

Juliana Cesario Alvim Gomes



POR UM CONSTITUCIONALISMO DIFUSO

Cidadãos, movimentos sociais
e o significado da Constituição



Juliana Cesario Alvim Gomes



**POR UM
CONSTITUCIONALISMO
DIFUSO**

**Cidadãos, movimentos sociais
e o significado da Constituição**



2016

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

DIREITO CONSTITUCIONAL E A CONSTITUIÇÃO FORA DO JUDICIÁRIO

O Direito é a forma por excelência do discurso actuante, capaz, por sua própria força, de produzir efeitos. Não é demais dizer que ele faz o mundo social, mas com a condição de se não esquecer que ele é feito por este.

Pierre Bourdieu¹

1.1. Introdução

Conforme apontado na introdução deste trabalho, o senso comum jurídico tende a atribuir o protagonismo da empreitada constitucional ao Judiciário, sobretudo às cortes constitucionais. Embora alguns aportes doutrinários venham chamando atenção para a interação dos diferentes atores na formação do sentido da Constituição, costumam manter o foco nas instituições estatais, cuidando das relações entre os poderes constituídos ou da penetração das demandas sociais nessas instituições.

Entretanto, ainda que negligenciadas pela concepção jurídica atualmente dominante, leituras extrainstitucionais da Constituição foram objeto de investidas profícuas ao longo do desenvolvimento do Direito Constitucional. Como veremos, debates acadêmicos como aqueles ocorridos na Alemanha durante a vigência da Constituição de Weimar, acerca dos fundamentos da Constituição, e no cenário norte-americano contemporâneo, sobre o chamado constitucionalismo popular, trazem luzes para um tratamento da questão em nosso ordenamento jurídico e sinalizam a possibilidade de interpretações constitucionais extraoficiais.

Além de envolverem a relação entre os diferentes sujeitos do constitucionalismo, esses assuntos perpassam pontos centrais do

1. "A força do Direito". *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 16ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 237.

Direito Constitucional: se, e em que medida, a Constituição deve refletir a realidade ou funcionar apenas como ideal normativo; qual o equilíbrio adequado entre a estabilidade que caracteriza a Constituição como norma superior e a plasticidade derivada da necessidade de sua adaptação; como compatibilizar democracia e jurisdição constitucional; e, quais são as fronteiras entre Constituição e política. Em função da complexidade e extensão desses temas, não tenho a pretensão de esgotá-los. Portanto, abordarei cada um dos tópicos deste capítulo em função da contribuição que trazem para a questão fundamental deste trabalho: como os cidadãos participam e devem participar da construção do significado da Constituição.

1.2. Constituição e política na Constituição de Weimar

O debate acerca de quem são os intérpretes autorizados da Constituição relaciona-se ao papel que se atribui a ela. De um lado, carta normativa essencialmente jurídica; de outro, regime político-social que se abre para a sociedade.² Essa discussão teve importantes capítulos sob a égide da primeira Constituição da Alemanha baseada no princípio da soberania popular: a Constituição de Weimar, de 1919. Além de erigir sua legitimidade no poder popular, o documento previu uma democracia parlamentar e um longo catálogo de direitos. Entretanto, na consciência histórica alemã, ficou estigmatizado como um fracasso, por ter possibilitado a ascensão de Adolf Hitler ao poder.³

Algumas décadas antes da promulgação da aludida Carta, a Alemanha havia passado por processo de unificação liderado por Otto Von Bismarck, constituindo-se como uma monarquia constitucional. Imperava naquele momento uma espécie de positivismo de cunho formalista, que presumia que a lei válida expressava a vontade do Estado, que, por sua vez, refletia a vontade da Nação.⁴ Naquele contexto, emergiam algumas críticas ao modelo jurídico

2. BERCOVICI, Gilberto. "Constituição e Política: uma relação difícil". *Lua Nova*, n. 61, 2004.

3. MOMMSEN, Hans. *The rise and fall of Weimar democracy*. Trad. Elborg Forster e Larry Eugene Jones. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1996, p. vii.

4. CALDWELL, Peter C. "The power of the people and the rule of law". In: CALDWELL, Peter C. *Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law: The theory and practice of Weimar constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 1997, p. 20.

vigente: a Escola do Direito Livre, ao analisar a maneira de decidir dos magistrados, passa a questionar sua suposta neutralidade; de outra parte, Georg Jellinek desenvolve o questionamento que ficaria conhecido como *paradoxo de Jellinek*: “como o Estado, concebido como soberano, está sujeito ao Direito? Como Estado, que tem a mais alta vontade, anterior mesmo à lei, poderia estar vinculado a ela?”⁵. Ao levantar essas questões, Jellinek já evidenciava a existência de uma tensão entre fatores concretos de poder, encarnados na figura estatal, e o Direito, como ordem normativa.

Em 1914, o Império Germânico ingressa, com amplo apoio popular, no conflito armado que havia se iniciado com a invasão da Sérvia pelo Império Austro-Húngaro. Entretanto, crises políticas internas e os sucessivos insucessos militares levam à derrota da Alemanha na Primeira Guerra Mundial.⁶ Nesse contexto, é negociado com as Forças Aliadas um armistício, ao mesmo tempo em que, internamente, travam-se turbulentas disputas acerca da implementação de uma reforma constitucional.⁷ Inicia-se, então, um movimento para a convocação de assembleia nacional constituinte, cujo esboço fica a cargo do jurista e político liberal de esquerda Hugo Preuss.⁸ Composta preponderantemente pelo Partido Social Democrata e por partidos democratas burgueses, a assembleia se reúne em Weimar a fim de evitar os humores revolucionários presentes nas ruas da capital Berlim. Em função da pressão da maioria dos partidos em encerrar o período de transição, em pouco tempo é editada a nova Constituição, que prevê a instauração de uma república em que o poder é dividido entre o parlamento e o presidente. Com o intuito de evitar eventual autoritarismo parlamentar, opta-se por atribuir ao chefe do Executivo, eleito diretamente pelo povo, amplas prerrogativas,

5. CALDWELL, Peter C. “The power of the people and the rule of law”. Op. cit. pp. 41-42. BERCOVICI, Gilberto. “Constituição e Política: uma relação difícil”. Op. cit. A resposta de Jellinek passa pela divisão do Estado em duas faces, uma factual limitada concretamente e outra jurídica, relacionada à mais alta vontade, mas que voluntariamente se submetem ao Estado de Direito. Assim, a análise legal estaria estritamente separada de abordagens políticas e sociológicas. JELLINECK, George. *Teoría General del Estado*. Trad. Fernando de los Ríos Urruti. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

6. MOMMSEN, Hans. *The rise and fall of Weimar democracy*. Op. cit. p. 1.

7. KOH, Eberhard. *The Weimar Republic*. Trad. P. S. Falla e R. J. Park. 2ª ed. London/New York: Routledge, 2005, pp. 1-10.

8. *Ibidem*, pp. 10-16.

incluindo um mandato de sete anos, a possibilidade de ser reeleito indefinidamente, de dissolver o parlamento, de intervir no processo legislativo convocando referendo e de proclamar estado de emergência para preservar a segurança e a ordem.⁹

Se o entendimento jurídico anterior não questionava a legitimidade da ordem legal e desconsiderava os aspectos políticos e sociais com os quais o Direito pudesse se relacionar, a consagração da soberania do povo passa a gerar controvérsias sobre a composição dessa entidade fática, sua manifestação de vontade e sua relação com a lei.¹⁰ Em um primeiro momento, os principais protagonistas desse debate foram Hans Kelsen e Carl Schmitt.

1.2.1. O debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt

Tendo por objetivo forjar uma ciência do Direito, com um objeto próprio e separada de outros campos do conhecimento, Hans Kelsen estabelece um afastamento entre ser e dever ser, ou seja, entre fato e norma.¹¹ Segundo o autor, a norma legal, e não o fato, é o objeto da ciência do Direito. Suas características distintivas são sua normatividade – o que a diferencia de um enunciado de causalidade – e sua objetividade, ou seja, sua validade perante o Direito.¹² Assim, para Kelsen, não que a lei positiva não esteja sujeita a críticas a partir de concepções políticas, morais e éticas, mas a ciência jurídica não oferece instrumentos para realizar essas operações, na medida em que uma abordagem jurídica leva a resultados jurídicos.¹³

9. Ibidem, p. 19

10. KORIOH, Stefan. "The Shattering method in late Wilhelmine Germany: Introduction". In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (eds.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Trad. Belinda Cooper. Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press, 2002, p. 41. CALDWELL, Peter C. "The power of the people and the rule of law". Op. cit., pp. 53 e 85.

11. KELSEN, Hans. "On the borders between legal and sociological method". In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (eds.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Op. Cit., p. 58. KESLEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 3.

12. KESLEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Op. cit. p. 7.

13. CALDWELL, Peter C. "The power of the people and the rule of law". Op. Cit. pp. 89-90. Nesse sentido Kelsen chega afirmar, referindo-se ao Direito Internacional que "Todo conflito jurídico é na verdade um conflito de interesses ou de poder, e portanto toda controvérsia jurídica é uma controvérsia política, e todo conflito que seja qualificado de interesses, de poder ou político pode ser decidido como controvérsia jurídica, contanto que seja incorporado pela questão sobre se a pretensão que um Estado ergue em relação a outro e que este se recusa a satisfazer – nisso consiste todo conflito – está fundamentada no direito internacional ou não". KELSEN, Hans. "Quem deve ser o guardião

Sob essa ótica, o Estado é um universo formal de normas — e não uma vontade psicológica, como se afirmava até então — e, embora sofra influxos plurais sociais, não estatais, com eles não se confunde.¹⁴ Nesse sentido, a Constituição seria a expressão jurídica de um equilíbrio de forças em dado momento e configuraria uma norma fundamental de grau superior, que prescreveria requisitos para a elaboração das leis inferiores.¹⁵ No caso de haver contrariedade entre estas e aquela, as normas inferiores seriam nulas por carecerem de caráter jurídico. Segundo o autor, a maior e mais eficaz garantia da Constituição consistiria, justamente, nessa possibilidade de anulação do ato inconstitucional.¹⁶

Com relação aos intérpretes autorizados para esse procedimento, Kelsen afirma, a princípio, que “todos, autoridades públicas e cidadãos em geral, têm o direito de examinar em todas as circunstâncias a regularidade do ato nulo, de declará-lo irregular e de tratá-lo, como consequência, como não válido, não obrigatório”.¹⁷ Contudo, essa prerrogativa poderia ser limitada pelo direito positivo a determinadas instâncias, das quais seria exigida a edição de ato jurídico ulterior para sanar a irregularidade do anterior, o que trasladaria a questão da esfera da nulidade para a da anulabilidade. Assim, no tratamento de casos concretos, se consagraria o princípio da autolegitimação dos atos das autoridades públicas, segundo o qual a decisão de anular o ato irregular caberia a quem o produziu ou a outra autoridade cuja decisão seria provocada por meio de procedimento específico.¹⁸ Entretanto, Kelsen aponta a necessidade de centralizar o poder de examinar a regularidade das normas para que seja possível abandonar o sistema de anulação no caso concreto e passar para a anulação total, concentrada em instância central suprema, uma jurisdição ou tribunal constitucional, órgão independente que não

da Constituição?”. In: *Jurisdição constitucional* Trad. Alexandre Krug et al. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 252.

14. KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. Op. cit. 267.

15. KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Op. cit. p. 131.

16. *Ibidem*, p.148.

17. *Ibidem*. Loc. cit.

18. *Ibidem*, p. 141

participaria do exercício do poder e não se colocaria antagonicamente em relação ao parlamento ou ao governo.¹⁹

De acordo com o autor, a função dessa autoridade independente não se confundiria com a função legislativa, vez que, enquanto o legislador tem liberdade para atuar, limitado apenas pela Constituição, o inverso ocorre com o tribunal constitucional, “legislador negativo” que deve fundamentar-se integralmente na norma superior. A distinção se torna mais evidente porque, segundo Kelsen, a Constituição deve ser sintética: deve definir eminentemente procedimentos e, apenas a título excepcional, conteúdo. E, ainda que o faça, deve fazê-lo não por expressões abertas, mas da forma mais precisa possível, restringido ainda mais a atuação da jurisdição constitucional.²⁰ Nesses termos, Kelsen não nega o caráter político da decisão judicial. Ao invés, afirma que o Judiciário usufrui em menor quantidade do que o legislador, uma vez que o juiz se encontra limitado por uma estreita moldura dentro da qual decidirá conflitos.²¹

Carl Schmitt, ao contrário, reforça a noção de vontade estatal autônoma, que se confunde com a própria Constituição, a qual não é anterior ao Estado, mas é o próprio Estado, por se configurar como “uma condição verdadeiramente presente, um *status de unidade e ordem*”.²² Em outras palavras, a Constituição conforma a decisão fundamental de uma vontade unificada para constituir a si mesma como um Estado²³, um ato de poder ou autoridade capaz de tomar uma decisão abrangente e concreta acerca da forma e do tipo de sua própria existência política.²⁴ Nesse sentido, será válida na medida em que derivar de uma capacidade real de elaboração constitucional e for concretamente estabelecida pela

19. Ibidem, pp. 145, 150 e 276.

20. Ibidem, pp. 153 e 168.

21. KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. In: *Jurisdição constitucional*. Op. cit. p. 251.

22. SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Trad. Jeffrey Seitzer. Durham/London: Duke University Press, 2008, p. 60.

23. CALDWELL, Peter C. “The power of the people and the rule of law”. Op. cit. p. 105.

24. SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Op. cit. pp. 75 e 125.

vontade desse poder.²⁵ Para Schmitt, esse ato é autoevidente e não se limita por normas anteriores.²⁶

Ao relacionar a Constituição a essa decisão fundamental, o autor a diferencia das leis constitucionais, que, embora integrem formalmente o texto constitucional, não seriam dotadas de fundamentalidade e poderiam, portanto, ser modificadas pela vontade do legislador por meio de emendas.²⁷ Em face da Constituição em si, seria vedado ao Parlamento atuar. Caso contrário, erigir-se-ia um absolutismo parlamentar em que as decisões básicas do povo seriam desrespeitadas²⁸, uma vez que, para Schmitt, o Legislativo representaria não a vontade do povo como um todo, mas de seus diferentes grupos sociais e econômicos.

O presidente, por sua vez, estaria acima desses interesses contrapostos, representando o povo em sua totalidade e atuando como um terceiro neutro, intermediário e regulador.²⁹ Sua autoridade adviria da própria decisão fundamental do povo, a Constituição, e lhe conferiria, inclusive, a prerrogativa de suspendê-la para preservá-la.³⁰ Além disso, seria democraticamente legítima, porque adviria não de um mero contrato entre amigos-inimigos, mas da unidade política de um povo.³¹ Note-se que, para Carl Schmitt, a democracia não está relacionada ao pluralismo, mas, ao contrário, à unidade de um povo, que se constitui em oposição a um inimigo externo. É precisamente essa unidade política que garantiria a identidade entre governante e governados, característica

25. Ibidem, p. 64.

26. SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Op. cit. p. 131. Para Schmitt, a opinião pública consistiria na moderna forma de aclamação. Funcionaria de forma não-organizada, surgiria do nada e poderia ser influenciada por partidos ou grupos. Não se confundiria com o resultado das eleições, emergiria somente de vez em quando como expressão unânime da vontade do povo (Ibidem, pp. 275-278).

27. Ibidem, p. 69.

28. CALDWELL, Peter C. "The power of the people and the rule of law". Op. cit. pp. 104-105.

29. SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 194. Outra possibilidade apontada pelo autor seria a resolução por um poder político mais forte, acima dessas opiniões, mas que não configuraria um guardião da Constituição, mas um senhor soberano do Estado.

30. CALDWELL, Peter C. "The power of the people and the rule of law". Op. cit. p. 107. Essa prerrogativa permitir-lhe-ia decidir acerca da existência de uma situação de anormalidade que permitiria a suspensão das leis para a tomada de medidas concretas a fim de instalar a normalidade em que a lei pudesse operar. Op. cit. p. 98.

31. SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Op. cit. p. 208.

fundamental da democracia.³² A unidade em Schmitt contempla a representação, mas esta consiste, tão somente, na representação do todo e não do particular.³³ Nesses termos, o processo político realizado por meio de aclamação seria mais democrático do que aquele realizado por meio do voto secreto individual.³⁴

Segundo Schmitt, uma pluralidade de complexos sociais organizados poderia, no máximo, levar a um consenso mediante negociação, o que frequentemente acarretaria em instâncias conciliatórias incapazes de decidir, sobretudo quando houvesse um equilíbrio entre as forças em oposição.³⁵ Nesse caso, o Estado poderia, em uma concepção pluralista (a qual Schmitt condena), posicionar-se como um acessório a essas forças, proporcionando a alguma delas a vitória, ou, em uma concepção democrática (a qual Schmitt defende), reconduzir a parte vencida à sua vontade real, confirmando a noção de que “o Estado é uma unidade indivisível”.³⁶ Nesse cenário, o presidente do Reich funcionaria como um contrapeso ao pluralismo dos grupos sociais e econômicos, atuando na defesa da unidade do povo como totalidade política, capaz de agir diretamente, exprimindo-se e fazendo-se respeitar independentemente da mediação de grupos sociais.³⁷

Fundamentado nas mesmas razões, o autor nega, ainda, a desejabilidade de um “estado judicial”, em que o Judiciário funcionasse como o guardião da Constituição, podendo defender princípios gerais, ao invés de atuar somente de forma incidental, em casos concretos, e subsuntiva, extraindo uma decisão “de modo mensurável e calculável já contida na lei”³⁸. Segundo Schmitt, a atuação judicial que não é repressiva (*post eventum*) ou que não aplica uma norma a um fato, mas que, ao invés, é preventiva e

32. SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Op. cit. p. 138.

33. *Ibidem*, p. 240-242. Mesmo em um plebiscito haveria elementos de representação na medida em que um indivíduo votaria não como um homem particular fundamentado em interesses particulares, mas como um cidadão que representa o interesse do todo. Nesse sentido, afirma que não há Estado sem representação. (Loc. cit.)

34. *Ibidem*, pp. 273-274.

35. SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Op. cit. p. 211.

36. *Ibidem*, p. 212.

37. *Ibidem*, p. 234.

38. *Ibidem*, pp. 31 e 56.

aplica uma norma a outra norma, imbuiria o juiz de uma função política que minaria sua independência.³⁹ Assim, ou haveria uma norma em contradição óbvia e manifesta à Constituição, o que ensejaria a punição da autoridade que a teria editado, ou dúvida sobre esse conflito, o que equipararia a decisão do magistrado nesse caso à do legislador.⁴⁰ Isso porque, mesmo nas decisões relacionadas a casos concretos, existiria um espaço para o decisionismo, uma “eliminação autoritária da dúvida”, que consistiria precisamente na finalidade da sentença.⁴¹ Entretanto, a divergência de opinião entre titulares de direitos políticos de decisão não poderia ser julgada, em termos abstratos, por uma “aristocracia de toga” — “instância de alta política dotada de poderes legislativos constitucionais”⁴² — em violação à democracia, mas tão somente por um poder verdadeiramente independente: o presidente do Reich, política e partidariamente neutro, que funcionaria como um “ponto fixo” em um Estado pluralista e pluricrático.^{43 44}

1.2.2. As contribuições de Rudolf Smend e Herman Heller

Enquanto as análises de Schmitt e Kelsen acerca da relação entre política e Direito centraram-se no momento de fundação da democracia constitucional, outros autores, como Rudolf Smend e Herman Heller, buscaram abordar a interação entre fatos e normas em situações concretas, reorientando o Direito Constitucional para a teoria da ética e para a prática política.⁴⁵ Nesse sentido, suas contribuições promoveram alteração de perspectiva de uma abordagem transcendente para uma imanente em que o Estado

39. Ibidem, p. 47 e 62.

40. Ibidem, p. 67.

41. Ibidem, p. 68.

42. Ibidem, p. 228.

43. SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Op. cit. pp. 202 e 205.

44. Embora a teoria schmittiana historicamente tenha servido como substrato para ascensão nazista na Alemanha, alguns autores ressaltam que o governo presidencialista, segundo Carl Schmitt, era legítimo apenas como um comissário — cujas medidas constitucionais seriam temporárias — e não um soberano, ditador que introduziria mudanças na ordem constitucional pela via de decretos de emergência. SEITZER, Jeffrey; THORNHILL, Chirstopher. “An introduction to Carls Schmitt’s constitutional theory: issues and context”. In: SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Trad. Jeffrey Seitzer. Durham/London: Duke University Press, 2008, p. 23.

45. CALDWELL, Peter C. “The power of the people and the rule of law”. Op. cit. p. 120.