

O Conceito Moderno de Constituição e a Teoria do Poder Constituinte: Origens e Desenvolvimento

SUMÁRIO: 1 – *Introdução*; 2 – *A Constituição na Antigüidade e no Medievo*; 3 – *A Revolução Americana e a Revolução Francesa*; 4 – *Weimar, a Crise como Possibilidade*; 5 – *Do Pós-Segunda Guerra aos Dias de Hoje*; *Referências*.

RESUMO: *este artigo aborda a origem e o desenvolvimento da Teoria do Poder Constituinte e do conceito moderno de Constituição, visando reconstruir a relação entre o Direito e Política no contexto da Modernidade. Em primeiro lugar, discute-se o conceito de Constituição para a Antigüidade e para a Idade Média. Logo após, enfoca-se o processo histórico da Revolução Americana e da Revolução Francesa. Em seguida, parte-se para uma reconstituição do debate teórico da República de Weimar. Finalmente, apresenta-se uma compreensão contemporânea, acerca da Constituição e do poder constituinte, adequada ao Estado Democrático de Direito.*

PALAVRAS-CHAVE: *Constituição, Poder Constituinte, Direito, Política.*

ABSTRACT: *this article approaches the origins and the development of the Constituent Power Theory's and of the modern concept of Constitution, aiming at reconstruct the relationship between Law and Politics in the context of the Modernity. At first, it discusses the concept of Constitution to the Antique Age and the Medieval Age. After that, it focuses the historical process of the American Revolution and the French*

Revolution. Next, it sets out to a reconstitution of the theoretical debate of the Weimar Republic. Finally, it presents a contemporary comprehension about the Constitution and about the constituent power adequate to the Constitutional Democracy.

KEY WORDS: *Constitution, Constituent Power, Law, Politics.*

1. Introdução

Se realmente existe algo a que se pode atribuir o nome de Modernidade, e se esse algo pode ser tomado, dentre outras coisas, como um período histórico de contornos mais ou menos amplos, três afirmações iniciais parecem possíveis. Em primeiro lugar, essa Modernidade não pode ser entendida como consequência ou efeito direto de um ou mais fatores isoladamente considerados, mas apenas como produto complexo da convergência de distintos acontecimentos que têm lugar no mundo pelo menos desde o final do século XI.

Em segundo lugar, a Modernidade não constitui um todo homogêneo no espaço e no tempo históricos, sendo, antes, um processo plural e heterogêneo que alcançou de maneira diferente partes diversas do globo, cada qual em momentos relativamente singulares da História.

Em terceiro e último lugar, esse processo não se refletiu em uma ou outra esfera específica da sociedade, alcançando, ao contrário, várias, para não dizer todas, as dimensões da vida humana. Isso, na verdade, gera um problema, ao qual Hermann Heller¹ já havia muito bem aludido ao discorrer sobre o método adequado a uma Teoria do Estado. Afinal, se os processos históricos e sociais são dialéticos, o trabalho conceitual

1 HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Mota. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 89-90.

que se desenvolve sobre eles também deve ser. Porém, é impossível, a um só tempo, discorrer sobre o todo, sobre todas as partes que o compõem e sobre o entrelaçamento desses dois momentos, universal e particular. O que não significa, é claro, que a pretensão de um desenvolvimento dialético da reflexão acerca de assuntos históricos e sociais deva ser deixada de lado.

Tendo por horizonte aquelas três afirmações e essa última advertência, mas sendo obrigado a respeitar os limites da linguagem e do próprio espaço material a ele destinado, este artigo escolhe uma, talvez duas, das dimensões da vida em que a Modernidade, como processo de mudança, se fez presente: a autoridade das normas jurídicas e a legitimidade do poder político. Em suma, a relação entre o Direito e a Política, relação essa que, no limite e em termos modernos, pode ser expressa pelo surgimento de um novo campo de estudo: a Teoria do Poder Constituinte.

Para a reconstrução das origens e do desenvolvimento dessa teoria e do conceito moderno de Constituição a ela ligado, o presente texto começa com uma breve exposição sobre a Constituição na Antigüidade e na Idade Média. Na seqüência, discorre sobre as revoluções nas colônias inglesas da América do Norte e na França. Logo após, reflete sobre o conturbado, e profícuo, período de Weimar. Por fim, discute o estatuto contemporâneo da Teoria do Poder Constituinte e a leitura do conceito moderno de Constituição no marco do Estado Democrático de Direito.

2. A Constituição na Antiguidade e no Medievo

À pergunta acerca do que seria uma Constituição, as respostas são várias e proliferam polissemicamente desde que as primeiras delas foram elaboradas na Grécia do século IV antes de Cristo. A *polis* passava, então, por uma crise que ameaçava a solidez de suas bases. De um lado, notava-se a mercantilização

do espaço público e o predomínio de relações econômicas sobre a dimensão da vivência política. De outro, emergiam particularismos e discórdias entre grupos distintos no interior da própria *polis*².

Frente a esse quadro de caos iminente, tem início uma problematização em busca de identificar e prescrever a melhor forma de governo, ou seja, um arranjo capaz de impedir que aquele clima de instabilidade fizesse sucumbir a estrutura político-social grega. É nesse contexto que se encontram as reflexões jurídico-políticas de autores como Platão, Aristóteles e Políbio.

Entendendo por forma de governo a totalidade historicamente dada da ordenação política e social de uma comunidade, na qual ela mesma e seus poderes públicos são vistos como indivisíveis e reflexivos entre si³, aquilo que os gregos buscavam – isto é, exatamente a melhor forma de governo – receberia o nome de *politeía*. Embora difícil de ser traduzido, e tendo sido interpretado com diferentes sentidos ao longo da História, o termo pode ser tomado como sinônimo de Constituição.

No esforço de apresentar soluções aos problemas concretos daquele período, a Constituição antiga seria marcada por seu caráter misto. Nem o elemento democrático, nem o aristocrático, nem o monárquico deveria prevalecer um sobre os outros. Somente uma forma de governo que pudesse assegurar o equilíbrio entre as distintas forças sociais teria condições de se manter legítima e estável. E é exatamente dentro dessa lógica que deve ser entendido o mito da *patrios politeía*, a Constituição dos antepassados. Não possuindo um início marcado no

2 FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: De la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 15.

3 FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: De la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 16-17.

tempo histórico, ela não se maculava pela violência nem pela unilateralidade de nenhuma das forças sociais, mas podia ser entendida como uma obra compositiva e plural, consolidada lenta e progressivamente. Nela, a partir da referência a um passado imemorial, tornava-se possível equilibrar os componentes democrático, aristocrático e monárquico.

A Idade Média traria mudanças importantes no que diz respeito a essa compreensão. Se, para os antigos, a Constituição aparecia como uma forma de governo, uma ordenação política ideal, para o Medievo ela era uma ordem jurídica dada. Não algo a ser buscado, mas preservado. Enquanto na Antigüidade seu papel era legitimar a existência dos fortes poderes públicos, das forças sociais reconhecidas como existentes na sociedade, no período medieval sua função era exatamente oposta, a saber, a de limitar intrinsecamente aqueles mesmos poderes. Por fim, os antigos buscavam uma Constituição que se pudesse opor à crise trazida pelo fortalecimento das relações econômicas e das trocas comerciais diante da dimensão propriamente política da *polis*, ao passo que a Idade Média via nas relações econômicas e patrimoniais o ponto de apoio a sustentar a ordem jurídica que compreendia a Constituição⁴.

Entretanto, não obstante a existência de relevantes diferenças, alguns traços permaneceram semelhantes. Em primeiro lugar, o caráter misto e a idéia de uma Constituição como auto-representação da sociedade e de seus componentes fundamentais. Em segundo lugar, a Constituição continuava tendo como pólo de referência um passado imemorial, um tempo pretérito irresgatável e, apesar disso, ou talvez por isso mesmo, muitas vezes naturalizado como perfeito.

4 FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: De la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 37-38.

3. A Revolução Americana e a Revolução Francesa

Quando do início do Segundo Congresso da Filadélfia, em maio de 1775, a hipótese de uma ruptura entre colônias e metrópole inglesa ainda era considerada radical e distante. De igual maneira, a França daquela época era bem diferente da imagem que caracterizaria as ruas de Paris a partir de 1789. Todavia, um olhar retrospectivo revela que alguma coisa já estava em curso, e que não demoraria muito para emergir à superfície dos acontecimentos.

Até então, o exercício do poder político, bem como a força normativa das leis, havia sido assegurado pela tríade romana da tradição, da religião e da autoridade.⁵ Essa tríade, porém, que havia mantido seu potencial legitimante mesmo após a queda do Império Romano do Ocidente e a conseqüente ascensão da Igreja Católica ao poder secular, encontrava-se em processo de esfacelamento. Assim, uma vez não sendo possível fincar a sustentabilidade do poder e das leis num passado imemorial, numa trajetória histórica mais ou menos sacralizada ou mesmo na vontade de Deus, o problema com o qual se deparariam os revolucionários dos dois lados do Atlântico era, observado do ângulo de visão escolhido por este trabalho, o de como (re)fundar a legitimidade da Política e a autoridade do Direito.

A resposta francesa a essa questão apareceria de modo originário no próprio ano de 1789, a partir da publicação de “O que é o Terceiro Estado?”, panfleto escrito pelo abade Sieyès⁶.

5 ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa. 5ª ed.. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 127-187.

6 SIEYÈS, Emmanuel. *A Constituinte Burguesa – O que é o Terceiro Estado?* Org. e Int. Aurélio Wander Bastos. Trad. Norma Azeredo. 4a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

Nesse texto, em que se misturam fundamentação teórica e retórica política, seriam delineados os contornos do que passaria à História como Teoria do Poder Constituinte, ao menos em sua versão clássica. À Nação, como totalidade social homogênea e entendida como macro-sujeito capaz de querer e agir, era atribuída a plenitude do poder constituinte. Ela era ilimitada e ilimitável em sua natureza, e poderia tudo, menos deixar de ser Nação. Nenhuma lei a sujeitaria, pois toda lei teria origem em sua vontade. Por conseguinte, a Constituição que ela elaborasse vincularia somente os poderes constituídos aos quais se voltava, mas jamais sujeitaria a Nação mesma. Isso significa que o poder constituinte permaneceria latente na sociedade, à espera de que, a qualquer momento, a Nação fizesse dele o uso que lhe conviesse no exercício de seu querer.

Não é difícil perceber em que consiste basicamente a estratégia de Sieyès. Diante do vazio deixado pela perda de uma referência absoluta tanto para a Política quanto para o Direito, o que o abade francês faz é nada mais do que substituir aquele absoluto, religioso e transcendente, por um novo absoluto, secularizado, é verdade, mas nem por isso menos transcendente: ao rei, que se apoiava na vontade de Deus, sucede a Nação, que se apóia em sua própria vontade.

As conseqüências dessa concepção para a França são conhecidas. A instabilidade institucional que marcaria todo o período revolucionário e se estenderia até mesmo ao século XX encontra aí uma de suas raízes. Pois, todas as vezes em que alguém, fosse um grupo ou mesmo um único homem, conseguisse chegar a um posto tal que lhe permitisse supostamente falar em nome da Nação, a vontade desta seria manipulada ao sabor dos ímpetos de quem a dizia representar, o que não deixa de valer tanto para Napoleão Bonaparte quanto para Charles de Gaulle.

Na outra margem do oceano, a solução para o problema do esfacelamento da trindade romana e da ausência de um fundamento absoluto para o poder e para as normas seria completamente distinta. E tão distinta que permitiria questionar se haveria mais semelhanças ou diferenças entre aquelas duas revoluções que a historiografia acostumou-se a tratar sob a mesma epígrafe, ao mesmo tempo reducionista e falaciosa, de Revoluções Burguesas ou Revoluções Liberais.

Em verdade, não se pode corretamente falar de uma Teoria do Poder Constituinte nas então Treze Colônias. E é curioso que as referências, expressas ou implícitas, ao poder constituinte sejam tão raras em uma obra como “O Federalista”⁷. Conhecendo bem a literatura da Antigüidade Clássica, sobretudo os textos e a história política de Roma, os colonos não cometeriam o mesmo erro dos franceses. Ou melhor, cronologicamente falando, eles não antecipariam aquele erro, pois sabiam muito bem que autoridade e poder jamais poderiam residir no mesmo lugar. Se na França ambos localizavam-se na Nação, que detinha o poder de agir e a autoridade para legitimar seus próprios atos, a resposta americana ao problema jurídico-político central trazido pela Modernidade distinguiria corretamente *potestas* de *auctoritas*.⁸

O poder residiria no povo: a ele caberia a existência fática das normas, através do exercício do poder político. Diferentemente da Nação, ele não deveria ser compreendido como um todo homogêneo, mas como grandeza complexa em sua pluralidade. Não é demais lembrar que a palavra *people* só pode ser conjugada no plural.

7 HAMILTON, A.; JAY, J.; MADISON, J. *O Federalista*. Trad. Reggy Zacconi de Moraes. -Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959.

8 ARENDT, Hannah. *Da Revolução*. Trad. Fernando Dídimo Vieira. Rev. Trad. Caio Navarro Toledo. Brasília e São Paulo: Universidade de Brasília e Ática, 1988, p. 132-171.

Contudo, se o poder repousava no povo, faltava ainda saber onde se encontrava a autoridade jurídico-política em solo norte-americano. A magistral alternativa da qual os colonos lançariam mão, e cujos reflexos podem ser verificados bem mais de duzentos anos depois em uma ocasião como aquela em que Barack Obama refere-se aos pais fundadores no seu discurso de posse como presidente dos Estados Unidos da América, seria fazer a autoridade normativa residir no próprio ato de fundação da nova pátria. Era como se todo *principium* fosse ao mesmo tempo princípio e preceito. Se a raiz latina do conceito de autoridade, representada pelo verbo *augere*⁹, remontava à idéia de aumento e desenvolvimento a que todo corpo político recém-fundado estava destinado, nas ex-colônias ela, a autoridade, deveria decorrer do próprio ato fundante. Este, ao surgir no mundo como acontecimento, trazia consigo a idéia necessária de desenvolvimento e expansão, e, uma vez que isso não poderia ser alcançado sem a mediação normativa das leis, é daquele ato que elas deveriam retirar sua força. Embora, do ponto de vista fático, qualquer assembleia de cidadãos pudesse reunir-se e ditar uma nova lei, esta apenas se revestia de autoridade normativa, no quadro de uma estrutura institucional, por estar, de um lado, referida ao passado do ato de fundação e, de outro, ao futuro da continuação e expansão do mesmo ato.

Tentando uma primeira aproximação, sempre arriscada, entre os dois lados do Atlântico Norte em fins do século XVIII, pode-se afirmar que o problema enfrentado em ambos pelos revolucionários franceses e norte-americanos foi semelhante do ponto de vista jurídico-político: como restabelecer as bases para o exercício legítimo do poder político e para a autoridade normativa das leis. Ou seja, uma vez que o papel de todas as

9 ARENDT, Hannah. *Da Revolução*. Trad. Fernando Dídimo Vieira. Rev. Trad. Caio Navarro Toledo. Brasília e São Paulo: Universidade de Brasília e Ática, 1988, p. 161.

revoluções, desde então, seria o de marcar um novo começo no ininterrupto encadeamento histórico dos fatos, como fazer com que esse começo não fosse arbitrário nem caísse num círculo vicioso lido como regresso ao infinito? Como fazer com que o poder exercido e as normas produzidas no e a partir do ato revolucionário revestissem-se, respectivamente, de legitimidade e autoridade?

Na França, a resposta a essas perguntas seria dada pela Teoria do Poder Constituinte. O poder era legítimo na medida em que exercido dentro dos limites estabelecidos, na Constituição, pela Nação e desde que conforme a vontade desta. Dentro da mesma lógica, a autoridade das leis decorria do fato de serem produzidas também de acordo com a Constituição que a Nação criara e nos termos de sua vontade. Em última instância, pois, tanto o poder quanto a autoridade residiam na Nação. Por sua vez, nas colônias inglesas da América do Norte, não se desenvolveria propriamente uma Teoria do Poder Constituinte. De toda sorte, a resposta norte-americana às questões acima faria o poder repousar no povo, como grandeza plural, sendo legítimo na medida em que por ele exercido, ao passo que a autoridade seria deslocada para o ato de fundação do novo corpo político.

Uma possível explicação para a existência de soluções tão distintas, e distantes, encontradas em face de um mesmo problema pode ser oferecida por Maurizio Fioravanti¹⁰. Segundo ele, em terras americanas teria havido, no processo revolucionário, a junção de uma perspectiva individualista com uma perspectiva historicista. Por um lado, as liberdades pelas quais os colonos lutavam fundamentavam-se na idéia de um indivíduo

10 FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2003.

naturalmente dotado de direitos. Por outro, no entanto, essas mesmas liberdades podiam ser relidas na história anglo-americana, sendo possível aos revolucionários apoiarem-se na tradição inglesa para contestar as próprias práticas da metrópole. Além disso, a autonomia da qual as colônias inglesas gozaram por muito tempo havia forjado uma singular experiência de autogoverno local. Quando da ruptura com a Coroa, essa experiência pôde ser reconstruída, servindo de base política e social para a continuação e efetivação do processo de independência. Nisso reside a importância fundamental do federalismo para a Revolução Americana, pois foi exatamente a estrutura federal que possibilitou a preservação das bases locais de poder.

Na França, diferentemente, a revolução combinaria individualismo não com historicismo, mas com estatalismo. Afinal, os revolucionários da Europa não tinham muito o que encontrar na história francesa para justificar suas demandas. Aquela era uma história de privilégios contra a qual era preciso se posicionar. A tarefa, portanto, não era só a de reorganizar politicamente um país: era necessário romper com toda uma ordem social e recomeçá-la praticamente do zero. Para um trabalho hercúleo como esse, era necessária a força do Estado, e nada mais adequado para isso do que uma entidade com características divinas, nada mais adequado do que a idéia de uma Nação onipotente. Tendo de se voltar contra boa parte das estruturas políticas e sociais vigentes e não podendo apoiar-se em nenhuma experiência local que pudesse ser reconstruída, é compreensível que o caos tenha ocupado as ruas de Paris da maneira como ocupou.

Numa nova aproximação entre América do Norte e França, é possível dizer que naquela a revolução possuía uma finalidade específica: constituir um novo povo. Isto é, revolução e Constituição não se contrapunham, mas completavam-se. Na França,

ao contrário, a Constituição era muitas vezes vista como uma contra-revolução, pois a revolução, em seus ideais originários e superiores, era um fim, irrefreável, em si mesmo. Quanto ao conceito de Constituição em si, na França ela era um instrumento de governo que não sujeitava a Nação, como titular do poder constituinte, mas tão somente os poderes constituídos, sendo que a oeste do Oceano Atlântico ela era tanto ordem constituída quanto ato de constituir, e por isso vinculava também o povo que a elaborara. Quanto ao poder constituinte, nas colônias inglesas ele teve uma função específica – produzir uma Constituição – e esteve desde o início ligado a um corpo rígido de normas – a Constituição. Ao invés disso, na França sua função era a de manter viva a própria revolução, o que fazia com que fosse entendido como permanentemente latente na sociedade e ligado a um macro-sujeito onipotente capaz de querer e de agir – a Nação¹¹.

Ao longo do século XIX, enquanto a França via-se oscilando entre revoluções e restaurações, nos Estados Unidos da América desenvolviam-se e consolidavam-se os dois principais legados da Revolução Americana para o Constitucionalismo ocidental: a idéia de supremacia constitucional e a possibilidade de controle de constitucionalidade das normas infra-constitucionais¹².

Aos poucos, por influência dos dois lados do Atlântico, mas sobremaneira, como não poderia deixar de ser, das construções conceituais e jurisprudenciais norte-americanas, formava-se o conceito moderno de Constituição: um documento escrito e datado no tempo, dotado de suprallegalidade, fundamento

11 FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*. Trad. Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2003.

12 PAIXÃO, Cristiano, BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília: Finatec, 2008, p. 150.

de validade do ordenamento jurídico positivo, rol de direitos fundamentais e ponto de partida para o exercício legítimo do poder político. Uma Constituição não mais referida ao passado, mas apontada em direção a um futuro indicado pelo próprio ato fundador que lhe dá origem.

Lido por uma ótica liberal, esse conceito significava a limitação do poder político, a partir da tripartição de poderes e do sistema de controle recíproco entre eles, e a garantia de direitos fundamentais individuais e políticos, mais bem consubstanciados no binômio liberdade e propriedade.

Terminadas as duas grandes revoluções, estava suplantada a relação antiga e medieval entre o Direito e a Política. Tinha início uma nova forma de se relacionarem, segundo a qual seriam internamente dependentes um do outro, sem recurso, pelo menos em tese, a fundamentações misteriosas e além-mundo. Pois a Constituição, como aquisição evolutiva, operaria o fechamento operacional dos sistemas jurídico e político e se apresentaria como um acoplamento estrutural entre eles: as normas jurídicas deveriam advir do exercício político, e este deveria organizar-se através daquelas. Ao Direito cabia revestir as decisões políticas do necessário caráter normativo, enquanto à Política cabia assegurar a executividade das normas do Direito¹³.

4. Weimar, a Crise como Possibilidade

Um século e algumas décadas depois, a Europa e o mundo eram bem diferentes de fins do século XVIII. A sociedade passava por transformações profundas e o Direito idealizado pelo Estado liberal parecia não ser capaz de responder adequadamente às

13 PAIXÃO, Cristiano, BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília: Finatec, 2008, p. 149-172.

novas questões levantadas. Na moldura conturbada de uma Alemanha em busca de sua reconstrução, desenvolver-se-ia um dos mais profícuos e profundos debates constitucionais de que a história do Constitucionalismo é capaz de dar notícia. A República de Weimar seria palco para disputas teóricas que influenciariam todo o restante do século e cujos ecos ainda hoje se fazem ouvir.

Num dos extremos do espectro teórico de Weimar, pode ser situado Carl Schmitt¹⁴. Traçando uma distinção entre leis constitucionais e Constituição, esta consistiria na decisão fundamental de um povo no que diz respeito a sua forma de existência como Estado. Poderia ser que as leis constitucionais trouxessem todos os aspectos dessa decisão, ou apenas alguns deles, e que, de outro lado, trouxessem também outros assuntos. Porém, não representariam nunca a Constituição mesma, pois esta, como decisão, jamais se compreenderia numa ou em mais leis. O poder constituinte seria aquele responsável por proferir essa decisão fundamental, e poderia ter natureza tanto monárquica quanto democrática, de acordo com o princípio vigente na organização política da respectiva sociedade.

O problema dessa concepção, ou pelo menos um deles, é que Schmitt entendia que por vezes as leis constitucionais traziam expressos compromissos entre perspectivas distintas, postergando a verdadeira decisão quanto à forma de existência do Estado. Em face dessa circunstância, sempre que uma questão própria à decisão fundamental, mas postergada, emergisse dentro do Estado, o poder constituinte seria chamado a agir, ainda que contrariando as leis constitucionais.

Rudolf Smend¹⁵, a quem Schmitt fazia referência com certa

14 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Versión española de Francisco Ayala. Barcelona: Alianza, 1996.

15 SMEND, Rudolf. *Constitución e Derecho Constitucional*. Trad. José María Beneyto Pérez.

expectativa de ter acesso a seu novo livro e certo pesar por não ter podido lê-lo antes de escrever sua *Teoria da Constituição*, traria novas contribuições ao debate constitucional de Weimar. Em sua visão integracionista, o Estado era tomado como uma totalidade de processos de integração social através dos quais o próprio Estado era a cada instante (re)atualizado e (re)afirmado. A Constituição compreenderia um molde normativo de determinados aspectos de integração social, mas nunca de todos eles. E, uma vez que o relevante era que os processos de integração social, expressos ou não na Constituição, permitissem a (re)atualização e a (re)afirmação permanente do Estado, pouco importaria se o molde normativo constitucional fosse desrespeitado em prol de tal integração. Sendo assim, o poder constituinte, embora não referido expressamente, aparece como latente na realidade social, podendo, a todo tempo, contrariar as disposições constitucionais, ainda que sem o fazer mediante alteração de seus textos normativos.

Tanto em Smend como em Schmitt, perde sentido a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos. O que as construções teóricas de ambos fazem ao não limitar a atuação do poder constituinte aos momentos de elaboração da Constituição e de eventuais reformas previstas nos termos da mesma é criar uma perspectiva que gera imensa insegurança constitucional e abre espaço para discursos e justificativas autoritárias.

Herman Heller¹⁶, adepto do então nascente Constitucionalismo Social, assumiria posições contrárias a Schmitt. Sua principal crítica seria à possibilidade de que um povo não-organizado politicamente atuasse como poder constituinte: para ele, não seria possível uma conceituação meramente existencial e decisionista

Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

16 HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Mota. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

deste, como o fizera Carl Schmitt. O poder constituinte exigiria uma organização anterior do povo que permitiria a ação conjunta e unitária da qual então resultaria. Heller criticaria também o conceito schmittiano de Constituição. Sua pergunta central seria quem decidiria os elementos que fariam parte da decisão fundamental sobre a forma de existência do Estado. Ou seja, por que não seria possível que aquelas matérias a que Schmitt atribuía o mero *status* de leis constitucionais compusessem também a decisão fundamental do povo se este assim entendesse por bem? Era como se, por trás e além da decisão fundamental, estivesse o próprio Carl Schmitt decidindo sobre o que poderia ser decidido.

Contudo, não obstante as críticas de Heller, quem se situaria no outro extremo, ou num dos outros extremos, do espectro teórico weimariano seria Hans Kelsen, que analisaria a Constituição e o poder constituinte de certa forma no marco de sua teoria pura. A Constituição, como ápice da pirâmide normativa positiva, deveria compor-se das regras de produção das normas infra-constitucionais, estabelecendo órgãos e procedimentos para a elaboração legislativa. Entretanto, dada a supremacia adquirida pela forma constitucional, outras matérias se teriam somado à da regulação dos processos de produção normativa, como o catálogo de direitos fundamentais e a determinação do modo como se dará a designação de alguns órgãos executivos supremos¹⁷.

Por seu turno, o poder constituinte seria lido como tal apenas na medida em que uma revolução bem sucedida conseguisse instaurar uma nova ordem normativa. Estando essa ordem vigente, a norma fundamental pressuposta por ela participaria de um silogismo que operaria, retrospectivamente, legitimando o ato revolucionário de fundação da nova ordem e atribuindo a

17 KELSEN, Hans. A Jurisdição Constitucional. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 130-134.

ele o sentido objetivo de poder constituinte. A premissa menor desse silogismo seria o ato revolucionário e o poder constituinte por ele exercido. A premissa maior seria a norma fundamental, a afirmar que a Constituição positivada pelo poder constituinte deveria ser obedecida. A conclusão seria que a Constituição, por ter sido estabelecida pelo poder constituinte de acordo com a norma fundamental, vale e deve ser obedecida. A norma fundamental permanece como fundamento de validade da Constituição e de toda a nova ordem jurídica, ao passo que o ato revolucionário e o poder constituinte, existentes na esfera do ser, mantêm-se como mera condição daquela validade¹⁸.

O problema de Kelsen é que, coerentemente com o propósito da teoria pura, não seria discutida a maior ou menor legitimidade de um poder constituinte democrático ou autoritário. Escrevendo já após a Segunda Guerra Mundial, Kelsen afirmaria que a opção por um governo autocrático ou democrático seria uma questão de adequação de meios a fins: se o fim que se tem em mente é o valor da liberdade, a democracia é a forma adequada de governo; mas se é outro o fim almejado, como a segurança, por exemplo, então a autocracia poderia vir a ser a forma política procurada¹⁹. Fazendo uma analogia, e apesar de ter sido Kelsen um dos mais vorazes defensores da democracia no século XX, sua teoria, relativista como ele mesmo assume, tornaria possível a justificação de um poder constituinte monocrático, mediante a atribuição de uma valoração mais elevada ao valor da segurança, da hierarquia ou outros semelhantes.

A oposição entre o normativismo kelseniano e o decisionismo schmittiano, todavia, ficaria mais clara no debate entre ambos

18 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 215-235.

19 KELSEN, Hans. *Escritos sobre la democracia e el socialismo*. Sel. y pres. Juan Ruiz Manero. Madrid: Editorial Debate, 1988, p. 207-344.

acerca da defesa da Constituição, quando Kelsen procuraria atribuí-la a um órgão voltado para esse fim – o tribunal constitucional –, enquanto Schmitt argumentaria em favor de atribuir essa mesma função ao chefe de Estado²⁰.

No entanto, pese a que haja diferenças significativas entre as construções teóricas de ambos – tanto em relação a métodos quanto no que diz respeito a pressupostos, objetivos e resultados –, a verdade é que suas teorias igualmente fracassam na tarefa de reconhecer adequadamente o papel do Direito na realidade social. Uma e outra mantêm, cada uma a seu modo, a separação, o hiato, entre norma e fato, entre validade e facticidade, não reconhecendo a tensão constante que constitui a relação entre essas duas dimensões, além de lidarem insatisfatoriamente com a questão da legalidade e da legitimidade. Assim, no extremo, Schmitt e Kelsen se aproximam. Não por acaso este último, décadas depois, seria obrigado a reconhecer que o Estado nazista foi um Estado de Direito, levando aos limites a coerência com a teoria que havia criado e sustentado a vida toda. Ademais, cabe lembrar que a teoria da interpretação kelseniana, no contexto da teoria pura, desemboca, após as revisões que sofre em relação a sua formulação inicial, numa teoria decisionista. Se, frise-se bem, isso não basta para fazer coincidir o pensamento profundo e complexo que cada um deles autonomamente desenvolve nem para colocar Kelsen e Schmitt juntos – algo que, em verdade, jamais poderia acontecer –, ainda assim não deixa de ser um forte indício de que a maneira como o positivismo, seja em sua versão clássica ou kelseniana, lida com o direito é equivocada.

Sem dúvida, as discussões de Weimar foram mais amplas do

20 BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. “Controle concentrado de constitucionalidade: O ‘Guardião da Constituição’ no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 41, n. 164, p. 87-103, 2004.

que aquilo que os limites deste artigo permitem abordar²¹. Conquanto a república surgida com a Constituição de 1919 tenha sido um período de crise praticamente constante até seu colapso em 1933, por muitos aquela crise foi lida como possibilidade, sobretudo para os estudos de Teoria da Constituição e Teoria do Estado. Foram muitas as alternativas que surgiram e o legado de todas elas, de um jeito ou de outro, não pode ser esquecido pelo Constitucionalismo, ainda que como referência crítica.

Quanto à Teoria do Poder Constituinte, pode-se dizer que as discussões foram desenvolvidas tomando por base as concepções clássicas, originalmente trabalhadas no pensamento de Sieyès. Essas concepções foram apropriadas e utilizadas em direções diversas, mesmo que por vezes a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos tenha sutil e estrategicamente desaparecido. Muito pouco foi aproveitado da experiência constituinte norte-americana.

Quanto à Constituição, a leitura liberal da mesma não era mais suficiente. Antecedida pela Constituição de Queretaro, no México, em 1917, a Constituição de Weimar se tornaria um marco importante no surgimento de um novo paradigma jurídico. Nascia o Estado Social, ou Estado do Bem-Estar Social. O rol de direitos fundamentais era ampliado para abranger, além de direitos individuais e políticos, também direitos sociais e econômicos. Mas não se tratava apenas de uma ampliação de direitos, pois os próprios direitos clássicos individuais e políticos tinham seu sentido reconstruído em consonância com uma materialização do direito formal do Estado Liberal. De outro lado, não cabia mais falar em poderes do Estado, separados e

21 JACOBSON, A. J., SCHLINK, B. Weimar: A jurisprudence of Crisis. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 2000, p. 1- 39.

exercendo um controle recíproco. Tratava-se agora de funções de Estado, exercidas cooperativamente pelo Executivo, pelo Judiciário e pelo Legislativo, no sentido de efetivar a Constituição então entendida como expressão dos anseios materiais de uma sociedade, anseios esses que se devem realizar programaticamente²².

5. Do Pós-Segunda Guerra aos Dias de Hoje

Terminada a Segunda Grande Guerra, o mundo mais do que nunca aparecia cindido em dois pólos. Contudo, uma análise superficial do período, que o resume à Guerra Fria e à disputa entre capitalismo e socialismo, não se presta a uma compreensão adequada dos acontecimentos. Pois, de um lado, havia muitos capitalismos dentro do capitalismo e muitos socialismos dentro do socialismo e, de outro, havia detalhes importantes que fogem ao espectro formado, como extremos, por aqueles dois modelos de produção econômica e organização político-social. Por exemplo, o imediato pós-Segunda Guerra é a época na qual ocorre a descolonização de países da África e da Ásia, que como conseqüência se lançam à experiência constitucional. Conquanto muitos desses processos de independência sejam capitaneados por Estados Unidos ou União Soviética, o verdadeiro significado deles, principalmente para quem os viveu, não pode ser tomado como mera reprodução, em escala menor, do embate entre as duas potências.

É nesse contexto que Karl Loewenstein²³ produzirá sua “Teoria da Constituição”, não hesitando em afirmar a vitória da democracia, uma vez que mesmo governos autoritários utili-

22 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 58-61.

23 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

zariam o manto da adjetivação democrática para se legitimar. Por isso mesmo, não caberia em seu pensamento um poder constituinte que não fosse democraticamente exercido. A principal contribuição de Loewenstein, porém, seria no estudo da Constituição, baseando-se no grau de correspondência que esta mantém com a prática política de fato existente. Essa correspondência é trabalhada através do binômio legitimidade e efetividade e, quando existe em grau satisfatório, têm-se as Constituições normativas (legítimas e efetivas). Quando não há tal correspondência, mas há o intuito de caminhar para que ela seja alcançada, denominam-se as Constituições como nominais (legítimas, mas não efetivas). Por fim, quando não há correspondência entre norma e prática política nem o intuito de alcançá-la, ou seja, quando a Constituição serve apenas para que os detentores do poder a utilizem conscientemente para camuflar suas práticas ilegítimas, as Constituições são chamadas semânticas (efetivas, mas não legítimas).

Não obstante o valor de sua obra, a crítica fundamental que pode ser feita a Loewenstein incide precisamente sobre a sua classificação das Constituições, que tem por pano de fundo uma compreensão ontológica e ideal das mesmas. Nesse sentido, seu erro consiste basicamente em negar o caráter dinâmico do fenômeno constitucional, não reconhecendo uma perspectiva reconstrutiva que procure proceder à interpretação das expectativas normativas já vigentes, ainda que de modo latente, na própria comunidade que a Constituição deve reger. Além disso, ao operar com os conceitos de legitimidade e efetividade, Loewenstein sugere a existência de Constituições legítimas, mas não efetivas, e outras efetivas, mas não legítimas. A pergunta é se isso seria possível. Afinal, como uma Constituição verdadeiramente legítima, isto é, reconhecida assim por aqueles sobre os quais se volta, poderia não ser minimamente efetiva e, do lado

oposto, há como ser efetiva uma Constituição que não carregue consigo um mínimo de legitimidade? Mais uma vez, também o pensamento loewensteiniano não é capaz de compreender adequadamente a tensão entre fatos e normas, entre facticidade e validade, que é constitutiva do próprio Direito como fenômeno social, normativo e interpretativo/argumentativo, mantendo-se, ao contrário, na tradição do hiato entre norma e realidade e lidando de forma equivocada com o problema da legitimidade.

As décadas de 60 e 70 assistiriam a mudanças importantes. A crise econômica e os problemas gerados pelas demandas sociais em relação ao Estado-providência colocariam em xeque o modelo do Estado Social e apresentariam como alternativa o neoliberalismo. Além disso, os novos movimentos sociais e os movimentos de contracultura procurariam contestar o alcance das políticas públicas e a padronização cultural que, de um jeito ou de outro, subjazia ao *Welfare State*. Como se não bastasse, havia também a tomada de uma consciência crítica, por parte da chamada nova esquerda, em relação ao autoritarismo do regime socialista soviético. Nesse quadro é que é cunhado o termo Estado Democrático de Direito, como alternativa tanto ao neoliberalismo quanto à homogeneização sócio-cultural do Estado Social e à arbitrariedade soviética.

Se é verdade que os contornos desse Estado Democrático de Direito ainda não estão perfeitamente definidos, bem como é igualmente verdade que ele internamente se abre a uma disputa entre os paradigmas anteriores do Estado Liberal e do Estado Social, nem por isso deixa de ser possível traçar considerações acerca da leitura da Constituição moderna e da Teoria do Poder Constituinte dentro dessa moldura paradigmática, considerações essas que têm o dever de trazer embutida toda a aprendizagem vivenciada ao longo dos mais de dois séculos de Constitucionalismo moderno.

A Constituição não pode mais ser entendida apenas como um documento a regular a relação entre cidadãos e Estado, assegurando direitos e limitando poderes, como no Estado Liberal. Por outro lado, ela também não pode pretender-se como imposição jurídica, *a priori*, de uma dada forma concreta de vida, como na perspectiva do Estado Social. Dado o fato do pluralismo e o reconhecimento de que a esfera pública não se confunde com a esfera estatal, a Constituição precisa consubstanciar-se num conjunto de procedimentos políticos que assegurem aos cidadãos o exercício democrático e a construção autônoma da opinião e da vontade em relação a questões tanto éticas quanto morais ou pragmáticas.

Ademais, ela deve garantir um rol de direitos que permitam o gozo pleno das autonomias pública e privada dos indivíduos. Nesse rol, há novamente uma ampliação de direitos fundamentais e uma reconstrução do sentido daqueles anteriormente já consagrados, que passam de uma concepção formal, no Estado Liberal, e de uma concepção materializante, no Estado Social, para uma concepção procedimentalista, no Estado Democrático de Direito. Dessa maneira, têm-se os direitos a iguais liberdades subjetivas de ação, os direitos de pertencimento à comunidade política estatal, os direitos de acesso a tutela jurídica do Estado, os direitos de participação na elaboração legislativa autônoma e os direitos participatórios, como aqueles voltados ao provimento do bem-estar e da segurança sociais, bem como à possibilidade de igual exercício dos outros direitos²⁴.

Finalmente, essa mesma Constituição deve prover internamente a ela mesma mecanismos que não engessem os processos sociais e históricos, mas que possibilitem às novas gerações

24 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 113-168.

apropriarem-se criticamente das normas constitucionais. Em outras palavras, o sentido performativo da Constituição, como ato de linguagem derivado de promessas e compromissos mútuos feitos no momento constituinte, é o da inauguração de um projeto constituinte, projeto esse que lança ao futuro carregado de expectativas e que deverá ser relido por cada nova geração, num processo de aprendizagem social que corrige a si mesmo no devir histórico²⁵.

Sobre o poder constituinte, não há mais espaço para teorias que abram caminho a um exercício não-democrático do mesmo. Sua titularidade pertence ao povo, e somente a ele, como instância plural de legitimidade²⁶. Sua natureza jurídica é reconhecida²⁷, bem como seu caráter de excepcionalidade²⁸, de modo a evitar manipulações palacianas e a repetição da instabilidade gerada no seio do Constitucionalismo francês. Sem embargo de não encontrar limites, do ponto de vista jurídico, pela ordem com a qual rompe, reconhece-se que ele não é plenamente ilimitado, havendo de respeitar compromissos éticos, culturais, sociais e morais, além de ambientais e bioéticos. Dentro dessa mesma direção, afirma-se a distinção entre poder constituinte originário, poder constituinte derivado e demais poderes constituídos, cabendo a estes dois últimos

25 HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 153-173.

26 CARVALHO NETTO, Menelick de. A urgente revisão da teoria do poder constituinte: da impossibilidade da democracia possível In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional: o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 19-28.

27 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 60-79.

28 QUADROS DE MAGALHÃES, José Luiz. Democracia e Poder Constituinte. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Quinze Anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 125-126.

tão só uma atuação dentro dos limites traçados por aquele primeiro²⁹.

Sem necessidade de recurso a qualquer teleologismo histórico, o breve percurso descrito neste artigo permite afirmar que as próprias lutas, movimentos e dinâmicas sociais internas à História têm apontado para um caminho contrário ao autoritarismo e favorável à soberania popular e ao respeito aos direitos fundamentais. Sem dúvida, não foram poucas as tentativas de regresso no que diz respeito a essas concepções. Ainda hoje, tais tentativas se fazem presentes: o acontecimento dos ataques às Torres Gêmeas, em 11 de setembro de 2001, trouxe à tona questões que continuam ameaçando as garantias duramente conquistadas pelo Constitucionalismo. Além do discurso anti-terrorista, citem-se também as ameaças de uma esquerda autoritária e populista na América Latina e de uma direita, não menos autoritária e populista, na Europa, bem como o problema das chamadas novas democracias na África e no Oriente.

De toda sorte, em que pese a necessidade de estar atento a tudo isso, verdade é que as questões levantadas na Modernidade acerca da legitimidade do poder político e da autoridade das normas jurídicas acabaram por construir a Teoria do Poder Constituinte e o conceito moderno de Constituição, além de levar a uma reconfiguração da relação entre a Política e o Direito. Nesse exato momento, estava aberto um caminho para que progressivamente a relação interna entre o Direito e a Política pudesse vir a ser interpretada como uma conexão interna entre o Direito e a Democracia.

29 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional: o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

Referências

ARENDDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

_____. *Da Revolução*. Trad. Fernando Dídimo Vieira. Rev. Trad. Caio Navarro Toledo. Brasília e São Paulo: Universidade de Brasília e Ática, 1988.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. “*Controle concentrado de constitucionalidade: O ‘Guardião da Constituição’ no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt*”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 41, n. 164, p. 87-103, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A urgente revisão da teoria do poder constituinte: da impossibilidade da democracia possível*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional: o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 19-28.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002

_____. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional: o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: De la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

_____. *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones.* Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade.* v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?* In: HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições.* Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 153-173.

HAMILTON, A.; JAY, J.; MADISON, J. *O Federalista.* Trad. Reggy Zacconi de Moraes. -Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado.* Trad. Lycurgo Gomes da Mota São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

JACOBSON, A. J., SCHLINK, B. Weimar: *A jurisprudence of Crisis.* Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 2000.

KELSEN, Hans. *Escritos sobre la democracia e el socialismo.* Sel. y pres. Juan Ruiz Manero. Madrid: Editorial Debate, 1988.

_____. *Teoria Pura do Direito.* Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *A Jurisdição Constitucional.* In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 121-186.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución.* Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

QUADROS DE MAGALHÃES, José Luiz. Democracia e Poder Constituinte. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Quinze Anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 115-128.

PAIXÃO, Cristiano, BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília: Finatec, 2008.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Versión española de Francisco Ayala. Barcelona: Alianza, 1996.

SIEYÈS, Emmanuel. *A Constituinte Burguesa – O que é o Terceiro Estado?* Org. e Int. Aurélio Wander Bastos. Trad. Norma Azevedo. 4a. edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

SMEND, Rudolf. *Constitución e Derecho Constitucional*. Trad. José María Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.