu percalços apenas no breve período entre 1961 e 1963, quando se instalou a crise em razão da renúncia de Jânio Quadros e da forte resistência dos setores conservadores a que seu vice, João Goulart, assumisse o cargo. Instaurou-se o sistema parlamentar através da Emenda Constitucional nº 4 de 1961 justamente para que, diminuídos os poderes do Presidente, fosse garantida a posse de Goulart, o que acabou se efetivando. Entretanto, já em janeiro de 1963, houve plebiscito para decidir

-

²¹⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. <u>Raízes do Brasil.</u> 26ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Pág. 184.

sobre a manutenção ou não do parlamentarismo e o povo manifestou o seu desejo inconteste de retorno ao sistema presidencial.

A partir daí, com o golpe de 1964 e a instauração do regime militar, a Presidência da República adquiriu mais força do que nunca, governando independentemente dos interesses estaduais e locais e, mais do que isso, independentemente da atuação do poder legislativo, que – quando não estava dissolvido – servia meramente como chancelador de seus atos. A crítica constantemente feita no sentido de que o Brasil teria um legislativo fraco, incapaz de dar respostas enérgicas e de se contrapor ao executivo, mostrou-se particularmente verdadeira no período do governo militar. A preservação do Congresso Nacional nesse intervalo, especialmente nos primeiros dez anos do regime, serviu muito mais para lhe dar feições de democracia perante a comunidade internacional do que para de fato permitir ao legislativo a decisão sobre os caminhos a serem adotados nas políticas nacionais.

Até a própria transição para a democracia, não obstante fosse um desejo manifesto de diversos setores da sociedade civil, foi conduzida por essa instituição. Os principais atos que marcaram a transição (como a revogação do AI-5 em 1978 e o retorno ao pluripartidarismo em 1979) foram de iniciativa da Presidência da República, que, mais por estratégia política do que por mudança de orientação ideológica, foi abrindo concessões à oposição exatamente para aumentar a sobrevida do regime no poder. Com a constante perda de legitimidade do governo, especialmente em razão das graves violações aos direitos humanos perpetradas nesse período, parece mesmo que a liberalização gradual era a única solução para evitar uma derrubada. A lição foi muito bem apreendida pelos líderes do regime, que preferiram tomar as rédeas da abertura a deixá-la ser livremente executada pela oposição²²⁰.

A força dessa instituição entre nós, então, mostrou-se mais uma vez quando a decisão sobre o sistema de governo, ao invés de ter sido definitivamente feita pelos representantes do povo na Assembleia Nacional Constituinte, foi deixada para o próprio titular do poder constituinte originário. Como já mencionado, o povo manifestou diretamente sua vontade, através de plebiscito, tendo optado por dar continuidade ao presidencialismo, uma "vocação nacional" É interessante notar que essa decisão pela continuidade, ou seja, a escolha consciente da não-modificação, vai no sentido de uma constatação sociológica que Schmitt já fizera em sua Teoria da Constituição: a tendência da maioria, quando colocada defronte uma questão material através de consulta direta, é preferir sempre aquela opção que

²²¹ MORAES, Alexandre de. <u>Presidencialismo</u>. São Paulo: Atlas, 2004. Pág. 15.

²²⁰ SKIDMORE, Thomas. <u>Brasil: De Castelo a Tancredo</u>. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. Pág. 334-335.

tem a menor "carga de decisão", é dizer, aquela que deixa as coisas como estão, em detrimento de uma opção que geraria uma mudança de consequências imprevisíveis. Em relação a esse plebiscito, isso pode ser dito não apenas a respeito da escolha do presidencialismo, mas também da vitória da forma de governo republicana sobre a monárquica.

O problema de nossa tradição presidencialista, que aliás está muito ligada à tradição republicana, é que ela não veio acompanhada de algumas condições sociais e institucionais que foram decisivas para a estabilização e harmonia entre os poderes naquele que foi o país de sua criação, os Estados Unidos da América. Lá, a grande descentralização territorial do governo e da administração, em um dos paradigmas de Estado federal, já proporciona uma redução das competências da União e, consequentemente, do poder do Presidente da República. Some-se a isso o fato de que aquele país possui, desde os seus primórdios, uma forte cultura de liberalismo e não-intervencionismo estatal na sociedade e na economia, diferentemente do que é visto na maioria dos países latino-americanos que também adotaram o presidencialismo. Essas circunstâncias são de grande valia no equilíbrio do poder do executivo federal, chefiado pelo Presidente, em suas relações com os outros poderes, matéria essa muito delicada, já que o presidencialismo "acabou por gerar um sistema que confronta em uma única pessoa a maior concentração de poder na história moderna e contemporânea" 223.

No Brasil, embora o presidencialismo seja sem dúvida parte integrante de nossa tradição constitucional, esse sistema de governo já assistiu a inúmeras perturbações, justamente em razão da grande concentração de poderes na Presidência e da dificuldade, inerente ao sistema, de absorção de crises institucionais. Como relata Paulo Bonavides:

Sabemos, por dolorosa experiência, como acabam as crises do presidencialismo: na renúncia e no suicídio de presidentes, na Constituição outorgada e nos atos institucionais, no colapso da participação democrática, no silêncio das tribunas, nos *ukases* de recesso e fechamento das Casas do Congresso e na erosão dos valores representativos, sem os quais é impossível estabelecer uma ordem democrática genuína. 224

O grande desafio do constituinte de 1987/1988, então, era trabalhar com o quadro de instituições que lhe era dado – o Poder Judiciário, capitaneado pelo Supremo Tribunal Federal, o Poder Legislativo, exercido pelo Congresso Nacional, e o Poder Executivo, chefiado pelo Presidente da República – e, sem causar uma ruptura traumática com o modelo

²²³ MORAES, Alexandre. <u>Presidencialismo</u>, op. cit., pág. 23.

²²⁴ BONAVIDES, Paulo. <u>Constituinte e Constituição</u>, op. cit., pág. 129.

²²² SCHMITT, Carl. Verfassungslehre, op. cit., pág. 280.

desde sempre adotado, encontrar um arranjo para o presidencialismo que permitisse uma maior estabilidade e equilíbrio entre os órgãos de cúpula, caso sua escolha fosse confirmada pelo voto popular (o que, como vimos, acabou acontecendo no plebiscito de 1993). Nesse sentido, parece-nos ter sido bastante bem sucedido, servindo de maior exemplo a ocorrência de uma grave crise logo nos primeiros anos da Constituição de 1988, a qual foi solucionada utilizando-se de mecanismos constitucionalmente previstos, com o *impeachment* de um presidente.²²⁵

3.2.2 As vicissitudes e a preservação do federalismo

O federalismo é um dos elementos da organização política do Brasil mais arraigados em nossa cultura. Sua origem, embora só tenha sido admitido como princípio constitucional a partir da primeira Constituição republicana, remonta à época da colonização, com a criação de capitanias hereditárias que representavam verdadeiros centros locais de poder, munidos de jurisdição civil e penal e de autonomia política e administrativa. O único ponto em comum entre as capitanias era a submissão à Coroa Portuguesa, o que não chegava a significar, nesse início, que se pudesse falar na existência de um único Estado.

A unificação dessas capitanias veio a se concretizar somente com a proclamação da independência e a criação de um poder forte e centralizador na figura de Dom Pedro I. De fato, o princípio da unidade nacional foi tão importante para esse período monárquico quanto o princípio federativo o é para a nossa história republicana. É que, naquele momento, permitir que as províncias gozassem do mesmo grau de autonomia que fora atribuído às capitanias hereditárias seria o mesmo que garantir a ingovernabilidade de um país de enorme extensão territorial e grandes dificuldades de locomoção e comunicação.

José Afonso da Silva conta que a subordinação das Províncias ao poder central se dava através da escolha e nomeação, pelo Imperador, dos presidentes, chefes de polícia, juízes de direito, juízes municipais e promotores públicos²²⁶. "Mas a chave de toda a organização", continua o autor, "estava efetivamente no Poder Moderador, concentrado na pessoa do Imperador". Era munido desse poder que ele podia interferir não só na autonomia das

A propósito, ver: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. "20 anos da Constituição Brasileira de 1988: A Constituição foi capaz de limitar o poder?", *in*: MORAES, Alexandre de (coord.). <u>Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil</u>. São Paulo: Atlas, 2009. Pág. 125 a 137.

²²⁶ SILVA, José Afonso da. O Constitucionalismo Brasileiro, op. cit., pág. 273.

²²⁷ Idem, ibidem, pág. 274.

províncias, mas também naquela dos outros poderes de Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário.

Por mais funcional que tenha sido a centralização para o desenvolvimento de uma identificação nacional no país, é certo que as ideias federalistas, muito em razão da própria continuidade da influência dos poderes locais, não perderam força durante o Império. Pelo contrário, foram responsáveis por uma série de rebeliões liberais que acabaram levando ao fortalecimento do ideal republicano, pois só com a República se vislumbrava a possibilidade da instauração definitiva da Federação.

Já em 1870, mostrando o quão vivo estava o ideal federalista mesmo no auge do Império, escreveu Tavares Bastos:

Vemos os espíritos aflictos em busca de um ponto de apoio no espaço: quanto a nós, não ha outro: é a autonomia da Província. Votai uma lei eleitoral aperfeiçoada, supprimi o recrutamento, a guarda nacional, a policia despótica, restabelecei a independência da magistratura, restaurai as bases do código do processo, tornai o senado temporário, dispensai o conselho de estado, corrigi ou aboli o poder moderador; - muito tereis feito, muitíssimo, pela liberdade do povo e pela honra da nossa pátria: mas não tereis ainda resolvido este problema capital, equuleo de quase todos os povos modernos: limitar o poder executivo central as altas funcções políticas sómente. Deixai-lhe o exercício das attribuições que tem, deixai a capital concentrar os negócios locaes, consenti que possa estender-se por toda a parte o braço gigantesco do Estado, tutor do município e da província; e vereis, por melhores que as leis novas sejam, dominar a nação, e tudo perverter, o governo, o poder executivo. Descentralisai o governo; aproximai a forma provincial da forma federativa; a si próprias entregai as províncias; confiai à nação o que é seu; reanimai o enfermo que a centralisação fizera cadáver; distribui a vida por toda a parte: só então a liberdade será salva. 228

A federação veio então através do Decreto nº 1 de 15 de novembro de 1889, que proclamou a república federativa e constituiu os Estados Unidos do Brasil, vindo a se instituir definitivamente com a Constituição de 1891. Apesar de esse diploma constitucional ter atribuído (ao menos nominalmente) uma ampla autonomia aos estados federados, a ponto de ter sido considerado exemplar por alguns estudiosos da matéria²²⁹, ele não encontrou respaldo na realidade fático-social da época, não tendo logrado plena concretização da forma como previsto.

Dois fatores podem ser tidos como principais por essa dissociação entre norma e realidade: a enorme força política do poder da União e a desigualdade social e econômica

²²⁹ José Frederico Marques, ao tecer seus comentários sobre quais deveriam ser os caminhos seguidos pelo constituinte de 1987/88 em relação à organização do Estado Federado brasileiro, escreve que "na implantação de um federalismo autêntico, devemos nos voltar para a Constituição de 1891, que foi aquela que, no campo jurídico, mais autonomia conferiu aos Estados-membros". FREDERICO MARQUES, José. "O Regime Federativo", *in*: Constituição e Constituinte. Cadernos Apamagis, vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. Pág. 59.

2

²²⁸ TAVARES BASTOS, Aureliano Cândido de. <u>A Província: estudo sobre a descentralização no Brasil.</u> Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, 1996. Pág. 29-30. (Fac-símile de: Rio de Janeiro; Garnier, 1870).

entre regiões. Some-se a isso a ausência de uma efetiva estruturação de mecanismos jurídicos aptos a constituir e manter o equilíbrio federativo, como um controle de constitucionalidade forte dos atos do governo central que ofendessem a autonomia dos estados²³⁰. Então, nessa primeira fase de nossa República a autonomia acabou significando de fato uma enorme atribuição de poder a alguns poucos estados, como São Paulo e Minas Gerais, que acabavam determinando o destino político de todo o país, e restou totalmente esvaziada em outros, que sofriam de constante intervencionismo do poder central. Inaugurava-se assim a tão famosa "política dos governadores".

Justamente em resposta a esse enfraquecimento dos poderes das entidades federadas é que os estados do Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Paraíba se uniram para fazer a Revolução de 1930. Uma vez vitoriosa, porém, ela traiu os ideais federalistas que a informavam, instalando um governo provisório que foi tão ou mais centralizador que aquele contra o qual lutara. A própria inexistência de uma Constituição pelo período de quatro anos impedia que se instaurasse uma verdadeira federação, pois esta demandaria um documento solene e formal que a protegesse²³¹.

A Constituição veio somente em 1934. Sua efêmera duração não permite que se faça uma avaliação aprofundada sobre o funcionamento de seus mecanismos federativos, mas em geral pode-se dizer que, mais uma vez, assistiu-se ao desencontro da norma com a realidade social. Por mais interessantes que tenham sido os elementos trazidos por essa carta constitucional, alguns dos quais persistem até hoje (cite-se, como exemplo: a enumeração das competências da União e a atribuição de competência residual aos estados; a criação de áreas de competência concorrente; a possibilidade de legislação complementar dos estados em matéria de competência da União), ela não propiciou o autêntico desenvolvimento e emancipação dos poderes locais. Nas palavras de José Afonso da Silva:

-

²³⁰ É certo que a criação do Supremo Tribunal Federal se dera antes mesmo da Carta de 1891, com o Decreto nº 510 de 22 de junho de 1890. Porém, nesse início, as atribuições desse órgão como Corte Constitucional ainda não estavam bem definidas, tampouco existiam mecanismos de controle direto destinados a preservar a federação. A representação interventiva, precursora do controle direto no Brasil, somente veio com a Constituição de 1934. Sobre a importância de um órgão incumbido do controle de constitucionalidade de leis como elemento mantenedor da organização federativa, ver: TEMER, Michel. <u>Elementos de Direito Constitucional</u>. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010. Pág. 65-66; ATALIBA, Geraldo. "Regime Federativo", *in*: <u>Constituição e Constituinte</u>. Cadernos Apamagis, vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. Pág. 63-88.

²³¹ Não apenas a existência de uma Constituição seria necessária para a manutenção de um Estado federal, também a *rigidez* dessa Constituição: "Somente subsiste o Estado federal onde o processo de modificação da norma constitucional é mais complexo do que o previsto para alteração ou revogação da norma ordinária. Se o processo é o mesmo, a Constituição é flexível. Em face da flexibilidade, o legislador ordinário (não-constituinte) alteraria livremente os comandos constitucionais, inclusive os referentes à Federação, para retirar-lhes a eficácia, transmudando o Estado para a forma unitária." TEMER, Michel, op. cit., pág. 65.

Quando foi, porém, acolhido na Constituição de 1934, as dissensões políticas, especialmente as pressões do espírito disjuntivo, naturalmente ressabiado com o unitarismo recente, e novos fatores políticos, de natureza ideológica, acabaram por provocar o domínio exacerbado do princípio integracionista, que eclipsou o ideal federativo, sufocado pela Constituição de 1937.²³²

O federalismo no Brasil ainda sofreria muitas outras provações nos anos que se seguiram. A Constituição de 1937 proclamou que o país era um Estado Federal, sem contudo assegurar o efetivo exercício de autonomia que uma federação demanda. Pelo contrário, a política intervencionista foi mais forte do que nunca, o que reflete a orientação autoritária do governo de Getúlio Vargas sob a vigência da "polaca".

Nesse ponto, é necessário fazer uma pequena digressão sobre o significado mais profundo da federação em termos de filosofia política. A forma federativa de Estado, na medida em que significa descentralização do poder, está muito associada aos princípios da democracia liberal, fundados sobretudo nas ideias de controle e contenção do poder. O controle não se dá apenas a partir da garantia das liberdades individuais frente ao Estado e da separação horizontal dos poderes, mas também através da sua separação vertical ou territorial. Quer dizer, o poder pode ser contido não só através da atuação de outro poder contraposto, mas igualmente através da descentralização, como nos ensina o sempre atual Tocqueville:

> A União é uma grande república quanto à extensão; mas, de certa forma, seria possível assimilá-la a uma pequena república, por causa do pouco número de objetos de que seu governo se ocupa. Seus atos são importantes, mas raros. Como a soberania da União é tolhida e incompleta, o uso dessa soberania não é perigoso para a liberdade. Ele tampouco provoca esses desejos imoderados de poder e de fama tão funestos às grandes repúblicas. (...) As paixões políticas, em vez de se alastrarem num instante, como uma língua de fogo, sobre toda a superfície do país, vão se quebrar contra os interesses e as paixões individuais de cada Estado. 233

Então, as épocas de supressão do federalismo no Brasil - embora essa forma de Estado sempre tenha permanecido ao menos nominalmente em nossas Constituições – podem ser identificadas com os períodos em que a própria democracia liberal sofreu fortes agressões. O intervencionismo do governo da União nas demais unidades federadas não veio sozinho, mas acompanhado de interferências do executivo nos outros poderes²³⁴ e limitação (ou, em alguns casos, até mesmo supressão) de liberdades individuais pelo poder público. Foi o que

²³³ TOCQUEVILLE, Alexis de. <u>Democracia na América: leis e costumes</u>. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Pág.

²³² SILVA, José Afonso da. <u>O Constitucionalismo Brasileiro</u>, op. cit., pág. 285.

²³⁴ "Com efeito, o Estado Novo aniquilara a federação. Os Governos estaduais haviam sido durante esse período interventorias federais, sendo a centralização e o espírito unitarista a nota dominante do sistema mas não se enfraqueceram unicamente na escala vertical os poderes da federação, as autonomias dos Estados-membros, senão também na escala horizontal dos poderes, em que um excedia os demais em força, competência e prerrogativa e este era precisamente o Executivo, cuja hegemonia incontrastável qualificava o autoritarismo da organização e a ascendência presidencial suprema, configurando-se nesse fenômeno uma das notas características da natureza ditatória do regime." BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE, Antônio. História Constitucional do Brasil. 8ª edição. Brasília: Editora OAB, 2006. Pág. 424.

aconteceu em 1937 e, em grande medida, o que se repetiu a partir do golpe de 1964, como veremos adiante.

Antes disso, para fazer um breve comentário sobre a Constituição de 1946, podese dizer que sua principal característica foi o esforço para restaurar uma democracia que vinha
mutilada pela aparição e desenvolvimento de tendências fascistas desde a Carta de 1934
(como, por exemplo, a previsão de uma representação classista no Congresso) e com mais
força na de 1937. Em relação à organização da federação, inspirou-se mais na primeira Carta
da República do que na que sucedeu à Revolução de 1930, uma vez que esta transformara o
Senado Federal em mero colaborador da Câmara dos Deputados. Assim, a Constituição de
1946 devolveu ao Senado sua dignidade de verdadeiro legislador e representante dos Estadosmembros da federação.

Como já antecipado, a Constituição de 1967 e a Emenda nº 1 de 1969, em consonância com seu espírito autoritário, praticamente aniquilaram as competências dos poderes locais. É que, se essa Constituição pregava o liberalismo econômico e o não-intervencionismo estatal na economia de mercado, certamente não adotou o liberalismo político como ideologia²³⁵. Mas fez tudo isso sem deixar de proclamar que o país se constituía como República Federativa. Mais do que isso, estabeleceu a Federação como cláusula pétrea, estabelecendo, em seu artigo 50, §1°, que não seria objeto de deliberação a proposta de emenda à Constituição tendente a aboli-la. O mesmo fez a Emenda nº 1, desta feita em seu artigo 47, §1°.

A explicação para isso só pode estar na necessidade, sentida até mesmo pelo regime autoritário, de preservar esse ideal tão arraigado na cultura política do país. Apesar de todos os percalços sofridos pela organização federativa ao longo das diversas Constituições que vigeram entre nós, nunca se cogitou aboli-la, dominando a ideia subjacente de que não caberia a nenhum constituinte, seja originário, seja reformador, voltar atrás nessa forma que

23.

²³⁵ José Afonso da Silva entende ter sido contraditório a adoção do liberalismo econômico e a concomitante fulminação da descentralização política realizada pela Constituição de 1967. Diz o autor: "Esse *Federalismo nominal* adotado constituía, certamente, uma concessão ao ideal federalista brasileiro, que encontrava suas bases no desenvolvimento material do País. Por outro lado, no entanto, é incompreensível que um regime pouco intervencionista, como o daquela Constituição, se fundamentasse no centralismo estatal. O fortalecimento do poder central é, realmente, um fenômeno do Estado contemporâneo, mas sua justificação tem-se apoiado justamente no incremento das funções do Estado na ordem econômica e social. Se essa justificação não existia no regime da Constituição de 1967, era de esperar que o Federalismo saísse fortalecido, e o poder central enfraquecido" (O Constitucionalismo Brasileiro, op. cit., pág. 290-291). Consideramos, entretanto, necessário manter a divisão conceitual entre o liberalismo político e o econômico. Embora tenham origens históricas coincidentes, podem ser consideradas como ideologias distintas e autonomamente concretizáveis. Parece ter sido isso o que aconteceu na Constituição de 1967: incentivo ao liberalismo econômico, com a preservação da economia de mercado, mas supressão de diversas liberdades relacionadas com o liberalismo político.

faz parte de nossa essência constitucional. Nesse sentido, ainda sob a égide da Emenda nº 1 de 1969, Ataliba afirmou com precisão:

Como princípio, a Federação é uma base do sistema jurídico nosso. Por isso, está no art. 1º da Constituição e irradia efeitos sobre todo o Texto Constitucional. É a chave da abóbada, a pedra de toque do nosso sistema jurídico, ao lado do princípio republicano – por isso são dois princípios irreformáveis num clima normal. São dois princípios super-rígidos, rigidíssimos do nosso Texto Constitucional. ²³⁶

Não seria diferente na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. Já se nota da própria formulação das comissões e subcomissões da constituinte que a organização (ou, melhor, a continuidade) do país na forma de um Estado Federal foi sempre tida como um pressuposto a partir do qual se poderia trabalhar. Tanto é assim que o regimento interno aprovado em 24 de março de 1987 já previa, em seu artigo 15, uma Comissão da Organização do Estado, dividida em três subcomissões: (a) Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios; (b) Subcomissão dos Estados; (c) Subcomissão dos Municípios e Regiões.

Ou seja, seria a partir do dado básico de que o país se constitui e sempre se constituiu da união indissolúvel de Estados, Municípios e Distrito Federal que se discutiria qual seria a configuração particular a ser atribuída à nossa federação a partir daquele marco histórico. E, de fato, muitos aspectos relevantes foram debatidos e decididos pela comissão e subcomissões e, posteriormente, pela comissão de sistematização: a elevação dos antigos territórios de Amapá, Roraima, Rondônia e Fernando de Noronha à condição de estado (o que acabou acontecendo no caso dos três primeiros, sendo que Fernando de Noronha passou a integrar o estado de Pernambuco); a redivisão territorial e eventual criação de novos estados; o grau de autonomia do Distrito Federal; a repartição de competências entre as entidades federadas, etc.

Nunca se discutiu, enfim, *se* a federação seria mantida, apenas *como* seria sua disciplina, o que demonstra que não se podia sequer cogitar que a liberdade do constituinte chegasse ao ponto de poder aniquilá-la. Isso não nos parece ter se dado especificamente em razão da previsão expressa contida na Constituição anterior, assegurando essa forma de Estado como cláusula pétrea, muito embora esse seja um forte indicativo do seu significado para a nossa cultura constitucional. Como vimos, o constituinte não se pautou pelos limites à reforma constitucional expressos no documento anterior, tanto é que se chegou a imaginar o retorno da forma de governo monárquica, sendo que a República também constava do rol de cláusulas pétreas. Seja como for, o fato é que a questão da federação se apresentou como um limite material ao poder de inovação do constituinte de 1987/1988. Afinal, abolir a federação

²³⁶ ATALIBA, Geraldo. "Regime Federativo", op. cit., pág. 76.

não se viabilizaria simplesmente com a inscrição de uma norma na nova Constituição, mas demandaria uma reformulação tão radical quanto artificial de todo o território brasileiro.

3.3 Ruptura e transformação: o novo padrão de legitimidade

O histórico de nossas Constituições é marcado por uma grande continuidade no que se refere às decisões políticas fundamentais tomadas pelo legislador constituinte: desde 1891, repetiram-se a forma federal de Estado, a forma republicana de governo e o sistema presidencialista, não tendo sido diferente em 1987/1988. Em relação a esses dois últimos elementos, o voto popular apenas confirmou a opção que já fora feita, em consonância com uma tradição constitucional forte cuja modificação seria muito difícil e eventualmente traumática.

Isso não permite afirmar, porém, que inexistam modificações significativas na ordem constitucional atualmente vigente em relação à anterior. Pelo contrário, percebe-se uma transformação num ponto que talvez seja o mais essencial: o fundamento e a finalidade do poder. Se antes o fundamento para o estabelecimento de uma ordem constitucional havia sido a "revolução vitoriosa" de 1964²³⁷, agora era o povo soberano, único titular legítimo do poder constituinte; se antes a finalidade do poder era a preservação da ordem e a segurança nacional, agora era o respeito e a promoção da dignidade da pessoa humana. Assim é que o próprio espírito que animou os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte se voltou à reconstrução do regime democrático e à busca pela efetivação dos direitos fundamentais, princípios que até foram proclamados pelo regime anterior, mas que nunca pautaram verdadeiramente os seus atos.

A inexistência de uma crise constitucional grave na transição para o regime democrático, sem que tenha havido, por exemplo, a derrubada de um governo ou a decretação de estado de sítio, a princípio conduz a que se considere não ter havido ruptura constitucional alguma no estabelecimento da nova ordem. É nesse sentido a consagrada fala de Moreira Alves na presidência da primeira sessão da Assembleia Nacional Constituinte: "Ao instalar-se esta Assembleia Nacional Constituinte, chega-se ao termo final do período de transição com

-

interesse do País."

²³⁷ Veja-se o preâmbulo do Ato Institucional nº 1 de abril de 1964: "O presente Ato institucional só poderia ser editado pela revolução vitoriosa, representada pelos Comandos em Chefe das três Armas que respondem, no momento, pela realização dos objetivos revolucionários, cuja frustração estão decididas a impedir. Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País. Destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo

que, sem ruptura constitucional, e por via de conciliação, se encerra ciclo revolucionário²³⁸. Procurando dar uma significação diversa à obra do poder constituinte de 1987/1988, procuraremos mostrar, a seguir, alguns aspectos que indicam ter havido, sim, elementos de ruptura na elaboração da nova Constituição.

3.3.1 Democracia e direitos fundamentais como discursos de legitimação da nova ordem

A consagração dos direitos fundamentais está longe de ser uma novidade trazida pela Constituição de 1988. De fato, a previsão desses direitos vem desde a Constituição do Império, que refletiu os ideais trazidos pelas revoluções liberais. Lá estava, em seu artigo 179, um rol de direitos civis e políticos que podem ser classificados como típicos direitos de primeira geração ou primeira dimensão, entendidos como aqueles que demarcam "uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder²³⁹: proteção da propriedade, do direito adquirido, liberdade profissional, religiosa e de expressão, entre outros.

Assim se seguiu em todas as demais Constituições brasileiras. Na primeira Carta da República, a previsão encontrada no artigo 72 era muito similar à da Constituição de 1824. Merece destaque o acréscimo do reconhecimento expresso do habeas corpus, ainda em sua forma mais ampla, que poderia ser utilizado "sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder" (§22 do art. 72). Já na Constituição de 1934, em um título específico reservado para a declaração de direitos, pela primeira vez previu-se um rol de direitos sociais paralelamente aos individuais, trazendo uma série de proteções aos trabalhadores. Observava-se assim uma tendência bastante inspirada pela Constituição alemã de Weimar, de 1919, que não deixou de ser observada nem mesmo pela Constituição de 1937, outorgada após um golpe de Estado.

Como seria de se esperar, a Constituição de 1946, que procurou dar uma nova chance à democracia após o regime autocrático de Vargas, também incorporou em seu texto uma declaração de direitos bastante ampla, novamente assegurando proteção às liberdades individuais e aos direitos dos trabalhadores. O que pode parecer incoerente é que a Constituição posterior, que institucionalizou um governo sabidamente autoritário e pôs fim ao

²³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. <u>A Eficácia dos Direitos Fundamentais</u>. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Pág. 56. Ver também: LAFER, Celso. <u>A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.</u> São Paulo: Companhia das Letras, 1988. Pág. 126-127.

²³⁸ MOREIRA ALVES, Antônio Carlos. Discurso de Instalação da Assembleia Nacional Constituinte. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 24, nº 93, jan/mar 1987.

suspiro democrático da Carta de 1946, igualmente previu um rol de direitos e garantias individuais, aí incluído o princípio da legalidade (art. 150, §2°), a livre manifestação do pensamento (art. 150, §8°) e a garantia contra a prisão arbitrária, sem autorização da autoridade competente (art. 150, §12).

Não se pode dizer que tenha havido alguma inconsistência interna ou algum conflito aparente entre as disposições expressas da Constituição de 1967. Mas, em um sentido mais amplo, há uma contradição entre a ideologia que normalmente informa as declarações de direitos, fundada nas ideias de autonomia e dignidade da pessoa humana, e aquela que era seguida e colocada em prática pelo regime militar no Brasil, orientado que era pela doutrina da segurança nacional²⁴⁰. Assim, caso fosse necessário – e a "necessidade", é claro, seria constatada a partir de critérios arbitrariamente definidos pelo próprio governo –, o Estado poderia realizar atos francamente contrários aos direitos garantidos nominalmente, tudo em prol da segurança e da ordem.

É claro que a simples consagração textual de um direito não tem o condão de torná-lo efetivo independentemente do contexto social e da realidade dos fatos. No entanto, o seu reconhecimento pelo poder constituinte, pelo menos em tese, deveria traduzir o comprometimento do Estado com a sua consecução e promoção. A nota distintiva do governo militar era que ele não expressava esse comprometimento e, mais do que isso, agia em frontal violação das liberdades individuais inscritas na Constituição que ele mesmo formulara.

O mais grave é que tudo isso era feito de forma institucionalizada. Quer dizer, a violação dos direitos fundamentais não era excepcional nem representava uma quebra da ordem constitucional. Havia instrumentos constitucionalmente previstos que, na prática, podiam ser utilizados para realizar uma limitação irrestrita a esses direitos, a ponto de esvaziálos completamente de conteúdo. Basta observar, como exemplo, a ampla competência conferida ao Presidente da República para a expedição de decretos com força de lei sobre matéria de segurança nacional e finanças públicas, prevista no artigo 58 da Constituição de 1967. A contrapartida, que seria a possibilidade de rejeição do decreto pelo Congresso Nacional nos sessenta dias posteriores à sua publicação, acabava não sendo efetiva, pois ou o governo pressionava o parlamento para aprová-lo, já que (pelo menos nos primeiros dez anos

Constitucionalismo Brasileiro, op. cit., pág. 177.

²⁴⁰ José Afonso da Silva relata que a Doutrina da Segurança Nacional foi formulada na Escola Superior de Guerra e serviu de fundamento doutrinário para o golpe de 1964. Assim, ainda que a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 contivessem uma declaração de direitos, "o princípio da segurança nacional sobrepairava sobre a eficácia das demais normas constitucionais". SILVA, José Afonso da. O

do regime) a ARENA possuía ampla maioria, ou o decreto simplesmente não seria apreciado, caso em que seria tido como aprovado (conforme a previsão do parágrafo único do art. 58)²⁴¹.

Além disso, a edição constante de atos institucionais e atos complementares criava uma espécie de ordem paralela que, ainda que formalmente não fizesse parte da Constituição, estava longe de significar uma ruptura e se prestava a trazer ares de legitimidade às arbitrariedades do governo. Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, então, acabava toda e qualquer dúvida de que a ordem constitucional trazia em si a possibilidade de serem perpetradas ofensas sérias aos direitos fundamentais, pois ali se incorporava o Ato Institucional nº 5, o mais incisivo instrumento de autoritarismo já existente em nossa história. Com base nessa norma, poderia ser decretado o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores; poderiam ser cassados direitos políticos e mandados eletivos; e, o que era mais grave, ficava suspensa a garantia do habeas corpus nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Em suma, os direitos podiam ser declarados, mas por muito tempo sua efetiva proteção foi seriamente prejudicada em razão da amplitude e diversidade dos instrumentos que estavam à disposição do governo para "preservar a segurança e a ordem". Encontravam-se brechas, dentro do sistema ou paralelamente a ele, para agir *apesar* das liberdades individuais, ou então se considerava que um direito, ainda que constitucionalmente previsto, não podia ser observado porque se tratava de mera norma programática, sem aplicabilidade e sem qualquer eficácia. Esse posicionamento frente aos direitos fundamentais levava a que se os tratasse mais como sugestões do que como normas jurídicas, o que, aliás, não foi uma exclusividade do período do governo militar.

Ressalvada a questão da efetividade, o fato é que todas as Constituições do Brasil, em maior ou menor medida, previram expressamente os direitos fundamentais, seja reconhecendo somente as liberdades individuais típicas, seja colocando ao lado delas também os direitos sociais. A Constituição de 1988 seguiu essa orientação, fazendo um alargamento

necessário. Previa-se, não raro, sucessiva aprovação parlamentar, mas sem nenhum valor substancial, dado o contexto autoritário descrito." AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. <u>Medida Provisória: Edição e Conversão</u> em Lei Taoria a Prática. 2ª adição São Paulo: Saraiya, 2012. Pág. 102

<u>em Lei. Teoria e Prática.</u> 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. Pág. 102.

²⁴¹Sobre a utilização do decreto-lei para promoção de intuitos autoritários: "Sim, o decreto-lei de 1967 estava

inserido em uma prática institucional de nítidos traços autoritários, muito comum, como visto, ao longo de boa parte do século XX. Em tal circunstância, como bem sintetiza Giuzeppe Viesti, a separação dos Poderes ou era expressamente repudiada, ou ganhava natureza de mera aparência. Os mecanismos de controle estavam subordinados ao grupo ou ao partido dominante. As assembleias parlamentares limitavam-se a aprovar as decisões do Poder Executivo, que detinha ampla competência para a adoção de atos com força de lei. Assim, o Governo – nada tendo a temer em razão da inexistência de oposição – legislava sempre que considerasse

ainda maior com o acréscimo do que poderiam ser chamados de direitos da coletividade ou direitos de terceira dimensão, que são aqueles de titularidade difusa ou coletiva, destinados à proteção de grupos humanos e não apenas de indivíduos isolados²⁴². Pode parecer, assim, que essa foi mais uma questão em que houve essencialmente continuidade na obra do poder constituinte, que basicamente teria trilhado os caminhos já percorridos pelo constituinte anterior.

Entretanto, por mais que muitos direitos encontrem hoje redação similar ou idêntica àquela da Constituição de 1967 e da Emenda nº 1 de 1969, esse é o ponto nodal de inovação do constituinte de 1987/1988. Se, por um lado, o modo de convocação da Assembleia Nacional Constituinte, que se deu através de uma emenda constitucional de iniciativa do executivo; se a própria formação dessa assembleia, que foi feita por um poder constituído, em que inclusive sentavam membros eleitos indiretamente muito antes de sua convocação; se o peso de instituições como a Presidência da República e do modelo de tripartição dos poderes impediu a realização de importantes reformas institucionais; se tudo isso são indicativos de que o poder constituinte não teria agido de forma originária, por outro lado, foi justamente sua atuação em prol de uma efetiva concretização dos direitos fundamentais que marcou a ruptura com o regime anterior.

O povo, único e verdadeiro titular do poder constituinte, já vinha dando demonstrações desde antes da convocação da assembleia de que o governo militar não gozava mais de aceitação e, portanto, da legitimidade necessária para manter-se no poder por muito tempo. Em 1974, por ocasião das eleições para o Congresso Nacional, o MDB teve uma atuação surpreendente, obtendo dezesseis dentre as vinte e duas cadeiras em disputa no Senado Federal e subindo de oitenta e sete para cento e sessenta e uma cadeiras na Câmara dos Deputados²⁴³. Esse resultado foi a primeira vitória significativa da oposição desde o início do sistema bipartidário. Em 1978, apesar das medidas adotadas pelo Presidente Geisel no ano anterior, que constituíram o famoso "Pacote de Abril" e que buscaram favorecer o partido da situação através de uma mudança nas regras do jogo²⁴⁴, a oposição novamente obteve bons resultados, embora não tenha alcançado maioria em nenhuma das casas.

A demonstração derradeira de que o povo não mais aceitaria ser excluído do jogo político deu-se com a campanha das "Diretas Já", em apoio à proposta de emenda constitucional apresentada pelo Deputado Federal Dante de Oliveira em 1983. Como já

²⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. <u>A Eficácia dos Direitos Fundamentais</u>, op. cit., pág. 58.

²⁴³ JACOBINA, André Teixeira. "As eleições parlamentares de 1974 e as clivagens na ARENA e no MDB baianos", in: Revista de História, 3, 1 (2011), p. 71-92.

²⁴⁴ POWER, Timothy J. <u>The Political Right in Postauthoritarian</u> Brasil, op. cit., pág. 63.

mencionado acima em 3.1, essa proposta previa o retorno das eleições diretas para a Presidência da República através de uma alteração nos artigos 74 e 148 da Emenda nº 1 de 1969. A emenda não atingiu o quórum de 2/3 necessários para sua aprovação, mas o forte apoio popular não deixou dúvidas da falência do regime militar e da tendência irreversível em direção à redemocratização.

Essa mobilização popular, alimentada pelos discursos de retorno ao governo democrático e restauração dos direitos e garantias fundamentais, que haviam sido praticamente aniquiladas pelas medidas adotadas nos anos mais duros do regime repressivo, é que emprestou legitimidade ao poder constituinte que elaborou a Carta de 1988. De fato, a busca por uma autorização formal, através da análise do ato convocatório da assembleia, acaba esbarrando no fato de que a Emenda nº 26 de 1985, como vimos anteriormente, modificou o próprio procedimento através do qual foi elaborada. Provocou, assim, uma ruptura interna no sistema, impedindo que se encontrasse ali o seu elemento de legitimidade. Somente com base em um elemento externo, então, é que se poderia justificar a atuação desse poder.

É inegável a importância que teve o tema dos direitos fundamentais, especialmente no que diz respeito aos instrumentos que seriam adotados para garantir sua efetividade, nesse processo de construção da legitimidade da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 e da Constituição daí resultante. A mudança de paradigma, que reflete uma mudança na posição da sociedade em relação ao seu próprio poder de influenciar nos destinos do país, já fica clara no preâmbulo da Carta. Ali estão expostos os novos valores e a nova ideologia que serviria de fundamento para uma ordem constitucional, também ela, nova. Sobre o caráter legitimador do preâmbulo, escreve Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Diante dessa configuração perversa da cidadania [na ordem constitucional anterior], a Constituição de 1988 começa, no seu Preâmbulo, por acentuar o caráter político do Estado instituído em termos de "Estado Democrático", em face de uma sociedade caracterizada como "fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias". Como valores supremos da sociedade são destacados, "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça", cabendo ao Estado assegurá-los, bem como assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais.

Em termos de legitimidade fundante, a análise do Preâmbulo (cuja função dogmática usual é revelar a *mens legis*, configurar uma abreviatura para localizar os princípios diretores e definir a autoridade constituinte) mostra um elenco de valores e sua possível organização, seus instrumentos de revelação, os fins propostos e as condicionantes essenciais.²⁴⁵

²⁴⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. "Legitimidade na Constituição de 1988", *in*: <u>Constituição de 1988:</u> <u>legitimidade</u>, <u>vigência e eficácia, supremacia</u>. São Paulo: Atlas, 1989. Pág. 29.

Como se vê, são os valores ali levantados abstratamente que, tornados mais concretos na declaração de direitos, dão suporte à ordem que veio para substituir aquela outra que deixou de encontrar respaldo social. O constituinte se coloca como nova autoridade ao definir como fundamento da ordem os valores da fraternidade, pluralismo, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade, justiça — os quais definitivamente não eram os valores fundantes da ordem anterior. Se não houve uma grande ruptura em muitos aspectos institucionais, considerando que a estrutura do Estado brasileiro continuou basicamente a mesma, houve, por outro lado, uma quebra na cadeia de legitimação. Por isso é que adquiriu uma enorme relevância, ao lado da discussão acerca dos próprios direitos que vieram para concretizar os valores, a questão das suas garantias. É claro, pois se esses direitos cumprem uma função legitimadora, sua não-concretização pode ter efeitos negativos em relação à vigência da ordem jurídico-institucional globalmente considerada.

3.3.2 Mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais

A preocupação com a eficácia dos direitos fundamentais, um dos pontos que norteou os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, se explicita com a análise de três elementos que foram de fato novidades introduzidas na Constituição de 1988: (i) a disposição do §1º do art. 5º, (ii) a criação do mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI) e (iii) a inclusão dos direitos e garantias fundamentais no rol de cláusulas pétreas (art. 60, §4º, inciso IV).

O art. 5°, §1° é sem dúvida uma grande demonstração de que o constituinte de 1987/1988 não pretendia deixar inteiramente à disposição do legislador ordinário a tarefa de dar concretude aos direitos fundamentais. As vicissitudes políticas por diversas vezes em nossa história agiram justamente no sentido de impedir que normas constitucionais fossem regulamentadas, ou que ganhassem uma regulamentação protetiva dos direitos fundamentais, o que as desprovia totalmente de eficácia. Tudo isso era feito sob o pretexto de que não passavam de meras normas programáticas, indicativas de um caminho a seguir, mas praticamente vazias de obrigatoriedade. A nova Constituição, voltada para o problema da efetivação dos direitos fundamentais, não podia permitir que a mesma postura se prorrogasse. Nesse espírito é que veio a seguinte disposição: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Esse parágrafo do texto constitucional, lido de maneira conjunta com a disposição do §2º do mesmo art. 5º²⁴⁶, deixa claro que a ideia de aplicabilidade imediata vale não somente para os direitos e garantias expressos nesse artigo, como também para todos aqueles dispersos ao longo da Carta e, mais do que isso, para os decorrentes dos princípios ali adotados e dos tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte. Isso já demonstra a grande extensão que o constituinte pretendeu dar à garantia da aplicabilidade imediata, considerando que a Constituição tem direitos fundamentais expressos em todo o Título II, aí inclusos os direitos sociais, direitos da nacionalidade e direitos políticos²⁴⁷. Essa grande abrangência, porém, ainda não nos diz nada sobre o real significado dessa garantia.

A aplicabilidade imediata, a princípio, significa que os direitos fundamentais inclusos em nossa ordem constitucional são plenamente normativos, válidos e eficazes desde o primeiro dia da vigência da Constituição de 1988, independentemente da existência ou não de norma infraconstitucional regulamentadora. Ou seja, eles seriam exercitáveis e exigíveis (inclusive judicialmente) de per si, sendo que o advento de norma posterior serviria apenas para dar uma diferente feição àquilo que já era completo. Entretanto, sabemos que, apesar de o texto do §1º não fazer qualquer exceção explícita, isso não pode ser dito sem ressalvas de todos os direitos ali contidos. Tome-se como exemplo aqueles que fazem menção expressa a uma lei regulamentadora (art. 5°, XXII²⁴⁸, art. 7°, IV²⁴⁹) ou aqueles que, por sua própria natureza, necessitam de uma posterior integração (art. 5°, XXIII²⁵⁰).

Ainda assim, o significado dessa disposição sobre a aplicabilidade imediata vai muito além da questão propriamente técnica. Independentemente do fato de um ou outro direito carecer de regulamentação por lei, o fato é que a própria colocação dessa norma no texto constitucional indica o papel maior atribuído pelo constituinte aos direitos fundamentais: agora eles não representam meramente uma declaração feita em nome de uma

²⁴⁶ Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Essa posição, embora não seja unânime na doutrina pátria, encontra bons argumentos partindo de uma interpretação literal, já que a literalidade do art. 5°, §1° coincide com a do Título II ("Dos Direitos e Garantias Fundamentais"), e não apenas do capítulo I ("Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos"); uma interpretação sistemática parece conduzir ao mesmo resultado, uma vez que há direitos políticos, direitos sociais e da nacionalidade que possuem, por sua própria natureza, claramente aplicabilidade imediata. Essa é a posição defendida, entre outros, por Ingo Wolgang Sarlet: "(...) há como sustentar, a exemplo do que tem ocorrido na doutrina, a aplicabilidade imediata (por força do art. 5°, §1°, de nossa Lei Fundamental) de todos os direitos fundamentais constantes do Catálogo (arts. 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais." SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Pág. 275-276.

²⁴⁸ "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".

²⁴⁹ "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) IV – salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado (...)". ²⁵⁰ "A propriedade atenderá a sua função social".

tradição constitucionalista, mas um fator real de legitimação da nova ordem. Nesse sentido, novamente citamos Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Existe, obviamente, uma controvérsia técnica sobre a possibilidade de se considerar **todas** aquelas normas, sem exceção, como auto-executáveis, ou seja, de eficácia plena. Para além dessa controvérsia e sem entrar-lhe no mérito, deve-se reconhecer, porém, que aquele dispositivo tem um sentido legitimante ao manifestar o caráter imperativo dos valores constituídos em direitos fundamentais e suas garantias. Como fórmula de legitimação constitucional deve-se entender que o mandamento da aplicabilidade imediata está a mostrar que o império deles repousa na própria principialidade da Constituição e não na lei, posto que esta deve conformar-se a eles e não eles serem conformados por ela. Assim, mesmo na hipótese técnica de que nem todas as normas mencionadas no artigo 5°, §1°, sejam tecnicamente exequíveis sem lei, em termos legitimantes deve ficar claro que o Legislador Ordinário pode dar-lhes condições de eficácia apenas e tão-somente nos limites por elas próprias traçadas. Sua potencialidade imperiosa exige que tais normas não sejam encaradas como meras normas programáticas, mas instauradores de princípio (intangível).

A par da introdução do §1º do art. 5º, o constituinte entendeu que não bastava determinar nominalmente a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, sem oferecer instrumentos para que o cidadão pudesse exercitá-los quando a inexistência de lei viesse a impedir sua fruição. O mandado de injunção veio, então, para suprir essa lacuna. A ideia que prevaleceu na constituinte era a de que, restando o legislativo inerte, deveria haver um meio de substituir sua atuação pela de outro órgão. Nas palavras de José Afonso da Silva, "todo o pensamento constituinte foi no sentido de estruturar um instrumento para assegurar imediatamente os direitos, liberdades e prerrogativas na falta de regulamentação"²⁵².

Através do dispositivo do art. 5°, inciso LXXI, acabou-se conferindo ao poder judiciário essa função substitutiva da vontade do legislador: "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania". Ou seja, se algum desses direitos não pudesse ser colocado em prática em virtude da falta de regulamentação, esta poderia ser buscada através da tutela jurisdicional. A novidade estava em atribuir ao judiciário uma função que ia claramente de encontro ao que sempre foi considerado como sendo seu papel: a aplicação da norma ao caso concreto — e não a criação da norma. E essa parece efetivamente ter sido a intenção do constituinte, como se depreende da fala do relator da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, Darcy Pozza, proferida na reunião do dia 26 de maio de 1987 da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher:

Assim é que, no rol dos Direitos e Garantias individuais, ao lado do Mandado de Segurança, como instrumento de defesa dos interesses do cidadão, incluímos o

²⁵² SILVA, José Afonso da. <u>O Constitucionalismo Brasileiro</u>, op. cit., pág. 197 (nota de rodapé 55).

²⁵¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Legitimidade na Constituição de 1988, op. cit., pág. 35.

Mandado de injunção, visando permitir que a letra constitucional, à falta de Lei Complementar ou Ordinária que a regulamente, se tome realmente auto-aplicável.

Essa posição altamente inovadora do constituinte, embora claro seu propósito no sentido de permitir a fruição de direitos garantidos na Constituição independentemente da edição de norma geral regulamentadora, encontrou resistência por parte do próprio judiciário, não tendo sido prontamente adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Assim foi que, na Questão de Ordem no Mandado de Injunção nº 107, aquela Corte firmou o entendimento de que a eficácia do mandado de injunção seria essencialmente a declaração do órgão competente pela elaboração da norma em mora, e não o imediato suprimento da lacuna legislativa pelo judiciário. Assim se manifestou, em célebre voto, o Ministro Moreira Alves:

> A Constituição partiu da premissa de que, com a procedência da ação direta ou do mandado de injunção, o Poder competente, declarada a inconstitucionalidade de sua omissão, não persistirá em sua atitude omissa. E, bem ou mal, contentou-se com essa eficácia. Ao Supremo Tribunal Federal, a que precipuamente incumbe a guarda dessa Constituição, não é dado, sem qualquer apoio em elementos interpretativos sólidos, desconsiderar essa eficácia para, com base nessa desconsideração, ter como inócuo o mandado de injunção, e atribuir-lhe efeitos que, como se demonstrou, não se coadunam com o sistema dessa mesma Constituição. ²⁵³

Parece-nos que esse entendimento foi em sentido oposto não só ao que pretendeu o legislador constituinte de 1987/1988, subjetivamente, mas também ao que objetivamente se depreende da própria obra constitucional, altamente voltada que é à garantia da eficácia das normas instituidoras e protetivas dos direitos fundamentais. Como bem coloca Carlos Augusto Alcântara Machado, "o mandado de injunção foi concebido para resolver um grave e secular problema de aplicabilidade das normas constitucionais, tradicionalmente conhecidas como não auto-aplicáveis ou de eficácia limitada"254. Compreende-se, porém, a dificuldade inicial com o tratamento do instituto, justamente por ter se tratado de um instrumento sem precedente no direito brasileiro. A inovação sempre traz consigo alguma perplexidade e demanda um período de adaptação.

Mais recentemente, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação a esse tema vem sendo substancialmente alterado, servindo como exemplo o já paradigmático julgamento do Mandado de Injunção nº 712, em que ficou assentado que "a este Tribunal incumbirá – permito-me repetir – se concedida a injunção, remover o obstáculo decorrente da omissão, definindo a norma adequada à regulação do caso concreto"²⁵⁵. Com essa

²⁵³ Supremo Tribunal Federal, QO no MI nº 107, Tribunal Pleno, Relator Min. Moreira Alves, DJ de 21/09/1990.

²⁵⁴ ALCÂNTARA MACHADO, Carlos Augusto. Mandado de Injunção: Um Instrumento de Efetividade da Constituição. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2004. Pág. 121.

255 Supremo Tribunal Federal, MI nº 712, Tribunal Pleno, Relator Min. Eros Grau, DJe de 31/10/2008.

modificação de jurisprudência, a nossa Corte Constitucional demonstra que a obra do poder constituinte não se esgota em si mesma, mas é constantemente renovada pela atuação das instituições ali previstas, em especial das judicantes.

Por fim, a terceira inovação que queremos abordar é o alargamento do rol de limites explícitos à reforma constitucional, tradicionalmente composto apenas pelas cláusulas republicana e federativa, pela inclusão da inabolibilidade do voto direto, secreto e periódico (ou, nos dizeres de Alexandre de Moraes, "dos direitos inerentes ao exercício da democracia representativa"²⁵⁶) e dos direitos e garantias individuais. Essa inclusão é muito significativa, pois ela expressa os pontos que o poder constituinte considera como indispensáveis em sua obra, ou seja, aqueles cuja supressão representaria não uma mera modificação, mas uma desnaturação na própria essência da Constituição.

Para o constituinte de 1987/1988, a abolição de qualquer dos direitos fundamentais previstos na Constituição, inclusive aqueles que garantem o exercício regular das prerrogativas da democracia representativa, é algo que não poderia ser feito dentro dos canais de modificação previstos na Carta. O arranjo das instituições está todo ele feito para impedir esse evento, com o destaque para a possibilidade de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, seja pela via do controle incidental feito por qualquer órgão jurisdicional, seja pela via do controle direto feito pelo Supremo Tribunal Federal. Significaria, assim, uma quebra da ordem constitucional a violação dessas "cláusulas pétreas", o que só poderia ser feito através de revolução.

A questão é crucial porque mostra a dualidade de preocupações que envolvem o exercício do poder constituinte: se, por um lado, ele atua no sentido de derrubar a ordem anterior e de causar uma transformação em seus pontos essenciais, por outro lado, ele precisa construir mecanismos que proporcionem estabilidade e permanência para essas inovações. Ele age sabendo que Constituições não são perenes – afinal, está justamente destituindo a obra de um poder constituinte anterior –, mas, para preservar o seu trabalho, deve partir do pressuposto de que a sua obra não será derrubada, ou que pelo menos isso não é algo desejável.

A resposta para a preservação da Constituição, porém, não pode ser sua imutabilidade. Antes de ocasionar a sua permanência no tempo e no espaço, a impossibilidade de qualquer modificação a tornaria fadada ao fracasso, pois qualquer descompasso do texto com a realidade social (esta, sim, altamente mutável) demandaria a elaboração de um

²⁵⁶ MORAES, Alexandre de. <u>Direito Constitucional</u>. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. Pág. 694.

documento inteiramente novo, ou significaria simplesmente a ausência de normatividade do texto constitucional, como a "folha de papel" descrita por Lassalle. O constituinte deve encontrar, no estabelecimento de limites à possibilidade de modificação da Constituição, o delicado equilíbrio entre o que pode ser alterado sem que haja perda da essência de sua obra e o que, pelo contrário, precisa necessariamente ser resguardado. Nas palavras de Ingo Sarlet, "o problema dos limites materiais à reforma constitucional passa inexoravelmente pelo equacionamento de duas variáveis, quais sejam, a permanência e a mudança da Constituição".

Esse equilíbrio parece ter sido muito bem atingido pelo constituinte brasileiro ao alçar os direitos fundamentais à elevada categoria das cláusulas inabolíveis, deixando claro que eles não são uma mera opção feita na Assembleia Nacional Constituinte, mas uma verdadeira decisão política fundamental. Protegidos contra a eventualidade de sua supressão, eles ganham uma especial dignidade, condizente com seu importante papel de realizadores daqueles valores que fundam e legitimam a nova ordem constitucional.

²⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. <u>A Eficácia dos Direitos Fundamentais</u>, op. cit., pág. 420.

CONCLUSÃO

O momento de fundação de uma comunidade política através do estabelecimento de uma ordem constitucional positiva não é o marco do início de todo o direito. A tomada de uma decisão política fundamental a respeito do modo de organização e funcionamento do convívio em comum indica, isso sim, a conquista da consciência política por parte de um determinado grupo de pessoas, que deixa, nesse ato, de ser uma multidão amorfa para constituir-se em um povo juridicamente identificável. Isso não significa, porém, que o direito surja apenas no momento dessa decisão política; antes disso, a decisão vem justamente para realizar e explicitar o direito que já existia no seio daquela comunidade.

Bem assim, a refundação através da derrubada de uma Constituição e a elaboração de uma nova não representa uma ruptura absoluta com a ordem anterior, posto que a carga cultural, ética e institucional presente em uma comunidade não se destitui da mesma forma que se ab-roga uma norma positiva. Por mais que se procure impor novas formas ou novos modelos de organização política por meio do estabelecimento de um novo documento constitucional, sempre haverá limites ao que se pode empreender em termos de transformação e inovação, em razão de não estar esse momento localizado em alguma espécie de vácuo geográfico e temporal, mas estar situado em um curso histórico.

Essas constatações têm consequências imediatas para a compreensão da teoria do poder constituinte. No atual estágio da doutrina do direito constitucional, esse poder, responsável pela criação da Constituição, é visto como soberano e incondicionado. Soberano, porque não estaria submetido a nenhum tipo de limite material, uma vez que não haveria nenhuma norma hierarquicamente superior a lhe constranger ou a ditar parâmetros para sua ação. Incondicionado, porque também não estaria sujeito a limites procedimentais ou organizacionais, sendo que o modo de sua aparição e os procedimentos para a tomada de suas decisões seriam totalmente livres. Nessa visão, o poder constituinte é essencialmente uma força criativa, cujo vigor não pode ser barrado por elementos alheios à sua própria atuação.

Como procuramos demonstrar nesse trabalho, essa concepção do poder constituinte como criador absoluto de uma ordem jurídica, política e institucional a partir do

nada tem como pressuposto a ideia que o direito se resume a um conjunto de normas positivas colocadas por uma autoridade competente. Então, se a Constituição é a primeira e mais alta norma positiva, não há nenhum parâmetro para lhe definir limites, tampouco existem elementos especificamente jurídicos a lhe garantir legitimidade, visto que o poder constituinte não pode fundamentar sua existência em uma autoridade anterior.

Mas, partindo do pressuposto de que existe direito para além do que é positivamente definido como tal, o poder constituinte já não pode mais ser visto como poder absoluto. A presença de uma substância jurídica traz consigo ordenação, forma, previsibilidade e estabilidade, elementos que servem à conformação e limitação de qualquer poder político, mesmo daquele que se diga originário. A ideia desses limites, decorrente de uma concepção não positivista de direito, pode advir tanto de uma concepção jusnaturalista, como de uma noção de institucionalismo jurídico. Privilegiou-se, neste trabalho, a análise deste último, por permitir respostas mais concretas em relação a como se colocam as limitações ao poder constituinte.

A escolha por uma visão do poder constituinte não como órgão dotado de soberania, mas como poder sujeito a vínculos jurídicos, deu-se em razão dos inúmeros problemas, contradições e aporias ocasionadas pela teoria tradicional. Como vimos no primeiro capítulo, imaginar que todo o direito tenha origem em um ato específico de decisão política, ainda que realizado por um representante do povo, leva à indiferenciação entre os conceitos de poder e autoridade, através da reunião de ambos os elementos em uma única figura. Havendo essa concentração, pode-se chegar a um modelo de democracia radical que vai de encontro a toda uma tradição da filosofia política baseada na ideia de controle e moderação do poder político.

Vimos também, como outra consequência da confusão entre poder e autoridade, que o exercício ilimitado do poder constituinte pode levar a uma situação de "estado de exceção permanente". já que o mesmo órgão que toma medidas extraordinárias, por entendê-las necessárias ao restabelecimento da ordem, pode dispor dos limites e condições de sua própria competência. Não há, assim, parâmetros para o controle da ação desse poder constituinte que age como realizador do estado de exceção, assim como não há uma garantia de que o estado de normalidade será alcançado.

Essas consequências podem ser afastadas quando se considera que o poder constituinte, antes de ser um criador absoluto, é também ele em parte criatura, já estando

²⁵⁸ AGAMBEN, Giorgio. <u>Estado de Exceção.</u> 2ª edição. São Paulo: Boitempo, 2004. Pág. 18 e seg.

previamente moldado por uma série de instituições que lhe são anteriores, bem como vinculado à criação de institutos ou à realização de reformas condizentes com o estágio de desenvolvimento daquela comunidade. Nessa perspectiva, no momento da (re)fundação não há uma ruptura tão grande a ponto de criar um hiato entre uma ordem constitucional e outra, gerando algo como um vácuo jurídico, mas há sim uma ruptura relativa, limitada e acompanhada de algum grau de continuidade, a qual é não só inevitável como também, em alguma medida, desejável, para evitar o acontecimento de mudanças por demais traumáticas que sejam prejudiciais à estabilização e à efetividade da nova Constituição.

Assim, o segundo capítulo deste trabalho foi dedicado ao estudo de alguns limites que se apresentam ao poder constituinte originário. Além daqueles gerados a partir dessa constatação de que o poder constituinte, ainda que possa ser o criador da primeira ordem jurídica *positiva*, não é o criador da ordem jurídica em si, há uma outra ordem de limites que decorre do pressuposto de que tratamos aqui de um poder constituinte de titularidade popular, ou seja, de um poder constituinte *democrático*. Esses limites estão na necessidade de preservação das condições de possibilidade da própria democracia, pois ao órgão que age em nome do povo não é dado impedir, para o futuro, que esse povo defina autonomamente os rumos que pretende seguir. Nesse sentido, algumas liberdades fundamentais, especificamente as que dizem respeito à possibilidade de participação do cidadão na formação da vontade política, estão fora do alcance do que o poder constituinte pode arbitrariamente estatuir.

O caminho trilhado neste estudo, procurando analisar os problemas de uma concepção do poder constituinte como soberano e ilimitado, além de demonstrar, ao contrário do que pretende a teoria tradicional, que existem limites intrínsecos e extrínsecos à sua atuação, leva-nos à conclusão de que não há contornos perfeitamente delimitados para o conceito de poder constituinte originário em contraposição àquele de poder constituinte derivado. Se a nota distintiva do poder originário é ser soberano e incondicionado, a constatação de que existem vínculos jurídicos a limitá-lo materialmente e de que a sua forma deve respeitar princípios democráticos básicos prejudica essa conceituação estanque.

Essa dificuldade na delimitação dos conceitos ficou clara ao abordarmos, no terceiro capítulo, o momento constituinte que vivenciamos no Brasil na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. Muitos são os elementos que poderiam levar à compreensão de que não houve ruptura constitucional e que assistimos, naquela ocasião, à atuação de um poder constituinte derivado. Como principais, podemos destacar o fato de que a convocação da assembleia se deu através de emenda constitucional, além da atribuição de competência para elaboração da nova Carta a um órgão que já era ele mesmo constituído, o Congresso

Nacional. Some-se a isso a questão do alto grau de continuidade institucional da Constituição anterior para a atual, com a manutenção da mesma forma de Estado (federação), forma de governo (república) e sistema de governo (presidencialismo), o que indica a inexistência de uma ruptura muito profunda.

Parece-nos, porém, interessante a proposição de outro critério para a verificação do que seja o poder constituinte originário: ele estará presente não em virtude de uma atuação desvinculada de limites, que faça tabula rasa da ordem constitucional anterior, mas em razão de uma mudança no padrão de legitimidade, uma alteração essencial no fundamento de validade de toda a ordem jurídica. Tomando por base esse parâmetro, temos que a Assembleia Nacional Constituinte realmente exerceu poder constituinte originário, pois, como vimos, fundamentou sua atuação em novos valores – fraternidade, pluralismo, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade, justiça – que não eram os valores fundantes da ordem anterior, causando assim uma quebra na cadeia de legitimação.

Enfim, o estabelecimento de uma ordem constitucional através do exercício de poder constituinte, originário ou não, sempre carregará, ao lado de um elemento de ruptura e inovação, alguma carga de continuidade em relação ao que sempre se considerou como sendo o direito vigente naquela comunidade. A importância dessa carga de continuidade é proporcionar um necessário contraponto à tendência à instabilidade que toda inovação traz consigo. A tarefa do poder constituinte, então, é encontrar o delicado equilíbrio entre transformação e preservação, para que a ruptura não signifique a instauração do caos e a continuidade não represente a eterna manutenção do status quo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. 2ª edição. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALCÂNTARA MACHADO, Carlos Augusto. <u>Mandado de Injunção: Um Instrumento de Efetividade da Constituição</u>. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2004.

ALEXY, Robert. Conceito e Validade do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. <u>Curso de Filosofia do Direito</u>. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. "20 anos da Constituição Brasileira de 1988: A Constituição foi capaz de limitar o poder?", *in*: MORAES, Alexandre de (coord.). <u>Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil</u>. São Paulo: Atlas, 2009. Pág. 125 a 137.

	. Medida	Provisória:	Edição	e	Conversão	em	Lei.
Teoria e Prática. 2ª edição. São Paulo: Sar	aiva, 201 2	2.					

ARENDT, Hannah. On Revolution. New York: Penguin Books, 2006.

______. <u>Origens do Totalitarismo</u>. 7ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

. Sobre a Violência. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

ARISTÓTELES. Ética a Nicómaco. Edición bilingüe y traducción de Maria Araujo e Julián Marías. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

. Politics. Translated by Benjamin Jowett. Kitchener: Batoche Books, 1999.

ATALIBA, Geraldo. "Regime Federativo", *in*: <u>Constituição e Constituinte.</u> Cadernos Apamagis, vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. Pág. 63-78.

AYALA, Francisco. Introdução a "Que es el Tercer Estado?", in: SIEYÈS, Emmanuel. <u>Que es el Tercer Estado?</u> Introducción, traducción y notas de Francisco Ayala. Madrid: Aguilar, 1973.

AYALA, Francisco. Notas a "Que es el Tercer Estado?", in: SIEYÈS, Emmanuel. <u>Que es el Tercer Estado?</u> Introducción, traducción y notas de Francisco Ayala. Madrid: Aguilar, 1973.

BARZOTTO, Luis Fernando. "Filosofia e Constituição", in: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder. <u>Tratado de Direito Constitucional</u>, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 617-653.

BENVENISTE, Émile. <u>O Vocabulário das Instituições Indo-Europeias.</u> Vol. II. Campinas: Editora da UNICAMP, 1995.

BERLIN, Isaiah. "Two Concepts of Liberty", in: BERLIN, Isaiah. <u>Four Essays on Liberty</u>. Oxford: Oxford University Press, 1969.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. "Die Verfassunggebende Gewalt des Volkes: Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts", in: Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, n° 4. Frankfurt am Main: Metzner, 1986.

BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE, Antônio. <u>História Constitucional do Brasil</u>. 8ª edição. Brasília: Editora OAB, 2006.

BONAVIDES, Paulo. <u>Constituinte e Constituição: a Democracia, o Federalismo, a Crise</u> Contemporânea. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

BODIN, Jean. <u>Los Seis Libros de la Republica</u>. Livro I. Madrid: Aguilar Ediciones, 1973. Pág. 11 a 73.

BROKMEIER, Peter. "Institutionen als das Organon des Politischen. Versuch einer Begriffsbildung im Anschluss an Hannah Arendt", in: GÖHLER, G. (Org.). <u>Die Eigenart der Institutionen. Zum Profil politischer Institutionentheorie</u>. Baden-Baden: Nomos-Verlag, 1994. Pág. 167-186.

CAPPELLETTI, Mauro. <u>O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado</u>. 2ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. <u>Direito Constitucional e Teoria da Constituição</u>. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CONSTANT, Benjamin. "Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos", in: Revista Filosofia Política no. 2, 1985.

DAHL, Robert. <u>Polyarchy: Participation and Opposition.</u> New Haven: Yale University Press, 1971.

DERRIDA, Jacques. Force de Loi. Paris: Éditions Galilée, 1994.

DYZENHAUS, David. <u>Legaligy and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar</u>. New York: Oxford University Press Inc., 1997.

ELSTER, Jon. "The Optimal Design of a Constituent Assembly". Prepared for the colloquium on "Collective wisdom", Collège de France May 2008.

FAORO, Raymundo. "Constituinte ou Congresso com Poderes Constituintes", *in*: Constituição e Constituinte. Cadernos Apamagis, vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Pág. 11-28.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. <u>Estudos de Filosofia do Direito: Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito.</u> São Paulo: Editora Atlas, 2002.

. <u>Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação</u>. 2ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Atlas, 1994

______. "Legitimidade na Constituição de 1988", *in*: Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo: Atlas, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. <u>Ideias Para a Nova Constituição Brasileira</u>. São Paulo: Saraiva, 1987.

______. <u>O Poder Constituinte</u>. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANKLIN, Julian H. "Sovereignty and the mixed constitution: Bodin and his critics", in: BURNS, J. H. <u>The Cambridge History of Political Thought</u> (1450-1700). Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

FREDERICO MARQUES, José. "O Regime Federativo", *in*: Constituição e Constituinte. Cadernos Apamagis, vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. Pág. 51-61.

FRIEDRICH, Carl J. <u>Gobierno Constitucional y Democracia</u>. Tomo I. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1975.

FORSYTH, Murray. "Thomas Hobbes and the Constituent Power of the People", in: Political Studies, vol. XXIX, n° 2 (191-203).

GROSS, Oren. "The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt's Theory of Emergency Powers and the 'Norm-Exception' Dochotomy", in: Cardozo Law Review, vol. 21, n° 5-6, 2000 [1825-1868].

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. <u>El Federalista.</u> 2ª edição. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2001.

HELLER, Hermann. Staatslehre. 6ª edição. Tübingen: Mohr, 1983.

HOBBES, Thomas. <u>O Leviatã</u>, ou: Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HOBSBAWN, Eric. A Era das Revoluções. 25ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

JACOBINA, André Teixeira. "As eleições parlamentares de 1974 e as clivagens na ARENA e no MDB baianos", in: Revista de História, 3, 1 (2011), p. 71-92.

KELSEN, Hans. <u>Teoria Pura do Direito</u>. 8ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LAFER, Celso. "A Legitimidade na Correlação Direito e Poder: uma leitura do tema inspirado no tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale", in: ZILLES, Urbano (coord.) <u>Miguel Reale: estudos em homenagem a seus 90 anos</u>. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

LÉVI-STRAUSS, Claude. Antropologia Estrutural. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1973.

LINCOLN, Abraham. "The Gettysburg Address". Project Gutenberg, n.d. *eBook Collection* (*EBSCOhost*). Web. Página visitada em: 16 de julho 2012.

LÓPEZ, Montserrat Herrero. <u>El Nomos y ló Político:</u> La Filosofia Política de Carl Schmitt. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1997.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. <u>Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito</u>. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MATTEUCCI, Nicola. Organización del Poder y Libertad. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MCDONALD, Lee C. "Myth, Politics and Political Science", in: The Western Political Quarterly, Vol. 22, N. 1 (Mar. 1969), pp. 141-150.

MEZAROBBA, Glenda. <u>Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas consequências – um estudo do caso brasileiro</u>. São Paulo: Humanitas, 2006.

MIRANDA, Jorge. <u>Manual de Direito Constitucional</u>. Tomo II. 5ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MOMMSEN, Theodor. <u>Historia de Roma I: de la fundacion a la republica.</u> 6ª edição. Madrid: Aguilar, 1965.

MORAES, Alexandre de. <u>Direito Constitucional</u> . 28ª edição. São Paulo: Atla	as, 2012.
. <u>Presidencialismo</u> . São Paulo: Atlas, 2004.	

MOREIRA ALVES, Antônio Carlos. Discurso de Instalação da Assembleia Nacional Constituinte. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 24, nº 93, jan/mar 1987.

MÜLLER, Friedrich. <u>Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo.</u> São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

	. Quem é o Povo	? A questão	fundamental	da demo	cracia. 5ª	edição.	São
Paulo: Revista dos T	ribunais, 2010.	•				,	

NICOLAU, Jairo Marconi. "As Distorções na Representação dos Estados na Câmara dos Deputados Brasileira." In: <u>Dados</u>, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, 1997.

PASCAL, Blaise. Pensamentos. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PASQUINO, Pasquale. <u>Sieyes et l'Invention de la Constitution em France.</u> Paris: Éditions Odile Jacob, 1998.

POWER, Timothy J. <u>The Political Right in Postauthoritarian Brazil: Elites, Institutions and Democratization.</u> University Park: The Pennsylvania State University Press, 2000.

RICOEUR, Paul. <u>Du Texte à l'Action: Essais d'Herméneutique II.</u> Paris: Éditions de Seuil, 1986.

RODRIGUES, Antonio Medina. "A Eneida Virgiliana entre a Vivência e a Narração" (apresentação da Eneida), in: VIRGÍLIO. <u>Eneida</u>. Tradução e notas de Odorico Mendes. Cotia: Ateliê Editorial; Campinas: Editora da Unicamp, 2005. Pág. 9-29.

ROGÉRIO, Moarcir Franco. <u>Um estudo dos discursos parlamentares sobre sistemas de governo na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988</u>. Monografia (especialização) — Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), da Câmara dos Deputados, Curso de Especialização em Instituições e Processos Políticos do Legislativo, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. <u>Do Contrato Social.</u> Bauru: Edipro, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. <u>A Eficácia dos Direitos Fundamentais</u>. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. "21 anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988", in: Revista Direito Público (IDP) – DPU nº 30, Nov-Dez 2009.

SCHMITT, Carl. <u>Der Begriff des Politischen</u> . 7ª edição. Berlin: Duncker & Humblot, 2002.
<u>Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum</u> . 26 edição. Berlin: Duncker & Humblot, 1974.
<u>Die Diktatur.</u> 6ª edição. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.
."Nehmen-Teilen-Weiden", in: <u>Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den</u>
<u>Jahren 1924-1954</u> . 4ª edição. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. Pág. 489-504.
."Nomos-Nahme-Name", in: Staat, Grossraum, Nomos: Arbeiten aus den
<u>Jahren 1916-1969</u> . Berlin: Duncker & Humblot, 1995. Pág. 573-591.

<u>Politische Theologie</u> . 9 ^a edição. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.
. "Sobre os três tipos de pensamento jurídico", tradução de Peter Naumann, in: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. <u>Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito.</u> São Paulo: Max Limonad, 2001.
<u>Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens</u> . 2 edição. Berlin: Duncker & Humblot, 1993
. <u>Verfassungslehre.</u> 9ª edição. Berlin: Duncker & Humblot, 2003.
SEARLE, John R. <u>Speech Acts: an essay in the philosophy of language.</u> Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
SIEYÈS, Emmanuel. "Contre la ré-totale", in: PASQUINO, Pasquale. <u>Sieyes et l'Invention de la Constitution en France.</u> Paris: Éditions Odile Jacob, 1998.
. "Limites de la Souveraineté", in: PASQUINO, Pasquale. <u>Sieyes et l'Invention de la Constitution en France.</u> Paris: Éditions Odile Jacob, 1998.
. Que es el Tercer Estado? Introducción, traducción y notas de Francisco Ayala. Madrid: Aguilar, 1973.
SILVA, José Afonso da. <u>O Constitucionalismo Brasileiro (Evolução Institucional)</u> . São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. "Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no quorum de 3/5 para aprovação de emendas constitucionais", *in*: RDA, nº 226, pág. 11 a 32.

SIQUEIRA PONTES, José Antônio. <u>Hans Kelsen e o Monumento da Razão Pura: uma análise do conceito de validade jurídica.</u> Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo. 2002.

SKIDMORE, Thomas. <u>Brasil: de Castelo a Tancredo</u>. 8ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

SOUZA PINTO, Paulo Brossard de. "Presidencialismo ou Parlamentarismo", *in*: <u>Constituição e Constituinte</u>. Cadernos Apamagis, vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. Pág. 89-105.

STRAUSS, Leo. <u>Direito Natural e História</u>. Reimp. Lisboa: Edições 70, 2009.

SUBER, Peter. <u>The Paradox of Self-Amendment: a study of logic, law, omnipotence, and change</u>. New York: Peter Lang, 1990.

TAVARES BASTOS, Aureliano Cândido de. <u>A Província: estudo sobre a descentralização no Brasil.</u> Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, 1996 (Fac-símile de: Rio de Janeiro; Garnier, 1870).

TELLES JÚNIOR, Goffredo. <u>A Constituição, a Assembleia Constituinte e o Congresso Nacional</u>. São Paulo: Saraiva, 1986.

TEMER, Michel. <u>Elementos de Direito Constitucional</u>. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

TOCQUEVILLE, Alexis de. <u>A Democracia na América: Leis e Costumes</u>. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

. <u>El Antiguo Régimen y la Revolución.</u> México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1996.

ULMEN, Gary L. <u>Politischer Mehrwert: Eine Studie über Max Weber und Carl Schmitt</u>. Weihnheim: VCH, Acta Humaniora, 1991

WALDRON, Jeremy. <u>Law and Disagreement.</u> Oxford: Oxford University Press, 2004.

WEBER, Max. <u>Economia e Sociedade.</u> Vol. I. 3ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

YOUNG-BRUEHL, Elisabeth. <u>Por Amor ao Mundo: a vida e a obra de Hannah Arendt</u>. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. <u>El Derecho Dúctil.</u> Ley, derechos, justicia. 7ª edição. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

_____. "Estado Constitucional", in: <u>Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho.</u> São Paulo: Quartier Latin, 2011. Pág. 291-314.