

CAPÍTULO 1

A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

O que justifica que uma construção institucional não apenas limite a vontade da maioria em face de decisões políticas passadas incorporadas à Constituição, mas, inclusive, impeça maiorias qualificadas, presentes e futuras, de rever ou reformular certas decisões ou princípios sem que se rompa com a ordem constitucional? Enfim, o que justifica, de uma perspectiva democrática, que o passado, por intermédio de uma Constituição, governe o presente e o futuro, que certos direitos e interesses possam ser protegidos em face das pretensões contemporâneas e mudanças nas concepções de justiça de uma sociedade?

1.1. Constitucionalismo e direito natural em Locke

O primeiro a formular na teoria política moderna um argumento a favor do constitucionalismo certamente foi Locke. Ele não se detém no estudo da Constituição, como documento escrito e rígido, na obra *Segundo Tratado*. A leitura desse texto, no entanto, deixa claro que o Poder Legislativo – “constituído” a partir do pacto social como Poder supremo dentro da sociedade – se encontra limitado pelos direitos naturais e por alguma fórmula de separação de Poderes e de Estado de Direito, institucionalizados na passagem do estado de natureza para o estado civil.

A justificativa formulada por Locke, como se verá a seguir, funda-se, ao mesmo tempo, numa teoria de direitos naturais, que abstratamente antecedem o próprio Estado, e na ideia procedimental de contrato, pelo qual indivíduos livres e iguais exercerão a sua autonomia.

De acordo com Corwin, o modelo jusnaturalista de justificação da supremacia da Constituição precede os demais na teoria constitucional americana. Essa perspectiva de um constitucionalismo jusnaturalista pode ser encontrada na Declaração de Independência ou na Declaração de Direitos de Virgínia, que concebem os direitos como autoevidentes e inalienáveis. De acordo com as palavras de Jefferson,

existem certos princípios de Direito e Justiça que estão intitulados a prevalecer por sua própria excelência intrínseca, não se levando em conta o propósito daqueles que manejam os recursos físicos da comunidade. Estes princípios não foram feitos pelas mãos humanas [...]. Eles são externos a toda vontade como tal e penetram toda a razão como tal. São eternos e imutáveis. Em relação a estes princípios, as leis humanas são [...] uma mera transcrição e sua promulgação não é um ato de vontade ou poder, porém um ato de descoberta ou declaração¹.

A formulação de Locke é, no entanto, mais complexa. Ao introduzir o *Segundo Tratado*, Locke toma como pressupostos alguns argumentos elaborados no *Primeiro Tratado*². Locke critica uma visão hierarquizada da sociedade. Para ele o argumento que retira do poder paterno o modelo para o poder na esfera política não faz sentido; mesmo que o pai tenha domínio sobre os filhos

¹ *Apud* Corwin, 1928: 152.

² De acordo com Laslett (1980: 207), o *Primeiro Tratado* teve por objetivo desmontar a defesa da monarquia realizada por R. Filmer.

por uma parcela de tempo, quando estes chegarem à “idade da razão” só haverá poder com consentimento.

Partindo de uma interpretação dos textos bíblicos, Locke afirma que todos os homens são livres e iguais; livres entre si e iguais uns aos outros, isso na medida em que todos são obra divina. Dessa última afirmação o autor vai retirar um elemento básico para a sua teoria do direito natural, que é a indisponibilidade da vida; ela não pertence aos indivíduos, mas a Deus – portanto, não sendo possível que o poder sobre esta seja alienado no momento do contrato, muito menos que ela seja retirada por outro indivíduo; “os homens [...] são propriedade daquele que os fez”³.

No esquema lockeano, para que se conheçam as leis da natureza deve-se consultar a razão, pois, sendo o homem um ser racional, na abstração do estado de natureza ele poderia viver sob os ditames das leis naturais. Conhecendo o Direito, os homens terão a possibilidade de aplicá-lo no caso de se verem prejudicados por terceiros. O que marca a principal diferença entre estado de natureza e estado civil para Locke é, fundamentalmente, a existência no segundo de um juiz independente que julgue conforme os mandamentos legais⁴.

No estado de natureza, o que se tem é uma “justiça” individual (privada); cada indivíduo é juiz dos próprios atos. Diferencia-se, portanto, do “estado de guerra de todos contra todos” hobbesiano. Para Locke, os indivíduos vivem em comum e em

³ Locke, 1963: § 34.

⁴ De acordo com Bobbio, o estado natural é para Locke um estado ideal “somente para seres racionais, ou seja, para seres cuja conduta fosse inspirada somente pelos ensinamentos da lei natural. Os homens, porém, não agem como seres racionais; no estado de natureza, não havendo nenhum poder superior aos simples indivíduos, cada um é juiz em causa própria, e visa, quando ofendido, a vingar a ofensa de maneira desproporcionada. Disso deriva que o estado de natureza, o qual deveria ser um estado de paz perpétua, transforma-se num estado de guerra” (1992: 37-38).

paz se consultarem a razão, porém a falta de um juiz independente gera situação de insegurança. Para o autor, o “estado de guerra” terá início quando um indivíduo tentar colocar outrem sob poder absoluto⁵, o que é claramente contra o direito natural de todos os indivíduos. Portanto, o que se busca no estado civil é a constituição de um árbitro que possa pôr em prática aquele direito ao qual se chega por meio da razão. Busca-se também criar um Poder Legislativo que possa deixar claro quais são esses direitos que se pode apreender pela razão. Não se trata de um Poder Legislativo que conceda direitos, mas que, reconhecendo-os, crie leis voltadas à sua preservação⁶.

Embora utilize muitas vezes argumentos da tradição judaico-cristã para fundamentar a igualdade dos indivíduos como filhos de Deus, esses argumentos são mais uma concessão do que uma fundamentação. A racionalidade inerente a esse homem igual a todos os demais e a capacidade para agir autonomamente dela decorrente é que desempenham papel crucial na fundamentação de seu jusnaturalismo. O que diferenciará, portanto, o constitucionalismo moderno – que tem sua origem em Locke – do antigo é que a lei superior não mais resulta da vontade divina ou de um longo processo de decantação e sedimentação histórico⁷. Os direitos e a autoridade inscritos na Constituição resultam do consentimento dos indivíduos.

Sendo os homens, conforme acima dissemos, por natureza todos livres, iguais e independentes, ninguém pode ser expulso de sua propriedade sem o seu consentimento. A maneira única, em vir-

⁵ Locke, 1963: § 17.

⁶ “A primeira lei positiva e fundamental de todas as comunidades consiste em estabelecer o Poder Legislativo” (Locke, 1963: § 134).

⁷ Para uma perspectiva do constitucionalismo antigo, v. Burke, 1982; McIlwain, 1947; Skinner, 1996.

tude da qual uma pessoa qualquer renuncia à liberdade natural e se reveste dos laços da sociedade civil, consiste em concordar com outras pessoas e juntar-se e unir-se em comunidade para viverem com segurança, conforto e paz com as outras [...].⁸

É a partir do pacto social que se constituirá o governo. Governo este que deve respeitar os direitos e se pautar pelos limites impostos pelos indivíduos no momento em que lhe conferiram autoridade. Mesmo o Poder Legislativo – que se encontra numa posição quase sagrada para Locke, acima dos demais órgãos do Estado – está limitado pelos direitos conservados pelos indivíduos no momento em que deixaram o estado de natureza e constituíram a ordem política. Há uma construção racional da ordem institucional, a partir da vontade dos indivíduos. No entanto, a ideia de consenso e de autonomia do indivíduo, que se encontra na raiz do contratualismo lockeano, deve estar submetida aos direitos naturais. Como ninguém tem, de acordo com as leis da natureza, o direito de dispor de sua própria vida assim como da vida e da propriedade dos demais, não se pode transferi-lo ao Poder Legislativo. O Poder Legislativo

não é, e nem poderia ser, um poder arbitrário sobre a vida e a fortuna das pessoas [...]. As obrigações da lei da natureza não cessam na sociedade mas somente, em muitos casos, se tornam mais rigorosas e por leis humanas se lhe anexam penalidades conhecidas. Assim, a lei da natureza fica de pé como lei eterna para todos os homens, tanto legisladores como quaisquer outros. As leis que elaboram para as ações de outros homens [...] devem estar de acordo com a lei da natureza [...] não ha[vendo] sanção humana que se mostre válida ou aceitável contra ela⁹.

⁸ Locke, 1963: § 95.

⁹ Locke, 1963: § 135; v. também Friedrich, 1965: 122.

O legislador de Locke encontra-se, assim, limitado pelo que hoje se reconhece como excelências do Estado de Direito¹⁰, devendo governar por leis promulgadas, claras e fixas. Também é importante que seja mantida a independência dos juízes, que devem ser autorizados e conhecidos da comunidade¹¹. Uma transferência de poderes que excedesse esses limites seria inválida, pois colocaria os indivíduos numa situação pior do que aquela em que se encontravam antes de deixar o estado de natureza. O Legislativo – na linguagem de Locke – é supremo, porém sua supremacia é limitada àquilo que lhe foi devidamente confiado. É um poder delegado.

Nesse sentido, Locke já aponta para uma teoria constitucional que diferenciará o poder constituinte soberano, pertencente ao povo, do poder constituído, entregue aos representantes do povo por intermédio de uma Constituição:

E, nessas condições, a comunidade conserva perpetuamente o poder supremo de se salvar dos propósitos e atentados de quem quer que seja, mesmo dos legisladores, sempre que forem tão levianos e maldosos que formulem planos contra as liberdades e propriedades dos súditos; porque, não tendo qualquer homem ou sociedade de homens o poder de renunciar à própria preservação, ou, conseqüentemente os meios de fazê-lo, a favor da vontade absoluta e domínio arbitrário de outrem, sempre que alguém experimente trazê-los a semelhante situação de escravidão terão sempre o direito de preservar o que não tinham o poder de alienar, e de livrar-se dos que invadem esta lei fundamental¹².

¹⁰ Para uma formulação dos elementos ou das excelências do Estado de Direito, v. Fuller, 1969; Vieira, 1996: 201-214.

¹¹ Locke, 1963: § 136.

¹² Locke, 1963: § 149.

O contrato social estabelece, portanto, uma limitação absoluta à soberania civil levada a cabo pelo Legislativo, que, caso ultrapassada, gera o direito à desobediência civil¹³.

1.2. A crítica republicana

Ainda que os direitos naturais tenham deixado de ser algo que paira nos céus, como uma dádiva, para os críticos republicanos há no jusnaturalismo sempre um recurso a valores prévios não resultantes do processo de deliberação. Ainda que se busque demonstrar que esses valores são resultado da razão humana e não de uma força transcendente, vê-se uma mácula nesse procedimento intelectual, pois, embora o contratualismo de Locke parta da premissa fundamental de que os indivíduos são autônomos, eles estão impedidos de atingir certos valores que são precedentes a qualquer processo de deliberação.

A possibilidade de este processo de dedução, pelo qual se chega ao direito justo, não coincidir necessariamente com o resultado de um processo de deliberação de indivíduos autônomos e racionais é que gera uma contradição de difícil solução para o pensamento jusnaturalista moderno¹⁴. Pois, se os indivíduos são iguais e racionais, os resultados do seu processo de deliberação para a tomada de decisões públicas deveria vincular a comunidade, independentemente de seus resultados, como querem os democratas.

Para o jusnaturalismo, no entanto, as decisões que vinculam a população devem passar por um duplo teste: primeiro, se resul-

¹³ Para um erudito estudo sobre a desobediência civil como direito fundamental, v. Garcia, 1994.

¹⁴ Rousseau detecta esse problema quando discute a questão relativa à impossibilidade de erro por parte da vontade geral, “o que não significa que as deliberações populares estejam sempre igualmente corretas” (1997: Livro II, Capítulo 3).

tam de um procedimento que leva em conta a vontade dos indivíduos como seres iguais, racionais e autônomos; segundo, se essa decisão é compatível substantivamente com os princípios de justiça ou o direito natural. Caso não seja, o resultado do processo de decisão majoritário é inválido. Nesse sentido, a democracia fica submetida à Justiça, e para saber o que é o direito justo recorre-se ao estado de natureza. A abstração do estado de natureza, que permitiu aos contratualistas formular paradigmas racionais de justiça, também foi utilizada como simples mecanismo pelo qual se justificam preconcepções de direitos, fundamentais à estruturação de determinado sistema econômico. Posto que esses direitos não decorrem de um processo de deliberação de indivíduos racionais e autônomos, mas de uma construção racional voltada a estabelecer os limites da autoridade estatal, trata-se de direitos pré-políticos¹⁵.

A possibilidade de os indivíduos verem suas escolhas políticas limitadas pelos valores decorrentes dessas abstrações formuladas pelos autores jusnaturalistas é fortemente criticada pelos chamados republicanos. Hume critica Locke e os demais contratualistas em relação ao uso que fazem tanto da racionalidade, ao dela derivarem o direito natural, quanto da ideia de contrato original, que, além de jamais ter existido, serve apenas para mistificar o verdadeiro exercício do poder. Para Hume os direitos naturais não são efetivamente derivados da razão, senão de convenções. Não há como derivar direitos de necessidades, como fazem os jusnaturalistas. Os valores são, na realidade, convencionais, e não naturais; assim, justiça e bondade são aquilo que em determinada sociedade habitualmente – por força da educação e dos

¹⁵ Para uma análise das diferenças entre a concepção liberal lockeana de direitos e a visão democrática rousseauiana, v. Habermas, 1994: 1-13.

costumes – é aceitável como justo e bom¹⁶. Não há, portanto, como retirar da razão abstrata obrigações morais ou políticas, pois os valores que os jusnaturalistas apontam como obrigatórios não passam de justificação a determinada forma de exercício do poder.

O jusnaturalismo também é criticado por Hume por se utilizar do mito do contrato com a finalidade de criar obrigação política. A força e a violência é que, historicamente, servem de fundamento do poder dos governantes. Hume não nega que o consentimento seria a forma mais justa para se fundar o poder, porém não é a verdadeira:

se os que assim argumentam passassem o olhar pelo mundo inteiro, nada encontrariam que tivesse a menor relação com suas ideias, ou pudesse justificar um sistema tão apurado e filosófico. Pelo contrário, em toda parte encontramos príncipes que consideram seus súditos como sua propriedade, e afirmam seu direito independente à soberania, baseado na conquista ou na sucessão. Encontramos em toda parte súditos que reconhecem a seu príncipe esse direito, considerando-se nascidos já submetidos à obrigação de obediência a seu soberano, do mesmo modo que nasceram já submetidos à obrigação de respeito e obediência a seus pais¹⁷.

Ainda que se pudesse localizar na história um exemplo de união fundada no consentimento, esta seria tão antiga, teria sido submetida a tantas distorções e perversões, que não poderia mais servir de base legítima para governar as atuais gerações. Por último, Hume sustenta que permitir ao contrato original (caso este

¹⁶ De acordo com Sabine: “Parecem válidas porque os homens as empregam habitualmente e são úteis porque por meio delas se criam regras mais estáveis de ação. Porém não se pode demonstrar que sejam necessárias [...]. Procedem menos da razão do que da imaginação ou de uma ‘propensão a fingir’” (1994: 457).

¹⁷ Hume, 1973: 228.

pudesse ser detectado) que vincule a vontade das gerações futuras seria o mesmo que admitir que os pais têm o poder de vincular os filhos “até as gerações mais remotas (coisa que os autores republicanos jamais admitirão)”¹⁸. Hume detecta, assim, uma contradição no pensamento de Locke. Pois, se Locke parte do princípio de que a autoridade paterna não pode fundamentar a autoridade pública, chega à conclusão de que o contrato original vincula e limita os que vêm depois dele.

No mesmo sentido a censura de Jefferson e Paine à possibilidade de que o passado governe o presente e o futuro. Esses autores têm como alvo original não as Constituições que estão ajudando a construir, mas as Constituições inglesa e francesa do antigo regime. Para Paine,

[a] vaidade e presunção de governar para além do túmulo é a mais ridícula e insolente de todas as tiranias. O homem não tem propriedade sobre o homem; nem uma geração tem propriedade sobre as gerações que estão por vir [...] eu estou lutando pelos direitos dos vivos e contra a possibilidade [de eles] serem deixados de lado em função da presumida autoridade dos manuscritos deixados pelos mortos¹⁹.

O radicalismo de Paine voltava-se contra uma sociedade hierarquizada que reproduzia uma Constituição impregnada de tabus e desigualdades. Era contra o tradicionalismo historicista de Burke²⁰ e sua crítica à Revolução Francesa que Paine se voltava. No mesmo sentido, Jefferson, ao redigir a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, afirmava que, “sempre que uma forma de governo se torne destrutiva destes fins

¹⁸ Hume, 1973: 229.

¹⁹ Paine, 1985: 16.

²⁰ Burke, 1982.

(para os quais foi concebida), é direito do povo alterá-la ou aboli-la, e instituir um novo governo”²¹. Porém não foi apenas contra a ilegitimidade da ordem anterior que esses republicanos se opuseram. O excesso de rigidez da Constituição produzida em Filadélfia também gerou severos ataques desses autores. “Pela lei da natureza, uma geração está para outra assim como uma nação independente para outra nação.”²² Para Jefferson cada geração deveria estabelecer sua própria Constituição, sendo imoral a pretensão de que os mortos governassem os vivos. Não se tratava, assim, de um argumento de circunstância, mas de princípio.

1.3. Poder constituinte e contrato social

As Constituições modernas, como resultantes de um processo constituinte, surgem a partir das ideias de racionalidade e igualdade propostas pelos jusnaturalistas²³. O direito natural, no entanto, não conseguiu se recuperar completamente das críticas de Hume. A contradição entre o direito natural e a necessidade humana de construção convencional de sua própria forma de governo está presente desde Hobbes²⁴, passando por Locke e Rousseau. A lei, que deveria derivar de uma razão natural, a partir do contratualismo passa, de fato, a resultar da vontade humana²⁵. Para alguns dos fundadores da nova nação americana o direito natural consistia apenas em uma ideia reguladora: visto como um paradigma a partir do qual se pudesse pensar os limi-

²¹ Heffner, 1991: 15.

²² Carta de Jefferson para Madison, de 24 de junho de 1813, *apud* Holmes, 1995: 141.

²³ Para o surgimento do constitucionalismo moderno, v. McIlwain, 1947: 12; v., ainda, Gilissen, 1986: 418.

²⁴ Lafer, 1980.

²⁵ Para Friedrich, “a filosofia jurídica de Locke, tal como a de Hobbes, está moldada na ideia de uma legislação positiva que resulta de decisões de vontade [...]. O lugar do soberano é considerado, por um poder constituinte, como a força legítima sobre a qual a ordem constitucional se apoia” (1975: 119).

tes ideais ao exercício da autoridade, transformando-a em arranjos institucionais concretos. Nesse passo, a ideia de que o poder só poderia ser imposto a partir do consentimento concreto prevalece. Para os republicanos, o direito deve ser fruto de procedimentos coletivos de deliberação, e não de uma abstração, da qual deriva uma forma ideal de governo.

É no marco da teoria do contrato social, portanto, que surge a ideia de poder constituinte. Esse é o substrato humano – mais do que isto, coletivo e democrático – que substituirá o grande legislador mitológico ainda presente em Rousseau²⁶, capaz de descobrir as leis da natureza. Daí Carl Schmitt, em sua *Teologia política*, apontar a semelhança entre a teoria do poder constituinte e a concepção religiosa, pela qual Deus impõe de forma onipotente as bases da lei que deve governar os homens²⁷.

Mas, para além da discussão filosófica que levou ao estabelecimento de uma teoria do poder constituinte, tanto na França, com Sieyès, como nos Estados Unidos, com os *Pais Fundadores*, é necessário compreender que a teoria do poder constituinte decorre em grande parte da necessidade prática de resolver a contradição imposta pela necessidade de representação. A impossibilidade de realização da democracia direta nos Estados com vastos território e população obrigou ao estabelecimento de sistemas represen-

²⁶ “O legislador é sob todos os sentidos um homem extraordinário no Estado. Se o é pelo seu talento, não o é menos pelo seu cargo. Não é este de magistratura, nem de soberania. Este cargo, que constitui a República, não entra em sua Constituição: é uma função particular e superior, que nada tem em comum com o império humano” (Rousseau, 1997: Livro II, Capítulo 7).

²⁷ “Todos os conceitos significativos da moderna teoria do Estado são conceitos teológicos secularizados, não apenas em razão de seu desenvolvimento histórico – no qual eles foram transferidos da teologia para a teoria do Estado, como, por exemplo, a onipotência de Deus se transforma em onipotência do legislador [...]. A ideia do Estado constitucional moderno triunfa conjuntamente com o deísmo, uma teologia e metafísica que banem o milagre do mundo” (Schmitt, 1985: 36).

tativos²⁸. O poder político ordinário seria, então, exercido por representantes e não pelos próprios cidadãos. Não havendo contrato social que determinasse os limites do poder a ser exercido pelos representantes, era necessário formular, na prática, algum mecanismo pelo qual o povo delegasse o seu poder. A elaboração de uma Constituição ofereceu essa possibilidade. A Constituição transformou-se na cristalização da vontade popular, a regular o comportamento dos delegados do povo nos longos períodos em que este não estivesse mobilizado em Assembleia²⁹.

O constitucionalismo moderno é, assim, mais do que uma ideia teórica desenvolvida pela filosofia política, uma solução prática³⁰ encontrada por estadistas nos séculos XVIII e XIX para a preservação de valores descobertos pelo jusnaturalismo iluminista, assimilando ao mesmo tempo a força irresistível da democracia – o que para os liberais permite o arbítrio das massas. Padece o constitucionalismo dessa tensão original.

O constitucionalismo liberal baseia-se na hipótese de que um documento constitucional que preserve direitos e institua um sistema de separação de Poderes pode estabelecer regras e limites às gerações futuras, inclusive contra a vontade da maioria dos cidadãos dessas gerações. Essa vinculação, obviamente, não é perpétua, pois, uma vez violados os termos básicos do pacto, pode o povo desfazer-se de suas obrigações e se reorganizar. Para os republicanos, por sua vez, a liberdade e a autonomia individual significam que a todo momento os indivíduos – e, consequente-

²⁸ Vega, 1985: 26-27.

²⁹ Vega, 1985: 27.

³⁰ Conforme nota de Pangle (1990: 9), “a Constituição americana é um produto não de filósofos, mas de estadistas e legisladores. Seu principal objetivo é obviamente a articulação, numa linguagem precisa e direta, da estrutura do governo. Não obstante esta estrutura institucional [...] ter sido desenhada [...] com a finalidade de promover metas morais superiores”.

mente, a sociedade – podem deliberar sobre o governo e as regras fundamentais que o instituem e limitam³¹.

No momento em que se nega a possibilidade de um direito natural, a justificação da supremacia da Constituição em face das gerações futuras e sua capacidade de limitar a vontade de maiorias deve procurar outro fundamento.

No plano da teoria constitucional moderna dois foram os argumentos elaborados. Para um primeiro grupo as Constituições formuladas em determinado momento histórico jamais se sobrepoem às gerações futuras, mas sim aos seus delegados e representantes que compõem o governo. Da mesma forma, não se está limitando a vontade da maioria do povo, mas apenas a de seus representantes. Sendo a Constituição uma decisão que decorre da vontade popular – diferentemente das decisões políticas cotidianas, que decorrem da vontade do governo ou do Parlamento –, a primeira encontra-se numa posição qualitativamente diferenciada e naturalmente superior às segundas. Não se trata, portanto, de uma superioridade de uma geração anterior sobre a posterior, mas de uma superioridade da decisão popular sobre as decisões governamentais.

Um segundo argumento, associado ao primeiro, seria o de que as decisões constitucionais do passado se encontram numa posição de supremacia em face das decisões legislativas e governamentais do presente e do futuro não apenas por sua origem popular, mas em consequência do processo de deliberação constitucional, que, sendo diferente da prática política cotidiana – em que imperam os interesses particulares do grupo majoritário –, é capaz de produzir instituições republicanas e, nesse sentido, mais próximas de paradigmas de justiça aceitos consensualmente.

³¹ Habermas, 1994: 6 e ss.