

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



LISBOA

UNIVERSIDADE
DE LISBOA

**CONSTITUIÇÃO E IDEOLOGIA
A BUSCA PELA IDENTIDADE JURÍDICA DO ESTADO
BRASILEIRO**

BRUNO CESAR DE CAIRES

**Mestrado em Direito e Ciências Jurídicas
Especialidade Ciências Políticas**

Lisboa

2019

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



LISBOA

UNIVERSIDADE
DE LISBOA

**CONSTITUIÇÃO E IDEOLOGIA – A BUSCA PELA
IDENTIDADE JURÍDICA DO ESTADO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como requisito para conclusão do programa de Mestrado em Direito e Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob orientação da Professora Doutora Sílvia Isabel dos Anjos Alves.

BRUNO CESAR DE CAIRES

Lisboa

2019

*Há sempre um número demasiado deles.
“Eles” são os sujeitos dos quais devia haver menos – ou, melhor ainda, nenhum.
Nunca há um número suficiente de nós.
“Nós” são pessoas das quais devia haver mais
Zygmunt Bauman*

AGRADECIMENTOS

Finalizar este trabalho representa um marco, não só acadêmico, mas de vida. Cursar o mestrado foi a primeira experiência de vida que tive fora do Brasil. Possivelmente o distanciamento e o encanto por outras socialidades definiram o objeto de estudo e a pulsante e irresistível ideia de se pensar contribuindo para o reencontro dos rumos deste país tão encantadoramente belo e violento na mesma proporção.

Por certo tal experiência só foi possível em virtude da compreensão, do apoio irrestrito e da confiança de minha amada família e os primeiros agradecimentos, como não poderia deixar de ser, são destinados ao meu pai Alberto Caires, minha mãe Tânia e meu irmão Thiago, que encarou os desafios do caminho de Santiago de Compostela solitariamente em virtude da necessária penitência filosófica que me impus.

Além da vivência acadêmica, Lisboa proporcionou viver momentos especiais que sempre ficará na memória e conhecer pessoas igualmente incrível que fizeram da passagem uma realidade aconchegante e familiar, um abraço especial para Rafael Castro, Maíra Gama Dias e Blanca de Albuquerque Brito Lima, esta última, contudo, merece um parágrafo especial.

Nestes encontros do destino, as terras de Camões e o Castelo de São Jorge nos reservava uma surpresa. Obrigado por estes anos de carinho, amor e companheirismo. Sem sua ajuda e companhia não teria chegado até estas palavras.

Aos meus sócios e companheiros de luta Vitor Marques e Pedro Mazzaro que com imensa compreensão, sacrifício e companheirismo não mediram esforços para caminharmos juntos.

Aos amigos Igor, Jeuken, Yuri e Rafael pelas diárias análises de conjuntura que a política brasileira demanda. As amigas da PUC e de vida Marina, Natalia e Yasmin pelas lições de desconstruções necessárias. Ao amigo Tubone, grande intelectual da minha geração. Ao amigo de infância Bruno Martinez que a vida nos seja leve, mestre e a muitos outros companheiros de luta e alegrias, caminhar juntos é imprescindível.

Por fim aos meus avôs Maria, Antônio e Clotilde, gente humilde que não me deixa jamais esquecer das origens e do interior, gente que vai enfrente e nos carrega junto, no colo se for preciso.

RESUMO

O presente trabalho busca estabelecer a identidade jurídica da Constituição brasileira de 1988 e o resgate de um projeto constitucional que sofre resistências durante todo o período de sua vigência. Para concretizar tais objetivos foram delimitados conceitos bases sobre constitucionalismo, contratualismo, contrato social, vontade geral, supremacia da Constituição, rigidez constitucional, poder constituinte, ideologia constitucionalmente adotada e constitucionalismo dirigente adequado à modernidade periférica. Partindo de uma perspectiva ao qual interpreta o constitucionalismo como movimento político caracterizador de nossa época, pretendeu-se chamar a atenção para a importância da vinculação política ao projeto constitucional e as dificuldades enfrentadas em uma sociedade de formação tardia e periférica como a brasileira.

Palavras-chave: Constitucionalismo, contrato social, Poder Constituinte, Constituição dirigente, Teoria da Constituição Diligente Adequada aos Países de Modernidade Tardia.

ABSTRACT

The present study seeks to establish the legal identity of the 1988's Brazilian Constitution and the rescue of a constitutional project that undergoes resistance during the period of its validity. To achieve these objectives, concepts based on constitutionalism, contractualism, social contract, general will, constitutional supremacy, constitutional rigidity, constitutional power, ideology that was constitutionally adopted and constitutionalism suitable to peripheral modernity were delimited. Starting from a perspective whose interprets constitutionalism as a political movement that characterizes our epoch, it was intended to call attention to the importance of a political bonding to the constitutional project and the difficulties faced in a late and peripheral formation society such as the Brazilian one.

Key words: Constitutionalism, social contract, Constituent Power, Ruling Constitution, Theory of Ruling Constitution Adequate for Late Modernity Countries.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – O CONSTITUCIONALISMO COMO O MOVIMENTO POLÍTICO DO CONTRATUALISMO	2
1.1 O Constitucionalismo na história	2
1.2 O Constitucionalismo e as luzes	5
1.3 O Contratualismo como primórdio da Constituição	8
1.3.1 <i>A soberania em Jean Bodin</i>	9
1.3.2 <i>O Contratualismo de Hobbes</i>	11
1.3.3 <i>John Locke, a sociabilidade do estado de natureza e o conceito de trust</i> 16	
1.3.4 <i>Rousseau e a vontade geral</i>	20
CAPÍTULO II – UMA TEORIA SOBRE A LEGITIMIDADE DO PODER	27
2.1. O Poder Constituinte	27
2.1.1 <i>Sieyès e o poder constituinte da nação</i>	28
2.1.2 <i>A representação em Schmitt</i>	33
2.1.3 <i>Democracia e a legitimidade constituinte</i>	41
2.2 Um conceito jurídico de Constituição	44
2.2.1 <i>Rigidez e supremacia da Constituição</i>	47
2.3 A Construção da Ordem Constitucional	51
CAPÍTULO III – UMA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA	56
3.1 A República na modernidade tardia	57
3.1.1 <i>A escravidão como mazela incurável</i>	58
3.1.2 <i>O Patrimonialismo e a ausência de coisa pública</i>	62
3.2 A ideologia constitucionalmente adotada	73
3.2.1 <i>O núcleo axiológico da Constituição brasileira</i>	75
3.2.2 <i>As condições do agir político no pacto constitucional brasileiro</i>	86
3.2.3 <i>O dirigismo constitucional e a ação do Estado</i>	93
CONCLUSÃO	99
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	101

INTRODUÇÃO

O pacto constitucional brasileiro completou recentemente trinta anos, é natural que se faça algumas análises em marcos temporais, sobretudo quando vivencia-se uma grave crise política cujos efeitos ainda assimilaremos durante os próximos anos. Como ilustrado na já clássica capa da revista britânica "The Economist", o Brasil "decolou" na primeira década dos anos 2000 - um período de bonança e muita esperança. Sonhos que não demoraram a dar lugar a um desastre na segunda década do milênio, como novamente bem ilustrado pela Economist, o Brasil "despenca" com direito a impeachment, prisão de dois ex-presidentes e eleição de um outsider para o governo. Em meio a tanta turbulência, ainda faz sentido falar em teoria da constituição e soluções constitucionais na busca por encontrar caminhos que nos devolvam o Norte?

Para responder esta pergunta buscamos traçar uma linha evolutiva do constitucionalismo como movimento político, suas conquistas e êxitos, perpassando pelos contratualistas iluministas e revolucionários. Buscamos analisar a legitimidade do poder constituinte e a vinculação da política ao projeto de ação traçado na Constituição.

Na terceira parte pretendemos estabelecer os contornos de uma teoria da Constituição constitucionalmente adequada à realidade brasileira, ressaltando algumas características fundamentais de nossa sociedade como a escravidão e a ausência da nossa de coisa pública. Por fim, ressaltamos a necessidade de reafirmar a constituição como uma força política inexorável de transformação social e mudança da ordem estabelecida, defendendo um dirigismo compromissário ao programa constituinte traçado. Nas palavras de Canotilho, as Constituições seguem sendo acusadas de serem tendencialmente holísticas e utopicamente demiúrgicas e continuam seguindo sua sina ora sobrevivendo como mito, ora como utopia. A saída para a crise brasileira perpassa por reavivar esta utopia constitucional e encontrar nos limites da democracia constitucional um ponto de inflexão capaz de guiar a perspectiva de futuro.¹

¹ CANOTILHO, Gomes. Mal estar da Constituição e pessimismo pós-moderno. Lisboa. Vértice n. 7, 1988, p. 9.

CAPÍTULO I – O CONSTITUCIONALISMO COMO O MOVIMENTO POLÍTICO DO CONTRATUALISMO

O campo do direito como ramo das ciências humanas e sociais tem por escopo a necessidade de se fixar certas premissas básicas, verdadeiros alicerces ou pontos de partida teórico, dos quais sem a sua aceitação torna-se impossível discorrer sobre o tema na ceara da ciência jurídica, sem incorrer em riscos de partilhar equívocos conceituais, o que torna imprescindível contextualizar os marcos teóricos abordados neste trabalho.²

1.1 O Constitucionalismo na história

O constitucionalismo como movimento político vivo tomou diversas feições ao longo da história. Embora seja possível identificar manifestações pré-modernas, caracterizadora do que se denomina constitucionalismo antigo e constitucionalismo medieval, ou mesmo anteriores, como bem pontuado por Karl Loewenstein,³ na medida que aponta a existência de uma concreta limitação ao poder político (característica primeira do constitucionalismo) na antiguidade, entre os hebreus, que idealizaram dentro da lógica de um Estado teocrático limitações ao exercício do poder soberano na medida que asseguram aos profetas a prerrogativa de fiscalizar atos governamentais que exorbitassem os limites bíblicos, ou ainda mencionar a estrutura política das Cidades-Estados gregas e do Império Romano, constituídas para organizar o Estado e a vida social por meio da lei, pela delimitação do tema em estudo, não se encontra relevância em tais movimentos na conformação dos Estados de Direito Moderno e contemporâneo, por demandar concepções sociais, políticas e filosóficas excepcionalmente distintas das balizas que caracterizam o constitucionalismo moderno.⁴

² FERRAZ JR., Tércio Sampaio Ferraz. *Direito, Retórica e Comunicação*, 2 ed., São Paulo, Saraiva, 1997, pp.48-49.

³ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970. p. 154.

⁴ Uadi Lammêgo Bulos, distingue os sentidos dos termos constitucionalismo em sentido amplo e sentido restrito. O primeiro se refere “ao fenômeno relacionado ao fato de todo Estado possuir uma constituição em qualquer época da humanidade, independentemente do regime político adotado ou do perfil jurídico que se lhe pretenda irrogar”. Já o segundo consiste na “técnica jurídica de tutela das liberdades, surgida nos

Por esta perspectiva, elementos caracterizadores dos primórdios contornos de constitucionalismo moderno podem ser identificados já na Magna Carta Inglesa de 1215, na qual é possível distinguir um conjunto de normas jurídicas com um certo viés garantístico e conceitos embrionários daquilo que viria a ser um modelo de Estado burguês, com clara preocupação em impor limitações ao exercício do poder estatal e uma pretensa declaração de direitos fundamentais da pessoa humana como salvaguarda de direitos individuais.

Contudo, não obstante os esforços empreendido pelos ingleses, diminutos foram os efeitos limitadores ao absolutismo ao longo da Idade Média, de modo que os marcos históricos do constitucionalismo encontram guarida cronológica apenas nos movimentos sociais ocorridos na Inglaterra em 1688⁵ mas, sobretudo, nos Estados Unidos com a Independência Americana em 1776 e na França com a Revolução Francesa em 1789, revoluções sociais cujos movimentos políticos desembocaram na produção de um texto escrito racionalizador, limitador e organizador do poder estatal - as constituições norte-americana de 28.09.1787 e francesa de 03.09.1791, que é possível identificar a origem histórica do movimento político-jurídico denominado constitucionalismo.⁶

Por certo, a independência Norte-americana e a Revolução Francesa são eventos que alteraram profundamente as relações sociais e políticas no planeta, marcando o fim e o início de uma nova era na história da humanidade e estabelecendo, no campo do direito, balizas teóricas para o genesis de um inédito e universal sistema jurídico vertido na supremacia da Constituição como instrumento de limitação do poder estatal.⁷

fins do século XVIII, que possibilitou aos cidadãos exercerem, com base em constituições escritas, os seus direitos e garantias fundamentais, sem que o Estado lhes pudesse oprimir pelo uso da força e do arbítrio". BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p.10.

⁵ O presente trabalho não desenvolve maiores considerações sobre o movimento inglês de 1688 que, não obstante sua importância histórica no que tange à superação do absolutismo monárquico, resulta de um sistema jurídico totalmente distinto dos demais países ocidentais. Sobre o Constitucionalismo Inglês: René David, Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, 4 ed., trad. De Hermínio A. Carvalho, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 353; Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, cit., 6 ed, t.I, p. 123, rodapé 1. "Deveras, no Reino Unido não há Constituição formal, um único texto normativo chamado Constituição. Por isso, as normas constitucionais são identificadas pela matéria (Constituição material): são extraídas de tratados, textos legislativos esparsos, certas decisões judiciais e costumes (Constituição parcialmente não escrita e costumeira); foram elaboradas ao longo da história (Constituição histórica) e podem ser alteradas pelas leis ordinárias e editadas pelo Parlamento, inexistindo processo especial de reforma (Constituição flexível). As diferenças não param aí: até o conceito de Estado é estranho ao Direito Inglês. Deve-se enfatizar essa radical diferença: o Direito Inglês não adotou o modelo jurídico universalmente divulgado pelo constitucionalismo". MARTINS, Ricardo Marcondes. Regulação administrativa à luz da Constituição federal. p.30-31.

⁶ Sobre o nascimento do constitucionalismo a partir das duas referidas revoluções: BLANCO VALDÉS, Roberto L. El valor de la constitución.

⁷ Ressalvados Reino Unido, Nova Zelândia e Israel, todos os Países hoje adotam um modelo constitucionalista de Estado. HORST, Dippel, História do Constitucionalismo Moderno: Novas

O constitucionalismo surge, máxime, da necessidade política de superar o absolutismo, transformando-se em campo teórico fértil por meio do qual os vencedores da revolução (burguesia) viriam a fixar suas conquistas em normas jurídicas através de constituições escritas, rígidas e supremas que se caracterizavam pela organização do Estado, separação dos poderes e pela previsão de direitos e garantias fundamentais.⁸

Nesta acepção, o constitucionalismo, por ser um movimento político e jurídico gestado no seio de uma ruptura de ordem, traz em suas premissas teóricas a pretensão de construção de um novo sistema, motivo pelo qual os conceitos a ele pertinentes como Estado, povo, nação, lei, dentre outros, apenas podem ser interpretados em momento posterior, o que reforça a necessidade de se estabelecer um marco cronológico para a análise.⁹

Ocorre que o surgimento do constitucionalismo é parte de um processo histórico tão relevante que coincide com um marco de periodização da história, definindo a passagem de um tempo histórico da humanidade. A Revolução Francesa 1789-1799, foi um período de intensa agitação política e social, que teve um impacto duradouro na história do país e, conseqüentemente, em todo o mundo antigo. A monarquia absolutista que tinha governado a nação durante séculos entrou em colapso em apenas três anos. A sociedade francesa passou por uma transformação épica, quando privilégios feudais, aristocráticos e religiosos desapareceram sobre um ataque sustentado por grupos políticos radicais, das massas nas ruas e de camponeses na região rural do país. Antigos ideais da tradição e da hierarquia de monarcas, aristocratas e da Igreja Católica foram

Perspectivas, trad. de António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 1.

⁸ MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 33. Neste sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho caracteriza o constitucionalismo como um movimento político e jurídico que tem como escopo estabelecer regimes constitucionais, qual seja, governos moderados, limitados em seus poderes e submetidos a Constituições escritas. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 24 ed. São Paulo. 1997. Por absolutismo Jorge Miranda, destaca como característica o fato do soberano governar com base no direito divino, se colocando como enviado direito de Deus, atribuindo, desde modo, uma justificação sobrenatural e religiosa ao poder político. MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 43

⁹ Carlos Blanco de Moraes traz à baila o questionamento de Gomes Canotilho sobre o teorema de que a Constituição pressupõe o Estado e que o Estado pressupõe a Constituição. Adverte que a Constituição não surge por si mesma, mas surge como manifestação de um poder de autoridade que pretende assegurar a unidade política de um Estado. Apregoa ainda que não é possível conceber uma Constituição positiva fora do Estado ou do processo constitutivo de um novo Estado. Há registros históricos de Estados sem Constituição, as organizações políticas anteriores ao surgimento do constitucionalismo moderno no século XVIII, são exemplos, bem como as presentes monarquias árabes. Entretanto, não é possível conceber um Estado de Direito, sem uma constituição que limite o poder político. “Em suma, o Estado, em face da Constituição, reveste de uma natureza principal enquanto a segunda assume um papel relevante, mas instrumental relativamente ao primeiro”. MORAIS, Carlos Blanco. Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição em Tempos de Crise do Estado Social. T.II, 2 v, 1 ed, Coimbra, p. 19-20.

imediatamente derrubados pelos novos princípios iluministas de *Liberté, Égalité, Fraternité*.¹⁰

O constitucionalismo aflora, em meio a este contexto de efervescências políticas e sociais, como uma teoria jurídica pretensa a atender estes anseios, mudando drasticamente o conceito de Estado até então vigente. Não por motivo diverso, as inovações conceituais característica deste processo iluminista só podem ser olhadas com o devido distanciamento. Destarte, somente a partir da superação do antigo regime é possível tomar nota do constitucionalismo como movimento político e jurídico tal qual conhecemos, pois, tão somente neste momento histórico se desenvolve a concepção de Estado Moderno e Constituição presente contemporaneamente em nossa inteligência, motivo pelo qual se refuta posições que observam o gênese do constitucionalismo em outras épocas. O Estado constitucional foi obra de uma rebelião de ideais concebidas por filósofos contratualistas inclinados a transformar o mundo e a refazer suas instituições.¹¹

1.2 O Constitucionalismo e as luzes

No campo da epistemologia o termo constitucionalismo a partir do Estado moderno pode ser definido como “técnica específica de limitação do poder” na expressão de Gomes Canotilho.¹²

¹⁰ “Em cinco períodos, épocas ou idades - ao que se denomina periodização clássica da história - como a Pré-história, a Idade Antiga, Idade Média, a Idade Moderna e a Idade Contemporânea. As ocorrências significativas para a História Geral, tomando como referência a Europa, e que delimitaram essa divisão são a invenção da escrita (4000 a.C.); a queda do Império Romano (476); a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos e o fim da Guerra dos Cem Anos na Europa (1453); e a Revolução Francesa (1789)”. B. Buchaul, Ricardo. *Gênese da Maçonaria no Brasil: a história antes do Grande Oriente do Brasil*. Clube de Autores, 2011. p. 41.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 9ª ed, São Paulo. Malheiros Editores. 2012. p. 44 “Numa outra acepção – histórico-descritiva – fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século do XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos e consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo – desde os fins da Idade Média até ao século XVIII”. CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4 ed., Coimbra, Livraria Almeida, 2000, p. 51.

¹² CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4 ed., Coimbra, Livraria Almeida, 2000, p. 51. Na sintética conceituação de Blanco de Moraes o constitucionalismo se caracteriza por ser um movimento regente de uma ordem política e jurídica com a finalidade de “legitimar, regular e limitar o poder político”, bem como traçar critérios ordenadores da sociedade. MORAIS, Carlos

A necessidade de limites ao exercício do poder político encontra justificativa no abuso perpetrado pelo Estado Absolutista que por meio da autoridade da força, não reconhecia freios aos seus poderes, amesquinhando até mesmo direitos individuais e de liberdade dito como inerentes ao homem.¹³

Naturalmente, como movimento nascido da ruptura causada pela superação do absolutismo, não poderia ser outra, senão, a contenção do poder a maior preocupação da nova ordem estabelecida. Limitar, dividir e frear o poder do Estado era o núcleo central de atenção dos teóricos iluministas. Por intermédio do constitucionalismo, o desenvolvimento da (necessária) noção de separação dos poderes traça balizas ao arbítrio dos governantes objetivando como fim impedir a concentração de poderes num só ramo da autoridade pública, seja qual for a autoridade.

Conquanto, para além desta característica central, o constitucionalismo como fruto da sociedade burguesa do século XVIII, carrega consigo, em seus alicerces, a ideologia política da classe que o concebeu, qual seja: o liberalismo.¹⁴

Blanco. Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição em Tempos de Crise do Estado Social. T.II, 2 v, 1 ed, Coimbra, p. 16

¹³ Digno de nota destacar para melhor compreensão do ideário político da época a filosofia de Nicolau Maquiavel: “Em âmbito político, salienta que o príncipe deve atentar-se, unicamente, ao estabelecimento de uma ordem temporal segura e duradoura. Para o alcance desse propósito, não pode titubear frente à necessidade do emprego de quaisquer meios. Como se percebe, a subversão da moral tradicional realizada por Maquiavel visa, tão somente, tentar estabelecer uma justificativa para a ação política que se pautar apenas na própria política (...) “é melhor ser amado ou temido?”. A resposta de Maquiavel é nenhum pouco hesitante: “A resposta é que seria de desejar ser ambas as coisas, mas, como é difícil combiná-las, é muito mais seguro ser temido do que amado, quando se tem de desistir de uma das duas”. AMES, José Luiz. Maquiavel: a lógica da ação política. Cascavel: Edunioeste, 2002. p. 154. Do ponto de vista econômico, as sucessivas crises de produção justifica o arrojo perpetrado pelo antigo regime sobre os vassallos, em especial a emergente classe burguesa: “De fato, sua própria obsolescência econômica, que fazia com que os rendimentos dos nobres e cavaleiros 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.” HOBBSAWN, Eric. A Era das Revoluções. 25ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2011. Pág. 41.

¹⁴ “A ideia do contrato, como base de legitimação da sociedade política, está relacionada com o ideal burguês dos séculos XVII e XVIII, o qual, ao romper com o modelo organicista anterior, simultaneamente, passa a considerar o indivíduo como fonte de legitimação da unidade política moderna. Dessa forma, atribui-se um conteúdo burguês ao Estado, considerado, a partir de então, como instrumento garantidor da manutenção e reprodução dos interesses da classe burguesa, cujos baluartes são os direitos de propriedade, liberdade individual, liberdade de comércio, etc. Ou seja, um contrato entre proprietários para garantir a aquisição e a preservação da propriedade, modelo este de Estado que, aliás, encontra-se nitidamente justificado no Segundo Tratado sobre o Governo Civil, de J. Locke”. VIEIRA, Luiz Vicente. Os movimentos sociais e o espaço autônomo do "político": o resgate de um conceito a partir de Rousseau e Carl Schmitt. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 156. Paulo Bonavides tece pertinente crítica à universalização do conceito de Constituição burguesa ao lecionar que o liberalismo extraiu do produto revolucionário, com suas limitações históricas, um conceito de Constituição aplicável a todas as épocas e a todo gênero humano: “A constituição de uma determinada classe social, aquela que venceu a revolução, se transformou, pela imputação dos liberais, no conceito genérico de constituição de todas as classes”. BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 39.

Assim, a burguesia, por meio do constitucionalismo, como consequência política da necessidade de se justificar a autoridade reclamada, transfere da esfera místico-religiosa, o poder absoluto e divino do Rei-Soberano. No lugar destinado ao soberano passa a figurar a Constituição que por meio do povo detém a legitimidade inerente ao exercício do poder político, fundamentando, assim, junto aos governados, seu domínio. O Estado, neste sentido, é justificado racionalmente como o resultado de um acordo entre indivíduos inicialmente livres que convencionam estabelecer os vínculos estritamente necessários a uma convivência harmônica, pacífica e duradoura.¹⁵

No ideário do constitucionalismo moderno é possível distinguir traços de diversas correntes políticas filosóficas que encontravam ressonância no triunfo do iluminismo, como as doutrinas: contratualista, do jus naturalismo racionalista, da separação dos poderes e do liberalismo político e econômico. No campo das ciências jurídicas, destaca-se o racionalismo, encarnado na transição do jus naturalismo de fundamentação divina e sobrenatural para racionalização da forma semântica caracterizada como lei pública, geral e abstrata, deslocando a soberania para a lei, como expressão da vontade geral. A premissa capital do Estado Moderno é a conversão do Estado absoluto em Estado constitucional, o poder já não é de pessoas, mas de lei.¹⁶

Nas suas origens, o Estado Constitucional burguês da modernidade pósfeudal constituiu-se por legitimação intramundana; [...] Fazem parte desses recursos, em grau reforçado, o de uma linguagem que se racionaliza e sistematiza e,

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 14.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 9ª ed, São Paulo. Malheiros Editores. 2012. p. 43. “São as leis, e não as personalidades, que governam o ordenamento social e político. A legalidade é a máxima de valor supremo e se traduz com toda energia no texto dos Códigos e das Constituições”. Para Miguel Reale; “o liberalismo político, cujo fundador foi reconhecidamente John Locke, no século XVII, só mais tarde iria convergir no sentido do liberalismo econômico, instituído primordialmente por Adam Smith, no século XVIII, compondo-se, assim, a díade democracia liberal destinada a assinalar o real triunfo da burguesia do século passado.” REALE, Miguel. *O estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 25. Destaca-se a diferença apontada por Bobbio entre liberalismo político, liberalismo econômico e Estado liberal: “O liberalismo é, como teoria econômica, fator da economia de mercado; como teoria política, é fator do estado que governe o menos possível ou, como se diz hoje, do estado mínimo (isto é, reduzido ao mínimo necessário). [...] O estado liberal é o estado que permitiu a perda do monopólio do poder ideológico, através da concessão dos direitos civis, entre os quais sobretudo do direito à liberdade religiosa e de opinião política, e a perda do monopólio do poder econômico, através da concessão da liberdade econômica; terminou por conservar unicamente o monopólio da força legítima, cujo exercício porém está limitado pelo reconhecimento dos direitos do homem e pelos vários vínculos jurídicos que dão origem à figura histórica do estado de direito. [...] Característica da doutrina liberal econômico-política é uma concepção negativa do estado, reduzido a puro instrumento de realização dos fins individuais, e por contraste uma concepção positiva do não-estado, entendido como a esfera das relações nas quais o indivíduo em relação com os outros indivíduos forma, explícita e aperfeiçoa a própria personalidade”. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 114-115).

nesse sentido específico, se torna mais científica: textos de normas, garantias processuais sobre a elaboração menos “correta” (richtige) e muito mais “conforme as regras” (korrekte)- do Estado de Direito- de normas decisórias, da Dogmática erudita. O caráter escrito e público das leis bem como a ideia de uma Constituição escrita tornam-se cada vez mais importantes para a tradição da Europa continental.¹⁷

Em suma, a Constituição, como produto do movimento constitucionalista, em sua concepção formal - a constar: um corpo de leis reunidas em um documento escrito com autoridade superior às leis ordinárias - surgiu como consequência da racionalização estatal decorrente das revoluções burguesas, substancializando o princípio de que o homem, segundo a sua vontade, pode estabelecer a organização do Estado.¹⁸

O poder, pela ótica deste movimento iluminista, deve mover-se em órbita específica, a ser traçada nos estritos limites da Constituição.¹⁹

1.3 O Contratualismo como primórdio da Constituição

Em linhas gerais, a obsessão iluminista pela racionalização e contenção do poder demanda uma necessidade de se extrair um fundamento de validade distinto do componente divino que caracterizava o Estado absolutista que permitia ao Rei Soberano

¹⁷ MÜLLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 23.

¹⁸ Nesse sentido: “De la idea fundamental de la libertad burguesa se deducen dos consecuencias, que integran los dos principios del elemento típico del Estado de Derecho, presente en toda Constitución moderna. Primero, un principio de distribución: la esfera de libertad del individuo se supone como un dato anterior al Estado, quedando la libertad del individuo ilimitada en principio, mientras que la facultad del Estado para invadirla es limitada en principio. Segundo, un principio de organización, que sirve para poner en práctica ese principio de distribución: el poder del Estado (limitado en principio) se divide y se encierra en un sistema de competencias circunscritas. El principio de distribución – libertad del individuo, ilimitada en principio; facultad del poder del Estado, limitada en principio – encuentra su expresión en una serie de derechos llamados fundamentales o de libertad; el principio de organización está contenido en la doctrina de la llamada división de poderes, es decir, distinción de diversas ramas para ejercer el Poder público, con lo que viene al caso la distinción entre Legislación, Gobierno (Administración) y Administración de Justicia – Legislativo, Ejecutivo y Judicial -. Esta división y distinción tiene por finalidad lograr frenos y controles recíprocos de esos «poderes». Derechos fundamentales y división de poderes designan, pues, el contenido esencial del elemento típico del Estado de Derecho, presente en la Constitución moderna” (SCHMITT, Carl. Teoría de la constitución. Madrid: Alianza Universidad Textos, 2006. p. 138-139).

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 38. Não é mudo consignar desde já, conforme alerta Paulo Bonavides que aquela concepção de fundo racionalista e normativista do constitucionalismo, decorrente do domínio político da classe burguesa quando na vitória sobre o absolutismo e sua respectiva organização de poder, cedeu lugar, hoje, a uma concepção mais ampla e verdadeira; menos tímida em relação àquela na qual caracteriza Direito Constitucional como sendo conjuntamente técnica do poder e técnica da liberdade. Um direito constitucional político, sem ser contra ou a favor das instituições que encarna. BONAVIDES, Paulo. op. cit. p. 42.

agir voluntariamente. Um fundamento que justificasse a existência do Estado e lhe conferisse legitimidade. Uma busca intensa por racionalizar um princípio que dimanasse dedutivamente toda uma teoria política, com a fixação de axiomas e postulados incontrovertidos e infalíveis, um princípio lógico, admitido, aprioristicamente como verdadeiro, para dele se deduzir o ideário político capaz de reger a sociedade política e de lhe dar uma constituição jurídica.

1.3.1 A soberania em Jean Bodin

A concretização da ideia de soberania é fundamental no processo de formação do Estado Moderno. A existência de um poder soberano que unifique e neutralize os demais poderes políticos de uma mesma comunidade, e que por meio de sua autoridade, dá forma a um corpo social, foi sem dúvidas, o grande princípio estruturante que inaugurou a concepção de Estado tal qual imaginamos.²⁰

A ideia de soberania, definida por Nicola Matteucci, no Dicionário de Política, como um conceito intimamente ligado ao de poder político, que “pretende ser a racionalização jurídica do poder, no sentido da transformação da força em poder legítimo, do poder de fato em poder de direito”, pode ser identificada nas ciências políticas desde meados do século X, com a consolidação do cristianismo como força política hegemônica.²¹

Em um primeiro momento, esse fenômeno indicava a atribuição da função de comissário de Deus a algum grupo ou agente; soberano era quem fazia cumprir a lei em nome de Deus em espaço e tempo determinados pela divindade. Esta noção é fundamental e está intimamente ligada à formação do Estado, à plenitude do Poder Divino, que institui,

²⁰ “Foi a soberania, por sem dúvida, o grande princípio que inaugurou o Estado Moderno, impossível de constituir-se se lhe falecesse a sólida doutrina de um poder inabalável e inexpugnável, teorizado e concretizado na qualidade superlativa de autoridade central, unitária, monopolizadora de coerção”. BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21. Em sintética conceituação, José Eduardo Faria: “Diz respeito a um poder de mando incontestável, numa determinada sociedade política; a um poder independente, supremo, inalienável e, acima de tudo, exclusivo. Ou seja, um poder sem igual ou concorrente, no âmbito de um território, capaz de estabelecer normas e comportamentos para todos seus habitantes”. FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. 1ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 17.

²¹ O dicionário de Política apregoa que a origem do verbete soberania, apontam para período final do século XVI, período no qual as duas grandes coordenadas universalistas - o papado e o império - disputavam territórios e populações, o que prepara as condições para a formulação bodiniana da república como a instância absoluta do poder, cuja supremacia ele chamará de soberania. MATTEUCCI, N; Bobbio B.; Pasquino, G. Dicionário de Política. Trad. Carmen C, Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Univer. de Brasília, 1998, 1ª ed, 2v. p. 1178

por meio de um mandato, um comando de poder.²² Uma análise etimológica da palavra, demonstra que as raízes do termo soberania vem do latim “*superomnia*, ou *superanus*, ou, ainda, de *supremitas*, caráter dos domínios que não dependem senão de Deus”.²³

Jean Bodin 1530–1596, com a obra “Os seis livros da república”, datada de 1576, centra sua preocupação em elaborar o conceito de soberania, que até então havia sido negligenciado pelos filósofos que o antecederam. Nas palavras de Bodin: “é necessário formular a definição de soberania, porque não há qualquer jurista, nem filósofo político, que a tenha definido e, no entanto, é o ponto principal e o mais necessário de ser entendido no trabalho da República”. São características do poder soberano, em Jean Bodin, ser um poder superior, ser incondicional, independente, ilimitado, indivisível e perpétuo.²⁴

Eis as bases do absolutismo monárquico. O poder soberano não encontra opositores em determinado tempo e espaço no qual se externa. O soberano não é um mero possuidor do poder, que pertenceria a um fato externo, como um governante que exerce o poder por meio da comissão outorgada pelo povo. O soberano é efetivamente o detentor exclusivo do poder, donde não se pode falar em soberania quando há limitação no tempo e no espaço. Bodin é signatário de uma tradição de autores e teorias medievais sobre o corpo místico do rei, que é imortal, não obstante sua natureza humana, mortal. O corpo humano é um mero hospedeiro da soberania divina, assim, a perpetuidade resiste enquanto permanece vivo o soberano, mas, com a eventualidade da morte, transfere-se de imediato ao novo corpo humano, em nada se alterando sua essência de poder divino hospede de um corpo humano e mortal.²⁵

Ao soberano compete decidir sobre as questões de estado, fazer e desfazer as leis, declarar guerra e negociar a paz, julgar em última instância, dentre outras questões típicas de estado, nunca estando sujeito, contudo, a esta ordem emanada, tendo em vista que seu poder é superior a qualquer estrutura posta.²⁶

²² BIGNOTTO, N. Prefácio. In: Kritsch, R. Soberania: a construção de um conceito. São Paulo: Humanitas/FFLCH/USP, 2002. p. 30

²³ HUSEK, Carlos Roberto, Curso de direito internacional público. 5ª ed. São Paulo: Ltr, 2004. p. 127.

²⁴ BODIN, Jean. Os seis livros da república. Apud. DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 77. “O adjetivo perpétuo indica a continuidade que o poder deve ter ao longo do tempo. Se tiver uma restrição cronológica, por mais amplo que possa ser, não pode ser considerado soberano”. BARROS, Alberto Ribeiro de. A teoria da soberania de Jean Bodin. São Paulo: Unimarco Editora, 2001, p. 234.

²⁵ BARROS, Alberto Ribeiro de. A teoria da soberania de Jean Bodin. São P.: Unimarco Ed, 2001, p. 234.

²⁶ Bodin identifica os atributos essenciais à soberania que devem ficar reunidas na figura do 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 condenados”. Em suma, trata-se de uma

Contemporizando historicamente a teoria de Bodin, é importante sempre ter por pano de fundo as reais disputas políticas por trás das conceituações, sobretudo, daquelas que inovam ou trazem elementos revolucionários ao modo de interpretar o *status quo*. A teoria de Bodin deriva da necessidade da monarquia francesa em se afirmar como poder absoluto no seu território, superando a disputa de poderes com o papado e o império, e se estabelecendo como o poder último de comando. A teoria da soberania surge como *souveraineté*, com um “sentido equivalente a *superioritas* – para diferenciar a autoridade real, superior e incondicional das outras autoridades do reino, responsáveis apenas pela administração imediata da coisa pública”²⁷

Em suma, a conceituação teórica da soberania, em Bodin, pretende criar a doutrina que permitiria à monarquia da França consolidar suas pretensões sobre o papado, unificando os senhores feudais e demais estruturas de poder ao redor do monarca, para promover a ordem e a justiça divina de acordo com interesses franceses.²⁸

A ideia de soberania, portanto, é corolário indispensável à formação do Estado Moderno. E é justamente o deslocamento da sua teorização do poder divino monárquico para o poder democrático do povo a principal preocupação do contratualismo. A busca por um fundamento racional de legitimação do poder a partir da multidão como corpo político torna-se sua primeira premissa. Esta noção de que o povo, em sua concepção política, é o detentor do poder Soberano (poder constituinte) é a base de todo contrato social e o que, em certa medida, justifica a submissão da sociedade às leis e, mais precisamente, à Constituição.²⁹

1.3.2 O Contratualismo de Hobbes

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

²⁷ BARROS, Alberto Ribeiro de. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São P.: Unimarco Ed., 2001, p. 166

²⁸ GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 22.

²⁹ “Vimos que Bodin ao teorizar a ideia de soberania, pensava-a com referência à ordem metafísica do cosmos. Hobbes, resolutamente antiaristotélico, renega os horizontes cosmológicos do mundo político e se recusa a situar o microcosmo estatal no macrocosmo querido por Deus e regido por Ele. Não pensa que não exista Deus criando e administrando a Natureza, porém, no seu racionalismo universal e no passo geométrico de uma ciência mecanicista causal, redutora e explicativa, considera que só há sociedade “civil ou política”, ou seja, Estado soberano, construída pelo projeto racional dos homens. Assim se esfacelam ao mesmo tempo, explicitamente, as referências teológica e cosmológica do direito político.” GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins F., 1999, p. 154.

Thomas Hobbes, 1588 – 1679, ao disciplinar sobre a necessidade de um governo e uma sociedade fortes para que o homem pudesse sobressair do estado animalesco, no qual vive em constante guerra e tensão inserido em uma lógica predatória em que todos se opõem a todos, elabora uma teoria política sobre a formação da sociedade em que encontra uma justificativa para a questão da soberania diversa da divina.

Em Hobbes, o tema da soberania, que já não pode mais ser aceito como desígnio das vontades de Deus, encontra nas teorias do contrato social sua mais elaborada tentativa de racionalização.³⁰ O contratualismo de Hobbes é inequivocamente um marco ao pensamento político e fundador da filosofia do direito moderna ao dar base teórica à formação do estado sob a linguagem jurídica do contrato. Leo Strauss destaca a ruptura efetuada pelo pensamento hobbesiano:

ninguno de los precursores de Hobbes había procurado efectuar una ruptura definitiva com la tradición em su conjunto como la que implica la respuesta moderna a la pregunta sobre la vida justa del hombre. Hobbes fue el primero en experimentar la necesidad de buscar una nuova scienzia del hombre y del Estado, y tuvo éxito en su busqueda.³¹

Na tentativa de estabelecer um marco ao Estado diverso do divino, Hobbes cria uma figura bíblico-mitológica como referencial. Com poderes supremos, onipresente e onipotente o Leviatã inaugura o que Schmitt denominou de teologia política: “todos os conceitos significativos da moderna doutrina do Estado são conceitos teológicos secularizados. Não apenas de acordo com o seu desenvolvimento histórico, já que eles foram transportados da teologia à doutrina do Estado, mas também na sua estrutura sistemática”.³²

O Leviatã criado pela filosofia política de Hobbes, seria um corpo soberano formado pela presença política de todos os indivíduos pertencentes à comunidade. É relativamente comum associarem Hobbes à defesa do modelo absolutista de Estado, pois, embora o fundamento de racionalidade tenha mudado, a consequência da criação da

³⁰ “nasce o poder, uma relação formal de comando-obediência, que só pode ser implementada no fundamento lógico daqueles direitos de igualdade e liberdade que também se fornecem a sua finalidade. O poder da sociedade ou de todo o corpo político, então, só será tal enquanto for legítimo, isto é, fundado na vontade de todos os indivíduos”. DUSO, G (org). O poder – História da filosofia política moderna. Trad: Andrea Ciacchi, Lissia da Cruz e Silva e Giuseppe Tosi. Petrópolis: Ed. Vozes, 2005. p. 18.

³¹ STRAUSS, Leo. La filosofía política de Hobbes. Fondo de cultura, 2011. p. 21

³² SCHMITT, Teologia política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006., p. 43.

figura do Leviatã, como organismo político unificador das vontades da sociedade, pouco divergia do conceito de Bordin.³³

Entretanto, é preciso reconhecer que em Hobbes não há contradições entre o princípio da soberania, inerente ao modelo absolutista monárquico e o governo democrático. A soberania para Hobbes se justifica na autorização conscientemente fornecida pelo indivíduo. A questão posta está justamente em reconhecer a origem democrática do Leviatã, fundado na multiplicidade das vontades individuais, como um processo de imanência e a convergência voluntária de todas as múltiplas vontades na figura do Soberano, caracterizado como um processo de transcendência.³⁴

Para Hobbes, toda a sociedade política, e conseqüentemente, o Estado, são instituídos no momento em que uma multidão de homens concordam e combinam entre si, em dar a um homem ou a uma assembleia de homens, o direito de representar a pessoa de todos eles e todos sem exceção, hão de autorizar todos os atos e juízos deste corpo político, como se fossem seus próprios atos, com o fim de viver pacificamente em sociedade.

Da mesma Forma como os homens, almejando conseguir a paz, e por meio dela sua própria conservação, criaram um homem artificial chamado Estado, criaram, também, cárceres artificiais, chamados leis civis, que, mediante pactos mútuos, os mantêm presos, por uma das extremidades, ao homem ou à assembleia a quem confiaram o poder soberano e, por outra, a seus próprios ouvidos. Esses laços, embora fracos por natureza, são mantidos, seja pelo perigo, seja pela dificuldade de rompê-los.³⁵

O leviatã projeta a fundação do Estado alicerçada no medo do homem em viver no estado de natureza, no chamado estado de guerra no qual impera a máxima de que

³³ “Porque as leis de natureza (como a justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, ou, em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar qualquer segurança a ninguém. Portanto, apesar das leis de natureza (que cada um respeita quando tem vontade de respeitá-las e quando pode fazê-lo com segurança), se não for instituído um poder suficientemente grande para nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros”. HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988. p. 103

³⁴ “Transcendência é registro do real que supera a capacidade humana de intervenção neste mesmo real, e imanência, é o plano ou registro de realidade no qual se inserem o ser humano e as demais coisas existentes e do qual os mesmos participam, sendo capazes de realizar intervenções ativas ou serem afetados pelo que é imanente.” GUIMARAENS, 2004a, p. 68

³⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de Rosina D’Angina. São Paulo: Ícone, 2000.p. 171

todos lutam contra todos. Este medo é tão intenso que permite ao soberano arrecadar para si as liberdades naturais através do contrato. Hobbes entende que as paixões humanas apenas levam à desordem e ao caos, de modo que, o fim último da associação é a conservação da vida e a superação do estado de natureza onde reina a aporia. Por este motivo, esta associação se torna imperativa. A justificativa para o contrato ser impositivo se funda justamente na racionalidade por de trás do instinto de sobrevivência.

Ao fim e ao cabo, Hobbes retira do campo político qualquer possibilidade de deliberação sobre o contrato, inexistente a possibilidade de não contratar, uma vez que esta associação é corolário de um instinto de preservação da própria vida, nada mais senão um ato necessário de sobrevivência.³⁶

Strauss destaca que o medo da morte violenta e a potência dele derivada de criação do Estado como a operação que vincula a moral e o soberano e seus súditos. Entre o cumprimento de uma lei estatal por medo da punição e o cumprimento desta mesma lei por medo da morte, apenas esta última é, de fato, um afeto constituinte de moral, o que garante a maior obediência na forma do reconhecimento da multidão nos atos do soberano.

Según Hobbes, es este miedo a una muerte violenta, prerracional en su origen, pelo racional en sus efectos, y no el principio racional de la autoconservación, el que constituye la raíz de todo el derecho y conseqüentemente de toda moralidad. De este punto estrajo todas sus conclusiones lógicas³⁷

Ao alienar todas as vontades ao soberano, o indivíduo legitima a construção da soberania, já que o soberano, tendo sido autor da lei no momento da criação do corpo

³⁶ “A causa final, fim ou desígnio dos homens (que apreciam, naturalmente, a liberdade e o domínio sobre os outros) ao introduzir a restrição a si mesmos que os leva a viver em Estados, é a preocupação com sua própria conservação e a garantia de uma vida mais feliz. Ou seja, a vontade de abandonar a mísera condição de guerra, consequência necessária (conforme dito anteriormente) das paixões naturais dos homens, se não houver um poder visível que os mantenha em atitude de respeito, forçando-os, por temor à punição, a cumprir seus pactos e a observar as leis naturais, já explicadas nos capítulos XIV e XV. Afinal, as leis naturais (tais como a justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, enfim, o que determina que façamos aos outros o que queremos que nos façam) são contrárias a nossas paixões naturais, que nos inclinam para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes, se não houver o temor de algum poder que nos obrigue a respeitá-las. Sem a espada, os pactos não passam de palavras sem força, que não dão a mínima segurança a ninguém.” HOBBS, Op. Cit.p. 136. O direito à preservação da vida é a base que fundamenta o estado hobbesiano. O Estado e o soberano que ele corporifica devem prover os meios para garantir a vida de seus súditos. E pensamos que isso vai além de promover a paz e evitar a guerra, principal interesse de Hobbes, motivado principalmente pelo contexto histórico em que viveu. Por exemplo: segue-se desse direito fundamental que todos têm direito aos bens materiais necessários para sua sobrevivência: alimentos, água, abrigo, entre outros [...]. BREIER, V. M. A função do Estado em Hobbes. Disponível em: <http://www.tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1503.pdf>.

³⁷ STRAUSS, Leo. La filosofía política de Hobbes. Fondo de cultura, 2011. p. 41

político, deixa de respeitá-la. Eis o momento da transcendência no qual o indivíduo jamais poderá acusar o soberano de injustiça, ou mesmo julgá-lo, pois a acusação, o julgamento e condenação recairia sobre o próprio corpo social.³⁸

As regras do bem e do mal, do justo e do injusto, do honesto e do desonesto, são leis civis, por isso, o que o legislador ordena deve-se ter por bem, e o que proíbe, deve-se ter por mal. Legislador é sempre aquele a quem compete o poder supremo na Cidade.³⁹

Não por outro motivo, a vontade do soberano deve ser aceita como a vontade geral no tocante às decisões que garantirão a harmonia social e uma existência pacífica capaz de salvaguardar a vida de todos os cidadãos.

Como, pois, a concentração de muitas vontades num só fim não basta para a preservação da paz e a defesa estável, exige-se a presença de uma só vontade de todos em relação aos meios necessários à paz e à defesa. Isto, porém, é inviável se cada indivíduo não submeter sua vontade a uma outra vontade, por exemplo, de um homem, ou de um conselho, de tal modo que, tudo que essa vontade quiser em relação aos meios necessários para a paz comum, seja aceita como da vontade de todos e de cada um. [...].⁴⁰

Toda a ordem jurídica em Hobbes deriva da criação do soberano, e a partir desta instituição é que nasce todos os direitos e faculdades do indivíduo. Importante ressaltar que esta premissa é compartilhada por contratualistas, como Hobbes, Rousseau e Kant, mas antagônica ao pensamento de John Locke que pressupõe uma sociedade civil em estado de natureza autônoma, no interior da qual já seria legitimado o direito de propriedade, e outros direitos ditos naturais.

Para John Locke, os indivíduos, no estado de natureza, viveriam em perfeita liberdade e independência em relação aos outros, de modo que a mera convivência caracteriza o estado de natureza como um estado social.⁴¹

³⁸ “E se alguém não quer concordar, os demais entre si constituirão a cidade sem ele. A consequência é que a cidade manterá contra o discordante o seu direito primitivo, isto é, o direito de guerra, e passa a tratá-lo como inimigo”. HOBBS, Op. Cit., p. 102

³⁹ HOBBS, Op. Cit., p. 156

⁴⁰ HOBBS, Op. Cit., p. 98

⁴¹ “Para Locke, o indivíduo é livre. Ele garante a sua existência na medida em que se apropria dos bens necessários a sua sobrevivência, pelo seu trabalho. O homem é um ser social por necessidade natural (cf. Segundo Tratado, VII, 77). Essa sociabilidade é uma característica do estado de natureza.” VIEIRA, Luiz Vicente. Os movimentos sociais e o espaço autônomo do "político" : o resgate de um conceito a partir de Rousseau e Carl Schmitt. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2004. p. 32

Esta concepção é diametralmente oposta do pensamento hobbesiano, no qual o estado de natureza é simplesmente um momento anterior e primitivo, que antecede a formação da sociedade civil, lugar em que o homem vive de maneira animalesca, em permanente condição de guerra. A premissa de Hobbes parte do ponto de que o homem, sem o corpo social instituído no soberano, deixa-se governar pelo instinto de sobrevivência o que se caracteriza pela utilização da força como ferramenta de prevalência sobre os demais.⁴²

1.3.3 John Locke, a sociabilidade do estado de natureza e o conceito de trust

Esta divergência filosófica entre Hobbes e Locke é a gênese de uma infundável disputa conceitual. Para Locke, considerado o fundador do conceito de liberalismo, o indivíduo em estado de natureza é portador natural de direitos, o que ratifica de sobremaneira a máxima de que o estado de natureza é, também, um estado social. Se os direitos são naturais e igualmente partilhados por todos, então o homem é naturalmente um ser social e como tal, compartilha de moral. A moral é, assim, anterior à constituição da sociedade política, o que justifica a salvaguarda dos direitos naturais. É justamente esta preocupação de salvaguarda, o *animus* do pacto social.

a maneira única em virtude da qual uma pessoa qualquer renuncia à liberdade natural e se reveste dos laços da sociedade civil consiste em concordar com outras pessoas em juntar-se e unir-se em comunidade para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, gozando garantidamente das propriedades que tiverem e desfrutando de maior proteção contra quem quer que não faça parte dela. Qualquer número de homens pode fazê-lo, porque não prejudica a liberdade dos demais; ficam como estavam na liberdade do estado de natureza. Quando qualquer número de homens consentiu desse modo em constituir uma comunidade ou governo, ficam, de fato, a ela incorporados e formam um corpo político no qual a maioria tem direito de agir e resolver por todos.⁴³

⁴² “A maior parte daqueles que escreveram alguma coisa a propósito das repúblicas ou supõe, ou nos pede ou requer que acreditemos que o homem é uma criatura que nasce apta para a sociedade. Os gregos chamam-no *zoon politikon*; e sobre este alicerce eles erigem a doutrina da sociedade civil como se, para se preservar a paz e o governo da humanidade, nada mais fosse necessário do que os homens concordarem em firmar certas convenções e condições em comum, que eles próprios chamariam, então, leis. Axioma este que, embora acolhido pela maior parte, é contudo sem dúvida falso – um erro que procede de considerarmos a natureza humana muito superficialmente”. HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 25.

⁴³ LOCKE “Segundo Tratado sobre o Governo”, Cap. VUI, pág. 95.

Resta evidente que para o autor, o objetivo do viver em sociedade não é outro senão preservar os direitos naturais como a liberdade e a propriedade. Os direitos do indivíduo serão sempre anteriores aos direitos estabelecidos pela situação política, cuja função é apenas garanti-los. A sociedade política, nestes termos, é um prolongamento do estado de natureza, de modo que leis civis existem para garantir a vigência das leis naturais. A soberania do Estado em Locke fica condicionada pela "lei natural", o que consistem, em última análise, em uma relativização da ideia de soberania.⁴⁴

Já o contratualismo hobbesiano transpassa uma necessidade primeira de definir o vértice de autoridade ao qual seria estruturado o Estado. O autor define a lei civil da seguinte maneira: "A lei civil é, para todo o súdito, constituída por aquelas regras que o Estado lhe impõe, oralmente ou por escrito, ou por outro sinal suficiente de sua vontade, para usar como critério de distinção entre o bem e o mal; isto é, de que é contrário ou não é contrário à regra". Ato contínuo, após caracterizar lei civil, destaca que: "O soberano de um Estado, quer seja uma assembleia ou um homem, não se encontra sujeito às leis civis". E mais adiante reforça o seu ponto de vista, "as leis, escritas ou não, recebem toda a sua força e autoridade da vontade do Estado."⁴⁵

O soberano não está preso a qualquer lei, desde que seus atos objetivem a defesa da vida dos súditos a busca pela paz e ordem do Estado e, desde que atenda os anseios daqueles que lhe outorgaram poder.⁴⁶

⁴⁴ "A máxima hobbesiana "auctoritas, non veritas, facit legem " é substituída pela máxima de Locke: "The Law gives Authority". São conceitos de lei que se chocam, pois, enquanto, para a tradição da soberania absoluta, à qual se ligava Hobbes e igualmente se ligarão Rousseau e Carl Schmitt, o conteúdo da lei é a "vontade" (voluntas), para Locke, seguidor fiel da tradição jusnaturalista, seu conteúdo será a "razão" (ratio)." [...] "Hobbes quer acentuar o peso da autoridade, como traço fundamental da lei, sem condicioná-la a nenhuma normatividade ou a algum pretensão caráter lógico-racional de lei, como condição de sua validade. Em outros termos, dizer que o conteúdo da lei, para Hobbes, encontra-se na voluntas significa ainda que o sentido da norma não deveria estar incondicionalmente preso à racionalidade lógico-formal, mas que ela não pode estar divorciada das condições empíricas de sua edição e aplicação. Já em Locke, a ideia de lei assume um conteúdo diverso. Pois na sua concepção o preceito jurídico deve assumir qualidades que evitem a arbitrariedade, o que é coerente com a luta contra o absolutismo, na qual ele encontrava-se empenhado. Neste caso, o caráter racional e geral da lei é que garante sua validade. E, então, ao contrário de Hobbes, é a lei quem dá ou constitui a autoridade. O que significa que a autoridade deve estar subordinada ao reino da lei, elemento este que há de se constituir na pedra angular do Estado de direito". VIEIRA, Luiz Vicente. Os movimentos sociais e o espaço autônomo do "político": o resgate de um conceito a partir de Rousseau e Carl Schmitt. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 27

⁴⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou: Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 161 e ss.

⁴⁶ A possibilidade de restrição da lei natural pela lei civil se fundamenta no momento do Contrato, não havendo, como em Locke, direito pré-existente à fundação do estado: "A lei civil e a lei natural não são diferentes espécies, mas diferentes partes da lei, uma das quais é escrita e se chama civil, e a outra não é escrita e se chama natural. Mas o direito de natureza, isto é, a liberdade natural do homem, pode ser limitado e restringido pela lei civil; mais, a finalidade das leis não é outra senão essa restrição, sem a qual não será possível haver paz. E a lei não foi trazida ao mundo para nada mais senão para limitar a liberdade natural dos indivíduos, de maneira tal que eles sejam impedidos de causar dano uns aos outros, e em vez disso se

A expressão: “os anseios daqueles que lhe outorgaram poder” deve ser melhor analisada. Como já anteriormente observado, a doutrina de Hobbes não justifica, ao cabo, a necessária concentração do poder nas mãos de uma pessoa, mas da unificação do poder em um órgão, seja composto por uma ou mais pessoas. O Leviatã, essa figura bíblico-mitológica criada por Hobbes para representar o soberano, é a representação da união de todas as forças políticas e sociais em uma instituição organizada e superior chamada Estado. O Leviatã não é uma representação do monarca, mas do Estado, enquanto entidade soberana, capitaneada na exata medida que os vetores das forças políticas da sociedade permitirem.⁴⁷

O soberano, assim, seria uma figura criada artificialmente cujas vontades estão necessariamente vinculadas aqueles que lhe outorgaram comissão, uma espécie de pessoa jurídica que existe apenas para cumprir os anseios de seus criadores.

Esta ideia de comissão também é desenvolvida por ideário lockeano. Partindo da concepção de que o direito natural é anterior à criação do Estado, Locke introduz um elemento de confiança no seio da representação.⁴⁸

Em seu pensamento, a ideia de formação do corpo social parte da premissa de que o exercício do poder pelos governantes, sejam eles quais forem, representa sempre uma usurpação da soberania popular, um sequestro dos direitos existentes no Estado de natureza. Não por outro motivo, o exercício do governo deve ter por finalidade última a proteção dos direitos inerentes à condição humana daqueles que lhes outorgaram legitimidade. Locke aduz que estes direitos por estarem presentes no estado de natureza são inerentes à condição humana, inalienáveis e imprescritíveis. Deste modo, a usurpação

ajudem e unam contra o inimigo comum”. HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou: Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 163

⁴⁷ “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.” HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou: Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Pág. 14

⁴⁸ “A tese contratualista lockeana parte do princípio de que o poder e, conseqüentemente, a legitimidade desse advém e repousa no consentimento mútuo dos pactuantes, cabendo única e exclusivamente a esses decidir sobre quem e como devem governar. Ora, para Locke, tanto o governante quanto a forma de governo estariam submetidos ao jugo dos membros do pacto, cabendo a esses se insurgirem contra os governantes que deixassem de cumprir as funções para as quais fora designado, ou seja, garantir os direitos naturais. No momento em que o governante deixa de garantir os direitos naturais, colocando em risco a condição de igualdade e liberdade entre os indivíduos, esses retornam ao estado de guerra contra o governante, dissolvendo o Estado e proclamando um novo estado de natureza do qual poderia nascer um novo contrato político.” SILVA, Marcelo Lira. Os fundamentos do liberalismo clássico. A relação entre estado, direito e democracia. *Aurora*, ano V, n. 9, p. 121-147, dez./2011.

do poder pelo governante só se justifica na exata medida em que estes direitos naturais são garantidos de maneira mais eficaz no estado social do que no estado natural.⁴⁹

Neste sentido, o supremo poder estatal, nada mais é, senão, agente fiduciário do povo soberano, que poderia exercer a prerrogativa de alterá-lo ou dissolvê-lo. O exercício do poder, nestes termos, se dá em uma relação de *trust*, relação de confiança pela qual alguém assume a administração de bens de outrem.⁵⁰

O Legislativo, portanto, - poder constituinte aos olhos de nosso sistema - seria um órgão fiduciário em relação ao povo, que detém “um poder supremo para demitir ou alterar o Legislativo, quando lhe parecer que ele age contrariamente à função fiduciária (trust) que lhe foi atribuída”.⁵¹

Locke, assim, desenvolve um importante argumento a favor do legislativo (poder constituinte). Para ele, o legislativo, como poder supremo dentro da sociedade, se encontra limitado pelos direitos naturais e por alguma fórmula de separação dos poderes e de Estado de Direito, institucionalizados na passagem do estado de natureza para o estado civil a partir do pacto social.⁵²

⁴⁹ “Para John Locke, a passagem do Estado de Natureza para o Estado Civil, mediada por este contrato social, se fará para permitir que aqueles direitos pré-sociais, vistos como direitos naturais, dos indivíduos, presentes no Estado de Natureza, possam ser garantidos mais eficazmente pelo soberano. Assim, o conteúdo do contrato social será constituído pelo conjunto de direitos naturais presentes no Estado de Natureza, os quais irão traçar os limites do poder soberano no Estado Civil.” STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de, *Ciência política e teoria geral do Estado*, cit., p. 35

⁵⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Sobre a legitimidade das constituições. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Prof. J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49-88

⁵¹ LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. São Paulo: Martin Claret, 2002. “(...) Ninguém pode ser expulso de sua propriedade e submetido ao poder político de outra pessoa sem dar consentimento. (...) O grande objetivo da União dos homens em comunidades, submetidos a um governo, é a preservação da propriedade. (...) Não possuem autoridade o homem ou vários que passarem a fazer lei sem que o povo os tenha escolhido para essa tarefa. Então, o povo não está obrigado a obedecer (...). Sempre que os legisladores [o governo] tentam tirar e destruir a propriedade do povo, ou reduzi-lo à escravidão sob poder arbitrário, o povo pode entrar em guerra contra o governo. (...) Quem julgará se o governo age contrariamente ao encargo recebido? (...) A isso respondo: o povo será o juiz. (LOCKE, John. *Two treatises of civil government* [Dois tratados sobre o governo civil]. 2ª Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1971. Adaptado.)

⁵² VIEIRA, Oscar Vilhena,. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 34. Compete mencionar Canotilho que, com sua destreza habitual, contemporiza e relativiza a ideia de evolução linear dos conceitos históricos, rememorando que, quando da formação do Estado Alemão, o debate posto entre uma concepção de Estado autenticamente liberal e o reconhecimento de direitos declarados como fundamentais estava presente: “Esta palavra - Rechtsstaat -, isto é, Estado de direito aparece no início do século XIX como uma dimensão da discutida “via especial” do constitucionalismo alemão. Pretendia-se com isso significar que o constitucionalismo alemão se situava entre as propostas constitucionais do chamado “constitucionalismo da restauração” (paradigma: Carta Constitucional de Luís XVIII, de 1812) com o seu princípio estruturante – o princípio monárquico – e o “constitucionalismo de revolução” com o seu princípio, também estruturante da soberania nacional (ou popular). Inicialmente, o Estado de direito começou por ser caracterizado, em termos muito abstractos, como “Estado da Razão”, “Estado limitado em nome da autodeterminação da pessoa”. No final do século, estabilizaram-se os traços jurídicos essenciais deste Estado: o Estado de direito é um Estado liberal de direito. Contra a ideia de um, Estado de polícia que

Estes dois princípios, o primeiro desenvolvido pelo pensamento de Locke e o segundo, posteriormente, por Rousseau de que: - os cidadãos têm direitos naturais ao qual o Estado deve atuar com a finalidade de protegê-los e que a soberania pertence exclusivamente ao povo - nação, - foram às bases nas quais os revolucionários norte-americanos e franceses fundaram a ordem constitucional. Estas duas ideias fundamentais, expressas já nos primeiros textos normativos editados em meio ao fervor insurgente, deram sustentação ao constitucionalismo moderno.⁵³

1.3.4 Rousseau e a vontade geral

No que diz respeito em específico à teoria do poder constituinte, foram de sobremaneira relevante as teorias contratualistas de Hobbes e John Locke, mas

tudo regula e que assume como tarefa própria a prossecução da “felicidade dos súbditos”, o Estado de direito é um Estado liberal no seu verdadeiro sentido. Limita-se à defesa da ordem e segurança públicas (“Estado polícia”, “Estado gendarme”, “Estado guarda nocturno”), remetendo-se os domínios econômicos e sociais para os mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência. Neste contexto, os direitos fundamentais liberais decorriam não tanto de uma declaração revolucionária de direitos, mas do respeito de uma esfera de liberdade individual. Compreende-se, por isso, que os dois direitos fundamentais – liberdade e propriedade (Freiheit und Eigentum) – só pudessem sofrer intervenções autoritárias por parte da administração quando tal fosse permitido por uma lei aprovada pela representação popular (doutrina da lei protetora dos direitos de liberdade e de propriedade e doutrina de reserva da lei.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina. p. 96-97.

⁵³ Declaração dos Representantes dos Estados Unidos da América reunidos em Congresso Geral, datada de 4 de julho de 1776: (I) Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes, a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade. (II) É para assegurar esses direitos que os governos são instituídos entre os homens, sendo seus justos poderes derivados do consentimento dos governados. Declaração de Direitos (Bill of Rights) de Virgínia, votada em 12 de junho de 1776: 1. Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança. 2. Todo poder pertence ao povo e, por conseguinte, dele deriva. Os magistrados são seus fiduciários e servidores, responsáveis a todo tempo perante ele. 3. O governo é e deve ser instituído para comum benefício, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade. De todas as formas de governo, a melhor é aquela capaz de produzir o maior grau de felicidade e segurança, e que está mais efetivamente ofereça garantia contra o perigo da má administração. Toda vez que algum governo for considerado inepto ou contrário a esses fins, a maioria da comunidade tem o direito indubitável, inalienável e irrevogável de reformá-lo, modificá-lo ou aboli-lo, da maneira que julgar mais proveitosa ao bem-estar geral. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, votada pela Assembléia Nacional Francesa em 4 de agosto de 1789: Artigo Primeiro.- Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum. Art. 2.- A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Tais direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Art. 3.- O princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.[...] Art. 6.- A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente, ou por meio de representantes, à sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer proteja, quer puna. Todos os cidadãos, sendo iguais aos seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, cargos e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem outra distinção a não ser a de suas virtudes e seus talentos. [...] Art. 16.- Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição.

principalmente a desenvolvida de forma mais elaborada por Jean-Jacques Rousseau, para quem o contrato social consiste na alienação total da liberdade individual por meio da vontade geral, em prol do viver em sociedade com segurança, em uma forma de associação que “defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes”, que embasou de forma mais contundente o constitucionalismo moderno.⁵⁴

A teoria do contrato social de Rousseau tem como ponto de partida um conceito de soberania diverso daquele desenvolvido por Bodin e aceito por Hobbes. O filósofo da revolução francesa tem como premissa o fato de cada indivíduo possuir uma parcela da soberania. Para ele, todo poder surge dos indivíduos e se consolida através contrato social, que reúne parcelas autónomas de cada indivíduo em um corpo social. A soberania, em Rousseau, pode ser adjetivada como soberania popular, pois, embora haja a formação de um corpo soberano, parecido com a alegoria do Leviatã, o cidadão permanece dentro dele como parte soberana. O corpo soberano nada mais é senão a forma una como se manifesta a vontade geral, que pode ser exercida apenas e tão somente no seio da comunidade política. A compreensão do homem em Rousseau é uma concepção baseada na sociabilidade que só poder ser construída dentro de uma comunidade política, na qual o contexto social e político determina a individualidade.

"Concebemos a sociedade geral segundo nossas sociedades particulares, o estabelecimento das pequenas repúblicas faz-nos sonhar com a grande, e só começamos propriamente a tornar-nos homens depois de termos sido cidadãos"⁵⁵

⁵⁴ Vieira destaca a distinção entre o contrato social rousseauiano e a máxima liberal: “Pois Schmitt, como poderemos constatar, para penetrar o sentido do Contrato Social de Rousseau, supera as interpretações correntes sobre o sentido da obra deste autor, conseguindo, ao longo desse trabalho, convalidar a sua tese, segundo a qual “apesar do título e da fachada liberal”, o modelo de Estado de Rousseau funda-se sobre a vontade geral e não sobre o contrato, figura esta de direito privado e típica da compreensão burguesa de formação da sociedade política. VIEIRA, Luiz Vicente. Os movimentos sociais e o espaço autónomo do “político”: o resgate de um conceito a partir de Rousseau e Carl Schmitt. Porto A: EDPUCRS, 2004. p. 149

⁵⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Manuscrito de Genebra, II. “Essa frase lapidar de Rousseau - “Só começamos propriamente a tornar-nos homens depois de termos sido cidadãos” - revela-nos nitidamente o conteúdo profundo do fundamento de sua concepção de Estado. O que é ser cidadão? Ser membro do Estado. Se só nos tornamos homens, verdadeiramente, depois de nos tornarmos cidadãos, é porque o contexto social e político, no qual vivemos, determina a nossa individualidade e não o contrário. Essa expressão do Manuscrito de Genebra que, aliás, reaparece no Emilio, manifesta uma tônica da antropologia rousseauiana; reaprender a ser essencialmente um ser social, na educação. Portanto, para Rousseau, o social precede e determina o indivíduo, ou, em outras palavras, o indivíduo, o homem, é um ser constituído socialmente dentro de uma comunidade política”. VIEIRA, Luiz Vicente. Os movimentos sociais e o espaço autónomo do “político”: o resgate de um conceito a partir de Rousseau e Carl Schmitt. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 156.

Em Rousseau, como todos alienam tudo, ninguém se submete a ninguém, uma vez que todos detêm a coletividade, o que possibilita viver de forma “tão livre como se vivia no estado de natureza”.⁵⁶

Por esta máxima, o modelo de Estado proposto em Rousseau se funda, não em um contrato, como em Locke, mas sim na vontade geral, princípio base do poder constituinte. Conforme elucida Rousseau: “Afirmo, pois, que a soberania não sendo senão o exercício da vontade geral, jamais pode alienar-se, e que o soberano, que nada é senão um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo. O poder pode transmitir-se; não, porém, a vontade”.⁵⁷

Esta concepção de Estado construída sobre a vontade geral, remete mais à um conceito de homogeneidade, posteriormente desenvolvido por Schmitt, do que aquele pressuposto do estado liberal apresentado por Locke como entidade protetora dos direitos naturais. O contrato social rousseauiano surge, em resumo, do exercício da vontade geral; de modo que “cada indivíduo, contratando, por assim dizer, consigo mesmo, acha-se comprometido numa dupla relação: como membro do soberano em face dos particulares e como membro do Estado em face dos particulares”.⁵⁸

Assim, mediante o pacto originário, cada indivíduo concede seu poder à administração da vontade geral, recebendo, em troca, uma fração indivisível do todo (soberania). A vontade geral, nestes termos, seria aquela que traduz o que há de comum em todas as vontades individuais, ou seja, os interesses que cada pessoa tem em comum com todas as demais, de modo que ao ser atendido um interesse universalmente partilhado, a sociedade como um todo se beneficia.

"A vontade constante de todos os membros do Estado é a vontade geral: por ela é que são cidadãos e livres. Quando se propõe uma lei na assembleia do povo, o que se lhes pergunta não é precisamente se aprovam a proposta, mas se estão ou não de acordo com a vontade geral que é a deles"⁵⁹

⁵⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Ouvres Complètes*. Paris: Gallimard, 1984. In *Du contract social*. Livro I, cap. VI:32. “A liberdade mencionada difere da liberdade da natural, na medida que se caracteriza por ser uma liberdade convencional. No mesmo texto, Rousseau afirma que o homem nasce livre, e por toda a parte encontra-se a ferros (Livro I, cap. I:22), aduzindo que acredita poder resolver a questão de como legitimar a situação do homem que tendo perdido sua liberdade natural, se submeteu ao poder político. A questão é resolvida mediante o instrumento/artifício do contrato social”. Pinto, M. M. A noção de vontade geral e seu papel no pensamento político de Jean-Jacques Rousseau *Cadernos de Ética e Filosofia Política* 7, 2/2005, p. 83-97.

⁵⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 49-50.

⁵⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 23.

⁵⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. IV, 2.

Nesta perspectiva, cada indivíduo aliena sua vontade sem reservas, sem restrições, renunciando a todos os seus desejos individuais contrários às leis. Esta alienação de vontades individuais consiste em uma transformação dos interesses individuais caracterizadas pela expressão – “eu quero” – em interesses coletivos – “nós enquanto sociedade política queremos” – que deverá ser expressada nas leis como tradução do bem comum.⁶⁰

Neste sentido, o contrato social originário, de igual modo, é irrevogável: “mas o corpo político ou o soberano não existindo senão pela integridade do contrato, não pode obrigar-se, mesmo com outrem, a nada que derogue esse ato primitivo, como alienar uma parte de si mesmo ou submeter-se a outro soberano”,⁶¹ ao passo que também se baseia em uma imposição do coletivo sobre o individual:

A fim de que o pacto social não represente, pois, um formulário vão, compreende ele tacitamente este compromisso, o único que poderá dar força aos outros: aquele que recusar obedecer à vontade geral a tanto será constrangido por todo um corpo, o que não significa senão que o forçarão a ser livre, pois é essa a condição que, entregando cada cidadão à pátria, o garante contra qualquer dependência pessoal.⁶²

Importante salientar que o conceito de liberdade aqui em Rousseau é sensivelmente distinto da liberdade Lockeana, não se trata, assim, de uma concepção tipicamente liberal que remete as liberalidades do estado de natureza, mas de liberdade como característica do cidadão partícipe do político, no qual as suas vontades individuais irá compor o processo de formação da vontade geral.

⁶⁰ “Paradoxalmente, a alienação política é o processo pelo qual os indivíduos se submetem ao poder exterior da lei sem perder a liberdade, o que aconteceria se cada um obedecesse às leis por simples imposição do poder estatal. Mas o paradoxo desaparece se entendemos que a alienação não significa de nenhuma forma a transferência do poder de querer e de decidir do indivíduo para outros seus representantes ou para o Estado. Nesse caso, não haveria verdadeiramente alienação da vontade, que significa, em Rousseau, como já afirmamos, a transformação – pelo menos até certo ponto - dos interesses pessoais em interesses gerais projetados nas leis, pela renúncia à realização dos interesses contrários às leis. A lei surge da renúncia aos interesses não universalizáveis, sendo, ao mesmo tempo, a medida da legitimidade dos interesses individuais no interior da legalidade jurídica.” FURTADO, José Luiz. A autonomia da vontade como a força da lei em Rousseau. FUNDAMENTO – Revista de Pesquisa em Filosofia, n. 7, jul-dez - 2013

⁶¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 40.

⁶² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op. Cit.* “no sistema político de Rousseau nenhum valor essencial tem o indivíduo, cuja função é a de revelar o interesse coletivo, tanto que, se for voto vencido, estará moralmente obrigado a reconhecer que se afastou da vontade geral e juridicamente obrigado a submeter-se a ela, para continuar a ser livre, isto é, a gozar da liberdade que o corpo político assegura a seus membros” MACHADO, L. G. Introdução a Rousseau. São Paulo: Abril Cultural, 1978 (Os Pensadores). p. 121

E por vontade geral compreende-se aquilo para o qual a unanimidade converge. Rousseau descreve um verdadeiro governo de consenso para caracterizar a vontade geral, não é a vontade de todos, nem da maioria, mas o que há de comum na vontade de todos. A liberdade, assim, só poderá ser alcançada dentro da *polis*, trata-se de uma conceituação próxima ao conceito de cidadão na Grécia Antiga. Para Rousseau, o homem somente alcança a completude como indivíduo, por viver e partilhar do espaço público.

Para além da questão volitiva individual, a vontade geral consistiria, também, como um fator unificador da multiplicidade dos contratantes, atuando como núcleo aglutinador do pacto social.⁶³ Deste modo, a vontade geral tal qual elaborado por Rousseau, nada mais é, para Schmitt, senão, a “democracia plenamente consequente consigo própria”. A interpretação da ideia schmittiana do contrato em Rousseau encontra-se no prefácio à edição de 1926 de A situação histórico-intelectual do parlamentarismo de hoje. Aí lemos:

"A volonté général, tal como concebe Rousseau, é, na realidade, uma democracia consequente. Segundo o Contrato Social, o Estado se baseará então, apesar do título e apesar da introdução do conceito de contrato, não em um contrato, mas essencialmente na homogeneidade. Dela resulta a identidade democrática entre governantes e governados."⁶⁴

Nesta perspectiva, a democracia surge definida como a própria forma de soberania. Rousseau não admite sequer a existência de diferentes formas de soberania; “qualquer forma não democrática de soberania significa que a sociedade política em causa carece da fundação legítima adequada”. Ao fazer da democracia a única forma admissível de soberania, Rousseau não apenas exclui qualquer forma de monarquia absolutista, mas vincula todo o discurso republicano.⁶⁵ A primazia de um soberano “indivisível e

⁶³ Pinto, M. M. A noção de vontade geral e seu papel no pensamento político de Jean-Jacques Rousseau. Cadernos de Ética e Filosofia Política 7, 2/2005, p. 83-97. “Quando, porém, Rousseau deve mostrar como age esse soberano no momento mais alto, o da constituição do Estado, devido a dificuldade de pensar as ações concretas de um sujeito que não é constituído e formado – é obrigado a lançar mão da figura do grande legislador, que cumpre essa obra divina que consiste em dar leis aos homens. (...) O legislador não é o soberano representante, nem é o resultado de um processo de autorização: passa a desempenhar, no entanto, uma função mediadora, de realização, através da sua pessoa, de uma concreta constituição a partir da ideia. Manifesta-se, assim, de forma peculiar, também em Rousseau, o problema típico do jusnaturalismo, que consiste, como afirmaria Hegel, na passagem difícil ou impossível dos muitos para o uno”. DUSO, G (org). O poder – História da filosofia política moderna. Trad: Andrea Ciacchi, Lissia da Cruz e Silva e Giuseppe Tosi. Petrópolis: Ed. Vozes, 2005. p. 118

⁶⁴ SCHMITT, Carl. Sobre el Parlamentarismo. Situación histórico-intelectual del Parlamentarismo de hoy. Madrid: Editora Tecnos, 1990.p. 19.

⁶⁵ A primeira constituição positivada da história, a americana de 1787, traz em seu preâmbulo a famosa cláusula: “We, the people of the United States (...). A constituição francesa de 1791 dispôs, no título III, em seus artigos 1º e 2º, que a soberania era una, indivisível, inalienável e imprescritível, pertencendo à

inalienável” significa que toda república legítima deveria assentar numa forma de governo democrática, independentemente de qual medida de democracia seja possível realizar.⁶⁶

Em resumo, o contratualismo estabeleceu que o Estado provém do contrato social, tento por associados o povo, que organizados politicamente, expressam a vontade geral por meio da lei. O constitucionalismo busca, assim, ser o arcabouço teórico que fundamente a sobreposição do povo ao monarca, calcado na concepção de que, acima de todos os órgãos governamentais, está sempre o povo soberano, que lhes outorgou legitimidade para o exercício do poder. A soberania, de titularidade do povo, é manifestada através da lei, “expressão da vontade geral, que é sempre reta e provém do povo, autor das leis”.⁶⁷

Resta analisar de qual modo o povo, titular do poder soberano, manifesta e exerce sua prerrogativa. Tem-se como ponto de partida, tanto na França, - (com Sieyès, na obra: O que é terceiro estado? – quanto nos Estados Unidos,⁶⁸ - com as reflexões de James Madison, Alexander Hamilton, John Jay em “Os Artigos Federalistas” em resposta às críticas levantadas por Jefferson e Paine à extrema rigidez constitucional) – o conceito de que o poder do povo é superior aos poderes de governo e que este se manifesta por meio da Constituição cujo conceito de supremacia é indissociável, justamente por traduzir de modo direto os anseios populares.⁶⁹

nação, que só poderia exercê-la através da delegação aos seus representantes. Contemporaneamente, todos os Estados Democráticos Ocidentais de certo modo proclamam a soberania popular em seus textos. É o caso da Constituição brasileira que logo em seu art. 1º, dispõe: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição" e da Constituição portuguesa que no artigo 108, em capítulo definido como da titularidade e exercício do poder, apregoa: "O poder político pertence ao povo e é exercido nos termos da Constituição".

⁶⁶ BRITO, Miguel Nogueira de. *A Constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 166-167. “Na teoria do Contrato Social, de Rousseau, o fundamento próprio do Estado é a completa homogeneidade. O que o povo quer é bom precisamente porque ele o quer: todos querem o mesmo, com o que, na realidade, não existem derrotados; quando alguém é derrotado é que havia se enganado acerca de sua verdadeira e melhor vontade. Essa vontade comum não se dirige a submeter-se à ocasional maioria, porque então a vontade de todos pode estar corrompida, com o qual já não conduz para uma vontade geral. Não se quer conseguir a submissão à maioria, porque é maioria, senão porque a substancial homogeneidade do povo é tão grande que, a partir da mesma substância, todos querem o mesmo. O Estado não se baseia, pois, no pacto, mas na homogeneidade e identidade do povo consigo mesmo. Esta é a mais forte e conseqüente expressão do pensamento democrático”. SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1992. p. 226

⁶⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 47-48.

⁶⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena, *A Constituição e sua reserva de Justiça*. p. 44.

⁶⁹ “Uma constituição é de fato uma Lei Fundamental, e como tal deve ser vista pelos juizes, cabe a eles, portanto, definir seu significado tanto quanto o significado de qualquer ato particular procedente do corpo legislativo. Caso ocorra uma divergência irreconciliável entre ambos, aquele que tem maior obrigatoriedade e validade deve, evidentemente, ser preferido. Em outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao estatuto, a intenção do povo à intenção de seus agentes. Esta conclusão não supõe de modo algum uma superioridade do Poder Judicial sobre o Legislativo. Supõe apenas que o poder do povo é superior a ambos,

É esta noção de apresentação popular, fundamento de legitimidade da Constituição que atribui peso e vinculatividade às decisões políticas do constituinte, conforme será desenvolvido. Para tanto, é necessário definir a conceituação de poder constituinte e o modo como ele se externa na vida política do Estado.

e que, quando a vontade do legislativo, expressa em suas leis, entra em oposição com a do povo, expressa na Constituição, os juizes devem ser governados por esta última, e não pelas primeiras. Devem regular suas decisões pelas leis fundamentais, não pelas que não são fundamentais". MADSON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John, *Os artigos federalistas*. Trad. Maria Luíza X de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 480-481.

CAPÍTULO II – UMA TEORIA SOBRE A LEGITIMIDADE DO PODER

A teoria do poder constituinte é, sobretudo, uma teoria sobre a legitimidade do poder.⁷⁰ Reconhecer que estamos diante do poder constituinte significa reconhecer que estamos diante do momento no qual se toma a decisão política fundamental, utilizando-se da expressão de Carl Schmitt. Nada mais é, senão, conhecer e aceitar a existência de uma “vontade política da nação, cujo poder ou autoridade está em condições de tomar a decisão concreta sobre o tipo e a forma da própria existência política” em um específico instante no qual se funda o Estado e atribui toda legitimidade à ordem político-jurídica que há de vir.⁷¹

2.1. O Poder Constituinte

A ideia que normalmente se associa à figura do poder constituinte originário, consiste em caracterizar este poder como uma força capaz de criar, a partir de um vazio de poder, uma ordem jurídica, política e social, sem qualquer limitação a conteúdos jurídicos anteriores.⁷²

Canotilho precisamente caracteriza as três concepções destacando certo reducionismo da doutrina em abordar a matéria tendo em vista o paradigma do “*pouvoir constituant*” da Revolução Francesa, pois esquece os dois outros momentos de gestão histórica das normas básicas: o constitucionalismo inglês e o constitucionalismo americano. Importante a sutil, porém fundamental, distinção conceitual que o autor faz consubstanciando três verbos que resumirão os traços caracterizadores das três experiências constituintes: “os ingleses compreendem o poder constituinte como um

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. p. 94

⁷¹ SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Trad. de Francisco Ayala. Madrid: Alian., 2006, p. 75-76.

⁷² Exemplos de clássica conceituação encontrada em alguns doutrinadores brasileiros: “É o Poder Constituinte que põe em vigor, cria, ou mesmo constitui normas jurídicas de valor constitucional”. BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. p. 27. “É a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado”. MORAES, Alexandre. Direito constitucional. p. 51. “Uma manifestação de vontade de um ou alguns indivíduos, capaz de fazer nascer um núcleo social por meio de uma nova ordem constitucional”. TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. p. 31

processo histórico de *revelação* da “constituição da Inglaterra”; os americanos *dizem* num texto escrito, produzido por um poder constituinte “the fundamental and Paramount law of the nation”; os franceses *criam* uma nova ordem política-jurídica através da “destruição” do antigo e da “construção” do novo, traçando a arquitetura da nova “cidade política” num texto escrito – a constituição. *Revelar, dizer e criar* uma constituição são os *modi operandi* das três experiências constituintes”.⁷³

São de sobremaneira importantes estas distinções colocadas, pois criam tradições constitucionais bem distintas.⁷⁴

2.1.1 Sieyès e o poder constituinte da nação

A ideia de um poder absoluto capaz de criar uma constituição surge sistematizada, como já nos referimos, ao tempo da Revolução Francesa, com o pensamento de Emmanuel Sieyès. Para o Abade, o poder constituinte originário, de titularidade da nação, é um corpo decisório, é a primeira manifestação do poder político, que não decorre ou deriva de nenhum outro poder.

De início, compete analisar a questão da titularidade do Poder Constituinte, inequivocamente uma das mais controversas da doutrina. Ao fazer uma análise exclusivamente histórica da questão, fechando os olhos ao campo da legitimidade, é possível constatar que sua titularidade é atribuída no decorrer dos séculos, ora ao Deus Cristão, a um príncipe ou monarca, ao Povo, à Nação, a um parlamento ou até mesmo a uma classe social. Bonavides, citando Sanches Viamonte assevera que “o titular do poder constituinte é produto das circunstâncias históricas e aparece sempre condicionado por elas”, motivo pelo qual, por vezes, não se concentra consubstanciado em um único titular, visível ou definido.⁷⁵

No mesmo sentido, Friedrich Müller, de maneira ácida relembra que “desde que Deus se retirou da vida política (e se despediu da história), seu cargo na estrutura funcional não foi declarado vago”.⁷⁶

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. p. 68-69.

⁷⁴ Comparato destaca que em primeira análise, é possível constatar, por exemplo, que a matriz teórica americana, preza “muito mais a ideia federativa do que a ideia democrática” de modo que pouco desenvolve a conceituação de Nação como centralidade política e titular do poder constituinte. COMPARATO, Fábio Konder, Direito Público, Editora Saraiva, São Paulo, 1996, p. 33

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 164

⁷⁶ MÜLLER, Fridrich. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Pág. 21.

Bem verdade que, ao substituir Deus pelo Povo, ficamos diante de uma figura quase tão mitológica quanto, pois o povo, de maneira genérica e desorganizada nada mais é senão uma multidão, incapaz de garantir ordem política à Nação e fixar as estruturas do Estado em um documento jurídico escrito.

Na busca pela consolidação teórica do povo como titular do poder constituinte, torna-se imprescindível a análise da distinção feita por Sieyès entre povo e nação. É a nação, caracterizada pela vontade comum de viver em sociedade, o soberano titular do poder constituinte. A nação na teoria de Sieyès muito se aproxima do conceito de povo de Hobbes, que se consubstancia na exata medida na qual esta soma de indivíduos, células individuais, decide se vincular a um corpo e viver em união. É o querer viver em sociedade o afeto político que distingue povo de nação.⁷⁷

Para Carl Schmitt, nação designa povo como unidade política com capacidade de agir e com consciência de sua tarefa política, enquanto povo na acepção comum é uma associação de indivíduos unidos por motivos diversos do político.⁷⁸

Em suma, o conceito de povo como agente soberano é criado pela vontade política existente na base do contrato social. É este querer se unir em nação a característica indispensável que dá legitimidade ao fundamento de se pretender criar um Estado pretensamente estável e duradouro.

Nação, nestes termos, é o povo político; concebida como “comunidade aberta de sujeitos constituintes”, que “pactuam”, “contratualizam” entre si de modo a consentir o governo. Em outras palavras, um grupo de homens que se reúnem politicamente e atuam de maneira consciente da magnitude política e histórica de seus atos. Eis o conceito de povo que detém o poder de dispor e conformar a ordem política social.⁷⁹

⁷⁷ Na análise de Ferreira Filho sobre o conceito de nação em Sieyès: “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. *O Poder Constituinte*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Pág. 23.

⁷⁸ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. de Francisco Ayala. Madrid: Alian., 2006, p. 96.

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007 p. 118. Digna de nota a diferenciação entre povo político e povo majoritário. “Em termos mais rigorosos: o povo majoritário pertence ao povo político, mas não o esgota. O fato das decisões políticas serem, na generalidade dos casos, tomadas por maioria e valerem como decisões do povo, não deve fazer esquecer-nos que as minorias que votaram contra, se abstiveram ou não compareceram ao sufrágio continuam a ser “povo político”. Povo político será também o “povo impolítico”, isto é, os grupos de indivíduos situados nas margens da “modernidade periférica” e reduzidos a meros corpos do sistema de diferenciação da sociedade (Ralph Chrostensen). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 76. Schmitt também distingue de maneira enfática diferenças entre vontade geral e vontade de todos: “‘Povo é um conceito pertencente ao direito público. O povo existe só na esfera do público. A opinião unânime de cem milhões de particulares não é nem vontade do povo nem opinião pública”. SCHMITT, 1990, p. 22

Este povo, caracterizado como Nação, age no pretense momento histórico da “decisão política fundamental”. É o singular instante em que as pessoas, decididas a viver em união, se reúnem para definir e delimitar os termos e contornos do Estado. Este ato decisório é caracterizado por não estar amarrado a nenhuma conformação jurídica pré-existente, é o único e especial momento no qual a comunidade se encontra livre para exercer de modo mais puro sua soberania, não sendo limitado por nenhuma norma anterior.⁸⁰

Na lógica da teologia política da Europa da Revolução Francesa, o povo, instituído como ator político capaz de derrubar o regime e cortar as cabeças da monarquia, vê-se em um momento de elevada consciência política e de apropriação do espaço público. Este instante de crise gerado pela efervescência revolucionária produz um momento histórico singular, que permite a criação de uma nova ordem política por meio de uma constitucional.⁸¹

Esta ordem constituinte é, ao fundo, também desconstituente e reconstituente, tendo em vista que ao mesmo passo que constrói uma nova ordem político social, abole e rompe com qualquer instituição anterior. A um só tempo, o poder constituinte “cria” e “mata”, “parteja” e “sepulta”, pois, como característica própria de uma revolução, deve destruir o passado para construir o novo. Como precisamente pontuado por Canotilho, o verbo típico do constitucionalismo francês é o “criar”, e é nesse sentido, que a um só tempo o poder constituinte cria de uma nova ordem jurídica constitucional e, para tanto, desconstitui o regime anterior.⁸²

(...) 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

⁸⁰ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. de Francisco Ayala. Madrid: Alian., 2006, p. 20 e ss.

⁸¹ Sobre o conceito de revolução, conta-se que Luís XVI, “ao ser noticiado pelo duque de La Rochefoucauld-Liancourt sobre a queda da Bastilha, perguntou: “é uma revolta?”. Recebeu como resposta: “Não, majestade, é uma revolução”. O acontecido sintetizava uma mudança conceitual e uma alteração de sensibilidade na sociedade do Antigo Regime. Para Hannah Arendt, inclusive, o acontecimento marcaria o momento em que a palavra passou a carregar o sentido moderno do termo, como uma força política inexorável contra a ordem conhecida. O conflito descrito não era simplesmente uma rebelião contra um soberano ou mau governo, ao modo medieval ou das rebeliões da Idade Moderna, mas um confronto em prol da libertação humana”. JUNIOR. Jaime Fernando dos Santos História da Historiografia, n. 26, jan-abri, ano 2018, 122-147- DOI: 10.15848/hh.v0i26.1300. Ferreira Filho, na conceituação jurídica do termo deixa bastante claro que a revolução, enquanto fenômeno jurídico, significa simplesmente a modificação da Constituição fora dos canais por ela previstos. FERREIRA FILHO, op. cit., p. 38

⁸² BRITTO, Carlos Ayres, *Teoria da Constituição*. p. 25.

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.⁸³

Inegável o caráter revolucionário do poder constituinte na teoria de Sieyès, precisamente compatível com o momento histórico de superação do absolutismo medieval. O grande ponto da obra de Sieyès, contudo, é a distinção entre poder constituinte e poder constituído, no qual pretende resolver, de uma só vez, o problema da legitimidade do poder constituído e o da legalidade das leis por ele expedidas. A distinção entre poder constituinte e poderes constituídos implica a submissão destes ao que foi determinado por aquele pela via da Constituição, esta sim dotada de soberania.⁸⁴

Esta distinção baseia-se na conciliação entre a unidade e onipotência da vontade geral de Rousseau com a divisão dos poderes de Montesquieu. De modo genérico, a soberania da vontade geral, enfim, harmoniza-se com a ideia de dividir para controlar, impondo uma limitação necessária do exercício do poder.⁸⁵

Ao promover esta distinção, Sieyès apregoa que apenas o *pouvoir constituant* tem suficiente potencial para criar toda ordem jurídica, sendo responsável por delimitar os contornos de todo poder que lhe seja posterior. A consequência desta constatação é que, como poder supremo, nada lhe impõe restrições, de modo que não pode ser derivado de nenhuma organização, hierarquia ou ordem anterior. Sua origem é espontânea, da passagem de um estado de natureza para o contrato social. Conquanto, é deste vácuo de regulamentação que surge a problemática da legitimidade do exercício do poder constituinte.

⁸³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O poder constituinte. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 68.

⁸⁴ Na clássica formulação de Sieyès: “A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. A sua vontade é sempre legal, ela é a lei de si própria. Antes dela e acima dela só existe o direito natural. Se quisermos formar uma ideia correta da sucessão de leis positivas que apenas podem emanar da sua vontade, teremos em primeiras linhas as leis constitucionais que se dividem em duas partes: umas regulam a organização e as funções do corpo legislativo; as outras determinam a organização e as funções dos diferentes corpos ativos. Estas leis são ditas fundamentais, não no sentido de poderem tornar-se independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e atuam em virtude delas não podem tocar-lhes. Em cada uma das suas partes a constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode alterar as condições da sua própria delegação é deste modo, e não de outro, que as leis constitucionais são fundamentais. As primeiras, aquelas que estabelecem a legislatura, são fundadas pela vontade nacional antes de toda a constituição, elas formam o seu primeiro grau. As segundas devem igualmente ser estabelecidas por uma vontade representativa especial.” SIEYÈS, Emmanuel. *Essai sur les privilèges* (1788), in *Qu'est-ce que le tiers état?*, éd. Edme Champion, Parigi, PUF, 1982, pp. 127-128.

⁸⁵ BRITO, Miguel Nogueira de. A Constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 72. “Entre o princípio teórico da legitimidade do poder e os mecanismos jurídicos-políticos da sua limitação o liberalismo cavava um fosso que só Sieyès saberia percorrer.” AMARAL, Maria Lúcia Abrantes. “Poder Constituinte e Revisão Constitucional. Algumas notas sobre o fundamento e natureza do poder de revisão constitucional”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXV, 1984, p. 333.

A teoria de Sieyès sustenta que a formação da sociedade política podia ser separada em três estágios: o primeiro, caracterizado pela vontade individual de indivíduos isolados de se reunirem em nação; o segundo, caracterizado por uma espécie de democracia direta, no qual estes indivíduos deliberariam sobre seus interesses comuns; e o terceiro, que seria a instrumentalização desta representação, delegando este poder a representantes, por meio da existência de uma constituição e consequente estruturação do órgão de governo. Sieyès, em resumo, usa como ferramenta o instituto da representatividade para disciplinar o exercício do poder constituinte ⁸⁶

Esta formatação de representação em Sieyès demonstra que a nação (titular do poder soberano) não transfere para os representantes todos os seus direitos e toda sua capacidade política, mas somente aquela parcela estritamente necessária para o governo das coisas comuns. ⁸⁷

Carl Schmitt constrói um argumento parecido ao separar Constituição de lei constitucional. Constituição é fundamento de unidade do Estado, ao passo que lei constitucional é a particularidade da ideia de Constituição convertida em texto normativo. Neste sentido, tudo aquilo que for diverso de decisão política fundamental, não é Constituição, é Lei Constitucional.

A Constituição em sentido positivo surge mediante um ato do poder constituinte. (...) Este ato constitui a forma e modo da unidade política, cuja existência é anterior. Não é, pois, que a unidade política surja porque se haja 'dado uma Constituição'. A Constituição em sentido positivo contém somente a determinação consciente da concreta forma de conjunto pela qual se pronuncia ou decide a unidade política. (...) "A essência da Constituição não

⁸⁶ Sieyès, Qu 'est-ce que te Tiers Étal, Op. Cit. p. 136-137. Em suas palavras: "Não quero dizer que uma nação não possa atribuir aos seus representantes ordinários a nova comissão agora em causa. As mesmas pessoas podem sem dúvidas concorrer para formação de diferentes corpos e exercer sucessivamente, em virtude de procurações especiais, poderes que pela sua natureza não devem ser confundidos. De qualquer modo, nunca uma representação extraordinária se assemelha à legislatura ordinária. São poderes diferentes." Com efeito, afirma Sieyès que os representantes encarregados do exercício do poder constituinte "estão no lugar da própria nação que deve regular a constituição. São independentes como ela. Basta-lhes querer como querem os indivíduos no estado de natureza; de qualquer maneira que eles sejam deputados, que eles se reúnam em assembleia e que eles deliberem, desde que não se ignore (e como poderia ignorá-lo a nação que os elegeu) que agem em virtude de uma comissão extraordinária dos povos, a sua vontade comum terá o mesmo valor do que a da própria nação." Sieyès, Idem.

⁸⁷ Sobre a vinculação das ideias de Rousseau e a teoria de Sieyès, Brito assevera que: "tal ligação reside na ideia sustentada por Sieyès segundo a qual a constituição vincula as autoridades constituídas, mas não pode vincular a nação. Ao formular esta ideia, Sieyès aplica à nação, declarada soberana, o princípio afirmado por Bodin de que o soberano se situa acima da lei e é *legibus solutus*. Além disso, Sieyès coloca a nação, a qual não pode estar sujeita a qualquer forma preestabelecida, no estado de natureza. Para Rousseau o povo não pode vincular-se por nenhuma constituição: "não existe nem pode existir nenhuma espécie de lei fundamental obrigatória para o corpo do povo, nem mesmo o contrato social"; Sieyès defendeu o mesmo ponto de vista em relação à nação." BRITO, Miguel Nogueira de. A Constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 80.

está contida numa lei ou numa norma. No fundo de toda normatização reside uma decisão política do titular do poder constituinte, quer dizer, do Povo na Democracia e do Monarca na Monarquia autêntica”⁸⁸

A constituição não é algo que se dá a si mesma, como uma autorização ao seu existir, mas algo que é dado por unidade política concreta e efetiva. A grande questão e, porventura, ponto contraditório na teoria de Sieyès esta na constatação que titularidade não se confunde com o exercício de poder constituinte e o risco de perda de legitimidade que o titular do exercício do poder constituinte corre. Ferreira Filho destaca que o povo é facilmente reconhecido como o titular, mas isso pouco esclarece quando ao seu exercício, pois, historicamente, não é quem o exerce. “É ele um titular passivo, ao qual se imputa uma vontade constituinte sempre manifestada por uma elite dominante” que usurpa deste poder por meio da representação.⁸⁹

A delegação de competências proposta por Sieyès, fatalmente retira do povo uma parte significativa, senão do próprio poder, pelo menos de seu exercício. A construção teórica de Sieyès já em seu bojo é absorvida pela representação. Para Negri o caráter ilimitado da expressão constituinte é limitado logo em sua gênese e submetido às regras e à extensão relativa do sufrágio, o que a torna vulnerável e de fácil cooptação.⁹⁰

2.1.2 A representação em Schmitt

Schmitt, ao reconhecer a problemática do sistema de representação, busca estabelecer um resgate do conceito rousseauiano de soberania, se opondo a reinterpretação dada a partir de Sieyès e da revolução francesa. Sua oposição baseia-se na ideia de que a unidade política deve estar sempre "representada pessoalmente por homens". O autor, fiel defensor da democracia plebiscitária, estabelece que esta forma de democracia representativa pressupõe a coexistência de dois princípios absolutamente heterogêneos, reunindo, de um lado, o princípio da identidade, ínsito a forma democrática, e de outro o princípio da representatividade, específico da monarquia. O elemento representativo, nestes termos, constituiria o aspecto não democrático da democracia, na

⁸⁸ SCHMITT, Carl. Teoria de la Constitución. Madrid: Alianza Editorial, 1992. p. 27

⁸⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 16.

⁹⁰ “a ideia de poder constituinte é juridicamente pré-formada quando se pretendia que ela formasse todo o direito, é absorvida pela ideia de representação política quando se almejava que ela legitimasse tal conceito”. NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaios sobre as alternativas da modernidade*. Tradução: Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 11.

medida em que impossibilita a identidade entre governantes e governados, própria da lógica democrática.⁹¹

Em outras palavras, o Estado, enquanto unidade política, baseia-se na vinculação destes dois princípios opostos de formação, também chamados políticos - formais – “identidade e representação”. Identidade é a presença do povo consigo mesmo como unidade política, “quando, por virtude de própria consciência política e vontade nacional, tem aptidão para distinguir entre amigo e inimigo”, já pelo princípio da representação, a unidade política é representada pelo governo.⁹²

“Com a palavra 'identidade' designa-se o existencial da unidade política do povo, diferentemente de quaisquer igualdades normativas, esquemáticas ou fictícias. A democracia pressupõe em seu conjunto e em cada particularidade de sua existência política um povo homogêneo em si, que tem a vontade de existência política. Sob essa suposição, é certo o que Rousseau disse que o que o povo quer é sempre bom. Tal postulado é certo, não a partir de uma norma, senão do ser homogêneo do povo”⁹³

A identidade, apregoa Schmitt, é condição naturalmente dada ou historicamente alcançada: “homogeneidade forte e consciente como consequência de firmes fronteiras naturais ou por quaisquer outras razões”. Para o autor o povo adquirir ou alcançar essa unidade a partir de “quaisquer outras razões” tais como: elementos culturais, religião, língua, raça, história, tradição, costumes, culinária, objetivos comuns, em suma, qualquer mecanismo capaz de constituir afeto entre os partícipes da comunidade.⁹⁴

Neste sentido, deve haver um referencial cultural comum para que o povo se reconheça enquanto unidade, não bastando uma mera igualdade jurídica externa que

⁹¹ MOUFFE, Chantal. O regresso do político. Tradução: Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996. p. 146, 158-159.

⁹² SCHMITT, Carl. Teoria de la Constitucion. Madrid: Alianza Editorial, 1992. p. 231

⁹³ Idem

⁹⁴ SCHMITT, Carl. Op. Cit. 205. Sobre o conceito de afeto como mecanismo de integração da comunidade política: “É ele, portanto, que se esforça para extrair encontros do acaso e, no encadeamento das paixões tristes, organizar os bons encontros, compor sua relação com relações que combinam diretamente com a sua, unir-se com aquilo que convém com ele por natureza, formar associação sensata entre os homens; tudo isso, de maneira a ser afetado pela alegria [...] homem livre e sensato, identifica o esforço da razão com essa arte de organizar encontros, ou de formar uma totalidade nas relações que se compõem.” DELEUZE, Gilles. Spinoza et le problème de l’expression Paris: Éditions de Minuit, p. 180. Ainda sobre o conceito de afeto como vetor da homogeneidade social, Vladimir Safatle: “Talvez precisemos partir da constatação de que sociedades são, em seu nível mais fundamental, circuitos de afetos. [...] Nesse sentido, quando sociedades se transformam, abrindo-se à produção de formas singulares de vida, os afetos começam a circular de outra forma, a agenciar-se de maneira a produzir outros objetos e efeitos. Uma sociedade que desaba são também sentimentos que desaparecem e afetos inauditos que nascem. Por isso, quando uma sociedade desaba, leva consigo os sujeitos que ela mesma criou para reproduzir sentimentos e sofrimentos”. SAFATLE, Vladimir Safatle, Circuito dos Afetos, p. 17

reconheça serem todos iguais perante a lei. Um exemplo contemporâneo clássico sobre a importância do elemento da identidade quando da formação dos Estados pode ser observado na formação arbitrária de muitos Estados Africanos, que por influência externa dos países colonizadores, tiveram suas fronteiras definidas de modo artificial. O conflito da questão reside, justamente, no fato do povo não reconhecer um referencial comum que os una e justifique a homogeneidade do pacto social.

Não se pode deixar de mencionar, contudo, a cautela que se deve ter ao analisar este conceito schmittiano. A ênfase acentuada que Schmitt dá na homogeneidade é um tanto quanto perigosa e levanta dúvidas quanto a sua vinculação anterior à temática político-racial nazista, principalmente se levarmos em consideração que Rousseau trabalha a questão religiosa de maneira totalmente secundária na unificação da vontade geral, caracterizando a “religião civil” como um elemento de coesão entre os cidadãos e o Estado. Essa "naturalização da ideia de povo, devido à preocupação do autor com uma possível perda de "substância" de sua homogeneidade, poderia tê-lo conduzido a uma "mitificação" desse conceito”.⁹⁵

Feita a devida ressalva, que se aplica de certa forma a quase toda obra produzida por Schmitt, autor definitivamente marcado por suas ligações políticas com o nacional socialismo alemão, é importante constar que esta mancha biográfica não desaprecia a pertinência e a atualidade de suas críticas à representatividade na democracia liberal, as quais certamente contribuí e traz reflexões valiosas na busca por um modelo de representação que supere a crise de legitimidade que estamos chafurdados.

Retomemos, assim, o ponto de inflexão teórico. Pela conceituação schmittiana, não existe Estado que possa renunciar a todos os elementos estruturais do princípio de identidade, pois não existe Estado sem povo. Da mesma forma, não existe Estado sem representação, porque não existe nenhum Estado sem forma política.

O conceito de representação, para Schmitt, encerra algumas características que foram precisamente pontuadas por Vieira:

⁹⁵ VIEIRA, Luiz Vicente. Os movimentos sociais e o espaço autônomo do "político": o resgate de um conceito a partir de Rousseau e Carl Schmitt. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 167. “O importante, contudo, é atentarmos para o fato de que, enquanto Carl Schmitt acentua a homogeneidade natural ou mesmo cultural e religiosa de um povo, como condição indispensável para este atingir a existência política, tal ênfase não se encontra como a priori indispensável para vida do corpo político, na formulação de Rousseau. A própria ideia rousseaniana da religião civil, da qual trata no último capítulo do Contrato Social, apresenta-se como um elemento complementar na constituição do Estado, que visaria aumentar a coesão entre os cidadãos Estado. Essa relação complexa entre o conceito de povo nesses dois autores terá consequências, sem dúvida, nada desprezíveis.” VIEIRA, Luiz Vicente. Idem

a) A representação não é uma delegação ou comissão. Se o representante é delegado, não é representante; uma distinção que faz eco à ideia de Rousseau que rejeita o conceito moderno de representação, ou seja, delegação. "O soberano, que não é senão um ser coletivo, não pode ser representado senão por ele mesmo". Schmitt resgata, portanto, o sentido rousseauiano de representação. b) O caráter público da representação. A representação não pode ter lugar senão na esfera do público. Não existe representação que aconteça em segredo entre duas pessoas. Nenhuma representação é assunto particular. A partir dessa concepção, o autor exclui todos os conceitos e ideias referentes a representação, que pertençam, em essência, à esfera do privado e do mundo econômico. c) Por conseguinte, a representação tem um caráter especificamente político. O povo que a unidade política representa não é o povo na sua realidade natural, mas sim o povo enquanto existência política. d) O seu caráter existencial. Para o autor, a representação não é um fenômeno de caráter normativo ou um procedimento, porém algo existencial.⁹⁶

Partindo da máxima de que uma representação pressupõe uma ausência, antagônica à necessária presença do cidadão na arena política, permite analisar que Sieyès, ao colocar a doutrina do poder constituinte fora da Constituição e adotando um conceito rousseauiano de soberania popular, inevitavelmente se contradiz ao tentar conciliá-la com a ideia de regime representativo, infenso às teses do Contrato Social, sobretudo àquela cláusula que sintetiza todo o pacto de sociedade: “a alienação completa de cada associado com todos os seus direitos na comunidade inteira”.⁹⁷

Há, em verdade, uma transfiguração da representação do povo soberano em representação soberana do povo, que nada mais é, senão, a soberania popular transmutada em soberania parlamentar.⁹⁸

Trata-se, pois, de um paradoxo, haja vista que é a própria ausência normativa, surgida de um momento revolucionário de ruptura da ordem posta, é o vácuo que permite

⁹⁶ VIEIRA, Luiz Vicente. Os movimentos sociais e o espaço autônomo do "político": o resgate de um conceito a partir de Rousseau e Carl Schmitt. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 177. “representar significa tornar visível e presente um ser invisível mediante um ser visível. A dialética do conceito reside no fato de que o invisível é pressuposto ausente e entretanto tornado simultaneamente presente. Isto não é possível com uma espécie qual-quer de ser, mas pressupõe uma espécie particular de ser. Qualquer coisa de morto, de menor valor ou sem valor, qualquer coisa de baixo não pode ser representada. Falta-lhe o caráter de ser superior que é capaz de uma elevação ao ser público, de uma existência" SCHMITT, Carl. Op. Cit. p. 209.

⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 151. “Deve-se conceber as nações sobre a face da terra como indivíduos desatados do laço social ou, como se diz, em estado de natureza. É livre e independente de todas as formas civis o exercício de sua vontade. Existindo tão-somente na ordem natural, essa vontade, para produzir efeito, não precisa de revestir-se dos característicos naturais de uma vontade. Não importa o modo como uma nação queira, todas as formas são boas e sua vontade constitui sempre a lei suprema ... Repitamo-lo: uma nação independente de toda a forma e não importa a maneira como ela queira, basta que sua vontade se manifeste para que fique revogado perante ela todo o direito positivo, que a tem por fonte e senhor supremo”. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État*, edição crítica, com uma introdução de Edme Champion, pp. 69-70.

⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. Op.Cit. 152

a aparição do poder constituinte, limitado em sua gênese pelas amarras do sistema representativo.⁹⁹

É preciso reconhecer, contudo, que sem instituições de representação a multidão não conseguiria se organizar a ponto de formar um consenso e definir os contornos de um corpo político a ser criado. Mesmo dentro da perspectiva schmittiana, não existe Estado sem representação, porque é a representação que da forma política ao Estado. Sem figuras de liderança cuja legitimidade política é alçada das mais diversas formas, dificilmente seria transposta aquela tênue barreira que transforma uma multidão disforme em poder popular detentor da soberania.¹⁰⁰

A construção filosófica de que no estado de natureza não exista nenhuma organização ou estrutura social só pode ser concebida como ficção necessária para que se atribua normatividade a uma dita vontade popular baseada em uma decisão tomada, em verdade, por alguns, sejam eles reunidos em assembleia, ou atuando politicamente de maneira distinta.¹⁰¹

Schmitt enfrenta a questão argumentando que a decisão política fundamental só pode ser tomada mediante manifestação de vontade coletiva como resposta à “pergunta fundamental”; um claro questionamento à multidão de indivíduos sobre se desejam ou não se transformar em Nação e se submeter a uma nova ordem política e social.

É razoável, pela concepção schmittiana, que alguns tomem a iniciativa de formular esta pergunta. Não se pode esperar do povo atuação espontânea, sem que exista uma espécie de vetor que catalise aos anseios da vontade geral. Estes representantes têm a missão de atuar identificando a vontade do povo; processá-la e devolvê-la ao próprio

⁹⁹ Aplica-se a esta formulação a conhecida afirmação de Lord Acton: “the dogma that absolute power, by the hypothesis of popular origin, be as legitimate as constitutional freedom, began... to darken the air”. Citado por F. Hayek. *The Constitution of Liberty*, in BRITO, Miguel Nogueira de. *A Constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 234.

¹⁰⁰ Compete mencionar que este processo de transformação de uma população heterogênea em unidade política é, na grande maioria das vezes, violento. “Simultaneamente, a história transborda de tentativas não direcionadas pela Constituição, mas pela violência e pelas ideologias, de transformar grupo de pessoas em “povo”, tornando-os “homogêneo” neste sentido: expulsão, reassentamento forçado, obrigação ao exílio individual, extermínio, deportação a regiões inabitáveis; ou missionarização forçada, pressão assimilatória de outra natureza, privação dos direitos. Justamente a última possibilidade está, à medida que diz respeito ao poder jurídico, de modo estreito vinculada a oportunidades procedimentais e materiais para a constituição da Constituição amparada na filiação de um “povo”: hilotas, colonizadores, minorias étnicas, raciais ou religiosas são impedidas de pertencer ao sujeito coletivo do poder constituinte. O mesmo sempre evidenciou ser o destino dos dois grupos que não puderam ser eliminados ou assimilados por nenhum dos atos de violência antes mencionados: as mulheres e os pobres (...) Em todo caso que a população heterogênea é unificada violentamente em favor dos privilegiados; o povo é fingido como constituinte pelo monopólio da linguagem e pelo poder definidor do(s) grupo (s) dominante (s)”. MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. São Paulo: RT, 2004. p. 62-63.

¹⁰¹ HELLER, Hermann. *Staatslehre*. 6ª edição. Tübingen: Mohr, 1983. Pág. 279

povo de forma clara e organizada, de modo que se faça necessário uma resposta apenas binária para que lhe seja auferida legitimidade constituinte.¹⁰²

Schmitt, ao discorrer sobre os mecanismos que agem no processo de transformação do povo, aquela “entidade essencialmente não organizada e tampouco estruturada”, em algo palpável, capaz de se organizar em sociedade política, destaca o representante como fruto da necessidade de alguém assumir a iniciativa de organizar estes desejos. Em Schmitt o “fenômeno originário”, é a aclamação, o grito de “aprovação ou de recusa da massa reunida”. Portanto, antes que seja tomada a decisão política fundamental, é imprescindível que seja feita uma pergunta fundamental, capaz de atribuir legitimidade à decisão política fundamental através da organização dos desejos esparsos na sociedade. Por esta formulação, é necessário haver, antes da criação do corpo político, alguma organização capaz de racionalizar e sistematizar a vontade geral. Esta organização irá “arrecadar” a vontade do povo manifesta difusamente, processá-la, interpretá-la e devolvê-la ao mesmo povo, agora de forma clara e organizada, de modo que seja possível respondê-la de forma binária.

É precisamente esta resposta à pergunta que admite apenas “sim” ou “não” como devolutiva que irá legitimar a formação do poder constituinte. “- Não nos subteremos mais aos arbítrios do rei, “sim” ou “não” é o clássico questionamento que deu origem ao Estado Moderno. Este processo pode ser replicado na maioria dos acontecimentos históricos que marcaram termo na vida política de um estado. Em Portugal, por meio da Revolução dos Cravos de 1974, foi oferecido ao corpo social a possibilidade de responder sobre a pergunta fundamental de superação ou não do período salazarista. No Brasil, e isto nos parece claro, esta resposta foi dada ao movimento “diretas já”, que ao apresentar a pergunta, recebeu da sociedade em uníssono coro uma resposta afirmativa sinalizando uma transcendente vontade de superar o regime ditatorial e construir um futuro democrático.

Bem verdade que, apenas um sistema representativo, insista-se, consegue fazer a passagem entra a multidão desorganizada e a Nação-Estado. Democracia, contemporaneamente, nada mais é que sinônimo de representação. Muito embora cada

¹⁰² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. de Francisco Ayala. Madrid: Alian., 2006, p. 83-84. A título de exemplificação é possível mencionar a passagem da IV para a V República da França, em 1958, que por meio de uma lei constitucional, votada pelo parlamento, autorizando o Gen. de Gaulle a elaborar uma constituição e submetê-la a referendo. Burdeau H. Troper, *Droit constitutionnel*, 1997, p. 419-424.

vez mais sejam discutidas formas de atuação popular direta, não se pode dizer que este seja um sistema viável em virtude da complexidade e tamanho dos estados modernos.

O fato do povo não poder governar-se a si mesmo, por razão de ordem demográfica, técnica, organizacional, psicológica, de dinâmica de grupos, no sentido burguês: em virtude de “razões cogentes, decorrentes do próprio objeto”, não pode ser escamoteado como pergunta. Dissecar analiticamente o poder constituinte do povo como figura de argumentação ideológica não significa ao mesmo tempo afirmar simplesmente a possibilidade prática de um real poder constituinte do povo. Significa, entretanto, despedir-se de qualquer modo do poder constituinte do povo enquanto ilusão cinicamente imposta¹⁰³

Aceita a figura do representante, é necessário identificar estruturas de autoridade que permitam ao representante galgar a pretensa legitimidade necessária para constituir uma nova ordem jurídica. Schmitt, ao apresentar o conceito de Constituição, aponta que o nascimento do direito se deve à força da autoridade, isto é, ao poder da ordem do ser que através de uma vontade unitária e soberana dá origem a um dever – ser. A força e a autoridade do Poder Constituinte, independente de quem o constitua, serão sempre os fundamentos do direito que será “criado”.¹⁰⁴

No fundo de toda normatividade reside uma decisão política do titular do poder constituinte, é dizer, do Povo na Democracia e do Monarca na Monarquia autêntica. Assim, a Constituição francesa de 1791 envolve a decisão política do povo francês a favor da Monarquia com dois “representantes da Nação”, o Rei e o Corpo Legislativo. A Constituição belga de 1831 contém a decisão do povo belga a favor de um Governo monárquico (parlamentar) de base democrática (Poder constituinte do povo), ao modo do Estado burguês de Direito. A Constituição prussiana de 1850 contém uma decisão do Rei (como sujeito do Poder constituinte) a favor de uma Monarquia constitucional ao modo do Estado burguês de Direito, com o que resta conservada a Monarquia como forma de Estado (e não apenas como forma do Poder Executivo). A Constituição francesa de 1852 contém a decisão do povo francês a favor do Império hereditário de Napoleão III, etc¹⁰⁵

O representante, com base na autoridade que lhe é conferida pelo titular do poder (Nação), toma para si como se fosse um catalizador deste poder a missão de formatá-lo. Assim, aquele ou aqueles que tomam para si a titularidade constituinte agem como “ativador do poder”, por risco, mais que evidente, de se sentirem donos deste poder que lhe é fiduciado.¹⁰⁶

¹⁰³ MÜLLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. São Paulo: RT, 2004. p. 29

¹⁰⁴ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. de Francisco Ayala. Madrid: Alian., 2006, p. 34

¹⁰⁵ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. de Francisco Ayala. Madrid: Alian., 2006, p. 47

¹⁰⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, op. cit., pág. 217

Em resumo, a função do povo como soberano de natureza passiva é entregue em uma espécie de comodato, ao representante que chama para si, com a legitimidade e concordância do soberano, a competência constituinte.

A representação em sua forma constituinte em conceito se distingue daquela convencional, que costumamos observar nos representantes de poderes constituídos. Schmitt sustenta que os representantes que agem em nome do poder constituinte são comissários formalmente dependentes, ainda que suas ações sejam materialmente ilimitadas.¹⁰⁷

E o que podemos entender por “comissários formalmente dependentes”? A representação constituinte, derivada da vontade geral, é exercida em termos mais estritos, como verdadeira espécie de apresentação popular. Utilizando-se novamente de institutos jurídicos extrínsecos por analogia, os integrantes da assembleia constituinte atuam como verdadeiros prepostos do soberano. Em sentido etimológico, prepor (prae-ponere) é pôr algo, ou alguém, antes (ou à frente) de algo ou alguém, preponente, portanto, é quem põe outro em seu lugar; preposto é quem foi posto, pelo preponente, em seu próprio lugar. Ou seja, o agir do preposto é, para algum, ou para todos os efeitos, agir do preponente. O preposto é, nestes termos, a personificação física da pessoa jurídica. Não é demais caracterizar o poder constituinte como preposto da Nação.

Tal sistema representativo é sensivelmente distinto do sistema próprio do jogo democrático de alternância na condução dos poderes constituídos. O representante político quando no exercício de suas funções dentro de um Estado democrático de direito está sob as amarras das instituições e sua atuação se dá nos estritos termos da lei; ao passo que, quando no exercício do poder constituinte, este se encontra livre de amarras jurídicas. A legitimidade de um representante no Estado constituído se alicerça na Constituição, já a do representante Constituinte se apoia diretamente no Soberano.

¹⁰⁷ SCHMITT, Carl. *Die Diktatur*. 6ª edição. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. Pág. 141. Compete destacar que há uma árida discussão doutrinária sobre limites jurídicos ao poder constituinte; Canotilho, a título de ilustração, destaca uma sobredita “vontade da constituição”, capaz de condicionar a vontade do criador. Para o autor, algumas condicionantes podem ser identificadas, como o fato da Constituição desejar instituir um Estado organizado e limitado; certos princípios como o de justiça e democracia, - que estão impregnados na consciência do cidadão, bem como valores culturais, sociais, étnicos, espirituais - radicados na concepção jurídica geral da sociedade, compõem esta dita vontade da Constituição e devem necessariamente ser observados pelo constituinte. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 81. Para todos os efeitos adotamos a posição de que o Poder Constituinte é ilimitado de amarras jurídicas, sendo a pretensa “vontade da constituição” um postulado inerente ao campo político.

Sobre este aspecto aceita-se a conceituação de que, a tarefa atribuída ao constituinte, a tarefa de elaborar uma Constituição, é uma função extrajurídica. Politicamente, o poder constituinte é um poder *supra legem* ou *legibus solutus*.¹⁰⁸

Afinal, é o próprio poder político, em última análise, na sua “modalidade estruturante de poder constituinte”, que toma a decisão política fundamental de criar uma Constituição. Esta decisão, como não poderia deixar de ser, é pré-existente e legítima a obra que há de vir.¹⁰⁹

Em última análise, o instituto da representação, quando acoplado no fenômeno do poder constituinte, deve prezar, sobretudo, para o que o povo soberano não exista apenas metaforicamente, garantindo que o povo possa aparecer como “sujeito político empírico”, entrar efetivamente em cena como “destinatário e agente de controle e de responsabilidade das instituições”.¹¹⁰

2.1.3 Democracia e a legitimidade constituinte

Ao aceitar a representação dentro da legitimidade do poder constituinte, ainda que como princípio imposto, é preciso reconhecer que este tipo de representação, típica do momento constituinte, se dá, também, em uma esfera diversa da representação regular que acontece dentro das balizas constitucionais. Vale destacar, novamente, a importância da ideia de que esta representação somente pode acontecer na esfera do público.¹¹¹

Nesta verdade descansa o correto pensamento comportado na célebre tese de Rousseau, de que o povo não pode ser representado. Não pode ser representado, porque precisa estar presente, e somente um ausente pode estar representado.¹¹²

Esta ênfase na exigência da "presença" dos cidadãos, nas decisões coletivas fundamentais, legitima o momento constituinte, uma vez que este instante é único na

¹⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 155.

¹⁰⁹ MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça Constitucional*. Tomo I: Garantia da Constituição e Controle de Constitucionalidade, 2 ed, Coimbra, p. 31

¹¹⁰ MÜLLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. São Paulo: RT, 2004. p. 60

¹¹¹ "A votação individual secreta transforma o cidadão - o citoyen -, que é uma figura especificamente democrática, política, em um homem privado e que, portanto, a partir da esfera do privado, seja conforme sua religião ou seu interesse econômico, manifesta uma opinião privada e emite seu voto. Fica, dessa forma, o cidadão isolado no momento decisivo. Inviabiliza-se, conseqüentemente, a assembleia do povo presente bem como toda espécie de aclamação!" "(...) o povo já não elege e vota como povo". SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitution*. Madrid: Alianza Editorial, 1992. p. 239

¹¹² SCHMITT, Carl. Op. Cit. p. 238

ordem jurídica de qualquer estado. Tem-se, portanto, que este tipo de representação constituinte, em virtude do momento histórico e político revolucionário vivenciado, tende, no instante único de consubstanciação da nova ordem constitucional, fixar as ideias políticas mais avançadas do ideário de sua época, aquelas construções doutrinárias que se incorporaram como verdadeiro patrimônio cultural da humanidade, na medida em que goza de certa autoridade institucional capaz de refletir o que dele é esperado pelo povo que, embora representado, esta “presente” por meio da insurgência do movimento político que institui a constituição.¹¹³

Por tudo, é fundamental ter em mente que a ideia que fecha esta máxima de povo político presente em consenso na criação e elaboração do Estado é o momento constituinte. Uma sociedade enquanto decide se dar uma nova constituição, vive instantes singulares e históricos, nos quais os homens se despem se sua qualidade de indivíduo e se voltam para o público, objetivando criar a comunidade ao qual pretendem viver. Uma constituição, em regra, surge de um momento de crise, no qual a comunidade se olha no espelho e reflete sobre a sociedade que desejam para o futuro. A força de sua legitimidade em muito deve a força deste momento criador. Canotilho, aqui já antecipando o que pretendemos desenvolver como um resgate ao conceito de dirigismo constitucional, lesiona para nos recordar que “razão de ser de uma constituição reside, precisamente, na força obrigatória resultante da ideia de direito que ela exprime”.¹¹⁴

A razão de ser da existência de uma constituição é a resposta que a sociedade dá à crise política vivida no momento constituinte e as ideias (utopias) que exprime como norte a ser buscado pelo Estado que institui. Do ponto de vista da legitimidade política, e aqui fazendo uma abstração do conceito jurídico normativo, a ser indagado sobre para que serve uma Constituição, a resposta do corpo social poderia ser dada parafraseando Eduardo Galeano: a Constituição está lá no horizonte e serve para caminharmos em direção a superação da crise. A sociedade se aproxima dois passos, ela se afasta dois passos. Caminha dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que caminhemos,

¹¹³ “Todos os textos constitucionais tendem a reproduzir de algum modo as ideias de um dado tempo histórico. É natural e óbvio, inclusive, sobretudo em Países subdesenvolvidos, periféricos, como é o nosso caso, a tendência imediata e natural e fixar a sua visão, é fixar os olhos, nos centros mais evoluídos, vale dizer, nos Países mais adiantados. De tal sorte que, quando se produza um texto constitucional, de regra ele trate as conquistas mais avançadas do ideário político da época. Ou então as mais extremamente avançadas, pelo menos aquelas que se incorporam como um patrimônio cultural da Humanidade. Esta a razão pela qual dificilmente se encontra uma Constituição claramente retrograda.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Poder constituinte. *Revista de Direito Constitucional e Ciências Políticas*, São Paulo, v. 4, p. 69-104. jan./jun.1985.

¹¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1982. p. 121

jamais alcançaremos. Para que serve a Constituição? Serve para isso: para que não deixemos de caminhar em direção ao Estado idealizado em um instante político revolucionário.¹¹⁵ A constituição "não pode prescindir de um mundo utópico, do mesmo modo que a Teoria do Estado também requer utopias", escreveu Häberle. Mesmo porque, segundo ele, o próprio Estado Constitucional era uma utopia quando foi esboçado pela primeira vez por John Locke.¹¹⁶

Por tudo isto, esta conceituação baseada no povo presente no momento da instituição da ordem jurídica, estabelece uma necessidade de fiel execução por parte do representante para ser legítimo. Neste sentido, as eventuais frustrações também estabelecem um tipo de controle. A hipótese de não atender o que o outorgante espera, coloca em xeque a legitimidade de toda a obra, vez que por ser constituinte, e para assim auto se declarar, carece o representante da precisa legitimidade, que vem a ser a maior ou menor em virtude da correspondência entre os valores e as aspirações de um povo e o constante em seu texto constitucional, tento em vista ser, justamente, esta "justificação segundo princípios éticos de direito" a diferenciação entre o surgimento de uma ordem jurídica de uma mera relação de dominação e poder instituída de maneira arbitrária.¹¹⁷

A Constituição, neste sentido, não se contenta apenas com uma legalidade formal, requerer uma dimensão mais profunda, única que a torna intrinsecamente válida. Como fenômeno político, o poder constituinte transcende a relação de ser mero instrumento de positivação do poder, tornando-se, na maioria das vezes, um mecanismo de positivação de valores introjetados no seio de uma comunidade política.¹¹⁸

¹¹⁵ Fernando Birri, citado por Eduardo Galeano in 'Las palabras andantes?' de Eduardo Galeano. Publicado por Siglo XXI, 1994.

¹¹⁶ HABERLE, Peter. *Conversas acadêmicas*. Org. Diego Valadés. Editora Saraiva. 2008. p

¹¹⁷ "a questão da legitimidade de uma Constituição não pode naturalmente, ser contestada, referindo-se ao seu nascimento segundo quaisquer preceitos jurídicos positivos, validos com anterioridade. Em compensação, porém, uma Constituição precisa, para ser Constituição, isto é, algo mais que uma relação factícia e instável de dominação, para valer como ordenação conforme o direito, uma justificação segundo princípios éticos de direito. Contradizendo os seus próprios pressupostos, disse Carl Schmitt que a todo Constituição existente deve atribuir-se legitimidade, mas que uma Constituição, entretanto, só é legítima, "isto é, reconhecida não só como situação de fato mas também como ordenação jurídica, quando se reconhece o poder e (!) a autoridade do Poder Constituinte em cuja decisão ela se apoia". A existencialidade e a normatividade do Poder Constituinte não se acham, certamente, em oposição, mas condicionam-se reciprocamente. Um Poder Constituinte que não esteja vinculado aos setores de decisiva influencia para a estrutura do poder, por meio de princípios jurídicos comuns, não tem poder nem autoridade e, por conseguinte, também não tem existência." HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: 1988. p. 327.

¹¹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. p. 28. Carlos Blanco de Moraes preceitua que a aceitação social do texto e sua factualização temporal consolidam, inclusive, certos vícios que poderiam colocar a problemática da própria inexistência da constituição, lembrando que, em sua opinião; o processo que marcou a aprovação da Constituição portuguesa de 1976 foi auferido sobre atos de coação sobre os legisladores constituintes, suscetíveis de condicionar suas vontades, tais quais: "interdição arbitrária do direito de certos partidos a contestar as eleições; imposição virtual pela ditadura militar vigente de pactos

Conforme sustenta Müller, a única afirmação que se pode fazer com bons argumentos sobre o Poder Constituinte é que ele é uma expressão de linguagem, transcrito em um texto, e como tal, carregado de valores e carga ideológica.¹¹⁹

A participação popular no seio de uma constituinte não se esgota, neste sentido, na questão da representação que dá aspectos formais relativos à origem do poder, mas incide, também, no aspecto material, que consiste na adequação aos fins propostos, podendo ser auferido pela legitimidade, haja vista ser imprescindível que “os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também como autores do direito”. Conforme estabelecido por Habermas, se o poder constituinte significa poder de decidir sobre a instituição da constituição e este poder esta nas mãos do povo, surge a indagação: basta atender ao aspecto democrático formal para atingir a pretensa legitimidade constitucional?¹²⁰

Neste sentido, a legitimidade e a força normativa da constituição reside muito mais em questões materiais facilmente demonstráveis ao povo de que é a verdadeira tradução da vontade geral, do que em aspectos formais baseados em saber qual figura de autoridade praticou o ato de outorga da constituição.

2.2 Um conceito jurídico de Constituição

Nas palavras de Gomes Canotilho a Constituição moderna pode ser definida como a ordenação sistemática e racional da comunidade política, externada por meio de

políticos às forças partidárias; cerco de turbas extremistas à Assembleia Constituinte; declaração do estado de sítio durante o processo de feitura da Constituição”. MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça Constitucional*. Tomo I: Garantia da Constituição e Controle de Constitucionalidade, Coimbra, p. 22. E segue: Não deixa de ser constituição um texto organizatório do poder político, como por exemplo, a Constituição moçambicana. Entretanto, é inegável que uma contradição entre o conteúdo de uma Constituição e as estruturas sociais (econômicas, religiosas e políticas); pode conduzir à deslegitimação da Constituição e, “in extremis”, a uma ruptura constitucional. MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça Constitucional*. Garantia da Constituição e Controle de Constitucionalidade, Coimbra, p. 37 e ss.

¹¹⁹ MÜLLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. São Paulo: RT, 2004. p. 19.

¹²⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre facticidade e validade*, 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003 v.1, p. 157. “Em primeiro lugar, “poder constituinte” significa: o poder de decidir efetivamente sobre a instituição da constituição. Ele deve estar nas mãos do povo: direta ou indiretamente; para a Lei Fundamental vale o seguinte: nem direta, nem indiretamente o poder está nas mãos do povo. Neste sentido o preâmbulo é fictício. A Constituição de Bonn não pode reivindicar a sua legitimidade a partir de tais razões procedimentais, mas apenas em virtude de uma segunda variante de significado: a força perdurante do poder constituinte, é, por força da permanência no cerne da Constituição por meio da práxis estatal continuada e do seu reconhecimento implícito pelo povo. A conservação de um cerne da constituição da Constituição, compreendido em termos de conteúdo é o nomos da preservação da constituição; nomos de uma constituição da Constituição, que invoca este poder do povo, são procedimentos democráticos praticados”. MÜLLER, Friedrich. Fragmento poder constituinte do povo. São Paulo: RT, 2004. p. 44.

um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.¹²¹

Em sua conceituação ideal, Constituição se caracteriza por ser um documento, promulgado por órgão legítimo, fundamentalmente ligado aos postulados políticos-liberais, considerando como elementos caracterizadores a consagração de um sistema de garantias de liberdade, com reconhecimento de direitos individuais e participação dos cidadãos nos aspectos do poder legislativo; a divisão dos poderes e a garantia contra abusos do poder estatal, bem como a necessidade de ser um documento escrito.¹²²

Na busca por estabelecer um conceito jurídico de constituição, se torna importante destacar a devida preocupação com a contenção do poder. Para Kelsen, o poder constituinte do povo soberano, carrega de forma inerente ao seu conceito, o perigoso risco de que este poder tenha um dono, alguém que em seu nome possa querer ocupar todo o espaço da constituição e se impor como maioria política a todas as outras forças operantes na sociedade. Por este motivo, Kelsen, descola o adjetivo democrático (praticamente inerente à própria concepção de constitucionalismo e Estado a partir da segunda metade do século XX) da soberania popular e acopla-o aos mecanismos de limitação do poder e na jurisdição constitucional.¹²³

Uma Constituição, desta maneira, não é democrática apenas e tão somente porque querida pelo poder constituinte do povo soberano, mas sim, sobretudo, porque não

¹²¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 46.

¹²²CANOTILHO, Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. p. 62-63. Digno de nota inquirir que o conceito ideal apresentado impõe a obrigatoriedade de a Constituição ser escrita, em oposição a outros sistemas e ao direito consuetudinário. A doutrina reconhece pacificamente a existência de constituições não escritas, baseadas em leis esparsas, costumes, jurisprudências e convenções, como no caso mais evidente da Constituição Inglesa. Tal distinção trata-se na verdade de critério de classificação das constituições, não obstante Canotilho de destaque aos efeitos racionalizador, estabilizante, de segurança jurídica e de calculabilidade e publicidade das constituições escritas. Bonavides, contudo, destaca que a Constituição Inglesa é costumeira e apenas parcialmente não escrita. Não há no Reino Unido um único texto normativo chamado de constituição no sentido formal ao qual concebemos, mas há normas que podem ser consideradas constitucionais por sua referência material podendo ser encontradas em tratados, textos legislativos esparsos e decisões judiciais. Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional, cit., 26 ed, p. 94*. Ressalvada a opinião de Jorge de Miranda para quem só em certo sentido este asserto se configura verdadeiro: no sentido de que grande parte das regras sobre organização do poder político é consuetudinária; e, sobretudo, no sentido de que a unidade fundamental da constituição não repousa em nenhum texto ou documento, mas em princípios não escritos assentes na organização social e política dos Britânicos. (MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 126). De nossa parte não há dúvidas de que o Direito Inglês não adotou o modelo jurídico universalmente divulgado pelo constitucionalismo, motivo pelo qual apresenta-se o conceito ideal de Constituição proposto por Canotilho.

¹²³ KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. Traduzido por Alexandre Krug; et al. São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 237-288.

permite a nada ocupar a totalidade do espaço de ação, dentre o qual se movem as forças de diálogo, compromisso e reconhecimento.¹²⁴

Com efeito, estas duas concepções se imbricam na configuração do constitucionalismo democrático do século XX. Constituição, além de ser o elo material que une política e direito em um determinado Estado, é também um remédio contra maiorias que, enquanto explicitação do contrato social, traz ínsito um núcleo político cuja aceitação esta baseada em um consenso.¹²⁵

Assim, o modelo de constitucionalismo moderno tende a vincular à Constituição a positivação de direitos fundamentais e o estabelecimento da separação dos poderes. Tal disposição remonta a uma tradição liberal que prevê, desde a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26.08.1789, que: “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.¹²⁶

Em apertada síntese, constituição é a consagração de um documento, ou melhor, de um conjunto de normas fixadas em um texto escrito, voltado para a racionalização do Estado e descentralização do poder que pode vir a consagrar direitos e garantias individuais, produzido por um órgão designado para tanto, em um momento histórico específico. Todavia, para que este dito documento seja distinto de todos os demais textos normativos, é necessário que possua duas características essenciais. A primeira delas é que ele só pode ser alterado por um procedimento específico, diverso do previsto para

¹²⁴ FIORAVANTI, Maurizio. Constitución: de lá antigüedad a nuestros días, p. 161 – 162

¹²⁵ STRECK, Lenio Luiz. Teoria da constituição e estado democrático de direito: Ainda é possível falar em constituição dirigente?. Doutrina, Rio de Janeiro/RJ, n. 13, p. 280-310, 2002. Blanco de Moraes diverge. Para o professor o “núcleo conceptual dogmático” de Constituição se restringe à disciplina do poder político. Tanto que, argumenta ser impossível atribuir a uma mera declaração de direitos fundamentais, ainda que efetuada pelo soberano, a alcunha de Constituição se esta for desacompanhada do estatuto que rege e disciplina o poder. Já a promulgação, em exercício reverso, de apenas e tão somente normas relativas à organização do poder, caso efetuada por órgão competente, constitui uma realidade constitucional, ainda que imperfeita. MORAIS, Carlos Blanco. Justiça Constitucional. Tomo I: Garantia da Constituição e Controle de Constitucionalidade, 2 ed, Coimbra, p. 30

¹²⁶ HORST Dippel, *História do Constitucionalismo Moderno: Novas Perspectivas*, trad. de António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. Para Blanco de Moraes aceitar esta concepção jus-fundamentalista de Constituição que nega a existência de um ato de soberania que não seja calcado em valores democráticos representa um retrocesso dogmático e um reducionismo jurídico, pois nega a existência de constituições em cerca de metade dos estados da Comunidade Internacional, onde subsistem modelos de concentração do poder. “Será, por exemplo, realista, negar em termos fáticos e jurídicos a existência da soberania constituinte que presidiu à feitura da Constituição de uma potência como a República Popular da China, pese o caráter existencial da representação popular, legitimadora desta decisão?”. MORAIS, Carlos Blanco. Justiça Constitucional. Tomo I: Garantia da Constituição e Controle de Constitucionalidade, p. 29. Ademais, é preciso sempre ter em mente que conceitos como liberdade, igualdade, democracia, a própria noção de Estado de Direito, são construções ideológicas que a burguesia generalizou no nascimento do constitucionalismo, como caros a todo genro humano, o que viria a acontecer, também, com o poder constituinte da nação, apresentado como único legítimo. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 150.

elaboração de leis. A segunda: as normas nele contidas devem ser consideradas superiores a todas as demais normas.¹²⁷

As noções de rigidez e supremacia da Constituição estão intrinsecamente ligadas. A supremacia constitucional é corolário que decorre da lógica do sistema, é antecedente e deve estar, indispensavelmente, ligada ao dado consequente por ela legitimada, de modo que cada comando normativo encontre respaldo naquele que lhe é superior, pouco importando o conteúdo, mas sim, a formalização, em posição hierárquica superior. Eis a síntese da consagrada teoria da pirâmide jurídica do ordenamento de Kelsen. Para ele, o termo constituição possui dois sentidos: um lógico-jurídico, no qual a constituição significa norma fundamental, ou seja, fundamento lógico que dá validade a todo sistema, situado em um campo hierarquicamente superior; e outro jurídico positivo, conjunto de normas supremas de uma nação que regula a criação de outras normas, corporificado pelas normas positivas.¹²⁸

2.2.1 Rigidez e supremacia da Constituição

Impossível se falar em normatividade da Constituição sem tangenciar os conceitos de supremacia e rigidez. Passemos, portanto, a analisar, mais minuciosamente, o conceito de rigidez constitucional. Constituições rígidas são aquelas que não podem ser modificadas da mesma maneira que as leis ordinárias. É a qualidade própria do texto constitucional de zelar por sua estabilidade, à medida que o próprio documento prevê um procedimento de auto reforma necessariamente solene, mais complexo e dificultoso que o ordinário. A Constituição, é ponto vértice do sistema jurídico, ao passo em que lhe confere toda validade, todos os poderes estatais só são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos.¹²⁹

O fato de uma norma depender, para ser alterada, de um procedimento mais complexo não decorre unicamente do fato de ser hierarquicamente superior às demais. O que não deixa de ser um argumento, visto que para que haja hierarquia, as normas devem

¹²⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição federal*. p.28.

¹²⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. p. 39.

¹²⁹ Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, não pode pairar dúvidas sobre a superioridade das constituições rígidas, pois a partir destas “todos os poderes têm a sua órbita determinada, as suas balizas prefixadas, os direitos individuais declarados, sendo mais difícil, neste caso, o arbítrio”. Ademais, caso assim não fosse, “o parlamento pode tudo fazer, visto não haver entrave à sua ação e os indivíduos bem como os outros poderes ficarem inteiramente a sua mercê”. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das Constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980, p. 59.

ser da competência de órgãos diferentes ou devem estar sujeitas a procedimento diferentes, ou ambos.¹³⁰

Entretanto, a supremacia por si mesma não basta para garantir sua efetividade; é necessário que se estabeleça um meio de controle que faça preponderar a norma constitucional sobre qualquer norma que lhe seja contrária.

De início, os franceses, em virtude de sua especial atenção, com a questão da separação dos poderes, vedaram o Poder Judiciário de analisar atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Somente à posteriori, foi instituído um controle político de constitucionalidade das leis, ao passo que ao Conselho de Estado foi atribuído o controle jurisdicional dos atos administrativos. Já a leitura dada à divisão dos poderes pelos americanos não impediu o Judiciário de salvaguardar a Constituição e controlar a legalidade dos atos expedidos pelos demais poderes em consonância com as matérias disciplinadas na Magna Carta.¹³¹

A teoria das Constituições rígidas com o poder judiciário alçado à função de declarar inconstitucional ato de outros poderes de governo é considerado por muitos, a maior conquista do direito constitucional ao seu tempo.¹³²

O “guardião da constituição” deverá ser um tribunal constitucional, órgão jurídico-político competente para defender e proteger a Constituição fazendo valer sua supremacia sobre os outros poderes.¹³³

¹³⁰ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição federal*. p.34

¹³¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição federal*. p.31-32.

¹³² “(...) a consagração efetiva da necessidade de sujeição da vontade parlamentar às normas constitucionais, com a conseqüente criação dos Tribunais Constitucionais europeus, ocorreu após a constatação de verdadeira crise na democracia representativa e do conseqüente distanciamento entre a vontade popular e as emanções dos órgãos legislativos, duramente sentida durante o período nazista. A inexistência de um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos e de mecanismos que impedissem a criação de uma ditadura da maioria auxiliaram na criação do Estado Totalitário alemão, sem que houvesse quebra da legalidade formal, demonstrando a necessidade da adoção do *judicial review* pela Lei Fundamental alemã de 1949.” MORAES, Alexandre de, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*, São Paulo: Atlas. p. 22

¹³³ Kelsen, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Digno de nota o clássico debate travado entre Hans Kelsen e Carl Schmitt acerca de quem deve ser o “Guardião da Constituição” (Der Hüter der Verfassung). Carl Schmitt, defende que o verdadeiro guardião da Constituição seria o Chefe do Estado e não o Tribunal Constitucional, vez que o primeiro teria a faculdade de decretar o Estado de Exceção. Somente aquele que detém o comando das armas poderia se revelar como verdadeiro guardião. SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Interessante notar que, em certa medida, é possível reconhecer no constitucionalismo brasileiro as duas posições na medida em que o artigo 102 da Constituição Federal de 1988 dispõe que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. Via de regra, portanto, o Supremo Tribunal Federal é o órgão responsável por salvaguardar a Constituição. Entretanto, em casos de anormalidade institucional, que impliquem a suspensão de direitos e liberdades constitucionais, definidos como Estado de Defesa e Estado de Sítio, nos termos dos artigos 136 a 141, caberia ao Presidente da República, como comandante em chefe das forças armadas nacionais, nos termos do artigo 142, velar pela preservação da constituição e restabelecimento da ordem institucional, atuando como guardião da Constituição.

Chegamos, portanto, na concepção de hierarquia, efetivação do princípio da supremacia que se dá por meio do controle judicial, cuja função é garantir que a norma constitucional prepondere sobre toda norma infraconstitucional que lhe seja contrária. Nestas bases, foi fixada a teoria da supremacia da constituição, elaborada pelo americano Alexander Hamilton, em 1788, ao publicar o artigo Federalista 78.¹³⁴

Ao apresentar os conceitos da teoria da supremacia, Hamilton define que a Constituição como lei fundamental, é superior a todas as outras leis e atos administrativos, sendo que em um conflito entre uma norma Constitucional e uma norma infraconstitucional sempre deverá prevalecer a norma constitucional. A partir do silogismo de que a Constituição é a Lei Suprema e que cabe ao judiciário interpretar as leis e resolver seus conflitos, Hamilton estabeleceu as bases do *judicial review*, consagrada no voto do juiz da Suprema Corte Americana John Marshall, em 1803, no caso “Willian Marbury *versus* James Madison”.¹³⁵

Compete mencionar que a Constituição não havia explicitado em seu texto o controle de constitucionalidade, tampouco a forma que o mesmo deveria de ser realizado. Esta importante decisão judicial, tomada já no nascedouro da república americana, inaugura no mundo do direito o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis em face à constituição, tal qual hoje conhecemos.¹³⁶

Trata-se, portanto, de uma decisão radical: ou se concebia que a constituição vale mais que todas as leis ordinárias, pois se encontra em uma posição hierarquicamente superior; não podendo ser modificada por mecanismo diverso daquele estabelecido por si

¹³⁴“Não há posição que se apoie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Consequentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. Negar tal evidência corresponde a afirmar que o representante é superior ao representado, que o escravo é mais graduado que o senhor, que os delegados do povo estão acima do próprio povo, que aqueles que agem em razão de delegações de poderes estão impossibilitados de fazer não apenas o que tais poderes não autorizam, mas sobretudo o que eles proibem”. MADISON, James; HAMILTON, Alexandre; JAY, Jonh. *Os artigos federalistas*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges,.Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 480-481.

¹³⁵ “Nesse julgamento, Marshall sustentou que se a Constituição era a base de todos os direitos, era imodificável pelas vias ordinárias, as demais leis teriam que estar de acordo com os princípios por ela consagrados; se confrontassem com estes, não poderiam ser leis verdadeiramente, isto é, não poderiam ser expressão do direito. Consequentemente, seriam nulas, e inexigível o seu cumprimento por quem quer que fosse, e a quem quer que fosse. Em continuação, sustentou que se era tarefa exclusiva do Judiciário dizer o que era o direito, a ele competia também verificar se uma lei era verdadeiramente lei, expressão do direito por ser fiel aos princípios da Constituição. Pois se duas leis entrassem em conflito, competiria ao juiz dizer qual das duas seria aplicável; igualmente, se uma lei entrasse em conflito com a Constituição, competiria ao juiz dizer se aplicaria tal lei, desconhecendo a Constituição, ou se aplicaria a Constituição, negando aplicação à lei.”. SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 30.

¹³⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 260.

mesma, ou, então, ratificava a vigência da lei, relegando a Constituição a uma forma flexível, o que sem dúvidas seria causa da perda de sua força normativa.¹³⁷

É importante ressaltar, entretanto, que rigidez não significa imutabilidade. Não há constituição imutável frente às transformações econômicas e sociais de cada tempo, tendo em visto que um texto constitucional se projeta para o futuro. Uma constituição deve zelar, evidentemente, por sua estabilidade, porém há a necessidade de corroborar atualizações que lhe permitam dar melhor eficácia a seus princípios fundamentais, atualizando no tempo seu projeto constitucional, de modo que convencionou-se atribuir aos textos constitucionais diferentes graus de rigidez. Uma Constituição, portanto, pode ser mais ou menos rígida em virtude daquilo que o seu criador visava resguardar.

A questão da rigidez não pode ser analisada de uma forma desconexa do contexto social e político no qual a Constituição está inserida. É possível relacionar o número de modificações constitucionais, portanto, seu grau de rigidez, ao aspecto conservador de uma sociedade. Em regra, uma sociedade mais conservadora como a americana, - utiliza-se aqui a palavra no sentido de ser avessa a grandes transformações, oposta a mudanças políticas - não necessita de muitos freios e contrapesos para garantir sua estabilidade constitucional.¹³⁸

Karl Loewenstein sustenta que o grau de rigidez de uma Constituição e suas modificações ao longo do tempo atua diretamente no que define como sentimento “constitucional de um povo”. As constituições resultam de um compromisso entre as forças sociais e grupos pluralistas de poder que atuam na sua conformação. Toda modificação de texto deve pressupor um desequilíbrio destas forças atuantes e incidir com pretensão de correção. O ponto central da questão gira em torno do fato de que a constituição deve ter para seu povo um valor superior ao que se atribui à legislação ordinária, de modo que toda alteração termina por resultar em uma inevitável depreciação deste sentimento constitucional.¹³⁹

¹³⁷ A história das constituições mostra que na gênese a Carta Magna norte americana de 1787 foi um instrumento de ataque aos interesses do povo, pois se caracterizava como um instrumento de contenção da democracia, uma reação aos avanços das chamadas “políticas de liberdade” um significativo avanço da democracia nos EUA, o constitucionalismo, nesta esteira, significou um oportuno e eficaz meio de proteção dos interesses das elites tradicionais. Esses foram, na origem, os reais fundamentos dos institutos, dentre outros, da federação e do Presidencialismo. Essa é a razão, também, pela qual o texto originário não possuía um rol de direitos fundamentais: não se pretendia proteger o cidadão mas as elites tradicionais. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição federal*. p.72-73.

¹³⁸ SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*, Livraria Progresso Editora, Salvador, 1954, p. 62-63

¹³⁹ Ferdinand Lassalle indaga: “Qual a diferença entre uma Constituição e uma lei?”. O doutrinador alemão inicia reconhecendo pontos de contato vez que há na Constituição uma essência legislativa tal qual existe

A expressão “sentimento constitucional de um povo” pode ser descrita como aquela consciência da comunidade que, apesar dos antagonismos e tensões existentes, integra a detentores e destinatários do poder no marco de uma ordem comunitária obrigatória.¹⁴⁰

Vencida a tese da rigidez das normas constitucionais, é crível analisar que esta, por si só, não é justificadora da supremacia, todavia, do ponto de vista jurídico, a supremacia formal, única concebível nesta seara, (não obstante a doutrina costume distinguir supremacia formal e material), se apoia na regra da rigidez, de que é o primeiro e principal corolário, para ser efetiva. Daí a importância da doutrina de Hamilton que reconheceu expressamente a supremacia da Constituição. Mas sua relevância não se restringe a este fato, foi além e deu efetividade a essa supremacia, na medida que estabeleceu um meio de controle judicial capaz de efetivá-la.¹⁴¹

2.3 A Construção da Ordem Constitucional

Tal qual preceituado por Müllher, no momento em que se atribui normatividade ao texto produzido pelo poder constituinte, os conceitos de Estado e Sociedade daquela

nas leis ordinárias; mas, nada obstante seja a Constituição uma Lei, é, em verdade, mais que uma simples lei, vez que as alterações legislativas não provocam o mesmo torpor que provocam as modificações constitucionais. Nas palavras do autor; “quando se mexem na Constituição, protestamos e gritamos: ‘Deixem a Constituição!’”. Qual é a origem dessa diferença?”, questiona. E destaca, na resposta, a ideia de nação, sua resencação e identificação no espírito constitucional. “Todos esses fatos demonstram que, no espírito unânime dos povos, uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum. Uma Constituição não é uma lei como as outras, é uma lei fundamental da nação”. E como tal age com “força ativa que faz, por uma exigência da necessidade, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são. Promulgada, a partir desse instante, não se pode decretar, naquele país, embora possam querer, outras leis contrárias à fundamental”. LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 6ª ed., 2001, p. 7-10.

¹⁴⁰ “Com a expressão ‘sentimento constitucional’ (Verfassungsgefühl) se toca um dos fenômenos psicológico-sociais do existencialismo político mais difíceis de captar. Se poderia descrever como aquela consciência da comunidade que, transcendendo a todos os antagonismos e tensões existentes político-partidários, econômico-sociais, religiosos ou de outro tipo, integra a detentores e a destinatários do poder no marco de uma ordem comunitária obrigatória, justamente a constituição, submetendo o processo político aos interesses da comunidade. Este fenômeno pertence ao imponderável da existência nacional e não pode ser produzido racionalmente, ainda que possa ser fomentado por uma educação da juventude [...] Sem embargo, a formação do sentimento de constitucionalidade depende amplamente dos fatores irracionais, da mentalidade e da experiência histórica de um povo, especialmente se a constituição tiver se saído bem em épocas de necessidade nacional.” LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970, p. 199-200.

¹⁴¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Op. Cit. p.35.

determinada Nação são fixados por meio de uma expressão de linguagem que como tal - um texto escrito - carrega uma forte carga axiológica em sua semântica.¹⁴²

Deste modo, os valores inexoráveis daquela determinada sociedade se fixam no texto constitucional, de modo tão intrínseco, que por vezes, sua própria alteração ou restrição é retirada da arena política, vinculando às gerações futuras com o objetivo de preservar o pacto constitucional. O poder constituinte, deste modo, cria sua obra alicerçado sob estes valores, que terminam por se consubstanciar como inerentes à própria concepção de Estado originado por aquela nova ordem.¹⁴³

Estes valores sociais básicos imbuídos ao texto constituem verdadeiro “núcleo identitário da Constituição” ou “identidade constitucional em sentido estrito”, conteúdo material que dá forma e modelo ao Estado desenhado pelo poder constituinte, que identifica a ideia de direito daquela sociedade e externa-o em um conteúdo fundamental e indisponível.¹⁴⁴

Fundamental, porque contém os “eixos normativos vertebrantes da ordem política e jurídica” fundada pelo povo, na sua vontade constituinte e indisponível porque sua depreciação implica na perda de substancialidade da Constituição. Este compromisso identitário estabelece as áreas em que os poderes constituídos poderão divergir e aquelas

¹⁴² “A confrontação de ideologias na discussão dos problemas constitucionais é ineliminável, dado que a interpretação constitucional remete para uma teoria de constituição que, por sua vez, vai terminar em teorias do Estado e da sociedade.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1982, p. 8.

¹⁴³ A vinculação de gerações futuras à Constituição é um dos debates mais frutíferos do constitucionalismo contemporâneo quando confrontado diretamente com o conceito de democracia. Longe de se pretender esgotar o tema que consome rios de tinta da doutrina, compete mencionar a clássica metáfora criada por Elster comparando as limitações impostas pela constituição às gerações futuras com a clássica aventura grega vivenciada por Ulisses, personagem da Odisseia de Homero, que toma uma série de medidas preventivas para que ele e sua tripulação passem ilesos pelo mar das sedutoras, porém fatais, sereias. Tais medidas visam evitar que o herói e sua tripulação caíssem no encantamento e fossem seduzidos por uma vontade irresistível que certamente lhes trariam ruína. Homero narra que Ulisses tinha plena consciência de que, ao percorrer seu destino, seria atraído pelo canto demasiado irresistível das sereias, o que conduziria sua embarcação ao naufrágio. Em razão disso, ele toma as medidas necessárias para resistir a este canto: determina aos seus marinheiros que tapem os ouvidos com cera e que o amarrem no mastro do seu próprio navio, não o soltando em hipótese alguma ainda que ele o ordenasse. Tomadas as devidas providências, Ulisses consegue passar ao largo dos rochedos, ouvir o canto das sereias, sem, no entanto, a ele sucumbir. Nesse mesmo sentido, o comprometimento de Ulisses, que limitou o poder de sua vontade no futuro para evitar a morte, poderia ser comparado àquele a que se submete o povo, quando atribui a si normas constitucionais fundamentais, e limita seu poder de reforma vindouro, para evitar que, vítima de suas próprias paixões e fraquezas momentâneas, possa pôr em risco a sua própria existência enquanto corpo político. ELSTER, Jon. *Ulisses unbound*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p.115

¹⁴⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. T. II. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 79.

que caracterizam o Estado e, portanto, devem ser preservadas na exata forma anuída pelo soberano, sob risco de deslegitimação política da ordem que pretende instituir.¹⁴⁵

A potenciação de imperativos de compromissos básicos, com projeção futura dentro da ordem constitucional, não logra apenas garantir, no plano formal, a estabilidade deste compromisso de regime, mas também catalisar a sua interiorização social, em razão da estabilização de certos valores caros àquela sociedade. Estes fatores funcionam como atributos de agregação de um povo em torno da ordem jurídica estabelecida, atuando como função integradora. Questão primeira, portanto, consiste em identificar este cerne de identidade constitucional.¹⁴⁶

Como próprio de um conceito lógico, o núcleo identitário da constituição não abarca todo o complexo de princípios e normas do texto, aceitar posição contrária seria paradoxal em relação à própria ideia de centralidade. Deve se buscar aquilo que de fato seja a essência do pacto constituinte. Neste sentido, é preciso reconhecer que certos princípios têm peso axiológico maior que outros, sobretudo, aqueles recobertos pela pretrealidade de suas normas. Estes princípios devem atuar, indubitavelmente, como norte na busca para definir o núcleo identitário da constituição.

Conquanto, para além daqueles princípios já sublinhados como centrais pelo próprio poder constituinte em razão da característica de cláusula pétrea, a busca pela identidade constitucional deve levar em consideração, também, as especificidades históricas e políticas de cada Estado. Muito embora as constituições tendam a adotar concepções políticas teóricas amadurecidas historicamente, o que tende a levar a um pretense núcleo mínimo universal, contendo preceitos comuns a todos os países ocidentais que adotam uma forma de governo social democrata, é fundamental que este exercício leve em consideração as especificidades regionais de cada Estado.¹⁴⁷

Com efeito, a ordem constitucional não se restringe à literal manifestação do Poder Constituinte, muito embora exista - dentre os americanos; quem sustente este posicionamento interpretativista.¹⁴⁸

¹⁴⁵ “Esse compromisso básico assume no plano normativo constitucional, a forma de um compromisso de regime, o qual define pelas regras do jogo que presidem à ordem política instituída na sua dimensão institucional e garantística”. MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça Constitucional*. Tomo I: Garantia da Constituição e Controle de Constitucionalidade, Coimbra, p. 62-63.

¹⁴⁶ MORAIS, Carlos Blanco. *Idem*.

¹⁴⁷ STERCK, Lenio Luiz. A Concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. *Caderno de Direito Constitucional – 2006*. Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Módulo V. Teoria da Constituição e Justiça Constitucional. p. 30.

¹⁴⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1.179 e s.

A construção da ordem constitucional pertence a sua comunidade política e inicia-se no momento da promulgação da constituição. Conforme precisamente delimitado por Häberle, a constituição não se limita em ser um conjunto de normas jurídicas, mas é expressão de desenvolvimento cultural e político de todo um povo que fundamenta nela suas esperanças e desejos.¹⁴⁹

Desta feita, a constituição, enquanto documento escrito, dotado de legitimidade democrática, de rigidez e supremacia normativa, é ponto de partida do processo de vivência constitucional, que apenas se inicia com o apagar das luzes do trabalho constituinte. Neste sentido, no momento em que o poder constituinte traduz a vontade política em texto, mais precisamente em norma, sua obra passa a conter, ainda que de forma limitada, “uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado”.¹⁵⁰

Canotilho, inclusive, identifica e classifica como princípios políticos constitucionalmente conformadores aqueles princípios constitucionais que explicitam as valorizações políticas fundamentais do legislador constituinte. De acordo com o doutrinador, estes princípios condensam as opções políticas nucleares que reflete a ideologia inspiradora da constituição. Expressam, eles, as concepções políticas triunfantes numa assembleia constituinte de tal modo que se consubstanciam como “cerne político de uma constituição política”, não recaindo sobre eles, a depender do grau de rigidez da constituição, a atuação do poder de revisão. Situam-se nesta seara os princípios definidores da forma de Estado: princípios da organização econômico social, princípios definidores da estrutura do estado, princípios estruturantes do regime político e os princípios caracterizadores da forma de governo e da organização política em geral.¹⁵¹

Canotilho destaca, como que dando ênfase ao lesionado, que tal como acontece com os princípios jurídicos gerais, os princípios políticos constitucionalmente conformadores são “princípios normativos, diretrizes e operantes”; que por consequência, vinculam todos os órgãos encarregados da aplicação, seja em atividade interpretativa, seja em atos legislativos conformadores.¹⁵²

¹⁴⁹ “(...)La Constitución no se limita solo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, um medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos”. HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madri, 2000, p. 34.

¹⁵⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris. 1991. p. 11.

¹⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional*. 6.ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p.172-173.

¹⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional*. 6.ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p.172-173

Os princípios político-constitucionais visam essencialmente definir e caracterizar o Estado, de modo que são considerados como matriz dos restantes dispositivos, “o cerne da Constituição”, figurando como núcleo irredutível, e que irradiam seus efeitos para todo ordenamento, pois, reitera-se, tais preceitos não podem ter suas normas interpretadas isoladamente, como se fossem meros artigos justapostos.

O texto constitucional é estruturado em ideais políticos positivados em princípios, que atribuem harmonia e coerência a todo ordenamento. As normas constitucionais não podem ser compreendidas pontualmente, a partir de um caso isolado, sob inequívoca consequência de não conseguir expressar todo o significado normativo pretendido, motivo pelo qual não pode haver interpretação constitucional, sobretudo quando se pretende caracterizar os contornos do Estado instituído, de artigos, regras ou princípios isoladamente, mesmo aqueles revestidos de petrealidade, pois a parte não consegue explicar o todo. Esta compreensão refuta, inclusive o argumento de que centralidade é aquilo que o poder constituinte atribuiu como intocável. É também, mas não pode ser somente.¹⁵³

Identificar o cerne axiológico da constituição brasileira, dentro de um parâmetro hermenêutico plural que leve em consideração, juntamente com outros métodos, estabelecer o conjunto de ideias, convicções e princípios filosóficos, sociais e políticos que caracterizam o pensamento externado no texto constitucional brasileiro, passa a ser o objetivo. Sobretudo porque, conforme preceitua Bonavides, não foi possível, ainda, expedir a carteira de identidade da Nova República do Brasil.¹⁵⁴

¹⁵³ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 36, n. 142, abr./jun. de 1999, p. 35-51.

¹⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. Qual a ideologia da Constituição. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda. Volume III. *Direito Constitucional e Justiça Constitucional*. 2012. Ed. Coimbra. p. 176

CAPÍTULO III – UMA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

Com efeito, é patente a necessidade, de que haja o desenvolvimento de uma teoria da constituição constitucionalmente adequada, que esteja apta a responder as questões e a satisfazer anseios uma comunidade política concreta, reconhecendo as peculiaridades do contexto socioeconômico e político do pacto social que lhe deu origem. A criação do conceito de coisa pública no Brasil se deu de uma maneira distinta em comparação a gradual evolução do conceito que se percebe na realidade europeia, uma evolução baseada em conquistas de direitos, revoluções, movimentos sociais e lutas históricas por liberdade.¹⁵⁵

Do outro lado do continente, ao discorrer sobre a realidade brasileira, nos debruçamos sobre suas particularidades, a exploração colonial, o mercantilismo, a escravidão, o patrimonialismo. Fenômenos que interferiram e interferem diretamente na relação entre os brasileiros e o direito. Como precisamente pontuado por Häberle, construir um ambiente público propício para que se alcance a efetividade constitucional “é muito mais difícil num Estado de imensa exclusão social e alijamento educacional, em que a grande maioria da comunidade não tem a menor ideia do que vem a ser a constituição, da sua importância e da sua função.”¹⁵⁶

O desenvolvimento da modernidade em nossas terras, dado de modo incompleto, como será demonstrado, acarretou na formação de uma esfera pública precária, na qual o debate político não alcança a totalidade de cidadãos que, na maioria das vezes, não se reconhecem como sujeitos de direito e integrantes do pacto constitucional.

A dinâmica de integrados e não integrados ao contrato social brasileiro remonta de nosso passado escravocrata e persiste até os dias de hoje nos quais é possível identificar uma imensa massa de marginalizados, desempregados, descamisados, em suma, cidadãos

¹⁵⁵ A respeito dos países centrais, Velasco e Cruz os define como “países que não apenas se encontram no topo das hierarquias de poder político e econômico, mas se mantêm nele desde os primórdios o sistema moderno de Estados”. VELASCO E CRUZ, Globalização, democracia, ordem internacional, p. 199.

¹⁵⁶ HÄRBELE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

ou melhor, subcidadãos nos quais a promessa de dignidade da constituição continua no campo da expectativa, mesmo após três décadas de vigência.

3.1 A República na modernidade tardia

A ciência política convencionou estabelecer como marco inaugural do processo moderno civilizatório de formação do Estado brasileiro, a mudança da família real portuguesa para o Brasil em 1808. O acontecimento, fruto das invasões napoleônicas na metrópole, marcou a transferência da Corte e da estrutura política administrativa do Estado português para o Rio de Janeiro. O marco é estabelecido precisamente neste momento porque é somente a partir destes acontecimentos que se torna possível identificar o surgimento duas estruturas fundamentais para a caracterização de uma sociedade moderna em uma perspectiva weberiana: o mercado e o Estado.¹⁵⁷

Acontece que, ao se instalar no Brasil, a família real portuguesa se depara com uma sociedade escravocrata, cuja atividade econômica consistia basicamente em mercantilismo exploratório. Uma realidade social binária, composta por escravos e senhores que lucrava da exploração da mão de obra escravista.¹⁵⁸

A inexistência de uma complexidade social tanto política, tendo em vista que a arena pública se dava na metrópole, quanto econômica, baseado no sistema escravocrata, retira qualquer possibilidade de florescimento de um sentimento comum cívico, de indivíduos que se consideram iguais e dispostos a estruturar um Estado alicerçado na igualdade formal da lei. A característica primeira desta primitiva sociedade brasileira era a ausência de consenso entre os integrantes do pacto social. Primeiro porque a imensa maioria dos seus membros não eram considerados indivíduos políticos, mas sim escravos. Segundo porque a lógica posta era aquela pertinente às colônias de exploração, não havia homogeneidade de interesses baseados na construção de uma estrutura social.

¹⁵⁷ SOUZA, Jessé. A construção social da subcidadania: Para uma sociologia política da modernidade periférica, p. 101.

¹⁵⁸ PRADO JR., Caio. História econômica do Brasil, São Paulo, 1970: Brasiliense. p. 22. Complementa Caio Prado: “nos trópicos, [...] surgirá um tipo de sociedade inteiramente original. [...] No seu conjunto, e vista no plano mundial e internacional, a colonização dos trópicos toma o aspecto de uma vasta empresa comercial [...] destinada a explorar os recursos naturais de um território virgem em proveito do comércio europeu”. Idem.

percebe-se que a noção jurídica de cidadania engendrada nas sociedades modernas centrais, apreendida enquanto componente existencial prévio da constituição da comunidade jurídico-política, ergueu novos pressupostos de legitimação para o exercício do poder estatal e de seus respectivos discursos. De outra parte, nas sociedades periféricas nota-se a completa ausência desse expressivo alicerce valorativo prévio, calcado justamente na generalização da igualdade e da dignidade humana como pressupostos simbólicos do convívio intersubjetivos e das instituições modernas. De fato, inexistiam no cenário da modernidade periférica os mesmos ingredientes com os quais se fundaram e se difundiram as instituições e práticas modernas (centrais), o que afetou sobremaneira a sua adequação, originando no campo jurídico das sociedades marginais uma forte limitação da incidência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. (...) Dito de outra maneira, a igualdade aparece, nas sociedades modernas avançadas, como o imaginário simbólico sobre o qual se edifica a ordem social, política e jurídica. Todas as práticas e instituições orientam-se por esse horizonte simbólico, o qual institui os elos sociais possíveis. Sem os sentimentos criados pela “realidade primária” da igualdade, sem as opiniões e as práticas por ela agitadas ou sugeridas, não há qualquer possibilidade de constituição da comunidade.¹⁵⁹

Esse traço inicial da ocupação do território brasileiro, baseado na exploração mercantil e na mão de obra escrava deixou verdadeiras cicatrizes, cujas feridas ainda pulsam no interior de nossa sociedade, este sentido mercantil-explorador da colonização tropical "explicará os elementos fundamentais, tanto no social como no econômico, da formação e evolução histórica dos trópicos americanos".¹⁶⁰

3.1.1 A escravidão como mazela incurável

As marcas da escravidão no Brasil são tão profundas que as perspectivas de visualização assustam. Em 1822, o Brasil possuía, para traduzir em números o debate, 4,5 milhões de habitantes, sendo 800.000 mil indígenas (população inicialmente dizimada pelos colonizadores cuja integração jamais foi preocupação da sociedade brasileira), 1 milhão de brancos, 1,2 milhões de negros escravos ou forros e 1,5 milhão de mulatos, pardos, caboclos e mestiços.¹⁶¹

Ao analisar o cenário populacional brasileiro da época, a conclusão de que praticamente metade do contingente habitacional não era integrada ao pacto social torna-se auto evidente. A abolição da escravatura só veio a ocorrer formalmente em 13 de maio

¹⁵⁹ MOREIRA, Nelson Camatta. Fundamentos de uma teoria da Constituição dirigente. Coleção Lenio Luiz Streck. Editora Conceito. p. 126.

¹⁶⁰ PRADO JR., Caio. *História econômica do Brasil*, São Paulo: Brasiliense. p. 22.

¹⁶¹ GOMES, Laurentino. 1822. Como um sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil. Um país que tinha tudo para dar errado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010. p. 73.

de 1888. Da independência à sanção da Lei Áurea, por 66 anos, o Brasil, em plena contemporaneidade histórica, permaneceu como um Estado que formalmente negava a qualidade de cidadão para mais da metade de seu contingente populacional.

Apesar da Lei Imperial nº 3.353 decretar o fim da condição de direito de seres humanos em situação de escravidão, a prática de fato ainda reverberou por tempos no território brasileiro e seus reflexos perduram até hoje, visto que a abolição formal não foi acompanhada por nenhuma política pública de distribuição de terra ou renda para os ex-escravos.

Neste contexto, a abolição da escravidão no Brasil significou liberdade apenas formal para a população negra, pois, sem a devida atuação do estado com políticas públicas de inclusão e integração, os negros ficaram à margem do tecido social, pois não possuíam premissas básicas para sobreviver fora do sistema escravocrata como documentação, moradia ou emprego para construir uma vida sem amarras.¹⁶²

Em paralelo, a Europa vivia há época, a crise do liberalismo e da revolução industrial, ultrapassados, por exemplo, o movimento de 1848 com a primavera dos povos na França e a comuna de Paris em 1871, insurgências que coincidiram com o surgimento das primeiras leis que se dedicavam ao tema da pobreza e do pauperismo. Surpreende observar que o Brasil ainda vivia em uma ordem escravocrata ao passo que o mundo “civilizado” discutia a exploração do livre trabalho.

Para análise da sociedade escravocrata na formação da sociabilidade brasileira, para uma percepção e maior compreensão acerca de sua singularidade, compete introduzir alguns questionamentos hipotéticos sobre: de onde viemos, quem somos e para onde vamos.¹⁶³

Ocorre que, quando uma sociedade é pautada pela escravidão e tem sua base constituída por este mecanismo, o “de onde viemos” fica explícito e posteriormente arraigado no “quem somos”, tal como explicitado no excerto de Jessé Souza:

¹⁶² MONTEIRO, Patrícia Fontes Cavalieri, 2012. Discussão acerca da eficácia da Lei Áurea. No entanto, se no primeiro momento a Lei Áurea significou a libertação dos escravos do jugo dos seus senhores, no momento seguinte, condenou aqueles a viverem como vítimas do sistema, uma vez que se encontravam livres, sem, contudo, possuírem estudo, documentos, dinheiro, moradia, emprego, escola e nenhuma outra espécie de assistência social proporcionada pelo Estado.

¹⁶³ SOUZA, Jessé. A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017. P.38. “Para responder às três questões essenciais para a compreensão da singularidade de qualquer sociedade – de onde viemos, quem somos e para onde vamos -, o culturalismo racista constrói uma fantasia da continuidade cultural com Portugal que é falsa da cabeça aos pés.

No Brasil, desde o ano zero, a instituição que englobava todas as outras era a escravidão, que não existia em Portugal, a não ser de modo muito tópico e passageiro. Nossa forma de família, de economia, de política e de justiça foi toda baseada na escravidão. Mas nossa autointerpretação dominante nos vê como continuidade perfeita de uma sociedade que jamais conheceu a escravidão a não ser de modo muito datado e localizado.¹⁶⁴

Por certo o berço escravista de uma nação produz reflexos sociais importantes até os dias de hoje, a construção de uma identidade baseada no “quem somos” a partir dessas premissas, impossibilidade a construção de qualquer pretensão de homogeneidade do pacto social. A origem de toda uma nação construída pela escravidão, é baseada em uma relação entre indivíduos nunca pautados como iguais, o desigual – escravo/negro - deveria se submeter à cultura e comunidade do escravizador. Tais proposições podem ser excepcionalmente esclarecidas num enraizamento histórico proposto por Gilberto Freyre:

“Em toda parte, fiquei impressionado pelo fato de que o parentesco sociológico entre os sistemas português e maometano de escravidão parece responsável por certas características do sistema brasileiro. Características que não são encontradas em nenhuma outra região da América onde existiu a escravidão” (...) “Sabemos que os portugueses, apesar de intensamente cristãos – mais do que isso até, campeões da causa do cristianismo contra a causa do Islã – imitaram os árabes, os mouros, os maometanos em certas técnicas e em certos costumes, assimilando deles inúmeros valores culturais. A concepção maometana da escravidão, como sistema doméstico ligado à organização da família, inclusive às atividades domésticas, sem ser decisivamente dominada por um propósito econômico-industrial, foi um dos valores mouros ou maometanos que os portugueses aplicaram à colonização predominantemente, mas não exclusivamente cristã, do Brasil”.¹⁶⁵

Há algumas especificidades na forma em que eram construídas as relações árabes quanto à escravidão e como eram desenvolvidas as relações oriundas deste instituto perante a sociedade. Para esta cultura, o filho proveniente de um homem livre (geralmente senhor de escravo) e uma escrava deveria adotar a religião, cultura e costumes do genitor para que fosse considerado como igual perante a sociedade.¹⁶⁶

Assim, a consciência de cidadão em face da sociedade se dá intrinsecamente ao próprio indivíduo e, também, por fatores extrínsecos, que seria como a sociedade o vê. De forma ontológica, estes seriam considerados como humanos ou sub-humanos de forma categórica, mesmo após a abolição da escravidão.

¹⁶⁴ SOUZA, Jessé. A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017. p.40.

¹⁶⁵ FREYRE, Gilberto. Novo mundo nos trópicos. São Paulo: Edusp, 1969. P. 180.

¹⁶⁶ SOUZA, Jessé. A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017. p.44.

Gilberto Freyre aponta o sadismo como uma importante característica cultural de formação do povo brasileiro:

A verdade, porém, é que nós é que fomos os sadistas; o elemento ativo na corrupção da vida de família; e moleques e mulatas, o elemento passivo. Na realidade, nem o branco nem o negro agiram por si, muito menos como raça, ou sob a ação preponderante do clima, nas relações de sexo e de classe que se desenvolveram entre senhores e escravos no Brasil. Expressou-se nessas relações o espírito do sistema econômico que nos dividiu, como um Deus todo-poderoso, em senhores e escravos. Dele se deriva a exagerada tendência para o sadismo característica do brasileiro, nascido e criado em casa-grande principalmente em engenho; e a que insistentemente temos aludido neste ensaio. Imagine-se um país com os meninos armados de faca de ponta! Pois foi assim o Brasil do tempo da escravidão.¹⁶⁷

Enfatiza-se ainda tal condição perpetuada na sociedade contemporânea brasileira, deixando clara a influência do “de onde viemos” para “quem somos”:

Não há brasileiro de classe mais elevada, mesmo depois de nascido e criado, depois de oficialmente abolida a escravidão, que não se sinta aparentado do menino Brás Cubas na malvadez e no gosto de judiar com negros. Aquele mórbido deleite em ser mau com os inferiores e com os animais é bem nosso: é de todo menino brasileiro atingido pela influência do sistema escraovrata.¹⁶⁸

Resta evidenciado que para Freyre, a semente plantada pela escravidão gerou frutos hodiernos indissociáveis deste período, tendo o sadismo se transformado em mandonismo. A resistência de conferir aos negros o status formal de cidadão, em virtude da manutenção tardia da escravidão, uma “instituição fóssil” que deve ser interpretada como uma tragédia em sua totalidade, não se esquecendo do tráfico negreiro, da retirada à força de humanos de suas comunidades e ambientes, da imposição cultural, só existia em terras brasileira, o último estado independente da modernidade a abolir esta prática.¹⁶⁹

¹⁶⁷ FREYRE, Gilberto. Casa-grande e senzala. 1933. P. 59

¹⁶⁸ FREYRE, Gilberto. Casa-grande e senzala. 1933. P. 59

¹⁶⁹ NABUCO, Joaquim (2000). *O abolicionismo*, Rio de Janeiro/São Paulo: Nova Fronteira/Publifolha. p. 79. Octávio Ianni sustenta que “a sociedade brasileira está organizada e prejudicada pelo ‘dualismo social’. De um lado está ‘uma moderna sociedade industrial, que já é a oitava economia do mundo ocidental’. Do outro está ‘uma sociedade primitiva, vivendo em nível de subsistência, no mundo rural, ou em condições de miserável marginalidade urbana, ostentando padrões de pobreza e ignorância comparáveis aos das mais atrasadas sociedades afro-asiáticas’. A rigor, esta parece ser a origem do segmento ‘primitivo’ da sociedade nacional: ‘Não se levou em conta a necessidade de assistência especial, em matéria de educação e de outras facilidades, para incorporar os ex-escravos e suas famílias a condições aptas a lhes permitir o pleno desfrute da cidadania. A reprodução familiar da ignorância e da miséria manteve, assim, no curso das quatro gerações que nos separam da Abolição, o dualismo básico entre participantes e excluídos dos benefícios da civilização brasileira”. IANNI, Octávio. *Pensamento Social no Brasil*. EDUSC, 2004, p. 111.

Com essa conjuntura, é certo afirmar que esta perversa singularidade é um indicativo de nosso atraso na construção de uma arena pública de partilha de direitos e garantias.¹⁷⁰

3.1.2 *O Patrimonialismo e a ausência de coisa pública*

O patrimonialismo também é um fator muito particular de formação da sociedade brasileira, sobretudo quando se fala em uma concepção republicana de Estado, já que o homem cordial, em sua clássica conceituação, não faz distinção entre interesses públicos de interesses privados e familiares.¹⁷¹

no Brasil, pode-se dizer que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários públicos dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. Dentre esses círculos, foi sem dúvidas o da família aquele que se exprimiu com mais força e desenvoltura em nossa

¹⁷⁰ NABUCO, Joaquim (2000). *O abolicionismo*, Rio de Janeiro/São Paulo: Nova Fronteira/Publifolha. p. 79. Octávio Ianni sustenta que “a sociedade brasileira está organizada e prejudicada pelo ‘dualismo social’. De um lado está ‘uma moderna sociedade industrial, que já é a oitava economia do mundo ocidental’. Do outro está ‘uma sociedade primitiva, vivendo em nível de subsistência, no mundo rural, ou em condições de miserável marginalidade urbana, ostentando padrões de pobreza e ignorância comparáveis aos das mais atrasadas sociedades afro-asiáticas’. A rigor, esta parece ser a origem do segmento ‘primitivo’ da sociedade nacional: ‘Não se levou em conta a necessidade de assistência especial, em matéria de educação e de outras facilidades, para incorporar os ex-escravos e suas famílias a condições aptas a lhes permitir o pleno desfrute da cidadania. A reprodução familiar da ignorância e da miséria manteve, assim, no curso das quatro gerações que nos separam da Abolição, o dualismo básico entre participantes e excluídos dos benefícios da civilização brasileira”. IANNI, Octávio. *Pensamento Social no Brasil*. EDUSC, 2004, p. 111.

¹⁷¹ O conceito de patrimonialismo é desenvolvido na sociologia primeiramente por Weber: “No patrimonialismo, o governante trata toda a administração política como seu assunto pessoal, ao mesmo modo como explora a posse do poder político como um predicado útil de sua propriedade privada. Ele confere poderes a seus funcionários, caso a caso, selecionando-os e atribuindo-lhes tarefas específicas com base na confiança pessoal que neles deposita e sem estabelecer nenhuma divisão de trabalho entre eles. [...] Os funcionários, por sua vez tratam o trabalho administrativo, que executam para o governante como um serviço pessoal, baseado em seu dever de obediência e respeito. [...] Em suas relações com a população, eles podem agir de maneira tão arbitrária quanto aquela adotada pelo governante em relação a eles, contanto que não violem a tradição e o interesse do mesmo na manutenção da obediência e da capacidade produtiva de seus súditos. Em outras palavras, a administração patrimonial consiste em administrar e proferir sentenças caso por caso, combinado o exercício discricionário da autoridade pessoal com a consideração devida pela tradição sagrada ou por certos direitos individuais estabelecidos.” WEBER, Max. *um perfil intelectual*. Trad. Elisabeth Hanna e Jose Viegas Filho. Brasília: UNB, 1986, p.270 – 271. No Brasil, quem deu os primeiros contornos ao tema foi Sérgio Buarque de Holanda, ao abordar a discussão entre público e privado, esclarece que: “eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário ‘patrimonial’, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático (...) ao longo da história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio nos círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal”. BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. *Raízes do Brasil*. 26. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 175-176.

sociedade. E um dos efeitos decisivos da supremacia incontestável, absorvente, do núcleo familiar (...) está em que as relações que se criam na vida doméstica sempre forneceram o modelo obrigatório de qualquer composição social entre nós. Isso ocorre mesmo onde as instituições democráticas, fundadas em princípios neutros e abstratos, pretendem assentar a sociedade em normas antiparticularistas.¹⁷²

Como consequência disto, a conquista de direitos sociais, ou os direitos inerentes à condição de cidadão, é tida e vivenciada na formação da sociedade brasileira como uma concessão, ou mais além, como uma "dádiva", um privilégio conquistado através de contatos e acessos pessoais aos meios e mecanismos do Poder e que; a qualquer momento, pode ser retirado ao humor dos governantes.¹⁷³

Os direitos trabalhistas são um bom exemplo disso. Implementados durante a ditadura de Vargas, funcionaram como mecanismo de cooptação dos sindicatos pelo Estado e não como conquista por meio de pressão dos primeiros. O Estado assumiu para si o protagonismo da luta por cidadania, invertendo a lógica da conquista por direitos, utilizando, não raras vezes, direitos sociais como doação, como compensação pela ausência de direitos políticos e mesmo civis. Esta, também, em certa medida, foi a lógica da redemocratização e da Constituição de 1988, alicerçada sobre as bases da lei da anistia e da manutenção dos privilégios dos "donos do poder".¹⁷⁴ Houve concessões no que se refere ao direito de voto, mas não houve conquista de direitos tangentes à efetivação da democracia como descentralização das mídias, desmilitarização da polícia, reforma agrária, implantação de um sistema progressivo de impostos, dentre outras.

Voltemos, contudo, à questão do patrimonialismo. Para uma análise do conceito, faz-se necessário virar os olhos para formação da célula familiar na sociedade brasileira. Conforme já assinalado por Holanda, o círculo familiar é a construção social mais marcante da sociedade ocidental. Na sociedade brasileira, a escravidão, também, deixou marcas insuperáveis neste núcleo, deformando completamente a característica e o papel de cada membro da família.

Uma família negra, sob todos os aspectos, era desorganizada. Inicialmente em virtude dos interesses do próprio mercado de escravos, o que terminava por destruir qualquer base de relação familiar, ou com a separação de seus integrantes ao bel prazer

¹⁷² BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. *Raízes do Brasil*. 26. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 146.

¹⁷³ SALES, Teresa. "Raízes da desigualdade social na cultura política brasileira", *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. 1994. São Paulo, n. 25, pp. 26-37.

¹⁷⁴ FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*, Globo, São Paulo, 13ª edição. 1998.

da ordem comercial que regia a relação, ou amontoando-os em senzalas nas quais as relações de afetuosidade pouco se desenvolviam, vez que a concepção de espaço era comunitária e predatória.

Não é difícil concluir que esta relação causou um desequilíbrio na vida individual em todas as suas dimensões. A não socialização adequada de nenhum dos papéis familiares, a incerteza e a insegurança social, tudo competia para que a família não só deixasse de ser uma base segura para a vida, como se transformasse na causa dos mais variados obstáculos causados pelo egoísmo na competição pela sobrevivência, minando, assim, qualquer vínculo de solidariedade.¹⁷⁵

A criança, que só tangencial, deformada e esporadicamente se via tratada como tal pela mãe, nos breves momentos em que ela permanecia em casa (...) raramente teria oportunidade de aprender a respeitar e obedecer aos outros por amor. Vigorava um código rudemente egoísta e individualista: para sobreviver, o indivíduo precisava ser “sabido”, mesmo nas relações com a mãe e com os irmãos.¹⁷⁶

Florestan Fernandes, em seu trabalho sobre a integração do negro na sociedade, ao compilar uma série de entrevistas, relata uma que precisamente se encaixa na distinção que se pretende colocar: a de viver em mundos distintos, dentro do mesmo pacto social.

um dos sujeitos das histórias de vida, que vivia com a mãe e a irmã, “ao deus dará”, relata o deslumbramento que sentiu, por volta de 1911, ao passar a viver, aos dez anos, na casa de um italiano, Viu, então, “o que era viver no seio de uma família, o que entre eles (os italianos) era coisa séria”. “Gostava porque comia na mesa...” e podia apreciar em que consistia “viver como gente”.¹⁷⁷

Florestan reconhece em seu trabalho que a luta dos negros efetivamente era para “ser gente”. Este reconhecer-se com “subgente” ou “subcidadão” é característica primeira para o argumento de que os direitos sociais nos países periféricos não lograram desenvolvimento, vez que a ideia de igualdade formal perante a lei, seu primeiro e principal corolário inexistente. E inútil falar-se em igualdade formal perante a lei quando os indivíduos nem mesmo se reconhecem como iguais em sua condição humana.¹⁷⁸

¹⁷⁵ SOUZA, Jessé. A construção social da subcidadania: Para uma sociologia política da modernidade periférica, p. 101-49.

¹⁷⁶ FERNANDES, Florestan. A integração do negro na sociedade de classes. p. 208

¹⁷⁷ FERANDES, Florestan. Op. Cit. p. 174

¹⁷⁸ Baracho traz uma conceituação de igualdade de direito partindo, justamente, da premissa de que todos os homens são iguais por essência: “Através da gênese do modelo democrático, em certo momento, o

“negro é gente e não tem que andar diferente dos outros” (...) “ser gente” só pode significar “ser igual ao branco” e para isso é preciso “proceder como o branco”, lançando-se ativamente na competição ocupacional.¹⁷⁹

A literatura também é uma rica fonte para se caracterizar estas lacunas de civilidade que caracterizou a formação da sociedade brasileira. Lima Barreto, expoente do realismo brasileiro, descreve a sociedade brasileira do início do século XX sobre a perspectiva da personagem, Isaias Caminha, do seu primeiro romance: *Recordações do Escrivão Isaias Caminha*; um jovem negro, pobre, nascido no interior e que migra para capital em busca de melhores condições de vida. Entretanto, Isaias somente consegue dar início à sua epopeia por acreditar que, munido de uma carta de recomendação do coronel local, conseguiria emprego com um deputado da capital e assim possibilidades de estudar e se tornar “doutor”.¹⁸⁰

Lima Barreto já apresenta aí conceitos característicos da sociedade brasileira da primeira república como o coronelismo,¹⁸¹ a privação de um sentimento republicano e a supremacia das relações pessoais no trato com a coisa pública, causada em decorrência de uma ausência de racionalização do Estado. Era latente, e de certa forma ainda hoje é, a ausência de despersonalização do Estado, o que retirava qualquer isonômica das relações intersubjetivas dos agentes públicos para com a sociedade, em regra marcadas

individuo é o centro da sociedade. As sociedades humanas constituem a justaposição de indivíduos e elas são feitas para os indivíduos, para permitir sua felicidade. Cada homem tem uma identidade, irreduzível àquela que pertence aos outros, sendo que o direito deve reconhecê-la e protegê-la. A primazia do indivíduo completa-se pela ideia de que todos os membros da sociedade são iguais por essência. Essa igualdade, devido a natureza humana comum, é uma igualdade de direito ou de direitos, que deixa de lado a questão da igualdade de fato.” BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania, a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. Saraiva. 1994, p. 01-02.

¹⁷⁹ FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*. v II. p. 166.

¹⁸⁰ “Lima Barreto, como adverte Francisco de Assis Barbosa, talvez conseguiu verter na literatura o “verdadeiro Brasil” do início do século XX (BARRETO, 2010, p. 46), razão pela qual o interesse pela sua obra seja tão atual, em busca da compreensão das origens da República brasileira”. MOREIRA, Nelson Camatta; PAULA, Rodrigo Francisco de. *Lima Barreto: Subcidadania, negação do Estado de direito e constitucionalismo dirigente no Brasil*. In: *Direito, arte e literatura*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=77cdfc1e11e36a23>, p. 8.

¹⁸¹ “O vocábulo coronelismo, introduzido desde muito em nossa língua com acepção particular, de que resultou ser registrado como brasileiro nos léxicos aparecidos do lado de cá do Atlântico, deve incontestavelmente a remota origem do seu sentido translato aos autênticos ou falsos coronéis da extinta Guarda Nacional. Com efeito, além dos que realmente ocupavam nela tal posto, o tratamento de coronel começou desde logo a ser dado pelos sertanejos a todo e qualquer chefe político, a todo e qualquer potentado;”... “a Guarda Nacional nasceu a 18 de agosto de 1831, tendo tido o Padre Diogo Antônio Feijó por pai espiritual durante quase um século, em cada um dos nossos municípios existia um regimento da Guarda Nacional. O posto de coronel era geralmente concedido ao chefe político da comuna... Eram, de ordinário, os mais opulentos fazendeiros ou os comerciantes e industriais mais abastados, os que exerciam, em cada município, o comando - em - chefe da Guarda Nacional”. Magalhães Basílio de. In: *Leal Victor Nunes. Coronelismo, Enxada e voto; o município e o regime representativo no Brasil*. p. 7-10.

por laços de amizade, parentesco e coleguismo,¹⁸² consubstanciando verdadeira cooptação do Estado em prol do círculo privado familiar.¹⁸³

“Oh, ser formado, de anel no dedo, sobrecasaca e cartola, inflado e grosso (...); andar assim pelas ruas, pelas praças, pelas estradas, pelas salas, recebendo cumprimentos: Doutor, como passou? Como está, doutor? Era sobre-humano!...”¹⁸⁴

Isaias via assim na perspectiva de virar doutor sua única chance de livra-se de suas condições de nascimento: pobreza e negritude. Fica claro que “virar doutor” era o meio pelo qual Isaias visava atingir a qualidade de cidadão. Neste caminho, demonstra que sua própria formação psicossocial do conceito de meritocracia é completamente corrompida na medida em que seus planos eram alicerçados - não com base em suas qualidades e predicados pessoais, - mas sim, na relação do seu tio com o coronel e, por consequência, com o deputado. Mais do que o reconhecimento da inexistência de mobilidade social, há um conformismo com base em uma completa ausência de autoestima.

a organização psicossocial que é um pressuposto da atividade capitalista, e que exige uma pré-socialização em um sentido predeterminado, a qual faltava, em qualquer medida significativa ao ex – escravo. A ânsia em libertar-se das condições humilhantes da vida anterior, tornando-o, inclusive, especialmente vulnerável a um tipo de comportamento reativo e ressentido em relação às demandas da nova ordem. Assim, o liberto tendia a confundir as obrigações do contrato de trabalho e não distinguia a venda da força de trabalho da venda dos direitos substantivos à noção de pessoa jurídica livre. Ademias, a recusa a certo tipo de serviço, a inconstância do trabalho, a indisciplina contra a

¹⁸² “A formação tradicional da consciência moral, a ética tradicional de apego à antiga unidade de sobrevivência, representada pela família ou clã – em suma, o grupo mais estreito ou mais amplo de parentesco -, determina que um membro mais abastado não deverá negar nem mesmo aos parentes distantes uma certa medida de ajuda, caso eles a solicitem. Assim, fica difícil para altas autoridades de uma nação recém-independente recusar apoio a seus parentes quando eles tentam conseguir um dos cobiçados cargos estatais, mesmo subalternos. Considerada em termos da ética e da consciência das nações mais desenvolvidas, essa nomeação de parentes no preenchimento de cargos estatais é uma forma de corrupção. Em termos de consciência moral pré-nacional, ela constitui um dever e, uma vez que todos a praticam na luta tribal tradicional pelo poder e pelo *status*, uma necessidade. Na transição para um nível de integração, portanto, há conflitos de lealdade e consciência que são, ao mesmo tempo, conflitos de identidade pessoal.” ELIAS, Norbert. *A Sociedade dos Indivíduos*. Traduzido por Michael Schröter. Rio de Janeiro: Zahar, 1994.

¹⁸³ BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. *Raízes do Brasil*. 26. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 133.

¹⁸⁴ BARRETO, Lima. *Recordações do escrivão Isaias Caminha*. 2. ed. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010. p. 75

supervisão, o fascínio por ocupações nobilitantes, tudo conspirava para o insucesso nas novas condições de vida e para a confirmação do preconceito¹⁸⁵

A expectativa de Isaías, como esperado, não se concretizou. A realidade na capital, se mostra mais dura do que o previsto e não tarda para que seus planos sucumbam ao preconceito, falta de mobilidade social e oportunidades.¹⁸⁶

Que pretendeu Lima Barreto com o Isaías Caminha? Responderei com as próprias palavras do escritor, em carta que escreveu a um confrade de letras, em 1911. Pretendeu simplesmente mostrar que ‘um rapaz nas condições do Isaías, com todas as disposições, pode falhar, não em virtude de suas qualidades intrínsecas, mas batido, esmagado, prensado pelo preconceito’¹⁸⁷

Outro elemento importante que deve ser destacado é o modo como Isaías idealiza a posição de “ser doutor”, sua ambição em integrar este seleto grupo de sobre-humanos para, então, gozar de seu status e privilégios, integrar aquilo que em seu próprio intelecto é verdadeira “casta” social, nas palavras da personagem ser doutor “era uma outra casta, para a qual eu entraria, e desde que penetrasse nela, seria de osso, sangue e carne diferente dos outros – tudo isso de uma qualidade transcendente, fora das leis gerais do universo e acima das fatalidades da vida comum”.¹⁸⁸

(...) no Brasil a sociedade de classes emerge de uma sociedade de castas, enraizada em quase quatro séculos de escravismo, ou de diferentes formas de trabalho compulsório. No século 20, a sociedade brasileira combina a estrutura e dinâmica de classes sociais com os remanescentes de castas. Há formas de sociabilidade, etiquetas de relações raciais, padrões de organização da família, trabalho, associações, vizinhanças, escolas, igrejas clubes e outras instituições nas quais se manifestam traços remanescentes de castas mesclados com as práticas das relações de classes.¹⁸⁹

Por certo que, ao passo que a sociedade brasileira é formada por estruturas sociais que atingem eventual nível de estratificação de “casta”, há uma massa de cidadãos aos quais são negadas as condições reais de exercerem seus direitos fundamentais. Para a

¹⁸⁵ SOUZA, Jessé. A construção social da subcidadania: Para uma sociologia política da modernidade periférica, p. 156.

¹⁸⁶ MOREIRA, Nelson Camatta; PAULA, Rodrigo Francisco de. Lima Barreto: Subcidadania, negação do Estado de direito e constitucionalismo dirigente no Brasil. In: Direito, arte e literatura. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=77cdfc1e11e36a23>, p. 5.

¹⁸⁷ BARRETO, Lima. Recordações do escrivão Isaías Caminha. 2. ed. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010.

¹⁸⁸ BARRETO, Lima. Op. Cit. p. 76

¹⁸⁹ IANNI, Octávio. Pensamento Social no Brasil. Bauru (SP): EDUSC, 2004, p. 57.

grande ralé brasileira os direitos fundamentais não desempenham papel relevante no horizonte do seu agir e viver, sequer quanto à identificação de sentido das respectivas normas constitucionais.¹⁹⁰

A criação de um ambiente no qual a sociedade é cindida em privilegiados e descamisados que não se reconhecem como detentores dos mesmos direitos e deveres, produz um inequívoco déficit de cidadania e um descompasso entre o mundo do ser e o mundo do dever ser. A imensa exclusão social, muito além da questão de subsistência, produz uma latente ausência de valores capaz de promover o reconhecimento entre os participantes da comunidade, por meio de uma consciência coletiva capaz de gerar uma relação propícia para o florescimento da solidariedade, da dignidade e da igualdade.

[...] nas sociedades periféricas, ver-se-á mais detidamente, o fato da igualdade nunca efetivamente existiu como fonte (imaginária) da constituição da comunidade. Jamais atuou como elemento capaz de gerar sentimentos, de sugerir práticas, de fundamentar a origem das instituições, e muito menos de modificar tudo aquilo que fosse contrário ao seu reconhecimento universal. De maneira oposta, o que há de fato nessas sociedades é a prevalência das hierarquias, das relações personalistas e de parentesco, da apropriação privada do público, da lei como expressão de privilégios, afinal da ‘naturalização da desigualdade’ e da ‘construção social da subcidadania’¹⁹¹

O que se extrai destas constatações é que, de fato, nunca houve no Brasil uma construção de valores compartilhados, republicanos e igualitários, de modo que todas as pessoas nacionais se reconhecessem como titulares da soberania, criando um ambiente de relações políticas entre os concidadãos, diferentemente do que acontece nas sociedades centrais nas quais a igualdade não é um direito “dado” por lei, mas, sim, um conquistado.

“igualdade não é um mero ‘direito’ que pode ser compensado por valores e práticas ‘benignas’ de assimilação e integração. Igualdade é o valor básico da modernidade ocidental, sendo a fonte de dignidade e reconhecimento individual em primeira instância”¹⁹²

¹⁹⁰ NEVES, Marcelo (1994) "Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente", in: *DADOS-Revista de Ciências Sociais*, vol 37, nº 2 (Rio de Janeiro: IUPERJ), pag. 253-276

¹⁹¹ MOREIRA, Nelson Camatta. Fundamentos de uma teoria da Constituição Dirigente. Florianópolis: Conceito editorial, 2010, p. 128. Neste sentido também, Florestan Fernandes para quem a modernidade no Brasil “negligencia ou põe em segundo plano os requisitos igualitários, democráticos e cívico-humanitários da ordem social competitiva [...]. Na periferia, essa transição torna-se muito mais selvagem que nas nações hegemônicas e centrais, impedindo qualquer conciliação concreta, aparentemente a curto e longo prazo, entre democracia, capitalismo e autodeterminação” FERNANDES, Florestan. *A revolução burguesa no Brasil*, 1976, Rio de Janeiro: Zahar Editores. p. 256.

¹⁹² SOUZA, Jessé. A dimensão política do reconhecimento. In: AVRITZER, Leonardo; DOMINGUES, José Maurício (orgs.). *Teoria Social e Modernidade no Brasil*. Belo Horizonte: Ed UFMG, 2000, p. 250.

As raízes do Brasil demonstram que esta concepção de igualdade nunca foi alcançada. Já na formação de nossas estruturas os colonizadores europeus se colocaram em pé de superioridade, de início, em relação aos índios – dizimados; após, em relação aos negros – escravizados.¹⁹³

Ademais, ao fim do período colonial, foi-se importado e imposto um modelo de Estado e política liberal, um sistema complexo e acabado de preceitos estrangeiros ao qual adotamos sem saber até que ponto se ajustam às condições da vida brasileira e sem cogitar das mudanças que tais condições careceriam.¹⁹⁴

Nossos marcos históricos são recheados de acontecimentos tragicômicos e acordos espúrios. Já em seu nascedouro como Nação independente, o Estado brasileiro é impelido ao pagamento de dívidas indenizatórias à Inglaterra, se curvando a servidão da ordem política internacional, inaugurando na gênese nossa famigerada e impagável dívida externa.¹⁹⁵ Uns bons cinquenta anos depois, quando da instituição da república, alcançada através de um golpe militar, a ação da monarquia em promulgar a inevitável abolição, contribuiu para a formação de um Partido Republicano de caráter e conteúdo conservador e oligárquico, uma vez que os escravocratas viram na bandeira da instituição de um novo regime a possibilidade de ter atendido suas reivindicações quanto as indenizações pela perda da “propriedade” escravo. Por certo, nunca houve preocupação desta elite “republicana” em garantir o mínimo de inclusão material aos negros recém libertos, condenando qualquer possibilidade de efetividade da igualdade a nível comunitário.¹⁹⁶

¹⁹³ O projeto Cartografia dos Ataques Contra Indígenas (Caci), lançado em 11.10.2016 e desenvolvido pela Fundação Rosa Luxemburgo, em parceria com armazém Memória e InfoAmazonia, baseia-se nos registros de assassinatos de indígenas feitos entre 1985 e 2015 pelo Conselho Indigenista Missionário (Cimi) e pela Comissão Pastoral da Terra (CPT).

¹⁹⁴ Para Sérgio Buarque de Holanda a ideologia impessoal do liberalismo democrático jamais se naturalizou entre nós. “Só assimilamos efetivamente esses princípios até onde coincidiram com a negação pura e simples de uma autoridade incomoda, confirmando nosso instintivo horror as hierarquias e permitindo tratar com familiaridade os governantes. A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido. Uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos ou privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas. E assim puderam incorporar à situação tradicional, ao menos como fachada ou decoração externa, alguns lemas que pareciam os mais acertados para a época e eram exaltados nos livros e discursos.” HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Shwarcz, 2009, p. 160.

¹⁹⁵ “Celso Furtado, analisando o processo de independência do Brasil, observa que a independência exigiu um grande esforço diplomático e demorou a se consolidar economicamente pela persistência dos privilégios angariados pela Inglaterra, em parte decorrente das necessidades de reconhecimento da independência de Portugal e, ao mesmo tempo, importando em cessão de parcela de sua soberania.” DANTAS. Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. Saraiva. 2009, p. 166

¹⁹⁶ “Chegam a ter graça, realmente, os nossos antagonistas! Antigamente acusavam a alguns dos nossos correligionários porque possuíam escravos, e declaravam-se republicanos. O fato de ter escravos impedia, segundo eles, que um cidadão pudesse fazer parte dos nossos arraiais. Eis que, abolida a escravidão, os lavradores, por isso mesmo que não tinham mais escravos, declararam-se republicanos; nova censura! Acusados por, tendo escravos, serem republicanos; acusados por serem republicanos, depois que não têm

A respeito desta ordem política e constitucional liberal que se seguiu à proclamação da república, é lugar comum na sociologia jurídica brasileira a percepção de que nossa primeira lei fundamental republicana não é uma 'constituição'; mas sim, “um estatuto doutrinário, composto de transplantações jurídicas alheias”. As normas jurídicas postas naquele momento histórico não dotavam de qualquer lastro de realidade, em uma sociedade na qual o povo contava uma “imensa massa de analfabetos e, sem incluir os indigentes, de indivíduos ainda em estado, material e moral, de selvageria”.¹⁹⁷

Por certo a ausência de homogeneidade na formação do pacto social brasileiro é constatável. Tal qual como já discorrido, Schmitt destaca a essencialidade da identidade na construção do político, reconhecendo a existencial da unidade política do povo, diferentemente de quaisquer igualdades normativas, esquemáticas ou fictícias. O pacto social pressupõe a existência política um povo homogêneo em si, que tem a vontade de existência política. Por esta breve abordagem a elementos históricos de formação da sociedade brasileira, é possível reconhecer uma ausência de vontade geral capaz de integrar todos os partícipes da comunidade. Primeiramente adotando uma discriminação formal, quando a declaração de independência manteve a qualidade de escravo a uma significativa parcela da população, posteriormente, quando da proclamação da república, negando políticas de equiparação.¹⁹⁸

A cultura de identidade entre os brasileiros, imprescindível à efetividade do pacto social, sucumbiu frente à desigualdade social e a tradição do privilégio, ao qual confunde direitos com benesses, o que na prática faz com que os direitos fundamentais de cidadania sejam acessíveis a alguns poucos privilegiados e negados a imensa maioria de subcidadãos, criando uma excepcionalidade normativa própria.¹⁹⁹

escravos!” (Silva Jardim, Memórias e Viagens). FERNANDES. Maria Fernanda Lombardi. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, 27, p. 181-195, nov. 2006

¹⁹⁷ TORRES, Alberto (1982). A organização nacional, Brasília: Editora Universidade de Brasília. p. 102.

¹⁹⁸ “É essa dignidade, efetivamente compartilhada por classes que logram homogeneizar a economia emocional de todos os seus membros numa medida significativa, que me parece ser o fundamento profundo do reconhecimento social infra e ultrajurídico, o qual, por sua vez, permite a eficácia social da regra jurídica da igualdade e, portanto, da noção moderna de cidadania”. SOUZA, Jessé. A construção social da subcidadania: Para uma sociologia política da modernidade periférica, p. 167.

¹⁹⁹ “A implicação desse argumento é que Estado, mercado, sociedade civil, família e outras esferas de sociabilidade não se mostraram capazes de se constituir de maneira autorreferenciada; viram-se, dessa forma, impossibilitados de se dinamizar por meio de códigos e imperativos próprios. Evidência disso seria, por exemplo, a notável presença do Estado na dinâmica de âmbitos sociais os mais diversos, para além de suas fronteiras e prerrogativas estritas. Daí, também, a razão pela qual não haveria um arranjo equilibrado entre garantias sociais, políticas e civis, já que, na prática, essas dimensões da cidadania não se apresentariam de maneira tão nitidamente distintas entre si. Ou seja, em primeiro lugar, a "excepcionalidade normativa brasileira" seria uma decorrência de nosso baixo grau de diferenciação social”. TAVOLARO,

A falta de um pano de fundo capaz de introduzir a igualdade de condições na sociedade faz com que exista, em verdade, uma naturalização dessa desigualdade, o que auxilia a manutenção do status quo mesmo com diversas constituições promulgadas ao longo da história.²⁰⁰

A ausência desse ethos moderno, capaz de cimentar as suas próprias práticas e instituições, constitui o pano de fundo para a explicação acerca do fenômeno da naturalização da desigualdade nas sociedades da nova periferia, como a brasileira. Assim como a ordem competitiva dos países centrais apresenta um discurso legitimador da desigualdade, internalizado sob o manto da legalidade e da igualdade formal, a ordem competitiva da sociedade brasileira “também tem a ‘sua hierarquia’, ainda que implícita, opaca e intransparente aos atores, e é com base nela, e não em qualquer ‘resíduo’ de épocas passadas, que tanto negros quanto brancos, sem qualificação adequada, são desclassificados e marginalizados de forma permanente”²⁰¹

Esta é a principal distinção anotada na evolução do conceito de político entre países centrais e periféricos. A ausência deste *ethos* influi no contrato social, de modo que exigiria do Estado conceitos chave sensivelmente distintos para que se fosse estabelecida uma relação anterior e inicial de igualdade.

Disto resulta que conceitos jurídicos universais como liberdade, propriedade, direito, ordem pública, constituição e tantos outros, podem variar em função da comunidade política ao qual são interpretados. Em outras palavras, conceituações que carregam uma certa dose de imprecisão podem ter interpretações e significados distintos de comunidade para comunidade. O termo liberdade, por exemplo, tem um significado dentro da ordem social democrática europeia e outro, completamente distinto, em um estado regido pela doutrina socialista como a China. O direito social à saúde, amplamente discutido atualmente nos Estados Unidos por um viés liberal individualista, com os olhos

Sergio B. F. and Tavolaro, Lília G. M. A cidadania sob o signo do desvio: Para uma crítica da "tese de excepcionalidade brasileira". Soc. estado., Ago 2010, vol.25, no.2, p.331-368. ISSN 0102-6992.

²⁰⁰ “Promulgada no dia 5 de outubro de 1988, durante o governo do então presidente José Sarney, a Constituição em vigor, conhecida por "Constituição Cidadã", é a sétima adotada no país e tem como um de seus fundamentos dar maior liberdade e direitos ao cidadão - reduzidos durante o regime militar - e manter o Estado como república presidencialista. As Constituições anteriores são as de Constituição de 1824 (Brasil Império), Constituição de 1891 (Brasil República), Constituição de 1934 (Segunda República ou Constituição Getulista), Constituição de 1937 (Estado Novo), Constituição de 1946 (pós-guerra), Constituição de 1967 (Regime Militar), Constituição de 1988 (Constituição Cidadã)”. Fonte: Congresso Nacional. <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras>

²⁰¹ MOREIRA, Nelson Camatta; PAULA, Rodrigo Francisco de. Lima Barreto: Subcidadania, negação do Estado de direito e constitucionalismo dirigente no Brasil. In: Direito, arte e literatura. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=77cdfc1e11e36a23>, p. 12.

voltados para preocupação com a interferência do estado na economia, é para nós, brasileiros, direito fundamental cuja prestação é exigível de pronto frente ao Estado.²⁰²

Assim, é possível argumentar que os valores sociais extraídos de uma comunidade no pacto constituinte, para atingirem a pretendida legitimidade, devem ser ideologicamente adequados aos valores e anseios da comunidade naquele instante de modificação da ordem jurídica. A ideologia das escolhas políticas insculpidas pelos constituintes no texto constitucional, são, além do universo de valores possíveis e visão de mundo dos autores, ideologias criadoras do ambiente constitucional e político comunitário.²⁰³

Quando se fala em ideologia na Constituição, é mister proceder com cautela, a fim de não cair no lugar comum da pobreza conceitual, da vulgaridade, da superficialidade. Desde muito, esse nome tem sido mal visto e condenado em razão do abuso, da distorção e da irreflexão em seu emprego. Contudo, erro não menos grave consiste em ignorá-lo por inteiro, em considerá-lo tão somente um vocábulo vil, suspeito, propulsor de mais dano e perda que certeza e proveito à boa compreensão dos vínculos históricos, políticos e sociais que tem a Constituição com o Direito, o Estado e a Sociedade, de que, aliás, ela, a Carta Magna, é alicerce, ordem, disciplina, legitimação. A revolução ocorrida no Direito ao longo dos dois derradeiros séculos ficará mais bem compreendida na essência, substância e projeção histórica se a investigação gravitar fora das órbitas milenares do jusnaturalismo tradicional e do jusromanismo, e concentrar a reflexão na queda contemporânea do positivismo clássico, conseqüência daquela evolução que fez o Direito passar da Filosofia do Direito à Ciência do Direito, e, de último, do Direito Natural à Teoria do Direito, isto é, de um extremo a outro; de um Wolf, Thomasius e Pufendorf a um Gerber, Laband e Jellinek até chegar, operando a dissolução do velho direito natural, ao seu ponto terminal, cifrado na tese do normativismo puro de Kelsen e da Escola de Viena. O pós-positivismo inspira a reconsideração da ideologia como um dos temas centrais na perquirição do pensamento e das forças determinantes da recente mudança por onde a nova corrente, numa arrancada doutrinária, moveu a alavanca que deslocou o eixo do sistema jurídico, das regras para os princípios, do civilismo para o constitucionalismo, dos códigos para as constituições, da Velha para a Nova Hermenêutica. Nesse quadro contemporâneo de tamanha alteração na base jurídica do sistema, para um bom entendimento de suas nascentes,

²⁰² SOBRINHO, José Wilson Ferreira. O Conceito Ideológico de Constituição. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 05 de set. de 2000. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/328/o_conceito_ideologico_de_constituicao>. Acesso em: 05 de set. de 2016.

²⁰³ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit. p. 171. “O impasse geralmente é verificado no pensamento jurídico a respeito, ao que nos parece, tem a sua razão na insuficiente conceituação ainda reinante mantida por alguns teóricos, tanto no que se refere à Constituição como à Ideologia, levando os intérpretes a menosprezar o verdadeiro significado desta para um trabalho seguro de entendimento daquela. Em verdade, a natureza eminentemente política da Constituição, enquanto lei maior, requer tratamento específico, que não se confunde com a elaboração da lei ordinária, mesmo porque esta toma aquela como sua referência ideológica”. SOUZA, Washington Peluso Albino de. Teoria da constituição econômica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 34.

de seu alcance, de seus rumos, de suas diretrizes, de seus efeitos porvindouros, a ideologia, levada a sério e reexaminada com critério, método e amparo científico, filosófico e sociológico, poderá ter um valor inestimável e um profundo préstimo elucidativo. Tal préstimo, em verdade, é incalculável, na idade em que a teoria material do Direito ultrapassa a teoria do formalismo jurídico puro e iça sobre o topo da pirâmide normativa a bandeira dos princípios.²⁰⁴

Tal qual preceituado por Bonavides, a ideologia levada a sério, analisada com critério, método e amparo científico, filosófico e sociológico, é um valor inestimável na busca pelas razões da crise democrática do estado pós-moderno.

3.2 A ideologia constitucionalmente adotada

O termo ideologia aqui utilizado significa sistema de crenças políticas: identificação de um conjunto de ideias e valores respeitantes à ordem pública, em um sentido neutro.²⁰⁵ Ideologia é referida como sinonimo de visão de mundo, e como tal, possui dois sentidos: noção de como é feito o mundo e a atitude em torno desta noção; um conjunto de noções e de atitudes de um determinado sujeito caracterizado pela tomada de posição política, econômica, social e filosófica diante da realidade.²⁰⁶

No seio de uma comunidade política, ideologia é o conjunto de ideias e de valores referentes à ordem pública que tem como função orientar os comportamentos políticos coletivos.²⁰⁷ De acordo com nossas pretensões, interessa analisar o conceito como sendo “uma visão de mundo compartilhada por muitos falantes e, no limite, por

²⁰⁴ CASTRO, Matheus Felipe, MEZZAROBBA, Orides. História Ideológica e Econômica das Constituições Brasileiras. Prefácio. Qual a ideologia da Constituição? Paulo Bonavides. p. 7

²⁰⁵ STOPPINO, Mario, verbete “Ideologia”, in Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfraco Pasquino (orgs.), Dicionário de Política, 5 ed., vol. 1, trad. De Carmen C. Varrialle e outros, Brasília/São Paulo, UnB/Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000, p. 585.

²⁰⁶ SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. O papel da ideologia no preenchimento de lacunas no Direito, São Paulo, Ed. RT, 1993, p. 128. O conceito apresentado se aproxima da definição de Umberto Eco: “entendemos por ideologia o universo do saber do destinatário e do grupo a que pertence, os seus sistemas de expectativas psicológicas, suas atitudes mentais, a experiência por ele adquirida, os seus princípios morais”. ECO, Umberto. A estrutura ausente, 7 ed., 2 reimpr., trad. de Pérola de Carvalho, São Paulo, Perspectiva, 2007, p. 84.

²⁰⁷ “Ideologia em sentido fraco como conjunto de idéias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos, à qual se opõe a ideologia em sentido forte, esta concebida como discurso que oculta o sentido das relações estruturais entre sujeitos, com a finalidade de reproduzir os mecanismos das hegemonias sociais”. GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.182.

toda uma sociedade”,²⁰⁸ passível de incidir como função orientadora dos comportamentos políticos coletivos, neste sentido, ideologia é “o universo dos valores possíveis de um indivíduo, de um grupo, de uma cultura”.²⁰⁹

Em suma, o discurso que se fizer sobre a crise constituinte mostrará também os laços da ideologia com a Constituição, porque todas as Constituições são políticas, e, sem política, nenhuma sociedade, nenhum ordenamento jurídico em certo grau de evolução se governa. De tal sorte que a ideologia representa o pedestal político de todos os sistemas de governo, sem exceção. Mas pedestal de valores, coadjutor por excelência de sua presença e legitimidade

²¹⁰

Karl Loewenstein desenvolve considerações sobre um tipo de Constituição que reconhece como sendo Constituições Ideológico Programáticas. Para o autor muitas das recentes constituições são tão conscientemente ideológicas, que quase se pode dizer que uma constituição não parece estar completa quando não esta imbuída por todas as partes de uma determinada ideologia.²¹¹

Desenvolvendo o que entende por Constituição Ideológica, Loewenstein apregoa que, contemporaneamente, a Constituição é um verdadeiro “catecismo político” e não apenas indicação de racionalização do poder. Por conseguinte, hoje, quase como regra, as Constituições inserem dispositivos de inspiração nitidamente ideológicos em seu texto, delimitando a forma de Estado e de governo adotadas, bem como a filosofia econômica a ser desenvolvida. Tais dispositivos não apresentam apenas caráter declaratório, ao contrário, essa estrutura ideológica “tem um completo sentido normativo e enfrenta a prática com a tarefa completamente nova de ajuizar o processo político em conformidade com estes valores e premissas ideológicas”.²¹²

A constituição, assim, entendida em sentido ideológico, é um programa político econômico, filosófico e social dotado de normatividade, que transmite à comunidade política a mensagem ideológica fixada em seu texto com pretensão de modelar a nova ordem social estabelecida.

²⁰⁸ ECO, Umberto. As formas do conteúdo, 3 ed., 2 reimpr., trad. Pérola de Carvalho, São Paulo, Perspectiva, 2004, p. 125.

²⁰⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Direito, Retórica e Comunicação, 2 ed. p. 138

²¹⁰ CASTRO, Matheus Felipe, MEZZAROBBA, Orides. História Ideológica e Econômica das Constituições Brasileiras. Prefácio. Qual a ideologia da Constituição? Paulo Bonavides. p. 10

²¹¹ "Muchas de las recientes constituciones son tan conscientemente ideológicas, que casi se podría decir que una constitución no parece estar completa cuando no está imbuída por todas partes de una determinada ideología". Tradução livre. LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Barcelona : Ediciones Ariel, 1970. p. 212.

²¹² LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Barcelona : Ediciones Ariel, 1970. p. 213.

A premissa aqui partilhada é de que todas as Constituições são ideológicas. Umas mais, outras menos, umas maneira mais visível e manifesta, outras nem tanto. O que as distingue precisamente nesse ponto é o grau de rigidez ou flexibilidade na escala dos valores por onde o consenso lhes outorga legitimidade. Essa teoria em que a ideologia ocupa um lugar de relevo domina soberana a idade do pós-positivismo, “assinalando a era dos princípios em pleno curso e expansão, e o advento da Nova Hermenêutica, poderosa ferramenta de compreensão, crítica e análise interpretativa dos conteúdos constitucionais em sua aplicação normativa”.²¹³

3.2.1 *O núcleo axiológico da Constituição brasileira*

A seguir, passamos a ter por objeto o texto da Carta Constitucional brasileira de 1988, procurando determinar sobre seu espírito as bases ideológicas, as quais, “jazem todas na tábua principiológica conformadora do Estado”. A articulação dada pela Constituição Federal de 88 entre os conceitos de Estado democrático, desenvolvimento econômico e direitos sociais acarretou na promulgação daquela que pode ser considerada a “melhor Constituição brasileira de todas as épocas constitucionais”, na qual elaborou-se pelo ângulo ideológico, “a mais aberta, a mais flexível, a mais expansiva das Constituições”, como bem disse Paulo Bonavides:²¹⁴

Nunca uma lei magna no Brasil esteve tão perto de refletir as forças reais do poder, de que fazia menção Lassale, na segunda metade do século passado, quando este singular texto de 245 gordos artigos, escoltados por mais 70 outros, não menos volumosos, contendo disposições constitucionais transitórias. A produção constituinte foi tão caudalosa que o ato das disposições transitórias guarda a dimensão de uma Constituição, não sendo inferior em extensão as Cartas do Império e da Primeira República. Obra também, esta última, de uma Constituinte congressual. Tal contiguidade do texto em relação ao País real é no caso brasileiro sua força e ao mesmo passo sua fraqueza. Força, pelas óbvias razões de não ser um devaneio, um sonho pragmático ou metafísico, de constituintes nefelibatas; mas algo fecundo no ventre da Nação em crise produzido pela sociedade e não pelo Estado, posto que por uma sociedade que o Estado mesmo – leia-se o próprio governo – fez enfermar perigosamente.²¹⁵

²¹³ CASTRO, Matheus Felipe, MEZZARROBA, Orides. História Ideológica e Econômica das Constituições Brasileiras. Prefácio. Qual a ideologia da Constituição? Paulo Bonavides. p. 10

²¹⁴ BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da democracia participativa, 2001, p. 204.

²¹⁵ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História Constitucional do Brasil. 9 ed. Brasília: OAB Editora, 2008, p. 489.

Tomando como ponto de partida para análise o texto constitucional, já no preâmbulo é possível identificar elementos que compõe os valores comuns da sociedade brasileira, uma vez que o pacto constituinte ali estabelecido teve como finalidade instituir um Estado Democrático de Direito, que visa assegurar, sobretudo, o exercício de direitos fundamentais de 1ª e 2ª geração.²¹⁶

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil

Algumas observações podem ser apontadas sobre o preâmbulo constitucional. Muito embora não possa ser considerado norma constitucional em sentido estrito, o preâmbulo deve ser interpretado como um texto de apresentação da constituição, utilizado pelo representante para expor os fins e os objetivos de sua obra.²¹⁷

²¹⁶ CASTRO, Matheus Felipe; MEZZARROBA, Orides. História Ideológica e Econômica das Constituições Brasileiras. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 137. Sobre os direitos de 1ª e 2ª geração: “Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os ligados ao valor liberdade, são os direitos civis e políticos. São direitos individuais com caráter negativo por exigirem diretamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário. Ligados ao valor igualdade, os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais. São direitos de titularidade coletiva e com caráter positivo, pois exigem atuações do Estado. Os direitos fundamentais de terceira geração, ligados ao valor fraternidade ou solidariedade, são os relacionados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. São direitos transindividuais, em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano. NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. São Paulo: Ed Método, 2009, 3 ed., p. 362/364.

²¹⁷ Sobre a natureza jurídica do preâmbulo constitucional já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal: “Devem ser postos em relevo os valores que norteiam a Constituição e que devem servir de orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais e apreciação da subsunção, ou não, da Lei 8.899/1994 a elas. Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988 (...). Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...). E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia José Afonso da Silva que “O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. ‘Assegurar’, tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu ‘exercício’. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de ‘assegurar’, tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico” (...). Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade.” [ADI 2.649, voto da rel. min. Cármen Lúcia, j. 8-5-2008, P, DJE de 17-10-2008.]

Häberle discorre sobre a poesia encontrada em alguns textos constitucionais e a dose de utopia fornecida pela arte na tarefa de orientar o sentido da realidade constitucional. Ele recorda a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, "cujo êxito universal foi propiciado, em parte, pelo caráter contundente, sugestivo e penetrante do estilo que lhe foi conferido por alguns dos literatos reunidos na Assembleia Nacional Francesa, como Mirabeau", diz.

Há alguns aspectos do Direito Constitucional são especialmente sensíveis à atividade criadora dos poetas. Os preâmbulos das constituições é um bom exemplo, bem como os enunciados empregados nos catálogos dos direitos. Os poetas proporcionam a dose suficiente de utopia que orienta o sentido da realidade constitucional. Poder-se-ia citar o caso da nova Constituição da Suíça, de 1999, uma parte do preâmbulo foi concebida pelo poeta suíço Adolf Muschg ao proclamar que a força do povo é medida pelo bem-estar dos débeis. Os valores derivados de alguns princípios e objetivos constitucionais, como a tolerância e a educação democrática, podem fundar-se na formulação linguística e no conteúdo material enunciado pelos poetas.²¹⁸

As utopias merecem a devida relevância, pois elas estão intrinsecamente ligadas à vivência comunitária e política. Inexiste política sem emoção ao passo que não existe constituição sem sonhos. Segundo Peter Häberle as utopias jurídicas se expressam nos textos constitucionais a partir dos mais caros objetivos que venham a ser consagrados, portanto uma função tanto crítica como produtiva, ensejando o encadeamento necessário entre esperança e responsabilidade.²¹⁹

Pode certo, a interpretação da constituição deve ser extraída de uma sistemática das diferentes partes, das quais consta preâmbulo, o conteúdo dos direitos e os objetivos ou fins constitucionais. O texto preambular, principalmente por discorrer sobre a vontade do constituinte no instante de instauração da ordem constitucional, deve servir de

²¹⁸ HABERLE, Peter. *Conversas acadêmicas*. Org. Diego Valadés. Editora Saraiva. 2008. p. No diálogo de Haberle com Héctor López Bofill, o espanhol aborda a influência da poesia na hermenêutica constitucional: "Se a poesia está na origem da ordem constitucional, também se pode afirmar que a poesia é um meio de interpretação dos conceitos constitucionais. A interpretação é extraída de uma sistemática das diferentes partes (preâmbulo, conteúdo dos direitos e objetivos ou fins constitucionais) em relação com a palavra poética que os estabeleceu". *Idem*

²¹⁹ DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. Saraiva. 2009, p. 356. Neste sentido: "A análise ontológica demonstra que nenhuma sociedade pode existir sem uma definição, mais ou menos certa, de valores substantivos compartilhados, de bens sociais comuns (as public goods dos economistas constituem apenas uma parte deles). Esses valores formam uma parte essencial das significações imaginária sociais a cada vez instituídas. Eles definem o avanço de cada sociedade; fornecem normas e critérios não formalmente instituídos (...); enfim, eles subentendem o trabalho institucional explícito. Um regime político não pode ser totalmente agnóstico em termos de valores (morais ou éticos). O direito, por exemplo, só pode exprimir uma concepção comum (...) sobre o mínimo moral implicado pela vida em sociedade." CASTORIADIS, Cornelius. *As encruzilhadas do labirinto: a ascensão da insignificância*. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v. p. 276-277

orientação para interpretação das normas constitucionais. Importante destacar as expressões “valores supremos” e “assegurar”, dão a exata medida sobre quais concepções o constituinte estrutura os princípios centrais da ordem política que alicerça o Estado, colocando-o como meio possível para se assegurar a consagração dos valores supremos com objetivo de construir de uma sociedade “fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Para além do preâmbulo, no texto constitucional observa-se a repetição e a reiteração destes mesmos valores. O artigo primeiro logo de cara estabelece que a república e seus entes constitui-se (em) Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político, completando o parágrafo único que todo o poder emana do povo que o exerce por meio de eleitos ou diretamente.

No artigo terceiro, o constituinte nos apresenta os objetivos fundamentais do pacto social brasileiro: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Podemos destacar ainda as alíneas 'a' e 'b' do inciso LXXVI do artigo 5º, assegura-se para os "reconhecidamente pobres" (na forma da lei), o registro civil de nascimento e a certidão de óbito. O artigo 6º traz, como direito social, a assistência aos "desamparados". Consta que a Defensoria Pública promoverá a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos "necessitados" (art. 134), o inciso XXII do art. 5º que consagra o direito fundamental de propriedade, vinculando-a ao inciso XXIII que impõe o dever de a propriedade atender a sua função social; o caput do art. 170 quando dispõe que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social; o inciso III do art. 170 que determina que a ordem econômica observe o princípio da função social da propriedade.

Parece claro que nestes dois artigos que definem os fundamentos da república e os objetivos fundamentais, o constituinte pretendeu replicar em normas constitucionais as intenções explanadas no preâmbulo de construir um Estado destinado a garantir o exercício dos direitos sociais e individuais (destaque para a ordem de disposição dos termos no qual direitos sociais aparece em primeiro plano, o que nos dá um indicativo de relevância *prima facie*, que não deve ser interpretada como mera casualidade), a

liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça empenhando como meio para construir os fins ao qual seria uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos fundada na harmonia social e comprometida com a paz os fundamentos e os objetivos fundamentais constante nos artigo 1º. e 3º. ²²⁰

A existência de finalidade e objetivos constitucionais explica em certa medida a própria existência da Constituição. É inerente a uma organização comunitária definir suas finalidade e objetivos, e estruturar sua vivência em função destes nortes, que acabam por ser materializados como projetos de construção de um futuro compartilhado. A razão de estarmos em comunidade nos termos instituídos pela Constituição esta exposta nas finalidades e nos objetivos que o pacto constituinte estabeleceu como comuns a sociedade brasileira. Ademais, a reflexão social sobre qualquer tema constitucional não se limitar ao texto positivado, mas decorrer da compreensão acerca da necessidade existencial de promover a realização dos programas pertinentes aos direitos fundamentais e dos objetivos constitucionais. ²²¹

Para além das finalidades e dos objetivos traçados pelo constituinte, a Constituição brasileira, apesar de não deixar expresso no *caput* do art. 1º que institui um Estado Social, deixa claro este objetivo no transcórre de seu texto. O próprio preâmbulo, conforme já destacamos, traz como primeiro argumento sobre a razão de ser do Estado a salvaguarda da garantia do exercício dos direitos sociais. Ademais, o rol previsto de direitos sociais dos artigos 6º. ao 10º., evidenciam a preocupação em instituir uma ordem estatal empenhada na busca de uma igualdade material; dirigindo a atuação do estado

²²⁰ “No âmbito do estritamente formal, nossa Constituição é inexcedível. Nenhuma outra no mundo é mais rica e mais prolixa em deferir ao indivíduo direitos fundamentais. Nossos direitos individuais e coletivos se espraiam em setenta e sete incisos do artigo 5º de nossa Constituição e protegem desde a nossa intimidade até as mais sociais de nossas manifestações pessoais, locomoção, expressão, reunião, informação; todas essas esferas do indivíduo são devidamente enunciadas e erigidas a direitos fundamentais. Nem ficamos aquém em matéria de direitos sociais. O art. 6º os menciona em termos gerais, abrangentes, inclusive, de capítulos outros que não os destinados aos direitos fundamentais, e os artigos 7º, 8º e 9º enumeram os mais diretamente ligados à atividade econômica, num conjunto de quarenta e dois incisos. No tocante à definição de instrumentos processuais a serviço da efetivação desses direitos somos, por igual, pródigos. Há previsão da ação popular, da ação penal subsidiária, do mandado de segurança individual e coletivo, do mandado de injunção, do habeas-data, da ação direta de inconstitucionalidade, da ação civil pública, sem falar numa ainda não de todo esclarecida argüição de descumprimento de preceito fundamental. Por força de tanto estímulo, temos hoje ações coletivas em quantidade de causar inveja, e fizemos nosso linguajar quotidiano falar sobre a tutela dos interesses difusos, transindividuais, coletivos, homogêneos e conhecemos, inclusive, as famosas ações de classe dos países anglo - saxões.” PASSOS, J. J. Calmon de. Cidadania Tutelada. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 5, janeiro/fevereiro/março, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 de agosto de 2016.

²²¹ DANTAS. Miguel Calmon. Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade. Saraiva. 2009, p. 250

como um provedor de serviços e interventor na ordem econômica para que se busque a máxima realização da justiça social.²²²

Outros dispositivos deixam evidente esta característica apontada. A ordem política social brasileira não é uma ordem que se legitima por oferecer segurança e liberdade. É, também, mas não só. A ordem política brasileira se legitima principalmente por oferecer uma busca incessante de justiça social para um dos países mais desiguais do planeta. Diversos são os dispositivos da constituição brasileira que estabelecem, a toda evidência, a construção de um Estado na linha do Estado Providência, do Estado Social de Direito, aqui entendido em sentido amplo, como sinônimo de Estado intervencionista ou Estado desenvolvimentista, que exige uma atuação ativa do poder público na promoção do bem-estar social.²²³

Corroborando com o entendimento de que o Estado idealizado pelo constituinte era efetivamente um Estado de bem-estar social que se utilizaria da estrutura do poder estatal como meio para atingir este fim o carregar de tintas que o constituinte atribuiu ao princípio da dignidade da pessoa humana, acoplando-o não apenas no artigo 1º. (como princípio político constitucionalmente conformador) mas, também, no artigo 170 (como princípio diretriz, norma-objetivo). A dignidade da pessoa humana, portanto, é adotada como fundamento da República Federativa do Brasil e fim da ordem econômica, irradiando seu alcance, não apenas os direitos fundamentais, mas também na organização

²²² MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição federal*. p.57. Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Marcondes Martins é enfático ao determinar que a Constituição brasileira de 1988 possui uma indiscutível ideologia socializante, antagônica à ideologia econômica liberal, no sentido de que o estado de buscar promover equidade social e não se abster de interferência, para o professor o constituinte traçou as balizas de um estado interventor da ordem econômica e prestador de serviços. A “ideologia socializante da Constituição salta aos olhos de qualquer interprete de boa-fé”. Idem

²²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 28 ed., “Apêndice”, II/7, p. 1.082-1.083. “Com efeito, seu artigo 3º proclama de modo enfático que: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Seu artigo 6º declara que são direitos sociais, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. No artigo 170, com o qual se abre o capítulo denominado “Dos Princípios Gerais da Ordem Econômica”, estatui que: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)” observados uns tantos princípios, entre os quais são arrolados “a função social da propriedade” e a “redução das desigualdades regionais e sociais”. De seu turno, o artigo 193, é explícito ao estabelecer que: “A ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social”. Aponta, ainda, o mestre paulista que a Constituição optou por um decidido apoio ao genuinamente nacional, de que é exemplo a norma que qualifica o mercado interno como patrimônio nacional ou o inconstitucionalmente revogado, em sua opinião, conceito de empresa brasileira de capital nacional e sua correlata proteção.

econômica.²²⁴ O Constituinte de 1988, a exemplo do que ocorreu em outras sociais democracias, como na Alemanha, reconheceu, categoricamente, quando na consagração expressa do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário, “já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”.²²⁵

Conquanto, caso fosse necessário alçar penas um princípio à categoria de valor dos valores, de toda a constelação axiológica da Constituição de 1988, consubstanciando-se no princípio que mais repassa a sua materialidade para os outros, norteando toda a construção da arena política brasileira, este princípio seria a democracia.²²⁶ Posição compartilhada, novamente, por Paulo Bonavides:

Concebida por direito fundamental da quarta geração e forma superlativa de um regime aberto, do mais forte teor participativo, essa democracia é, sem dúvida, a posição doutrinária que melhor atende, com adequação e rigor ao requisito contemporâneo de restauração da idoneidade vocabular e moral do termo ideologia.²²⁷

²²⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 193-194. 7. “Princípios constitucionais conformadores” para Canotilho são aquelas normas constitucionais que explicitam valores políticos ou opções políticas fundamentais da Constituição, sendo, portanto, deontológicos e expressos. Por sua vez, “normas programáticas” são normas constitucionais que, em vez de regularem direta e imediatamente determinados interesses, limitam-se a delinear programas para serem cumpridos pelos órgãos estatais. Os princípios conformadores possuem aplicabilidade imediata, embora não possuam, necessariamente, um verbo ativo de comando em seu dispositivo, por exemplo, o inciso I do art. 4º, da CF/1988; ao passo que as normas programáticas, mesmo possuindo um verbo ativo de comando, dependem da conformação de seu comando em legislações infraconstitucionais e em políticas públicas, por exemplo, o parágrafo único do art. 4º. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª ed. São Paulo, Malheiros Editor. 2009.

²²⁵ SARLET, I.W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 68.

²²⁶ “Ela é a que mais se faz presente em cada um dos fundamentos da República e em cada uma das cláusulas expressas materiais do § 4º do art. 60 e por tal razão é que não houve necessidade de clausulá-la como norma pétrea. Ela é o mais pétrea dos valores pétreos, porque todos os outros somente valem porque ela vale. Ela é a razão de ser dos demais, e, assim, o princípio que mais norteia a interpretação dos outros e o que dota a Constituição do mencionado caráter de processualidade endógena. (...) A Democracia é a quintessência ou o próprio ser da Constituição, em derradeiro exame. Ela é a chave de abóbada do sistema constitucional brasileiro, cumprindo o papel instrumental de impedir que o auto-impulso axiológico da Magna Lei (de um patamar inferior para outro superior) venha a se perder no infundável. Esse movimento ascensional-interno (de preceito para princípio e de princípio menor para princípio maior) tem um compromisso racional com um dado ponto de chegada, que é o valor para além do qual não pode haver outro senão já totalmente situado no mundo das coisas metajurídicas. E esse valor-teto, que dentro da Constituição não conhece outro que se lhe iguale em importância funcional-sistêmica, é precisamente aquele cuja existência é a principal justificativa lógica de quase a totalidade da axiologia constitucional. O valorcontingente por excelência ou o gene do qual decorrem os mais vivos traços fisionômicos da principiologia que embalou os sonhos do Constituinte de 1987/1988.” BRITTO, Carlos Ayres. *A Constituição e o Monitoramento de suas Emendas*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, janeiro, 2004.

²²⁷ CASTRO, Matheus Felipe, MEZZAROLA, Orides. *História Ideológica e Econômica das Constituições Brasileiras*. Prefácio. Qual a ideologia da Constituição? Paulo Bonavides. p. 14

Por todo o exposto, nos parece que o preâmbulo, os fundamentos da república e os objetivos fundamentais atribuem os contornos daquilo que seria o “gene do qual decorrem os mais vivos traços fisionômicos da principiologia que embalou os sonhos do Constituinte”. Uma gama de nortes que somados ao momento constituinte, definido sobretudo pela pergunta fundamental à respeito da superação do regime de ditadura militar, nos fornecem elementos suficientes para definir a indisfarçável vocação democrática de nossa Carta Magna. Ulysses Guimarães, no discurso de promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, dizia que ela havia sido escrita com “sopro de gente”, com “ódio e nojo à ditadura” e que “a Nação quer mudar. A Nação deve mudar. A Nação vai mudar. A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança”. A mudança ao qual se referia era, acima de todas as outras coisas, uma mudança para o regime democrático e toda sua bagagem de respeito aos direitos humanos e fundamentais.²²⁸

Conquanto, para além da centralidade do viés democrático, há elementos plurais e conflitantes dentro do mesmo pacto constituinte que ostentam o mesmo grau de hierarquia. Os enunciados que formam a Constituição são frutos de debates, de disputas e de compromissos políticos dialéticos. O resultado é que o conjunto de seus dispositivos não espelha uma única ideologia de forma pura. Os enunciados em conflito, fatalmente, conduzem o intérprete a situações abstratas de ambiguidade. Daí a importância de se compreender e interpretar a Constituição em dada circunstância de tempo e contexto.

Washington Peluso Albino de Souza explicitar que, “nas Constituições que têm implementados princípios originários de ideologias diferentes, e até mesmo opostas, em sua manifestação pura, os elementos ideológicos que seriam tomados por conflitantes convivem harmonicamente por força do princípio da ambiguidade, intrínseco à própria natureza e estrutura dessas Constituições”.²²⁹

A constituição brasileira, definitivamente, não corresponde a apenas uma ideologia, contém uma vasta diversidade de elementos ideológicos, que nem sempre são compatíveis e estáveis entre si. Sua harmonização remete, necessariamente, ao consenso, pressuposto do pacto social, que, além de ser considerado como fundamento racional da

²²⁸ Segundo Canotilho, o Estado de Direito, sob a inflexão do constitucionalismo contemporâneo, importaria na caracterização de um Estado Constitucional, de um Estado Democrático, de um Estado Social, e, principalmente, de um Estado de Justiça enquanto Estado de Direitos Fundamentais, podendo-se conceber a inserção da principiologia constitucional nesta última dimensão. Cf. Canotilho, J. J. Gomes. Estado de direito. Lisboa: Fundação Mário Soares, 1999.

²²⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. Teoria da constituição econômica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 382-383.

obediência ao direito, influencia o próprio conteúdo do texto constitucional, o que torna possível a elaboração de uma Constituição ideologicamente plural. A constituição, nesta esteia, é uma “convergência de coincidências suficientemente amplas”, com a finalidade de acomodar as diversas opções políticas nela consagrada.²³⁰

Canotilho assinala que há duas posturas possíveis assumidas pelo interpreta face à Constituição: a primeira, adotada por aqueles que conscientemente adotam concepções ideológicas e políticas distintas da mensagem ideológica consagrada no texto, utilizando-se de fundamentos interpretativos que lhes permitam amesquinhar a estrutura normativa da Constituição. Foi a orientação seguida à risca, pelos nazistas, perante a Constituição de Weimar, por aqueles que, combatendo o caráter progressista, liberal e democrático do texto, acabaram por sobrecarregar a constituição real, banalizando seu caráter normativo. Há, contudo, uma posição que guarda sintonia com os princípios fundamentais atinentes à conformação política e jurídica da sociedade, ao qual caracteriza por ser um “prudente positivismo”, indispensável à manutenção da obrigatoriedade normativa do texto constitucional.²³¹

Por esta perspectiva, também o texto é um limite ideológico que estabelece o ponto de partida para a interpretação. Nesta esteia, na linha do “prudente positivismo”, a ideologia constitucionalmente adotada; “perfeitamente determinável e definível no bojo do discurso constitucional” é entendida como “indispensável à manutenção da obrigatoriedade normativa do texto constitucional”, vinculando o interprete na medida em que repudia a postura “assumida por quantos optam por concepções ideológicas dela diferentes”. Ideologias que não se conformem, por exemplo, com o modelo de bem-estar,

²³⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.16. Neste sentido, José Afonso da Silva reatesta o fato de que a Constituição de 1988 não é a Constituição ideal de nenhum grupo nacional: “Talvez suas virtudes estejam em seus defeitos, em suas imperfeições, que decorrem de seu processo de formação [...] desse processo provém uma Constituição razoavelmente avançada, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro [...] que não promete a transição para o socialismo, mas se abre para o futuro, com promessa de realização de um Estado Democrático de Direito que construa uma sociedade livre, justa e solidária, garanta o desenvolvimento nacional, erradique a pobreza e a marginalização [...]”. SILVA, José Afonso da. Poder Constituinte e Poder Popular - Estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 39. “O certo, contudo, é que a constituição de 88 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de Justiça Social, fundado na dignidade da pessoa humana”. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. p. 120.

²³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 3ª ed. Coimbra, Coimbra Editora, 1994, p. 224

resultariam em interpretações inconstitucionais e destoariam do que compreendido como limites à atuação política dentro da sociedade brasileira.²³²

Segundo Müller, o texto da norma, ao possibilitar a aferição do programa normativo e do âmbito normativo, possibilita uma delimitação material do âmbito de interpretação, que será objeto de especificação concretizante quando em cotejo com o caso concreto, com a práxis constitucionalmente relevante.²³³

Adotando, pois, a postura de que é necessário resguardar a sintonia com a materialidade da Constituição, a partir do exercício de um prudente positivismo, indispensável à preservação da força normativa do seu texto, temos por claro que a Constituição brasileira é, sobretudo, dirigente²³⁴ – pois possui expressamente um plano de transformação da sociedade brasileira, com reforço dos direitos sociais, a proteção ao mercado interno (artigo 219), o desenvolvimento e a erradicação da miséria e das desigualdades sociais e regionais (artigos 3º e 170) como objetivos da República, com a inclusão do programa nacional-desenvolvimentista no seu texto e com a excessiva preocupação despendida com os direitos humanos.²³⁵

É inegável o caráter compromissório e diligente da Constituição do Brasil, caráter este que, sistematicamente, vem sendo vilipendiado nestes mais de 30 anos de vigência normativa. Seja pela atuação dos próprios juristas que não se furtam em retirar normatividade da constituição, sob o manto das normas programáticas, negando qual eficácia, condenando-as a serem verdadeiras normas simbólicas.²³⁶

²³² GRAU, Eros. A ordem econômica na Constituição de 1988. Interpretação e Crítica. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 176 e 177. Nas palavras de Canotilho: “‘Realizar a Constituição’ significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer constituição só é juridicamente eficaz (pretensão de eficácia) através da sua realização. Esta realização é uma tarefa de todos os órgãos constitucionais que, na actividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da constituição. Nesta ‘tarefa realizadora’ participam ainda todos os cidadãos que fundamentam na constituição, de forma direta e imediata, os seus direitos e deveres” in CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional. p. 201-202.

²³³ MULLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.75.

²³⁴ José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, 2ª ed, Coimbra, Coimbra Ed., 2001, pp. 12, 14, 18-24, 27-30 e 69-71.

²³⁵ BERCOVICI, Gilberto. Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo entre Ausentes. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binenbojm. (Org.). Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. , p. 725-738.

²³⁶ Canotilho, quando do desenvolvimento de sua tese de constitucionalismo diligente chegou a afirmar que já não se podia falar “de *normas (textos jurídicos) programáticas e, portanto*, as assim denominadas “normas programáticas” não são o que lhes assinalava a doutrina tradicional: “simples programas”, “exortações morais”, “declarações”, “sentenças políticas”, etc., juridicamente desprovidas de qualquer vinculariedade, e, sim, que às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição. Nesse sentido, afirmava o mestre

Seja por debates inócuos que não raras vezes limitam o constitucionalismo a técnicas hermenêuticas e ações de controle de constitucionalidade, relegando as atribuições e competências do Estado às ciências políticas e sociais. Seja pela tardia e dificultosa constitucionalização do direito codificado, que se mantêm resistentes a uma releitura constitucionalmente adequada, invertendo a lógica da hierarquia normativa.²³⁷ Seja, ainda, pelo uso desenfreado de teorias jurídicas estrangeiras alienígenas²³⁸ ao constitucionalismo brasileiro, sempre com o objetivo de desmontar o Estado Social por uma perspectiva neoliberal, ou ainda, pela própria atuação política parlamentar que já promulgou mais de 90 emendas ao texto constitucional.²³⁹

Em *terrae brasilis* por vezes, como nos alerta Lenio Sterck, é preciso dizer o óbvio: “a Constituição constitui (no sentido fenomenológicohermenêutico); a

português que a positividade jurídico-constitucional das assim denominadas normas programáticas significa, fundamentalmente, o seguinte: 1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); 2) como diretivas materiais permanentes, elas vinculam positivamente todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); 3) como limites negativos, justificam a eventual censura, sob forma de inconstitucionalidade, em relação aos atos que as contrariam”. STRECK, Lenio Luiz. Teoria da constituição e estado democrático de direito: Ainda é possível falar em constituição dirigente?. Doutrina, Rio de Janeiro/RJ, n. 13, p. 280-310, 2002. Nesta mesma perspectiva Celso Antônio Bandeira de Mello: “Uma vez que a nota típica do Direito é a imposição de condutas, compreende-se que o regramento constitucional é, acima de tudo, um conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos. Assim, quando dispõe sobre a realização da Justiça Social – mesmo nas regras chamadas programáticas –, está, na verdade, imperativamente, constituindo o Estado brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 28 ed. p. 237. Ainda; Paulo Bonavides: “Vemos com freqüência os publicistas invocarem tais disposições para configurar a natureza política e ideológica do regime, o que aliás é correto, enquanto naturalmente tal invocação não abrigar uma segunda intenção, por vezes reiterada, de legitimar a inobservância de algumas determinações constitucionais. Tal acontece com enunciações diretivas formuladas em termos genéricos e abstratos, às quais comodamente se atribui a escusa evasiva da programaticidade como expediente fácil para justificar o descumprimento da vontade constitucional”. BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 218. Não por acaso, José Afonso da Silva, clássica referência teórica na classificação normas constitucionais em solo brasileiro, afirma que: “aqueles que negam juridicidade às normas constitucionais programáticas têm por hábito caracterizar como programática toda norma constitucional incômoda”. SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 2006. p. 153.

²³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 18-19, jul/dez. 2006

²³⁸ Termo fartamente utilizado por Celso Antônio Bandeira de Mello. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 28 ed.

²³⁹ “Contudo, comum a todos os estados constitucionais é o fato de que a Constituição visar à vinculação da política e a política frequentemente perceber essas vinculações como perturbadoras. Destarte, provavelmente não será encontrado nenhum Estado constitucional, no qual a política não tente, ao menos ocasionalmente, ignorar as vinculações do direito constitucional ou instrumentalizar a Constituição para alcançar seus objetivos”. GRIMM, Dieter. Constituição e Política. Traduzido por Geraldo Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, p. XLI.

Constituição vincula (não metafisicamente); a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal”.²⁴⁰

Neste sentido, as soluções dadas pelo intérprete e pelo aplicador da Constituição devem estar adequadas e ser coerentes com a ideologia constitucionalmente adotada. A Constituição brasileira de 1988 é enfaticamente voltada a ser instrumento de “transformação da realidade”, os princípios fundamentais da Constituição, consagrados, sobretudo, nos seus artigos 1º e 3º; constituem o “cerne constitucional” e devem servir, por meio do princípio da unidade da Constituição, de diretriz interpretativa, irradiando seus efeitos para todo ordenamento.²⁴¹

Canotilho precisamente alerta que do ponto de vista jurídico-constitucional e jurídico-dogmático os direitos sociais estão hoje na mesma posição em quem estavam os direitos de liberdade e garantias individuais há mais de cinquenta anos. A teoria da regulamentação das liberdades insistia em vincular a eficácia dos direitos individuais à legislação infraconstitucional, também agora se insiste na tese que os governos têm uma completa liberdade e por este motivo, sem a intervenção da lei “não existem” direitos sociais.²⁴²

A própria constituição nos oferece elementos que supera esta concepção, oferecendo, inclusive, remédios constitucionais como ferramentas processuais para garantir e tutelar direitos fundamentais. A problemática da crise constitucional brasileira gira mais no em torno de como aplicá-la, como realizá-la, como buscar uma concreção constitucional, do que uma busca incessante por mais direitos. Na realidade, a crise democrática vivenciada é muito mais uma crise da sociedade, do governo e do Estado do que uma crise da constituição propriamente dita.²⁴³

3.2.2 *As condições do agir político no pacto constitucional brasileiro*

O texto normativo brasileiro apresenta fartos elementos ideológicos em sua conformação. Seu reconhecimento implica, sobretudo, a necessidade de se atribuir ao

²⁴⁰ STERCK, Lenio Luiz. A Concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. Caderno de Direito Constitucional – 2006. Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Módulo V. Teoria da Constituição e Justiça Constitucional.

²⁴¹ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 36, n. 142, abr./jun. de 1999, p. 46.

²⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Ed., 2004b, p. 35-68.

²⁴³ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 345-348.

caráter normativo um sentido prospectivamente orientador da ordem política, sem a antiga pretensão de fechar o sistema, mas lembrando, sempre, que a constituição não é apenas o “garantidor do existente”, mas deve ser o “esboço do porvir”.²⁴⁴

A ideologia constitucionalmente adotada é aquela que implica a existência de um Estado como vetor de ordem social, que determina um dirigismo aos poderes constituídos na busca por cumprir sua promessa de modernidade, como antítese de antigo, daquilo que sempre vivemos e convivemos em nossas terras, da desigualdade abismal, da ausência de reconhecimento de toda uma classe social, da ausência de mobilidade e de possibilidade de alteração do status quo. Habermas destaca que “Hegel emprega o conceito de modernidade, antes de tudo, em contextos históricos, como conceito de época: os novos são os tempos modernos”.²⁴⁵

Neste sentido, é imprescindível resgatar, em terras brasileiras, o conceito de Constituição dirigente, na medida em que esta estabelece um programa de ação para a alteração da sociedade.²⁴⁶ Como já discorrido, nosso pacto social se funda numa intensa busca por mudança, tanto de ordem institucional do regime ditatorial para a democracia, tanto de ordem concreta pautado no real, dado que o pacto constituinte foi fonte de esperança para uma infinidade de brasileiros que sempre viveu as mazelas de nossa sociedade. O resgate que se pretende é mais sobre uma prática de vivência constitucional,

²⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, p. 150-154.

²⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. O discurso filosófico da modernidade. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 9 “A compreensão acerca do significado do constitucionalismo contemporâneo, entendido como o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, a toda evidência implica a necessária compreensão da relação existente entre Constituição e jurisdição constitucional. (...) No Brasil, os principais componentes do Estado Democrático de Direito, nascidos no processo constituinte de 1986-88, ainda estão no aguardo de sua implementação.” Passados mais de vinte anos desde a promulgação do texto constitucional, com efeito, “parcela expressiva das regras e princípios nela previstos continuam ineficazes. Essa inefetividade põe em xeque, já de início e sobremodo, o artigo 1º da Constituição, que prevê a dignidade da pessoa humana como um dos fatores da República brasileira, que, segundo o mesmo dispositivo, constitui-se em um Estado Democrático de Direito. (...) Sendo a Constituição brasileira, pois, uma Constituição social, dirigente e compromissária – conforme a doutrina constitucional contemporânea cunhou e que faz parte da tradição -, é absolutamente lógico afirmar que o seu conteúdo está voltado/dirigido para o resgate das promessas da modernidade. Daí que o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos (formalmente) uma Constituição democrática – deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para a implantação das promessas modernas (igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais, etc.). STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica., p. 2-4

²⁴⁶ “A teoria da constituição dirigente foi desenvolvida por Canotilho em estudo em que abordou a vinculação do legislador como consequência do caráter projetante para o futuro e que põe a realidade como tarefa a partir da sistemática da Constituição portuguesa de 1976, analisando as formas de direção, o desvio do poder legislativo, a natureza da função legislativa e a amplitude da liberdade de conformação, que não se confundiria com a discricionariedade, pois a atividade legiferante não apenas se destina a executar a constituição, podendo atuar na qualificação do interesse público, sendo festejado pela maioria da doutrina constitucionalista e expandindo as suas concepções teóricas e dogmáticas além das fronteiras lusitanas.” DANTAS, Miguel Calmon. Ode ou Réquiem pela Constituição Dirigente? Revista do Curso de Direito da UNIFACS, Porto Alegre: Síntese, v. 5, 2005, Coleção Acadêmica de Direito, v. 46, p. 57.

que leve a sérios as promessas, objetivos, nortes e valores da constituição do que o resgate de uma teoria com pretensão de vincular o legislador.²⁴⁷

A modernidade no Brasil formou-se de um modo particularmente distinto das concepções sociais, políticas, econômicas e jurídicas das “nações centrais”. Nestas, as efetivações dos direitos sociais foram implementadas pelos Estados, ainda que em diferentes medidas. A luta por reconhecimento social na Europa provocou movimentos políticos cuja relevância moldou a cultura política do mundo ocidental. Ao passo que, por aqui, ainda convivemos, diariamente, com uma massa de subcidadãos não integrados ao sistema político pelo fato de não atingirem condições mínimas de cidadania.

A promessa de modernidade constitucional visa, justamente, integrar estes brasileiros, na medida em que a Constituição atribui ao Estado à função de ser a ferramenta de inserção deste verdadeiro exército de excluídos. É, sobretudo, nestes termos, que se consubstancia nosso pacto social. O reconhecimento da ideologia constitucionalmente adotada corrobora com esta concepção de Estado.

Não se fecha os olhos, contudo, as diversas críticas tecidas contra este constitucionalismo dirigente. Não temos a pretensão de afirmar ser a Constituição o fator real de poder bastante para modificação da ordem social. Tem-se consciência da incapacidade da Constituição em abarcar todo o social, de sua ingênua vaidade, enquanto dirigente, de tomar as rédeas da política, de que suas fragilidades epistêmicas são consequências da incapacidade regulatória do próprio direito na pós-modernidade.²⁴⁸

O sentido que se pretende atribuir aqui ao dirigismo constitucional caminha no sentido atribuído por Friedrich Müller em entrevista dada aos professores Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Gilberto Bercovici, na qual, ao ser questionado sobre se faria sentido ainda a tese da Constituição Dirigente para países como o Brasil destacou que a questão deveria ser pautada por dois aspectos, um acadêmico e outro normativo e prático. Do aspecto acadêmico, o próprio Gomes Canotilho declarou uma parte dessa doutrina mais ou menos “morta”. Em compensação, o aspecto normativo e prático é de uma importância primordial, tanto que se trate de normas dirigentes, vigentes e exigíveis

²⁴⁷ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição diligente e a Crise da Teoria da Constituição. In: BERCOVICI, Gilberto; et al. Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 119. “Derecho es una técnica de organización social que puede asumir una función al servicio de la transformación de la sociedad” MONEREO PÉREZ, José Luís. Estudio Preliminar: La Teoría Política – Jurídica de Hermann Heller. In: HELLER, Hermann. Teoría del Estado. Traducción de José Luís M. Pérez. Granada, 2004 p. XI.

²⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, p. X-XI.

contra as tendências de desconstitucionalização e de desregulação contemporânea. E complementa, por fim, destacando o óbvio, fosse a constituição leva a sério, não haveria necessidade de adjetivar teorias já revestida de normatividade. O Estado constitucional é um Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual deveria ser “supérfluo” introduzir ainda a noção suplementar de “constituição dirigente”.

Este conteúdo correto é o seguinte: no Estado Democrático de Direito com uma constituição escrita, ela forma a categoria de validade superior do direito positivo (nacional). A constituição condiciona diretamente não apenas o governo, o restante do executivo e a justiça, mas também a legislação. A constituição se encontra no ponto culminante da hierarquia normativa do Estado de Direito. Seu cumprimento é controlado no Estado de Direito suficientemente elaborado por uma justiça constitucional – na Alemanha, felizmente, por um tribunal constitucional especializado; no Brasil, infelizmente, segundo o modelo norte-americano do formato de corte suprema – um modelo historicamente superado e ineficiente. Uma de minhas propostas para a reforma do judiciário no Brasil tinha como objetivo transformar o STF atual em um tribunal supremo especializado unicamente nas questões constitucionais. Neste sentido preciso, a “constituição dirigente” é de enorme importância para o Brasil. Como já vinha dizendo, o controle do cumprimento da constituição deveria ainda ser melhorado, descarregando o STF e com ele se concentrando, no futuro, sobre as questões de ordem puramente constitucional. (...) Quanto ao presente e ao futuro próximo, em todo caso, a noção de “constituição dirigente” – com o conteúdo aqui explicado – tem muito sentido. Ela é mesmo o centro, o núcleo jurídico do Estado Democrático de Direito que a República Federativa do Brasil vem desenvolvendo cada vez mais, não podemos esquecer, também pelo trabalho engajado e perseverante de seus juristas democráticos.²⁴⁹

O próprio Professor Canotilho, por diversas vezes, pautou a questão sobre o sentido de se falar em Constituição dirigente na pós-modernidade. Aos constitucionalistas brasileiros em congresso realizado no Paraná, inclusive, respondeu incisivamente sobre a derrocada de sua teoria afirmando que a Constituição dirigente estaria morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Conquanto, o dirigismo constitucional continuaria a persistir nas suas dimensões básicas, dos direitos fundamentais de liberdade, como ferramenta capaz de impelir o estado a garantir os direitos sociais e econômicos, necessários para uma vivência emancipatória e inclusiva. A sobredita “morte” da constituição dirigente, nestes termos, jamais poderia servir de

²⁴⁹ ENTREVISTA COM FRIEDRICH MÜLLER. Friedrich Müller, 2006. Prof. Dr. Martonio Mont’Alverne Barreto Lima (UNIFOR) Prof. Dr. Gilberto Bercovici (USP). Revista Sequência, nº 51, p. 9-30, dez. 2005

alibi para ideologias que visem implementar uma retração na evolução do constitucionalismo.²⁵⁰

“Portanto, quando coloca essas questões da ‘morte’ da constituição dirigente’, o problema é averiguar por que é que se ataca o dirigismo constitucional. (...). O que se pretende é uma coisa completamente diferente da problematização que vimos efectuando: é escancarar as portas dessas políticas sociais e econômicas a outros esquemas que, muitas vezes, não são transparentes, não são controláveis. Então eu digo que a constituição dirigente não morreu”²⁵¹

Corroboramos com seu posicionamento. O direito, por sua própria natureza, tende a ser efetivo mecanismo de manutenção do status quo, na medida em que uma de suas primeiras preocupações é a salvaguarda a ordem estabelecida. O mais radical dos revolucionários torna-se o mais comezinho dos conservadores no dia seguinte a revolução. Neste sentido, a própria ideia de constituição como modificadora da ordem social é paradoxal e frágil, ou cínica, já que as transformações emancipatórias são fartamente anunciadas no texto constitucional, sem a mínima pretensão de se efetivar.

Conquanto, as próprias noções de Constituição, pacto constituinte, hierarquia e constitucionalismo como movimento político característico do pós-guerra nos compele a buscar esta efetivação constitucionalmente posta. As teorias, certamente perpassam as

²⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. Videoconferência – 21/02/02 - UFPR (J. J. Gomes Canotilho e Grupo das Jornadas da Fazenda Cainã). In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). Canotilho e a constituição dirigente. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. “Mais ainda, para uma melhor compreensão da problemática relacionada à sobrevivência ou a morte da assim denominada Constituição dirigente, é necessário que se entenda a teoria da Constituição enquanto uma teoria que resguarde as especificidades histórico factuais de cada Estado nacional. Desse modo, a teoria da Constituição deve conter um núcleo (básico) que albergue as conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático (e Social) de Direito, assentado, como já se viu à saciedade, no binômio democracia e direitos humanos-fundamentais. Esse núcleo derivado do Estado Democrático de Direito faz parte, hoje, de um núcleo básico geral universal que comporta elementos que poderiam confortar uma teoria geral da Constituição e do constitucionalismo do Ocidente. Já os demais substratos constitucionais aptos a confortar uma teoria da Constituição derivam das especificidades regionais e da identidade nacional de cada Estado. Dito de outro modo, afora o núcleo mínimo universal que conforma uma teoria geral da Constituição, que pode ser considerado comum a todos os países que adotaram formas democrático-constitucionais de governo, há um núcleo específico de cada Constituição, que, inexoravelmente, será diferenciado de Estado para Estado. Refiro-me ao que se pode denominar de núcleo de direitos sociais-fundamentais plasmados em cada texto que atendam ao cumprimento das promessas da modernidade. O preenchimento do déficit resultante do histórico descumprimento das promessas da modernidade pode ser considerado, no plano de uma teoria da Constituição adequada^{38a} a países periféricos ou, mais especificamente, de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT), como conteúdo compromissário mínimo a constar no texto constitucional, bem como os correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática”. STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos* - Volume 8 - Nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003 p. 275-276.

²⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo, In *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-jun. 1998, p. 31.

figuras de seus criadores. Deste modo, é plenamente possível se referir à teoria da Constituição dirigente brasileira, como uma teoria da constituição e não das constituições, pois sua validade subsiste justamente na singularidade da realidade social de cada Estado e Constituição.²⁵²

Ainda que se debata diferentes graus de vinculação e dirigismo, nos parece claro que a realidade brasileira fundamenta a necessidade de uma constituição dirigente. Constituição diligente, entendida como o bloco de normas constitucionais no qual os fins e as tarefas do Estado são definidos, bem como são estabelecidas as suas diretivas e estatuídas as suas imposições,²⁵³ para nós alertar, sempre, que a Constituição constitui, a Constituição vincula e a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal.²⁵⁴

Neste sentido, os fins do Estado brasileiro pressupõem uma promessa, ainda não cumprida, de modernidade, de modo que faz todo sentido se referir a uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia, termo cunhado e defendido por uma gama de juristas democráticos brasileiros engajados e perseverantes na defesa da Constituição.²⁵⁵

A reconstituição da teoria da Constituição por meio de uma Teoria Material da Constituição, concebida também como teoria social. A constituição dirigente busca racionalizar a política, incorporando uma dimensão

²⁵² “A morte da Constituição dirigente, assim tratada, aos nossos olhos é relativa, pois tal teoria não teria falecido, e sim amadurecido, emancipado e alcançado novos horizontes significativos”. GRAU, Eros Roberto. Resenha do Prefácio à Segunda Edição. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). Canotilho e a constituição dirigente. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

²⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1982, p. 224.

²⁵⁴ MOREIRA, Nelson Camatta. Fundamentos de uma teoria da Constituição dirigente. Coleção Lenio Luiz Streck. Editora Conceito. p. 97. “Do século XVIII ao século XX, o mundo atravessou duas grandes revoluções - a da liberdade e a da igualdade - seguidas de mais duas, que se desenrolam debaixo de nossas vistas e que estalaram durante as últimas décadas. Uma é a revolução da fraternidade, tendo por objeto o Homem concreto, a ambiência planetária, o sistema ecológico, a pátria-universo. A outra é a revolução do Estado social em sua fase mais recente de concretização constitucional, tanto da liberdade como da igualdade. Se as duas primeiras tiveram como palco o chamado Primeiro Mundo, a terceira e a quarta têm por cenário mais vasto para definir a importância e a profundidade de seus efeitos libertários aquelas faixas continentais onde demoram os povos subdesenvolvidos. Aí, o atraso, a fome, a doença, o desemprego, a indigência, o analfabetismo, o medo, a insegurança e o sofrimento acometem milhões de pessoas, vítimas da violência social e das opressões do neocolonialismo capitalista, bem como da corrupção dos poderes públicos. Impetram essas massas e esses povos uma solução dirigida tanto à sobrevivência como à qualidade da vida digna.” BONAVIDES, Paulo. O Estado Social e suas evoluções à Democracia Participativa. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (coords.). Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 66

²⁵⁵ Teoria tutelada sobretudo por Lenio Streck, Gilberto Bercovici, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Nelson Camatta Moreira, Paulo Bonavides e uma seara de juristas brasileiros intitulados neoconstitucionalistas.

materialmente legitimadora, ao estabelecer um fundamento constitucional para a política.²⁵⁶

A Constituição do Brasil, também concebida como força política ativa, é algo demasiado importante para ser deixada apenas na mão dos juristas (ou políticos). Em outras palavras: todos somos guardiões da Constituição, na medida que buscamos em sua racionalidade um fundamento constitucional para a política. Häberle menciona uma anedota saborosa ao descrever uma crítica ao Tribunal Constitucional Federal alemão feita por Erich Fried, que decepcionado com a construção de uma jurisprudência que se distanciava de valores cultivados pela sociedade escreveu:

Aonde foram as esperanças?
Na Constituição
E sua decepção?
Em sua interpretação.²⁵⁷

O dirigismo constitucional importa no avivamento dos sonhos e desejos de que povoam a experiência comunitária e integram a dimensão cultural do Estado, cuja realização habilita a razão prática na direção das utopias jurídicas.²⁵⁸

um magnânime e humanitário projeto de pacificação nacional ao lado de um elenco de direitos à esperança, a serem efetivados segundo a capacidade transformadora da sociedade e da classe política brasileira, do que propriamente uma solução acabada de organização social e política para um país marcado por impenitentes contrastes classistas e regionais²⁵⁹

Nossa tarefa geracional perpassa por reativar as esperanças depositadas pelo povo brasileiro na Constituição trinta anos depois de sua proclamação. E é, justamente nesta esperança, que se finca nosso pacto social. Pregar um dirigismo dentro do projeto político traçado pela Constituição de 88, nada mais é que defender o consenso que

²⁵⁶ BERCOVICI, G.; MASSONETTO, L. F. A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica. Boletim de Ciências Econômicas, vol. XLIX. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006. p. 243

²⁵⁷ HABERLE, Peter. Conversas acadêmicas. Org. Diego Valadés. Editora Saraiva. 2008. p. “Constituições transformadoras, como a brasileira, trazem em si espaços de utopias. Assim como a poesia, esses espaços não nos limitam nem nos impedem de sonhar. Pelo contrário. Eles nos convidam a sonhar e a realizar. Vem dessa utopia o convite insistente à esperança. Uma esperança que não é inerte, mas cheia de vontade de implementar a Constituição e transformar a realidade.” LEAL. Saul Tourinho. Poesia e Direito Constitucional: a utopia imortal de Peter Häberle. Artigo publicado em 19 de fevereiro de 2018.

²⁵⁸ DANTAS. Miguel Calmon. Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade. Saraiva. 2009, p. 166

²⁵⁹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 125

harmoniza nossa sociedade. Doutro modo, seria a barbárie. É imperativo: para o Brasil ou Constituição ou Barbárie.²⁶⁰

3.2.3 *O dirigismo constitucional e a ação do Estado*

O dirigismo constitucional, nos termos trabalhados, denota uma efetivação da política constitucional efetivamente imposta. É um reconhecer que a direção e os objetivos da comunidade política estão definidos no texto constitucional, restando aos governantes divergir sobre os caminhos percorridos para atingir os objetivos determinados. A constitucionalização do político, numa constituição dirigente, não se reduz apenas a regulamentar o poder, em estruturar os órgãos público e fixar competências. A constituição dirigente atua, tanto a partir dos objetivos fundamentais do artigo 3º, como através dos fundamentos da república do artigo 1º e do vasto rol de direitos fundamentais espalhados pelo texto, vinculando os Poderes Públicos, impondo o dever fundamental de desenvolvê-los o máximo possível diante da estrutura principiológica que possuem o que, conseqüentemente, termina por irradiar suas disposições para todo a estrutura do Estado.²⁶¹

Conquanto, independente do caráter principiológico dos direitos fundamentais, e da dimensão impositiva derivada, o dirigismo deve se identificar como ação estatal voltada para a realidade, impondo ao Estado a necessidade de desenvolvimento de políticas públicas que busquem efetivar os valores positivados na constituição. Canotilho destaca que uma das principais questões do dirigismo é dosar a evolução da realidade com a evolução de uma ação constitucionalmente orientada, “a constituição tem sempre como tarefa a ‘realidade’”.²⁶²

A política se destina à eleição das prioridades e dos meios que se façam necessários para o melhor governo, ocupando um papel relevante nos Estados democrático contemporâneos os partidos políticos e os instrumentos de democracia representativa e participativa; entretanto, a política, com o

²⁶⁰ Direita referência à obra de Lenio Streck: *Constituição ou barbárie? A lei como possibilidade emancipatória a partir do estado democrático de direito: a resistência constitucional como compromisso ético* Rio de Janeiro : Lumen Juris , 2002.

²⁶¹ DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. Saraiva. 2009, p. 362. “un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales” GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. Cidade do México: Universidade Nacional Autónoma do México, 2000. p.

²⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1982.p. 70-71

advento da constitucionalização da ordem econômica, passa a ser também objeto das constituições, razão pelas quais a liberdade política para eleição das prioridades a ser objeto de realização não fica integralmente sujeita ao juízo dos representantes do povo, e nem do próprio povo.²⁶³

O que se pretende a todos instante definir é que no Estado brasileiro cumprir a constituição é revolucionário, no sentido de ser uma força política inexorável contra a ordem conhecida. O Atlas da exclusão social do Brasil demonstra que o caráter fracionado do sistema de proteção social brasileiro persiste até os dias de hoje baseado em concepções clientelista e assistencialista, pouco redistributivo e emancipatório.

entre 1950 e 2000, mesmo registrando uma das mais altas taxas de crescimento econômico do mundo, o Brasil não conseguiu alcançar resultados sociais significativos, em comparação com o desempenho dos países desenvolvidos. Deve-se deixar claro que o problema nacional não foi o crescimento econômico, muito pelo contrário – especialmente entre os 1950 e 1980 –, mas sim a natureza e as características das políticas sociais adotadas no país, associadas ao padrão de acumulação concentrador de renda.²⁶⁴

Neste cenário, é crível afirmar que a aposta do constituinte, sabedor dos problemas históricos do país, foi valer-se de uma Constituição excelente, que se pretendesse a resolver todas as questões aflitivas da nação, funcionando como amplo e cuidadoso projeto político, porque o país tem muito mais a conquistar do que a conservar, muito mais a fazer do que a manter. O texto da Constituição é ambicioso e esta característica parece ser incontestável, motivo pelo qual deve ser interpretado como uma força política atuante.²⁶⁵

A força dirigente das normas constitucionais, assim, repercute necessariamente nos âmbitos do processo de formulação e execução de políticas públicas, pois os objetivos fundamentais demandam a realização de ações que os concretize. Em outras palavras, há uma estrita vinculação constitucional na promoção de políticas públicas do Estado brasileiro, não de governos. As políticas constitucionalmente tuteladas não estão

²⁶³ DANTAS. Miguel Calmon. Op, Cit., p. 363

²⁶⁴ POCHMANN, Mário et al. (org.). Atlas da exclusão social: agenda não liberal da inclusão social no Brasil. São Paulo: Cortez, 2005. p. 58-59

²⁶⁵ “O planejamento coordena, racionaliza e dá uma unidade de fins à atuação do Estado, diferenciando-se de uma intervenção conjuntural ou casuística. O plano é a expressão da política geral do Estado. É mais do que um programa, é um ato de direção política, pois determina a vontade estatal por meio de um conjunto de medidas coordenadas, não podendo limitar-se à mera enumeração de reivindicações. E por ser expressão desta vontade estatal, o plano deve estar de acordo com a ideologia constitucionalmente adotada. O planejamento está, assim, sempre comprometido axiologicamente, tanto pela ideologia constitucional como pela busca da transformação do status quo econômico e social.” BERCOVICI. Gilberto. Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988. SP. Malheiros, 2005. p. 69-70

vinculadas aos governos que vêm e que passam, mas a própria formação do Estado constituído, não sendo admissível que prioridades de algum governo, porventura, sejam prestigiadas em detrimento de prioridades que resultaram do pacto comunitário e fundacional do Estado brasileiro.²⁶⁶

Assim, nas palavras de Canotilho, o “programa constitucional de governo concebe-se também como programa em conformidade com a Constituição, devendo distinguir-se de outras figuras afins com as quais anda sistematicamente confundido (programa eleitoral e partidário, acordo partidário-governamental e acordo programático-governamental).”²⁶⁷

Uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia, que também pode ser entendida como uma teoria da Constituinte dirigente adequada a países periféricos, deve tratar, assim, da construção das condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade incumpridas, as quais, como se sabe, colocam em xeque os dois pilares que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito. A idéia de uma TCDAPMT implica uma interligação com uma teoria do Estado, visando à construção de um espaço público, apto a implementar a Constituição em sua materialidade. Dito de outro modo, uma tal teoria da Constituição dirigente não prescinde da teoria do Estado, apta a explicitar as condições de possibilidade da implantação das políticas de desenvolvimento constantes – de forma dirigente e vinculativa – no texto da Constituição. Parece evidente, assim, que, quando se fala em Constituição dirigente, não se está – e nem se poderia – sustentar um normativismo constitucional (revolucionário ou não) capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias. O que permanece da noção de Constituição dirigente é a vinculação do legislador aos ditames da materialidade da Constituição, pela exata razão de que, nesse contexto, o Direito continua a ser um instrumento de implementação de políticas públicas.²⁶⁸

O pano de fundo consensual do Estado brasileiro naturaliza posições de desigualdade, indiferenças abismais em relação a inúmeros sujeitos e grupos sociais, estigmatizações e desumanizações permanentes. Bem verdade que uma das necessárias características do pacto social apontadas por Schmitt inexistem de modo completo na sociedade brasileira. Por diversas características de nossa formação social, sobretudo causadas pela escravidão, a esfera do público no Brasil é deficitária, o que desvirtua tanto o sentido quanto a eficácia e incidência dos princípios constitucionais de igualdade e

²⁶⁶ DANTAS, Miguel Calmon. Op, Cit., p. 372

²⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1982. p. 487

²⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003 p. 275-276.

dignidade humana. A invisibilidade pública e a humilhação social são ainda características de nosso espaço político.

Invisibilidade pública é expressão que resume diversas manifestações de um sofrimento político: a humilhação social, um sofrimento longamente aturado e ruminado por gente das classes pobres. Um sofrimento que, no caso brasileiro e várias gerações atrás, começou por golpes de espoliação e servidão que caíram pesados sobre nativos e africanos, depois sobre imigrantes baixo-salariados: a violação da terra, a perda de bens, a ofensa contra crenças, ritos e festas, o trabalho forçado, a dominação nos engenhos ou depois nas fazendas e nas fábricas.²⁶⁹

Por tudo, caso seja necessário definir uma única política pública que seja vinculante ao Estado brasileiro, que se caracteriza pelo seu compromisso com a democracia, seria uma busca incessante para integrar aqueles que ainda se encontram excluídos do convívio público brasileiro. Pelo programa constitucional traçado, não baste ao Estado garantir a promoção mediante prestação de matérias das condições existenciais básicas, o Estado Social do dirigismo intrínseco ao Estado Democrático de Direito não deve buscar apenas prover à subsistência e a sobrevivência do indivíduo, mas a possibilitar, no que seja necessário e diante da realidade, em consonância com o pensamento possibilista de Häberle, o pleno desenvolvimento de sua personalidade.²⁷⁰

Neste sentido, é importante destacar que políticas públicas que visam a integração social por completo de nosso pacto político, incidindo de maneira direta na formação de um espaço público mais democrático, consolidando a democracia brasileira como valor, são conquistas do povo brasileiro salvaguardadas pela ordem constitucional. Assim, projetos como Bolsa Família (programa de transferência de renda direta para famílias marginalizadas como medida de combate a extrema pobreza),²⁷¹ Política de

²⁶⁹ GONÇALVES FILHO. José Moura – “A invisibilidade pública”. In: COSTA. F. B. - Homens Invisíveis: relatos de uma humilhação social. São Paulo, Globo, 2004, p.22. “O ofício de gari pareceu intensamente marcado por um fenômeno intersubjetivo: a invisibilidade pública – espécie de desaparecimento psicossocial de um homem no meio de outros homens. Bater o ponto, vestir o uniforme, executar trabalhos essencialmente simples (como varrer ruas, cortar mato, retirar o barro que se acumula junto às guias), estar sujeito a repreensões mesmo sem motivo, transportar-se diariamente em cima da caçamba de caminhonetes ou caminhões em meio às ferramentas ou lixo, são as tarefas delineadoras do trabalho daqueles homens. Tarefas nas quais pudemos reconhecer ingredientes psicológicos e sociais profunda e fortemente marcados pela degradação e pelo servilismo. São atividades cronicamente reservadas a uma classe de homens proletarizados; homens que se tornam historicamente condenados ao rebaixamento social e político. COSTA. F. B. - Homens Invisíveis: relatos de uma humilhação social. São Paulo, Globo, 2004, p.10.

²⁷⁰ DANTAS. Miguel Calmon. Op, Cit., p. 337

²⁷¹ O Programa Bolsa Família foi criado pela Lei n 10.836/2004 e unificou os procedimentos de gestão e execução das ações de transferência de renda do Governo Federal. O Programa possui os seguintes objetivos de cunho evolutivo-social: combater a fome, a pobreza e outras formas de privação das famílias; promover a segurança alimentar e nutricional e o acesso à rede de serviços públicos de saúde, educação e

Cotas Sociais e Raciais, Programa Universidade para Todos, Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar, dentre outros, uma vez institucionalizados passam a integrar uma vertente de política pública do estado brasileiro, alcançadas por meio de um cumprimento dirigente da Constituição Federal, e não meras políticas de governo. Ou seja, encerrar esta dimensão efetivação dos direitos sociais significa retirar da arena política disponível a decisão de governo sobre estas questões.²⁷²

A maior conquista do direito até hoje ocorreu a partir do segundo pós-guerra, quando a Constituição passou a valer como norma jurídica e como tal passou a compor o legado cultural e político do ocidente como ferramenta de promoção e garantia

assistência social, criando possibilidades de emancipação sustentada dos grupos familiares e de desenvolvimento local.

²⁷² Ementa: Direito Constitucional. Ação Direta de Constitucionalidade. Reserva de vagas para negros em concursos públicos. Constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Procedência do pedido. 1. É constitucional a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos. 1.1. Em primeiro lugar, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente. 1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais. 1.3. Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014. 2. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa. 3. Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas. 4. Procedência do pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”. (ADC 41, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-08-2017 PUBLIC 17-08-2017)

democrática. Daí a tese da força normativa e do constitucionalismo dirigente, que foram importantes para a construção de importantes teses em tribunais constitucionais como da Alemanha, Espanha e Portugal. Precisamente, quando nos referimos a políticas públicas que são vinculantes ao Estado brasileiro independentemente do programa político do governo empossado, estamos nos referindo, também, a importante decisão do Tribunal Constitucional de Portugal, que por meio da adoção da cláusula da proibição do retrocesso social, vinculou o cumprimento das tarefas constitucionais impostas:

“(…) a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social (Ac. 34/84 – TC)”.

Entendemos que o direito tem um grau necessário de autonomia para apontar os mínimos caminhos para a construção das bases de um Estado Social e que reivindicar esta autonomia no Brasil é mais que necessário. É de certa forma revolucionário, pois é constituição brasileira é definitivamente uma força política inexorável contra a ordem conhecida. A tese do dirigismo constitucional continua válida enquanto não resolvermos o triângulo dialético proposto por Canotilho: falta de segurança, pobreza e falta de igualdade política.²⁷³ A Constituição ainda vale e fazê-la cumprir após tantos ataques é nossa tarefa geracional.

²⁷³ STRECK, Lenio Luiz. *Senso Incomum. Rumo a Norundi, a bordo da CDI - Constituição Dirigente Invertida*

CONCLUSÃO

A constituição brasileira completou no ano passado trinta anos de vigência. Bem verdade que, atualmente, o marco não é motivo para tantas comemorações. Neste período a constituição sobreviveu a tentativas de contrarreformas constitucionais e agressões, sendo, vez por outra desqualificada como velha e superada e até mesmo como responsável pela ineficiência do sistema político e pela ausência de concretude dos direitos fundamentais. Inevitável constatar que seu infortúnio produziu no senso comum um abatimento dos valores constitucionais, que culmina em um processo de desconstitucionalização de nosso sistema político.

A ordem jurídica não é mais fonte de esperanças e encantamentos de outrora. O eterno país do futuro não alcançou a modernidade pretendida por meio do pacto constituinte e frustrou seus cidadãos. Mas o aspecto mais grave desta crise está na rejeição dos poderes constituídos ao próprio constitucionalismo, ou seja, ao limites e vínculos constitucionais impostos às instituições.

A crise institucional vivenciada pelo Brasil nos últimos dez anos, iniciada como crise econômica, desdobrada em crise política, também lançou suas amarras no plano normativo constitucional. Flertamos com períodos ainda não totalmente superados de rompimento de ordem e questionamentos do pacto social no qual o sentimento popular claramente se baseava em uma espécie de magia, uma traição pela promessa de modernidade jamais alcançada.

Uma breve análise de conjuntura afirmaria ser de certa forma esperada toda esta frustração. Bem verdade que ao longo destes trinta anos tivemos inúmeros avanços. Deixamos de ser uma economia marginal e paupérrima, no início dos anos 90 para galgar status de player mundial ao final dos anos 2000, coroados pela nova ordem mundial com os megaeventos; copa do mundo e olimpíadas como se fossem festas proporcionadas para celebrar a inclusão do Brasil no rol de nações civilizadas.

Entretanto, esta evolução econômica não teve a mesma progressão quando analisada por índices que relatam a qualidade de vida do brasileiro. No que diz respeito a distribuição de renda, a melhoria constatada a partir da redemocratização foi lenta e nem sempre linear.

É justamente esta promessa de modernidade um dos pilares do pacto constituinte brasileiro. A profunda crise de estado que vivenciamos remonta a este déficit de

legitimidade causado pela frustração de não alcançar nunca os pisos civilizatórios estabelecidos pela Constituição. O artigo 7º sobre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais estabelece que o salário mínimo, fixado em lei e nacionalmente unificado, deve ser capaz de atender às suas necessidades vitais básicas do indivíduo e da sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. O salário mínimo atualmente é de R\$ 998,00 (novecentos e noventa e oito reais). O salário mínimo ideal, necessário para sustentar uma família de quatro pessoas e atender a todas as necessidades básicas elencadas na constituição, deveria ter sido de R\$ 4.385,75, segundo o DIEESE (Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos). O valor é 4,39 vezes o salário mínimo em vigor.²⁷⁴

Tal argumentação é apenas simbólica, para ilustrar a forma como a Constituição, aos olhos do brasileiro comum, se coloca como devaneios, sonhos de uma noite de verão, sem a menor pretensão de acontecer. E nosso drama enquanto sociedade política consiste expressamente neste ponto. Não podemos em hipótese alguma abrir mão de nosso projeto constitucional. É inequivocamente o melhor projeto constitucional da história brasileira. Se apegar a sua defesa é se apegar a melhor, senão a única, ferramenta de transformação social existente nas circunstâncias atuais.

Defender, ainda, um dirigismo constitucional significa reconhecer materialmente a incidência de direitos que desenham a dimensão constitucional da democracia, isto é, àquilo que em relação às constituições é vedado ou é obrigatório decidir. A estrutura da democracia vai além da sua dimensão política ou formal, mas perpassa também por uma dimensão substancial, relativa aos conteúdos das decisões. E o que não deve ser decidido, pergunta Ferrajoli, lesão aos direitos de liberdade, responde. E o que deve ser decidido? A satisfação dos direitos sociais.²⁷⁵

Uma interpretação dirigente da constituição brasileira hoje significa reconhecer a defender a existência de uma garantia negativa: a soberania pertence ao povo e a nenhum outro, e ninguém, nem o congresso e nem mesmo o presidente eleito pode dela se apropriar ou usurpá-la. As garantias constitucionais dos direitos fundamentais são também garantias da democracia.

²⁷⁴<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/05/07/salario-minimo-ideal-dieese.htm?cmpid=copiaecola>.

²⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 22

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Maria Lúcia Abrantes. “Poder Constituinte e Revisão Constitucional. Algumas notas sobre o fundamento e natureza do poder de revisão constitucional”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XXV, 1984
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ARENDT, Hannah. *Origem do totalitarismo*, 7 reimpr., trad. de Roberto Raposo, São Paulo, Cia. das Letras, 1989
- ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo. Martins Fontes, 1991
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Poder constituinte. *Revista de direito constitucional e ciência política*, São Paulo, n. 4, p. 69-103, jan./jun. 1985.
- _____. A Constituição estabelece: FHC é inelegível. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 07 jul. 1998. Caderno 1, p. 3.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das Constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania, a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. Saraiva. 1994
- BARRETO, Lima. *Recordações do escrivão Isaías Caminha*. 2. ed. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 18-19, jul/dez. 2006
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 36, n. 142, abr./jun. de 1999

- BERCOVICI, Gilberto. A Constituição diligente e a Crise da Teoria da Constituição. In: BERCOVICI, Gilberto; et al. Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003
- BERCOVICI, Gilberto. Estado intervencionista e constituição social no Brasil: o silêncio ensurdecedor de um diálogo entre ausentes. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BENENBOJM, Gustavo (Coord.). Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. Qual a ideologia da Constituição. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda. Volume III. Direito Constitucional e Justiça Constitucional. 2012. Ed. Coimbra.
- BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa. São Paulo: Malheiros, 2001
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História Constitucional do Brasil. 9 ed. Brasília: OAB Editora, 2008
- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. A Constituição e o monitoramento de suas emendas. In: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (coord.). *Direito do Estado: novos rumos*. São Paulo: Max Limonad, 2001. T.1, p. 45-67.
- BRITO, Miguel Nogueira de. A Constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000
- BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. Raízes do Brasil. 26. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CAETANO, Marcello. 10. ed. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1997. T.1.
- CALCINI, Fábio Pallaretti. *Limites ao poder de reforma da Constituição*. Campinas: Millennium, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1982

- CANOTILHO, Gomes. Mal estar da Constituição e pessimismo pós-moderno. Lisboa. Vértice n. 7, 1988
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital, Fundamentos da Constituição, Coimbra, Coimbra Ed., 1991, p. 71.
- CASTRO, Matheus Felipe; MEZZAROBBA, Orides. História Ideológica e Econômica das Constituições Brasileiras. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015
- CHAUÍ, Marilena, O que é Ideologia, 15ª ed., Ed. Brasiliense, 1984
- CLARK, Giovani. CORRÊA, Leonardo Alves. NASCIMENTO, Samuel Pontes do. Ideologia Constitucional e Pluralismo Produtivo. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, v. Especial, 2013.
- COMPARATO, Fábio Konder, Direito Público, Editora Saraiva, São Paulo, 1996
- COMPARATO, Fábio Konder. Sobre a legitimidade das constituições. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Prof. J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do estado constitucional de direito: um suporte axiológico para a efetividade dos direitos fundamentais sociais. Brasil Jurídico – Ensino de alta performance. Data de acesso: 25.08.2015. Disponível em: <
<https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/neoconstitucionalismo-e-o-novo-paradigma-do-estado-constitucional-de-direito--um-suporte-axiologico-para-a-efetividade-dos-direitos-fundamentais-sociais.-por-dirley-da-cunha-junior.>>
- ECO, Umberto. A estrutura ausente, 7 ed., 2 reimpr., trad. de Pérola de Carvalho, São Paulo, Perspectiva, 2007
- FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder, Globo, São Paulo, 13ª edição. 1998.
- FERNANDES, Florestan. A integração do negro na sociedade de classes
- FERNANDES, Florestan. A revolução burguesa no Brasil, 1976, Rio de Janeiro: Zahar Editores. p. 256.
- ELSTER, Jon. *Ulisses unbound*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder constituinte do Estado -Membro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio Ferraz. Direito, Retórica e Comunicação, 2 ed., São Paulo, Saraiva, 1997, pp.48-49.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *As agências reguladoras: o estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001
- GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Traduzido por Geraldo Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey,
- GOMES, Laurentino. 1822. *Como um sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil. Um país que tinha tudo para dar errado*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010
- HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madri: Tecnos, 2000, p. 34.
- HABERMAS Jürgen. **Direito e democracia**. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1988.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris. 1991
- HORST, Dippel, *História do Constitucionalismo Moderno: Novas Perspectivas*, trad. de Antônio Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007
- HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Traduzido por Alexandre Krug; et al. São Paulo, Martins Fontes, 2003
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 6ª ed., 2001
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2002
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Aspectos jurídicos da reeleição presidencial. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 08 jul. 1998. Caderno 1, p. 3.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Titularidade do serviço de saneamento básico. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Estudos sobre o marco regulatório de saneamento básico no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MEIRELLES TEIXERA, José Horácio. *Curso de direito constitucional*. Organizador e atualizador Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Direito constitucional*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre de, *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*, São Paulo: Atlas.

MORAIS, Carlos Blanco. *Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição em Tempos de Crise do Estado Social*. T.II, 2 v, 1 ed, Coimbra

MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça Constitucional*. Tomo I: Garantia da Constituição e Controle de Constitucionalidade

MOREIRA, Nelson Camatta. *Fundamentos de uma teoria da Constituição dirigente*. Coleção Lenio Luiz Streck. Editora Conceito

MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Tradução: Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996

MÜLLER, Fridrich. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

NABUCO, Joaquim (2000). *O abolicionismo*, Rio de Janeiro/São Paulo: Nova Fronteira/Publifolha

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006

- NEVES, Marcelo. Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente, in Dados, Revista de Ciências Sociais, vol. 37, Rio de Janeiro
- NEGRI, Antonio. O poder constituinte: ensaios sobre as alternativas da modernidade. Tradução: Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002
- NOGUEIRA, Cláudia de Góes. A impossibilidade de as cláusulas pétreas vincularem as gerações futuras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília-DF, a. 42, n. 166, abr./jun. 2005.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; ARAUJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- PINTO FERREIRA, *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. São Paulo: Saraiva, 1983.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988, 2004
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- PRADO JR., Caio. História econômica do Brasil, 1970, São Paulo: Brasiliense
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, v. 324.
- REALE, Miguel. O estado democrático de direito e o conflito das ideologias. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 25.
- SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de reforma constitucional*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995.
- SARLET, I.W. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002
- SIEYÈS, Emmanuel. Essai sur les privilèges (1788), in Qu'est-ce que le tiers état?, éd. Edme Champion, Parigi, PUF, 1982
- SILVA, De Plácido e, Vocabulário Jurídico, 31 ed. São Paulo: Forense, 2014
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992

- SOBRINHO, José Wilson Ferreira. O Conceito Ideológico de Constituição. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 05 de set. de 2000. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/328/o_conceito_ideologico_de_constituicao >. Acesso em: 05 de set. de 2016.
- SALES, Teresa. "Raízes da desigualdade social na cultura política brasileira", Revista Brasileira de Ciências Sociais. 1994. São Paulo, n. 25
- SENNETT, R. Carne e pedra: o corpo e a cidade na civilização ocidental. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- SOUZA, Jessé. A construção social da subcidadania: Para uma sociologia política da modernidade periférica –
- SOUZA, Jessé. A Ralé Brasileira: Quem É e Como Vive, Belo Horizonte: UFMG. 2009
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. Teoria da constituição econômica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002
- SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Trad. de Francisco Ayala. Madrid: Alian., 2006,
- SCHMITT, Carl. O Guardião da Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007
- SCHNEIDER, Hans Peter. La Constitución – Función y Estructura. In: Democracia y Constitución. Madrid, CEC, 1991
- SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. O papel da ideologia no preenchimento de lacunas no Direito, São Paulo, Ed. RT, 1993
- STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de, Ciência política e teoria geral do Estado, 7ª ed. 2009.
- STRECK, Lenio Luiz. Teoria da constituição e estado democrático de direito: Ainda é possível falar em constituição dirigente?. Doutrina, Rio de Janeiro/RJ
- STERCK, Lenio Luiz. A Concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. Caderno de Direito Constitucional – 2006. Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Módulo V. Teoria da Constituição e Justiça Constitucional.
- STOPPINO, Mario, verbete “Ideologia”, in Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino (orgs.), Dicionário de Política, 5 ed., vol. 1, trad. De Carmen C. Varrialle e outros, Brasília/São Paulo, UnB/Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1995

VICENT, Andrew. *Ideologias Política Modernas*. Tradução Ana Luísa Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995

VIEIRA, Oscar Vilhena,. *A constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

WELTER, Izabel Preis. *A idelologia constitucionalmente adotada como critério de solução de conflitos de direitos fundamentais: o caso da penhorabilidade do bem de família do fiador locatício – Chapecó: Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC, 2014.*