



Victor Freitas Lopes Nunes

**Uma tendência moderadora no Supremo
Tribunal Federal: Marcas autocráticas nas
decisões da corte**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção de grau de Mestre pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito do Departamento de Direito da
PUC-Rio.

Orientador: Prof. Francisco de Guimaraens

Rio de Janeiro
Abril 2015



Victor Freitas Lopes Nunes

**Uma Tendência Moderadora no
Supremo Tribunal Federal: Marcas
Autocráticas nas Decisões da Corte**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre pelo Programa
de Pós-Graduação em Direito do Departamento
de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão
Examinadora abaixo assinada.

Prof. Francisco de Guimaraens

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Adriano Pilatti

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Alexandre Pinto Mendes

UFRRJ

Prof^a. Mônica Herz

Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 17 de abril de 2015.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização do autor e do orientador.

Victor Freitas Lopes Nunes

Graduou-se em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) em 2013.

Ficha Catalográfica

Nunes, Victor Freitas Lopes

Uma tendência moderadora no Supremo Tribunal Federal: marcas autocráticas nas decisões da corte / Victor Freitas Lopes Nunes; orientador: Francisco de Guimaraens. – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2015.

178f. 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas

Direito – Teses. 2. Poder Moderador. 3. Poder constituinte. 4. Supremo Tribunal Federal. 5. Tendência moderadora. 6. Autocontenção. 7. Discurso competente. I. Guimaraens, Francisco de. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. III. Título.

CDD:340

Agradecimentos

À PUC-Rio e à CAPES pelos auxílios concedidos ao longo do curso de Mestrado, sem os quais a jornada seria mais tortuosa.

Ao meu orientador, Francisco de Guimaraens, a quem considero um amigo, pela paciência e pelo empenho.

Aos meus professores, tanto os da graduação, especialmente, o prof. Marcos Vinício Chein Feres, que me apresentou à academia; quanto aos mestres da PUC-Rio, que lapidaram meus conhecimentos ao longo do curso.

Aos irmãos em armas, Brahwlio, Lucas e Murilo, pela companhia.

Aos meus amigos, especialmente ao Arthur e ao Victor, pelos anos de parceria.

Aos colegas do mestrado, especialmente ao Rafael e ao Felipe, que trilharam este caminho comigo.

À minha família, meu pai, Elio, minha mãe, Maria Angela, e minha irmã, Rachel, pelo apoio.

A todos aqueles que ao longo dos anos contribuíram para que eu estivesse aqui.

A vocês, meu muito obrigado.

Resumo

Nunes, Victor Freitas Lopes; Guimaraens, Francisco de. **Uma tendência moderadora no Supremo Tribunal Federal**: marcas autocráticas nas decisões da corte. Rio de Janeiro, 2015, 178p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Este trabalho pretende contribuir para a compreensão da divisão de competências entre os três poderes consagrados pela Constituição de 1988, a partir do estudo de funções exercidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Indaga-se se existe, atualmente, equivalência entre a função exercida pelo Poder Moderador durante o Império e alguma das funções constitucionalmente designadas aos três poderes da República. Acredita-se que exista uma abertura à tendência moderadora no conjunto de competências do STF, revelada pela jurisprudência da corte. Compreendendo o direito como atividade de construção da ordem jurídica, o estudo alinha-se à vertente das pesquisas jurídico-descritivas. Promove um processo de inferência, não-dedutivo, que considera além dos próprios textos analisados, os respectivos contextos. A oposição entre as formas de governo permite compreender o sentido expansivo do *conatus* de uma comunidade política que se pretende democrática. O constitucionalismo, sobretudo na sua versão moderna, conhece conformação alternativa à clássica tripartição das funções estatais, na qual o Poder Moderador desponta como elemento central da estabilidade política. A recuperação do passado institucional brasileiro permite compreender tanto a dimensão da concentração do poder de decisão, reinserida no arranjo atual através do sistema de última palavra; quanto a perspectiva antidemocrática que se inscreve na sobredeterminação dos poderes constituídos à prática política não-representativa. A inter-relação entre as diversas matrizes de controle de constitucionalidade torna o sistema brasileiro uma criação singular, de onde despontam tendências moderadoras de marcas schmittianas, ressaltadas pelo dever de autocontenção e pelo discurso competente da corte.

Palavras-chave

Poder Moderador; Poder constituinte; Supremo Tribunal Federal; Tendência moderadora; Autocontenção; Discurso competente.

Abstract

Nunes, Victor Freitas Lopes; Guimaraens, Francisco de (Advisor). **A moderating tendency in the Brazilian Supreme Court:** Autocratic aspects of the court's decisions. Rio de Janeiro, 2015, 178p. MSc. Dissertation – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

This study intends to analyse the constitutionally established limits to the separation of powers at the federal level, especially with regard to the competencies of Brazilian's Supreme Court (BSC). It is asked whether there is, currently, some equivalence between the tasks of the moderating power during the Brazilian Empire and some of the functions constitutionally assigned to the constituted powers. It is believed that there is an opening to the moderating tendency in the BSC competencies, which is revealed by the court's jurisprudence. Methodologically, the theoretical references here applied consist in a dynamic perspective that distinguishes democracy from monarchy and aristocracy thought a difference of directions. In a democracy the desire to govern is open to fulfilment meanwhile in the other forms of government this desire remains captive. In fact, this methodological approach proposes the reconstruction of a system of analytical concepts based on contemporary constitutional theory in order to understand the role play by the BSC. The Brazilian judicial review system is a unique creation, from which emerge a moderating tendency with autocratic trends, highlighted by the self-restraint duty and the court's competent speech, whereby it calls itself the constitutional authority empowered to arbitrate institutional quarrels, interpreting, above all, its own constitutional competencies.

Keywords

Moderating Powers; Constituent Power; Brazilian Supreme Court; Moderating tendency; Self-restraint; Competent speech.

Sumário

1 Introdução	09
2 Poder e função moderadora: pressupostos teóricos	16
2.1 Democracia e poder constituinte	18
2.1.1 Autorreferência e atualização	19
2.1.2 A aceleração do tempo constituinte	27
2.2 Constitucionalismo: constituição mista e moderação	32
2.2.1 A constituição mista em Montesquieu	35
2.2.2 A constituição teológica de Constant	39
2.3 O modelo de constituição mista: os Founding Fathers e a questão social	45
2.4 A engenharia do Poder Moderador: o paradigma brasileiro	56
2.5 A função moderadora: o pacto oligárquico e o controle da contingência	66
3 A guarda da Constituição	79
3.1 Quem deve ser o guardião da Constituição?	82
3.1.1 Schmitt: decisismo e teologia	83
3.1.2 Kelsen: normativismo e liberalismo	90
3.2 A guarda e o Supremo	97
3.3 O compartilhamento da guarda	110
4 Jurisdição e moderação	121
4.1 Controle de constitucionalidade: o sistema de última palavra	124

4.1.1 A recuperação do decisismo schmittiano: um modelo autocrático	128
4.1.2 Diálogos institucionais e perpetuação da tendência moderadora	140
4.2 O dever de autocontenção: uma prerrogativa moderadora	148
4.3 Neutralizações e discurso competente	156
5 Conclusão	164
6 Referências Bibliográficas	169

1

Introdução

A relação entre constitucionalismo e democracia se apresenta como um desafio contemporâneo. A simbiose entre estes sistemas institucionais, sintetizados e transformados em conceitos, não é um dado da natureza, nem é de fácil conformação, especialmente porque os próprios conceitos, sobretudo o de democracia, são objeto de acirradas disputas e controvérsias. Conforme a perspectiva do poder constituinte (NEGRI, 2002), a prática democrática e o constitucionalismo são, na verdade, sistemas opostos, em que este último emergiu com o intuito – dentre outros objetivos – de bloquear o avanço do primeiro. O estudo da história constitucional brasileira parece, liminarmente, confirmar esta afirmação. A primeira Constituição nacional pode ser localizada, de acordo com o tradicional espectro polibiano das formas de governo, em um ponto muito distante do paradigma democrático. O modelo instalado pela Constituição de 1824 foi o monárquico-moderador.

A tradição constitucional brasileira é composta por uma sucessão de documentos constitucionais que, tradicionalmente, considera-se inaugurada com a proclamação da independência. A primeira Constituição do Brasil, como Estado autônomo, era marcada por uma divisão de poderes que contemplava, além da forma tripartite tradicionalmente inspirada em Montesquieu (1996), um quarto poder, o Poder Moderador, conforme sugestão teórica de Benjamin Constant (1989). Este quarto poder apresentava um “caráter neutro puramente preservador” (REBECQUE, 1989, p. 84). Os defensores nacionais do Poder Moderador asseveravam que, por estar acima dos demais, não tinha razão para alterar o *status quo* (URUGUAI, 2002). O quarto poder foi extinto, ao menos formalmente, com o advento da República e subsequente promulgação da nova carta constitucional em 1891. No entanto, a implantação da nova forma do Estado brasileiro assumiu, a partir do governo do Presidente Campos Sales, uma dinâmica na qual “a engenharia política do pacto oligárquico e a definição do governo como instrumento de administração podem ser enquadradas como sendo a busca por um *equivalente funcional do Poder Moderador*” (LESSA, 1988, p. 111).

É certo que desde então o Brasil não só abandonou a política Campos Sales, como também a própria Constituição de 1891 não está mais em vigor. Entre aquela Carta Constitucional e a atualmente vigente outras cinco (5) foram promulgadas ou outorgadas. Contudo, parece possível que o conjunto de competências exercidas pelo Imperador, conforme a Constituição de 1824 tenha um equivalente funcional na Constituição de 1988, de modo semelhante ao que Lessa (1988) identificou na relação entre a Política dos Governadores e a Constituição de 1891. Há, neste sentido, manifestações que reconhecem na ampliação da jurisdição constitucional após a II Guerra Mundial o pressuposto da intervenção de uma instância neutra (SILVA *et al.*, 2012, p. 25) e, tratando-se especificamente do caso brasileiro, há um fenômeno mais contemporâneo, relativo à “expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes” (VIEIRA, 2008, p. 8), chamado de “supremocracia” (VIEIRA, 2008).

Visando contribuir para a compreensão da divisão de competências entre os três poderes consagrados pela Constituição de 1988, bem como dos limites constitucionalmente estabelecidos para a divisão de poderes no âmbito federal e entendendo que, no presente, as funções exercidas conforme o Direito vigente estão delimitadas pelo conjunto de competências constitucionalmente determinadas, indaga-se se existe, contemporaneamente, equivalência entre a função exercida pelo Poder Moderador durante o período do Império no Brasil e alguma das funções constitucionalmente designadas aos órgãos dos três poderes da República.

Acredita-se, como hipótese deste trabalho, que exista uma abertura no conjunto de competências do Supremo Tribunal Federal (STF) que possibilita a esse órgão o exercício da função moderadora. Trata-se de uma abertura potencial ao seu exercício, uma vez que não se pode confundir o exercício desta função com todo o conjunto de competências constitucionalmente designadas ao STF. Dada esta abertura potencial, parece possível, portanto, existir uma tendência ao exercício da função moderadora, depreendida dos movimentos da jurisprudência da corte.

Um movimento politicamente democrático é caracterizado pela sua construção pela base. Os órgãos de cúpula do poder instituído são sub-representativos, uma vez que se constituem mediante a convergência de desejos em uma ou poucas pessoas. Este fenômeno é agravado naqueles órgãos cuja

legitimidade democrática é percebida *aprioristicamente* e de forma indireta, como no caso do Supremo. Ainda que verificada a hipótese de que a atuação do STF inclina-se para uma tendência moderadora, deve-se reconhecer que, efetivamente, não há dispositivos dos quais ele possa se utilizar para, isoladamente, bloquear o avanço do poder constituinte, nem mesmo parece dispor de mecanismos para materializar esta tendência e reencarnar o Poder Moderador, uma vez que esta é contrária à própria lógica da divisão de poderes consagrada na Constituição de 1988. No entanto, sua atuação, se não impede o avanço da potência constituinte, pode desacelerá-la, contendo-a nas engrenagens dos poderes constituídos, em um cenário cuja própria inércia das instituições político-jurídicas já é obstáculo suficiente para o florescimento do poder constituinte.

A intervenção do STF em assuntos políticos é potencialmente mistificadora da raiz social da questão. Esta mistificação – ainda que no mesmo sentido da mudança que seria posta em marcha pelo próprio poder constituinte – levada à última medida pode conduzir à ocultação da política, sob o discurso da técnica, por exemplo. Na busca de contribuir para a compreensão da relação entre os Poderes estabelecidos pela Constituição de 1988, o presente trabalho almeja analisar as funções exercidas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do paralelo entre as competências constitucionalmente determinadas para este órgão e a função moderadora, conforme identificada por Lessa (1988) na Constituição da primeira República.

Trata-se, portanto, de um estudo jurídico que investiga, analisa e interpreta competências constitucionais procurando não apenas compreendê-las de forma sistêmica, mas também conhecer as relações histórico-institucionais que elas exprimem e das quais são expressão. Quanto à escolha pelo foco no STF, algumas considerações são importantes. Tal hipótese está fundada na interpretação dos artigos do livro “O federalista” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003), segundo os quais este órgão do Poder Judiciário teria o condão de garantir a união¹ e o equilíbrio dos poderes que compõe o Estado, assim como era determinado ao Poder Moderador na Constituição de 1824². Como salienta Fábio

¹ Falando sobre a instituição de um tribunal constitucional, os federalistas asseveram: “tal tribunal é muitas vezes necessário para prevenir o emprego da força ou a dissolução do pacto” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 242).

² O art. 98 desta Constituição determina: “o Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu

Leite (2003, p. 106), falando da primeira Constituição republicana do Brasil: “a Constituição de 1891 batizou o País como a República dos Estados Unidos do Brasil, tornando explícito o figurino norte-americano que modelou o seu conteúdo”. Existe, portanto, íntima relação entre a arquitetura institucional brasileira, desenhada desde a primeira constituição republicana e a obra dos “federalistas” americanos.

Além deste paralelo existem fatores outros que auxiliam na escolha desta instituição a despeito de outras. Primeiramente, no que se refere ao Supremo como corte constitucional, a discussão do seu papel como guardião da Constituição remonta à disputa entre as posições de Kelsen (2003) e Schmitt (2007). Este último, afirmava que a guarda da constituição cabia ao chefe de Estado – naquele contexto ao Presidente da República de Weimar; o primeiro, por sua vez, afirma que, de uma perspectiva estritamente jurídica, a corte constitucional – parte integrante do processo de decisão política – pode figurar como guardião da Constituição. Esta discussão, permeada por conceitos de filosofia política, teoria do Estado e teoria do Direito, longe de estar conclusa, ainda dá margem para discussões sobre os limites da atuação de uma corte como o STF, cujo conjunto de competências permite, *a priori*, vislumbrar uma possibilidade de atuação no sentido de desempenhar um poder neutro, na guarda da estabilidade e dos direitos instituídos por uma Carta Constitucional.

Os doutrinadores nacionais, por sua vez, relatam, na esteira do que chamam de “neoconstitucionalismo”³, “a primazia do Poder Judiciário na interpretação da Constituição” (BARROSO, 2014, p. 18), cuja consequência é “a dominância de um dos poderes” (ÁVILA, 2009, p. 2), o Judiciário, encabeçado pelo Supremo Tribunal Federal. A crescente importância do Judiciário, ou como

Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos” (BRASIL, 2013a – grifo próprio).

³ O termo “neoconstitucionalismo” é muito impreciso, porque, por um lado, parece indicar um fenômeno diferente do constitucionalismo supostamente “tradicional”; por outro, agrupa um vasto conjunto de autores nacionais. Estes aspectos trazem consigo graves consequências: o primeiro mascara o fato, reconhecido, inclusive, por muitos autores, que o “neoconstitucionalismo” é, na verdade, uma tentativa de compreender e de formular uma teoria constitucional contemporânea; o segundo acaba por reunir, em um mesmo conjunto, autores cujas concepções teóricas e cujos diagnósticos dos fenômenos objeto de estudo são, em alguns casos, conflitantes entre si, de modo que não há “neoconstitucionalismo”, mas, na melhor das hipóteses, “neoconstitucionalismos”. Não se pretende, ao longo do trabalho, analisar o “neoconstitucionalismo”, nem mesmo buscar compreender alguma de suas vertentes. Não é possível, no entanto, ignorar as contribuições que os diversos autores reconhecidos sob este rótulo deram, através de suas análises, à jurisdição constitucional brasileira.

aponta a doutrina, a sua preponderância em um cenário de separação de poderes pode reestruturar a dinâmica do sistema de freios e contrapesos. Esta nova estrutura, em que o Supremo Tribunal assume papel de destaque, identifica o juiz constitucional, sobretudo os ministros do STF, como garantidor da estabilidade institucional (BARROSO, 2007, p. 39) ou, até mesmo, como guia político-intelectual, uma “vanguarda intelectual” (BARROSO, 2014, p. 21), características que remontam àquelas pelas quais se identificava a “legitimidade” do exercício pelo Imperador do Poder Moderador no Brasil.

Metodologicamente, a construção do sistema analítico de conceitos que embasa este trabalho funda-se na ideia de que o direito é atividade, um movimento de construção da ordem jurídica. Segundo Negri (2002, p. 424): “o poder constituinte se realiza como tendência: ele se reabre sempre, e sempre se redefine como absoluto nessa reabertura”. Este estudo alinha-se, portanto, à vertente das pesquisas jurídico-descritivas, volta-se a um exame qualitativo da bibliografia selecionada, apresentando um conjunto de estratégias metodológicas que se destinam a compreender os movimentos de construção e reconstrução quotidiana do sistema jurídico.

Basicamente, dois grupos de estratégias serão adotados. Primeiramente, no que toca à formulação teórica que embasa a pesquisa, cujas fontes serão a documental e a bibliográfica, tratar-se de um processo de inferência, não dedutivo, que considera além do próprio texto analisado, circunstâncias externas a ele, notadamente o seu contexto. O mesmo procedimento baseará a interpretação dos textos normativos, bem como dos acórdãos, das decisões e dos votos analisados⁴. Em relação à verificação da hipótese da incorporação de função moderadora pelo Supremo, almeja-se identificar, com o auxílio de exemplos tirados da própria jurisprudência do STF, a relação entre a função de guarda da Constituição exercida pelo STF e sua suposta neutralidade. Ademais, importa verificar, segundo a atuação da corte, as relações que se estabelecem entre o sistema de última palavra sobre a guarda da

⁴ Esta busca fará uso, sem prescindir de outras fontes, do conjunto de decisões que o próprio Supremo indica na base de dados “A Construção e o Supremo”, disponível para consulta no sítio da instituição na internet (www.stf.jus.br), notadamente àquelas nas quais o STF decide sobre a extensão das próprias competências, uma vez que estando submetido apenas ao dever de autocontenção, em face do qual não há sanção prevista em caso de descumprimento, o STF pode não só assumir a tarefa de garantir o pacto constitucional, como, inclusive, dar-lhe conteúdo. Não se descuidará, portanto, de casos de destaque julgados pela corte, por exemplo.

Constituição e o dever de autolimitação dele derivado com o passado moderador. Para tanto, serão expostas algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, bem como serão analisados textos e conceitos teórico-doutrinários na busca de elementos que permitam indicar uma tendência moderadora.

Deve-se notar que ao longo as fases da pesquisa, cujo objeto de análise é composto por fontes indiretas, como a documental e a bibliográfica, não se descuidará da relação das informações e dos dados coletados com os fatos que a cercam, uma vez que o contexto figura como elemento essencial à interpretação dos textos e documentos estudados. Em se tratando de análise de competências com vistas à identificação de uma função, seja ela a moderadora, seja qualquer outra constitucionalmente designada ao Supremo, é imprescindível que a conceituação destas funções se dê de maneira conexa ao exercício das competências, não se restringindo apenas ao texto normativo ou a suas interpretações potenciais. Mesmo porque, a própria concepção teórica que inspira este trabalho reconhece que a interpretação jurídica, veiculada nos votos dos ministros e nas decisões analisadas, é parte do processo de construção do direito, uma vez que a interpretação autêntica, levada a cabo pelas instancias oficiais, é parte indispensável para a identificação do direito contemporâneo, apesar de não poder ser considerada isoladamente, porque o direito, sob a ótica do poder constituinte, é um sistema em constante reconstrução, sobretudo através da participação direta dos destinatários das normas jurídicas.

O capítulo seguinte inaugura as discussões sobre a relação entre as formas de governo, não pretendendo defini-las, muito menos buscando estabelecer um conceito de democracia⁵, ainda que esta seja a forma de governo que inspira tanto a lógica do poder constituinte quanto a organização institucional conforme a Constituição vigente no Brasil. Compreender que a democracia se distancia das demais formas de governo através de uma alteração de sentido é essencial para que a discussão sobre seus rumos tenha um norte, isto é, para que o sentido de formação democrática seja dado em oposição a formas de organização da comunidade política voltadas à preservação seja da monarquia, seja da aristocracia. As ideias de constituição mista baseadas na forma tradicional

⁵ Este estudo não se dispõe a buscar um conceito de democracia, entendendo que ela é mais bem entendida como prática compartilhada socialmente. Mais do que uma construção intelectual ou acadêmica, democracia é uma experiência que só existe enquanto é vivida.

tripartite e, sobretudo, aquela que incorpora um quarto poder, o Moderador serão confrontadas com a perspectiva do poder constituinte da multidão. O confronto espera explicitar que a liberdade imanente que emerge da democracia pretende ser contida nos meandros da constituição mista. Mesmo a conformação idealizada pelos federalistas norte-americanos, abertamente oposta à monarquia, permanece-se limitadora das expansões do *conatus* democrático, mistificando, através da representação e de uma sofisticada engenharia institucional, a questão social que fundamenta o sistema de *checks and balances*.

Tanto a forma de organização monárquica, quanto a aristocrática são momentos historicamente determináveis na formação do Estado brasileiro. As heranças, inclusive no plano dos poderes constituídos, que o passado legou à atual conformação institucional a mantém distante de uma abertura ao poder constituinte. A recuperação, através das manifestações autocráticas do Supremo, das reminiscências moderadoras incorpora dois aspectos. Primeiramente, a partir da oposição entre as perspectivas de Kelsen (2003) e Schmitt (2007), almeja-se demonstrar as marcas schmittianas da jurisprudência do Supremo, sobretudo, no sentido da concentração dos poderes de decisão. Esta constatação encaminha a pesquisa para o segundo aspecto, no qual a arquitetura institucional, que remonta à engenharia federalista, é contrastada, segundo o paradigma do sistema de última palavra, à necessidade de abertura institucional à emergência do poder constituinte, de modo a explicitar as inclinações moderadoras da jurisprudência do STF, expressas não só na decisão de questões políticas de forma irrecorrível em confronto com disposições dos demais poderes, mas também no discurso da autocontenção.

Por fim, a recuperação da hipótese que identifica o Supremo Tribunal como possível equivalente funcional do Poder Moderador é contrastada, segundo a perspectiva que inspira este trabalho, à fórmula do discurso competente. As manifestações do tribunal, ligadas ao paradigma constituição mista, que privilegiaria o exercício da função moderadora pela corte, serão reinterpretadas diante da pretensão de autoridade expressa na retórica do STF. Tais manifestações, ainda ligadas à forma do Estado liberal-burguês, da qual não podem prescindir, mantêm-no adstrito a um horizonte de possibilidades que não lhe permite materializar a tendência moderadora, mantendo dispersos os poderes de decisão sobre a república.

2

Poder e função moderadora: pressupostos teóricos

Antes mesmo de buscar um conceito de Poder Moderador que possibilite a investigação que se pretende realizar, importa estudar a relação entre a moderação, ligada tradicionalmente à monarquia, e as formas de governo. Este diagnóstico impõe uma necessidade primeira, qual seja: conhecer as próprias relações que se estabelecem entre as formas de governo. A partir da compreensão de democracia como sistema aberto ao poder constituinte, confronta-se a ideia que inspira a Constituição Federal de 1988, insculpida no *caput* do art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)” (BRASIL, 2013c), com outras formas de organização da comunidade política.

O estudo proposto pretende auxiliar na compreensão das limitações impostas pelo paradigma institucional instalado, conforme a Constituição de 1988, à atuação do Supremo Tribunal. Não se descuida, ainda assim, das críticas feitas por Negri (2002, p. 19) à perspectiva institucionalista, que opõe ao caráter dinâmico e libertador do poder constituinte uma pesadíssima imagem do jogo político como base material da Constituição. A proposta desta pesquisa destina-se, exatamente, a buscar os limites impostos pelo poder constituído à originalidade do poder constituinte. As instituições “não devem ser desenhadas com o objetivo de impedir mudanças, de conservar o estado das coisas; devem ser erigidas de forma a se apresentar como ambiente que se abre à desunião e possibilita a *mutatio*” (BASTOS, 2010, p. 27). Neste sentido, estudar os limites da dinâmica entre os três poderes implica verificar se a estrutura dos poderes constituídos impõe parâmetros para o exercício da democracia, ou se a organização institucional simplesmente isola determinadas estruturas, tornando-as impenetráveis pelo poder constituinte.

Este isolamento não é estranho à teoria constitucional. O modelo de constituição mista, tradicionalmente ligado à Montesquieu (1996), conhece uma conformação alternativa, modernamente teorizada por Benjamin Constant (1989),

segundo a qual um poder neutro⁶ – o Poder Moderador – deve estar acima dos demais, de modo a garantir a estabilidade e a perpetuação de uma determinada organização da comunidade política e social. Desde uma perspectiva democrática serão comparadas as visões de Montesquieu e Constant sobre a organização político-institucional do Estado, exatamente porque opostas a uma concepção de democracia aberta à emergência do poder constituinte (NEGRI, 2002).

A recuperação das teorias destes autores bem como o confronto de suas análises com o paradigma espinosano permite retomar a questão do sentido de formação democrática e, também, abrem caminho para a compreensão de influências decisivas para a maneira como o paradigma institucional brasileiro foi idealizado e instalado. A oposição entre uma democracia aberta ao poder constituinte e as demais formas de governo impõe, neste sentido, o confronto entre as visões de Negri (2002) e Hanna Arendt (2011) sobre a questão social, de modo a explicitar que é o sentido de abertura ao reconhecimento de direitos, tanto de participação como de garantias de vida, que sustenta o poder constituído. A democracia é uma forma de governo que não reconhece os limites entre o político, o social, o jurídico e o econômico, por exemplo, porque encontra na cidadania, na condição de pertencimento à comunidade política, o substrato que a torna, com Espinosa (2009b), a forma de governo mais natural.

Considerando que a democracia, experimentada não apenas nas suas formas representativas, mas também de participação direta, está no cerne do Estado de Direito constituído a partir de 1988⁷, este poder “neutro” não pode ser autônomo e desvinculado dos preceitos de legitimação democrática. Portanto, esta investigação busca na Constituição atual paralelos com a função moderadora. Trata-se de função, uma vez que o Poder Moderador instituído foi extinto com o final do Império. Contudo, como demonstra Lessa (1989), a substituição da forma

⁶ Ligando o Poder Moderador à coroa, Constant (1989, p. 74) sugere que: “o poder real precisa estar situado acima dos fatos, e que, sob certo aspecto, seja neutro, a fim de que sua ação se estenda a todos os pontos que se necessite e o faça com um critério preservador, reparador, não hostil”.

⁷ O parágrafo único do artigo primeiro (1º) da Constituição Federal dispõe: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 2013c). Observação importante sobre este dispositivo recupera o momento de discussão deste artigo na Assembleia Constituinte de 1988. Naquele episódio, narrado por Pilatti (2008, p. 237) o reconhecimento de participação direta do cidadão como veículo da soberania popular foi inserido no texto constitucional a partir de negociação da ala progressista com a conservadora de modo a mitigar a redação original que consagrava apenas o princípio da representação.

monárquica pela republicana não foi suficiente para reconduzir a função estabilizadora do Poder Moderador a outras formas de organização, tanto que foi preciso a formulação de um pacto não escrito, a política Campos Sales, para que os primeiros anos (entrópicos) da República pudessem dar lugar a uma aparelho capaz de gerir de forma organizada a coisa pública⁸.

2.1

Democracia e poder constituinte: a abertura institucional⁹

Há séculos pensadores tentam encontrar uma maneira de compreender as relações que se estabelecem entre o poder e as instituições político-jurídicas. Tradicionalmente, de acordo com a tradição polibiana, três formas de organização de uma comunidade política são reconhecidas: a monarquia, a aristocracia e a democracia. Partindo da premissa que a Constituição Federal de 1988 reconheceu a democracia como forma de governo vigente no Brasil, a busca deste trabalho volta-se no sentido de encontrar uma sintonia entre o princípio democrático e o Estado de Direito constitucionalizado. No entanto, tanto o próprio conceito de democracia, quanto a noção mesma de Estado de Direito geram diversas controvérsias. Observada a maneira como Espinosa (2009b) expõe o balanço entre as instituições que compõem cada uma das formas de governo, nota-se que a abertura da democracia à autorreferência, como nota distintiva dela em relação às demais formas, instrui um paradoxo no qual, apesar de se manter no limiar entre estabilidade e instabilidade, a democracia é a forma mais natural de organização de uma comunidade política. Característica que a torna permeável aos processos constituintes, os quais a partir do acúmulo ontológico promovido ao longo do tempo histórico são capazes de acelerá-lo, mediante o trabalho criativo e inovador, inclusive no que se refere à disposição da forma institucional.

⁸ O advento da República extinguiu formalmente o Poder Moderador responsável pela centralização das decisões políticas durante o Império. A falta desta entidade somada à tradição de se recorrer a ela gerou, durante os primeiros anos do período republicano, que Lessa (1989) chamou de anos entrópicos, alto grau de incerteza e desarrumação político-institucional no Estado. Tal ordem foi estabilizada a partir do governo do Presidente Campos Sales, mediante um acordo político paralelo à ordem jurídico-constitucional, que garantiu àquele grupo político sua perpetuação no poder (LESSA, 1989).

⁹ Este tópico foi inspirado no artigo intitulado “Autorreferência e atualização: uma particularidade da democracia”, disponível em: <<http://www.jornadaacsouff.com/#!anais/c21bw>>.

2.1.1

Autorreferência e atualização

Se por um lado não é possível saber o que o próprio Espinosa (2009b) pensava sobre a democracia, uma vez que a obra “Tratado político” (TP) foi deixada inconclusa em razão da sua morte, por outro parece claro que o objetivo da obra era encontrar dentro de qualquer forma de governo espaços de liberdade, onde o direito comum pudesse exprimir sua potência, atualizando as formas de reger a vida dentro de uma comunidade política, como parte do esforço das comunidades políticas – bem como dos indivíduos isoladamente considerados – em persistir na existência. Em seu Tratado político, Espinosa (2009b, p. XIII), refuta duas das principais, senão as principais, teses hobbesianas. A primeira referente ao contrato e a segunda referente à representação, ambas impossíveis de incorporar na sua ontologia. Estas questões – o contratualismo hobbesiano e a primazia da representação política, que sobrepõe o soberano ao próprio Estado – o TP (2009b) vem reconstruir a partir da reformulação da relação entre estado de natureza e estado civil.

Por direito de natureza entendo as próprias leis ou regras da natureza segundo as quais todas as coisas são feitas, isto é, a própria potência da natureza, e por isso o direito natural de toda a natureza, e conseqüentemente de cada indivíduo, estende-se até onde se estende a sua potência (ESPINOSA, 2009b, p. 12).

O estado de natureza, onde se exercem os direitos de natureza, não é uma guerra de todos contra todos como se apresenta em Hobbes (2003), mas sim uma situação onde cada um está sob a jurisdição de si mesmo e deseja não ser oprimido por outrem ou, ao menos, acautelar-se para que isso não ocorra. No entanto, se entendido desta forma, o direito natural não passa de uma ilusão¹⁰, uma vez que “um sozinho em vão se esforçaria por precaver-se de todos”¹¹ (ESPINOSA, 2009b, p. 19).

¹⁰ Espinosa (2009b, p. 19) preceitua: “o direito natural do homem, enquanto é determinado pela potência de cada um e é de cada um, é nulo e consiste mais numa opinião do que numa realidade, porquanto não há nenhuma garantia de o manter”.

¹¹ Este mesmo delírio acomete aquele que pensa ser o monarca absolutamente absoluto, uma vez que apenas um não pode governar a todos, o que retoma a problemática da representação da forma como Hobbes (2003) a propunha.

O estado civil é, neste sentido, “a situação de qualquer estado” (ESPINOSA, 2009b, p. 25), uma vez que algum grau de organização da vida em comum é sempre necessário¹². Note-se que, para Espinosa (2009b) o estado de natureza apresenta uma dupla acepção, uma conforme a tradição o entende, especialmente, aquela baseada em Hobbes (2003), e que ele identifica como ilusória e; outra em que:

O direito de natureza, que é próprio do gênero humano, dificilmente pode conceber-se a não ser onde os homens têm direitos comuns e podem, juntos, reivindicar para si terras que possam habitar e cultivar, fortificar-se, repelir toda a força e viver segundo o parecer comum de todos eles (ESPINOSA: 2009b, p. 19).

Tem-se, pois, que o Estado é civil, e os assuntos comuns do Estado têm o nome de república. O estado civil pode se organizar em três gêneros de acordo com quem exerce o poder soberano que pertence à república:

Se esta incumbência pertencer a um conselho que é composto pela multidão comum, então chama-se democracia; mas, se for composto por só alguns eleitos, chama-se aristocracia; e se, finalmente, a incumbência da república e, por conseguinte, o estado estiver nas mãos de um só, então chama-se monarquia (ESPINOSA, 2009b, p. 20).

A monarquia acredita-se formada em razão de algum afeto comum que põe todos de acordo quanto a serem conduzidos por uma só pessoa (ESPINOSA, 2009b, p. 47). Contudo, em sendo impossível que apenas um governe sobre todos, faz-se necessário que o rei tenha conselheiros, e que “o monarca esteja tanto mais sob jurisdição de só próprio quanto mais atender à salvação da multidão” (ESPINOSA, 2009b, p. 51). O Estado aristocrático, por sua vez, é aquele em que governam alguns escolhidos entre a multidão, aos quais se chamam patrícios. Espinosa (2009b, p. 87) ressalta que:

A principal diferença entre o estado aristocrático e o democrático é, com efeito, esta: no aristocrático, o direito de governar depende unicamente da escolha, ao passo que no democrático ele depende acima de tudo de um certo direito inato ou adquirido por fortuna, como a seu tempo diremos.

É, pois, aristocrático o Estado em que se escolhe dentro da multidão um determinado grupo, os patrícios, para exercer o poder soberano da república, os quais se encarregam, inclusive, de escolher aqueles que os sucederão. A

¹² Espinosa (2009b, p. 47) diz: “os homens desejam por natureza o estado civil, não podendo acontecer que eles alguma vez o dissolvam por completo”.

aristocracia funda-se, portanto, na decisão graciosa que, como um favor, concede a determinadas pessoas a condição de cidadão¹³. Por outro lado, o Estado democrático é aquele em que a condição de cidadão¹⁴ é inata ou determinada por uma norma. Na democracia, os “cidadãos que são designados para governar a república não são escolhidos pelo conselho supremo, como os melhores, mas estão destinados a isso por lei” (ESPINOSA, 2009b, p. 138). Mais do que uma simples diferença quantitativa, nas três formas de governo analisadas pelo autor destacam-se mudanças significativas quanto à maneira como a república se organiza. Para exemplificar, poder-se-ia observar a relação com a propriedade da terra, a qual no Estado monárquico é direito público e, portanto, está aos cuidados daquele que governa a república, enquanto no Estado aristocrático a propriedade da terra deve ser vendida aos súditos (não patrícios)¹⁵.

É na Ética (2009a) que Espinosa descreve o seu conceito de *conatus*: “cada um esforça-se, tanto quanto está em si, por perseverar em seu ser” (ESPINOSA, 2009a, p. 105); o *conatus* é, portanto, potência de agir e produzir efeitos necessários. O homem, como união de corpo e mente, é um *conatus*, é, pois, constituído de uma modificação dos atributos da extensão e do pensamento (CHAUI, 2011, p. 128). O *conatus* exprime, desta forma, uma existência, um esforço de autopreservação¹⁶, e uma essência, uma potência, pela qual atualiza o ser.

Existe, conforme as especificidades da ontologia do necessário (ESPINOSA, 2009a), a substância (Deus ou natureza) e seus infinitos atributos – dos quais dois são conhecidos: o pensamento e a extensão –, que são causa de infinitas modificações (os modos). Importa reconhecer que se de um lado os modos são efeitos da substância, de outro, eles mesmos, por exprimirem uma potência, são causas e produzem efeitos necessários.

¹³ Diferentemente da tradição políbia que reconhece seis formas de governo, as três virtuosas, monarquia, aristocracia e democracia, e suas formas degeneradas, tirania, oligarquia e oclocracia, Espinosa (2009b) não promove esta distinção reconhecendo, apenas, as três primeiras, que incluem as segundas, como formas de governo. Deste modo, estes termos, sobretudo, aristocracia e oligarquia, podem ser considerados, neste trabalho, como sinônimos.

¹⁴ O reconhecimento da cidadania como a aptidão política para prática de atos referentes à gestão da república é marca da distinção entre as formas de governo. Na monarquia a cidadania está circunscrita à autoridade real; na aristocracia aos patrícios e; na democracia a um corpo político potencialmente maior, que se diferencia dos demais em razão tanto do sentido expansivo do corpo de cidadãos, capaz de envolver a totalidade das pessoas que habitam um território, quanto na forma de constituição deste corpo, a qual é determinada segundo um critério legal.

¹⁵ Quanto às considerações em relação à propriedade da terra na democracia, estas faltam.

¹⁶ A autopreservação impõe a conservação de uma determinada relação de movimento e repouso.

Tudo o que existe, existe pela essência e potência necessárias dos atributos e modos de Deus, e por isso, tudo que existe é duplamente determinado quanto à existência e quanto à essência, isto é os modos finitos são determinados a existir e a ser pela atividade necessária dos atributos divinos e pela ordem e conexão necessárias de causas e efeitos na Natureza Naturada (CHAUI, 2011, p.126).

Observa-se que as modificações finitas da substância exprimem uma potência de agir singular, à qual se dá o nome de *conatus*. Da mesma maneira que o homem, as comunidades políticas também se esforçam em perseverar na própria existência. Os corpos políticos têm, também, *conatus*, que, assim como o estado civil, é uma condição necessária da sua existência.

Ressaltou-se anteriormente que o Estado é sempre civil, uma vez que é impossível uma comunidade política destruir por completo os laços de socialização que a uniram¹⁷. Esta condição é expressão do *conatus* do corpo político, o qual, em razão da própria existência, pretende conservar seu estado. Há, ainda, outro momento do *conatus* de um Estado: sua essência, sua potência. A potência de um corpo político – expressão do poder da substância – possibilita a atualização das instituições políticas, permitindo que uma determinada sociedade permaneça existindo, uma vez adaptada ou adaptável às necessárias transformações que o passar do tempo impõe.

Estes momentos, no entanto, não estão isolados dentro do conceito de *conatus*. Ambos expressam, primeiramente, a essência da substância e, em segundo lugar, deve-se compreender que para uma comunidade política perseverar na existência é necessário que ela atualize suas instituições, o que se faz mediante o exercício da própria potência. O *conatus* de uma comunidade política, em sua dupla acepção, volta-se sobre a conservação das relações que compõem a referida comunidade, bem como exprime a essência, a potência de agir de um corpo político. Esta potência de agir está ligada à liberdade:

Mas quanto mais livre o homem é concebido por nós, mais obrigados somos a admitir que ele deve necessariamente conservar-se a si próprio e ser dono da mente, o que facilmente me concederá quem não confunda liberdade e contingência. Porque liberdade é uma virtude, ou seja, perfeição (ESPINOSA, 2009b, p. 14-15).

¹⁷ Os laços que unem um corpo político são expressões da potência de Deus, o que impede que uma modulação desta potência se destrua internamente, uma vez que isto implicaria em que um modo de agir finito tivesse potência suficiente para se sobrepor à potência infinita da Natureza.

A limitação da liberdade de um homem ou de uma comunidade importa na limitação da sua própria potência de agir. A expansão desta potência se dá, por sua vez, quando se exercita a liberdade, como agir conforme a razão¹⁸. Como característica ativa, ou melhor, enquanto é característica ativa de uma comunidade política – que a exerce de modo garantir a sua existência –, a liberdade é comum às três formas de governo¹⁹. Baseado nesta construção, Espinosa (2009b) busca encontrar maneiras de organizar a estrutura institucional das diferentes formas de governo, com vistas a garantir o seu exercício como condição para que ela persevere na sua existência.

O *conatus* em uma acepção política se impõe, enquanto forma reativa, como direito de alguém – algum corpo político, inclusive – de resistir o quanto possível ao que pode lhe destruir ou reduzir-lhe a liberdade; enquanto acepção ativa, a expressão política do *conatus* revela-se no desejo de cada um de governar, em detrimento da condição de governado (ESPINOSA, 2009b, p. 66). As instituições que compõem um Estado são, portanto, conformadas pela ação, e mesmo no seu aspecto de conservação, só se materializam mediante o movimento da comunidade no sentido de preservá-las. Sem ao menos a aquiescência daqueles sujeitos aos comandos de quem exerce o poder da república, um Estado não se mantém (BOÉTIE, 2009). Ademais, se se pretende duradouro, necessita contar com instituições político-jurídicas que não apenas submetam uma população, mas que expressem os desejos desta. Tais desejos, no entanto, não devem ser contrários aos ditames da razão, uma vez que somente pela razão se é livre.

Fato é que, sendo necessário ao corpo político preocupar-se com a sua manutenção ou a sua conservação, tal condição de estabilidade só será conseguida se este corpo for capaz de se atualizar, o que importa uma expansão dada pelo exercício da própria potência.

Ninguém, com efeito, concede voluntariamente o estado a outrem, (...). É, por isso, claro que a multidão inteira nunca transferiria o seu direito para uns poucos, ou para um só, se pudesse pôr-se de acordo entre si e se das controvérsias que tão frequentemente se desencadeiam nos grandes conselhos não se passasse às revoltas (ESPINOSA, 2009b, p. 66).

¹⁸ J. Israel (2001, p. 260) ressalta que, segundo Espinosa, o homem livre é aquele que vive apenas conforme os ditames da razão, não sendo guiado pelo medo; age, vive e conserva seu ser através do exercício da razão.

¹⁹ Conquanto seja uma característica do *conatus* mesmo, revelando-se na essência do humano, bem como das comunidades políticas.

Ante esta não só eventual, mas frequente dificuldade em resolver controvérsias em grandes conselhos, a proposta de Espinosa (2009b) constrói-se no sentido de aprimorar as instituições político-jurídicas tanto da monarquia quanto da aristocracia. Este aprimoramento não se dá, no entanto, pela alteração da regra que as institui, a qual é sempre imutável por dentro, uma vez que o *conatus* de um ser não permite que ele se autodestrua²⁰. Ocorre, principalmente, pela mitigação do problema da representação. Diferentemente de Hobbes (2003), Espinosa (2009b) não concebe que deva haver apenas um representante do poder soberano da república, já que tal concentração seria apenas ilusória ante a impossibilidade de apenas um governar a todos sem auxiliares e conselheiros. Ele considera que é necessário que as formas de governo sejam exercidas de modo a balancear os interesses da república, garantindo que mais pessoas participem ou influenciem o processo de decisão, sem, contudo, alterar a forma mesma.

Uma coisa é encontrar dentro de uma determinada forma de governo aquela conformação que garante a sua existência, outra é identificar entre as formas de governo aquela que é capaz de se sobressair em relação às demais. “Com efeito, não afirmamos ser feito da melhor maneira tudo aquilo que dizemos ser feito segundo o direito: uma coisa é cultivar um campo segundo o direito, outra é cultivá-lo da melhor maneira” (ESPINOSA, 2009b, p. 43). Não se trata, pois, de uma alteração quantitativa, mas de uma alteração de sentido em relação à maneira como devem ser estruturadas as formas de governo. O fato de o poder estar concentrado nas mãos de um, de poucos ou de muitos nada garante quanto ao exercício da potência de agir, mas sim o fato de que tal poder é exercido com vistas a garantir a liberdade dentro daquela forma de governo específica, uma vez que é mediante o exercício desta que a o corpo político se atualiza e se torna ainda mais potente e preparado para continuar persistindo na própria existência.

O que tornaria, então, a democracia a forma mais natural de governo? Certamente, não o simples fato de se opor às demais, uma vez que as três formas de governo impõe a si mesmas. Elas são, na verdade, instituídas, alternativamente, em conformidade com um determinado paradigma social. O que potencialmente torna a democracia a forma mais natural é o fato de sua estrutura institucional

²⁰ Sobre as formas de governo, Espinosa (2009b, p. 47) diz que os cidadãos nunca dissolvem o estado civil, mas mudam-lhe a forma por outra, se as contendas não puderem ser acalmadas mantendo a mesma face. O que ocorre, portanto, é a substituição de uma forma de governo pela outra, e não através de uma auto-emenda.

poder garantir a realização do desejo de governar e não ser governado de um maior número de pessoas, não apenas a participação nominal, como membro do grupo político que detém os poderes da república, mas como membro de um corpo social amplo no qual a liberdade não é um direito – um complexo de direitos – apenas garantido, mas exercido, em que mais relações se estabelecem – potencialmente e preferencialmente conforme a razão.

Em um universo democrático, o corpo de cidadãos é potencialmente maior que nas demais formas de governo, e será efetivamente maior na medida em que se compreenda que a democracia é uma prática política, não apenas uma fórmula descritiva de um estado de coisas. E é exatamente a prática efetiva da democracia que tende a fomentar a formação de um maior conjunto de relações, as quais expressam a liberdade do sistema político e fazem aumentar a potência da própria comunidade. Se por um lado é verdade que a democracia não pode voltar-se sobre o próprio fundamento para transformá-lo completamente; por outro, pode fazê-lo no sentido de emendá-lo, aumentar-lhe a potência. Neste sentido, a democracia é autorreferente, porque pode voltar-se sobre si mesma de modo a atualizar-se, o que as demais formas de governo não conseguem fazê-lo autonomamente, uma vez que as normas que as definem são inacessíveis por dentro.

Van den Enden (2010, p. 65-66) ressalta que:

A monarquia e a aristocracia extraem seus defeitos e sua baixa durabilidade da sua disposição a violar a liberdade e da sua má natureza; mas a terceira [a democracia], tratando-se de governo do povo, esta última só foi astutamente atacada, finalmente surpreendida e oprimida por males exteriores e debilidades interiores, geralmente provenientes da alguma das primeiras²¹.

A incapacidade das duas primeiras formas de governo se auto-emendar pode ser vista de diversas perspectivas, uma vez que é comum a ambas a supressão do desejo – no que toca à população em geral – de governar ou ao menos participar do processo de direção da coisa pública. Tal exclusão tem como efeito não só a eventual e provável insatisfação daqueles alijados do processo de participação política, mas a limitação do próprio exercício da liberdade, o que é

²¹ No original: “la monarquía e la aristocracia extrajeron sus defectos y su baja perdurabilidad de su disposición a violar la libertad y de su mala naturaleza; pero que en la tercera, tratándose del gobierno del pueblo, esta última sólo fue astutamente atacada y finalmente sorprendida y oprimida por males exteriores y debilidades internas generalmente provenientes de alguna de las dos primeras” (ENDEN, 2010, p. 65-66).

contrário ao *conatus*. A democracia, por sua vez, incorporando potencialmente a todos no processo de decisão política, não só os contempla, no que toca à possibilidade de participação, mas, principalmente, no que se refere a abrir caminho para o exercício da liberdade, permitindo a atualização das instituições políticas pela via interna, o que se designou como auto-emenda ou autorreferência, ao invés da via externa, como ocorre com as demais formas de governo.

A tarefa a qual se propõe Espinosa (2009b) é a de descrever, dentro das três formas de governo e independentemente de qual seja implementada em uma comunidade política específica, uma organização da coisa pública que permita, mediante o exercício da liberdade, que esta consiga continuar existindo ou persistindo na própria existência, apesar do reconhecimento de que a democracia é a mais natural entre as formas de governo. Mais natural, porque, dada a sua abertura essencial a um maior número de participantes no processo de decisão política, é mais potente. É a potência do conjunto de cidadãos, como titular dos poderes da república, que faz da democracia uma forma de governo aberta ao futuro. Neste sentido, “falar de poder constituinte é falar de democracia” (NEGRI, 2002, p. 7), uma vez que a o poder constituinte é o processo de construção e atualização das instituições democráticas. A teoria do poder constituinte, conforme desenvolvida por Negri (2002), mostra-se como importante fundamento para considerações que visam compreender, inclusive, o poder instituído e suas limitações, a partir de uma perspectiva voltada para a democracia.

Fundado sobre o desejo de governar, cerne do conceito de democracia, o poder constituinte apresenta-se como processo de produção de normas²², em uma atividade onipotente e expansiva. Onipotente porque não conhece limites, notadamente os limites que são impostos pelo poder constituído no que toca à formulação de uma nova constituição e; expansivo, porque voltado para o futuro, abre horizontes, destina-se à fundação de uma nova comunidade, ou de uma nova forma de organização da comunidade política. O desejo, expressão da potência, e a vontade de participação importam na ausência de pressupostos que condicionem a instituição da liberdade constituinte. A imbricação entre os conceitos de

²² Negri (2002, p. 8) afirma que o poder constituinte “é o poder de instaurar um novo ordenamento jurídico e, com isso, regular as relações jurídicas no seio de uma nova comunidade”.

democracia e poder constituinte propõe uma aceleração do tempo, de modo que o quanto o segundo aparece, vivencia-se uma revolução democrática²³, em que a pulsação do ato constitutivo é condição para a organização continuada de uma *práxis* livre.

2.1.2

A aceleração do tempo constituinte

O paradoxo da aceleração do tempo constituinte pode ser recuperado a partir da dinâmica da constituição mista, a qual assume pelo menos duas acepções: uma primeira ligada à Maquiavel (2007) e outra vinculada às ideias de Montesquieu (1996)²⁴. Revela a intrincada relação entre o Estado de Direito, e sua pretensão organizacional voltada à segurança jurídica, e o Estado Democrático, que, conforme este trabalho propõe, deve ser visto segundo a lógica da expansão do corpo político. Este é o movimento paradoxal que inspira a lógica democrática, expandir a cidadania, modificar-se, atualizar-se às demandas do tempo presente sem, no entanto, desprezar as conquistas do passado²⁵. Alicerçar-se sobre o acúmulo ontológico promovido pelo tempo histórico para inovar, alcançar o futuro.

No sentido dado pelo mestre florentino, seguido por Espinosa (2009b), a constituição mista revela-se como um mecanismo paradoxal de conservação, sobretudo diante do paradigma democrático, voltado a abertura àquilo que Negri (2002) chama de poder constituinte.

²³ Tanto a democracia, quanto o próprio poder constituinte são conceitos que são compostos de relações, de movimentos. Portanto, a prática constituinte, se entendida como expressão do desejo da multidão, é expressão da própria democracia em uma concepção extremamente potente, que promove uma aceleração do tempo, voltando a comunidade para um horizonte futuro em permanente construção.

²⁴ Em Montesquieu (1996), como se explicitará no tópico seguinte, a lógica da constituição mista assume uma perspectiva voltada à conservação, à preservação de uma relação entre os poderes constituídos representativos das diferentes formas de governo, que privilegia a preservação do poder monárquico. Avesa, portanto, ao sentido democratizante voltado à afirmação do desejo de governar. Em Maquiavel (2007), segundo Negri (2002, p. 101): “o abandono da teoria do ciclo implica no abandono da constituição mista”. Para efeitos deste trabalho, quando se remete à constituição mista, é a esta acepção da expressão “constituição mista” que se fará referência.

²⁵ Mesmo porque, como recorda Zourabichvili (2002, p. 201): “l’universel et le perpétuel processuss de transformation, que est le devenir même de la Nature, est régi par des lois constantes”.

A constituição mista perde o brilho, dissipa-se diante da potência produtiva dos princípios e dos sujeitos. O governo já é exclusivamente aquilo que dele havia feito o príncipe novo: furor e ordem, ímpeto da *virtù*, capacidade criadora (NEGRI, 2002, p. 101).

O princípio da desunião, que Rancière (1996) chama de desentendimento, passa a formar o cerne da análise. O choque entre o atual e o virtual é inevitável e é exatamente dele que emerge a possibilidade de abertura ao poder constituinte. “A desunião não pode ser detida e bloqueada no equilíbrio da constituição mista, mas deve ser interpretada e inovada incessantemente por um princípio potente e dinâmico” (NEGRI, 2002, p. 102). A preocupação com a proteção da liberdade expressa naqueles autores assume, modernamente, a conotação de promulgação de uma ordem constitucional que objetiva assegurar que as instituições estatais não se voltem contra o paradigma que as constituiu, exprimindo, desta maneira, o desejo de perseverar na própria existência. Não se trata de preservar os privilégios do passado, mas de produzir e conservar a abertura à criação do futuro. Neste registro, a indicação da acepção tributária dos ensinamentos de Maquiavel (2007) e Espinosa (2009b) apresenta-se como ainda mais relevante, uma vez entendido que a democracia é a forma de governo mais natural, dada sua capacidade de auto-emenda.

Primeiramente, deve-se compreender a ligação entre a proteção da liberdade e a promulgação de uma Constituição, a qual se norteia pela compreensão espinosana de que a proteção da liberdade deve ser promovida mediante a sua instituição. Traduzindo para os termos constitucionais contemporâneos, a guarda das disposições constitucionais, sobretudo dos direitos²⁶, deve ser materializada pela realização de instituições, as quais devem ser também defendidas exatamente porque constituídas conforme uma perspectiva democratizante²⁷. À pergunta se se deve conservar o que existe, responde-se que

²⁶ A liberdade compreende não apenas aquilo que contemporaneamente reconhece-se como o direito à liberdade.

²⁷ Esta visão que toma emprestado o apreço pela Constituição, a qual nesta acepção assume a forma de mecanismo de proteção da liberdade, é profundamente diferente daquela criticada por Negri (2002), presente nas exposições de H. Arendt e dos federalistas norte-americanos, por exemplo. Enquanto estes últimos demonstraram, como se verá no tópico 2.3 a seguir, uma aversão à democracia, negando a potência constituinte, a promulgação de uma ordem constitucional como a que inspira este trabalho envolve o reconhecimento da força criativa do poder constituinte. É, portanto, democrática.

se deve fazer existir o que conversar²⁸ (ZOURABICHVILI, 2002, p. 262)²⁹. Esta dinâmica de proteção da liberdade, a partir da constituição de um direito comum (BOVE, 2010, p. 162), revela a dimensão de conservação do *conatus* espinosano. A promulgação de uma constituição é o instrumento que expressa o movimento que emerge de baixo, assentado no direito comum e voltado ao futuro.

A abertura à inovação é o eixo que conduz, inclusive, os processos de conservação do *conatus*. A relação entre conservação e atualização é reconfigurada segundo este eixo, incorporando-se na abertura do atual ao virtual. Tratando-se, como este trabalho tem como hipótese, de heranças de outras formas de governo impregnadas na proposta democrática da Constituição de 1988, tem-se, pois, que reverter a eventual inclinação moderadora, para criar um complexo institucional que, porque livre de amarras monárquicas, pode abrir-se à potência constituinte. Como propõe Bastos (2010), as instituições democráticas devem estar abertas ao poder constituinte. Abertura esta que é fechada – ou pretende-se fechada – pelas reminiscências institucionais que recuperam a lógica de funcionamento de outras formas de governo que não a democracia, porque aquelas tem disposição contrária ao sentido da abertura ao desejo de governar. O ato constitutivo materializado em uma Constituição é, na verdade, uma manifestação que captura um momento da expressão do poder constituinte. Constituição é a manifestação deste poder em si.

É no caráter imediato e na espontaneidade criativa do trabalho vivo que o poder constituinte decifra a própria capacidade de inovação, é no caráter imediato e cooperativo do trabalho vivo que o poder constituinte encontra a sua massificação criadora (NEGRI, 2002, p. 54).

Seria contraditório que um texto, ainda que passível de ser emendado por procedimentos mais flexíveis pudesse expressar perfeitamente a voz de um sujeito complexo e mutagênico como o poder constituinte. Mesmo porque, em sendo a aceleração do tempo uma característica distintiva do conceito da emergência do poder constituinte, não seria possível viver prolongadamente este momento, nem mesmo cristalizá-lo em um único ato que promulga uma

²⁸ No original: “il ne s’agit pas de conserver ce qui existe, mas de faire exister ce que se conserve” (ZOURABICHVILI, 2002, p. 262).

²⁹ Dito de outro modo: “caro ne part pas de l’état de nature, chez Spinoza: on y retourne” (ZOURABICHVILI, 2002, p. 258).

Constituição. Por isso, diz-se que o poder constituinte pulsa, porque emerge incessantemente e independentemente de convocação.

A proposta de aceleração do tempo constituinte compreende, portanto, uma dinâmica que, assentada no acúmulo ontológico promovido pela análise, pela compreensão e pela vivência dos poderes constituídos, realiza a atualização do paradigma institucional, abrindo-se aos horizontes democráticos. Como afirma Balibar (2013), o desafio da cidadania democrática é a constante expansão do corpo político, o que deve compreender a readequação das instituições à constante penetração do desejo de governar de mais e mais cidadãos. O modelo de constituição mista de Maquiavel (2007) reconhece, diferentemente de Montesquieu (1996), não uma mescla entre instituições das diferentes formas de governo, o que, recuperando Van den Enden (2010), importa em uma diminuição da potência democrática, mas uma abertura nas estruturas do passado às invenções e projeções do futuro, que alicerçada na tradição, no acúmulo ontológico promovido ao longo do tempo histórico, abre-se ao poder constituinte.

Da dialética³⁰ entre *virtù* e fortuna³¹ maquiavelianas extrai-se o sentido de mutação do tempo, uma abertura ao trabalho produtivo, atravessada pela ação humana, almejando construir instituições capazes de promover a conservação da própria abertura ao tempo constituinte³². “Arranca a história ao passado e a considera como um contínuo temporal. Arranca o tempo à continuidade e constrói a possibilidade de soberdeterminar o tempo” (NEGRI, 2002, p. 62). Uma aceleração do tempo pela produção, pelo trabalho que se materializa em instituições capazes de abrir-se a ele sem desfazer-se diante dele, esta é a *virtù* do processo constituinte³³. “A *virtù* se organiza como efetividade –

³⁰ Segundo Negri (2002, p. 88 – 89): “não há nenhuma dialética entre *virtù* e fortuna (sustentara então [na carta pré-calvinista a Soderini]) nem entre liberdade e necessidade – existe somente um movimento tão profundo da vontade de potência que ela dispara em frente, que ela transforma radicalmente o rela e põe em funcionamento um mecanismo irresistível”.

³¹ A fortuna é da ordem da necessidade, é imperativo da realidade, mas está aberta ao trabalho humano, à *virtù*, portanto. “A fortuna pode ser modelada pela *virtù*, mas somente enquanto a luta se desenvolve e a *virtù* triunfa” (NEGRI, 2002, p. 112);

³² Segundo Pocock (2003, p. 185): “its maintenance was no less problematic than its foundation”. A construção de uma república que protege a liberdade baseia-se na prática da *virtù* (practice of virtue), “in the sense that they (os cidadãos) establish, maintain and actually improve structures of ethical and political relationships” (POCOCK, 2003, p. 189).

³³ Segundo Negri (2002, p. 78): “*ex novo*, produzido pela *virtù* armada, o principado surge como princípio constituinte”, e prossegue “a potência do príncipe organiza, assim, a lógica do tempo mas o faz sem alcançar um caráter conclusivo” (NEGRI, 2002, p. 85). Segundo esta mesma dinâmica, Pocock (2003, p. 157) afirma: “if *virtus* could only exist where citizens associated in pursuit of the *res publica*, the politeia or constitution (...) became practically identical with virtue itself”.

não como necessidade sofrida, nem como objetividade perdida, mas como projeto de uma razão coletiva” (NEGRI, 2002, p. 110). A aceleração do tempo dá-se mediante o cultivo da liberdade, de uma Constituição produzida democraticamente e voltada à realização e a reforma da própria democracia.

O avassalador movimento de produção constituinte se alavanca a partir do acúmulo ontológico realizado anteriormente a sua emergência, gerando uma precipitação do tempo. O confronto entre a potência constituinte e o estado de coisas por meio do qual a temporalidade ganha nova perspectiva demonstra a normalidade do processo de revolução democrática constituinte, que se apresenta como movimento de transformação imanente à própria estrutura político-social. Desta forma, revolução não tem o caráter tradicional de uma mudança abrupta e sem precedentes, mas surge como uma aceleração que permite alcançar o futuro mais rapidamente.

O amor pelo tempo nada mais é que a diluição ontológica da relação entre poder constituinte e revolução – esta diluição atenua o caráter revolucionário do poder constituinte na medida em que o estenda à definição da política como área de transformação das inter-relações e da comunidade (NEGRI, 2002, p. 459).

Se por um lado o poder constituinte emerge a partir do acúmulo ontológico promovido pelo poder instituído, por outro é possível que este último se oponha à manifestação do primeiro. A expressão da potência constituinte não pode institucionalizar-se sem negar a si mesma (NEGRI, 2002, p. 37). Neste sentido, resta ao poder instituído opor-se à emergência do poder constituinte ou abrir-se a ela. Compreendendo que a oposição ao poder constituinte é uma afronta à própria democracia e não um instrumento de proteção desta, as instituições existentes devem deixar que ele emerja através de seu interior – não necessariamente pelo seu interior. Se as instituições não forem capazes de catapultá-lo, que, ao menos, não o desacelerem. A própria desaceleração do poder constituinte, uma vez que atinge elemento central do conceito, qual seja: a aceleração do tempo, sua temporalidade; é ela mesma uma violação ao princípio democrático.

A dinâmica do poder constituinte assentada na abertura ao trabalho produtivo, voltada, portanto, à inovação, inclusive no plano institucional, recupera uma vertente do processo histórico de luta pela constitucionalização, da luta por

direitos, que se difere substancialmente do constitucionalismo clássico. Esta última vertente, que inspirou a estrutura institucional brasileira, será objeto de uma análise mais detalhada nos tópicos que a seguir.

2.2

Constitucionalismo: constituição mista e moderação

O poder constituinte é processo coletivo fundado em uma racionalidade alternativa e dinâmica em oposição àquela estática característica da modernidade. O moderno pode ser definido como uma vertente de pensamento totalizante “que assume a criatividade individual e coletiva para reinscrevê-las na racionalidade instrumental do modo capitalista de produção” (NEGRI, 2002, p. 447). O poder constituinte é, também, realidade social que, enquanto pulsa, não pode ser capturada pelo poder constituído em razão da sua potência ilimitada³⁴. Importa notar que ilimitado não equivale a infinito, uma vez que a infinitude é característica da substância, seus modos são finitos, mas ilimitados, porque não conhecem liminarmente o seu termo final³⁵.

Da ideia de que o poder constituinte é força de instauração de um novo registro de realidade, pode-se concluir que o mesmo é inicial. (...) o ser humano realiza criações originais, preenche a existência com expressões de singularidade. Coletivamente pode-se verificar a força de construção de novas noções comuns, de novas relações políticas, sociais ou econômicas, enfim, na atividade humana evidencia-se a potência coletiva de iniciar uma nova ordem (GUIMARAENS, 2002, p. 84).

A este poder também “não se aplicam normas gerais e abstratas, mas se constituem constelações de interesses, acordos e reações que são sempre reavaliados” (NEGRI, 2002, p. 454), através da “produção coextensiva e cooperativa da comunidade e de força, ou melhor – muito melhor – de multidão e de potência” (NEGRI, 2002, p. 458), que opõe igualdade e privilégio, diversidade e uniformidade. A primeira oposição tem como principal substrato histórico a Revolução Francesa, na qual nobreza e clero, que representavam a minoria da

³⁴ Esta é a principal razão que confronta o poder constituinte e a representação. Não podendo ser capturado enquanto pulsa o poder constituinte não pode ser representado, apenas exercido.

³⁵ O limite da democracia é posto por ela mesma, uma vez que ela é capaz de se auto-emendar.

população, detinham o poder de decisão política, enquanto o Terceiro Estado, maioria da população que realizava o trabalho social, era alijado do processo de tomada de decisão. Tal desigualdade era agravada pelo conjunto de privilégios que a nobreza e o clero concediam a si próprios usurpando o resultado do trabalho acumulado pela maioria. Já a segunda oposição, entre uniformidade e diversidade, tem como exemplo histórico a Revolução Americana e a subsequente promulgação da Constituição de 1787, pela qual "os constitucionalistas americanos, numa obra realizada com sagacidade, encerram as contradições do espaço político numa máquina jurídica tão sofisticada quanto manipulável e logo distorcida" (NEGRI, 2002, p. 421 – 422).

A distinção entre Estado e sociedade, segundo a qual o primeiro transcende a segunda; na qual o Estado é identificado com o aparato político-jurídico apartado e regulador do social, pressupõe uma irreal distinção entre o político e o social. O próprio conceito de poder constituinte, segundo (NEGRI, 2002), apaga as fronteiras entre o político e o social, o econômico e, mesmo, o jurídico. "A política é: potência ontológica de uma multidão de singularidades cooperantes" (NEGRI, 2002, p. 457). Neste sentido, ao conceito de política é inerente o social, de modo que para a identificação do político, o social se faz presente na forma de relações de cooperação que se estabelecem entre a multidão de singularidades.

Conforme esta interpretação, "o constitucionalismo apresenta-se como teoria e prática do governo limitado: limitado pelo controle jurisdicional dos atos administrativos e, sobretudo, pela organização do poder constituinte pela lei" (NEGRI, 2002, p. 20). Se volta sobre o passado, em uma referência contínua ao tempo transcorrido, às potências consolidadas e à inércia, enquanto o poder constituinte está sempre mirando o futuro (NEGRI, 2002, p. 21 – 22).

O problema do poder constituinte torna-se então o problema da construção de um modelo constitucional que mantenha aberta a capacidade formadora do próprio poder constituinte, e, portanto, o problema da identificação de uma potência subjetiva adequada a esta tarefa (NEGRI, 2002, p. 42).

São apresentados, na verdade, dois problemas. O primeiro relativo a um modelo constitucional que se mantenha permeável à manifestação do poder constituinte; o segundo relativo ao sujeito constituinte, melhor dizendo, à identificação da emergência do poder constituinte. Este trabalho volta-se apenas

sobre o primeiro problema, almejando identificar no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro elementos estranhos à democracia, ligados a outras formas de governo. Considerando que alguma forma de organização coletiva será sempre necessária, a oposição à institucionalidade não se opera em termos radicais com vistas a extirpá-la do horizonte de possibilidades. Na verdade, o poder constituído que se apresenta como oposto à potência constituinte é aquele que foi construído pela modernidade com vistas a bloquear o exercício desta potência. O constitucionalismo (tradicional):

Define a ordem social e política como o conjunto articulado, seja de ordens sociais distintas, seja de poderes jurídicos e políticos distintos: o paradigma constitucionalista é sempre o da “constituição mista”, da mediação da desigualdade e na desigualdade, portanto um paradigma não democrático (NEGRI, 2002, p. 21).

Se a constituição positiva, conforme a expressão do constitucionalismo tradicional, é no máximo um retrato do poder constituinte, esta fotografia é – imaginando ser isso possível – ainda mais estática. A representação como forma de participação do cidadão na política é uma mitigação do desejo de governar, pois ao mesmo tempo em que permite a cada um participar mediamente das decisões sobre o governo, o submete imediatamente àquelas decisões tomadas pelos representantes, que não estão adstritos a limitações que vinculem suas decisões aos anseios de seus eleitores. O princípio da representação instaura, portanto, uma mediação entre a participação política do cidadão e as decisões do governo. Aproxima e afasta a política do cidadão, terminando por mistificá-la. As expressões dos poderes constituídos que se opõem à emergência ao poder constituinte representam a negação da possibilidade da multidão se exprimir como sujeito coletivo promotor de mudanças substanciais no próprio substrato sócio-político, porque pretendem se substituir a ela como o epicentro dos processos de decisão política.

O paradigma de constituição mista, tradicionalmente ligado a Montesquieu (1996), conhece uma conformação alternativa modernamente teorizada por Benjamin Constant (1989), a qual encontrou aplicação na prática constitucional brasileira durante o período do Império (1822 – 1889). Ambas ainda baseadas na conservação de estruturas voltadas à contenção da potência

democrática, fundadas sobre ideais relativos a outras formas de governo, notadamente, a monarquia constitucional.

2.2.1

A constituição mista em Montesquieu

A divisão de poderes se, por um lado, opõe-se à concentração do poder, por outro, não se apresenta necessariamente como democrática. A fórmula tripartite da divisão de poderes consagrada em “O Espírito das Leis” (MONTESQUIEU, 1996), propõe um procedimento relativo “aos assuntos comuns do estado, que dependem da direção de quem o detém” (ESPINOSA, 2009b, 25), o que se chama de República³⁶.

O que define cada regime não é mais o simples número, mas a estrutura e seu funcionamento. Isto significa que dos três regimes antigos, o primeiro – a monarquia – aparece dividido em dois no *Espírito das leis*, sendo que um deles, a monarquia limitada, recebe elogios, e outro, o despotismo, críticas; e os dois outros regimes da tradição reduzem-se a gêneros do terceiro regime de Montesquieu, a república, que pode ser aristocrática ou democrática (MONTESQUIEU, 1996, p. XXXII).

A imagem que se forma é a da concorrência entre a forma democrática do poder constituinte oposta ao modelo de constituição mista de Montesquieu (1996) e à consagração do poder teológico-político, segundo a fórmula do Poder Moderador, como desenhos de organização político-jurídica da República. Sobre reflexões de inspiração democrática voltaram-se as páginas anteriores. Cumpre, agora, ressaltar as especificidades da separação de poderes e do Poder Moderador.

A separação clássica inspirada em Montesquieu (1996) é inaugurada com uma cisão entre essência e potência. Falando sobre a diferença entre a natureza do governo e seu princípio, o autor assevera que “sua natureza é o que

³⁶ A república para o próprio Montesquieu (1996) se restringe à maneira de organização da comunidade política que consagram a aristocracia ou a democracia como formas de governo. Em oposição a ela estão a monarquia e o despotismo. Segundo o próprio autor: “existem três espécies de governo: o REPUBLICANO, o MONÁRQUICO e o DESPÓTICO” (MONTESQUIEU, 1996, p.19). Contudo, a reconstrução da nomenclatura se faz necessária, primeiramente, como referência ao paradigma espinosano, referência essencial a este estudo. Em segundo lugar, a nomenclatura proposta por Montesquieu (1996) confunde o poder sobre as coisas, sobre o estado com a titularidade deste poder. Alterada a forma de governo aquele que detém o poder sobre os assuntos comuns altera-se necessariamente, não sendo necessário que mude a relação entre a posse do poder e os próprios assuntos comuns.

faz ser como é, e seu princípio o que o faz agir” (MONTESQUIEU, 1996, p. 31). Esta cisão abre caminho para a construção de uma teoria que se volta sobre a preservação de uma essência cuja potência de agir lhe é exterior, ou seja, que a preservação da existência de uma comunidade política depende, notadamente no caso da democracia, da virtude, assim entendida a disposição para determinadas paixões em detrimento de outras, que deve ser posta do exterior para dentro do sistema de governo.

“A liberdade política consiste na segurança, ou pelo menos na opinião que se tem de sua segurança” (MONTESQUIEU, 1996, p. 198). Liberdade é, neste sentido, um conceito meramente passivo, desligado da potência de agir, do aspecto expansivo do conceito. Esvaziando a liberdade, resta uma forma de divisão de poderes que não só ignora seu papel no que toca à abertura ao futuro, como se move apenas no sentido da preservação das estruturas existentes. Conforme já salientado anteriormente, aquilo que represa a atualização das instituições age contrariamente ao *conatus* da comunidade política, porque se torna incapaz de perseverar na existência³⁷ aquilo que não se desloca em direção ao futuro, que não exerce a própria potência.

A fórmula da constituição mista, quando analisa a questão democrática, propõe uma dinâmica dos afetos que, sobre a retórica da preservação da liberdade, destina-se a potencializar o princípio representativo³⁸, por meio do qual o equilíbrio dos afetos será realizado a partir da medida da igualdade e da sobriedade. Quando analisa o governo aristocrático, revela que a virtude necessária à democracia pode ser substituída pela moderação; as leis postas pelos aristocratas contêm o povo, enquanto os primeiros são contidos pela moderação, que os torna, pelo menos, iguais entre si, o que promove sua conservação (MONTESQUIEU, 1996, p.34). Quanto ao governo monárquico, este não precisa de virtude, porque tem honra, “o preconceito de cada pessoa e de cada condição toma o lugar da virtude política da qual falei e a representa em todos os lugares” (MONTESQUIEU, 1996, p. 36). Por fim, o último instrumento de controle é a

³⁷ Mesmo em uma análise semântica, perseverar assume uma acepção diferente de preservar. Enquanto o segundo assume um caráter eminentemente conservador e estático, o primeiro reflete uma dimensão dinâmica, voltada ao futuro.

³⁸ Montesquieu (1996, p. 32) diz: “pois fica claro que numa monarquia, onde aquele que faz julgar as leis julga estar acima das leis, precisa-se menos de virtude do que num governo popular, onde aquele que faz executar as leis sente que está a elas submetido e que suportará seu peso”.

religião, que cumpre sua medida nos Estados despóticos, submetendo o soberano às leis de Deus.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo de principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre particulares (MONTESQUIEU, 1996, p. 168).

É comum às formas de governo, conforme entendidas por Montesquieu (1996), que a divisão de poderes³⁹ se estabelecesse com vistas a permitir a manutenção do Estado. A separação das funções garantia que o poder não assumisse a forma despótica, mais voltada para a tirania, comprometendo a liberdade. Nota-se que a doutrina criada por ele tem o objetivo de balancear as relações de força dentro de Estado para que este consiga permanecer existindo. Entretanto, faz isso através de uma perspectiva que busca controlar o poder, ao invés de potencializar seu aspecto expansivo. Para tanto insere, elementos externos que funcionam como barreiras ao avanço do despotismo.

A relação que se estabelece entre liberdade e segurança impõe uma dinâmica da relação entre segurança e medo. Primeiramente, deve-se reconhecer que a liberdade⁴⁰ é um meio, e não um objeto que deve ser protegido ou assegurado. Na realidade, medo e segurança não são afetos simétricos, uma vez que ao medo se opõe a esperança. Conforme afirma Espinosa (2009a, p. 112), a relação entre estes afetos segue o seguinte princípio:

Efetivamente, a esperança nada mais é do que uma alegria instável, surgida da imagem de uma coisa futura ou passada de cuja realização temos dúvida. O medo, por outro lado, é a tristeza instável, surgida igualmente da imagem de uma coisa duvidosa. Se desses afetos, excluirmos a dúvida, a esperança torna-se segurança e o medo, desespero, quer dizer, uma alegria ou uma tristeza surgida da imagem de uma coisa que tínhamos ou de uma coisa que esperávamos.

³⁹ Montesquieu (1996, p. 167 – 168) delimitava assim os três poderes: “existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daqueles que dependem do direito civil”.

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado”.

⁴⁰ Como já mencionado anteriormente, nem mesmo uma Constituição é um objeto. Ambas, liberdade e Constituição são práticas voltadas à abertura ao tempo e, portanto, à inovação pelo trabalho vivo.

A arquitetura montada reconhece-se como uma estrutura voltada ao repouso ou inação (MONTESQUIEU, 1996, p. 176)⁴¹. Reconhece também que o movimento das coisas deve obrigar esta composição a avançar, sem, no entanto, explicar através de quais meios⁴². Eventual abertura à liberdade democrática é contida pelas reminiscências monárquicas e aristocráticas inerentes à própria ideia da constituição mista. Aquilo que pode mover a estrutura é externo ao sistema de divisão de poderes e, assim sendo, não é possível assegurar qual o sentido que a eventual atualização tomará⁴³. Exatamente esta falta de um mecanismo interno capaz de recomodar os interesses dentro do sistema⁴⁴, permite a Constant (1989) formular sua teoria do Poder Moderador.

2.2.2

A constituição teológica de Constant

Assentado sobre seu conceito de liberdade dos modernos, segundo o qual o homem moderno carece de mais tempo para tratar de seus interesses privados, demandando que o princípio da representação liberte-o do período necessário para a organização da comunidade (CONSTANT, 1985, p. 23), arquiteta uma nova forma de organização da comunidade política que permita o

⁴¹ “Este tipo de estado era o que mais convinha à burguesia” (LEAL, 1955, 104), uma vez que um Estado inerte ou, pelo menos, moroso, dificilmente interferiria em seus interesses relativos à liberdade econômica.

⁴² Esta perspectiva supõe, segundo Victor Nunes Leal (1955, p. 105), “aquilo que estava na consciência de todo mundo, isto é, os homens que tomavam o poder tinham interesses básicos comuns, sobre os quais não controvertiam”. Havia um substrato básico que suportava a estrutura da divisão de poderes de modo que a burguesia pudesse assegurar seus interesses comuns.

⁴³ O que move o sistema passa a ser o desejo e a necessidade de atualização, no entanto, estes estão condicionados pela própria estrutura montada e, preliminarmente, pelas próprias inclinações dos representantes. A estrutura condiciona o acesso, uma vez que se ela se move por dentro, apenas os que estão dentro podem atualizá-la. Esta dimensão acaba sujeitando todos à vontade daqueles que estão diretamente ligados ao sistema, todos são alvo da submissão dos desejos e inclinações daqueles que detêm os poderes sobre as instituições, que por sua vez detêm os poderes da República. São os representantes que movem a estrutura institucional, característica que remete à aristocracia, governo daqueles escolhidos por decisão graciosa. Nega-se, pois, a possibilidade de participação de um contingente crescente de cidadãos nas decisões; nega-se a abertura democrática à auto-emenda.

⁴⁴ É verdade que Montesquieu (1996) reconhecia uma tendência moderadora no Senado, relacionada à diferença entre *auctoritas* e *potestas*. Exatamente esta distinção será recuperada tanto por Arendt (2011) quanto por Schmitt (2007). A primeira reconhece que houve, no curso da revolução americana, um traslado da *auctoritas* do Senado para a Suprema Corte norte-americana; o segundo propõe que o Presidente do Reich exerça um tipo especial de autoridade, deflagrado em casos emergenciais.

exercício desta acepção da liberdade. Desta forma, a organização político-institucional é idealizada com vistas a garantir sua correspondência com a liberdade dos modernos.

A soberania, entendida como a expressão da vontade popular, demonstra o caráter formalmente incondicionado do processo que decide sobre a organização de uma comunidade. Põe, com isso, um paradoxo: a expressão da vontade popular como a forma de legitimação possível se contrapõe à força como resquício despótico ligado à ideia de soberania. “Resumindo, no mundo só existem dois poderes: um ilegítimo, a força; outro legítimo, a vontade da maioria” (REBECQUE, 1989, p. 62). Torna-se necessário que a organização política seja capaz de incorporar a vontade geral, através do princípio da representação política, para expressá-la e contê-la. Primeiramente, como fundamento de legitimidade do sistema, é necessário promovê-la, no entanto:

Quando se afirma que a soberania do povo é ilimitada se está criando e introduzindo infelizmente na sociedade humana um grau de poder demasiado grande que, por si mesmo, constitui um mal, independentemente de quem o exerça (...). Há cargas demasiado pesadas para o braço dos homens (REBECQUE, 1989, p. 62 – 63).

Constant (1989) vê, portanto, no exercício da soberania do povo um elemento potencialmente contrário à liberdade dos modernos, que marcava, segundo ele, o espírito dos revolucionários de 1789. Deste modo, cabe à organização das ideias políticas dissolver esse paradoxo. Existe, preliminarmente, uma limitação original à soberania, uma vez que “onde começa a independência e a liberdade individual termina a jurisdição da sociedade” (REBECQUE, 1989, p. 64). O instrumento de contenção da soberania é uma limitação à própria ideia⁴⁵, notadamente no que toca ao seu exercício, o qual não pode opor ao cidadão violações de sua esfera individual sem constituir-se em uma forma ilegítima.

Novamente, reaparece a ideia de contenção do poder constituinte, agora duplamente limitado, desde a concepção, restrito mediante critérios transcendentais, como a justiça e direitos de liberdade individual, que são reconhecidos por fontes alheias ao processo social de construção de conhecimento e reconhecimento de direitos. Limitado ainda, em um segundo momento, pela institucionalização de uma forma de organização voltada desde sua origem à

⁴⁵ Constant (1989, p. 70) assevera: “a soberania do povo não é ilimitada; está circunscrita pelos limites da justiça e dos direitos dos indivíduos”.

contenção, através a uma ideia de liberdade que ao invés de potencializar-se dentro das relações sociais, deve se libertar delas. Deste modo, as instituições político-jurídicas são desenhadas com vistas a promover a representação e garantir a liberdade individual, em uma acepção que a opõe à ideia mesma de vida política.

A limitação do exercício da soberania é imaginada em um cenário organizacional em que são cinco os poderes: o poder de julgar; o poder representativo da opinião; o poder representativo da continuidade; o poder executivo e; o poder real. Compreendendo que tanto em Constant (1989), quanto em Montesquieu (1996), o poder de julgar é, na realidade, um exercício de silogismo simples, reduzindo-se à mera aplicação da letra da lei, restam quadro instâncias de exercício da soberania. Duas legislativas, a que representa a opinião é uma câmara dos representantes, a câmara baixa do congresso; a que representa a continuidade é o senado, a câmara alta; uma executiva, composta por ministros nomeados pelo rei⁴⁶ e; um poder neutro, exercido pelo rei diretamente.

Esta última construção – o poder real e neutro – volta-se à garantia da harmonia do sistema, balanceando os interesses e eventuais conflitos com os demais poderes do Estado. Desta forma, o poder real apresenta-se como o Poder Moderador, exatamente porque modera, modula, age com temperança em relação à organização político-institucional, impedindo que conflitos internos ou externos a colapsem.

O rei, num país livre, é um ser à parte, superior as divergências de opiniões, cujo interesse maior é a manutenção da ordem e da liberdade, intangível por todas as paixões da condição comum (...). Esta augusta prerrogativa da realza deve infundir no espírito do monarca a serenidade e, em sua alma, um sentimento de tranquilidade que não podem ser patrimônio de nenhum indivíduo colocado em posição comum. O monarca flutua, por assim dizer, acima das contradições humanas (REBECQUE, 1989, p. 77).

A moderação é o diferencial da organização proposta, uma vez que promove o entendimento entre os demais poderes, confere segurança ao sistema através da imparcialidade dos juízos do monarca, que não tendo interesse sobre a violação de uma mecânica que lhe coloca em posição de destaque, deve atuar no sentido de preservá-la. E o faz mediante o exercício de competências constitucionais que determinam a ele a função de garantir a estabilidade do

⁴⁶ Sobre a relação entre o rei e seus ministros, ver capítulo 2.4 a seguir.

sistema. O que demonstra o caráter estático desta perspectiva, que opõe toda a dinâmica do tempo, que exige atualização, ao desejo de preservação do sistema personificado por aquele que detém o Poder Moderador.

Este poder caracteriza-se, segundo sua teorização, como neutro, em oposição aos demais, marcados por diferentes graus de atividade, uma vez que age com vistas a efetivar as diretrizes do governo. A neutralidade assume, assim, o caráter conservador, voltado à preservação do sistema de divisão de poderes. “O caráter neutro e puramente preservador do poder real é indiscutível” (REBECQUE, 1989, p. 84). Fundada na tradição, fruto da hereditariedade da condição de monarca, a dignidade daqueles que exercem as funções do Estado, especialmente o Poder Moderador, é a garantia da estabilidade do sistema. “Todo o poder arbitrário se opõe à natureza do poder real” (REBECQUE, 1989, p. 87).

No entanto, o que impede que o poder real seja exercido de forma tirânica? A resposta de Montesquieu (1996) quanto à limitação do poder com vistas a conter o despotismo é a divisão de poderes e a dinâmica da constituição mista, posteriormente reconstruída pelos federalistas norte-americanos através do sistema de freios e contrapesos, que tornam o exercício das funções de governo umas dependentes das outras, sem que sejam concentradas nas mãos de uma só pessoa. O exercício de cada função exprime uma parcela da soberania sem, contudo, possibilitar que apenas um tenha o último poder de decisão sobre a própria organização institucional, interferindo, ainda que potencialmente, nas demais funções, dirigidas por outras pessoas, grupos, estamentos ou classes, o que obriga o sistema a se manter e se conter mutuamente; é o balanço entre os poderes institucionais que garante a estabilidade da estrutura, sem que seja necessário um poder regulador ou estabilizador, seja ele interno ou externo⁴⁷.

Para Constant (1989), apenas a contenção formal não seria suficiente, primeiramente, porque existem limitações originárias ao exercício da soberania moderna, notadamente no que toca à garantia de preceitos de justiça e direitos de liberdade individual, ambos com conotação eminentemente passiva, englobando esferas de vida em que o Estado não pode intervir sem violar seu fundamento mesmo. Ademais, em um segundo momento, em que houvesse necessidade de

⁴⁷ O que existe externamente à teoria da separação de poderes, desenvolvida a partir de Montesquieu (1996), é um substrato sócio-antropológico fundado no paradigma liberal-burguês que garante certa homogeneidade ao corpo político.

uma atuação no sentido de garantir a estabilidade formal do sistema, uma vez que os freios e contrapesos agem contrariamente uns aos outros; em que o método da divisão de poderes entra em colapso, em razão da disputa por espaços de ação dentro do próprio sistema, a existência de um Poder Moderador preservaria a institucionalidade e com a ela a ordem constitucional instaurada.

A teologia não é conhecimento sobre a essência da substância, da natureza ou do homem, mas um saber que se volta a interpretar a expressão de Deus (CHAUÍ, 2014, p. 24). Da mesma maneira, o Poder Moderador não guarda consigo nenhuma característica essencialmente superior, não compartilha com a substância algo que lhes é exclusivo, apenas detém o poder sobre a última decisão da coisa pública. Age como se por inspiração divina soubesse algo que os homens, ainda que juntos, não pudessem saber. É neste sentido infalível⁴⁸, uma vez que age conforme os desígnios de uma ordem transcendente ou de uma entidade transcendental que o instrui, a qual é o seu fundamento teológico. Esta é a razão pela qual ele é designado, aqui, teológico, porque compartilha com a teologia um pressuposto que as coloca em uma posição de condicionar a própria política. A inspiração teológica e a inspiração real são elementos pressupostos que limitam a própria ideia de organização da comunidade política, assim como o fazem os imperativos de justiça e liberdade moderna, corolários da teorização do Poder Moderador como desenvolvida por Constant (1989).

“O governo popular não é senão uma tirania convulsiva; o monárquico, um despotismo mais concentrado” (REBECQUE, 1989, p. 67), o que os difere é, pois, a capacidade personalíssima do monarca em moderar os afetos excessivos oriundos das disputas políticas e da soberania popular. Importa notar, no entanto, que, apesar de teológico não deixou de apresentar-se também como misto. O que define a constituição mista é, precisamente, o seu desejo de conter o poder constituinte, o que tanto a concepção tradicional de Montesquieu (1996), notadamente na interpretação dada pelos “federalistas” americanos, quanto à de Constant (1989) pretendem. O que este último acrescenta ou, pelo menos, coloca em traços mais fortes, é o retorno do elemento teológico, outrora oculto na mecânica das formas e instituições projetadas para governar um Estado.

⁴⁸ Desta constatação derivou-se, teoricamente, a doutrina que pregava a impossibilidade de responsabilização do ocupante do Poder Moderador. Se, eventualmente, o monarca erra, não poderia ser responsabilizado, uma vez que naquelas circunstâncias presume-se que qualquer humano erraria.

Montesquieu (1996) e Constant (1989) desenvolveram teorias diferentes com objetivos diferentes, o primeiro buscava o equilíbrio entre as forças em cada forma de governo, no segundo o equilíbrio na monarquia, entendida como a melhor forma de governo⁴⁹. Apesar de ambos se demonstrarem afeitos à monarquia constitucional⁵⁰, estudiosos do paradigma inaugurado pelo caso inglês, suas exposições percorrem caminhos diferentes, a de Montesquieu, (1996) mais geral, e a de Constant voltada à experiência francesa.

Tanto Montesquieu (1996) quanto Constant (1989) buscaram construir e moldar instituições voltadas à limitação do exercício do poder. Entretanto pretendem fazê-lo assentados sobre a própria limitação do engenho humano, uma vez que apresentam suas teorias como formas de conter o avanço incondicionado do desejo de governar e não ser governado. A capacidade humana de criação é potencialmente ilimitada, a invenção do novo faz parte do *conatus* do homem, buscar limitar a engenhosidade apoiado na inteligência de um ou alguns que se voltam a estudar o Estado é presumir que todas as possíveis invenções e toda inventividade humana caibam no imaginário destes poucos. Assumir que seja possível montar uma estrutura estática ou que se mova aos trancos capaz de controlar a dinâmica tanto dos desejos, quanto das necessidades do tempo, é presumir que seja possível acessar o interior dos homens e do tempo.

Importante ponto de reflexão que os aproxima é o fato do primeiro acreditar que a moderação é virtude necessária à aristocracia, e o segundo que esta virtude é característica do monarca. O ponto está em entender que ambas as teorias constroem instituições que existem para controlar a democracia, enquanto a democracia carece, na verdade, de condições de existência, mais do que de controle. A democracia, conforme Espinosa (2009b) e Negri (2002) descrevem, é potência em ato, enquanto Montesquieu (1996) e Constant (1989), desligados desta perspectiva do conceito do *conatus* democrático, propõem formas de limitação do poder político apenas e apostam que a limitação é fruto de uma virtude pessoal, a aptidão à moderação. Ignorando que uma organização política,

⁴⁹ Montesquieu (1996) se demonstra entusiasta da monarquia constitucional assim como Constant (1989), no entanto, enquanto o segundo preocupa-se apenas em conceber um modelo para esta forma de governo, o primeiro analisa – ainda que mais detidamente umas, mais rasteiramente outras – as três formulações clássicas.

⁵⁰ Segundo a interpretação de Althusser (2003, p. 72), para Montesquieu, a monarquia poderia ser definida como: “le gouvernement par des *lois fondamentales, et les pouvoirs intermédiaires, subordonnés et dépendants*”.

para conservar-se, precisa atualizar-se, não somente reorganizar-se. O controle, por sua vez, é necessário quando o político está apartado do social, e este último precisa se acomodar no primeiro, o que não será feito naturalmente, mas através de desenhos institucionais projetados para canalizá-lo e contê-lo.

O desejo de conservação, de preservação da ordem constituída que inspira ambas as teorias é tão marcante quanto é oposto à liberdade. Esta, na acepção que é tratada neste estudo, incorpora um caráter expansivo e dinâmico, voltado à aceleração do tempo democrático e não deve ser contingenciada ou cerceada *a priori* pela estrutura institucional organizada e insculpida no texto de uma Carta Constitucional. A preservação de uma determinação forma de governo depende da atualização das suas estruturas institucionais e sociais. O poder constituinte é força que se opõe à estática da divisão de poderes consagrada em textos constitucionais inspirados seja por Montesquieu (1996) seja por Constant (1989), cuja finalidade é contingenciar sua emergência, constranger a própria democracia.

Como propunha Van den Enden (2010), observa-se que os modelos de constituição mista e teológica inserem no bojo de suas concepções limitações ao poder constituinte e, portanto, elementos estranhos à própria ideia de democracia. Impuseram constrições a ela que prejudicaram a pulsação da potência responsável por atualizá-la. Temiam a multidão e, por isso, temiam a própria democracia. Representam, na verdade, um antídoto à revolução democrática, não um meio de assegurá-la, exatamente porque se propõe a contê-la e não a promovê-la. Pretendem afastar do horizonte do político sua fortuna social, preordenando elementos teológicos e formais à política.

2.3

O modelo de constituição mista: os Fouding Fathers e a questão social

Dentre as influências que conformaram o passado institucional brasileiro, durante o período do Império foi a inspiração de Constant (1989) que moldou o paradigma estabelecido, no entanto, com a substituição da forma monárquica pela forma republicana, pretensamente democrática, no final do

século XIX, a inspiração francesa foi substituída pela norte-americana, voltada, por sua vez, aos ensinamentos de Montesquieu (1996)⁵¹. Foi a Constituição de 1891 a responsável por cristalizar a influência do modelo americano, bem como estabelecer o modelo institucional que se observa ainda atualmente no Brasil, notadamente do que se refere aos órgãos que compõem a cúpula dos três poderes da República.

Contudo, o movimento constitucionalista nos Estados Unidos tinha em sua origem um caráter eminentemente republicano, mas não necessariamente democrático. O próprio Montesquieu (1996) reconhece que de um lado existe a monarquia e de outro a república, que pode tanto ser aristocrática, como democrática. Qual era, então, a inclinação que inspirava o constitucionalismo norte-americano, a aristocracia ou a democracia?

O estudo dos textos federalistas (HAMILTON; MADISON, JAY, 2003), apresenta uma perspectiva original das discussões que permearam o processo de consolidação dos Estados Unidos como país independente, bem como os debates que se apresentavam no momento de formulação da Constituição da Filadélfia. A perspectiva daqueles autores se volta claramente no sentido de limitar o avanço das demandas populares, notadamente, oriundas da permeabilidade que a Câmara dos Comuns, a casa baixa do parlamento, proporcionava e; também, no espírito de limitação dos poderes da Presidência da República, cargo que tinha a imagem ainda ligada à figura do monarca. O desejo de limitar tanto as possibilidades de formação de um governo despótico, bem como o medo da representação popular indicam que os “federalistas” pretendiam a construção de um modelo republicano pouco permeável à democracia. Esta é, também, a visão de Arendt (2011) que identifica a formação da república, notadamente aquela inspirada aos moldes daquela instalada nos EUA, à necessidade de que homens de ação assumam do processo constituinte, uma vez que as necessidades oriundas da pobreza constrangeram, por exemplo, os rumos da Revolução Francesa, levando-a ao fracasso.

⁵¹ Existe, no entanto, um aspecto fundamental que afasta a concepção dos “federalistas” da de Montesquieu (1996). Este era simpático à monarquia constitucional, enquanto aqueles lutaram contra a coroa na guerra de independência dos EUA. Os “federalistas” não tinham mais no seu horizonte a monarquia, derrotada durante a guerra, seu claro objetivo era a constituição de uma república federal. O que aproxima o monarquista Montesquieu (1996) e os “federalistas” fundadores da república norte-americana é uma concepção voltada à engenharia do Estado.

O que, a partir daquele momento, se tornou irreversível, e que os atores e espectadores da revolução [francesa] imediatamente reconheceram como tal, foi que a esfera pública – reservada, até onde recuava a memória, aos que *eram* livres, a saber, livres de todas as preocupações ligadas às necessidades vitais, à sobrevivência física – devia oferecer seu espaço e sua luz a essa imensa maioria que não é livre, pois movida pelas necessidades diárias (ARENDT, 2011, p. 79 – 80).

Nos artigos federalistas (HAMILTON; MADISON, JAY, 2003), o intuito de controlar a multidão é travestido de uma necessidade imanente à organização da vida em sociedade, notadamente, quando esta se organiza através de um Estado federal cujas dimensões territoriais são a causa de um temor inicial de desagregação. A síntese é orquestrada através de um jogo de argumentos que, não podendo prescindir do princípio democrático, molda-o para se constitucionalizar conforme uma ordem centralizada na União. A forma institucional que organiza o exercício das funções de governo e de Estado é discutida com a preocupação de preservar a forma federal. Neste sentido, dois pilares são apontados como fundamentais: a preservação da autonomia dos estados e a concessão de poderes à União.

A consolidação da federação é marcada pelo espírito comum que unia as Treze Colônias que travaram a guerra de independência. Estas se ligaram em torno do objetivo compartilhado, mas também se vinculavam por laços culturais, sociais e econômicos. Importante notar que a forma pela qual se constrói o argumento central da obra – a defesa da federação – é expressão de um movimento dialético que extrai dos momentos postos em conflito uma síntese que – ora sutilmente, ora a marteladas – pretende garantir a aprovação de uma constituição alinhada ao paradigma federalista. O processo de defesa do federalismo, como forma de organização estatal, atua através de uma dialética que no conflito entre os opostos extrai sua síntese.

Essa síntese dialética opera uma construção de ideias em relação a pontos centrais em análise, notadamente, a defesa da federação, da separação de poderes, a representação e a institucionalização, que são a inversão de sentido do poder constituinte, conforme descrito por Negri (2002). Da defesa de um poder central conjugada ao elemento da territorialidade marcadamente expansiva desponta a necessidade da representação. Esta mediação entre a multidão e o poder, além do condão prático de limitar a um contingente razoável de pessoas o poder imediato de decisão, promove uma filtragem de interesses – é exatamente

disso que se trata. A simples filtragem já é em si uma afronta a um poder que se propõe democrático, mas é ainda mais problemática quando aliada ao elemento subjetivo do sujeito que filtra. Este, por sua vez, é membro de uma classe abastada, com condições de promover uma campanha eleitoral, e apresenta uma visão de mundo influenciada pelo espírito capitalista. Neste sentido, o modelo representativo é fundado, em sua maioria, subjetivamente na classe economicamente dominante.

A máquina federal é desenhada na obra de modo a construir barreiras ao exercício efetivo do poder pelo povo, o qual se submete a um sistema de poderes mutuamente controlados, desempenhados por pessoas de uma classe que não congrega sequer a maioria da população, imbuídos do espírito de defesa da propriedade privada e do modo de produção capitalista⁵² – sobreposto ao modelo escravagista.

É como se a Revolução Americana tivesse se realizado numa espécie de torre de marfim, em que jamais penetraram as vozes espectrais da pobreza extrema ou as visões terríveis da miséria humana (ARENDT, 2011, p. 134).

A condição para a existência de uma república democrática fica sujeita à superação da miséria, ou enquanto esta ainda existir, ao afastamento dos miseráveis dos processos de decisão política. A transcendência do problema da pobreza, a questão social, em relação política passa a ser, portanto, vista como elemento essencial para a construção de espaços de liberdade⁵³. Entendendo que trabalho, obra e ação⁵⁴ são os elementos definidores da condição humana (ARENDT, 2010), formula-se um conceito de *vita activa*, que submete o trabalho e a obra à ação, notadamente, à ação política. Neste sentido, enquanto os homens

⁵² Victor Nunes Leal (1955, p. 97) após reconhecer o alinhamento tanto da Revolução Americana, quanto das Revoluções Francesa e Inglesa de 1688 com o paradigma liberal-burguês emergente, afirma que: “outro quadro adequado para dar garantia àqueles direitos [os direitos civis e políticos] foi o mecanismo – ideado pela primeira vez nos Estados Unidos – do controle judicial de constitucionalidade das leis, isto é, o poder dado ao judiciário de poder dado ao judiciário de negar aplicação a uma lei infringente à Constituição, ou seja, uma lei que porventura violasse qualquer daqueles direitos fundamentais, entre os quais se incluíam os direitos indispensáveis à propriedade da burguesia”. (LEAL, 1955, p. 98 – 99).

⁵³ A Revolução Francesa é, classicamente, vista como revolução burguesa, que aparada também nos estratos mais baixos da população, voltava-se contra os privilégios do Estado monárquico. Já a Revolução Americana é encarada como marco contra o sistema colonial. É, neste cenário, que a recuperação da questão social, ou melhor, que a clara contrariedade entre o espírito dos pais fundadores e a pobreza revela a dimensão de classe também existente na Revolução Americana.

⁵⁴ Arendt (2010, p. 8) define: “o trabalho é a atividade que corresponde ao processo biológico do corpo humano”; “obra é a atividade correspondente à não-naturalidade da existência humana” e; “ação, única atividade que ocorre diretamente entre os homens, sem a mediação das coisas ou da matéria, correspondente à condição humana da pluralidade”.

consumirem suas forças com a realização do trabalho, visto como eminentemente antipolítico, ou mesmo com suas obras, tidas como possivelmente apolíticas, a *vita activa* ficará prejudicada, uma vez que o tempo da política é consumido com outros afazeres não tão nobres.

Da contraposição entre guerra e revolução, Arendt (2011) extrai a necessidade da política, como fórmula de conter a violência. Tanto a guerra, quanto, modernamente, as revoluções cumpriram o papel de abrir caminho, através do emprego da violência, para a reconstrução das relações políticas. Existe, portanto, uma violência original que funda toda forma de organização social e política. A esta ideia, que remete à metáfora do pecado original, opõe-se a objeção de que “não há absolutamente nada proibido pelo direito de natureza a não ser aquilo que ninguém pode fazer. O pecado, porém, é a ação que não se tem direito de fazer” (ESPINOSA, 2009a, p. 21), isto é, a ideia de pecado é contrária à ideia que remete, mesmo que metaforicamente, à concepção de estado de natureza, uma vez que “o pecado não pode conceber-se senão no estado, ou seja, onde o que é bom e o que é mal é determinado com base no direito comum de todo o estado” (ESPINOSA, 2009a, p. 21). A própria definição de pecado remete a uma condição anterior que estabeleça o que é certo e o que é errado. Portanto, a própria ideia de recomeço padece quando confrontada com a potência constituinte da multidão, que não se propõe um reinício a partir da destruição, mas da aceleração do tempo; não se volta para o passado, mas necessariamente se projeta para o futuro.

A pobreza impõe ao humano a preocupação com a satisfação das necessidades básicas, inclinando-o ao trabalho. No entanto, para a construção de um ambiente social capaz de promover a liberdade, a ação política é indispensável. Esta por sua vez, carece de tempo para ser exercida, o que impõe o afastamento do trabalho. Neste sentido, para Arendt (2011), a superação da questão social foi decisiva para o sucesso do processo de fundação de um novo paradigma de organização do Estado nos EUA, enquanto as necessidades impostas pela miséria da população condenaram a Revolução Francesa a um desvio do sentido rumo à liberdade.

Onde realmente ocorreu que homens do povo vindos de baixo alcançassem o esplendor do âmbito público, como no caso dos *condottiere* nas cidades-estado italianas, essa ascensão ao poder e aos assuntos públicos resultou de

qualidades que os distinguiam da plebe, de uma *virtù* ainda mais louvada e admirada na medida em que não podia ser explicada pelo berço ou pela extração social (ARENDT, 2011, p. 70).

Não é o povo que promove a liberdade, para Arendt⁵⁵ (2011) este consegue, no máximo, estimular a libertação, compreendida como o movimento em direção à liberdade, ou seja, o povo consegue, na melhor das hipóteses – talvez mesmo apenas em caráter excepcional –, agir rumo à liberdade⁵⁶. O movimento rumo à liberdade tem como preliminar a superação da questão social, uma vez que antes buscar a garantia dos direitos civis e políticos o humano precisa suplantiar suas necessidades básicas que o afastam as questões políticas⁵⁷. Os movimentos revolucionários, principalmente nos EUA e na França do século XVIII, ante a impossibilidade de retorno a um estado de coisas em que a própria ideia liberdade havia sido comprometida pelo despotismo, promoveram a instituição de um novo paradigma político-institucional voltado a assegurar um rumo seguro capaz de garantir o ideal.

O rumo da Revolução Americana continuava comprometido com a fundação da liberdade e no estabelecimento de instituições duradouras, e aos que atuavam nesta direção não era permitido nada que estivesse fora do escopo do direito civil era permitido. O rumo da Revolução Francesa, quase desde o início, foi desviado desse curso de fundação pela imediatez do sofrimento; ele foi determinado pelas exigências da libertação não da tirania, e sim da necessidade (ARENDT, 2011, p. 131).

O espírito dos revolucionários volta-se contra a tirania, encarnada na monarquia. Os americanos para contrapor-se a ela e garantir a liberdade instituíram uma República fundada sobre a distinção entre os homens – que inspirava inclusive o princípio da representação. Os franceses ainda premidos pela questão social sucumbiram afastando-se da ideia de liberdade e não conseguiram institucionalizar o movimento constituinte cristalizando-o mediante uma conformação capaz de protegê-la. A medida do sucesso do movimento de

⁵⁵ Assumindo que a descrição que autora promove da Revolução Americana é uma narrativa que compreende o fenômeno objeto da própria análise, os elogios que Arendt (2011) faz a esta revolução em contraposição às falhas que ela identifica na Revolução Francesa são provenientes da coincidência entre as inclinações da autora e dos Founding Fathers.

⁵⁶ No caso americano, a ação do povo rumo à liberdade se deu, segundo Arendt (2011), com base em um duplo fator: a ausência de pobreza e a inspiração dos Founding Fathers.

⁵⁷ Mesmo nesta acepção a movimento rumo à liberdade fica prejudicado, uma vez que é visto apenas sob o prisma da luta por direitos civis e políticos. O tempo mostrou que a luta por direitos avança, englobando outros gêneros de direitos, como os direitos sociais e aqueles relativos à proteção e conservação do meio ambiente. Neste sentido, o movimento de luta por direitos é expressão da pulsação do poder constituinte, uma vez que expressa um caráter expansivo.

fundação ⁵⁸ é a instituição de um paradigma institucional capaz de garantir as transformações postas em marcha no processo revolucionário. O sucesso é visto como o aprisionamento do poder constituinte, a instituição de outra forma de governo destinada à autopreservação. O poder constituinte é visto sobre uma perspectiva voltada a sua contenção e não a sua expansão. É contido, preliminarmente; pelo desejo de constitucionalização, voltado à segurança, a qual se opõe falsamente o medo, e; em um segundo momento, represado pela representação, incapaz, dada sua própria essência, de apresentar e defender os diversos interesses da multidão, uma vez que esta é potência em ato, incapaz, portanto, de ser capturada.

Em sua luta contra o determinismo histórico Arendt (2011) se volta contrariamente à relevância da questão social para a política. “O problema que punham [os revolucionários americanos] não era social, mas político, não dizia respeito à ordem da sociedade, mas à forma de governo” (ARENDT, 2011, p. 103). Afasta a política da sua raiz social, invertendo a causalidade: da forma de governo nasce a possibilidade de ordem social. Opondo-se a Espinosa (2009b) para quem a liberdade poderia ser encontrada e protegida dentro de forma de governo, mesmo porque era ela a responsável por permitir a atualização do paradigma instalado com vistas a readequá-lo às necessidades oriundas do decurso do tempo. É da ordem social sempre existente, uma vez que toda sociedade é civil, que nascem as formas de governo. A preocupação que Arendt (2011) narra é, sobretudo, com a instituição de uma forma de governo capaz de assegurar o seu ideal de liberdade caracterizado pela superioridade do *homo faber*, cuja disposição para a ação política possibilita, como possibilitou aos Founding Fathers, a constituição de uma República⁵⁹.

O poder constituinte estaria adstrito à existência de condições materiais que, antes da sua emergência, promovessem, senão a extinção, pelo menos a mitigação da miséria humana. Contudo, “a ausência de pressupostos e plenitude da potência: este é um conceito bem positivo de liberdade” (NEGRI, 2002, p. 26). A questão social, a pobreza, que incorpora o desejo de melhores

⁵⁸ Segundo Arendt (2011, p. 170): “nas condições modernas, o ato de fundação equivale a criar uma Constituição, e a convocação de assembleias constituintes se tornou a justo título a marca própria da revolução”.

⁵⁹ Hanna Arendt (2011, p. 298) revela que: “a atenção deles [os pais fundadores] estava voltada para o principal problema imediato, a saber, a questão da representação, e a tal ponto que vieram a definir as repúblicas, distinguindo-as das democracias como governos representativos”.

condições de vida, é, na verdade, a força que move a luta por direito. São, portanto, a força motriz da dinâmica político-democrática (NEGRI, 2002, p. 27). Apesar de reconhecer que a redescoberta filosófica e política do homem é um elemento central das revoluções, vistas, inclusive, como processos de secularização, H. Arendt (2011) entende que o humano importa como detentor de tempo para ser senhor de seus atos, livre do condicionamento imposto pelas necessidades dos pobres. A questão social aparece neste cenário, como mais um fator que atrapalha o processo de estabilização da ordem constitucional.

Sejam o que forem as paixões e as emoções, e seja qual for a sua verdadeira ligação com o pensamento e a razão, o certo é que elas se localizam no coração humano. E não apenas o coração humano é, sem dúvida, um local de sombras que nenhum olhar humano pode devassar, mas também as qualidades do coração precisam de sombra e proteção contra a luz do público para se desenvolver e ser o que lhes cabe ser (...) (ARENDT, 2011, p. 135).

Reconhecer-se como parte da multidão é, sobretudo, um fenômeno afetivo. Não se trata de reconhecer que as virtudes precisam de limitações como propunha Montesquieu (1996), uma vez que as virtudes não se opõem aos afetos; são, inclusive, compostas por eles. À *virtù* se opõe a fortuna. O que precisa ser regulado é a dinâmica dos afetos, potencializando os alegres e bloqueando as paixões tristes. A recuperação da fórmula da constituição mista como resultado da superação da questão social oculta o desejo de construir uma forma de governo que privilegie uma determinada conformação social, na qual a elite colonial passa a figurar como a elite nacional⁶⁰. O monarca é substituído por um conjunto de pessoas, os pais fundadores, os quais, dada a sua condição socioeconômica, assumem a direção dos assuntos públicos, mantendo o aspecto restritivo na configuração do corpo político⁶¹.

A forma de organizar a política desenvolvida pelos fundadores da República nos EUA era voltada para a garantia de que pessoas de uma determinada classe e condição social tivessem proeminência nos processos

⁶⁰ Segundo Negri (2002, p. 32), H. Arendt “funda inicialmente o ser raciocínio na força do poder constituinte, e termina por esquecer sua radicalidade, afirma inicialmente as razões da democracia, mas conclui sustentando as do liberalismo”.

⁶¹ Cujá configuração é determinada por eles segundo um princípio não inclusivo, como se depreende dos textos federalistas (HAMILTON; MADSON, JAY, 2003).

políticos⁶². Diversos mecanismos empregados têm o condão de afastar o povo do processo de decisão política. A cidadania, entendida, como a condição para participação nos processos de decisão política, é vista sobre uma forma restritiva, que mais se parece com o modelo aristocrático do que com o democrático, voltado para a expansividade do corpo político. Enquanto se entende que apenas aqueles que desfrutam de uma condição financeira mais abastada do que a média podem efetivamente ter tempo para os assuntos e reflexões da política, o sentido democrático foi não só esquecido, mas também perdido, porque subvertido, e a organização política assumiu uma das formas contrárias à democracia, no caso, a forma aristocrática.

A fundação da República nos EUA se contrastava com a construção de uma democracia. Segundo Ackerman (2005), os pais fundadores almejavam criar uma república, não uma democracia, em que partidos se sucedessem no poder⁶³. A transição de uma República aristocrática para uma democrática opôs o próprio Presidente da República, Thomas Jefferson, eleito pelo colégio eleitoral⁶⁴ e a Suprema Corte americana, reduto do partido contrário ao presidente, que havia indicado seis (6) ministros para a corte. A partir da oposição entre os homens de 1800 e os de 1787, da qual emergiu o famoso caso Marbury contra Madison⁶⁵, é possível compreender como a construção aristocrática dos federalistas foi

⁶² H. Arendt (2011, p. 237) afirma que: “aqueles [os homens da revolução americana] distinguiram claramente, sem qualquer equívoco, entre a origem do poder, que brota de debaixo, das “bases” do povo, e a fonte da lei, cuja sede fica “acima”, em alguma região mais elevada e transcendente”.

⁶³ Nas palavras do autor: “it [a Convenção de Filadélfia] sought to create a republic that transcended faction, not a democracy in which parties rotated in office” (ACKERMAN, 2005, p. 5).

⁶⁴ Ackerman (2005) identifica este conflito a partir da oposição entre o presidencialismo plebiscitário de Jefferson e o conservadorismo da Suprema Corte. Sobre esse assunto, ele afirma que: “there was one large obstacle to this “revolution of 1800”: the six Federalists sitting on the Supreme Court, led by John Marshall. For these men, the Jeffersonians’s claim of a mandate from the People was sheer demagoguery. The supreme act of popular sovereignty was the ratification of the Constitution of 1787, nor the election of 1800, and the Court’s job was to put the Republicans in their place” (AKERMAN, 2005, p. 6).

⁶⁵ As circunstâncias que cercam o caso opõe o governo de Thomas Jefferson e a nomeação dos “midnight judges” feita pelo seu antecessor. Na disputa sobre a constitucionalidade desta medida enfrentaram-se a Presidência da República e a Suprema Corte, composta por membros nomeados pelo antigo presidente, a qual acabou cedendo à purga promovida pelo presidente, como expressa o julgado Stuart contra Laird. Neste ambiente, William Marbury, não foi comissionado para o cargo de juiz de paz, para o qual havia previamente sido designado. O presidente Jefferson considerou que o ex-presidente Adams errou ao nomear pessoas para cargos públicos nos últimos momentos do seu governo, depois de ter perdido a reeleição, por isso não empossara Marbury, ainda que este tivesse sido nomeado para um cargo diferente daqueles que geraram a questão principal, os “midnight judges”. Marbury, então, impetrou um mandado de segurança contra a medida tomada pelo Secretário de Estado norte americano, James Madison. O caso foi decidido pela corte concedendo a Marbury o direito a assumir o cargo de juiz de paz (ACKERMAN, 2005).

transformada em uma forma mais aberta à democracia, permeável à vontade popular, mediante a eleição de um presidente alinhado com os interesses da sociedade do seu tempo. A contraposição que se observa põe em lados diferentes aqueles que desejavam opor ao agente atualizador as barreiras da Constituição americana, desenhada, segundo os artigos federalistas, para impedir a pulsação democrática.

O famoso caso Marbury contra Madison⁶⁶ é expressão da luta da Suprema Corte em preservar as estruturas constitucionais do passado, opondo-se ao avanço da representatividade do presidencialismo plebiscitário. O movimento descrito é propriamente aquele em que o poder constituído se opõe à própria emergência atualizadora da potência democrática, personificada na eleição de um presidente cujo mandato estava ancorado no apoio popular. A falha dos pais fundadores consiste exatamente em não ter antevisto a possibilidade da presidência se tornar veículo da luta por direitos, centrando-se no controle da Câmara dos Representantes, *locus* das reivindicações populares. “Quando elaboravam suas próprias ideias sobre transformações constitucionais, os delegados da Convenção da Filadélfia não consideraram seriamente o Poder Executivo como portador de mandato popular” (ACKERMAN, 2005, p. 11 – tradução livre)⁶⁷. Foi a partir desta brecha, dos choques entre o ideário aristocrático ancorado na Constituição e personificado na Suprema Corte e a chancela popular da Presidência da República, que, ao longo do tempo, a atualização das instituições jurídicas foi feita⁶⁸.

⁶⁶ Este famoso julgado da Suprema Corte dos EUA é visto como referência original no que se refere ao controle de constitucionalidade pela via judicial. Ackerman (2005), no entanto, ao contextualizar este julgado demonstra as inclinações conservadoras da corte. Para este autor a síntese que se extrai do conflito entre Suprema Corte e Presidência da República é um processo aberto de transformações, no qual, a partir da interpretação conjunta dos casos Marbury contra Madison e Stuart contra Laird, se por um lado, a Suprema Corte reconheceu que no que se refere aos temas principais o Presidente com apoio popular deve ter suas ações respeitadas; por outro, em temas menos centrais a corte deve respeitar as conquistas do passado positivadas na constituição. No original: “Stuart stands for the proposition that the Supreme Court should give way to the central claims made by a victorious president and his party in the name of the People. Marbury, in turn, holds out the prospect that on matters of less central concern to the People of the present day, earlier achievements of popular sovereignty may appropriately inform constitutional development” (ACKERMAN, 2005, p. 9).

⁶⁷ No original: “in elaborating their own ideas about constitutional change, the delegates to the Philadelphia Convention did not seriously consider the executive branch as an appropriate bearer of a ringing mandate from the People” (ACKERMAN, 2005, p. 11).

⁶⁸ Segundo Ackerman (2005, p. 5): “i will be viewing the crisis as symptomatic of a much deeper constitutional transformation in American history, and one that reverberates to the present day”.

A ideia de que a Suprema Corte pode limitar as ações tomadas pelo Presidente com a chancela do Congresso, está ligada à garantia dos direitos e garantias fundamentais, especialmente, segundo a tradição liberal, no que se refere às limitações impostas ao Estado quanto ao respeito às liberdades individuais⁶⁹. Contrariamente, a Presidência promove junto às estruturas aristocráticas interesses representativos daqueles que a elegeram. Deste choque, Ackerman (2005) vislumbra a emergência de um grande movimento de fundação, composto por três momentos: a constitucionalização, o *Bill of Rights*, e o presidencialismo plebiscitário em confronto com a Suprema Corte. A partir deste complexo de acontecimentos emergiu uma estrutura constitucional que, apesar da sua origem aristocrática, tornou-se mais aberta à democracia⁷⁰, notadamente pela via plebiscitária ligada à Presidência da República. Ainda assim, coube à Suprema Corte reacomodar as pretensões dos futuros presidentes, que reivindicavam para si mandatos populares, dentro da tradição constitucional norte-americana (ACKERMAN, 2005, p. 243)⁷¹.

Apesar de não ser imune a críticas, a interpretação que Ackerman (2005) dá à fundação do constitucionalismo norte-americano⁷² permite antever o confronto entre aqueles atores institucionais que, mais de um século depois da

⁶⁹ Neste mesmo sentido, Arendt (2011, p. 180) afirma que: “se Robespierre tivesse vivido para ver o desenvolvimento do novo governo dos Estados Unidos, onde a revolução nunca restringiu significativamente os direitos civis e, talvez por isso mesmo, teve êxito (...)”.

⁷⁰ Se na engenharia federalista a tensão entre as duas casas do Congresso volta-se para mitigar ou mesmo controlar as demandas populares com representatividade nas assembleias, a Presidência e seu mandato popular tem em seu horizonte o termidor da Suprema Corte.

⁷¹ Nas palavras do autor: “it would be the great task of the Supreme Court to weave recurring popular mandates, claimed by victorious presidents and their political parties, into the preexisting constitutional traditions of the American people” (ACKERMAN, 2005, p. 243). No mesmo sentido, Ackerman (2005, p. 245): “America has two Constitutions, both with roots in the early republic (...). The first relies on Congress to enact constitutional amendments when the original design needs correcting; the second relies on the Supreme Court to weave the mandate or the president’s party into the fabric of our higher law”.

⁷² Tushnet (2004), por exemplo, afirma que a ideia de momentos constitucionais, como o momento da fundação e seus respectivos atos, distancia-se de uma compreensão do fenômeno constitucional como representativo de uma prática social, que ocorre gradualmente, não alternando períodos convulsivos e de normalidade. Neste sentido, a ideia de Ackerman (2005) parece estar em desconformidade com o Poder Constituinte, como descrito por Negri (2002), uma vez que a própria ideia de revolução para Negri (2002) é expressa como uma aceleração do tempo, em oposição, portanto, à concepção tradicional de uma mudança súbita. No entanto, o que é mais relevante da interpretação de Ackerman (2005) é, primeiramente, a confirmação da hipótese que revela a inclinação aristocrática da “versão original” do constitucionalismo norte-americano, como idealizado pelos pais fundadores; em um segundo momento, é reveladora ainda a emergência e o confronto de duas importantes instituições do Estado constitucional – a proeminência Suprema Corte estava, de alguma maneira, insculpida já nos “artigos federalistas” (HAMILTON; MADSON, JAY, 2003).

fundação, seriam objeto da discussão sobre a guarda da constituição⁷³, quais sejam: O Presidente da República e a Suprema Corte – o Supremo Tribunal Federal no caso brasileiro. Segundo Arendt (2011, p. 257 – 258):

Institucionalmente, é a falta de poder, somada à permanência no cargo, que indica que a verdadeira sede de autoridade na república americana é o Supremo Tribunal. Essa autoridade é exercida numa espécie de elaboração constitucional contínua, pois de fato o Supremo Tribunal é, como diz Woodrow Wilson, “uma Espécie de Assembleia Nacional Constituinte em sessão contínua”

No entanto, antes de aprofundar o estudo das relações entre os três poderes, sob a ótica da questão relativa à guarda da constituição, deve-se, brevemente, retomar uma discussão histórica e reconhecer no passado brasileiro constituições que exprimiam formas de governo monárquicas e aristocráticas, de modo a diferenciá-las do paradigma democrático consagrado pela Constituição de 1988. Esta distinção mostra-se importante tanto no sentido de recuperar o conceito de Poder Moderador e função moderadora – a fórmula atualizada do primeiro, voltada à estabilização do modelo aristocrático –; quanto no que se refere à persistência de instituições cujas conformações remontam a formas da organização da comunidade política que se apresentam, segundo a sua tradição e a história, em sentido contrário à democracia. Para construir, quotidianamente, uma democracia, é preciso expurgar dos horizontes institucionais as reminiscências de outras formas de governo.

2.4

A engenharia do Poder Moderador: o paradigma brasileiro

Inspirada em Constant (1989) a primeira Constituição do Brasil como Estado independente, a Constituição de 1824, estabelecia uma divisão de poderes que além dos três poderes tradicionalmente reconhecidos ainda hoje, contemplava um conjunto de competências ao Poder Moderador, o qual era representante tanto da nação, vista como o conjunto dos cidadãos, quanto do poder monárquico-hereditário, representativo da tradição. Sua fonte de legitimidade era, portanto,

⁷³ Sobre a discussão entre Kelsen e Schmitt, ver capítulo 3 a seguir.

dúplice. O imperador, que exercia o Poder Moderador, era representante direito do povo, nos termos do art. 11⁷⁴, bem como era representante da tradição monárquica herdada de Portugal.

Seu conjunto de competências, estabelecido no art. 101⁷⁵ daquela Carta Constitucional, contemplava um complexo de ações que franqueavam ao imperador intervir sobre as decisões ou processos de decisão tanto do Poder Legislativo, quanto do Judiciário. No que toca ao primeiro: convocava extraordinariamente a Assembleia Geral; prorrogava, adiava e, mesmo, dissolia a Câmara dos Deputados, convocando outra para substituí-la. Sobre a nomeação de senadores, prescrita no inciso I do mesmo artigo, deve-se notar que, atualmente, esta é uma prerrogativa da democracia, sujeita ao sufrágio universal. À época, o Senado tinha uma função de controle, assemelhando-se ao que expõe o ideário dos “federalistas” norte-americanos⁷⁶. Entretanto, não estava presente a conotação federal, que era incompatível com o paradigma constitucional vigente, tratando-se o Brasil de um Estado unitário⁷⁷. No que se refere ao Judiciário, o Imperador era competente para perdoar e moderar penas e conceder anistia. Importante ponto de controvérsia era a relação entre Poder Moderador e Poder Executivo, ambos exercidos e personificados na figura do Imperador, ainda que o último fosse exercido mediante a nomeação de Ministros de Estado, nos termos do art. 102⁷⁸.

⁷⁴ O art. 11 da Constituição de 1824 determina que: “Art. 11. Os Representantes da Nação Brasileira são o Imperador, e a Assembléa Geral” (BRASIL, 2014a).

⁷⁵ O art. 101 da Constituição de 1824 dispõe: “Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador: I. Nomeando os Senadores, na fôrma do Art. 43; II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio; III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62; IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87; V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua; VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado; VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154; VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença; IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado” (BRASIL, 2014a).

⁷⁶ Sobre o papel do Senado durante o Império, Faoro (2012, p. 333) afirma que: “na cúpula do sistema, a segunda Câmara, o Senado vitalício, cujo papel conservador e refreador da opinião pública foi ressaltado por dom Pedro I”.

⁷⁷ O Senado do Império era um órgão vitalício, como expresso no art. 40 da Constituição do Império: “Art. 40. O Senado é composto de Membros vitalícios, e será organizado por eleição Provincial” (BRASIL, 2014a). A nomeação dos senadores dava-se nos termos do art. 43, que dispunha: “Art. 43. As eleições serão feitas pela mesma maneira, que as dos Deputados, mas em listas triplices, sobre as quaes o Imperador escolherá o terço na totalidade da lista” (BRASIL, 2014a).

⁷⁸ O art. 102 da Constituição de 1824 dispõe: “Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado” (BRASIL, 2014a).

O próprio art. 101 tratava de algumas competências que atualmente reconhecemos como competências executivas, resguardada a diferença entre a configuração monárquico-unitária da época e a atual republicana, presidencialista e federal. Os incisos III e VI, especificamente, encontram-se atualmente dentre as competências exclusivas da Presidência da República, nos termos do art. 84, I e IV da Constituição de 1988⁷⁹. Exceção é o inciso IV do art. 101 da Carta de 1824, o qual estabelece a competência de aprovar ou suspender interinamente resoluções dos Conselhos Provinciais, uma vez que, conforme já mencionado, a organização federal atual substituiu aquela unitária característica do período do Império. Esta competência trata de uma decisão excepcional em caráter interino, relativa à competência original da Assembleia Geral, nos termos do art. 85 da Constituição de 1824⁸⁰, podendo ser vista, nestes termos, como competência legislativa.

A relação entre Poder Moderador e Executivo, em linha de princípio, não precisaria da intervenção do Poder Real, uma vez que é o próprio imperador que figura em ambos os polos. A interpretação combinada dos artigos 99⁸¹ e 102 permite concluir que o imperador, no que se refere ao exercício de suas competências, inclusive as executivas, não era sujeito a responsabilização. A discussão se estabelece, neste sentido, quanto à responsabilidade dos Ministros de Estado, nomeados para exercer em nome do Imperador as funções executivas.

Os atos do imperador, enquanto Poder Moderador, não careciam de referendo dos ministros de Estado para serem executados e, enquanto atos oriundos da autoridade que detinha o Poder Executivo não eram aplicáveis em si, sendo indispensável o procedimento de referendo. No entanto, sendo o imperador inviolável e não sendo possível responsabilizá-lo por seus atos, quem seria o responsável em caso de um ato executivo provocar um dano a bem juridicamente protegido?

⁷⁹ Os referidos dispositivos dispõem: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: I - nomear e exonerar os Ministros de Estado; IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução” (BRASIL, 2014c).

⁸⁰ O referido artigo dispõe: “Art. 85. Se a Assembléa Geral se achar a esse tempo reunida, lhe serão imediatamente enviadas pela respectiva Secretaria de Estado, para serem propostas como Projectos de Lei, e obter a aprovação da Assembléa por uma única discussão em cada Câmara” (BRASIL, 2014a).

⁸¹ Este artigo dispõe: “Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma” (BRASIL, 2014a).

A responsabilidade do imperador é “moral ou censura imposta pela opinião pública” (URUGUAI, 2002, p. 377)⁸², se seu senso de responsabilidade moral se choca com o do gabinete de ministros⁸³, apenas uma medida pode ser tomada, a dissolução do ministério. Seja por iniciativa do imperador, que não consegue executar suas determinações ante a contrariedade do ministério, seja por iniciativa do próprio gabinete que se retira para não compactuar com a(s) medida(s) que não está(ão), na sua opinião, em desconformidade com o paradigma constitucional. Deve-se, então, formar novo ministério, o qual assume já em situação decisiva de concordar ou não com o senso moral do imperador: se concorda, forma-se novo gabinete e a administração pode prosseguir em seus desígnios; se discorda, não se forma novo gabinete, ante a falta de ministros dispostos a assumir a função e desempenhar uma tarefa da qual divergem e pela qual podem ser responsabilizados.

Dado este último impasse, no qual a discrepância entre o senso moral do imperador e daqueles que poderiam formar o ministério impede a formação de um novo gabinete e o prosseguimento das atividades do governo, apenas uma última medida pode ser tomada: a dissolução da Câmara, suporte do gabinete, e a subsequente convocação de novas eleições, conduzindo, por fim, a questão à decisão dos cidadãos. Se diante da nova configuração dos eleitos não conseguir formar um gabinete “é então impossível que, assim tão advertido, não abandone ou modifique a medida que é a causa da crise” (URUGUAI, 2002, p. 380).

Se a serviço do imperador no exercício das competências executivas estão os ministros, ele conta, ainda, com os conselheiros de Estado nos assuntos referentes àquilo que o Visconde de Uruguai (2002) chama de questões políticas, que a própria Constituição do Império denomina “negócios graves” (BRASIL, 2014a). O Conselho de Estado é um antemural ao Poder Moderador⁸⁴, uma vez

⁸² O Visconde de Uruguai (2002, p. 377) segue afirmando, inclusive, que a responsabilidade moral é mais eficaz que a legal: “Ninguém a pode evitar [a responsabilidade moral] e produz sempre todos os seus efeitos. Vai direito ao causador do mal, não respeita condições e hierarquias; pelo contrário, quanto mais elevada é a posição do indivíduo mais o persegue, mais com ele se agarra. Não há soberano, por mais poderoso, que não tema, porque ela mina e destrói a força moral, sem a qual não pode durar um poder”.

⁸³ Se existe coincidência entre o senso moral do imperador e dos ministros, estes assumem para si a responsabilidade pela prática dos atos, uma vez que prestaram sua aquiescência. Não referendam os atos do imperador, apenas concordam com eles e assumem a responsabilidade pela sua prática.

⁸⁴ O Conselho de Estado é um antemural porque concede um maior grau de certeza às decisões tomadas pelo imperador, uma vez que se trata de um conselho composto por homens com longa experiência no exercício de cargos públicos (URUGUAI, 2002, p. 280). A atuação deste conselho

que aconselha ao imperador no exercício, inclusive, das competências relativas ao Poder Real, como dispõe a parte final do art. 142⁸⁵. Diferentemente do que ocorre em relação à responsabilização dos ministros de Estado, os conselheiros são passíveis de responsabilização apenas quando sua postura for manifestamente dolosa⁸⁶, uma vez que seu papel é aconselhar, apenas; trata-se de um conselho consultivo⁸⁷. Neste sentido, o exercício pelo imperador das competências moderadoras está amparado em dois pilares voltados a garantir maior grau de certeza a suas decisões: o mecanismo de verificação, voltado a garantir que fosse tomada a melhor decisão possível, este mecanismo é composto pela sintonia das engrenagens que envolvem a atuação do Conselho de Estado e do gabinete de ministros do Executivo, e; pela própria natureza do Poder real.

No que se refere ao mecanismo de verificação, o qual corresponde à estrutura dúplice de mediação de crise composta pela oitiva do Conselho de Estado e a possibilidade de discordância entre os ministros e o imperador em questões relativas ao exercício das competências executivas, importa notar que esta estrutura está assentada em um pressuposto que separa questões políticas e administrativas. Para o Visconde de Uruguai (2002), as primeiras são questões que apenas órgãos políticos podem dirimir, notadamente o Executivo e o Poder Moderador, na pessoa do imperador, e o Legislativo, mediante os representantes, sejam eles senadores ou deputados. O Poder Judiciário é um poder cuja função é a aplicação da lei, cujas limitações exegéticas tornavam a função judicial um ofício de autômato. As funções executivas, exercidas pelos ministros de Estado não eram questões políticas, mas administrativas, relativas à “aplicação das leis de ordem pública, a gerência e direção de interesses” (URUGUAI, 2002, p. 90).

se move no sentido de remover, inclusive, a responsabilidade moral do imperador, uma vez que se o este age conforme o orientou o Conselho de Estado, ele “foi mal aconselhado por homens que lhe mereciam consideração e crédito. E se não a remover completamente [a responsabilidade moral do imperador], certamente a atenuará de um modo considerável, dividindo-a” (URUGUAI, 2002, p. 381).

⁸⁵ As competências do Conselho de Estado são: “Art. 142. Os Conselheiros serão ouvidos em todos os negocios graves, e medidas geraes da publica Administração; principalmente sobre a declaração da Guerra, ajustes de paz, nogociações com as Nações Estrangeiras, assim como em todas as occasiões, em que o Imperador se proponha exercer qualquer das attribuições proprias do Poder Moderador, indicadas no Art. 101, à excepção da VI” (BRASIL, 2014a).

⁸⁶ O art. 143 dispõe: “Art. 143. São responsaveis os Conselheiros de Estado pelos conselhos, que derem, oppostos ás Leis, e ao interesse do Estado, manifestamente dolosos” (BRASIL, 2014a).

⁸⁷ Caso os conselheiros discordem das medidas adotadas pelo imperador, que mesmo depois de ouvi-los insiste em agir contrariamente aos conselhos prestados, devem demitir-se, “para que de modo algum lhes possa ser imputado o ato, visto que é inadmissível a produção por eles de atas para se justificarem contra a Coroa inviolável” (URUGUAI, 2002, p. 381).

Neste contexto, “o poder administrativo é portanto secundário e subordinado ao poder político” (URUGUAI, 2002, p. 91).

O Poder Moderador era um poder de cunho político⁸⁸ pretensamente neutro e que identificava o imperador como elemento central da organização político-jurídica. O Poder Real segundo as palavras do visconde de Caravelas constituía-se em poder não só independente, mas também supremo regulador de todos (CARAVELAS *apud* Uruguai, 2002, p. 322). O Poder Moderador era o fator de equilíbrio e garantidor da estabilidade do sistema instaurado pela Constituição do Império.

O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos (BRASIL, 2014a).

O Poder Real “tem por fim conservar, moderar a ação, reestabelecer o equilíbrio, manter a independência e a harmonia dos demais poderes” (URUGUAI, 2002, p. 353). Representa “a suprema inspeção sobre os poderes Legislativo, Executivo e Judicial, o alto direito que tem a nação de examinar como os poderes por ela delegados são exercidos, e de manter a sua independência, equilíbrio e harmonia” (URUGUAI, 2002, p. 354). Está acima dos demais, é supremo, mas não pode tudo, volta-se em conservar os direitos e as instituições consagrados na Constituição do Império. É um poder inviolável e dada sua condição de superioridade não tem interesse em alterar o *status quo*. Citando o também publicista e político Pimenta Bueno, o Visconde do Uruguai (2002: 343) afirma:

O depositário deste grande poder neutro deve estar cercado de todos os respeitos, tradições e esplendor, da força da opinião e do prestígio. A consciência nacional precisa crer que superior a todas as paixões, a todos os interesses, a toda rivalidade, ninguém pode ter maior desejo e glória do que ele em que os outros poderes ativos funcionem segundo preceitos fundamentais do Estado e façam a felicidade deste.

O Poder Moderador carece, portanto, de uma aura, a qual compõe sua própria natureza, que o conforma em uma essência superior, outorga-lhe o título

⁸⁸ A Constituição do Império dispunha: “Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial” (BRASIL, 2014a).

de primeiro representante da nação (URUGUAI, 2002, p. 346). Citando Benjamin Constant, o visconde de Uruguai (2002, p. 245) afirma que “o direito de manter o que existe pertence necessariamente ao poder moderador”. Já o direito de propor uma alteração pertence ao poder ministerial – administrativo – que se encontra, também, submetido à pessoa do imperador. Observa-se um desbalanceamento da sintonia entre a estática e a dinâmica, cujo movimento submete a necessidade de atualização, enquanto expressão do *conatus*, a um poder administrativo, o qual, por sua vez, está submetido ao imperador que acumula, ainda, a função de preservar, conservar a ordem vigente. O mesmo homem, ocupando o mesmo cargo, o de Imperador do Brasil, responde pelas competências moderadoras, voltadas à conservação, e pelas competências executivas, responsáveis por promover a atualização. No entanto, é o Poder Moderador que detém a última palavra, porquanto seja ele o responsável por mediar todos os conflitos de interesse que emergem dentro do sistema constitucional instalado. A oposição conservação e atualização subverte a lógica do *conatus*, a qual se volta em perseverar na existência pela atualização, não pela simples conservação. À pergunta se se deve conservar o que existe, responde-se que se deve fazer existir o que se conservar. Atualizar-se é indispensável para manter-se apto a enfrentar a dinâmica do tempo em constante reconstrução. Conservar não equivale a perseverar, segundo o primeiro termo tem-se a manutenção de uma determinada proporção com vistas à preservação do estado de coisas; pelo segundo tem-se a atualização de uma determinada proporção com vistas à manutenção e à perpetuação da vida, da pulsação do sistema.

Não existe, é verdade, coincidência, segundo o visconde Uruguai (2002), entre a esfera da moderação e a executiva, uma vez que o imperador exerce sozinho as competências moderadoras⁸⁹, no entanto, no que se refere ao Executivo, ele está amparado por seus ministros, os quais devem referendar suas decisões, sem o que as próprias competências executivas restariam inexecutáveis, mediante a falta de um gabinete para dar-lhes andamento. O mesmo publicista (URUGUAI, 2002, p. 423) alerta, quando comenta a coincidência entre os Poderes Executivo e Moderador, que “neste sistema é maior a tentação de ingerir-se o governo em eleições para formar maiorias”, dada sua dependência das

⁸⁹ O exercício das competências do Poder Moderador é prerrogativa exclusiva do imperador, nos termos do art. 98 da Constituição do Império.

maiorias parlamentares para conseguir formar um gabinete de ministros. Foi exatamente esta a tendência diagnosticada por Raymundo Faoro (2012), especialmente no que toca à atuação moderadora de D. Pedro II no Segundo Reinado.

Subvertendo a tendência constitucionalista presente, inclusive, na constituinte de 1823, segundo a qual “a autoridade teria seu fundamento e seu limite num documento” (FAORO, 2012, p. 321), o imperador busca um “equilíbrio entre a liberdade e o poder executivo forte, preexiste este ao pacto político” (FAORO, 2012, p. 325). Apesar do esforço em separar o Poder Executivo do Poder Real a coincidência de competências de ambos os poderes no cargo de Imperador importou em um desvio da arquitetura descrita, desfazendo a distinção entre monarquia constitucional e monarquia absoluta. Apenas durante o reinado de D. Pedro II o imperador assumiu o papel de árbitro acima das facções e dos partidos, fundamentando a estabilidade institucional (FAORO, 2012, p. 327), mas, nem por isso, assumiu um papel neutro e passivo, como apregoava a doutrina que o fundamentava.

D. Pedro I baseou seu reinado no tradicionalismo, oriundo de suas origens ligadas à coroa portuguesa, e no carisma angariado entre os simpatizantes do movimento pela independência. O desenho institucional por ele outorgado na Carta Constitucional de 1824 apresenta fortes tendências autoritárias, em que:

O funcionamento do corpo político, apesar da institucionalização das categorias sócias, dependerá do feitio do chefe do Estado, que deve limitar-se a funções bonapartistas, superior e árbitro das ambições, dos interesses e dos grupos (FAORO, 2012, p. 333).

Observando a relação entre democracia e a expansão do coeficiente de participação, diretamente ligado ao reconhecimento da condição de cidadão, observa-se que regimes que não conseguem expandi-lo ou que se negam, liminarmente, a fazê-lo expressam uma tendência antidemocrática, uma vez que estas posições expõem a diferença de sentido que existe entre a democracia e as demais formas de governo. No caso o Império brasileiro, a concentração do poder nas mãos do Imperador, que manejava a estrutura político-institucional mistificando a própria atuação, afastando-se e aproximando-se dos processos de decisão sob o véu da referenda ministerial e da neutralidade do Poder Real, expõe o caráter eminentemente monárquico da ordem vigente. A própria ideia e mesmo

a prática das competências do Poder Moderador não se coadunam com a democracia. São, na verdade, visões que se opõem a ela, especialmente, aquelas desempenhadas durante o Segundo Reinado, no qual:

As organizações partidárias se concentraram nos instrumentos de aliciar, manipular e coagir o eleitorado e não de traduzir-lhes os interesses, os sentimentos e as inquietações. Seu caráter oligárquico, numa oligarquia enriquecida pelo oficialismo – só o controle do poder suscita as maiorias do nada –, leva-as a reear a participação popular, identificada, desde José Bonifácio e Feijó, à anarquia (FAORO, 2012, p. 371).

Aproveitando-se da estrutura institucional deixada por seu pai, D. Pedro II não exerce um poder neutro, mas operacionaliza um complexo sistema de modo a garantir a execução da política conforme sua vontade. O Segundo Reinado é marcado por uma estrutura intrincada que acaba a velar a atuação do Imperador, que não se contenta em mediar as disputas entre os demais poderes, adotando, na verdade, uma postura ativa. As funções políticas e administrativas são dirigidas pelo imperador que influencia diretamente na correlação de forças da Câmara dos Deputados, nomeia Senadores e representa o Poder Executivo com o auxílio do gabinete de ministros.

Desfrutando da oposição entre os partidos Liberal e Conservador⁹⁰, “ele [D. Pedro II] suscita o partido ao governo, arrancando-o da oposição; ele dá ao partido assim elevado a maioria parlamentar, por meio da entrega provisória dos meios compreensivos que articula as eleições” (FAORO, 2012, p. 401). As sucessivas trocas de gabinetes⁹¹ não se dão em razão das discordâncias entre os ministros e a maioria parlamentar, discrepância que exigiria a intermediação do Poder Moderador. As dissidências se verificavam na oposição do gabinete ao imperador, que os destitui, convoca representantes do partido contrário à maioria para integrarem o novo corpo ministerial, o que suscita o conflito entre o gabinete de ministros e a Câmara, a qual é dissolvida, pretensamente para que a controvérsia seja resolvida conforme a vontade popular. No entanto, o mesmo gabinete que em razão da sua oposição à Câmara causou a dissolução desta,

⁹⁰ Faoro (2012, p. 391) lembra que: “o poder os embaraça e os confunde [partidos Liberal e Conservador]: o certo seria dizer que, no poder, nada separa um saquarema de um luzia, mas o poder, na sua verdade, tem outra estrutura, independente do jogo cênico dos partidos em revezamento no ministério”.

⁹¹ Durante o período do Segundo Reinado – aproximadamente cinquenta (50) anos – trinta e seis (36) gabinetes ascenderam à cúpula (eletiva) do Executivo, perfazendo uma média de um ano e três meses cada. Apenas dois ministérios tiveram uma duração em torno de quatro anos (FAORO, 2012, p. 405).

detinha meios de reorganizar os procedimentos e leis eleitorais, alterar a composição das mesas eleitorais e promover, através deste tipo de artilharia, a vitória do seu partido nas eleições.

O processo eleitoral, levado a cabo todas as vezes que o novo gabinete se opunha à Câmara e esta era dissolvida, resolvia-se antes mesmo de começar. A fragilidade do sistema permitia que dada a formação da mesa eleitoral em determinada circunscrição eleitoral, já se estabelecia, de antemão, o resultado das eleições⁹², uma vez que era a mesa a responsável por identificar tanto os votantes quanto os votos válidos. “A chave do processo acentua e consolida o princípio *feita a mesa está feita a eleição*, mesa, agora, necessariamente governista” (FAORO, 2012, p. 424). Fora este fato, as próprias eleições não eram representativas, uma vez que o processo eleitoral “traria a tona o próprio país, com o eleitorado obediente ao governo, qualquer que fosse este, uma vez que fosse o poder que nomeia, que possui as armas e o pão” (FAORO, 2012, p. 391). O contingente diminuto de eleitores restringia-se em 1886 a menos de um por cento (1%) da população do Brasil – de um total de quatorze milhões (14.000.000) de habitantes, registrou-se a presença de apenas cento e dezessete mil seiscentos e setenta e um (117.671) eleitores (FAORO, 2012, p. 370).

Nem conservadores, desgostosos com o ativismo do imperador, que contraia a pureza da estrutura; nem liberais, contrariados com o desrespeito ao sistema representativo⁹³, que neutraliza os processos de decisão política na Câmara dos Deputados, contentaram-se com os jogos do Poder Moderador. De todo modo, a experiência constitucional vivida durante o Império, constrangida pela atuação do imperador, que assumiu papel central na política do período, colocou-se longe da ideia de democracia e com ela de poder constituinte. Estava

⁹² Em 1881, a dinâmica das mesas foi alterada por uma reforma eleitoral reforma eleitoral, no entanto, “a presença na urna, sob o comando da máquina governamental, passaria, se obedecida a lei [a reforma eleitoral de 1881], ao domínio dos elementos economicamente dominantes nas localidades. Obediente à polícia, o eleitor seria o instrumento do senhor territorial” (FAORO, 2012, p. 439). Os gabinetes têm o seu poder sobre o processo eleitoral mitigado, emergindo no horizonte a figura do coronel, personagem central da trama que envolve os processos políticos da República Velha.

⁹³ Deve-se frisar que o descontentamento dos liberais não se volta sobre o descompasso existente entre os representantes e a vontade nacional. O descontentamento é acusado, na verdade, pela incerteza a que estão sujeitos os representantes eleitos, que veem como desrespeito às prerrogativas do exercício de suas funções as sucessivas trocas de gabinetes apoiados nas maiorias parlamentares.

longe do ideário do constitucionalismo brasileiro como exercido em seus primórdios a vivência da potência constituinte.

A questão social também não estava em pauta durante as discussões de sucessões de gabinetes, os procedimentos eleitorais adotados tinham o condão de afastar o já diminuto espectro de eleitores dos processos de decisão política. A servidão em termos políticos era a condição à qual estava submetida grande parte dos cidadãos, uma vez que apenas poucos tinham acesso às dinâmicas que consagravam candidatos nos pleitos. Os aliados do processo político, aqueles a quem sequer a cidadania era garantida, permaneciam esquecidos sob as condições de vida que os premiam pelas necessidades e os afastavam da política, que, por sua vez, quando era necessário, repreendia os dissidentes com violência. Havia ainda os escravos, libertados no apagar das luzes do período imperial. Estes sofreriam por longo tempo com as reminiscências do passado escravagista e o afastamento dos processos políticos. Mesmo que a discriminação por cor não tenha sido uma prática política, a questão social os atingiu e, também, aos seus descendentes.

O sistema pretensamente parlamentar implementado ao longo do Segundo Reinado não é expressão da inspiração Inglesa no século XIX, de viés aristocrático – ainda que seus teóricos almejassem alcançar as eventuais virtudes daquele sistema. O período do império é expressão do poder pessoal e monárquico, o qual submeteu a Câmara dos Deputados, quando discordava das medidas adotadas pelo imperador, às urnas submissas aos sucessivos gabinetes por ele nomeados. A forma com que o imperador, especialmente, D. Pedro II exerceu o Poder Real incorporava, de certo modo, aquilo que o Visconde de Uruguai entendia como a virtude da organização político administrativa dos EUA e, mesmo, da Inglaterra: “uma forte centralização governamental, a par de uma grande descentralização administrativa” (URUGUAI, 2002, p. 127). Quando o balanço entre centralização política e descentralização administrativa foi definitivamente rompido, seja pelas sucessivas medidas ativas adotadas pelo Poder Moderador, seja pela instabilidade econômica, ou qualquer outro motivo que tenha influenciado nos processos que culminaram à Proclamação da República em 1889, a estrutura monárquica cedeu. A conformação aberta senão ao federalismo, certamente à descentralização, vivenciada, já em alguma medida,

durante o período da Regência⁹⁴, cristalizou-se com a Proclamação da República e a subsequente reconfiguração político institucional. Por outro lado, neste cenário, “o exemplo norte-americano serviu para muitos enganos: em lugar da Suprema Corte, arbitro dos poderes, o Poder Moderador, armado com o Conselho de Estado, aniquila todos os dissídios e todas as veleidades liberais” (FAORO, 2012, p. 380).

2.5

A função moderadora: pacto oligárquico e controle da contingência

Vários fatores contribuíram para a substituição da forma monárquica pela republicana. O fim da monarquia e consequente queda do Poder Moderador deu origem à necessidade de reconfiguração das relações de poder. Sem a centralização exercida pelo imperador, várias correntes políticas passaram a disputar poder e influência sobre a República, inclusive como expressão da tradição patrimonialista descrita por Faoro (2012). Esse período, os anos entrópicos, como retratou Lessa (1988), foi sucedido pela implantação da Política dos Governadores, no governo do Presidente Campos Sales, medida suficiente para assegurar, pelo menos no curto prazo o reestabelecimento das condições necessárias à governabilidade. A Constituição de 1891, a primeira republicana da história do Brasil, deixava claro, já no seu artigo 1º, a influência norte-americana que a havia marcado:

Art. 1º - A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil (BRASIL, 2014b).

Algumas alterações importantes estão expressas neste artigo, notadamente, a substituição da forma unitária pela federal e da monarquia pela república. Manteve-se, no entanto, o instituto da representação como veículo

⁹⁴ Segundo Faoro (2012, p. 354): “Entre o fascínio norte-americano, que já cega muitos teóricos e parlamentares, e a pasmação lusomonárquica prevaleceu a permanência do Poder Moderador, do Senado vitalício e a descentralização, esta a verdadeira conquista dos moderados, descentralização que tocava a estrutura política do edifício monárquico”.

primordial de participação política. Alteração importante e expressa no art. 15⁹⁵ desta Carta Constitucional é a substituição do modelo que mantinha no vértice da organização política nacional o Poder Moderador pela forma tripartite inspirada em Montesquieu (1996). A preocupação com a divisão de poderes estava marcada também em outros dispositivos constitucionais, a exemplo dos artigos 35, §1º e 79, que estabelecem, respectivamente: “Art. 35 - Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente: 1º) velar na guarda da Constituição e das leis e providenciar sobre as necessidades de caráter federal” (BRASIL, 2014b); e “Art. 79 - O cidadão investido em funções de qualquer dos três Poderes federais não poderá exercer as de outro” (BRASIL, 2014b).

No art. 35, §1º⁹⁶ a preocupação era, provavelmente, reflexo da tradicional ligação existente entre a figura do presidente e do monarca⁹⁷, o que leva à necessidade de reforçar as competências legislativas, sobretudo, aquelas voltadas a preservar a ordem instituída, rechaçando a concentração dos poderes de representação na Presidência da República. Segundo a Constituição do Império, a representação da nação, titular da soberania, era prerrogativa do imperador e da Assembleia Geral⁹⁸, no entanto, esta ficou submetida às intervenções do Poder Moderador ao longo do período imperial. Por sua vez, a Constituição de 1891 declara-se já no seu art. 1º tributária do princípio da representação e, no art. 15 da divisão de poderes, almejava, pois, garantir que a guarda da constituição fosse reconhecida ao Congresso Nacional, ainda que não mais em caráter exclusivo, como o fizera a Constituição de 1824⁹⁹. O art. 79 proíbe a concentração de funções mediante a acumulação de cargos, impedindo que uma mesma pessoa possa reunir competências suficientes para opor-se à ordem constitucional

⁹⁵ O art. 15 da Constituição de 1891 determina: “Art. 15 - São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si” (BRASIL, 2014b).

⁹⁶ Este artigo ainda retrata interessante ponto de contato entre a primeira Constituição Republicana de 1891 e a atual Constituição Cidadã de 1988, qual seja: a função de guarda da constituição. Este tema será retratado no próximo capítulo.

⁹⁷ A dispersão da função de guarda da constituição, típica do modelo de divisão tripartite de poderes inspirado em Montesquieu (1996), apresenta-se, como demonstra Fábio Leite (2003), como abertura ao exercício da função de guarda pelo Supremo Tribunal Federal. A não concessão da exclusividade da função de guarda da constituição ao Congresso, como ocorrera durante o Império, cumulada com a possibilidade do controle difuso de constitucionalidade abriu espaço para que o STF emergisse como importante ator político da República.

⁹⁸ O art. 11 da Constituição do Império dispõe: “Art. 11. Os Representantes da Nação Brasileira são o Imperador, e a Assembléa Geral” (BRASIL, 2014a).

⁹⁹ O art. 15, IX desta Carta Constitucional dispõe: “Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral: IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação” (BRASIL, 2014a).

instaurada. O fenômeno da concentração foi descrito anteriormente quando se falou da coincidência de competências executivas e moderadoras na figura do imperador. Novamente, a primeira Constituição Republicana preocupa-se em se distanciar do estado de coisas que a precedeu.

O Judiciário, inspirado no modelo norte-americano, passa a deter o poder de exercer o controle difuso de constitucionalidade, resguardada ao Supremo Tribunal Federal a competência recursal para ações que questionassem a validade das leis em face à Constituição vigente. Assumia, assim, papel de destaque na organização política-institucional do Estado brasileiro.

Deste modo, se por um lado caberia ao Congresso, nos termos do art. 35, §1.º, velar na guarda da Constituição, ainda que não privativamente, por outro caberia ao Poder Judiciário, e especialmente o Supremo Tribunal Federal, rever e eventualmente anular os atos aprovados pelo Congresso, a partir justamente da verificação do (des)respeito à Constituição. O STF assumiria uma posição privilegiada, pois a esta Corte caberia rever as decisões das instâncias inferiores e, portanto, a manifestação inapelável a respeito da validade das leis e atos normativos em vigor no País. (LEITE, 2003, p.157).

Desde o Império o movimento republicano vinha deixando seus traços cada vez mais nítidos na política nacional. As sucessivas reformas eleitorais, um dos meios pelos quais o imperador intervinha na política nacional, desenharam, já na década de 1880, poucos anos antes da Proclamação da República em 1889, portanto, um novo quadro político. A Lei Saraiva de 1881, promulgada em um período em que a lavoura, especialmente de café, via crescer sua influência, fez despontar no cenário político um “fator novo, em ascensão, a *influência local*, personificada no chefe local, um *coronel* – pai do futuro coronelismo” (FAORO, 2012, p. 441 – 442).

Na última década do século, uma transação, provisória e de resultados tardios, aproximando o mando do povo, para a título de representa-lo impor-lhe, pelo compadrio ou pelo favor, pelo bacamarte ou pela miséria, o caminho da submissão (FAORO, 2012, p. 443).

O novo personagem, o chefe político local, ganha cada vez mais destaque e com a República torna-se elemento central das disputas políticas. A ausência do povo e a incapacidade das elites que engendraram a Proclamação da República de promover mudanças substanciais, à exceção da substituição do poder central e monárquico pela organização federal e tripartite, criaram um

cenário que serviu de substrato para uma mudança operada por cima, para os de cima. A exclusão da maior parte da população dos processos de decisão política importou, paradoxalmente, na manutenção de um sistema que se não era mais unitário, passava ao largo de caracterizar-se como materialmente plural; uma república sem demos, sem povo, aprisionando na necessidade a multidão.

A primeira década da República foi marcada por um período de incertezas, notadamente, no que se refere às relações entre Executivo e Legislativo¹⁰⁰ e as relações entre a União e os estados-membro. Ao longo dos anos entrópicos, como qualificou Lessa o período compreendido entre a Proclamação da República em 1889 e a chegada ao poder do presidente Campos Sales em 1898, “a cada procedimento ou ação empreendida visando dotar o sistema de poder de maior governabilidade, sobressaiam novos conflitos e maior anarquia” (LESSA, 1988, p. 73). A política dos governadores, como ficou conhecida a resolução dada na presidência de Campos Sales à entropia dos anos que antecederam seu mandato, estabelecia que o governo:

É uma instancia de administração, cujas decisões devem ficar a salvo da competição facciosa, a salvo da política. A definição do governo como administrador procura protege-lo da política, que deve ficar contida nos estados sob a responsabilidade dos chefes locais (LESSA, 1988, p. 92).

A estrutura política de governabilidade montada com o objetivo de afastar da administração federal a política, voltava-se, na verdade, em afastar a população do acesso às decisões políticas primordiais, consagrava uma “definição de um mundo político, impermeável ao *demos*” (LESSA, 1988, p. 93). Neste cenário, relegando aos estados-membro a luta política, a administração federal, condensada na Presidência da República, encontrava um espaço de autonomia, no qual se descobriu livre das amarras institucionais próprias do sistema de freios e contrapesos.

Basicamente, a política Campos Sales ou política dos governadores arranjava-se, segundo Lessa, conforme dois pressupostos: um procedimental e outro substantivo. Com a reforma política implementada antes das eleições congressuais de 1900, o Presidente Campos Sales firmou as bases para sua política. Garantiu a estabilidade no Congresso mediante a reeleição do presidente

¹⁰⁰ O Judiciário, apesar do destaque que ganhara não ocupava, ainda, uma posição central na disputa política, mesmo porque, afirmara sua incompetência para julgar determinadas situações envoltas em “questões políticas” (LEITE, 2003).

da legislatura anterior¹⁰¹ e, assegurou que as eleições fossem resolvidas sem a necessidade das acirradas disputas na Comissão de Verificação¹⁰², uma vez que o reconhecimento dos diplomas dos candidatos eleitos passou a ser feito conforme critério legal, o qual relegava ao plano municipal a decisão sobre a diplomação. As Câmaras Municipais, responsáveis por emitir os diplomas dos candidatos eleitos no pleito, por sua vez, estavam sujeitas ao controle dos chefes estaduais, que mediante este dispositivo “adquiriram condições de eternização nos governos estaduais” (LESSA, 1988, p. 109).

O pressuposto procedimental regia-se de acordo com uma relação de reciprocidade entre o Presidente e os Governadores, estes asseguravam o seu poder mediante o controle das eleições, impedindo o surgimento da oposição e fazendo eleger para o Legislativo apenas candidatos alinhados ao seu grupo político. A presidência, afastada das disputas político-eleitorais, bem como das relações congressuais, mantinha-se separada da política dos estados, garantindo-lhes independência e autodeterminação, recebendo em troca um Congresso dócil e submisso às suas decisões.

O Poder Legislativo se transforma em expressão da distribuição estadual do poder e terá comportamento cuja docilidade será extensão do acordo entre o Presidente e os Estados. Da mesma forma que no Império, a institucionalização no novo regime exigiu a regulação da dinâmica do Legislativo (LESSA, 1988, p. 115).

Ao lado do congelamento das disputas políticas no plano federal, mediante a consideração das elites locais como personagens estratégicos nos processos de reconhecimento dos atores políticos, existe um aspecto substancial do pacto político que circunscreve a política Campos Sales. Este aspecto, voltado à dinâmica das paixões, transforma aquilo que Montesquieu (1996) identificada como a virtude própria da monarquia, em atributo particular da República (aristocrática): “a conduta disciplinada e conduzida pela ação dos líderes” (LESSA, 1988, p. 121). Apesar de reconhecer que do universo político não é possível extirpar as paixões e as ações, que têm nelas seu móvel, a política Campos Sales volta-se em criar um espaço político onde as paixões possam ser domesticadas e filtradas pelas lideranças políticas.

¹⁰¹ Ele era o responsável por indicar os demais parlamentares que viriam a compor a Comissão de Verificação.

¹⁰² Instância responsável por reconhecer os candidatos diplomados, que estariam aptos para assumir seus cargos na nova legislatura.

A retomada do princípio da representação sob uma vertente que personifica nas lideranças as virtudes necessárias à política é a forma pela qual se opera a instituição da aristocracia¹⁰³. O pacto não escrito que molda a ação política na República Velha é exatamente aquele que reconhece, ainda que extra-constitucionalmente, a regra de identificação da aristocracia como forma de governo. O acerto entre o presidente e os governadores é um paradigma de exclusão, capaz de estabelecer autocraticamente a formação de um “patriciado”. As próprias regras de operação do pacto se voltam para determinar a escolha dos membros da comunidade que os sucederão. No aspecto substantivo, a política dos governadores é, pois, um pacto aristocrático voltado não só a afastar o povo do poder, mas é, sobretudo, incapaz de reconhecer o desentendimento como motor da política (RANCIÈRE, 1996).

Estes mecanismos que revelam a “engenharia do pacto oligárquico” podem ser enquadrados, segundo Lessa (1988, p. 111), como “o equivalente funcional do Poder Moderador”. Quatro elementos são centrais neste paralelo: (i) a dinâmica legislativa: que submetia a um mecanismo exterior à constituição a eleição e o funcionamento do Congresso Nacional; (ii) as eleições: decididas antes mesmo da abertura das urnas através de artifícios de controle que se estendiam desde a restrição ao direito ao voto, passando até pela condução mesma do voto, seja pela alteração dos distritos eleitorais, seja pelo voto de cabresto; (iii) as administrações regionais: anteriormente nomeadas pelo Imperador e desde o estabelecimento do pacto político que modela a política dos governadores sujeitas a relações de dependência com a presidência; (iv) o processo de geração de atores políticos: que filtrava, conforme os critérios da política nacional, o ingresso daqueles que teriam acessos aos cargos eletivos. Em ambos os períodos, o Império e a República Velha, a conformação dos pactos entre as elites políticas voltava-se para afastar da disputa eleitoral, já pouco democrática em razão das restrições ao direito ao voto, a escolha dos atores políticos mais importantes. No caso do Império, o imperador, figura que precede ao próprio pacto constitucional, é o

¹⁰³ A tradição que estuda as formas de governo além das tradicionais e já citadas monarquia, aristocracia e democracia, reconhece três formas degeneradas derivadas das primeiras, que são, respectivamente: a tirania, a oligarquia e a oclocracia ou demagogia. A oligarquia é, portanto, uma degeneração da aristocracia. Este trabalho, no entanto, não adota esta terminologia que diferencia formas “puras” e degeneradas, assumindo, com Espinosa (2012b), que existem apenas formas de governo mais e menos potentes conforme estão ou não abertas ao exercício da liberdade como condição para sua atualização.

responsável por determinar os rumos e os atores políticos do país. Na República Velha, o pacto oligárquico estabelecido através da política dos governadores permitiu que as elites estaduais se perpetuassem no poder, criando um espaço de autodeterminação para o Poder Executivo federal, que permitiu a ele determinar os rumos políticos da nação.

Na nova estrutura, dois fatores merecem especial atenção. O primeiro refere-se à identificação dos atores políticos. Se a forma encontrada por Campos Sales para superar a entropia dos primeiros anos da República foi a realização de um pacto oligárquico, é preciso compreender qual o traço subjetivo que une essa oligarquia. O segundo aspecto refere-se à forma como a transição para a organização federal contribuiu para a redistribuição do poder anteriormente concentrado nas mãos do Imperador.

É traço subjetivo daquela organização político-social fundada no patrimonialismo a pretensão de “exercer pressão e influência sobre o Estado e, de modo mais concreto, orientar e controlar a aplicação do poder político estatal de acordo com seus [da oligarquia] fins particulares” (FERNANDES, 1976: 204). Com o fim do período imperial e a Proclamação da República emerge no cenário político um grupo de interesses até então sufocado pela elite rural: a burguesia nacional¹⁰⁴.

Na verdade, várias burguesias (ou ilhas burguesas), que se formaram em torno das plantações e das cidades, mais se justapõem do que se fundem, e o comércio vem a ser o seu ponto de encontro e a área dentro da qual definem seus interesses comuns (FERNANDES, 1976:204).

Esta classe emergente encontra-se diante de um panorama aberto pela recém-instaurada República. É bastante robusta a narrativa histórica que entende a queda do Império não como uma oposição visceral ao regime monárquico, mas pela falta de alternativas de governo que viabilizassem a manutenção dos poderes da coroa. O período da República Velha “inaugura, ainda sob a hegemonia da oligarquia, a recomposição das estruturas do poder” (FERNANDES, 1976: 203).

Na nova conformação política, “a dominação burguesa se associava aos procedimentos autocráticos, herdados do passado ou improvisados no

¹⁰⁴ A emergência da burguesia, segundo Florestan Fernandes (1976) é um processo que tem início a partir da Proclamação da Independência, quando a ruptura do pacto colonial permitiu a organização de uma classe nacional voltada tanto à acumulação de capitais como fonte de independência e poder, quanto ao espírito organizacional e inovador necessários aos grandes empreendimentos econômicos (FERNANDES, 1976, p. 20 – 21).

presente, e era quase neutra para a formação e a difusão de procedimentos democráticos alternativos” (FERNANDES, 1976: 207). Mais do que um corpo político uno, a oligarquia rural e a aristocracia burguesa assumiram o mesmo espírito¹⁰⁵. A consolidação conservadora da dominação burguesa foi favorecida por um rápido deslocamento do poder decisório da oligarquia tradicional para a aristocracia burguesa (FERNANDES, 1976: 209). Apesar de flagrante contradição entre os ideais liberais burgueses e as práticas autocráticas incorporadas da aristocracia imperial, firmou-se um acordo tácito que garantia a estabilidade perdida durante os anos entrópicos.

A Proclamação da República, e consequente abertura do jogo político, e a emergência de uma classe econômica alinhada ao paradigma do capitalismo industrial apta a participar do jogo em condição de igualdade com as forças imperiais, juntos estes fatos demarcam o traço subjetivo que reuniu as elites locais e os interesses da burguesia nacional, reservando a cada uma um espaço de ação, alinhando-as ao objetivo de manter a nova ordem constitucional, amplamente demofóbica. A comunhão de interesses entre a oligarquia rural e a burguesia incorporou os vícios da fórmula monárquico-autocrática ao invés da abertura à democracia, promessa do ideário liberal¹⁰⁶.

Os patrícios oriundos da união entre oligarquia rural e burguesia emergente, identificados com o discurso da técnica administrativa de governo, mantinham-se como mais qualificados para o exercício das funções públicas. A população (*demos*), identificada como o vulgo, não era capaz de participar sequer do processo de escolha dos representantes. De um lado, a aristocracia detentora de todas as virtudes necessárias ao bom governo, de outro, o povo desprovido de condições de participação livre no processo político. Esta era a conformação autocrática da aristocracia¹⁰⁷. Do ponto de vista democrático, a fórmula assumida

¹⁰⁵ O espírito da burguesia brasileira não se formou em contraposição à monarquia, segundo o modelo clássico da Revolução Francesa. Neste sentido, além da simpatia com o modelo republicano instituído nos EUA, havia proximidade de classes entre eles.

¹⁰⁶ Não cabe aqui analisar se a promessa de um sistema democrático aos moldes da democracia liberal-burguesa é efetivamente possível, dadas as condições político-econômicas inerentes ao capitalismo. No entanto, deve-se registrar que a democracia é marca deste ideário seja como elemento utópico, seja como mera ferramenta argumentativa, ou seja, como parte essencial à construção do sistema.

¹⁰⁷ Contrariamente ao paradigma francês, em que a burguesia emergente se uniu aos estratos mais baixos da sociedade para promover uma revolução contra a nobreza; no Brasil, a burguesia emergente se uniu à oligarquia rural ou império – detentora, muitas vezes, de títulos de nobreza – para se opor à emergência política do povo.

pelos primeiros governos republicanos não era capaz de qualquer virtude, uma vez que exigia uma limitação extrema da extensão do corpo político. Os governos investidos pela política dos governadores eram reedições dos vícios autocráticos do Império. Excluía conscientemente a enorme maioria da população da condução dos processos políticos, limitando as possibilidades de atualização da própria coisa pública.

No que se refere à redistribuição espacial e a reconfiguração das relações poder, a ampliação territorial das disputas políticas, anteriormente condensadas na coroa, foi a grande consequência da adoção do princípio federativo. No novo cenário de disposição territorial das forças políticas uma nova unidade autônoma aparece¹⁰⁸, ainda limitada e constrangida pelas disposições constitucionais. Mesmo assim, o município torna-se a base do poder político. O mecanismo de operação da política dos governadores começava com a diplomação dos candidatos eleitos conforme as atas eleitorais redigidas pelas Câmaras municipais, deslocando do plano federal para o local as disputas em torno de quais candidatos o poder constituído reconheceria como aptos a suceder aqueles no poder.

Mesmo durante o período da Regência no Império existia um movimento no sentido de descentralizar a organização político-administrativa, se este objetivo não se apresentava ainda como uma reivindicação federalista, demonstrava, desde então, a necessidade de redistribuição do poder, de modo a conceder aos interesses locais espaços de liberdade política. “O esquema visa a desmontar, pela descentralização, quase federativa, mas adversa à federação, o centralismo bragantino, ao tempo que foge da fragmentação municipal” (FAORO, 2012, p. 354).

¹⁰⁸ A Constituição de 1824 regulamentava a criação e as competências das Câmaras municipais, apesar disso, o município, enquanto unidade autônoma só aparece na República, em razão da adoção da forma federativa. Conforme o princípio unitário, a organização territorial do Império era concebida de forma indivisível, ao contrário do que ocorre com a adoção do princípio federativo, no qual as unidades autônomas (estados e municípios) se reúnem em torno da organização federal. É verdade, que o federalismo brasileiro, diferentemente no norte-americano, sua grande inspiração, não foi constituído com base na união de unidades autônomas, mas, ao contrário, formou-se da divisão de um território uno em unidades autônomas. Entretanto, deve-se reconhecer que a reivindicação por autonomia era antiga, tendo se expressado desde o Império. Mesmo com estas nuances, o fato importante que não se pode esquecer é que o município ganha o status reconhecimento constitucional, senão como ente da federação, como unidade autônoma com a Constituição de 1891.

A República Velha foi marcada no plano federal pela política dos governadores implementada no governo do Presidente Campos Sales. Esta política assegurava o mecanismo de estabilidade no plano político federal, mediante o reconhecimento de espaços de ação política autônomos a serem preenchidos uns pela presidência outros pelos governos estaduais. Contudo, não se pode ignorar o papel que as elites locais desempenharam no sentido de assegurar sua parcela na divisão do poder – tarefa que buscavam sedimentar desde o Império. Victor Nunes Leal em “Coronelismo, enxada e voto” (2012) revela a ligação existente entre a dimensão local e a estadual, a qual permitia, originalmente, a manutenção de uma relação simbiótica entre os três planos da federação: a União, representante do plano nacional; os estados, sedes das elites das antigas províncias, e; os municípios, representantes do poder local.

O município, cuja regulamentação se limitava a apenas um artigo da Constituição de 1891, o art. 68, que dispunha: “Art. 68 - Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse” (BRASIL, 2014b); tinha sua importância limitada pela própria disposição constitucional – ou ausência de disposições que garantissem juridicamente sua autonomia. A falta de autonomia financeiro-orçamentária¹⁰⁹, bem como as interferências que sofria nas questões eleitorais o subjugavam no plano político. A autonomia municipal tinha um fundamento extra-constitucional, uma vez que aquilo que não era competência dos estados ou na União era responsabilidade municipal. Sob este entendimento operava o sistema que constrangia os municípios, tornando-os dependentes das verbas e auxílios dos estados e da União.

Neste ambiente, em meio ao poder privado decadente dos coronéis e ao poder público fortalecido (LEAL, 2012, p. 231), um complexo sistema de compromissos se estabelece entre o poder local e o estadual, o qual, por sua vez, se ligava por outra rede de compromissos ao Executivo federal.

E assim nos aparece este aspecto importantíssimo do “coronelismo”, que é o sistema de reciprocidade: de um lado, os chefes municipais e os “coronéis”, que conduzem magotes de eleitores como quem toca tropa de burros, de outro lado, a situação política dominante no Estado, que dispõe do erário,

¹⁰⁹ Segundo Victor Nunes Leal (2012, p. 65): “é, pois, a fraqueza financeira dos municípios um fator que contribui, relevantemente, para manter o “coronelismo”, na sua expressão governista”.

dos empregos, dos favores e da força policial, que possui, em suma, o cofre das graças e o poder da desgraça (LEAL, 2012, p. 63).

De um lado, os chefes locais, que por meio da sua influência ou do uso da violência constrangiam os eleitores a votar conforme sua determinação¹¹⁰ garantiam votos aos candidatos estaduais e federais em troca de “carta branca” em assuntos relativos ao município. Os líderes estaduais e mesmo os federais recebiam os votos de cabresto e concediam ao(s) caudilho(s) local empenhos orçamentários e a possibilidade de nomear funcionários públicos, como forma de que lhes fosse franqueado permanecer no poder local¹¹¹.

O sistema coronelista e a política dos governadores, os quais ampararam o regime da República Velha, o mais duradouro da história republicana brasileira¹¹², era baseado na manutenção da miséria e da pobreza, as quais eram condições, no plano municipal, para que o chefe local assumisse papel de destaque na política e pudesse ao mesmo tempo em que controla a oposição, arregimentar o eleitorado para segui-lo nas eleições estaduais e federais¹¹³. No plano nacional, a política dos governadores e sua ideologia aristocratizante impõem o necessário afastamento da política democrática e, conseqüentemente, da questão social. Seja, portanto, porque a base política coronelista era fundada na miséria da população que possibilitava a troca de favores e a opressão em escala do eleitorado, seja porque a aristocracia política nacional, dependente deste sistema, orquestrou um sofisticado mecanismo demofóbico, a República Velha representa um período de transição entre o passado imperial e um futuro de perspectivas democráticas. Neste horizonte, a pulsação do poder constituinte ainda estava represada pelas estruturas político-sociais desenvolvidas exatamente para conter eventuais arroubos democráticos.

¹¹⁰ Dada a situação de dependência que a população, sobretudo a rural, mantinha com o coronel, Victor Nunes Leal (2012, p. 45) afirma que: “é, portanto, perfeitamente compreensível que o eleitor da roça obedeça á orientação de quem tudo lhe paga, e com insistência, para praticar um ato [votar] que lhe é completamente indiferente”.

¹¹¹ Conforme afirma Victor Nunes Leal (2012, p. 67): “não se batem [as correntes políticas municipais] para derrotar o governo no território do município, a fim de fortalecer a posição de um partido estadual ou nacional não governista: bate-se para disputar, entre si, o privilégio de apoiar o governo e nele se amparar”.

¹¹² A Constituição republicana de 1891 vigorou, formalmente, até 1932. Esteve em vigor, portanto, por quarenta e um (41) anos. A Constituição do Império de 1824 foi a mais duradoura da história constitucional brasileira, vigorando por sessenta e sete (67) anos.

¹¹³ Sobre a importância da política municipal na sedimentação do processo constituinte, H. Arendt (2011, p. 298) reconhece “a falha dos fundadores [norte-americanos] em incorporar o município e a assembleia municipal na Constituição”.

Os dois períodos históricos analisados têm, neste sentido, o condão de permitir uma visão sobre a conformação do passado monárquico e aristocrático do Brasil, os quais se apresentam em sentidos opostos ao presente democrático. A partir desta diferença de sentidos, expressa na concentração de poderes na coroa e na formação de uma aristocracia política, é possível traçar um paralelo entre as formas de governo e o constitucionalismo nas suas expressões autóctones. O fenômeno político-jurídico expresso na constitucionalização tem, no passado nacional, uma conformação antidemocrática, voltada, fundamentalmente, para não apenas excluir o *demos* da política, mas também manter grande parte da população do país premida pelas necessidades básicas e, portanto, ainda mais afastada dos processos de participação política.

Quer pela constrição da cidadania no seu aspecto político, quer pela exclusão social, o passado constitucional brasileiro assenta suas bases em modelos constitucionais voltados contra a democracia, contra o poder constituinte, porque voltados contra o próprio povo, visto como incapaz de agir politicamente. Os valores que Campos Sales incorpora no pacto que viabilizava a estabilidade institucional da República Velha são a expressão do desejo de limitar o avanço da democracia. A técnica administrativa, pretensamente impermeável aos de baixo, a superioridade intelectual, financeira e social da aristocracia, a dependência das camadas populares das benesses dos coronéis são todas armas à disposição daqueles que pretendem instituir uma ordem constitucional apartada do social.

Juridicamente, a divisão de poderes que concentra nas mãos do Poder Moderador ou da aristocracia¹¹⁴ a decisão sobre as questões da república instaura uma ordem constitucional moldada no sentido de limitar a liberdade dentro do sistema, constringendo-a mediante institutos extra-jurídicos e pactos políticos, aproveitando-se da conformação institucional para afastar o povo da política. A Constituição, neste cenário, deixa de ser um compromisso que expressa a luta por direito e um instrumento assegurar institucionalmente espaços abertos à liberdade

¹¹⁴ Lessa (2007, p. 3 – 4) afirma que: “depois de cerca de dois séculos de regime representativo, o tema da produção do interesse público permanece sujeito a dilemas e aporias. A forma geral da solução representativa do problema sustenta-se, como foi dito, em um princípio aristocrático. Tal princípio, por sua vez, estará presente nas atribuições e no papel efetivo assumidos pelo Poder Judiciário – e pelo sistema de justiça em geral – na configuração das sociedades contemporâneas” e prossegue: “trata-se, com efeito, de deslocamento de não pequena monta. Através de decisões legais – de interpretações da lei – e de iniciativas práticas de intervenção, magistrados e membros do Ministério Público vêm se apresentando à sociedade como um corpo, com fundamento aristocrático, no qual se inscreve a vontade geral”.

e ao engenho humano, para se tornar um instrumento de constrangimento, moldado para impedir processos de atualização das próprias estruturas políticas. Lessa (1988) afirma que a própria política Campos Sales continha as sementes do seu insucesso. Victor Nunes Leal (2012) vê no sistema coronelista um sintoma da decadência do modelo ancorado no poder local. A constrição da liberdade, entendida como prática que pode se voltar à atualização das instituições jurídicas, é a marca dos regimes imperial e da República Velha.

3

A guarda da Constituição

A lógica da tripartição de poderes consiste em mitigar e submeter a outras instancias de verificação – no caso outros poderes – as decisões sobre a república. Imaginada originalmente com o intuito de evitar a concentração de poderes no monarca – transfigurado em chefe de um dos poderes: o Executivo –, o mecanismo de guarda da constituição¹¹⁵ é empregado pelos três poderes que o exercem mediante competências como o veto, a fiscalização e, também, mediante o controle de constitucionalidade. Este último, por sua vez, é função precípua do Supremo Tribunal Federal, no entanto, não é prerrogativa exclusivamente sua¹¹⁶, mesmo porque os processos de controle concentrado de constitucionalidade carecem, para serem iniciados, de provocação de agentes com legitimidade para tanto¹¹⁷ e, no caso do controle difuso, a análise da constitucionalidade é feita incidentalmente em ações judiciais, que não são iniciadas *ex officio*. No mais, o próprio veto pode ser imposto sobre o signo do veto jurídico. Conceder a exclusividade da função de guarda a um dos poderes, inclusive ao Judiciário, notadamente, ao STF, é retomar, em última medida, o paradigma monárquico, concentrando os poderes de decisão, negando a própria separação.

Os primórdios do fenômeno da constitucionalização vivenciado nos EUA apresentam a dificuldade de conciliar um governo republicano com uma vasta extensão territorial, também por isso, H. Arendt reconhece que a

¹¹⁵ A função de guarda da constituição é, segundo Schmitt (2007, p. 60), relativa à necessidade de proteger “a lei dificilmente emendável contra alterações por uma lei ordinária”. Neste sentido, a função de guarda pode assumir dois sentidos: o primeiro relativo à ação conforme o direito, em que um sujeito de direito amparado no conjunto de prerrogativas juridicamente estabelecidas pelas normas pauta sua atuação em conformidade com o ordenamento; o segundo refere-se àquele sujeito de direito que, amparado no seu conjunto de competências, opõe medidas às ações inconstitucionais perpetradas por outros sujeitos.

¹¹⁶ O *caput* do art. 102 da Constituição de 1988 dispõe: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (BRASIL, 2014c). Nestes termos, o STF tem como principal competência a guarda da Constituição, e não há limitação quanto à guarda da Constituição por outros órgãos ou poderes.

¹¹⁷ No que se refere aos legitimados para provocar o controle abstrato de constitucionalidade, o art. 103 da Constituição de 1988 dispõe: “art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional” (BRASIL, 2014c).

incorporação dos municípios na Constituição norte-americana poderia contribuir para conceder aos cidadãos espaços de ação política direta (ARENDT, 2011, p. 297 – 298). A solução federalista sustentou, especialmente nos planos estadual e federal, o princípio da representação e, conseqüentemente, manteve a população a distancia, concentrando o poder de decisão relativo aos processos políticos mais gerais, os quais decidem importantes questões com impactos diretos sobre a vida dos cidadãos, contando com uma participação democrática mediatizada pela eleição de representantes¹¹⁸.

Montada uma estrutura institucional (republicana, federal e representativa) inspirada no ideal de constituição mista, oposta à concentração do poder e, também, à democracia, a questão da guarda da constituição, vista como elemento de ligação entre o poder político e a segurança jurídica, torna-se ponto central da discussão, uma vez que incorpora o elemento expansivo, atualizador e ao mesmo tempo estabilizador do sistema de divisão de poderes. A função de guarda da Constituição apresentava-se em Montesquieu (1996), especialmente na interpretação republicana dos “federalistas”, na própria divisão de poderes destinada a mitigar e distribuir as funções de guarda ao longo das competências dos três poderes e; no modelo de Constant (1989), na referência estabilizadora, neutra e centralizada insculpida no Poder Real ou Moderador. Nas palavras do Visconde do Uruguai (2002, p. 341):

As atribuições do poder Moderador são essenciais em qualquer organização política. Não podem deixar de existir nela, em maior ou menor grau, mais ou menos extensas ou restritas, distribuídas pelos diferentes poderes ou reunidas em um.

Nesta perspectiva, um paradoxo se estabelece: “se a fundação era o objetivo e o fim da revolução, então o espírito revolucionário não era apenas o espírito de iniciar algo novo, e sim o de começar algo permanente e sólido” (ARENDT, 2011, p. 294). Exatamente este confronto entre o desejo de iniciar algo novo e o de conservar algo instituído opôs o Presidente Jefferson e a Suprema Corte. A oposição relatada por Ackerman (2005) entre Executivo e Suprema Corte revela, preliminarmente, uma sub-atuação do Legislativo, que se

¹¹⁸ O sistema de freios e contrapesos idealizado pelos federalistas tinha claro condão antidemocrático, deixando expresso o desejo de conter o avanço das demandas populares, cujo foco original seria a Câmara dos Representantes. O embate entre a Suprema Corte e o Presidente dos EUA, conforme descrito por Ackerman (2005), é mais um exemplo de como a estrutura ambicionava represar expressões democratizantes do processo político.

encontra premido ora pelo primeiro ora pela segunda. No que se refere às constrações que uma corte suprema pode impor ao Legislativo, o controle de constitucionalidade¹¹⁹ é o seu principal instrumento. Quanto ao Executivo, sua influência sobre o Legislativo se dá a partir tanto de mecanismos simples como o veto quanto de mecanismos mais sofisticados, uma vez que dependem de pactos extralegais, que podem ir desde a distribuição de cargos públicos a apadrinhados políticos até o controle orçamentário, que gera reflexos na atuação parlamentar, e na própria organização federativa¹²⁰. Foi exatamente esta conformação que permitiu aos presidentes da República Velha, amparados pela política Campos Sales e pelo coronelismo, submeterem o Congresso. O Supremo à época era um órgão ainda em formação que, como demonstra Fábio Leite (2003), relutava em assumir uma postura mais ativa nos processos que julgava¹²¹.

Compreendendo, como hipótese, que atualmente o STF vem assumindo um papel ativo na guarda da Constituição, decidindo sobre assuntos de elevada importância política, resta entender quais os limites e os parâmetros que pautam a atuação do Supremo. Diferentemente dos demais poderes, os quais podem recorrer a mecanismos de legitimação democrática direta, o STF conta apenas com a legitimação indireta na indicação dos ministros. Resguardando-se ainda sobre o discurso técnico jurídico e, eventualmente, especializado quando em pauta questões que envolvam pareceres dados por expertos em outras áreas do conhecimento.

Sobre a autoridade da Suprema Corte, Hanna Arendt (2011, p. 258) afirma que: “na república americana a função da autoridade é jurídica consiste na interpretação”. Deste modo, fica claro o sentido que se dá à expressão

¹¹⁹ O veto executivo pode ser derrubado pelo Congresso, e as emendas constitucionais dispensam a participação executiva, de modo que, em última medida, a confrontação se dá através do controle de constitucionalidade.

¹²⁰ A crise do Legislativo pode ser vista, neste sentido, uma crise de representação cumulada com uma crise da própria federação¹²⁰. Quanto à primeira, esta escapa ao alcance propriamente jurídico, carecendo de profundas reflexões sobre os próprios limites da representação, para que se possa reformular, como parece o caso, uma nova estrutura representativa para o Estado. A segunda requer um reexame dos princípios federativos nacionais, notadamente no que se refere à divisão de competências, sobretudo, quanto às questões orçamentária e fiscal.

¹²¹ Segundo Fábio Leite (2003, p. 217): “Nesse quadro, conquanto não se possa negar que o STF, em algumas decisões, omitiu-se no exercício da guarda da Constituição, permitindo o desrespeito explícito aos ditames constitucionais, deixando a Constituição órfã de um guardião efetivo e somente na esperança de que seu conteúdo, e, portanto, seu projeto político fosse respeitado pelos agentes políticos cuja atuação deveria limitar, certo é que o STF revelou-se, em tantos outros julgados, um verdadeiro guardião da Constituição e, deste modo, um garantidor da sua efetividade, assegurando, ainda que somente no exame de casos concretos, que a realidade deveria se curvar e se adequar ao texto constitucional”.

“Assembleia Constituinte em sessão contínua” (ARENDT, 2011, p. 258), em sua dupla acepção, expressa o princípio da representação e o poder de atualização que a Suprema Corte assume através das possibilidades interpretativas que o texto da Constituição abre. Doutrinariamente a discussão sobre a guarda da constituição tem como marco fundamental a disputa travada por Hans Kelsen e Carl Schmitt. Neste sentido, importa, primeiramente, compreender como estes autores entendem as questões relativas ao guardião da constituição e, em um segundo momento, buscar na jurisprudência do próprio STF vestígios da incorporação kelseniana, basilar à concepção do Estado de Direito contemporâneo, bem como fundadora do paradigma do controle concentrado de constitucionalidade. Deve-se investigar, ainda, o que a própria Constituição de 1988 dispõe sobre a sua guarda.

3.1

Quem deve ser o guardião da Constituição?

Esta era a questão que promoveu a discussão entre dois importantes teóricos do Direito no começo do século XX. Hans Kelsen (2003) e Carl Schmitt (2007) expuseram seus argumentos e disputaram a resposta para o problema da guarda da Constituição. Mais do que uma dificuldade teórica, o reconhecimento de que algum poder ou órgão do Estado-constitucional deve ser responsável pela garantia das disposições contidas na carta que regula e conforma determinada existência da comunidade política¹²² revela uma dimensão que além do fundamento do Direito é capaz de expor seu sentido. Na distinção entre a democracia e as demais formas de governo, a questão do sentido expansivo da democracia é decisiva para a determinação da diferença entre ela, a monarquia e a aristocracia. Deste modo, o guardião da constituição democrática é a multidão¹²³; para Schmitt (2007) o guardião é o Presidente do Reich e; para Kelsen (2003) a

¹²² Em certo sentido, as constituições precedem o Estado, uma vez que este existe de uma determinada maneira, porque assim dispõe a constituição. Entretanto, historicamente, organizações políticas às quais se reconhece a condição de Estado existiam mesmo antes do reconhecimento jurídico-constitucional.

¹²³ Ainda que a Constituição possa ser resguardada através de outros meios, os quais o próprio constitucionalismo pode ajudar a compreender e aprimorar, o último bastião que mantém uma constituição é a multidão – capaz de incorporar o poder constituinte no momento da criação, é também capaz de garanti-la, alterá-la e mesmo substituí-la.

guarda da constituição é função dos órgãos de cúpula das três funções do Estado (governo, parlamento, jurisdição), de modo que tanto o Chefe de Estado, quanto a corte constitucional e, mesmo, o próprio Parlamento são guardiões das constituições, porque atuam nos limites impostos pela Carta constitucional e devem não apenas se ater a eles, como também garantir que os demais poderes ou funções mantenham-se nos limites constitucionalmente determinados.

A solução kelseniana assemelha-se à dada por Montesquieu (1996), e pelos “federalistas” na medida em que se assenta na contenção formal do sistema¹²⁴. O balanço entre as funções do Estado é mediado pelo próprio sistema constitucional de divisão de competências. Kelsen (2003) assim como Montesquieu (1996) pressupõe que o trabalho constituinte esteja “terminado” com a promulgação da Constituição¹²⁵, cabendo ao poder constituído manter-se dentro dos limites delimitados pelo texto constitucional, de modo que a tensão existente entre os poderes garantirá a estabilidade do sistema. Coloca-se em segundo plano – se não, mesmo, ignora-se – o papel atualizador¹²⁶ que o poder constituído pode assumir, reacomodando as disposições constitucionais, especialmente no que toca à função de guarda assumida pelo tribunal constitucional.

3.1.1

Schmitt: decisionismo e teologia

A oposição entre o soberano de Schmitt e o poder constituinte é reflexo da oposição entre monarquia e democracia. “Soberano é quem decide sobre o estado de exceção” (SCHMITT, 2006, p. 7), esta é a expressão do poder constituinte schmittiano, declaração de uma “inesgotável radicalidade expressiva” (NEGRI, 2002, p. 34), que plasma o sujeito constituinte e a potência em ato,

¹²⁴ Bercovici (2001, p. 228) comentando as perspectiva dos “federalistas” em relação à teoria da separação de poderes inspirada em Montesquieu (1996) afirma que: “na realidade, o essencial era, inclusive, a sua vinculação e interpenetração, realizadas de maneira que cada um dos poderes obtivesse o controle constitucional sobre os demais”.

¹²⁵ Pode-se dizer que, como Arendt (2011), para ambos o processo de fundação tem como resultado a Constituição, a qual deve ser protegida, garantido o estado de coisas por ela instalado.

¹²⁶ Neste sentido, a atualização expressa um processo de transformação interna da ordem jurídica que pode representar tanto um movimento expansivo, representativo da luta por direitos; quanto um movimento reativo, até mesmo, implosivo, na medida em que pode conduzir à concentração de poderes sobre a república.

tornando o poder constituinte sujeito em ato¹²⁷. Entretanto, diferentemente de Arendt (2011)¹²⁸, Schmitt (2006) “é enredado na sobredeterminação irracionalista da concepção de soberania – de uma concepção pura, não mais da potência, mas do poder” (NEGRI, 2002, p. 18). A discussão para Schmitt (2006, p. 8) volta-se sobre “a aplicação concreta, isto é, discute-se sobre quem decide no caso de conflito” a respeito do interesse público estatal.

A sobredeterminação consiste em centralizar todo o processo de fundação ou refundação de uma comunidade em torno de uma só pessoa, em última medida, o monarca. O processo histórico que fundamenta a adoção da perspectiva monárquica parte de uma perspectiva que reconhece as progressivas etapas do movimento do espírito europeu no sentido da neutralização e da despolitização (SCHMITT, 1992, p. 111), nas quais o paradigma teológico passa ao longo dos séculos a ser deslocado para metafísica; desta para humanismo moral e; deste, por fim, para a economia, conforme o discurso da neutralidade técnica, nas quais os conceitos essenciais da política moderna apresentam-se como tentativas de secularização dos conceitos teológicos do passado¹²⁹.

No decorrer dos últimos anos, houve inúmeros casos de aplicação da teologia política. A representação dos séculos XV ao XIX, a monarquia do século XVII pensada de forma análoga ao deus da filosofia barroca, o poder “neutro” do século XIX, “qui règne et ne gouverne pas”, até as concepções de mero estado programático e administrativo, “qui administre et ne gouverne pas”, são, da mesma forma, muitos exemplos para a fecundidade do pensamento de uma teologia política (SCHMITT, 2006, p. 3).

Para Schmitt (2006) toda política é teológica, de modo que a primeira está submetida à segunda. O recurso a uma entidade última de decisão, cujas capacidades estão acima – fora do alcance dos homens (comuns) – deixa de ser

¹²⁷ Segundo Negri (2002, p. 17): “a “decisão”, na qual Carl Schmitt vê a própria possibilidade do direito, in fieri, como divisão e confronto entre amigo e inimigo, e que ele vê percorrer, em seguida, a totalidade do ordenamento, formando-o e sobredeterminando-o, este ato de guerra representa o máximo de factualidade, plasmada como imanência absoluta do ordenamento jurídico. A imanência é tão profunda que, à primeira vista, a própria distinção entre poder constituinte e poder constituído se desfaz, e o poder constituinte apresenta-se em sua natureza de poder originário ou contrapoder, potência historicamente determinada, conjunto de necessidades, desejos e determinações singulares”.

¹²⁸ Arendt (2011, p. 264) reconhece a potência do poder constituinte: “por um momento, o momento do início, é como se o iniciador tivesse abolido a própria sequência da temporalidade, ou como se os atores fossem lançados fora da ordem temporal e da sua continuidade”. O problema que ela reconduz esta potência à engenhosa máquina constitucional desenvolvida pelos pais fundadores norte-americanos, empenhados exatamente em conter a (re)emergência do poder constituinte.

¹²⁹ Segundo Schmitt (2006, p. 35): “todos os conceitos concisos da teoria do Estado moderna são conceitos teológicos secularizados”.

problema e passa a ser parte da solução, que cristaliza no Presidente do Reich o poder de suspender a ordem jurídica, a insistência em uma instância única de decisão possibilita a condensação em um único momento do processo de aceleração do tempo. Perde-se, no entanto, a dinâmica do tempo da revolução que deixa de ser processo constituinte, e passa a ser momento, evento, episódio personificado pelo uno soberano. Segundo uma visão espinosana, toda teologia é política, o que implica em reconhecer que, na verdade, a teologia é uma das formas que a política pode assumir e, desta maneira, o recurso a um Deus transcendental é, apenas, mais um entre outros disponíveis no arsenal político¹³⁰. É a partir desta perspectiva que o soberano schmittiano decide tanto sobre a ocorrência do estado de exceção, quanto sobre o que fazer para superá-lo. Note-se que é o soberano, um sujeito identificado ou identificável, que vincula o poder supremo fático ao jurídico-constitucional.

A secularização dos conceitos teológicos relativos à Teoria do Estado fez com que o Estado liberal-burguês despontasse como herdeiro e adversário da monarquia absoluta, a qual “na luta contra interesses e colisões conflitantes, tomou a decisão e, com isso, fundou a unidade estatal” (SCHMITT, 2006, p. 45). Herdeiro, porque visa governar o Estado nacional fundado pela monarquia; adversário porque se opõe a ela acenando para a democracia¹³¹. Neste sentido, ainda a sua época – e talvez mesmo nos dias de hoje¹³² –, o Estado constitucional, obra originalmente monárquica, mantém-se umbilicalmente ligado a formas autocráticas de governo, em razão da unidade necessária à última decisão política, relativa ao momento da fundação, ou da exceção (refundação). “Debaixo do

¹³⁰ Neste sentido, Marilena Chauí (2014, p. 20) afirma que: “se para Schmitt toda política é teologia, para Espinosa, ao contrário, toda teologia é política e, portanto, podemos conceber e praticar uma política não-teológica. Ou melhor, graças à especificidade da política podemos compreender sob que condições ela pode ser sufocada pelo poder teológico-político”.

¹³¹ Neste sentido, Francisco Ayala na apresentação da edição espanhola da “Teoria da Constituição” de Schmitt (2011, p. 16) afirma: “el Estado liberal-burgués aparece en la historia asumiendo el doble papel de heredero y de adversário de la monarquia absoluta. Es adversário por cuanto que comporta, frente a ella, el principio político opuesto: la democracia (siqueira sea – admitiendo eventualmente la tesis de Schmitt – em combinaciós con los otros principios político-formales); pero es, al mismo tempo, heredero, porque se propone establecer la democracia dentro del ámbito del Estado nacional, que la monarquia absoluta había formado”.

¹³² A recuperação e atualização do conceito de “estado de exceção” contemporaneamente é objeto de estudo do italiano Giorgio Agamben (2004), que o fez, segundo uma perspectiva schmittiana, no livro “Estado de Exceção”.

Estado de Direito repousa a monarquia” (SCHMITT, 2011, p. 19 – tradução livre¹³³).

Schmitt (2006) não nega que o Estado em que vivia tenha nascido conforme a inspiração do Estado liberal-burguês, nem se afasta do paradigma decisionista¹³⁴. Neste contexto, em que não há mais monarquia ou monarca, em que o paradigma do Estado liberal se esfacela, a quem se deve recorrer para que se decida sobre o estado de exceção? Em “O conceito do político” (SCHMITT, 1992), as palavras que abrem o texto são tão ilustrativas quanto aquelas da “Teologia política” (SCHMITT, 2006): “o conceito de Estado pressupõe o conceito do político” (SCHMITT, 1992, p. 43). O Estado, e com ele a constituição¹³⁵, são também conceitos políticos¹³⁶. A função de um guardião da constituição, entendida como a competência para manter a ordem política, econômica e social instituída pela Lei Maior, cabe a instituições políticas¹³⁷ e não ao Judiciário¹³⁸. A jurisdição deve se limitar ao controle formal e, no máximo, à “subsunção correspondente ao tipo, calculável e mensurável” (SCHMITT, 2007, p. 24), segundo um princípio de legalidade estrita. Não compete aos órgãos jurisdicionais a cristalização de uma norma geral de conteúdo aberto. “Toda

¹³³ No texto original da apresentação de Ayala: “debajo del Estado de Derecho duerme, en efecto, la monarquía” (SCHMITT, 2011, P. 16).

¹³⁴ Schmitt (2007, p. 67) define o decisionismo como o processo de subsunção que cristaliza o conteúdo e uma norma. Em suas próprias palavras: “em toda decisão, mesmo na de um tribunal que decide um processo subsumindo de maneira correspondente ao tipo, reside um elemento de pura decisão que não pode ser derivado do conteúdo da norma. A isso designei “decisionismo””.

¹³⁵ Para Schmitt (2011), o conceito de constituição é polissêmico, podendo se ligar a vários significados, no entanto, aquilo que define a constituição é o fato dela nascer “mediante decisión unilateral del sujeto del poder constituyente, o mediante convención plurilateral de varios de tales sujetos” (SCHMITT, 2011, p. 87). De modo que “una constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea su fundamento de validez. Se apoya en una decisión política surgida de un ser político” (SCHMITT, 2011, p. 124), o poder constituinte.

¹³⁶ O conceito de político remete ao dualismo amigo e inimigo como expressão da subjetividade dos sujeitos políticos. “A identificação do inimigo – o que em Schmitt significa a construção tanto do próprio *eu* quanto da dimensão problemática do *outro* – é crucial para a normalização das relações sociais” (MENDES, 2012, p. 303). A tendência à neutralização do inimigo permite a Schmitt (2007) assumir um conceito de povo como homogeneidade.

¹³⁷ Segundo Schmitt (2006, p. 36); “quem se esforça em investigar a literatura jurídico-estatal da jurisprudência positiva nos seus últimos conceitos e argumentos vê que o Estado interfere em todos os âmbitos, às vezes, com um deus *ex machina* a caminho da legislação positiva, decidindo uma controvérsia que não poderia levar o ato livre de conhecimento jurídico a uma solução que geralmente é óbvia”. Não é uma força puramente jurídica que fundamenta e guarda da constituição, mas sim, um poder teológico secularizado.

¹³⁸ Segundo Schmitt (2007, p. 19): “os tribunais com jurisdição civil, penal ou administrativa não são, em um sentido precioso, guardiões da Constituição”, exceto naquela parte que “diz respeito a sua própria base e posição, das determinações sobre a independência da justiça” (SCHMITT, 2007, p. 26). Nesta última acepção, representam uma força de tensão no sentido da preservação do balanço interno de forças no sistema da separação de poderes; é expressão do *conatus* que se volta a perseverar na própria existência, através do resguardo de suas próprias competências.

justiça está vinculada a normas e cessa quando as próprias normas tornam-se em seu conteúdo duvidosas e discutíveis” (SCHMITT, 2007, p. 28).

Para Schmitt (2007) também não é o caso de criar um tribunal constitucional, como a Suprema Corte dos EUA¹³⁹, uma vez que:

Tal tribunal seria uma instância política junto ao parlamento, ao presidente e ao governo do Reich, e não alcançaria nada além do que, sob os fundamentos da decisão, a publicação ou a proibição dos atos de governo sob a aparência da estrutura judiciária (SCHMITT, 2007, p. 46).

De modo que, a jurisdição e a política devem, segundo ele, ocupar e preservar campos de atuação distintos. A atividade de fixar um conteúdo normativo duvidoso é atividade política relativa ao legislador, em se tratando de norma constitucional de conteúdo duvidoso, trata-se de legislador constitucional (SCHMITT, 2007, p. 67). Permitir que um tribunal seja guardião da Constituição “significa, na realidade, nada mais do que entregar ao próprio tribunal a decisão sobre sua competência” (SCHMITT, 2007, p. 73) – eis o que o STF deseja fazer – e “faz parte dos fenômenos típicos da vida constitucional que um órgão que se torna consciente da sua influência política amplie cada vez mais o âmbito de seus poderes” (SCHMITT, 2007, p. 72).

A ideia de democracia no Reich é sustentada por uma concepção de povo como unidade homogênea e indivisível (SCHMITT, 2007, p. 90). Neste sentido, democracia é homogeneidade¹⁴⁰ e não pluralidade, esta é característica do sistema parlamentarista – herança do Estado liberal-burguês, como instância representativa dos interesses da política local e estadual. Exatamente essa pluralidade, que tem seu *locus* no Parlamento, impede que este seja guardião da Constituição. Se a democracia é expressão de uma homogeneidade, o sistema parlamentar do Reich, que comporta uma pluralidade de visões relativas às diversas influências regionais, não é capaz de guardar a ordem constitucional democrática¹⁴¹, uma vez que “ele é incapaz de tomar, por si, a decisão política e

¹³⁹ Para Schmitt (2007, p. 22), esta corte se volta para a defesa “da ordem social e econômica como a ordem superior e a verdadeira Constituição”.

¹⁴⁰ “Caso se perseverar no fato de que a Constituição de Weimar signifique uma decisão política do povo alemão em sua homogeneidade como detentor do poder legislativo constitucional e, em virtude dessa decisão, o Reich alemão seja democracia constitucional, a pergunta pelo guardião da Constituição pode ser, então, respondida de forma diferente do que por meio de estruturas judiciais fictícias” (SCHMITT, 2007, p. 101 – 102).

¹⁴¹ A ideia de um parlamento guardião da Constituição se funda em uma contraposição entre Estado e sociedade. Conforme uma visão liberal clássica, em que ao Estado monárquico se opõem

determinar, sob as normas e critérios da sua tecnicidade, as diretrizes da política”. (SCHMITT, 2007, p. 149)¹⁴².

A alternativa de Schmitt (2007) à impossibilidade de identificar a função de guarda seja com os tribunais, seja com o Parlamento, reconduziu a discussão ao art. 48 da Constituição de Weimar¹⁴³, em vigor na Alemanha àquele tempo. Segundo a interpretação schmittiana deste dispositivo¹⁴⁴, “no centro da parte constitucional plebiscitária está o *presidente do Reich*” (SCHMITT, 2007, p. 168). O embate democrático se desencadeia entre o Parlamento e o Presidente¹⁴⁵, ambos representantes do povo. O primeiro representante da ordem burguesa decadente em razão da superação do dualismo Estado/sociedade; o segundo garantidor do esforço em atualizar a ordem constitucional.

Recuperando a teoria do Poder Moderador de B. Constant (1989) e fazendo, inclusive, referência à Constituição do Império do Brasil, Schmitt (2007,

os direitos civis e políticos da burguesia, pressupõe-se o parlamento como instância representativa da sociedade e, portanto, desse complexo de direitos, desfaz-se a estrutura monárquico-medieval, colocando-se a forma republicana e burguesa. Em uma sociedade democrática, o dualismo Estado/sociedade se desfaz, uma vez que se trata de uma “auto-organização da sociedade” (SCHMITT, 2007, p. 115) sobre a forma estatal. Sucumbem, ainda, “todas as confrontações até então comuns e situadas sobre o pressuposto do Estado neutro” (SCHMITT, 2007, p. 115), “não existe mais nenhuma esfera, perante a qual o Estado pudesse guardar uma neutralidade incondicional no sentido da não-intervenção” (SCHMITT, 2007, p. 116).

¹⁴² O fenômeno descrito por Schmitt (2007) é relativo à formação de maiorias no Parlamento. Evento que depende da formação de uma coalisão de partidos, unidos por interesses particulares. Exatamente essa pluralidade de partidos, ideologias, práticas e aspirações que conformam o Estado de coalisão partidária impede a formação de uma vontade política representativa da homogeneidade democrática. “O instável Estado de coalisão partidário leva a um governo incapaz de governar, a um não-governo, e dessa falta de decisão, dos esforços por um governo real e autêntica decisão política, surgem variadas migrações da substância política” (SCHMITT, 2007, 158).

¹⁴³ O referido dispositivo determina: “Article 48: [§1°] If a state does not fulfill the obligations laid upon it by the Reich constitution or the Reich laws, the Reich President may use armed force to cause it to oblige.

[§2°] In case public safety is seriously threatened or disturbed, the Reich President may take the measures necessary to reestablish law and order, if necessary using armed force. In the pursuit of this aim he may suspend the civil rights described in articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 and 154, partially or entirely.

[§3°] The Reich President has to inform Reichstag immediately about all measures undertaken which are based on paragraphs 1 and 2 of this article. The measures have to be suspended immediately if Reichstag demands so.

[§4°] If danger is imminent, the state government may, for their specific territory, implement steps as described in paragraph 2. These steps have to be suspended if so demanded by the Reich President or the Reichstag. Further details are provided by Reich law” (ALEMANHA, 2014).

¹⁴⁴ Schmitt (2007, p. 168) parte “do princípio de que um governo apoiado em camadas populares e que encontra a anuência e a aclamação do povo é mais forte e mais intenso do que os demais tipos de governo”.

¹⁴⁵ “O presidente do Reich encontra-se no centro de todo o sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma base plebiscitária” (SCHMITT, 2007, p. 232).

p. 200) defende que o Presidente do Reich¹⁴⁶, conforme as disposições constitucionais vigentes¹⁴⁷, teria incorporado o poder neutro:

Porque a função peculiar do terceiro neutro não consiste em atividade contínua de comando e regulamentar, mas, principalmente, apenas intermediária, defensora e reguladora, e só é ativa em caso de emergência e, ademais, porque ela não deve concorrer com os outros poderes no sentido de uma expansão do próprio poder e também não tem que normalmente estar, em seu exercício, de acordo com a natureza do assunto, discreta e morosa.

É intermediário em relação à pluralidade do parlamentarismo, que torna o Primeiro Ministro o representante de uma coalisão, incapaz de se tornar ponto de convergência da homogeneidade popular; regulador, porque mantém assegurado o funcionamento constitucional dos demais poderes e; defensor, porque salvaguarda a própria Constituição (SCHMITT, 2007, p. 193). Deve, ainda, ser independente¹⁴⁸ como representante da totalidade do povo alemão, nos termos do art. 41 da Constituição de Weimar¹⁴⁹. “A referência à totalidade da unidade política sempre contém uma oposição aos agrupamentos pluralistas da vida social e econômica e deve provocar uma superioridade sobre semelhantes agrupamentos” (SCHMITT, 2007, p. 232).

Importa notar que, apesar de reconhecer a potência expansiva do poder constituinte, Schmitt (2007) aprisiona-o em uma dupla mistificação. Primeiramente, o sujeito democrático é o povo homogêneo e indivisível. Na verdade, o sujeito do poder constituinte, a multidão, é um conceito que comporta a diversidade, a multiplicidade e tem, como salienta Rancière (1996), no

¹⁴⁶ Construção semelhante foi idealizada por Francisco Campos acerca da Constituição de 1937, “conferindo o poder supremo ao Presidente da República, colocando-o em contato direto com o povo, não sendo possível ao Presidente descarregar sobre outros órgãos do poder as graves responsabilidades que a Constituição lhe dá, em consequência dos poderes e prerrogativas que lhe são atribuídos” (CAMPOS, 2002, p. 92).

¹⁴⁷ Segundo Schmitt (2007, p. 233): “consoante a Constituição de Weimar, já existe um guardião da Constituição, a saber, o Presidente do Reich. Tanto o elemento relativamente estático e permanente (eleição por 7 anos, difícil revogabilidade, independência de maiorias parlamentares alternantes), quanto o tipo de seus poderes (as competências segundo os artigos 45 e 46 da Constituição, dissolução do parlamento do Reich segundo o artigo 25 e a instituição do plebiscito segundo o artigo 73 da Constituição, assinatura e promulgação de leis segundo o artigo 70, execução pelo Reich e proteção da constituição segundo o artigo 48) têm o objetivo de criar um órgão político-partidariamente neutro devido a sua relação direta com a totalidade estatal”.

¹⁴⁸ Diferentemente de outras formas de independência, como a dos magistrados, cujas garantias e prerrogativas concedem-lhes uma independência “apolítica” (SCHMITT, 2007, p. 231), voltada a preservação da própria função jurisdicional.

¹⁴⁹ O referido dispositivo afirma: “Article 41: [§1º] The Reich President is elected by the entire German nation” (ALEMANHA, 2014). No mesmo sentido, dispõe a primeira parte do parágrafo primeiro do art. 45: “Article 45: [§1º] When it comes to international law, the Reich is represented by the Reich President” (ALEMANHA, 2014).

desentendimento uma característica essencial. Porque o sujeito constituinte schmittiano é homogêneo, ele pode ser representado, em última medida por uma só pessoa, o Presidente do Reich – recuperando o passado monárquico, substrato do Estado liberal-burguês do qual emergiu. Essa coincidência entre povo e presidente é o aprisionamento do poder constituinte na sua forma mais cerrada, uma vez que indica apenas um para representar potencialmente todos os interesses. O delírio schmittiano sobredetermina o Presidente do Reich à própria ordem constitucional, que ele pretensamente deve defender, sob o argumento de que ele não teria condições de impor autocraticamente sua própria vontade¹⁵⁰. Rompe com a tradição da constituição mista, mas para recuperar o preceito centralizador da monarquia, segundo argumentos muito parecidos aos de Constant (1989). Esta retomada traz à tona o problema de deslocar a guarda da Constituição de uma instância potencialmente autônoma para outra: quem guarda a Constituição do seu próprio guardião?

3.1.2

Kelsen: normativismo e liberalismo

Para Kelsen (1998) a compreensão da teoria do Direito deve ser puramente jurídica¹⁵¹, de modo que o sistema de imputações reconduza norma a norma, até a disposição última, a norma fundamental, que é pressuposto lógico-transcendental do sistema. Ao remover todas as influências externas ao universo jurídico-teórico Kelsen (1998) deliberadamente excluiu da sua análise,

¹⁵⁰ Essa presunção foi desmascarada pelo tempo, conforme narra Agamben (2004, p. 29): “sabe-se que os últimos anos da República de Weimar transcorreram inteiramente em regime de estado de exceção (...). Em julho de 1930, o governo de Brüning foi posto em minoria. Ao invés de apresentar seu pedido de demissão, Brüning obteve do presidente Hindenburg o recurso ao art. 48 e a dissolução do *Reichstag*. A partir deste momento a Alemanha deixou de ser de fato uma república parlamentar”. A insistência de Schmitt (2007) em considerar o chefe de Estado instância neutra apta a guardar a Constituição é, posteriormente, desmascarada por Kelsen (2003), que a identifica como uma proposta de cunho ideológico, fundada sobre uma homogeneidade que a própria eleição presidencial por maioria não permite comprovar. Dada a impossibilidade de comprovar que o Presidente do Reich é instância neutra e independente, Schmitt (2007) afirma que os magistrados e os funcionários públicos ficariam sobrecarregados com as decisões políticas, o que comprometeria sua neutralidade. Porque sobrecarregados não necessariamente incapazes, o que desloca a questão qualitativa para o plano quantitativo.

¹⁵¹ Segundo Kelsen (1998, p. 1): “quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto”.

pretensamente objetiva, elementos sociológicos, psicológicos e antropológicos, por exemplo. No entanto, ao afastá-los, retirou também – e conscientemente – o elemento humano¹⁵². Seu sofisticado sistema se baseia na distinção metafísica entre ser e dever-ser¹⁵³, segundo a qual o mundo jurídico está localizado no universo deontológico, no dever-ser. Nesta perspectiva, as normas jurídicas são determinadas segundo um critério de fonte, não de mérito¹⁵⁴ (GARDNER, 2001, p. 2), que afasta a ordem jurídica de personificações. Deste modo, uma norma jurídica retira sua validade apenas de outra norma.

Recuperando a distinção entre normas autônomas, as quais contam com a participação dos destinatários no momento da sua feitura, e normas heterônomas, que não contam com a participação deles, Kelsen (1988, p. 309) rememora a separação entre república e monarquia, no mesmo sentido de Montesquieu (1996). Crítico de teoria da separação de poderes tanto na sua formulação original, quanto na conformação dada pelos “federalistas”¹⁵⁵, Kelsen (2000) busca formular um conceito de democracia¹⁵⁶. O que propõe é, no entanto, uma definição formal do conceito, que equipara a democracia a mais uma, entre outras, formas de produção de normas jurídicas¹⁵⁷.

Não é tão característico da democracia que a vontade dominante seja a vontade do povo, mas que um amplo estrado de submetidos à ordem social,

¹⁵² Esta consideração fica clara na análise do capítulo 8 da “Teoria pura do Direito” (KELSEN, 1998), que introduz a discussão sobre a interpretação jurídica. Nesta parte do texto, Kelsen (1998) reconhece que a fixação de um dos sentidos possíveis aos enunciados normativos emitidos pelo legislador, os quais compõe a moldura que limita a atividade interpretativa voltada à aplicação da norma jurídica, é um livre, de criação jurídica. Neste sentido, a interpretação levada a cabo por órgãos jurisdicionais do Estado não é propriamente atividade da ciência jurídica.

¹⁵³ Para Kelsen (1998, p. 6) a distinção entre ser e dever ser é dada de imediato na consciência humana, de modo que: “a norma é um dever ser e o ato de vontade que ela constitui o sentido é um ser”.

¹⁵⁴ A proposição do positivismo legal, segundo Gardner (2001, p. 2), a qual diferencia o positivismo das demais teorias do direito, postula que: “(LP*) In any legal system, whether a given norm is legally valid, and hence whether it forms part of the law of that system, depends on its sources, not its merits (where its merits, in the relevant sense, include the merits of its sources)”.

¹⁵⁵ Kelsen (2000) defende a fórmula parlamentarista como a mais adequada ao desenvolvimento da democracia, como fórmula de proteção da liberdade individual.

¹⁵⁶ Reconhece, no entanto, que: “a separação de poderes talvez aja em sentido democrático: em primeiro lugar, na medida em que significa uma divisão do poder, cuja concentração, favorável à expansão do exercício arbitrário, ela impede; em segundo lugar, na medida em que tende a subtrair o importante estágio da formação da vontade geral do Estado à influência direta do governo, permitindo que os súditos a influenciem diretamente e reduzindo a função do governo à ratificação legislativa das leis”. (KELSEN, 2000, p. 91).

¹⁵⁷ Na “Teoria Pura do Direito”, Kelsen (1998, p. 310) afirma que o próprio Estado é uma das formas do Direito, é “método de criação jurídica no escalão mais elevado da ordem jurídica, ou seja, no domínio da Constituição”. Em “A democracia”, afirma que: “a democracia é apenas uma formar, apenas um método de criação da ordem social” (KELSEN, 2000, p. 103).

o maior número possível dos membros da coletividade, participe do processo de formação da vontade (KELSEN, 2000, p. 88).

A questão se volta, nestes termos, ao valor da democracia, relativo ao “conteúdo da ordem estatal” (KELSEN, 2000, p. 103). Sendo inacessível a verdade absoluta ao humano, deve-se considerar não somente a própria opinião, mas também a opinião alheia. A democracia é a forma de governo capaz de julgar e considerar igualmente a opinião de cada um. Trata-se, portanto, de uma conceituação formal de democracia, ancorada no princípio da legalidade.

Se, assim, ficar reconhecido que, mesmo levando à restrição da democracia, a ideia de legalidade deve ser mantida para garantir a realização da própria democracia, deverão ser exigidas para a democracia todas as instituições de controle que garantem a legalidade (KELSEN, 2000, p. 83).

Desde modo, fica claro que a inclinação é pelo controle da democracia pela própria democracia, que põe a seu serviço a burocracia estatal ligada ao princípio da legalidade¹⁵⁸. Não há, neste horizonte, preocupação com a potência expansiva da democracia. Kelsen (2000, p. 104) afirma que sustentar que o povo, e apenas ele, tem a posse da verdade e do sentido do bem, é fundamentar-se a partir de hipóteses metafísicas, de uma relação direta com o Absoluto, com o Divino. Não se trata, no entanto, da busca pela verdade. Procura-se, com Negri (2002), apenas uma forma de governar a coisa pública – pretensamente, busca-se a melhor decisão sobre as questões que envolvem a república, o que depende, com efeito, da disposição dos envolvidos no próprio processo. Não é, ainda, exatamente o povo, o sujeito democrático, especialmente quando este é identificado através da técnica da maioria, mas o é, sim, a multidão, a qual não apela ao sobrenatural para fundamentar suas decisões, apenas as impõe, como expressão da própria potência.

Opondo-se às considerações de Schmitt (2007) em “O guardião da Constituição”, Kelsen (2003, p. 240) considera que “a função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder” e, em se tratando de limites jurídicos, caberia a um corte constitucional, como tribunal independente, a função de guardião. Juridicamente, não há contradição entre o

¹⁵⁸ Segundo Kelsen (2003, p. 239): “a busca político-jurídica por garantias da Constituição, ou seja, por instituições através das quais seja controlada a constitucionalidade de comportamento de certos órgãos de Estado que lhe são diretamente subordinados, como o parlamento e o governo, corresponde ao princípio, específico do Estado de direito, isto é, ao princípio da máxima legalidade da função estatal”.

exercício da função jurisdicional e a instituição de um tribunal constitucional, uma vez que o exercício da jurisdição incorpora normalmente aspectos de decisão política¹⁵⁹. O ponto está em compreender os limites da decisão sobre o litígio, que não pode ser eliminado *a priori*, sob pena de se eliminar a própria possibilidade de jurisdição. Sendo esta a característica essencial das cortes em geral, garantida pelo próprio processo judicial, pode-se concedê-la a um tribunal constitucional.

A sobredeterminação schmittiana reside no fato de que o conceito de Estado total envolve a sociedade no Estado, portanto, o Estado é a estrutura absoluta – não a sociedade. Como Kelsen (2003) considera que a pluralidade é característica da sociedade, não pode conceber um Estado total homogêneo.

A razão mais profunda da contradição está em que Schmitt, com os termos “pluralismo” e “Estado total”, une dois pares de opostos que não tem nada em comum – a oposição entre Estado e sociedade e a oposição entre uma volição autocrático-centralista e outra democrático-descentralista (KELSEN, 2003, p. 269).

A pluralidade característica do social não pode ser incorporada pelo Estado, especialmente porque este não é total, no sentido de Schmitt (2007). Resta ao menos uma parte do mundo social que está protegida do Estado, qual seja: o mundo econômico. Em “um Estado cuja ordem jurídica garante a propriedade privada dos meios de produção mantém fundamentalmente a produção econômica e a distribuição de produtos como função não-estatal” (KELSEN, 2003, p. 270). Do mesmo modo que o Parlamento é instância representativa da pluralidade, um tribunal constitucional também pode sê-lo¹⁶⁰. “Não se pode, no entanto, desacreditar uma instituição partindo-se de um objetivo que lhe é completamente estranho, e afirmando depois que ela não está em condições de alcançá-lo” (KELSEN, 2003, p. 275).

A questão para Kelsen (2003, p. 250) não é se um tribunal pode ou não tomar decisões políticas¹⁶¹, na verdade, “o que importa é determinar a

¹⁵⁹ Para Kelsen (2003) a distinção entre jurisdição e administração, funções tradicionalmente ligadas ao Judiciário e ao Executivo, respectivamente, é nebulosa.

¹⁶⁰ Segundo Kelsen (2003, p. 264): “o processo dialético do Parlamento moderno é, fundamentalmente, algo muito parecido à “fórmula judiciária” do processo diante de um tribunal”.

¹⁶¹ “A maioria das decisões em processos são decisões de dúvidas e diferenças de opinião sobre o conteúdo de uma disposição legal” (KELSEN, 2003, p. 254). Neste sentido, a atividade interpretativa desenvolvida pelo magistrado – ou por um colegiado de juizes – desenvolve-se de forma a fixar um conteúdo às normas. A atividade jurisdicional comporta, em sua essência, um âmbito de liberdade interpretativa concedida ao juiz para que ele fixe o conteúdo das normas jurídicas.

conveniência de se confiar dessa maneira aos tribunais a função de garantia da Constituição, e, em caso negativo, se é necessário retirar-lhes o direito de controle [de constitucionalidade]”. A vantagem da instituição de um tribunal constitucional consiste, para Kelsen (2003), no fato de que este, como instância capaz de intermediar disputas e conflitos que envolvam a Constituição, “não participa do exercício do poder” (KELSEN, 2003, p. 276)¹⁶², podendo, inclusive, ter sua formação dada de forma mais democrática, via eleição (direita ou indireta) dos seus ministros¹⁶³. Exatamente o caráter passivo da jurisdição constitucional permitiria a ela manter a estabilidade na tensão entre governo e parlamento.

Kelsen (2003) ancora seu raciocínio em duas premissas, uma voltada para a análise da realidade constitucional e social, outra relativa ao método. Quanto a sua compreensão da realidade, já mediada pela separação entre ser e dever-ser, esta enfrenta os problemas do ideário liberal que a permeia, notadamente o que se refere ao distanciamento da questão social. “Se nem todos os homens são livres, pelo menos o seu maior número o é, o que vale dizer que há necessidade de uma ordem social que contrarie o menor número deles” (KELSEN, 2000, p. 32). Ao considerar, conforme o ideário liberal, que os homens são, por natureza, diferentes, assume que em virtude dessa diferença possam ser mais ou menos livres, pressupõe que a liberdade é característica (passiva) humana, e não um processo em constante construção, e apesar de reconhecer que nem todos os homens são livres, assume que a maioria o é. A partir dessa presunção constrói um conceito de democracia que alcança, pelo menos, essa maioria de homens livres. No entanto, se assumisse, liminarmente, que poucos homens são efetivamente livres, especialmente porque constrangidos por limitações econômicas severas ainda precisam se preocupar com a superação das suas necessidades básicas, o que lhes limita no exercício da liberdade, dificilmente reconheceria um conceito de democracia em que somente os poucos economicamente livres detêm, realmente, os direitos de participação política¹⁶⁴.

¹⁶² Este é, inclusive, o mesmo argumento dos federalistas norte-americanos para defender a instituição e a atuação de uma corte constitucional.

¹⁶³ Esta não é propriamente uma sugestão de Kelsen (2003), mas uma hipótese que ele levanta para sustentar que não há diferença substancial no que toca às possibilidades de representatividade democrática da corte constitucional em relação ao Presidente do Reich.

¹⁶⁴ Não é impossível construir um conceito de democracia em que os direitos políticos sejam fortemente limitados, uma vez que o que diferencia a democracia da aristocracia, por exemplo, é que a condição de cidadão é estabelecida, na primeira, conforme a lei, na segunda, pelo próprio corpo de patrícios. Desta forma, é possível, legalmente, estabelecer um critério restritivo para a

No que toca ao seu método de análise, importa notar que o reconhecimento de uma ordem no estado de coisas que permita identificar qualidade e quantidades é, ainda assim, pressupor algum elemento centralizador – se não Deus ou qualquer outra entidade transcendental, o elemento subjetivo, talvez mesmo, o homem econômico liberal-burguês. Quando Kelsen (2003) acusa Schmitt (2007) de metamorfosear o seu argumento transformando oposições quantitativas em diferenças qualitativas, ele só pode fazê-lo se admitir, *a priori*, um ponto ou uma zona em que uma determinada alteração da quantidade importe em alteração na qualidade. Pressupõe um centro, um “0” (zero) cartesiano, que lhe permite analiticamente identificar quantidades e qualidades. Contrariamente, exatamente por não se pretender pressupor liminarmente um ponto central para a análise, propõe-se encorajar as diferenças entre a democracia e as demais formas de governo através da identificação de alterações de sentido.

Enquanto para Schmitt (2007) a guarda da Constituição incorpora um aspecto ativo, no sentido de preservar as relações constitucionalmente instauradas, para Kelsen (2003) a função de guarda se resume ao controle de constitucionalidade, ou seja, limita-se a resguardar a força normativa da própria constituição¹⁶⁵. “As garantias da Constituição não passam, pois, de meios contra as leis inconstitucionais” (KELSEN, 2003, p. 132). Não se estendem sobre a determinação de conteúdos constitucionais em relação a eles mesmos, ou melhor, uns contra os outros. “Garantias da Constituição significam portanto garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição” (KELSEN, 2003, p. 126). Se, no entanto, a corte constitucional pode atuar como instância de mediação entre Presidente, ministros e Parlamento, quando o conflito se instaura, por exemplo, entre Presidente e corte¹⁶⁶, quem deve ser o árbitro desta disputa? Não deveria ser a própria corte, sob pena de violar o pressuposto de que um juiz

identificação da cidadania democrática, no entanto, deve-se notar que, em se tratando, sobretudo, de uma alteração de sentido, rumo à constrição do corpo político, esta democracia “restrita” aproxima-se da aristocracia, diminuindo sua própria potência.

¹⁶⁵ Para Kelsen (2003, p. 290), “guardar o “guardião” seria o primeiro passo para um absurdo *regressus ad infinitum* de política do direito”. Pode fazê-lo porque pressupõe um substrato comum sobre o qual não é possível transigir: o ideário liberal-burguês.

¹⁶⁶ Mesmo esta questão parece forçar a perspectiva kelseniana ancorada em uma corte constitucional com competências de “legislador negativo”, uma vez que dada sua passividade, não tenderia a entrar em confronto com qualquer dos demais poderes. Kelsen (2003, p. 161) afirma que o controle de constitucionalidade não se aplica aos atos dos tribunais, baseando-se “no simples fato de um ato jurídico ser produzido por um tribunal, vê-se uma garantia suficiente da sua regularidade”.

não deve julgar a própria causa, o qual o próprio Kelsen (2003, p. 240) afirma ser elementar ao Estado de Direito. Poderia ser o Parlamento, terceiro mais distante em relação à disputa¹⁶⁷.

Contudo, as formalidades constitucionais não são suficientes, caso entendidas como limites objetivos à ação dos sujeitos de direitos, para impedir que determinado órgão ou pessoa abuse da sua condição jurídica¹⁶⁸. Em uma situação hipotética em que um alto órgão de poder da República insista em praticar medidas contrárias à ordem jurídica¹⁶⁹, pode ser necessário que medidas ativas sejam tomadas no sentido de manter o direito constitucionalmente válido em vigor, inclusive como medida relativa ao *conatus* da própria ordem jurídica. Nestes casos, é possível observar que a guarda da Constituição pode assumir um aspecto ativo, uma vez que os controles meramente formais podem não ser suficientes para assegurar a aplicação do direito válido ou a ineficácia do direito inválido. Assumir que cortes constitucionais atuem apenas no plano da validade¹⁷⁰, não admitindo que a Constituição seja mais do que uma norma superior na pirâmide normativa; que deve ser entendida, sobretudo, como uma prática social é negar a própria possibilidade de guarda da Constituição, a qual fica sujeita ao desejo dos destinatários dos comandos normativos em cumpri-los

¹⁶⁷ Assumir esta hipótese como válida importa reconhecer que cabe ao Parlamento, provavelmente através do processo legislativo, explicitar o conteúdo das normas jurídicas objeto da disputa entre administração e jurisdição. Em última medida, os órgãos representativos da cúpula dos três poderes seriam guardiões da Constituição, fixando conteúdos e resolvendo disputas em relação aos demais. Esta posição não parece ser contrária àquela defendida por Kelsen (2003). No entanto, é preciso ter em mente que o rito do processo legislativo pode travancar o próprio processo decisório. Esta é uma oposição que Schmitt (2007) apresenta ao parlamento que guarda alguma relação de pertinência com a realidade. A morosidade do Legislativo pode comprometer a própria função legislativa e, também, as demais funções, quando este passa a ser árbitro das disputas de competências alheias. Tudo comprometido pela morosidade, o próprio Estado (Democrático de Direito) está comprometido dada sua imobilidade, refletida na incapacidade de promover a atualização necessária ao próprio *conatus*.

¹⁶⁸ Pode-se assumir que esta situação seria equivalente ao abuso de direito, no entanto, a própria expressão “abuso de direito” parece uma contradição em termos, porquanto se é abuso, não pode ser uma situação juridicamente válida. É, neste sentido, que se pretende que a condição jurídica indique uma situação em que amparada por um conjunto de prerrogativas jurídicas um sujeito determinado faça uso delas para ultrapassar os limites regulares do exercício dos seus direitos.

¹⁶⁹ Para Kelsen (1998) tal situação foge da regularidade em que se assenta o pressuposto de validade de um sistema jurídico, porque destrói a pretensão de eficácia global da ordem jurídica.

¹⁷⁰ Quando Kelsen (2003) faz essa afirmativa é necessário ter em mente que é elemento essencial à validade da ordem jurídica a eficácia global do ordenamento. Ao lado da norma fundamental existe também reconhecida como pressuposto de validade de um sistema normativo a eficácia global. Neste sentido, talvez mesmo Kelsen (2003) assumiria que possa ser necessário a adoção de medidas ativas no sentido de manter a ordem jurídica vigente. Apesar de não o fazer explicitamente no texto, parece possível inferir tal conclusão do seu raciocínio, no entanto, deve-se reconhecer que para ele tal medida não diz respeito ao Direito, mas à política do direito.

ou não. Esta dimensão positiva no significado da função de guarda não pode ser menosprezada.

Imaginada uma situação limite em que a decisão sobre o conteúdo da Constituição envolva concomitantemente as três funções: o governo, o parlamento e a jurisdição; incorporadas, respectivamente, pelo Presidente, pelo Parlamento e pela corte constitucional, quem deve ser o árbitro desta contenta? A quem cabe a função de, em última medida, dar a última decisão sobre o conteúdo da Constituição e o sentido da República? Esta questão Schmitt (2007) responde retomando o pressuposto monárquico e Kelsen (2003) não responde¹⁷¹, porque não assume, como Espinosa (2009b), que democracia é uma forma de governo totalmente absoluta¹⁷², expressão do poder constituinte (NEGRI, 2002).

3.2

A guarda e o Supremo

Se, por um lado, é verdade que tanto Schmitt (2007) quanto Kelsen (2003) desenvolvem suas teorias com os olhos voltados para o sistema parlamentarista, em que a divisão tripartite de poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) classicamente inspirada em Montesquieu (1996) foi recondicionada dando lugar a um sistema de conjugação de poder (LEAL, 1955); por outro, o problema da guarda da Constituição mantém-se, independentemente, da forma de organização da estrutura político-administrativa montada. A questão da guarda é relativa à necessidade de respeito ao paradigma constitucional, que, no caso

¹⁷¹ Pelo menos não em termos teórico-jurídico. Apesar de defensor da democracia, o relativismo das posições intelectuais de Kelsen não permite afirmar quais medidas podem ser sustentadas para assegurar a manutenção da democracia em casos limites. Reconhece, é verdade, que a democracia pode se atualizar mais rapidamente do que a autocracia, “principalmente na sua organização real de monarquia burocrática” (KELSEN, 2000, p. 96), no entanto, não assume explicitamente que caiba a algum órgão da República ou a quem quer que seja a função de guardar a ordem normativa sobrepondo-se aos demais.

¹⁷² Segundo Espinosa (2009b, p. 89 – 90): “o rei, portanto, precisa absolutamente de conselheiros, mas um conselho deste tipo [um conselho de patrícios], de modo algum. (...) o estado que é transferido para um conselho suficientemente grande é absoluto, ou aproxima maximamente do estado absoluto. Com efeito, a dar-se um estado absoluto, este é realmente o que é detido por toda a multidão”.

brasileiro, impôs¹⁷³ a democracia como forma de governo. O *caput* do art. 102 da Constituição brasileira de 1988 garante literalmente ao Supremo uma competência de guarda da Constituição. Romper esse limite linguístico que o próprio texto constitucional estabelece não é a proposta deste trabalho. Trabalha-se com a concepção que reconhece, diferentemente do que concebia Schmitt (2007), que o STF é órgão jurisdicional e corte constitucional¹⁷⁴ com competências de guardião da Constituição. Tem, portanto, função política ativa na delimitação do conteúdo das normas jurídicas, não reconhecendo, liminarmente, restrições a exemplo do controle meramente formal de constitucionalidade, ou, mesmo, do controle via legalidade estrita. A suprema corte brasileira tem competências, constitucionalmente asseguradas, para intervir mediante provocação e através da interpretação do texto constitucional no próprio processo de promulgação de normas jurídicas válidas¹⁷⁵.

¹⁷³ Impor assume, aqui, um sentido imperativo, que não está ligado, necessariamente, ao uso da violência. A Constituição de 1988 é uma construção que contou, apesar de diversas constrições, com a participação, o apoio e a chancela da população.

¹⁷⁴ “O Supremo não parece se comportar como uma única corte, com dois grandes grupos de processos, mas sim como três cortes distintas, com três *personas* fundidas em apenas uma instituição” (FALCÃO *et al.* 2011, p. 16). De modo que, as três funções exercidas pelo Supremo são:

1. Relativas a processos constitucionais: “Dizem respeito, sobretudo, ao controle concentrado em abstrato de constitucionalidade. Foram aqui incluídos os processos pertencentes às classes: Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), Mandado de Injunção (MI) e Proposta de Súmula Vinculante (PSV)” (FALCÃO *et al.* 2011, p. 19).
2. Relativas aos processos recursais: “Dizem respeito, sobretudo, ao controle de constitucionalidade a partir de casos individuais, concretos, em sede de recurso, ou seja, cuja constitucionalidade já foi julgada anteriormente por um juiz ou tribunal inferior. Foram aqui incluídos os processos recursais mais representativos, quais sejam, os recursais de massa: os Agravos de Instrumento (AI) e os Recursos Extraordinários (RE) (FALCÃO *et al.* 2011, p. 19).
3. Relativas aos processos originários: “Todos os demais casos que não se enquadram na classificação acima, ou seja, não são recursais de massa ou não são constitucionais de controle concentrado, foram classificados como ordinários. Eles incluem, por exemplo, os processos de competência originária — aqueles nos quais o Supremo atua como tribunal de instância única no caso individual, como em processos movidos contra membros do Congresso” (FALCÃO *et al.* 2011, p. 20).

¹⁷⁵ A própria corte não reconhece que tenha competências para intervir no processo legislativo, a não ser para garantir a legalidade do procedimento de elaboração legislativa. Neste sentido, é ilustrativo o julgamento do MS 32.033/ DF, cujo acórdão foi lavrado pelo Ministro Teori Zavascki:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE.

1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de

Não obstante, a disputa travada há mais de oitenta (80) anos, por Schmitt (2007) e Kelsen (2007) ainda reverbera e reflete na pauta discussão sobre o papel Supremo Tribunal Federal. Interessante, agora, buscar compreender como o próprio Supremo internalizou esta discussão, especialmente no que se refere a sua função de guardião da Constituição. Aparentemente pareceria possível afirmar que a visão kelseniana prevaleceu, uma vez que o papel de guardião da Constituição das cortes constitucionais foi reconhecido. O ministro do STF, Gilmar Mendes, no prefácio da edição brasileira do texto de Schmitt (2007) recorda que, apesar da visão schmittiana ter vencido o embate intelectual à época, a história acabaria consagrando o papel das cortes constitucionais, especialmente, na segunda metade do século passado, após a Segunda Guerra Mundial. “A história parecia dar alguma razão a Kelsen!” (SCHMITT, 2007, p. xiii)¹⁷⁶. No entanto, este reconhecimento da prerrogativa ao Supremo, derivado do próprio texto constitucional, é expressão da força normativa da Constituição. Importa, para compreender como – e mesmo se – a discussão foi assimilada, buscar na jurisprudência da corte argumentos em um sentido ou em outro.

coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não.

2. Sendo inadmissível o controle preventivo de constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança.
3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico.
4. Mandado de segurança indeferido” (BRASIL, 2013b, p. 1 – 2).

¹⁷⁶ O ministro ao fazer esta afirmação modula a incorporação da teoria kelseniana, uma vez que assevera que a história parecia dar alguma razão, e não toda razão, ao mestre austríaco.

Dois aspectos interessantes apontam no sentido contrário à incorporação da tese kelseniana. O primeiro referente à superação da concepção de “legislador negativo”, fórmula pela qual Kelsen (2003) definia a função de guarda exercida através do controle de constitucionalidade. O segundo relativo a uma premissa de Kelsen (2003): a prerrogativa que o Supremo tem – ou se autoconcede – de interpretar as próprias competências. Em ambos os casos não se trata de buscar uma conclusão sobre o fato de o STF ter ou não as competências de “legislador positivo” e/ou intérprete das próprias competências, mas sim de procurar demonstrar como essas prerrogativas, ancoradas na própria jurisprudência da corte, especialmente na sua conformação mais recente, não coadunam com a ideia de que a perspectiva kelseniana foi aquela assumida pelo Supremo, como desenvolvimento histórico da questão relativa à guarda da Constituição. Mais coerente parece a hipótese de que a tese kelseniana foi acolhida em relação ao reconhecimento do papel do Supremo como guardião, ou seja, apenas quanto ao seu resultado¹⁷⁷. A sua compreensão da função de guarda e dos limites relativos ao seu exercício não parecem ter sido incorporados pelo Supremo na forma original idealizada por Kelsen (2003).

Dois são os planos de ação que, constitucionalmente, podem ser delimitados, até mesmo para a atuação das cortes. O primeiro relaciona-se com o conjunto de direitos e garantias fundamentais¹⁷⁸, os quais, segundo Heller (1968, p. 303), “são as únicas normas que conhece a imensa maioria dos membros da comunidade jurídica e as únicas realmente vivas no seu espírito”¹⁷⁹; o segundo

¹⁷⁷ Neste sentido, deve-se, primeiramente, fazer a ressalva de que outros aspectos da teoria kelseniana no que toca ao controle de constitucionalidade são levados em consideração pelo Supremo, a exemplo na noção da possibilidade de modulação dos efeitos da decisão. No entanto, a incorporação do resultado da ideia de Kelsen (2003) parece mais próxima da prática da corte, que não reconhece os limites que o próprio mestre austriaco impunha ao controle de constitucionalidade.

¹⁷⁸ A atuação do STF no que toca à guarda dos direitos e garantias fundamentais não é objeto deste trabalho, especialmente, porque se se compreende que a carta de direitos da Constituição de 1988 não é apenas um obstáculo oponível a quem deseja desrespeitar as conquistas históricas que ela representa, perde-se de vista a concepção da luta por direitos. Mais do que barreiras, os direitos e garantias fundamentais são instrumentos de resistência e luta por mais direitos, são o motor que atualiza a ordem jurídica naquilo que mais afeta o cotidiano dos cidadãos.

¹⁷⁹ Heller (1968, P. 295) defende a íntima relação entre ambos, conteúdo e estrutura, reconhecendo que “toda organização humana perdura enquanto constantemente renasce”. No entanto, sua perspectiva, crítica tanto dos pontos de vista de Schmitt (2007) quanto dos de Kelsen (2003), é atravessada por uma mecânica que, apesar de reconhecer o papel fundamental da luta por direitos, sobredetermina as funções institucionais ao poder constituinte, uma vez que a estrutura estatal opera como veículo tanto da mudança quanto da estabilização. Por esta perspectiva, o poder constituinte, apesar de encontrar na institucionalidade um meio pelo qual emerge é, também,

volta-se sobre a estrutura do próprio Estado, responsável por implementar e por reconstruir a dinâmica jurídico-constitucional¹⁸⁰. Quanto a este último plano, a busca volta-se sobre a atuação do STF junto à própria estrutura do Estado, seja no aspecto institucional, seja no aspecto subjetivo. O primeiro ligado às normas de operação e funcionamento dos poderes da República; o segundo relacionado aos processos de identificação e formação dos atores políticos.

Quanto à função de “legislador negativo”, reiterados são os pronunciamentos da corte no sentido de afirmar que as suas competências, como guardião da Constituição, são limitadas ao controle de constitucionalidade como expressão de um poder de “legislador negativo”¹⁸¹. No entanto, parece possível

capturado por ela. Os direitos e garantias fundamentais são, simultaneamente, instrumentos de luta da multidão e escudos do poder constituído.

¹⁸⁰ Reconstrução tradicionalmente levada a cabo através das propostas de emenda à Constituição, nos termos no art. 60 da Constituição de 1988, que dispõe: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa” (BRASIL, 2014c).

¹⁸¹ Neste sentido, ilustrativo é ilustrativo o julgado do RE nº 196.590-8/AL, relatado pelo Ministro Moreira Alves, que dispõe: “EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. DECRETO-LEI 2.225/85.

1 Falta de prequestionamento da questão relativa ao artigo 37, caput, da Carta Magna;

2 No tocante à alegada violação ao artigo 5º, caput, da Carta Magna, o que pretendem os recorrentes é que, com base no princípio constitucional da igualdade, lhes seja estendida a transferência determinada pelo Decreto-Lei 2.225/85. Ora, se esse Decreto fosse inconstitucional nessa parte por violação do princípio da igualdade, sua declaração de inconstitucionalidade teria o efeito de tê-lo como nulo, não podendo, portanto, ser aplicado às categorias por ele beneficiadas, e não o de estender a transferência por ele concedida a outra categoria que ele não alcança. Em se tratando de inconstitucionalidade de ato normativo, o Poder Judiciário atua como legislador negativo, jamais como legislador positivo. Portanto, a acolhida da pretensão dos ora recorrentes é juridicamente impossível por parte do Poder Judiciário. Recurso extraordinário não conhecido” (BRASIL, 1996).

Entretanto, quando atua como órgão julgador de outras ações, a exemplo de ações penais de indivíduos com foro por prerrogativa de função, o STF assumiu, a partir da Ação Penal 470, em que julgou o esquema conhecido como “mensalão”, uma postura de enfrentamento com o Congresso Nacional no que toca à cassação do mandato de parlamentar condenado em ação penal transitada em julgado. À época, o Supremo firmou entendimento que o trânsito em julgado da condenação importava em perda automática de mandato. No entanto, no julgamento da Ação Penal 565 (BRASIL, 2013a), julgada depois da primeira, o STF reconheceu que compete ao Congresso Nacional decidir sobre a perda do mandato de parlamentar condenado.

Outro exemplo de conflito eminente entre o STF e, agora, a Presidência da República ocorreu quando do julgamento do processo de extradição de Cesare Battisti – Ext 1.085 – (BRASIL

afirmar que a corte tem assumido uma postura mais ativa, inclinando-se pela possibilidade de promulgar normas de caráter geral e abstrato. Esta observação está ancorada tanto nas competências constitucionalmente asseguradas ao Supremo, especialmente, aquelas incorporadas a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, notadamente: o advento da possibilidade de emitir súmulas vinculantes, nos termos do art. 103-A¹⁸², e; a concessão de efeito *erga omnes* às decisões tomadas pela corte em sede de controle concentrado, nos termos do § 2º do art. 102¹⁸³; quanto no avanço da jurisprudência no que se refere às questões eleitorais. O primeiro ponto pode, novamente, ser reconduzido às próprias disposições constitucionais, como expressão da força normativa da Constituição¹⁸⁴. Entretanto, o segundo, ligado à identificação e à formação dos atores políticos, pode ser visto como uma atuação “positiva”¹⁸⁵ do STF.

2011). Neste julgamento, apesar do reconhecimento, por maioria apertada (5x4), de que competia ao Presidente da República o juízo discricionário de conceder ou não a extradição requerida pelo governo italiano, a corrente vencida, capitaneada pelo Min. Gilmar Mendes, afirmava estar o Presidente adstrito ao juízo emitido pelo Supremo, inclusive no mérito, em razão da vinculação a tratado internacional firmado entre os dois países em matéria de extradição. Neste sentido, compreendendo que a alteração do entendimento no que toca à cassação de mandato parlamentar foi possível dada a uma mudança na composição da corte, o mesmo poderia ocorrer em relação ao exemplo da extradição, transformando um conflito eminente em uma disputa instalada por espaços de atuação. Ambos refletem, ao menos, uma disposição pela interferência do Supremo Tribunal no funcionamento dos demais poderes da República.

¹⁸² O referido artigo dispõe: “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso” (BRASIL, 2014c).

¹⁸³ O referido artigo dispõe: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (BRASIL, 2014c).

¹⁸⁴ Especificamente quanto às decisões referentes a direitos e garantias fundamentais pode-se dizer que o Supremo age conforme a sua função de guardião da Constituição, uma vez que tem o dever de assegurar a efetividade dos dispositivos constitucionais.

¹⁸⁵ Nesta acepção, “positivo” contrapõe-se à noção de legislador negativo.

O Ministro Gilmar Mendes, questionando a atuação meramente negativa da corte, na ADI nº 4.430, que julgava a divisão proporcional do tempo de rádio e televisão para propaganda político partidária, afirma:

Vejam, por exemplo, que, em relação à omissão inconstitucional, até bem pouco tempo, nós não admitimos sequer a ADI, ou ação direta por omissão, quando tivesse por objeto uma omissão parcial, porque dizíamos que a declaração de inconstitucionalidade vai levar a uma situação de maior gravame; por exemplo, eu vou eliminar a tal ADI contra a Lei do salário mínimo, e dizia-se: eu tenho um quadro mais gravoso. Hoje nós já temos alternativas em termos de técnica de decisão, e temos admitido, não só no âmbito da jurisdição da omissão, mas em outros campos, a possibilidade dessas sentenças de caráter aditivo (BRASIL, 2012, 87 – 88).

E prossegue:

De modo que nós estamos num terreno de ideias movediças, ou ideias viajantes, como Vossa Excelência certamente poderia dizer, e me parece que, hoje, diante da possibilidade e até da fungibilidade que ocorre, por exemplo, entre ação direta por omissão e ação direta de inconstitucionalidade, a mim me parece que, a despeito da belíssima fundamentação desse voto do Ministro Moreira Alves e, agora, encampado pela Ministra Cármen, nós atravessamos o Rubicão, que, realmente, já estamos a produzir decisões de caráter criativo (BRASIL, 2012, p. 88)¹⁸⁶.

Desta forma, é possível afirmar que a corte vem, conscientemente, revendo sua atuação como “legislador negativo”, inclusive quando julga ações de controle de constitucionalidade. O STF passa a reconhecer que, ainda que eventualmente, pode agir positivamente editando normas jurídicas gerais e abstratas. Não assume, portanto, os limites da concepção kelseniana relativa ao controle de constitucionalidade, reconhecendo que tem um papel ativo inclusive no que se refere à formação normativa¹⁸⁷. No caso específico, a atuação reconhecidamente “positiva” da corte tem reflexos sobre o processo de indicação e formação dos atores políticos, uma vez que reformula o entendimento sobre a

¹⁸⁶ Complementando o posicionamento do Min. Gilmar Mendes, o qual transigia com a clássica compreensão do “legislador negativo” kelseniano, a Min. Cármen Lúcia afirma: “aliás, por isso fiz referência ao que o Ministro Relator, de maneira muito serena e tranquila, baseado exatamente nessas mudanças da jurisprudência do Supremo Tribunal, firmou e que a própria expressão “legislador negativo ou positivo” é alguma coisa que tende a se superar em muito pouco tempo, até pelas decisões que nós tomamos, em que pese ainda estarmos num momento em que há que se ver, com muito cuidado, aquilo que é não um legislador positivo, mas uma substituição do legislador” (BRASIL, 2012, p. 89).

¹⁸⁷ Neste sentido: “é quase impossível que a técnica de decisão não envolva uma eventual prestação normativa por parte do legislador em casos determinados, ou que, eventualmente, as Cortes não adotem decisões de caráter normativo ou de caráter positivo” (BRASIL, 2012, 172).

divisão do tempo concedido às agremiações político-partidárias no sistema de comunicação de massa.

No mesmo sentido, Bastos (2010), analisando alguns casos de interferência do STF no processo político, demonstra que: no que se refere à ADI nº 271-6¹⁸⁸, se o Supremo exerce uma importante função de guarda da Constituição e, nesta esteira, de guardião da democracia, sua atuação no sentido de negar o reconhecimento da legitimidade dos trabalhadores, representados por centrais sindicais, as quais, mais do que um ofício, representam o próprio proletariado, inova na interpretação constitucional ao dar interpretação restritiva ao rol de legitimados nos termos do art. 103 da Constituição Federal¹⁸⁹; quanto à verticalização das coligações partidárias no plano federal e estadual, novamente, o Supremo ao não examinar o mérito do pedido de declaração de inconstitucionalidade de resolução emitida pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) – visto como “um prolongamento do STF, o braço eleitoral da corte suprema e por ela conduzida” (BASTOS, 2010, p. 191) – compactuou com atualização promovida por via judicial no que se refere à legislação eleitoral e; quanto ao julgamento sobre fidelidade partidária, mais uma vez, a atuação do Supremo importou em ativa reconstrução do paradigma jurídico instalado, afirmando que pertence ao partido – não ao parlamentar, ou mesmo à coligação – o mandato eletivo conquistado nas urnas, culminando com resolução do TSE que não apenas disciplina a troca de legendas, mas que determina “que os movimentos de troca de partido dos parlamentares eleitos pelo povo devem ser previamente autorizados pela justiça” (GUIMARAENS, 2007, p. 5).

Nos casos paradigmáticos analisados por Bastos (2010) o movimento do Supremo Tribunal Federal assume um caráter “positivo” desmentindo eventual entendimento no sentido da inclinação da corte pela resposta de Kelsen (2003) sobre quem deve ser o guardião da Constituição. O simples fato de o Supremo abandonar, ainda que episodicamente, o caráter negativo supera a visão kelseniana, abrindo margem, inclusive, para perturbar a própria divisão de poderes, porque ultrapassa o coeficiente de tensão que mantém balanceado o sistema de freios e contrapesos. Os dois últimos julgados, sobre a verticalização

¹⁸⁸ Neste julgamento foi negada às centrais sindicais, especificamente à Central Única dos Trabalhadores (CUT), a legitimidade ativa para propor ação direta de inconstitucionalidade.

¹⁸⁹ Bastos (2010) afirma ainda que a interpretação dada pela corte é contrária a potência democrática, porque limitadora do movimento expansivo da própria contagem do corpo político.

das coligações e sobre a fidelidade partidária, assim como a ADI nº 4.430 acima mencionada, expõe a atuação da corte no sentido de moldar o processo eleitoral¹⁹⁰. Há um segundo ponto a ser analisado, este também emblemático da não-identidade entre a compreensão da corte e a visão do mestre austríaco: o fato do STF se arvorar da possibilidade de interpretar e decidir sobre as próprias competências. Uma vez que o Supremo pode interpretar suas próprias competências de modo a dar a elas a feição que lhe parece a constitucionalmente assegurada, atua, em linha de princípio, como juiz de causa própria, porque julga, embora incidentalmente, o próprio âmbito de atuação, a própria esfera de poder e, portanto, a extensão das suas prerrogativas. Atua de modo a interferir na conformação institucional.

São exemplos dessa postura assumida pela suprema corte brasileira: a limitação no rol de legitimados para propor ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, como demonstrado por Bastos (2010) e; ainda, a interpretação dada pela corte ao art. 97 da Constituição Federal¹⁹¹. No que se refere à primeira:

A criatividade jurisprudencial da corte suprema, no entanto, tratou de operar reformas no texto constitucional, ao largo do processo formal ali previsto. Passou, neste desiderato, a conferir tratamento desigual aos diversos legitimados do art. 103, CF, dividindo-os em legitimados universais e especiais. Por esta interpretação restritiva, apenas aqueles primeiros poderiam requerer a declaração de inconstitucionalidade de norma que veiculasse qualquer tipo de conteúdo. Os legitimados especiais, por sua vez, poderiam arguir a inconstitucionalidade apenas das leis cujo conteúdo se referisse aos fins institucionais que o Supremo entendesse afeto aos interesses que correspondessem à sua atividade funcional imediata (BASTOS, 2010, p. 182).

Desta maneira, o Supremo interpretando dispositivo constitucional relativo àqueles legitimados para provocá-lo a exercer o controle de constitucionalidade restringiu as possibilidades de alguns desses legitimados

¹⁹⁰ Existem mais ações julgadas ou em processo de julgamento no Supremo Tribunal Federal que envolvem o movimento de reforma política posta em marcha pela via judicial. Trata-se, por exemplo da ADI nº 4.650, que versa sobre o financiamento de campanhas eleitorais. Neste processo, cuja maioria dos ministros já encaminhou voto no sentido de proibir o financiamento privado de campanhas, o Supremo deve, igualmente, assumir postura ativa, interferindo nos processos de formação e identificação de atores políticos pela via eleitoral.

¹⁹¹ Este artigo dispõe: “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público” (BRASIL, 2014c).

quanto à necessidade de comprovação de pertinência temática¹⁹². “A decisão do Supremo fecha os caminhos abertos pela Constituição para que um sujeito não-identitário conduza litígios políticos” (BASTOS, 2010, p. 181). A corte atua como juiz das próprias competências à medida que interpreta restritivamente o rol de legitimados para acioná-la. Considerando que a legitimidade ativa é condição da ação, ao restringi-la a corte decide sobre preliminar que interfere na própria jurisdição.

Quanto à interpretação da suprema corte brasileira sobre a cláusula de reserva de plenário (cláusula de *full bench*), inscrita no art. 97 da Constituição Federal de 1988, importa notar, primeiramente, que o próprio Supremo para garantir a eficácia deste dispositivo promulgou em 2008 a súmula vinculante nº 10¹⁹³ (BRASIL, 2008b). Entretanto, aproximadamente dois (2) anos depois, a Min. Ellen Gracie relatou acórdão no qual afirmou:

Não há falar, também, em violação do art. 97 da Constituição Federal pelo acórdão ora embargado, uma vez que o Supremo Tribunal Federal exerce por excelência o controle de constitucionalidade, ainda que de maneira difusa quando da apreciação do recurso extraordinário. Ademais, por expressa determinação regimental, as turmas integrantes do STF detêm competência para julgamento do recurso extraordinário, via apropriada à discussão da violação constitucional (BRASIL, 2010c, p. 4)¹⁹⁴.

¹⁹² A limitação no que se refere às confederações sindicais desenha-se no sentido de: “se trabalhador se resume àquele que ocupa uma função, se o *ter parcela* do trabalhador é estritamente definido pela remuneração de seu trabalho, sua legitimidade política restringe-se a apontar inconstitucionalidade apenas das normas que tratam exclusivamente sobre sua categorial profissional” (BASTOS, 2010, p. 181).

¹⁹³ Esta súmula dispõe: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte” (BRASIL, 2008b).

¹⁹⁴ O inteiro teor do acórdão deste julgamento dispõe: “EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. LEI COMPLEMENTAR 56/87. LISTA DE SERVIÇOS ANEXA. CARÁTER TAXATIVO. SERVIÇOS EXECUTADOS POR INSTITUIÇÕES AUTORIZADAS A FUNCIONAR PELO BANCO CENTRAL. EXCLUSÃO. HIPÓTESE DE NÃO-INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SUPRIMENTO DE OMISSÃO. INEXISTÊNCIA DE EFEITO MODIFICATIVO. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PARA IMPUGNAÇÃO. NÃO-VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ENCAMINHAMENTO AO PLENÁRIO. COMPETÊNCIA DA TURMA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE POR ÓRGÃO FRACIONÁRIO DO STF. VIOLAÇÃO À RESERVA DE PLENÁRIO. AUSÊNCIA.

1. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que a lista de serviços anexa à Lei Complementar 56/87 é taxativa, consolidando sua jurisprudência no sentido de excluir da tributação do ISS determinados serviços praticados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central, não se tratando, no caso, de isenção heterônoma do tributo municipal.

Desta forma, a corte reconheceu que, dada sua função de guardião, pode reescrever o texto constitucional, inserindo na ordem jurídica competência que lhe fora negada, ao menos aparentemente, pela própria Constituição. À parte o fato de a interpretação dada ao dispositivo expandir a jurisdição da corte para além do que aponta o limite constitucional, resta claro que o Supremo é juiz das próprias competências¹⁹⁵, o que vai de encontro a uma premissa de Kelsen (2003), tornando inviável a aproximação da ação da suprema corte brasileira com a doutrina do mestre austríaco. A delimitação da jurisdição é a delimitação da extensão do poder concedido ao STF, tanto no sentido de quem tem acesso a mais alta corte quanto no que se refere à forma pela qual a corte decide matéria constitucional¹⁹⁶.

Como defensor da pluralidade, Kelsen (2000), assentado sobre suas premissas liberais¹⁹⁷, não via possibilidade de reconduzir o valor da democracia, o seu conteúdo a sua forma¹⁹⁸. Exatamente porque tal ligação “só poderia estar fundada na hipótese religioso-metafísica” (KELSEN, 2000, p. 103). Novamente, faz-se necessário recuperar os postulados espinosanos, nos quais se Deus está presente, não é o Deus metafísico, mas a natureza, afastando-se, assim, a premissa da recuperação teológica, a qual é, inclusive, alvo de Espinosa no “Tratado teológico-político” (2008). A proposta espinosana consiste, justamente, em

-
2. Não há falar em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez inexistente o caráter infringente de anterior acórdão embargado, mas, apenas, o aspecto supletivo processualmente previsto.
 3. O encaminhamento de recurso extraordinário ao Plenário do STF é procedimento que depende da apreciação, pela Turma, da existência das hipóteses regimentais previstas e não, simplesmente, de requerimento da parte.
 4. O STF exerce, por excelência, o controle difuso de constitucionalidade quando do julgamento do recurso extraordinário, tendo os seus colegiados fracionários competência regimental para fazê-lo sem ofensa ao art. 97 da Constituição Federal.
 5. Embargos de declaração rejeitados” (BRASIL, 2010).

¹⁹⁵ Note-se que neste caso específico, o Supremo agiu diferentemente de outros juízos quando reconhecem a sua competência ou incompetência, uma vez que não julgou o incidente com base em critérios de delimitação de competência, recorreu, outrossim, à própria Constituição para afastar a incidência de cláusula que, ao menos liminarmente, impedia suas turmas de julgar incidentes de inconstitucionalidade.

¹⁹⁶ A partir da interpretação do art. 97 dada pelo Supremo é possível que, em sede de controle incidental, uma norma seja declarada inconstitucional pela maioria simples dos ministros em uma das turmas da corte, ou seja, por três (3) ministros.

¹⁹⁷ Identificadas e rechaçadas pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁹⁸ Neste sentido: “nem mesmo os democratas radicais poderão afirmar que com a questão da forma do governo também será resolvida a do conteúdo político, ou seja, do justo e melhor conteúdo da ordem do Estado” (KELSEN, 2000, p. 102).

construir uma ontologia do positivo, capaz de reunir na imanência aquilo que para Kelsen (2000) é irreconciliável, o ser e o dever-ser, o ato e a potência de agir.

A potência afirma um grau de intensidade, que se exprime, sempre e necessariamente, em ato. Não se trata de um mero potencial a se realizar em maior ou menor grau, segundo as circunstâncias. A potência não carrega qualquer conotação idealizada. Potência é o que se exerce, a intensidade expressa por uma singularidade na existência. Todas as coisas possuem um grau específico e singular de potência, razão pela qual participam da atividade imanente e produtiva da substância absolutamente infinita. Cada potência singular exprime, de um certo modo, a potência absoluta da substância. Não subsiste qualquer separação entre aquilo que deve ser (o potencial) e aquilo que é (o ato de efetuação do potencial). A plenitude e a atualidade de cada grau de intensidade que se afirma no real confirmam um plano de imanência absoluta, no qual é impossível afastar o que é do que deve ser. Ontologia e deontologia, causa e premissa, efeito e consequência, o extenso e o ideativo caminham lado a lado (GUIMARAENS, 2006, p. 15).

A relação da substância infinita com o mundo dos modos finitos se dá por uma participação recíproca em que o finito é parte do infinito, não existe a partir dele, mas nele, porque o atravessa. Essa recondução dos modos finitos do pensamento à substância permite indicar um regime de causalidade eficiente entre o que é e o que deve-ser. Esta reunião do ontológico e do deontológico na causalidade ataca o pressuposto lógico-transcendental do sistema kelseniano, a sua norma fundamental. “O direito em Kelsen permanece assentado em deveres lógico-transcendentais” (GUIMARAENS, 2008, p. 353), assim como o fizera a tradição jusnaturalista à qual se opõe.

Para Kelsen (2003) a estabilidade institucional deriva da força normativa da constituição, a qual deve ser resguardada em relação à regularidade da normativa infraconstitucional. Recupera-se, portanto, a dimensão do constitucionalismo criticada por Negri (2002), o aprisionamento do poder constituinte pelo poder constituído, intérprete autêntico¹⁹⁹ da Constituição. Desconsidera-se, portanto, a dimensão ativa da função de guarda, voltada para promover a efetividade dos direitos e garantias fundamentais. Nega-se, também, a necessidade de um controle externo em relação às próprias competências de guarda dispersas ao longo do texto constitucional²⁰⁰, o que se considera um

¹⁹⁹ A interpretação autêntica, levada a cabo pelos órgãos estatais (Kelsen, 1998), apresenta-se, assim, se não como única relevante, ao menos como a decisiva, a mais importante no processo de aplicação do direito.

²⁰⁰ Há, ainda, mais um argumento que ajuda a compreender o afastamento da postura kelseniana, qual seja: a persistência do modelo difuso de controle de constitucionalidade, de inspiração norte-

regresso ao infinito da política do direito (KELSEN, 2003, p. 290)²⁰¹. O sistema formal montado mantém – talvez porque tributário de tradição antidemocrática – uma visão demofóbica:

Ao lado dessa significação geral comum a todas as Constituições, a jurisdição constitucional também adquire uma importância especial, que varia de acordo com os traços característicos da Constituição considerada. Essa importância é de primeira ordem para a República democrática, com relação à qual as instituições de controle são condição da existência. Contra os diversos ataques, em parte justificados, atualmente dirigidos contra ela, essa forma de Estado não pode se defender melhor do que organizando todas as garantias possíveis de regularidade das funções estatais. Quanto mais elas de democratizam, mais o controle deve ser reforçado (KELSEN, 2003, p. 181).

Como já afirmado anteriormente, a democracia não carece de controles, o que é necessário à democracia para que ela continue a se expandir, dando vazão aos impulsos do *conatus*, são condições de existência. Especialmente aquelas que mantenham próximas a política e a questão social, isto é, que não pressuponham, por exemplo, o ideário liberal-burguês como paradigma, seja na sua vertente monárquica inspirada em Constant (1989) e em Schmitt (2007), seja na vertente demofóbica kelseniana, cujos controles formais recuperam o sistema de *checks and balances* montados pelos “federalistas” e por Montesquieu (1996). O próprio Kelsen (2003) reconhece que as funções de guarda da Constituição podem estar dispersas entre os poderes da República²⁰², questão que merece

americana, mais antigo, conforme a tradição constitucional brasileira, do que o próprio modelo concentrado. Kelsen (2003) é crítico do modelo de controle difuso e, ainda que se possa dizer ou apenas vislumbrar uma crescente preponderância do controle abstrato, não se pode afastar a persistência do modelo de inspiração norte-americana.

²⁰¹ Não se trata, contrariamente ao que preceituava Kelsen (2003), propriamente de um regresso ao infinito, uma vez que a função de guarda exercida através do controle de constitucionalidade incorpora aspecto político que não está, necessariamente adstrito à política do direito, mas à política mesma, como forma de organização da vida em sociedade. Não está, portanto, limitada a juízos de constitucionalidade, incluindo juízos de valor emitidos a partir do texto constitucional, como se expressassem autenticamente o que a Constituição determina. Ignora-se o fato de que a Constituição não é uma obra perfeita e acabada no momento de sua promulgação, assumindo que os processos de atualização do texto constitucional realizados, sobretudo, por uma corte suprema representam a visão de mundo dos ministros, o que jamais representará a visão de uma sociedade multitudinária como a contemporânea, a qual se propõe democrática.

²⁰² Sobre as funções de guarda dispersas na Constituição de Weimar (ALEMANHA, 2014), Kelsen afirma que: “quando na Constituição de Weimar se prevê, ao lado de outras garantias, o presidente do Reich como garante da Constituição, manifesta-se a verdade elementar de que essa garantia só pode representar uma parte das instituições de proteção da Constituição e que seria uma sumária superficialidade esquecer, em função do presidente do Reich atuando como garante da Constituição, os estreitíssimos limites desse tipo de garantia e as muitas outras espécies e métodos de garantia constitucional!” (KELSEN, 2003, p. 287 – 288).

atenção, especialmente quando se tem em mente a dimensão meta-institucional que a teoria do poder constituinte (NEGRI, 2002) incorpora.

3.3

O compartilhamento da guarda

Se os órgãos representativos da institucionalidade podem ser guardiões, porque a própria democracia não pode, também, sê-lo? Se o poder constituinte concede às instituições estatais a função de guardar suas disposições, porque não pode preservar uma dimensão de democracia direta que exerça a função de guardião da Constituição? O próprio poder constituinte, por sua vez, não pode se confundir com a função de guarda, uma vez que enquanto pulsa não reconhece, *a priori*, limites ao seu poder, de modo que não guarda a ordem constitucional, porque não está adstrito a ela; é ele que a instaura. Apresenta-se, sobretudo, como força capaz de instituir uma ordem jurídica, expandir os limites do direito para além do acúmulo ontológico já identificado em um texto constitucional. Contudo, não há óbice abstrato para que a função de guarda, ao menos uma parte dela, notadamente aquela que se refere à mediação de conflitos institucionais, seja exercida através do sufrágio universal, ou de outras formas de participação direta. Não se trata, portanto, de reconhecer, segundo uma visão que considera a importância dos controles formais, o guardião da Constituição, mas sim os guardiões, os quais têm suas competências de guarda insculpidas no próprio texto constitucional. Sobre a relação da concentração do poder de decisão em uma só instância, Hardt e Negri (2012, p. 412) afirmam que:

Deve ficar claro, no entanto, que este princípio do pensamento político segundo o qual só o uno pode governar solapa e nega o conceito de democracia. Neste sentido, a democracia, assim como a aristocracia é apenas uma fachada, pois na realidade o poder é monárquico.

A inspiração democrática da Constituição Federal de 1988 reconhece textualmente que além do Supremo, conforme preceitua o seu art. 102, também, a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios são responsáveis pela guarda

da Constituição²⁰³. Deste modo, compreendendo que Legislativo, Executivo e Judiciário são poderes da União²⁰⁴, o que se aplica por simetria, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios²⁰⁵, não só o Supremo Tribunal Federal é guardião da Constituição, também o são o presidente, os governadores e os prefeitos, bem como o Senado, as câmaras federal, estaduais e municipais, e mesmo os tribunais, os juízes, o ministério público, dentre outros. A própria organização federal assume importante papel na guarda da Constituição, uma vez que dispersa o poder sobre a República ao longo do território, mobilizando forças contra a concentração do poder político, assegurando a possibilidade de uma forma de governo não-monárquica. O federalismo assume, nesta perspectiva, um duplo papel: é uma forma de organização da coisa pública que permite a dispersão do poder político, mantendo, ainda assim, vínculos de coordenação e; é instrumento de garantia de uma forma de governo se não democrática, ao menos contrária à monarquia.

Para além da exegese constitucional, considerando que a ordem jurídico-política instalada a partir de 1988 comporta além das entidades estatais outras ligadas à sociedade civil, que também cumprem importante papel na efetivação das disposições constitucionais, há, ainda, organizações que atuam na defesa da Constituição e, até mesmo, interferem nas dinâmicas institucionais, a exemplo da mídia, das organizações de classe e de organizações não-governamentais (ONGs)²⁰⁶. Existem, portanto, diversos poderes, órgãos, entidades e mesmo pessoas²⁰⁷ que desempenham funções de guarda. Mesmo dentro do Poder Judiciário, assumindo que a guarda da Constituição tem no controle de constitucionalidade um importante instrumento a sua disposição, deve-se

²⁰³ Neste sentido, o art. 23 da Constituição de 1988 dispõe: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público” (BRASIL, 2014c). Interessante notar, que a base de dados “O Supremo e a Constituição”, disponível para consulta no sítio do STF na internet (www.stf.jus.br), não apresentava, até a data da última consulta em dezembro de 2014, nenhum julgado relativo a este dispositivo.

²⁰⁴ Nos termos do art. 2º da Constituição de 1988: “art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 2014c).

²⁰⁵ A aplicação da simetria ao âmbito municipal envolve uma excepcionalidade, qual seja: a divisão de poderes no município é bipartite, uma vez que não há Poder Judiciário municipal.

²⁰⁶ Este tipo de organização não tem uma personalidade jurídica específica, podendo compreender desde associações e fundações, criadas segundo regulamentação do Código Civil de 2002, até tipos específicos criados por leis extravagantes, como é o caso das organizações sociais (OSs) e das organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs).

²⁰⁷ Apesar de não garantido constitucionalmente em termos explícitos, deve-se reconhecer que existe um direito do cidadão à resistência, sobretudo, quanto à garantia dos direitos fundamentais.

reconhecer que os tribunais, nos termos do já mencionado art. 97 da Constituição de 1988, e mesmo os juízes singulares, quando exercem incidentalmente o controle difuso de constitucionalidade desempenham uma função de guarda.

Institucionalmente, deve-se reconhecer que não só o Judiciário cumpre destacado papel na guarda da Constituição, cujo conceito se estende para além do controle de constitucionalidade, incorporando uma dimensão ativa de buscar tornar efetivas as normas constitucionais, uma vez que guardar a Constituição não se restringe a preservar o *status quo*; esta função pretende, sobretudo, a promoção da força normativa da Constituição, garantido a expansão da potência democrática insculpida no texto constitucional. Existe, ainda, a dimensão da guarda da Constituição que incorpora a regulação das relações institucionais, relativa ao controle externo dos poderes da República, a qual era a função primordial de guarda conferida ao Poder Moderador e, também, recuperando o passado oligárquico, ao seu equivalente funcional, a política Campos Sales.

No processo de interpretação constitucional, estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 2002, p. 13).

Neste sentido, recuperando as possibilidades de interferência no exercício das demais funções do Estado, o Legislativo tem competências de guarda quando fiscaliza a atuação, especialmente, do Executivo, seja através do controle fiscal e orçamentário²⁰⁸, que desempenha com o auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU)²⁰⁹, seja através das comissões parlamentares de inquérito (CPIs)²¹⁰. O controle externo que estes instrumentos operacionalizam e mesmo as

²⁰⁸ Neste sentido, o art. 70, *caput* da Constituição de 1988 preceitua: “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder” (BRASIL, 2014c).

²⁰⁹ O TCU auxilia o Congresso Nacional do controle externo dos demais poderes nos termos do art. 71, *caput* da Constituição de 1988. Este artigo dispõe: “art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União” (BRASIL, 2014c).

²¹⁰ As Comissões Parlamentares de Inquérito estão previstas nos termos do art. 58, § 3º da Constituição de 1988, que dispõe: “§ 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros,

medidas preventivas que podem ser implementadas no correr da fiscalização²¹¹ incorporam uma importante função de guarda, notadamente, no que se refere à garantia dos princípios que norteiam a administração pública, como parte de um intrincado sistema de controles mútuos típicos do princípio de freios e contrapesos. A fiscalização da administração pública, entendida em sentido lato, compreendendo as funções exercidas pelos três poderes da República, importa em um poder concedido ao Legislativo que lhe permite, através do controle externo, guardar a própria divisão de poderes. Deve-se mencionar, ainda, o poder de julgar que o Legislativo detém, notadamente, no que se refere aos processos de impedimento (*impeachment*), regulados pela Lei nº 1.079/50 (BRASIL, 1950). Este instituto permite ao Legislativo processar e julgar politicamente autoridades como o presidente, os ministros de Estado e, também, os ministros do STF, exercendo, novamente, controle externo em relação aos demais poderes.

O Congresso Nacional tem, ainda, competência para, nos termos do art. 46, V da Constituição de 1988, “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa” (BRASIL, 2014c). “Ambas as hipóteses ensejam ao Legislativo o controle de constitucionalidade para assegurar a observância do princípio da legalidade, na eventualidade de vir a ser vulnerado por conduta abusiva do Chefe do Executivo” (BAROSO, 2012, p. 62). Compete ao Senado Federal, na mesma esteira, nos termos do art. 52, X²¹², o poder de suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF. Apesar da progressiva perda de importância desta disposição, notadamente, mediante a concessão de efeitos *erga omnes* a diversas decisões do Supremo²¹³, sobretudo, no que toca aos julgamentos que apontam a inconstitucionalidade de dispositivos normativos de forma incidental.

para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores” (BRASIL, 2014c).

²¹¹ Exemplo deste tipo de medida é a suspensão que o TCU pode promover de atos impugnados, nos termos do art. 71, X da Constituição de 1988, o qual dispõe: “X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal” (BRASIL, 2014c).

²¹² O art. 52, X da Constituição Federal de 1998 dispõe: “art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

²¹³ Fenômeno que pode ser visto como indício de uma abstrativização do controle de constitucionalidade no direito brasileiro.

Quanto ao Executivo, destaca-se o poder de veto que a Presidência da República²¹⁴ detém em relação aos projetos de lei aprovados pelo Congresso Nacional. O veto pode ser tanto político quanto jurídico²¹⁵, aquele representa discordância entre Executivo e Legislativo em relação à análise da conjuntura política; o último revela uma discordância em relação à interpretação do texto constitucional²¹⁶, assemelhando-se ao controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário. É verdade que se trata de institutos diferentes, uma vez que o controle de constitucionalidade preventivo realizado pelo veto presidencial não permite sequer que um projeto de lei cumpra os requisitos necessários para sua transformação em veículo de normas jurídicas válidas, as quais são objeto do controle de constitucionalidade levado a cabo pelo Judiciário. Assemelham-se o veto e o controle judiciário na medida em que ambos buscam preservar a força normativa da Constituição, impedindo que normas inconstitucionais vigorem.

Neste sentido, o veto é importante instrumento de guarda da Constituição, sobretudo na sua modalidade jurídica, porque representa possibilidade de controle externo que o Executivo pode exercer sobre o Legislativo. Com Kelsen (2003, p. 139 – 140), pode-se, neste assunto, recordar que a distinção entre a função administrativa, típica do Executivo, e a função jurisdicional, típica do Judiciário, decisiva para a regularidade do exercício das

²¹⁴ O veto presidencial está disciplinado no art. 66 da Constituição de 1988, o qual dispõe: “art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

§ 2º - O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.

§ 3º - Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

§ 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores.

§ 5º - Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

§ 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final.

§ 7º - Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo” (BRASIL, 2014c).

²¹⁵ Neste sentido: “O veto, que é irretratável, deve ser expresse e fundamentado na inconstitucionalidade do projeto (veto jurídico) ou na contrariedade ao interesse público (veto político)” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 992).

²¹⁶ Certamente é possível, em ambos os casos, que o veto se dê em razão de uma avaliação equivocada do Congresso, a qual a própria instituição reconhece que, desaperebidamente, por exemplo, cometeu. Estas, no entanto, não são relevantes quando se tem em mente que o veto é instrumento de controle externo, o qual o Presidente detém para opor limites à atuação legislativa.

respectivas funções, relaciona-se “exclusivamente ao modo de organização dos tribunais”. Portanto, o veto, revestido de formalidades semelhantes às sentenças judiciais, especialmente no que se refere à necessidade de fundamentação, aproxima-se do exercício de função jurisdicional para a qual é competente o chefe do Executivo²¹⁷.

O presidente detém, ainda, poderes excepcionais, especialmente, no que se refere à possibilidade de decretar o Estado de Defesa, que independe de prévia autorização do Congresso Nacional, baseado, exatamente, na necessidade de preservar a estabilidade institucional, nos termos do *caput* do art. 136²¹⁸ da Constituição de 1988. Apesar de não se tratar de uma identificação, a previsão constitucional relativa à defesa do Estado e das instituições democráticas – Título V da Lei Maior em vigor, especialmente nas seções I e II – abre margem para a recuperação da tendência autocrática defendida por Schmitt (2007), principalmente quanto se tem em vista o passado institucional brasileiro, sobretudo o período que se seguiu ao Golpe Militar de 1964²¹⁹. Não se trata de ver nessas prerrogativas uma abertura para novas medidas de caráter excepcional como aquelas que deram origem e pautaram a ordem constitucional de 1967/69, mas sim de demonstrar, a partir do exemplo histórico, a possibilidade de intervenção do presidente da República no sentido de preservar a ordem

²¹⁷ Pode-se mencionar, também, o fato de a Presidência da República desempenhar papel central na indicação dos ministros que compõe o Supremo Tribunal Federal, nos termos do parágrafo único do art. 101 da Constituição de 1988, que dispõe: “parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal” (BRASIL, 2014c).

²¹⁸ O referido artigo dispõe: “art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza” (BRASIL, 2014c). Importante distinção deve ser feita entre o Estado de Defesa e o Estado de Sítio, também previsto na Constituição de 1988. Este último, para ser decretado deve ser autorizado pelo Congresso Nacional, de modo que mantém, em alguma medida, uma relação de guarda no que se diz respeito aos atos executivos.

²¹⁹ Segundo Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 1341): “sob o regime constitucional precedente, mais precisamente até o advento da Carta Política de 1988, as situações de crise institucional comportavam a adoção de três procedimentos – medidas de emergência, estado de sítio e estado de emergência – os quais, afora o estado de sítio, que já existia desde 1891, foram introduzidos em nosso direito pela Emenda n. 11/78, à constituição de 1967, de iniciativa do Presidente da República”, que justificava a necessidade de tais institutos em razão da manutenção da ordem constitucional instalada à partir do Golpe Militar. Estes autores lembram ainda que tais medidas relacionam-se com a doutrina de Segurança Nacional adotada pelo regime militar. A permanência das Forças Armadas como guardiãs da Constituição de 1988 é expressão do processo de transição negociada que envolveu a promulgação desta carta constitucional.

institucional recupera uma dimensão moderadora, voltada a estabilidade da organização estatal.

Dentro na organização do Executivo, pode-se fazer menção, também, à competência de guarda, expressamente prevista no texto constitucional, concedida às Forças Armadas²²⁰, a qual recupera, novamente, o passado ditatorial que precedeu a promulgação da Constituição de 1988. Seja como extensão dos poderes da Presidência da República, autoridade suprema das forças militares; seja, até mesmo, como mobilização contrária ao chefe do Executivo, cujo Golpe de 1964 é exemplo histórico, as Forças Armadas mantiveram sua competência de guarda da Constituição – mitigada, é verdade, pela pulverização da função de guardião –, principalmente na acepção moderadora de mantenedoras da estabilidade institucional. Existe, ainda dentro do Executivo, por fim, o Ministério Público (MP), cuja independência funcional, garantida no parágrafo segundo (§ 2º) do art. 127²²¹, mantém formalmente dentro, mas materialmente autônomo em relação à organização tripartite dos poderes.

O princípio da independência funcional torna cada membro do Parquet vinculado apenas à sua consciência jurídica, quando se trata de assunto relacionado com a sua atividade funcional (...). Nos §§ 2º a 4º do art. 127, o constituinte, no propósito de resguardar a independência da instituição, garante ao Ministério Público a autonomia funcional e administrativa, que engloba a autonomia financeira. Por meio do Procurador-Geral da Justiça, no âmbito dos Estados, ou do Procurador-Geral da República, no caso do Ministério Público da União, o Ministério Público tem competência para elaborar proposta orçamentária e para apresentar projetos de lei criando ou extinguindo cargos, dispondo, enfim, sobre a organização e funcionamento da instituição. Essa autonomia financeira alcança aspectos de execução do seu orçamento e de utilização das suas dotações orçamentária (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1154).

Sobre o MP, a Constituição estabelece sua competência para “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais

²²⁰ O *caput* do art. 142 dispõe: “Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem” (BRASIL, 2014c).

²²¹ O parágrafo primeiro do art. 127 dispõe: “§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional” (BRASIL, 2014c). Já o referido artigo prescreve: “§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento” (BRASIL, 2014c).

indisponíveis” (BRASIL, 2014c). Tendo competências, para, por exemplo, nos termos do art. 129, II e III da Constituição, promover a efetivação dos direitos assegurados constitucionalmente, assumindo, pois postura ativa na defesa²²² da Constituição, bem como instância fiscalizadora da atuação dos três poderes. Trata-se, mais uma vez, de possibilidade aberta pelo próprio texto constitucional de controle externo em relação aos poderes instituídos. Pode-se mencionar ainda a possibilidade aberta pelo parágrafo sexto (§ 6º) do art. 5º da Lei nº 7.347/85²²³, lei que disciplina a Ação Civil Pública, do Ministério Público firmar termos de ajustamento de conduta (TACs), normalmente como resultado do inquérito civil. Trata-se, pois, de competência jurisdicional, assemelhada às ações de conhecimento processadas pelo Judiciário, que permite ao MP agir como garantidor, por exemplo, do patrimônio público e social, nos termos do art. 1º, VIII da lei Ação Civil Pública (BRASIL, 1985)²²⁴. Representa, desta forma, a possibilidade do Ministério Público intervir na função administrativa, típica do Executivo, mas, a rigor, concretizada por todos os três poderes.

Além dos organismos estatais, deve-se mencionar instituições privadas, ainda que voltadas ao interesse público, que atuam como defensoras da ordem constitucional, seja como veículos de afirmação e efetivação dos direitos e garantias fundamentais, seja, especialmente, como órgãos fiscalizadores das atividades estatais. Quanto ao primeiro aspecto, ONGs, imprensa e organizações de classe podem, quer no exercício das atividades para as quais foram criadas, quer auxiliando o poder público, atuar na defesa e na efetivação de direitos constitucionalmente assegurados. Uma fundação que se dedica à promoção de eventos culturais auxilia na efetivação dos direitos assegurados no capítulo III – “da educação, da cultura e do desporto” (BRASIL, 2014c) – da Constituição de 1988. Da mesma maneira, a imprensa promove a liberdade de pensamento,

²²² A literatura sobre o guardião da Constituição trabalha como sinônimas as expressões guarda e defesa da Constituição.

²²³ O referido dispositivo preceitua: “§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial” (BRASIL, 1986). Deve-se ressaltar que este parágrafo foi incluído pela Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, datando, portanto, de período posterior à promulgação da Constituição de 1988.

²²⁴ Este dispositivo preceitua: “art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados VIII – ao patrimônio público e social” (BRASIL, 1950).

criação, expressão e informação, nos termos do caput do art. 220²²⁵. As organizações não-governamentais (ONGs) podem, nos termos do §1º alínea “c” do art. 10 do decreto-lei 200²²⁶, celebrar contratos e convênios com a administração pública para auxiliá-la em atividades de interesse público.

Também importante, especialmente no que se refere à guarda da ordem constitucional, é a fiscalização que estas entidades podem exercer sobre a administração pública. Apesar de não terem a sua disposição meios coercitivos pelos quais possam promover as readequações de desvios que venham a identificar no curso de suas atividades fiscalizatórias, a pressão política que exercem, invocando a indignação popular, por exemplo, é respeitável, sobretudo, em uma democracia, cuja formação da opinião popular não está adstrita às relações dos cidadãos individualmente considerados com o Estado. Neste sentido, afirmando a importância do papel da mídia na política, Castells (1999, p. 367) afirma:

O ponto principal dessa questão é que a mídia eletrônica (não só o rádio e a televisão, mas todas as formas de comunicação, tais como o jornal e a internet) passou a se tornar o espaço privilegiado da política. Não que toda a política possa ser reduzida a imagens, sons ou manipulações simbólicas. Contudo, sem a mídia, não há meios de adquirir ou exercer o poder.

Seja porque a mídia é meio pelo qual as discussões políticas se difundem atingindo a população,²²⁷ seja porque os próprios meios de comunicação atuam como filtros das versões sobre fatos, definindo posturas, moldando opiniões e fornecendo argumentos travestidos de informação e, até mesmo, caso os meios de comunicação defendam os interesses de seus proprietários ou seus anunciantes, ela cumpre função de guarda na medida em que atravessa o processo de formação das opiniões que culminam na formação da vontade política de uma comunidade.

²²⁵ O referido artigo dispõe: “art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (BRASIL, 2014c).

²²⁶ O referido dispositivo estabelece que: “art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais: c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões” (BRASIL, 1967).

²²⁷ Segundo Castells (1999, p. 370): “porque o governo depende de reeleições, ou eleições para um posto mais elevado, o próprio governo fica também dependente da avaliação diária do impacto potencial de suas decisões sobre a opinião pública”; e completa: os meios de comunicação audiovisual são as principais fontes de alimentação das mentes das pessoas, pois estão relacionados às questões de natureza pública”.

Este paradigma, em que a função de guarda está dispersa entre vários atores institucionais, públicos e privados, é tributário da perspectiva liberal, pano de fundo no qual tanto Kelsen (2000) quanto Madison (2003) desenvolveram suas teorias voltadas a formas de constituição mista²²⁸, inspirados em um equilíbrio entre as instâncias do poder (constituído) que só pode ser imaginado quando se afasta do horizonte a questão social. Movimento que apenas mascara a concentração do poder, idealmente na sua forma aristocrática, mas que no Brasil assume um tom autocrático-monárquico, especialmente quando se tem em mente o traço sócio-antropológico (FERNANDES, 1976) que conforma as classes que figuram no ápice da organização social. Mantém-se, portanto, a relação entre a soberania e o poder monopolizado pelos mais fortes, seja pela tradição, pelo carisma, pela riqueza ou qualquer outra forma de predomínio de homens sobre homens.

Deve ficar claro, no entanto, que este princípio do pensamento político segundo o qual só o uno pode governar solapa e nega o conceito de democracia. Neste sentido, a democracia, assim como a aristocracia, é apenas uma fachada, pois na realidade o poder é monárquico (HARDT; NEGRI, 2012, p. 412).

O poder constituinte encarnação da potência democrática da *multitudo* é, opostamente às perspectivas monárquicas e aristocráticas, expressão de uma complexidade²²⁹ que atravessa o comum para exprimi-lo de maneira cada vez mais potente (HARDT; NEGRI, 2012, p. 436). As formas liberais do pensamento político raízes do constitucionalismo moderno mantêm-se avessas à democratização, sustentando, se não formas aristocráticas, estruturas de contenção do poder constituinte. Se o Supremo não pretende mais atuar como legislador negativo, assumindo postura ativa na concretização não só dos direitos e garantias fundamentais, mas também agindo dentro das composições institucionais, inclusive de outros poderes, não estaria assumindo uma postura centralizadora, ancorada na sua capacidade de proferir uma “melhor” decisão sobre o conteúdo da

²²⁸ Segundo Hardt e Negri (2012, p. 442 – 443): “o conteúdo do constitucionalismo de Madison, que desde então passou a ser chamado de democrático, mas era na realidade liberal, pode ser descrito, como tem sido frequentemente, como uma forma de manter um equilíbrio das classes sociais, entendendo como equilíbrio das classes sociais, o domínio dos mais fortes sobre os mais fracos”.

²²⁹ “Devemos enfatizar que o liberalismo, apesar de toda a sua insistência na pluralidade e na divisão de poderes, em última instância sempre acaba cedendo às necessidades da soberania” (HARDT; NEGRI, 2012, p. 412), mantendo o abismo que separa aqueles que têm acesso à política dos que são, no máximo, apesar espectadores votantes nos processos políticos.

Constituição? Mas o que é estabelecer o conteúdo da Constituição senão cristalizar um entre outros sentidos possíveis em disputa sobre o significado do texto da Lei Maior. A atuação como oráculo (BASTOS, 2010) do poder constituinte²³⁰, garantidor da própria ordem constitucional atravessa a ordem do dia da corte, que dispõe de diversos mecanismos interpretativos para promover atualizações no texto da Constituição sem, no entanto, assumir, até este momento do estudo, uma condição de equivalente funcional do Poder Moderador.

O estudo da questão da guarda da Constituição mostra-se, ainda, inconcluso, uma vez que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não revela uma tendência uniforme no sentido de assumir sua posição como legislador negativo, apesar de mais recentemente propor a superação desta ideia, o que implica em reconhecer uma função ativa não apenas no que se refere à proteção da ordem constitucional, mas também da própria ordem institucional. Parece, portanto, razoável investigar se os novos limites que o STF assume para o exercício das suas competências não apontam para uma concentração dos poderes de decisão sobre a ordem político-institucional da República no seu conjunto de atribuições.

²³⁰ Neste sentido, a expressão assume uma dupla acepção, uma relativa à teoria tradicional, que identifica o poder constituinte com a reunião assemblear que discute e promulga uma Constituição ou, mesmo, a decisão autocrática que a outorga; outra, conforme a teoria que inspira este trabalho, que compreende o poder constituído como o constante movimento de (re)afirmação e expansão dos preceitos fundadores de uma ordem jurídico-social.

4

Jurisdição e moderação

À parte o reconhecimento de outras funções de guarda insculpidas no próprio texto constitucional e, para além da exegese das normas da Lei Maior, a existência de organizações que desempenham importante papel no desenvolvimento institucional, deve-se reconhecer que o Supremo Tribunal Federal vem desempenhando, especialmente ao longo da última década, um destacado papel na guarda da Constituição, exercendo competências que, anteriormente, se exercia, fazia-o apenas precariamente. A corte tem, inclusive, firmado entendimento de que é ela a principal guardiã da ordem constitucional vigente contemporaneamente no país. Contudo, assumir que cabe ao Supremo a última palavra sobre o controle de constitucionalidade das normas jurídicas é, em larga medida, diferente de conferir-lhe competências relativas à última decisão sobre a estabilidade institucional da República, de modo que, como ressalta Bastos (2008), a intervenção do STF nas questões ligadas à reforma eleitoral apresenta-se como indicativo da sua atuação como equivalente funcional do Poder Moderador.

A função moderadora adquiriu, durante a República Velha, a forma de um pacto que complementava a organização institucional consagrada na Constituição de 1891, garantindo ao Presidente da República que o Congresso não opusesse barreiras significativas ao desenvolvimento do seu plano de governo. O pacto funcionava, portanto, como um mecanismo externo à divisão de poderes que permitia que eventuais conflitos institucionais fossem dirimidos, possibilitando que, em última medida, a estabilidade dos poderes constituídos fosse preservada através do recurso a uma instância que atuasse como equivalente funcional do Poder Moderador. Admitir o Supremo como árbitro institucional importa em assumir que ele pode interpretar as próprias competências, recuperando a tese schmittiana sobre a guarda da Constituição.

Existe ainda um segundo aspecto do pacto, “um conjunto de valores substantivos” (LESSA, 1988, p. 120) a serem protegidos. Para Constant (1989, p. 77), os monarcas-constitucionais devem guardar tais valores uma vez que: “o rei, num país livre, é um ser à parte, superior às divergências de opiniões, cujo

interesse maior é a manutenção da ordem e da liberdade, intangível por todas as paixões da condição comum”. Estes dois eixos, o procedimental e o substantivo, compõe o conceito da função moderadora, que incorpora o atributo da neutralidade de forma dúplice. O equivalente funcional do Poder Moderador age tanto de modo a manter o equilíbrio entre os poderes constitucionalmente estabelecidos quanto protegendo a própria forma de governo em si, cujo sentido é antidemocrático, porque baseado na limitação do desejo de governar.

Além do mais, considerando que, no que toca ao controle de constitucionalidade, especialmente no que se refere à guarda dos direitos e garantias fundamentais, o STF tem a palavra final sobre a constitucionalidade das leis infraconstitucionais e mesmo de emendas constitucionais, há que se reconhecer o dever de autocontenção (autolimitação) do tribunal. Novamente, aqui, deve-se questionar até que ponto a atuação intensa do Supremo cumulada, agora, com o dever de autolimitação não torna mais aparente sua equivalência funcional com o passado monárquico-moderador. Ademais, não parece excessivo questionar se em uma democracia que pretende expandir sua potência o próprio dever de autolimitação da corte não é incompatível com a natureza expansiva do seu *conatus*, uma vez que os ministros do Supremo, limitados apenas pelas suas consciências cívicas e jurídicas, teriam, formalmente, competências para conter a emergência do poder constituinte.

Deve-se, pois, fazer uma distinção fundamental entre jurisdição constitucional e supremacia do judiciário. Não há identidade entre os conceitos, mesmo porque é possível que outras instâncias, que não a judiciária, assumam competências relativas ao controle de constitucionalidade²³¹, conformando arranjos institucionais alternativos ao brasileiro, a exemplo do sistema francês. Ademais, a visão segundo a qual as competências de guarda da Constituição estão dispersas ao longo dos poderes da República está na base das propostas de revisão judicial da constitucionalidade nas normas jurídicas tanto a partir da perspectiva

²³¹ No sistema brasileiro, em que se identificam, além do controle de constitucionalidade levado a cabo pela via judicial, possibilidades de “controle prévio de constitucionalidade” (BARROSO, 2012), deve-se fazer a ressalva de que estes dispositivos têm naturezas jurídicas diversas. O primeiro é relativo à verificação *a posteriori* da validade de normas jurídicas já editadas; o segundo compreende, na realidade, etapas do processo legislativo, não se trata, pois, de atividades de mesma natureza, apenas de se voltarem sobre o mesmo fim: impedir que normas jurídicas inconstitucionais perturbem a coerência do sistema.

européia kelseniana; quanto a partir da concepção norte-americana²³², fonte de inspiração do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro desde a primeira Constituição republicana datada de 1891.

Seja qual for o paradigma de guarda instalado, inclusive no que se refere ao controle de constitucionalidade das normas jurídicas infraconstitucionais, há, ainda, uma dimensão meta-institucional, que segundo a perspectiva negriana, expressa-se na emergência do poder constituinte. Esse movimento expansivo que funda e reconfigura uma ordem jurídico-institucional, cuja expressão enrijecida encontra-se retratada no texto constitucional, revela uma grandeza que a própria teoria do direito reconhece como essencial à delimitação da validade das normas jurídico-positivas. Tanto Kelsen (1998) quanto Hart (2007), por exemplo, buscam – o primeiro através do conceito de eficácia global; o segundo através da regra de reconhecimento – alcançar o que em termos espinosanos pode ser visto como a dimensão ontológico-política que opera como preceito fundamental ao direito²³³. A ordem jurídica, como conjunto normativo globalmente eficaz, cuja garantia da efetividade encontra-se além da interpretação autêntica, incorporando a adequação dos comportamentos em relação às normas jurídicas, carece de um movimento constante de reafirmação da sua validade, de uma prática que não se restringe à conformação coercitiva das condutas, apesar de não prescindir dela. A função de guardião da Lei Maior está ligada ao movimento constituinte na medida em que, no que se refere ao plano institucional, guarda-se não apenas o constituído, mas a própria abertura ao poder constituinte, que se não precisa dessa “brecha” para eclodir, pode ser atrasado dada sua ausência. A desaceleração da potência democrática atinge elemento central da dinâmica do poder constituinte, a aceleração do tempo.

Dois são os caminhos que o STF pode assumir, uma vez verificada a relação entre o sistema de última palavra e a tendência moderadora posta em

²³² Segundo Griffin (2003, p. 19), falando do voto paradigma no caso *Marbury vs. Madison*: “the opinion ends, after all, with Marshall saying that courts have an *equal* right to the other departments in interpreting the Constitution”.

²³³ Para ambos os autores, sobretudo para Kelsen (1998), os conceitos de eficácia global e regra de reconhecimento não tratam de questões ontológicas da forma como estas são tratadas neste estudo, notadamente: a sua íntima relação com a política. Referem-se aos mecanismos de fundação e de operação da lógica interna das descrições do direito montados por cada um deles, com as respectivas especificidades. Entretanto, por desempenharem papel semelhante à mecânica do poder constituinte, pode-se compreender o paralelo traçado, o de condição, pressuposto para a inteligibilidade do sistema jurídico-normativo.

marcha pelo tribunal: o primeiro, menos provável, no qual ela desponta como instância de moderação do sistema, retomando o preceito ditatorial-monárquico, como pregava Schmitt (2007); o segundo, em que se reacomoda no sistema de divisão de poderes, perturbando sua ordem, sem, no entanto, destruí-la por completo. Esta segunda hipótese, na qual o STF redimensiona suas funções constitucionais, parece mais verossímil, especialmente quando se leva em conta a provável reação de oposição que desencadearia não apenas por parte dos demais poderes instituídos, rebaixados à condição de *longa manus* da toga, mas também dos próprios cidadãos que retornariam a uma condição semelhante àquela do passado imediatamente anterior à promulgação da Constituição de 1988. A nova ordem constitucional subsidiada pelo discurso competente do STF constitui o plano de fundo no qual análises voltadas à compreensão da relação entre os poderes constituídos se desenvolvem contemporaneamente.

Mediante a constatação de que o Supremo tem, ao menos segundo a própria perspectiva, a última palavra como guardião da Constituição serão expostos os problemas relativos ao próprio sistema, que ao concentrar o último poder de decisão sobre uma instância como o Supremo remete à ideia do passado moderador. Em seguida, também a partir da visão expressa pelo Supremo Tribunal através de suas decisões, será analisada a relação entre o dever de autocontenção, reconhecido como limite para a atuação da corte, e os traços de “neutralidade” que inspiravam a teoria do Poder Moderador. Por fim, a hipótese que inspira esta pesquisa será retomada para que se identifique em que medida o estudo proposto constituiu um esforço produtivo no sentido da sua verificação ou não.

4.1

Controle de constitucionalidade: o sistema de última palavra

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal oferece diversos exemplos da opinião da própria corte quanto à questão da sua posição em relação à dinâmica da separação de poderes conforme estabelecida pela Constituição de 1988. O *caput* do art. 102 confere, explicitamente, ao Supremo uma função de

guarda ou, ao menos, parte dela. Entretanto, existem diversas manifestações da corte no sentido de se identificar como “último guardião” (BRASIL, 2005a), “guardião maior da Constituição” (BRASIL 2008a), “guardião maior da Carta Política da República” (BRASIL, 2004a)²³⁴, ou ainda, como detentor do “monopólio da última palavra”²³⁵. Sem contar formas mais sutis em que a corte ao marcar sua posição de guardiã parece concentrar todas as funções de guarda, o que faz mediante a substituição de um virtual artigo indefinido por um definido, deixando de ser “uma guardiã” para se tornar “a guardiã” da Constituição. Esta é, inclusive, uma estratégia retórica que pode ser remetida ao esforço de Schmitt (2007) em reunir aquilo que a separação de poderes transformara em funções de guarda em uma condição de “o” (único) guardião da Constituição.

Esta visão, que identifica com o Supremo Tribunal Federal a “última palavra” em matéria de interpretação constitucional apresenta-se contemporaneamente ligada à dificuldade contramajoritária, como foi celebrenemente teorizada por Bickel (1986) em relação à Suprema Corte dos E.U.A. Preliminarmente, é possível estabelecer um paralelo entre a perspectiva da “última palavra” e as formulações schmittianas sobre o guardião da Constituição. Segundo a fórmula kelseniana, oposta à Schmitt (2007), identificada pela atuação das cortes constitucionais como legisladoras negativas, a supremacia da Constituição não implicaria em supremacia do Judiciário, encabeçado pelo Supremo, ainda que este seja, necessariamente, seu intérprete e guardião. Quando esta visão é posta de lado pela jurisprudência da corte, como visto anteriormente, não parece sem sentido recuperar seu antônimo schmittiano.

Ademais, a persistência do modelo de controle difuso, o qual também foi criticado por Kelsen (2003), reforça a tese da dificuldade de se sustentar a perspectiva inspirada no mestre austríaco, ao menos em sua forma “mais pura”²³⁶. Exatamente das inflexões do modelo de controle difuso emerge uma segunda

²³⁴ Neste sentido, pode se citar, exemplificativamente, os acórdãos da Reclamação 11.243 da República Italiana (BRASIL, 2011c); os Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 219.934/ SP (BRASIL, 2008a) e; Recurso Extraordinário 398.407/ RJ (BRASIL, 2004a), respectivamente.

²³⁵ Neste sentido, são ilustrativos os acórdãos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.345/ DF (BRASIL, 2011c) e do Agravo de Instrumento 733.387/ DF (BRASIL, 2004b), ambos relatados pelo Min. Celso de Mello.

²³⁶ A pureza remete à ideia da maior identificação possível entre a prática do controle de constitucionalidade por uma corte voltada para este fim e a visão kelseniana sobre o tema.

perspectiva, voltada para a tradição do *judicial review* norte-americano. Não se pode perder de vista os reflexos da inter-relação entre as duas matrizes do paradigma de controle de constitucionalidade instalado pela Constituição de 1988. O STF não age ora como corte recursal, ora como corte constitucional, mesmo porque exerce controle de constitucionalidade também quando julga recursos, sobretudo, o recurso extraordinário. Ainda que após a Emenda Constitucional 45 estejam disponíveis mecanismos para julgamentos em massa de recursos e mesmo que se pretenda falar de uma abstrativização do controle difuso, trata-se de apenas uma corte, um seleto grupo de onze (11) juízes que não encarnam ora uma função ora outra. Se é muito difícil, talvez mesmo impossível, falar de um comportamento uniforme do Supremo, também não parece possível desvincular cada uma de suas competências e analisar a atuação da corte como se incorporasse em cada momento distinto um papel diferente.

A perspectiva que Schmitt (2007) propõe é expressamente tributária da teorização de B. Constant (1989) sobre o Poder Moderador. Cristaliza-se a última palavra sobre a estabilidade institucional na decisão do Presidente do Reich sobre o estado de exceção. Existe, portanto, ao menos um paralelo explícito entre a proposta schmittiana e a atual tendência da jurisprudência da corte, qual seja: a última decisão sobre o conteúdo da Constituição aproximada pelo sistema de última palavra. Entretanto, há outras dificuldades em traçar um paralelo, uma vez que Schmitt (2007) fala em Presidente do Reich e não em corte constitucional e a decisão versa sobre o estado de exceção e não sobre a interpretação da Constituição.

A aproximação entre as instituições que encarnam o poder soberano, incorporando uma expressão do poder constituído, pode ser feita através de uma atenta leitura do próprio texto. A transposição do poder de dar a última palavra do Presidente do Reich para a corte constitucional deve enfrentar o próprio esforço de Schmitt (2007) em retirar da corte competências ligadas à guarda da Constituição. A retórica schmittiana recupera a proposta de concentrar a função de guardião da estabilidade institucional em uma só figura do poder constituído e, para tanto, opõe-se a qualquer posicionamento, ainda que ancorado na própria exegese do texto constitucional, disposto a dispersá-la ao longo da repartição de poderes. Se é verdade que se nega ao tribunal do Reich função de guarda, reconhece-se, por outro lado, que a suprema corte americana é um “tribunal

guardião e defensor da ordem social e econômica existente” (SCHMITT, 2007, p. 28). Schmitt (2007) esforça-se em realçar a distinção entre o horizonte de possibilidades de atuação do tribunal do Reich, segundo ele limitado à dissolução de controvérsias puramente jurídicas, e a função de guardião da Constituição, marcada pela competência de garantidor da ordem e da estabilidade institucional. Uma vez que a atuação de uma corte constitucional, conforme discutida por Kelsen (2003), não se afasta das questões políticas, não existindo, pois, objetos “puramente jurídicos” como assinalava Schmitt (2007), a própria negativa à possibilidade de uma corte constitucional assumir, ainda que apenas em parte, a função de guarda não se mantem.

Mais complexa é a relação entre estado de exceção e interpretação constitucional. Compreendida a crítica negriana ao constitucionalismo, sobretudo, na sua vertente clássica, que identifica a constituição com um contrato que busca estabilizar as relações entre a multidão e poder constituído, a dificuldade de se relacionar o estado de exceção com a interpretação constitucional ganha nova dimensão. Se interpretar a constituição é, também, garantir a estabilidade institucional²³⁷, o momento em que o intérprete dá a última palavra sobre o conteúdo da normativa constitucional pode ser o mesmo momento em que se cristaliza a suspensão e imediata reestruturação do paradigma constituído, especialmente, quando a decisão versa sobre a forma de organização da vida política em um Estado. O guardião pode valer-se da última palavra em interpretação constitucional para garantir a manutenção – ou mesmo a implementação – da sua visão particular sobre organização do poder constituído, reconfigurando – ou (re)fundando – a ordem institucional. Este mecanismo de garantia da ordem constituída que se vale da interpretação tem feição muito semelhante à decisão sobre o estado de exceção.

Ilustrativo é o acórdão da ADI 3.316/ MT²³⁸, relatado pelo Min. Eros Grau, no qual o ministro explica a relação entre a exceção e a atuação do Supremo como intérprete da Constituição:

²³⁷ Esta é a dimensão clássica de atuação do Poder Moderador como teorizado por Constant (1989), incorporada tanto pela prática brasileira durante o Império, sobretudo, no Segundo Reinado, quanto por Schmitt (2007).

²³⁸ A ementa deste acórdão dispõe: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.893, DE 28 DE JANEIRO DE 1.998, DO ESTADO DO MATO GROSSO, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DO LESTE. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL

7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado de normalidade. Não é a exceção que se substitui a norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas deste modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção (BRASIL, 2007, p.2).

A referência ao paradigma moderador a partir do horizonte teórico expresso em “O guardião da Constituição” (SCHMITT, 2007) é potencialmente útil para expressar a atual tendência do Supremo Tribunal Federal²³⁹. O Supremo, como guardião, pretende o reconhecimento de uma “superioridade relativa” sobre o poder político, sobre as demais instâncias do poder constituído. Decide questões eminentemente políticas como se o fizesse conforme o direito posto, ocultando o caráter oracular de suas deliberações e, ainda que reconheça que sua ação é política, afirma monopolizar a função de guardião da Constituição, agindo, em última instância, dentro dos limites estabelecidos pelo próprio direito positivo de forma a expandi-los.

4.1.1

A recuperação do decisismo schmittiano: um modelo autocrático

O recurso à retórica que envolve a função de guardião da Constituição cumulado com a afirmação de pertencer ao Supremo a última palavra sobre a interpretação constitucional e, portanto, sobre as diversas matérias constitucionais permite que a corte autoprocure-se o árbitro dos poderes constituídos. Este

PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO” (BRASIL, 2007, p.1).

²³⁹ A instalação do paradigma ditatorial proposto por Schmitt (2007) parece contrariar, liminarmente, a recuperação do modelo aristocrático de Arendt (2011). Contudo, ambos ainda permanecem juntos em afero à democracia, na medida em que Schmitt (2007) atualiza o pressuposto monárquico defendido por Constant (1889), enquanto Arendt (2011) traz para a contemporaneidade a perspectiva dos *founding fathers*, fundada na diferenciação social, característica das formas aristocráticas.

movimento, no qual o STF passa a interpretar as próprias competências a partir da abertura à possibilidade de interpretar toda a ordem constitucional²⁴⁰, pode ser visto, conforme referido anteriormente, como uma postura ativa da corte que, considerando-se acima da própria ordem jurídica, determina o seu sentido. Exatamente este sentido, dada a recuperação da tradição antidemocrática através da tendência monárquica afluída na jurisprudência do tribunal, é o objeto em questão, uma vez que não se encaminha para uma abertura à potência constituinte, porque ainda voltado à constrição das expressões da vontade política, enclausurada nos poderes constituídos.

Ainda no capítulo anterior, no tópico 3.2, discutiu-se a intervenção da corte em processos de seleção de atores políticos, o que lhe permitia atuar como árbitro de disputas eleitorais, expediente que remete diretamente ao passado moderador, tanto a partir da experiência da interferência do Imperador na divisão dos distritos eleitorais; quanto no pacto eleitoral que envolvia a parte procedimental da política Campos Sales. Revelou-se, também, uma inclinação da corte em assumir o poder de interpretar as próprias competências, fato que tanto Kelsen (2003), quanto Schmitt (2007) insistiam não pertencer ao âmbito de incidência das hipóteses normativas que consagravam a atuação de um tribunal constitucional. O primeiro asseverava que ninguém poderia ser juiz da própria causa, enquanto o segundo afirmava que se uma corte constitucional pudesse arbitrar as próprias competências, tornar-se-ia guardião da constituição, conforme sua aceção de órgão capaz de suspender a ordem jurídica para reinstaurar a normalidade constitucional previamente perdida ou abalada.

Naquele momento a investigação buscava afastar a postura do STF da inspiração kelseniana através da negação da atuação da corte como “legislador negativo” como propunha o mestre austríaco. O efeito colateral daquele estudo foi a afirmação de um papel ativo do Supremo, o qual assume, sobretudo, nos casos citados, uma postura de conformação da ordem institucional a partir da intervenção nos processos eleitorais, bem como de juiz das próprias competências²⁴¹. Importa, neste momento, retomar os argumentos que foram

²⁴⁰ Althusser (2003, p. 105) relembra que para Montesquieu (1996) mesmo o rei, em uma monarquia constitucional, não detinha o direito de julgar a si mesmo e, neste sentido, determinar os limites das próprias competências.

²⁴¹ Ainda naquele tópico (3.2) advertiu-se que não se pretendia, neste trabalho, investigar a atuação do STF como instância de proteção por direitos e garantias fundamentais. Entretanto, parece

utilizados naqueles julgados e, eventualmente, em outros ilustrativos do tema, na busca dos traços schmittianos da atuação da corte.

Para tanto, a análise seguirá a seguinte ordem: primeiramente, analisar-se-ão decisões da corte nas quais ela se arvora da capacidade de arbitrar as próprias competências, o que lhe concederia a condição de monopolizar a guarda da constituição, uma vez que caberia a ela a última palavra em matéria de interpretação constitucional; no segundo momento, dada esta condição de destaque na organização institucional, serão recuperadas algumas intervenções da corte nos processos políticos, notadamente, nos processos de eleição dos atores político-representativos, o que lhe permite atuar como árbitro institucional, mediando, inclusive, a relação entre atores políticos e o eleitorado. Neste último sentido, é ainda mais visível a relação entre a atuação da corte e a tendência moderadora, uma vez que a intervenção nos processos eleitorais foi, conforme narrado por Faoro (2012) e Lessa (1989), o expediente utilizado pelo Imperador e pelos mecanismos procedimentais da política Campos Sales, respectivamente, para garantir sua superioridade relativa em relação à dinâmica da divisão tripartite de poderes, abandonando uma postura neutra, para assumir um caráter ativo na guarda da ordem institucional.

O exercício da função moderadora no passado nacional tem o condão de, através de um discurso de neutralidade ou passividade, moldar a ordem político-jurídica, conformando-a através da imobilização das lutas políticas. No entanto, a passividade revela-se apenas como um recurso retórico, uma vez que a ausência de limites objetivos dotados de meios constritivos que mantenham o executor desta função dentro de parâmetros previamente aceitos, não é capaz de

oportuno ressaltar que quando julga ações que tem por objeto a guarda de direitos fundamentais uma corte constitucional como o Supremo pode atuar no sentido de limitar a luta por direitos, móvel do processo constituinte. Deste modo, pode-se recordar a recente Ação Penal 470, na qual a controvérsia que envolveu a aplicação da teoria do domínio do fato, encaminha entendimento no sentido da flexibilização da presunção de inocência, consagrada no art. 5 da Constituição de 1988. Outro exemplo da atuação da corte no sentido de restringir direitos, também na esfera criminal, pode ser percebido no julgamento do Habeas Corpus (HC) 112.932, relatado pelo Min. Luís Roberto Barroso, no qual a primeira turma do Supremo decidiu manter na jurisdição da Justiça Militar o julgamento de civil acusado de desacato praticado contra membro das Forças Armadas que ocupavam comunidades carentes no Rio de Janeiro, conforme notícia veiculada no sítio do STF na internet: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=266660>> [acesso em 4 fev. 2015]. Neste caso, a civil será processada pela Justiça Militar por crime que tradicionalmente seria de competência da jurisdição ordinária comum. O guardião da Constituição schmittiano não garante direitos, pelo contrário, suspende a ordem jurídica, inclusive no que se refere aos direitos fundamentais, instalando o estado de exceção. Neste sentido, quando o STF flexibiliza – praticamente aniquila – direitos constitucionais pode ser comparado à perspectiva de Schmitt (2007), uma vez que age, como guardião, restringindo direitos.

garantir a pretendida neutralidade. O exercício da função moderadora torna-se, portanto, uma atividade potencialmente ativa, oposta ao poder constituinte, exatamente porque tem um sentido limitador do desejo de governar.

No que se refere ao entendimento do STF de que ele está autorizado a arbitrar as próprias competências, quatro (4) episódios são ilustrativos. A interpretação do art. 97 da Constituição de 1988 e a respectiva flexibilização da cláusula de reserva de plenário; o não reconhecimento da Central Única dos Trabalhadores como legitimada, segundo o rol do art. 103 da Constituição de 1988— ambos já mencionados no tópico 3.2 —; a questão da pertinência temática para provocação da corte pelos legitimados para desencadear processos de controle abstrato de constitucionalidade e²⁴²; o processo de edição da súmula vinculante nº 11 (2008c), conhecida como súmula das algemas.

Na ADI nº 271-6 (BRASIL, 2001) o STF decidiu que a Central Única dos Trabalhadores (CUT) não é legitimada para propor, nos termos do art. 103 da Constituição de 1988, Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) e Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC). O Supremo não considerou a CUT uma entidade de classe de âmbito nacional, porque entendeu que o conjunto de trabalhadores associados sem distinção de categoria profissional não constitui uma classe, mas que constituiria um conjunto de classes. A feição restritiva do julgado é patente tanto por não considerar trabalhadores como classe, mas especialmente por desconsiderar o fato de que dentro da CUT existem, por exemplo, confederações sindicais, legitimadas segundo a primeira parte do inciso IX do referido artigo²⁴³, e, de modo geral, por restringir o acesso de trabalhadores dessindicalizados ou cujas associações não estejam presentes em âmbito nacional ou não pertençam a confederações sindicais ao Supremo Tribunal Federal. O relator, Min. Moreira Alves, afirma ainda que (BRASIL, 2001, p. 11) a possibilidade de proliferação de centrais como a CUT constitui argumento para a aferição da sua deslegitimidade. Em explícito movimento retórico cujo sentido é oposto à expansão do corpo político, uma vez que limitador do acesso dos filiados às centrais sindicais à instância judicial, via ADI ou ADC.

²⁴² Estes dois últimos temas, que envolvem a CUT e a pertinência temática, têm suas reflexões inspiradas no trabalho do colega Érico Araújo Bastos (2010).

²⁴³ Este inciso determina que “confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional” (BRASIL, 2014c) são legitimadas para propor ADIs e ADCs.

Na ADI nº 1.114-DF (BRASIL, 1994) afirma-se o requisito da pertinência temática como condição para alguns legitimados exercerem o direito de ação. A argumentação da corte, não apenas cerceia a possibilidade de provocação por parte de entidades de direito privado representativas dos trabalhadores²⁴⁴, especialmente, aquelas que envolvem a associação de trabalhadores, o que interessa, neste momento, é o fato de o tribunal, no julgado em questão, limitar o acesso à corte, através da desqualificação de entidades legitimadas *a priori*, interpretando restritivamente o próprio conjunto de competências, uma vez que sua atuação envolve a legitimidade ativa para provocá-lo. A inclinação pela restrição do acesso ao tribunal é demonstrativa do seu fechamento ao poder constituinte, sobretudo, quando esta inclinação atinge o trabalhador.

Em ambos os casos, o STF se fecha às provocações dos trabalhadores, se não o faz em sua totalidade, limita-os o acesso pela exigência de filiação a entidade de classe nacional ou de “confederalização” sindical e, ainda mais, pela restrição imposta pela pertinência temática. Se a corte julga politicamente ações que envolvem diversos temas, os trabalhadores estão adstritos àqueles cuja temática seja pertinente aos seus interesses profissionais específicos. Como afirma Bastos (2010), da perspectiva do Supremo Tribunal Federal, trabalhadores não fazem, no coletivo, política.

Nos Embargos de Declaração no RE 361.829 (BRASIL, 2010), já mencionado anteriormente, relatado pela Min. Ellen Gracie, afirmou-se que, dada a condição de guardião da Constituição garantida ao Supremo, as turmas do tribunal também poderiam exercer o controle difuso de constitucionalidade, diferentemente do que indica o art. 97 da Constituição de 1988. Neste episódio é explícita a intervenção da corte no próprio conjunto de competências para expandi-lo, uma vez que a decisão envolve o alargamento das hipóteses de atuação da corte, notadamente, de suas turmas. Deve-se ressaltar um efeito potencialmente perverso deste acórdão, a partir dele decisões que contem com o

²⁴⁴ Neste julgado o Min. Relator Ilmar Galvão recorda que tanto os partidos políticos, quanto a Ordem dos Advogados do Brasil não estão limitadas pelo requisito da pertinência temática. Os primeiros porque “tais órgãos não atuam precipuamente na esfera dos interesses privados, mas antes exercem atividade política, que presume o interesse público” (BRASIL, 1994, p. 3); a última porque “a sua própria natureza autárquica revela a importância da sua atuação, transcendendo, portanto, dos limites do mero órgão de representação dos interesses da categoria profissional” (BRASIL, 1994, p. 3). Quanto aos demais legitimados, não resta dúvida que, dada a sua natureza pública, são legitimados para qualquer tema.

apoio de apenas três (3) ministros podem determinar a inconstitucionalidade de normas jurídicas²⁴⁵, ou seja, apenas três ministros podem anular o resultado do processo legislativo levado a cabo pelo Congresso Nacional, por exemplo.

O terceiro exemplo refere-se ao processo de edição da súmula vinculante nº 11²⁴⁶ (BRASIL, 2008c), a qual limita o uso de algemas. Segundo disposição do art. 103-A, *caput*²⁴⁷, deve haver reiteradas decisões sobre matéria constitucional para que o Supremo possa aprovar súmulas desta natureza. Existe, portanto, ao menos um questionamento que pode ser feito, relativo ao fato de que apenas quatro (4) decisões serem suficientes para satisfazer o conceito de reiteradas decisões. A exposição do Min. Marco Aurélio cita quatro precedentes que ensejaram a edição deste verbete, um dos quais precede, inclusive, a própria Constituição de 1988, fundamento formal e material da súmula vinculante nº 11 (BRASIL, 2008c). O caso torna-se mais emblemático se tomada em consideração a manifestação do Min. Menezes Direito, referindo-se à inobservância das disposições do tribunal, especialmente do último julgado, o qual desencadeou o processo de edição da referida súmula:

O que estarrece é que realmente, diante de uma decisão tomada à unanimidade da Corte Suprema do país, um delegado da Polícia Federal, pura e simplesmente, desqualifique essa decisão do Supremo, entendendo que é normal o uso de algemas, que depende do uso de algemas em uma situação de fato. (BRASIL, 2008c, p.14)

Observa-se, portanto, que a corte não se preocupou, não ao menos formalmente, em reconhecer uma série de decisões sobre mesma matéria aptas a preencher o requisito constitucional. Parece, com efeito, que estava preocupada em garantir a aplicabilidade de suas determinações, no caso, uma determinação

²⁴⁵ Este efeito também pode ser observado, mesmo em proporções mais graves, quando o controle difuso é exercido por juízo singular de primeira instância, exemplo. No entanto, duas considerações devem ser feitas para distinguir as situações: da decisão do juízo singular cabem recursos, enquanto da decisão da turma, apenas pode-se recorrer ao pleno e; deve-se considerar o peso de uma decisão que leva chancela do STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

²⁴⁶ O verbete desta súmula dispõe: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado” (BRASIL, 2008c, p. 18).

²⁴⁷ O referido artigo dispõe: “art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei” (BRASIL, 2014c).

específica, qual seja: a necessidade de justificação para obrigar o réu a ser julgado algemado²⁴⁸; e, para tanto, socorreu-se deste expediente. Novamente, o que se observa é a disposição do STF em interpretar as próprias competências, inclusive, arvorado no argumento de se incumbir da função de guarda da Constituição, como foi o caso da flexibilização da cláusula de reserva de plenário, o que assume, nestes termos, marcas schmittianas, dado o fato da corte não contar com qualquer limitação à própria atuação.

Desta maneira, quando a corte admite que pode julgar os limites das próprias competências se sobredetermina em relação à própria ordem constitucional, assumindo papel desempenhado pelo soberano schmittiano, capaz de suspender o ordenamento jurídico decidindo sobre o estado de exceção, decidindo, no caso, sobre o sentido da Constituição de 1988. Esta é uma marca do deciosionismo da corte. Se o soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção (SCHMITT, 2006), resolvendo inclusive o que constitui a exceção, decide sobre quando é o momento de sobrepor-se à ordem jurídica, é este o movimento reproduzido pelo Supremo Tribunal Federal quando interpreta as próprias competências.

O que os quatro julgados demonstram explicitamente é esta disposição do Supremo em se sobrepor ao paradigma jurídico-constitucional que deveria pautar sua atuação, mas que, no limite, é, apenas, o substrato positivo que fundamenta suas decisões, sem, no entanto, restringi-las. Aquele que pode autocraticamente determinar a extensão dos seus poderes jurídicos permanece formalmente dentro direito, mas materialmente está fora, uma vez que pode produzir, através da sua interpretação, o que estabelece o ordenamento. Esta condição é típica do poder constituinte²⁴⁹, o conjunto de processos que instituem não apenas uma Constituição, mas a própria ordem jurídica, que não encontra limitações nas disposições normativas que o precederam, apesar de emergir a partir delas. A ausência de limites é característica do poder que cria o direito, enquanto ordem normativa, não da instância judicial que o cria na medida em que o aplica, notadamente porque a acepção democrática do poder constituinte incorpora uma dimensão expansiva do corpo político pautada no desejo de

²⁴⁸ Este sequer era o caso da atuação do delegado mencionado pelo Min. Menezes Direito, mesmo porque delegados não julgam, estejam os réus algemados ou não.

²⁴⁹ É também característica do soberano schmittiano, no entanto, deve-se lembrar da diferença em relação ao sentido expansivo do corpo político que estes conceitos incorporam.

governar, não reconhecendo as instâncias constituídas como representantes da sua potência. O poder constituído, no caso o Supremo Tribunal Federal, ao se pretender substituir ao poder constituinte mistifica sua natureza, obstaculizando a sua emergência.

O segundo traço, que também remete à relação entre Schmitt (2007) e Constant (1989) e, portanto, ao paradigma da moderação, é percebido através da disposição da corte em assumir uma postura ativa, por vezes identificada pelo obscuro termo “ativismo judicial”, que se revela como recuperação do passado moderador, quando promove alterações no sistema eleitoral. O ministro Celso de Mello, decano do Supremo Tribunal Federal, define ativismo judicial como “uma necessidade transitória de o Poder Judiciário suprir omissões do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que são lesivas aos direitos das pessoas em geral ou da comunidade como um todo”²⁵⁰, assume, portanto, o caráter ativo, voltado a executar ações que os demais poderes não realizaram. Diz-se ainda transitória, sem, no entanto, estabelecer parâmetros temporais, nem mesmo limites para a ação supletiva do tribunal. Faz transparecer a tendência da corte em se reconhecer competente para se substituir aos demais poderes da República. Nesta mesma direção, o tribunal se movimenta voltado a, paulatinamente, promover alterações na aplicação da legislação eleitoral, por vezes alterando o próprio entendimento sobre matérias, como foi o caso da fidelidade partidária. Sobre a intervenção do Supremo em matéria eleitoral, mais três julgados²⁵¹ são ilustrativos da inclinação da corte ressaltando a tendência moderadora: o julgamento que versa sobre a verticalização das coligações partidárias; o que avalia a fidelidade partidária²⁵² e; o que discute a redistribuição do tempo de rádio e televisão para propaganda político-partidária obrigatória.

²⁵⁰ Esta afirmação consta em notícia veiculada no sítio do STF na internet. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=165752&caixaBusca=N>>. Acesso em 4 fev. 2015.

²⁵¹ Mais um importante julgamento que envolve questões eleitorais está em curso no plenário do Supremo Tribunal, trata-se da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) 4650/DF, que tem maioria formada no sentido de proibir a doação de pessoas jurídicas a candidatos a mandato eletivo. Entretanto, o Min. Gilmar Mendes bloqueia o prosseguimento do feito, mediante pedido de vistas que já dura quase um (1) ano, o que impossibilitou tratar do tema, neste trabalho, uma vez que o processo ainda não se encontra decidido. A própria maioria formada pode ainda ser desfeita quando o processo voltar a julgamento e, por fim, não se trata de processo transitado em julgado, cujas determinações possam se tornar exigíveis e efetivas.

²⁵² Novamente, as considerações sobre estes dois temas estão inspirados no trabalho de Bastos (2010).

O caso da verticalização das coligações partidárias envolveu uma série de eventos jurídicos, permeados pela atuação do Supremo Tribunal Federal. O imbróglio desencadeou-se, inclusive, com a decisão do TSE, “apêndice eleitoral do STF” (BASTOS, 2010, p. 191). Neste episódio, alterando o horizonte normativo no qual se conduziram as eleições anteriores, o TSE, em resposta à consulta formulada, editou resolução que determinava a verticalização das coligações no plano federal e estadual já para as eleições de 2002 – ano da consulta. Esta resolução foi alvo de duas ADIs: nº 2.626 e nº 2.628, nas quais se questionava a própria natureza do ato normativo, alegando-se tratar de lei em sentido material, o que importaria em usurpação de competência legislativa. A maioria – sete (7) dos onze (11) ministros – do Supremo, no entanto, considerou que a resolução apenas interpretava dispositivos legais, não importando em inovação legislativa levada a cabo por meio alheio ao processo legislativo determinado pela Constituição de 1988.

Interessante observar o voto do Min. Nelson Jobim, membro do STF e um dos representantes da corte no TSE, no qual o ministro revela a importância da decisão como marco moralizador da política partidária, uma vez que a verticalização de coligações teria o condão de auxiliar na mitigação do problema que ele designa “anti-partitismo”²⁵³, ou seja, ajudaria a resolver a questão que envolve o sistema anti-partido, no qual partidos políticos não representam ideias uniformes a partir do plano nacional. Dentre os votos divergentes ressalta-se o caráter inovador da resolução do TSE, importando em reforma do paradigma da legislação eleitoral²⁵⁴. O desenrolar desta questão culminou com ADI nº 3.685, proposta contra a aplicação imediata da Emenda Constitucional (EC) nº. 52 de 2006, que acrescentou o parágrafo primeiro ao art. 17²⁵⁵ da Constituição de 1988. Esta emenda foi aprovada para recuperar o paradigma anterior às decisões judiciais sobre a verticalização, assegurando a desnecessidade de simetria das

²⁵³ Em seu voto o ministro afirma: “a crônica internacional traz, claramente, dizendo que o Brasil é exatamente o grande paraíso terrestre daquilo que a doutrina e a ciência política chama de “anti-partitismo”, no que diz respeito à conduta dos partidos políticos” (BRASIL, 2002a, p. 110).

²⁵⁴ Neste sentido, o voto do Min. Relator Sydney Sanches, recuperando colocação do Presidente da República, afirma: “reforma [política], que, tão esperada e desejada, deveria, obviamente, ter tido curso no Congresso Nacional – e não no Superior Tribunal Eleitoral”. (BRASIL, 2002a, p. 69)

²⁵⁵ Referido artigo dispõe: “§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária” (BRASIL, 2014c).

coligações nos planos da federação. Nesta ação, o Supremo acolheu o pedido afirmando que a emenda tratava de matéria legal, e que, portanto, deveria respeitar o princípio da anuidade da legislação eleitoral (BRASIL, 2006).

Em ambos os casos é notório que a corte não se limitou a expressar uma interpretação possível do texto legal, sendo forçada a atuar positivamente firmando um entendimento sobre o sentido da própria Constituição. Quanto à decisão sobre a verticalização, mais emblemática é o próprio pronunciamento do TSE, uma vez que o Supremo, como colegiado, simplesmente se negou a reavaliar a decisão. Neste caso, a corte eleitoral atua inovando o *status quo*, fazendo referência até a uma perspectiva moralizante. No caso da aplicação do princípio da anuidade à EC nº 52, novamente o STF se sobrepõe à ordem constituída para determinar o sentido da atividade do legislador, neste caso, o legislador constituinte derivado, afirmando-se como detentor do monopólio da última palavra sobre a interpretação constitucional.

Quando julgou as questões relativas à fidelidade partidária, como afirma Bastos (2010, p. 209), apesar do malabarismo interpretativo efetuado pela corrente majoritária que dizia avaliar a titularidade do mandato eletivo proporcional, “a tipificação da infidelidade partidária como nova modalidade de ilícito político era, no entanto, evidente”. Ficam evidentes os traços moralizantes do discurso vencedor, seja pelos juízos que envolvem o sistema proporcional: “o **sistema eleitoral proporcional**: um modelo **mais** adequado ao exercício **democrático** do poder” (BRASIL, 2007, p. 3); seja pelo discurso que reforça o caráter de proteção de minorias²⁵⁶.

A atuação positiva da corte, voltada a regulamentar o exercício da troca de partido político, criando inclusive cláusulas de transição, como aquelas relativas à legitimidade dos atos praticados por parlamentar infiel, é explícita no acórdão. A retórica empregada é envolta em juízos de valor²⁵⁷ sobre o sistema eleitoral:

²⁵⁶ O próximo tópico – 4.1.2 – trata, mais detalhadamente, do caráter contramajoritário na atuação das cortes constitucionais.

²⁵⁷ Os discursos que envolvem valoração, bem como a pretensão moralizadora apontada no voto do Min. Jobim sobre a verticalização, assemelham-se porque assentados em uma retórica pretensamente objetiva, inserem na discussão de questões políticas critérios com aparência jurídica, mas que não passam da visão dos magistrados sobre temas eleitorais.

A ruptura dos vínculos de caráter partidário e de índole popular, **provocada** por atos de infidelidade partidária do representante eleito (infidelidade ao partido e infidelidade ao povo), **subverte** o sentido das instituições, **ofende** o senso de responsabilidade política, **traduz** gesto de deslealdade para com as agremiações partidárias de origem, **compromete** o modelo de representação popular **e fraudar**, de modo acintoso e reprovável, a vontade soberana dos cidadãos eleitores, **introduzindo** fatores de desestabilização na prática do poder **e gerando**, como imediato efeito perverso, **a deformação** da ética de governo, **com projeção vulneradora** sobre a própria razão de ser **e** fins visados **pelo sistema eleitoral proporcional, tal como** previsto **e** consagrado pela Constituição da República” (BRASIL, 2007, p. 3 – 4).

O STF atua sobre o sistema político-eleitoral de modo a enquadrá-lo a sua visão de conformidade com o sentido constitucional que ele mesmo depreende do texto da Lei Maior. Como ressalta o Min. Gilmar Mendes: “**o abandono da legenda, a meu ver, deve dar ensejo à extinção do mandato**” (BRASIL, 2007, p. 296), conforme a interpretação da realidade partidária consubstanciada pela Constituição de 1988. Processo interpretativo-criativo que, em realidade, modifica o paradigma vigente naquele período, porque altera prática corrente no sentido de restringir a troca de partidos políticos por parlamentares no exercício de suas funções congressuais.

O último exemplo mencionado, já analisado previamente no item 3.2, refere-se à redistribuição do tempo de rádio e de televisão destinado à propaganda obrigatória, julgado no qual, novamente, o Supremo alterou não só a prática usual até aquele momento, mas a própria jurisprudência sobre a matéria. Recordando o que foi dito anteriormente, no caso em questão, que envolve o julgamento da ADI nº 4.430²⁵⁸, o STF não só alterou a interpretação dada aos dispositivos que regulavam a divisão do tempo de propaganda política, como também reconheceu que, deliberadamente, atuava positivamente reformando a prática guiada pela legislação eleitoral. Atuou, portanto, como “legislador positivo” – ainda que pugnassem pela superação da dicotomia que envolve a expressão – efetuando alteração no paradigma legislativo.

Neste acórdão, reconhecesse-se expressamente que o tribunal modificou sua visão sobre o próprio papel institucional:

A despeito de o pedido estampado na ADI nº 4.430 se assemelhar com o contido na ação anterior, na atual dimensão da jurisdição constitucional, a

²⁵⁸ Acórdão relatado pelo Min. Dias Toffoli.

solução ali apontada não mais guarda sintonia com o papel de tutela da Lei Fundamental exercido por esta Corte. O Supremo Tribunal Federal está autorizado a apreciar a inconstitucionalidade de dada norma, ainda que seja para dela extrair interpretação conforme à Constituição Federal, com a finalidade de fazer incidir conteúdo normativo constitucional dotado de carga cogente cuja produção de efeitos independa de intermediação legislativa (BRASIL, 2012, p. 2).

O emprego de técnicas interpretativas, como a interpretação conforme Constituição, a exemplo deste caso, oculta o fato de ter o STF, mediante decisões deste gênero, alterado a prática eleitoral, criado hipótese legal e a regulamentado. Prática que a própria corte infere estar presente no seu conjunto de competências, uma vez que reconhece o poder de atuar positivamente no sentido de não apensar suprimir lacunas normativas, mas efetivamente regular a execução da legislação, notadamente, a eleitoral. Não se trata de analisar efetivamente a propriedade das decisões, ou seja, o fato das medidas adotadas serem conformes ou não com o sentido democrático da ordem jurídica. Questiona-se o fato do Supremo Tribunal Federal agir, nestes casos, como guardião da política-eleitoral, não apenas da normativa sobre o tema. A corte termina instruindo a forma das disputas políticas, seja moldando o acesso dos partidos ao público via propaganda, seja limitando o jogo político pela exigência de verticalização, seja buscando a moralização²⁵⁹ das lutas políticas voltadas a formação de maiorias parlamentares no Congresso nacional.

Nestes casos, a atuação do Supremo na decisão sobre questões de cunho político-eleitoral revela um paralelo entre uma tendência da jurisprudência do tribunal e o passado moderador. A intervenção em questões eleitorais, marcadas pelo discurso moralizante, expressa a inclinação da corte em assumir a função de árbitro principal da ordem constitucional e, conseqüentemente, como mediador das disputas institucionais, sobredeterminando-se à divisão de poderes, ocupando a função de guardião da Constituição na sua acepção schmittiana, monopolizando o último poder de decisão sobre a república. O discurso envolvido numa retórica que abre caminho para a tendência moderadora reverbera entre os ministros do Supremo, como se observa nos pronunciamentos, votos e relatorias de acórdãos citados, os quais envolvem não apenas um, mas diversos membros e ex-membros daquele colegiado.

²⁵⁹ Discurso com o mesmo teor moralizador foi utilizado, como apontado oportunamente, nas discussões sobre a verticalização.

A tendência moderadora observada se expressa, portanto, tanto em um aspecto schmittiano clássico, voltado à concentração do poder de decisão no conjunto de competências de um ente, no caso a corte, que ela mesma se diz responsável por interpretar; quanto na restauração da tradição moderadora nacional, cujas raízes remetem à teoria de Benjamin Constant (1989), o qual é, também, recuperado por Schmitt (2007), com o tribunal considerando-se o árbitro das disputas institucionais e agente da reforma política, bem como fazia o Imperador e como dispunha a política Campos Sales durante a República Velha.

4.1.2

Diálogos institucionais e perpetuação da tendência moderadora

Não é possível, no entanto, como salientado anteriormente, esquecer-se da influência do paradigma do controle difuso, especialmente, da referencia ao caráter contramajoritário da atuação do STF. Nesta dimensão do processo decisório o Supremo assume o poder de dar a última palavra, não necessariamente segundo a forma monárquico-moderadora, fazendo-o, na verdade, conforme um sentido aristocratizante, de acordo com a inspiração que remonta à tradição norte-americana. Contrariamente, pois, ao paradigma democrático, uma vez que também limita as possibilidades de participação. Primeiramente, importa notar como a própria expressão (contramajoritário) expõe uma visão que, recuperando o passado autocrático, seja através da mediata influência dos federalistas, seja através do pacto oligárquico da Primeira República, tem sentido oposto à dimensão democratizante, sobretudo, em relação a uma visão que compreende a democracia como processo expansivo, aberto ao desejo de governar dos cidadãos. Afirmar que a maioria falha – daí a necessidade de se agir contramajoritariamente – só é possível a partir de uma perspectiva essencialista que assume que exista um caminho correto, uma definição do que seja certo, e não que os caminhos que a democracia deve seguir serão definidos por ela mesma. Esta dificuldade expressa uma tensão entre forma – o procedimento estatal de tomada de decisões políticas – e conteúdo – questões de princípio, normalmente ligadas à garantia dos direitos fundamentais. Entretanto, mesmo quando se trata de direitos e garantias

fundamentais, a própria definição e aplicação do conteúdo das normas constitucionais que os estabelecem depende da fixação da sua extensão ou do seu sentido. Também não faz sentido – faz ainda menos sentido – expor tal preconceito através da dinâmica do poder constituinte, uma vez que, além das objeções já mencionadas, o sujeito constituinte não é a maioria, nem mesmo o todo, mas a multidão²⁶⁰.

Assumir uma perspectiva expansiva da democracia compreende tanto o movimento de crescente expansão do corpo político, quanto a dinâmica da luta por direitos, neste sentido, a multidão, porque exerce direitos, protege-os. Mediante a efetiva participação democrática e mesmo como condição para o exercício da cidadania, os direitos fundamentais, exatamente porque são exercidos, não são negligenciados. As conquistas históricas são preservadas através da prática, do exercício dos direitos. Cortes constitucionais quando atuam no sentido de defender ou expandir o âmbito de abrangência dos direitos fundamentais o fazem mediante provocação, institucionalizando um momento da luta. Bickel (1986), ao teorizar sobre a “dificuldade contramajoritária” assenta-se sobre as diretrizes traçadas pelos “federalistas”, assumindo como paradigma democrático, a democracia representativa. Neste sentido, a função contramajoritária da suprema corte inclina-se para a preservação dos princípios estabelecidos pela Constituição. “No entanto, embora a democracia não signifique a reconsideração constante de decisões tomadas no passado, isso não limita que uma maioria representativa não tenha o poder de revertê-las” (BICKEL, 1986, p. 17 – tradução livre)²⁶¹. Sendo função do judiciário, especialmente da suprema corte, preservar as diretrizes traçadas originalmente, uma vez que:

Tribunais têm certas capacidades para lidar com questões de princípio que o Legislativo e o Executivo não possuem. Os juízes têm, ou deveriam ter, o tempo, a formação e o isolamento para seguir os caminhos do acadêmico na prossecução dos fins do governo (BICKEL, 1986, p. 25 – 26 – tradução livre)²⁶².

²⁶⁰ Torna-se ilustrativo e importante, neste momento, fazer menção à sabedoria da multidão maquiaveliana: “os homens, em grande número, nunca anuem a uma lei nova que tenha em vista uma norma ordem da cidade, a não ser que lhes seja mostrado, por alguma necessidade, que é preciso fazê-lo (MAQUIAVEL, 2007, p. 13)”.

²⁶¹ No original: “nevertheless, although democracy does not mean constant reconsideration of decisions once made, it does mean that a representative majority has the power to accomplish a reversal” (BICKEL, 1986, p. 17).

²⁶² No original: “courts have certain capacities for dealing with matters of principle that legislatures and executives do not possess. Judges have, or should have, the leisure, the training,

Para Bickel (1986) as cortes porque afastadas das disputas políticas, tendo mais tempo para estudar a controvérsia estariam mais próximas de ouvir (ser) a “voz da razão” (“to be a voice of reason”), articulando e desenvolvendo princípios impessoais e duráveis²⁶³. “Isto se baseia na suposição de que as pessoas mesmas através da ação direta nas urnas são, certamente, incapazes de sustentar um sistema funcional de valores gerais especificamente aplicáveis” (BICKEL, 1986, p. 27 – tradução livre)²⁶⁴. A partir da ótica do poder constituinte, no entanto, o pacto constitucional só existe enquanto é reafirmado quotidianamente, sendo, portanto, não só passível, mas efetivamente reafirmado e reestruturado no tempo. As disputas políticas e o dissenso são marcantes no processo de construção e definição dos rumos de uma república. A pretensão de imobilização de certas decisões, cujo acesso somente poderia ser feito através da atuação profética de uma corte constitucional, especialmente, segundo a pretensão elitista do discurso de Bickel (1986), reveste em trajes aristocráticos aquilo que Constant (1986), Uruguai (2002) e Schmitt (2007) pretendiam monárquico.

Se por um lado é verdade que o Supremo detém uma importante função de guarda e que existe uma tendência, se não oriunda, ao menos reforçada pela própria jurisprudência da corte, no sentido de afirmá-la como a detentora da última palavra sobre matéria constitucional; por outro, existem movimentações no sentido de denunciar a parcialidade deste modelo. A Proposta de Emenda Constitucional 33/2011, por exemplo, propõe, dentre outras medidas, a adição de um parágrafo segundo §2º-A²⁶⁵ ao art. 102 da Constituição de 1988, com a finalidade de remeter ao Congresso Nacional a última palavra sobre de emendas constitucionais. Recuperando, desta forma, a tradicional disputa entre supremacia

and the insulation to follow the ways of the scholar in pursuing the ends of government” (BICKEL, 1986, p. 25 – 26).

²⁶³ Bickel (1986, p. 27), citando Henry M. Hart Jr.: “the Court appears “predestined in the long run, not only by the thrilling tradition of Anglo-American law but also by the hard facts of its position in the structure of American institutions, to be a voice of reason, charged with the creative function of discerning afresh and of articulating and developing impersonal and durable principles”.

²⁶⁴ No original: “this rests on the assumption that the people themselves by direct action at the ballot box, are surely incapable of sustaining a working system of general values specifically applies” (BICKEL, 1986, p. 27).

²⁶⁵ O dispositivo proposto estabelece: “§ 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular” (BRASIL, 2007a).

do judiciário, o fórum do princípio, e supremacia do parlamento, o fórum da política.

Apesar de, em última instância, esta proposta de emenda reconduzir a disputa sobre o sentido da Constituição à consulta popular (conforme a parte final do dispositivo citado), ela altera substancialmente o paradigma instituído, uma vez que é o Congresso Nacional que passa a ter a última palavra entre os poderes constituídos. Dentro da clássica disputa sobre a última palavra ou o Congresso Nacional ou o Supremo Tribunal Federal seriam os detentores do poder de dirimir eventuais disputas sobre o conteúdo das normas inscritas na Constituição de 1988, inclusive no que se refere às questões relativas à formação dos atores político-representativos e suas relações, ações que recuperam heranças antidemocráticas. Poder-se-ia, ainda, neste ambiente de disputa entre os poderes constituídos pela última palavra, recuperar Schmitt (2007), propondo a competência da Presidência para tomar a última decisão sobre a república, em clara alusão ao passado moderador. Enfim, qualquer dos poderes instituídos poderia deter o poder sobre a última palavra que, mesmo assim, de uma perspectiva democratizante, não passariam de limitações à potência expansiva do corpo político.

Contemporaneamente, no entanto, vem ganhando força na teoria constitucional uma alternativa que prega o diálogo institucional, sobretudo, entre estas instâncias do poder constituído. Assumindo que, com base na atual exegese constitucional, das decisões do Supremo, em sede de controle de constitucionalidade, não há mais recursos institucionais dentro dos poderes constituídos para revertê-las:

O elemento central das teorias que tem no método judicial a sede da provocação do diálogo é o uso consciente, pelo Judiciário, de técnicas que permitem ao julgado estimular e encorajar um mais amplo debate quanto ao sentido constitucional, com e entre os poderes públicos (SILVA, *et. al.*, 2012, p. 92).

Segundo uma importante perspectiva dos diálogos institucionais o fundamento do exercício do controle de constitucionalidade é de razão prudencial: “se a separação de poderes é uma cadeia decisória que distribui faculdades de vetar e estatuir, caberia ao judiciário, quando dotado de um bom argumento, vetar decisões legislativas” (MENDES, C., 2011, p. 27). Se, realmente, trata-se de uma questão de prudência, porque conceder a última palavra, ainda que provisória e

revogável, a uma instância do poder constituído? Existe uma desconfiança original em relação à falibilidade da democracia, a prudência aparece, preliminarmente, como uma necessidade de se acautelar contra “sobressaltos majoritários”. O que é possível quando se considera que exista um valor “original”, “inicial” a ser protegido, retomando uma visão teleológica da democracia.

Considerando que a única função da democracia é promover mais democracia, qualquer interferência externa, de natureza moral, econômica, teleológica, por exemplo, mistificaria as próprias potencialidades democráticas. Proteger a democracia dela mesma reflete uma postura elitista, que visa orientar o sujeito democrático, mostrando-lhe o que pode e o que não pode ser feito. Conformação que mantém indefinidamente a aristocracia que guia a multidão como instância capaz de “enriquecer a qualidade argumentativa” (MENDES, C., 2011, p. 27 – 28)²⁶⁶. Ainda que uma corte suprema só opusesse pequenos empecilhos à maioria (que em si mesma não é sinônimo de democracia), a conformação institucional que concede às instâncias do poder constituído a função de guarda se mantém com os olhos voltados ao passado, pretende “proteger a democracia contra os perigos da política” (MENDES, C., 2011, p. 29), mas não oferece condições de promover uma democracia livre, capaz de enfrentar sozinha a dinâmica da vida política.

Se os modelos de teorias do diálogo apresentam-se como desejáveis (MENDES, C., 2011, p. 33) e, mesmo sem prescindir do sistema de última palavra, podem ser consideradas mais próximas do paradigma democrático, não expressam ainda assim uma lógica democratizante. A proposta deliberativa pressupõe um magistrado mais capacitado que o cidadão de tomar decisões, ao menos no sentido de que “cortes tomam decisões que possuem uma racionalidade incremental” (MENDES, C., 2011, p. 57) quando comparadas a outras instâncias dos poderes constituídos. No momento em que se discute a última palavra não se trata de buscar nas instituições existentes, nas instâncias dos poderes constituídos

²⁶⁶ A deliberação figura como elemento central na proposta de diálogo, no entanto, de uma perspectiva pragmática, os oponentes não se convencem mutuamente. Quem é convencido é a plateia; os eleitores, por exemplo. Constatação que inverte o próprio paradigma da representação, segundo o qual são os eleitores que devem instruir seus representantes, os quais representam a pluralidade de opiniões de uma comunidade política. Trata-se, segundo a perspectiva negriana, de formar uma identidade democrática que não pretende conquistar a filiação moral dos cidadãos, mas constituir um paradigma ético voltado à formação política.

caminhos para uma melhor representação democrática. À parte a questão fundamental, é verdade, da formação do sujeito constituinte, existe, no que se refere às instituições, a necessidade de estas promoverem uma abertura à participação efetiva dos cidadãos. Só eles podem dirigir os rumos da comunidade em que vivem e a qual compõem.

Uma proposta fundada na separação de poderes²⁶⁷ e na deliberação que pretende a garantia dos direitos fundamentais ainda que assuma que “não há guardião entrincheirado, nem legislador acanhado e deferente, mas dois poderes engajados no exercício da persuasão” (MENDES, 2011, C., p. 203), pressupõe que os processos políticos são buscas racionais, enquanto, na verdade, o móvel da política é o desejo, no limite, o desejo de governar e não ser governado²⁶⁸. Moldar instituições que “tenham maior probabilidade de alcançar a resposta correta em questões de justiça” (MENDES, C., 2011, p. 201) pressupõe ou que existam respostas corretas previamente estabelecidas e inalcançáveis pelos processos democráticos ou que apenas instituições cuja disposição organizacional lhes garanta, pela sua composição ou por características garantidoras da “neutralidade”, acesso privilegiado às decisões capazes de aumentar a potência da comunidade política. De todo modo, a abertura democrática à participação dos cidadãos resta prejudicada.

“Nenhuma instituição política é democrática independentemente do que decida” (MENDES, C., 2011, p. 2013), só pode ser considerada uma afirmação verdadeira em relação a um paradigma previamente estabelecido, normalmente, visto como um elemento estático da ordem jurídico-constitucional. Esta perspectiva enclausura a potência constituinte, limitando-a aos arquétipos de participação concedidos pelos poderes constitucionais. Os processos de deliberação promovem, ainda, uma dilação temporal no processo decisório, vista,

²⁶⁷ Se Montesquieu (1996) tinha como pano de fundo socioeconômico do seu ideal político de separação de poderes uma sociedade estamental, que fundava as divisões internas da constituição mista (a mescla de elementos monárquicos, aristocráticos e democráticos); os federalistas eram menos “estáticos”, mas mantinham uma proposta de relação entre poderes constituídos que mantinha uma parcela privilegiada da população numa condição de destaque na organização política.

²⁶⁸ Neste sentido, baseado nas considerações espinosanas sobre a indissociabilidade entre corpo e mente, razão e desejo não são opostos, uma vez que, previamente não se considera uma separação cartesiana entre mente e corpo. O humano constitui-se de relações moduladas dos atributos da extensão e do pensamento.

frequentemente, como benéfica, porque assegura a estabilidade das vontades que deram origem à decisão.

Autoaperfeiçoamento é um compromisso desse regime. Se decisões provisórias atendem à demanda de autoridade, o tempo não é um limite para a deliberação interinstitucional, mas um elemento central para maximizar sua capacidade epistêmica (MENDES, C., 2011, p. 211).

A última palavra institucionalizada, mesmo que provisória e revogável, ou mantém-se presa às convenções do passado ou realiza autocraticamente tarefa da democracia²⁶⁹, qual seja: a redefinição dos horizontes da comunidade política. Seja porque, com os olhos voltados ao passado, retarda o tempo constituinte, seja porque, assentada em alternativas antidemocráticas, mistifica as potencialidades da participação dos cidadãos. Toma, violentamente, de assalto um pressuposto basilar da ontologia dos processos constituintes, a aceleração do tempo. Definir o detentor da última palavra não é um “mero detalhe” (MENDES, C., 2011, p. 203), porque a demora pela solução das controvérsias constitucionais é, sempre, da ordem do dia, especialmente, quando envolve a questão social.

Do fato de não se exterminar a pobreza do dia para a noite, não se depreende que a solução para a miséria humana possa ser postergada²⁷⁰. Aceitar que uma instância do poder constituído tome a última palavra, ainda que provisoriamente, implica em assumir que as decisões tomadas tenham caráter abstrato e transcendam a dinâmica da vida política, que só existe como prática. Afastam-se, desta forma, os processos jurídicos dos processos políticos. A criação de norma jurídica, bem como a sua aplicação não são instâncias completamente distintas na vida institucional – a dificuldade que as teorias anteriormente expostas têm de lidar com este problema é prova desse fato – e, neste sentido, não importa quem detenha o último poder de decisão, ou melhor, importa apenas na medida em que para a democracia somente ela própria pode determinar quais

²⁶⁹ No limite, ambas alternativas se fundem, uma vez que a atualização das decisões passadas é um imperativo do tempo. Aquele que diz que apenas interpreta o sentido das disposições constitucionais, na verdade, revela uma interpretação possível dentre um conjunto escolhas políticas. Ademais, ao fazê-lo limita as possibilidades de que novas perspectivas influenciem nos processos políticos futuros.

²⁷⁰ A questão social, os problemas da pobreza e da miséria humana – tratados como sinônimos – não envolvem apenas a fome, a falta de moradia ou quaisquer outros temas passíveis de serem reconduzidos à luta por direitos. Tratam de assuntos vistos essenciais pela própria comunidade política.

caminhos pretende seguir, ainda que estes rumos levem-na a deixar de ser democracia.

“Por que o STF não poderia corromper, de modo minimalista, o *status quo* para obrigar o parlamento a responder?” (MENDES, C., 2011, p. 232). À parte todos os problemas em definir o que seriam intervenções mínimas ou quantas delas seriam suficientes para alterar um paradigma que se pretende democrático, porque este mecanismo, que faz uso das dinâmicas institucionais para retirar da inércia os poderes constituídos²⁷¹, mistifica a própria dinâmica de reconhecimento da política democrática, a participação dos cidadãos, fundada no desejo de governar. A engrenagem constituída não se abre à penetração da potência constituinte, pelo contrário, parece contente em desacelerá-la, uma vez que encerra as disputas políticas em um jogo de diálogos mantido entre os poderes constitucionais, notadamente, o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal, inclusive em questões relativas à forma institucional do Estado. Estas instituições se alternariam na condição de árbitro das disputas entre os poderes, assumindo alternativamente a faculdade de determinar a extensão das próprias competências.

Neste sentido, a partir do afastamento das perspectivas voltadas para os poderes constituídos em relação ao comprometimento com a democratização dos processos políticos em geral, pode-se recuperar, metaforicamente, a herança do passado moderador. As reminiscências do passado que limitam as potencialidades da democracia apresentam-se, além disso, em mais um momento dos discursos voltados para a preservação das dinâmicas contemporâneas da constituição mista: o conjunto de valores relativos à neutralidade das instâncias constituídas capazes de assegurar a última – e pretensamente melhor – decisão. O autoproclamado dever de autocontenção desponta como elemento axiológico central recuperando a parte substancial do pacto não-escrito que conformava a Política dos governadores.

²⁷¹ Deve-se lembrar, primeiramente, que a jurisdição é inerte, devendo ser provocada para que uma decisão sobre tomada nos limites do pedido feito. Ademais, o cidadão – à parte, ainda, os problemas de acesso ao Judiciário – precisa dos mecanismos instituídos para promover alterações no paradigma constitucional que somente próprio conjunto de cidadãos é, do ponto de vista da expansão da potência democrática, legitimado para fazê-las.

4.2

O dever de autocontenção: uma prerrogativa moderadora

A questão da guarda da Constituição como a doutrina tradicionalmente entende e como foi incorporada pela própria jurisprudência do STF é, em si, problemática, porque revela uma dimensão de preservação do *status quo* constitucional, ao menos no que se refere à dinâmica de relação entre os três poderes. Se a Constituição não é um retrato estanque da sociedade, mas uma construção quotidiana, apenas seus destinatários podem protegê-la, o que fazem mediante o exercício de direitos. Além da manutenção da última palavra dentro dos poderes constituídos, as engrenagens da constituição mista se valem do discurso da autocontenção (autolimitação) para justificar, ainda que acessoriamente, o fato de não se reconduzir ao sufrágio, mesmo em sistemas democráticos, decisões de cunho político cujos reflexos provocam alterações na vida dos cidadãos.

A autocontenção assume, desta forma, o caráter de limitação interna, funciona como padrão de conduta mantido autonomamente pelos ministros das supremas cortes. Torna-se um dever funcional dos ministros que devem observá-lo para que, nos casos em que atuam como árbitros da separação de poderes, por exemplo, não prejudiquem, eles mesmos, o equilíbrio dinâmico da organização dos poderes constitucionais. Este dever caracteriza-se pela abstenção reflexivamente praticada no sentido de não extrapolar aquilo que a consciência jurídica do magistrado assume como limite para atuação do ministro. O Supremo Tribunal Federal manifesta-se no sentido de reconhecer seu dever de autocontenção:

Na qualidade de guarda da Constituição, o STF tem a elevada responsabilidade de decidir acerca da juridicidade da ação dos demais Poderes do Estado. No exercício desse mister, deve esta Corte ter sempre em perspectiva a regra de autocontenção que lhe impede de invadir a esfera reservada à decisão política dos dois outros Poderes, bem como o dever de não se demitir do importantíssimo encargo que a Constituição lhe atribui de garantir o acesso à jurisdição de todos aqueles cujos direitos individuais tenham sido lesados ou se achem ameaçados de lesão (BRASIL, 2005b, p.1)²⁷².

²⁷² Ressaltando as limitações impostas pelo dever de autocontenção é possível, também, consultar os Informativos n.º 462 sobre “Mandado de Injunção e Direito de Greve – 3”; n.º 657 sobre “Lei

A fusão entre a função de guarda e o dever de autocontenção funciona como mecanismo de dupla-limitação. Num primeiro sentido, busca responder à questão sobre a manutenção daquele que detém a última palavra dentro de limites constitucionais abstratos relativos à dinâmica da separação de poderes, operando como mecanismo de legitimação das decisões prolatadas pelos órgãos máximos do Poder Judiciário; em outro sentido, justifica a interrupção nos processos de decisão política, assegurando que a última palavra permaneça circunscrita às instâncias do poder constituído, pugnando pela desnecessidade de recondução das decisões ao sufrágio dos cidadãos. Oculta-se, deste modo, o caráter altamente subjetivo referente à disposição interna do agente em estabelecer limites e conter a própria atuação, o que implica no reconhecimento de um dever jurídico que caso descumprido pode ficar sem sanção, uma vez que depende da disposição do Senado Federal de enfrentar o desgaste político de um processo de impedimento. Sem mencionar o fato de que decisões judiciais após o trânsito em julgado conformam situações protegidas pela coisa julgada, tratada pela própria Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, nos termos do art. 5º, XXXVI²⁷³, que, se não estão imunes a alterações²⁷⁴, demandam processos rescisórios que retardam a garantia e o exercício de direitos.

Quando atua como guardião da Constituição o STF, eventualmente, intervém no equilíbrio dinâmico do sistema de *checks and balances*. Ao dar a última decisão sobre o conteúdo de normas que envolvem matérias previstas na Constituição de 1988 o Supremo praticamente não encontra limites externos a sua atuação, dada a escassez de mecanismos de controle. A única forma institucionalizada de constrição externa à atuação dos ministros da corte está prevista na Lei nº 1.079 de 1950 (BRASIL, 1950) que define os crimes de responsabilidade de autoridades²⁷⁵, dentre elas os próprios ministros do STF, bem

Maria da Penha (Transcrições)”; nº 703 sobre “Projeto de lei – Migração partidária – Legislatura – Transferência de recursos – Horário eleitoral (Transcrições)”; dentre outros.

²⁷³ O referido artigo dispõe: “art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (BRASIL, 2014c).

²⁷⁴ Ações rescisórias, por exemplo, tem o condão de invadir situações jurídicas protegidas pela coisa julgada de modo a alterar uma relação jurídica já pacificada ou mesmo extinta.

²⁷⁵ A partir da compreensão de que existe um dever de autocontenção a ser observado pelos ministros do STF, o descumprimento deste dever funcional poderia ser tipificado nos termos do

como regulamenta os respectivos processos de impedimento (impeachment). No caso específico de ministros do Supremo, todo o processo se desenvolve dentro do Senado Federal, instituição que, conforme recorda Hanna Arendt (2011, p. 256 - 257), era revestida de autoridade semelhante àquela que atualmente se identifica com a instância judicial²⁷⁶, notadamente, o Supremo Tribunal Federal no caso brasileiro.

Diferentemente de autoridades como o Presidente da República, cujo processo de impedimento se inicia na Câmara dos Deputados e cujo julgamento é realizado pelo Senado Federal, os processos que tenham como réus ministros do STF são processados e julgados apenas no Senado. Neste cenário, vale recuperar as críticas de João Mangabeira (1934, p. 54) ao bicameralismo e, especialmente, ao Senado Federal:

É que o bicameralismo só se justifica quando uma das Câmaras representa a nobreza, a riqueza, uma aristocracia qualquer, outra classe, enfim, diferente da que constitui a Câmara baixa, eleita por sufrágio popular. As Câmaras altas foram sempre órgãos do patriarcado, opostos às reivindicações das classes pobres.

Ainda que os processos de impedimento não sejam instrumentos comumente utilizados, especialmente para constranger ministros do Supremo, o exemplo norte-americano, narrado por Ackerman (2005), é ilustrativo das potencialidades da utilização deste instituto para pressionar não só ministros específicos, mas a própria corte para que se mantenha limitada a padrões menos “proativos” ou que perturbem de modo menos drástico a relação entre os três poderes constituídos. De todo modo, a autocontenção, dada a ausência de mecanismos de constrição externa institucionalizados, permanece como artifício de justificação que cerceia a emergência do poder constituinte, uma vez que reforma ações do tribunal em substituição a ele.

art. 39, 4 da referida lei, o qual dispõe: “art. 39. São crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: 4 - ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo” (BRASIL, 1950).

²⁷⁶ O trecho referido afirma: “pois a autoridade romana não estava posta nas leis, e a validade das leis não derivava de uma autoridade superior a elas. Ela estava incorporada numa instituição política, o Senado romano – *potestas in populo*, mas *auctoritas in senatu* –, e o fato de que a câmara mais alta tenha recebido o nome dessa instituição romana é muito sugestivo, visto que o Senado americano pouco se assemelha ao modelo romano ou mesmo veneziano; isso mostra claramente o valor que a palavra adquirira na mente de homens que haviam sintonizado com o espírito da “prudência antiga”. Entre “as numerosas inovações apresentadas no teatro americano” (Madison), talvez a mais importante e certamente a mais evidente tenha sido a mudança do lócus da autoridade, passando do Senado (romano) para a esfera judiciária do governo” (ARENDR, 2011, p. 256 – 257).

Recuperando, ainda, formas de pressão externas à própria conformação dos poderes constituídos, pode-se recordar as possibilidades de instituições a exemplo da imprensa detém para constranger e mesmo censurar²⁷⁷ julgamentos de cortes como o Supremo. Entretanto, ou estas manifestações ganham proporções mais gerais, ecoando na sociedade civil, assemelhando-se às próprias manifestações do poder constituinte; ou se reduzem a meras expressões de descontentamento, comuns aos Estados republicanos. Existe, em tese, a possibilidade dos veículos de imprensa promoverem uma efetiva mudança no entendimento da corte mediante a divulgação de opiniões contrárias às manifestadas pelo tribunal. Contudo, enquanto essas manifestações se mantiverem circunscritas aos próprios veículos de comunicação, sem ganhar a forma de reivindicações populares, o que se observará será uma alteração de postura com base em interesses políticos desligados dos preceitos de legitimação democrática. Mantém-se a lógica de decisões tomadas de cima para baixo, apenas altera-se o detentor da última palavra, tornando a influência política mais relevante do que o próprio cargo público, conhecido problema das sociedades patrimonialistas, que tem raízes no Brasil desde antes mesmo deste se tornar um país independente (FAORO, 2012).

Acreditar na autocontenção dos ministros implica, ao menos, em reconhecer uma superioridade relativa daquelas pessoas que desempenham este cargo, o que reforça o caráter aristocrático tradicionalmente ligado à função.

O pressuposto era da possibilidade de intervenção de uma instancia neutra – ou quando, menos, sujeita a construções distintas das próprias dos órgãos de composição representativa – que pudesse gerar uma decisão superadora dos impasses relacionados ao descumprimento da matriz constitucional. Essa opção político-institucional secundariza a questão da legitimidade – tão presente no sistema do *judicial review* americano – à conta de uma aparente neutralidade da função jurisdição constitucional, como então se concebia (SILVA, *et. al.*, 2012, p. 25).

O fragmento refere-se originalmente à concepção continental europeia de atuação de uma corte constitucional. As mesmas considerações podem ser estendidas, apesar do próprio texto marcar a distinção entre o sistema europeu de controle concentrado e o americano de controle difuso, à formulação que vigora

²⁷⁷ Censurar aqui assume o sentido de expor eventuais falhar e incongruências. Certamente, não apenas a imprensa, mas qualquer outra entidade não dispõe de mecanismos institucionalizados de alteração das determinações judiciais proferidas pelo Supremo.

nos EUA, desde que se recorde o afastamento da questão social que está na base deste sistema, tornando-o inclinado à concentração dos poderes de decisão em um patriciado político-representativo. Tanto o sistema europeu, quanto o norte-americano estão opostos à perspectiva democratizante inspirada no poder constituinte.

O horizonte da neutralidade que permanece, especialmente segundo o paradigma europeu-continental²⁷⁸, ligado à autocontenção reforça o caráter monárquico-moderador que fundamenta a atuação do Supremo atualmente. Enquanto se afastava da proposta kelseniana, mais democrática, aproximava-se da visão schmittiana de guardião da Constituição. A concentração de poderes de decisão aliada a uma jurisprudência inclinada a intervir na dinâmica política, sobretudo, regulando as formas de identificação de atores políticos através de reestruturações no sistema eleitoral, tornam explícito o movimento da corte no sentido de concentrar em seu conjunto de competências funções que no passado estavam ligadas ao Poder Moderador, a exemplo da arbitragem da relação entre os poderes constitucionais, operacionalizada, muitas vezes, através de reformas no sistema eleitoral, como demonstra Faoro (2012).

É importante observar que o Supremo Tribunal Federal, (...), **deve dispor** de mecanismos que lhe permitam conviver com tensões resultantes de litígios **subjacentes** a antagonismos que se registram na arena política.

Um desses mecanismos, **cuja atuação permite superar** situações de tensão dialética **que opõe** grupos políticos no âmbito e na estrutura da instituição parlamentar, **reside** na possibilidade do Poder Judiciário, **a quem incumbe** – uma vez configurada a controvérsia constitucional – **desempenhar** função arbitral, **que reconstrua e restaure** direitos injustamente lesados. **Essa é a missão institucional** do Poder Judiciário. **Essa é a função moderadora**, em tema de conflitos institucionais, **de que se acha investido**, por expresse mandato constitucional, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2007b, p. 43 – 44)²⁷⁹.

O poder neutro e intermediário schmittiano tem como tarefa “assegurar o funcionamento constitucional dos diversos poderes e salvaguardar a Constituição” (SCHMITT, 2007, p. 193). A figura institucional que incorpora a função moderadora²⁸⁰, “por motivos de continuidade, da reputação moral e da

²⁷⁸ Bickel (1986) analisando o sistema norte-americano e sua função contramajoritária também menciona o dever de autocontenção (self-restraint).

²⁷⁹ Voto proferido pelo Min. Celso de Mello, relator do Mandado de Segurança do qual este excerto foi retirado.

²⁸⁰ Segundo Schmitt (2007, p. 200): “a função peculiar do terceiro neutro não consiste em atividade contínua de comando e regulamentar, mas, primeiramente, apenas intermediária,

confiança, tem que ter um tipo especial de autoridade” (SCHMITT, 2007, p. 199). Neste sentido, o modelo schmittiano de guardião da Constituição, marcado pela recuperação dos preceitos moderadores, poderia, ainda ser oposto à perspectiva do modelo de controle difuso norte-americano, que o próprio Schmitt (2007) considera como um mecanismo de garantia da ordem econômica e social. O paradigma federalista, por sua vez, incorpora através da questão social uma tendência antidemocrática, porque afasta parcela da população da participação política efetiva, seja através do princípio da representação, seja premendo-a pelas necessidades básicas de subsistência. A aristocratização dos poderes de decisão no Brasil tem, como demonstra Fernandes (1976), um caráter francamente autocrático, dada as especificidades do processo de formação sócio-antropológica das classes mais ricas nacionais. O que torna aristocracia e monarquia no Brasil momentos mais próximos entre si no espectro político do que em relação à democracia que a Constituição de 1988 pretende garantir e promover.

Mesmo a proposta dos diálogos institucionais encontra-se adstrita, inclusive neste sentido, às perspectivas autocráticas, uma vez que tem no seu princípio prudencial²⁸¹, fundado na modulação de virtudes ativas e passivas (MENDES, C., 2011, p. 207), um mecanismo equivalente ao dever de autocontenção. A prudência, que o próprio C. Mendes (2011, p. 208) reconhece como ainda mais enigmática do que a autocontenção, deve ser exercida de modo que “a corte pode e deve catalisar um debate mais qualificado sobre direitos nas esferas formais e informais da política. O que protege o bom argumento”. A prudência, assim como a autocontenção, são mecanismos de legitimação de um sistema que se recusa a abrir-se para a democracia, sob o argumento de que o Supremo Tribunal Federal é instância do poder constituído capacitada para promover a guarda da Constituição.

“Saber quanto e quando decidir, encontrar um espaço do meio que evite o excesso e a timidez é um desafio que a corte terá de resolver caso a caso” (MENDES, C., 2011, p. 207). Espaço de decisão ocupado pelos ministros em

defensora e reguladora, e só é ativa em caso de emergência e, ademais, porque ela não deve concorrer com os outros poderes no sentido de uma expansão do próprio poder e também não tem que normalmente estar, em seu exercício, de acordo com a natureza do assunto, discreta e morosa”.

²⁸¹ O exercício da prudência judiciária está exemplificado em: “a abdicação judicial na situação limite talvez fosse uma defesa normativa plausível. A corte daria ao parlamento o benefício da dúvida” (MENDES, C., 2011, p. 205).

conjunto a partir de suas consciências particulares. Uma sociedade democrática que se encontra, no fim, restrita às capacidades individuais de onze (11) pessoas. Não parece importar quais ou quantas qualidades têm essas pessoas, quão iluminadas sejam elas, representam um número muito pequeno de opiniões e de desejos; apenas representariam algum sentido democratizante por sorte ou acaso. Decisões democráticas caracterizam-se, exatamente, pela pretensão de expansão potencial do número de opiniões contabilizadas, assumindo que de um maior conjunto de opiniões, mais relações se estabelecerão e, com elas, aumentará a potência do corpo político.

Quem decide qual é o melhor argumento? O que é, efetivamente, guardar a Constituição de interpretações que violem o seu sentido democrático? Quem é capaz de interpretar o que deseja a democracia? A razão deliberativa, a ilustração aristocrática ou mesmo a inspiração teológico-política do monarca, quaisquer fundamentos deste gênero são apenas artifícios retóricos que pretendem conter a potência constituinte, domesticando os desejos da multidão, submetendo-a, através das engrenagens da constituição mista, aos desígnios de apenas um ou alguns. Mesmo que se promovam esforços para democratizar o STF, reforçando sua base plebiscitária, através das audiências públicas, por exemplo, no limite, preserva-se no horizonte a imagem do ilustre ministro, oráculo da Constituição (BASTOS, 2010), capaz de capturar, através do discurso, a essência democrática. O que, ainda que fosse verdade, só seria capaz de capturar uma “essência” estática, fenômeno que também macula a ideia mesma do poder constituinte da multidão. O pacto não escrito que condicionou a dinâmica político-institucional durante a República Velha estabelece que, segundo Lessa (1989, p. 134):

A promoção de um interesse particular à categoria de Direito, depende de uma decisão graciosa, isto é, discricionária e não sujeita aos formalismos constitucionais. O critério dessa promoção é o juízo dos administradores, capazes de discriminar entre os interesses particulares aqueles que devem ser considerados como direitos adquiridos, sem ferir a integridade do interesse geral. As decisões graciosas só admitem recurso gracioso, ou seja, a alteração dos critérios de escolha pública será feita sem diminuir o monopólio do administrador em traduzir o interesse geral.

Deste modo, a democratização das estruturas institucionais não pode estar adstrita aos limites existentes que conformam a própria organização dos poderes constituídos. Contar com a última palavra autocontida emitida pelo STF impõe assumir que ele incorpora parcela significativa da soberania, cujas decisões

só serão alteradas se houver vontade no interior da corte. O discurso da autocontenção e seus correlatos apresentam-se, recuperando Lessa (1989), como a parte substantiva do pacto não escrito que moldava a política durante seu período oligárquico. Além de uma reorganização das estruturas institucionais a reinserção da função moderadora na República contava com um conjunto de valores, no qual: “a mediação dos chefes – caracterizados pelo “prestígio moral, pela capacidade superior e pela responsabilidade pessoal” – aparecesse como condição necessária à domesticação das paixões” (LESSA, 1989, p. 121). O recurso gracioso à reconsideração das decisões do Supremo depende, para ser provido, em última medida, da mediação daqueles que deram a decisão alvo do pedido de reconsideração. A nova formulação dos valores substantivos culmina na afirmação da tendência à incorporação da função moderadora pelo Supremo Tribunal Federal, cristalizada tanto pelo sistema última palavra, sobretudo, em matérias que regulam a dinâmica institucional; quanto na retórica da autocontenção inspirada na pretensa neutralidade, na qualidade técnica, moral ou ética da corte e de seus ministros.

A tendência moderadora inscrita na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal apresenta-se, portanto, como um complexo processo de centralização dos poderes de decisão no conjunto de competências da corte, ao qual se soma a possibilidade de a corte interpretar as próprias competências sem qualquer limitação externa, contando apenas com o dever de autocontenção. A ancoragem retórica deste expediente, no entanto, não assume – não ao menos expressamente – a tendência moderadora, recorrendo ao discurso competente que reforça os processos de neutralização da disputa política, transformando-a em decisão jurídica sobre o conteúdo e a guarda da Constituição.

A recuperação do passado antidemocrático, no entanto, não parece se encaminhar para a retomada dos preceitos moderadores, capaz de, eventualmente, culminar com a restauração da monarquia. Parece, com efeito, estar inserida em uma nova dinâmica da relação de poderes que, não podendo mais prescindir de uma última palavra explícita e inquestionavelmente respaldada pela imperatividade jurídica, reinterpreta e reconstrói a ordem constitucional. Tushnet (2004, p. 9), quando descreve as ordens constitucionais, inclusive a nova ordem constitucional (“the new constitutional order”), afirma que elas combinam novos princípios (político-econômicos) de orientação com distintos arranjos

institucionais²⁸². Este novo sentido da organização institucional brasileira, que compreende um papel de destaque para o STF, não lhe nega a última palavra, mas também não lhe garante prerrogativas suficientes para restaurar, nos mesmos moldes, o passado autocrático. Tampouco constitui uma forma de estado aberta à potência democrática. Trata-se, na verdade, de estrutura herdada do passado, influência de outras formas de governo sobre a organização institucional do Estado Democrático.

4.3

Neutralizações e discurso competente

Se a jurisprudência do Supremo distanciou-se da visão kelseniana sobre o caráter eminentemente “negativo” da jurisdição constitucional, assumindo um aspecto ativo, no qual despontam tendências moderadoras de marcas schmittianas. O que impede o STF de, efetivamente, tornar-se se não o próprio Poder Moderador, algum equivalente funcional, através da incorporação da função moderadora como descrita por Lessa (1989)? Preliminarmente, deve-se reconhecer que muito malabarismo interpretativo seria necessário para tornar visível, mesmo que em um horizonte muito distante, a possibilidade de haver insculpido no texto da Constituição de 1988 uma abertura ao Poder Moderador. Tal esforço seria inclusive muito mais audacioso do que o levado a cabo por Schmitt (2007), uma vez que no contexto da Constituição de Weimar (ALEMANHA, 2014) ainda foi possível contar com disposições constitucionais que amparavam poderes excepcionais conferidos ao Presidente do Reich, cumulados com o esforço argumentativo desenvolvido no sentido de minar os poderes políticos do tribunal do Reich. Ignorar, mesmo assim, que o engenho humano poderia produzir ainda hoje uma interpretação deste tipo, é buscar aprender uma potência que ultrapassa as possibilidades deste trabalho. Entretanto, deve-se reconhecer que, dadas as transformações ocorridas ao longo dos último oitenta (80) anos, especialmente no que toca ao reconhecimento do papel das

²⁸² No original: “constitutional orders combine novel guiding principles with distinctive institutional arrangements” (TUSHNET, 2004, p. 8).

cortes constitucionais, parece muito difícil que esse malabarismo ganhe adesão suficiente para prosperar.

A conformação teórica que envolveu o Poder Moderador, apesar de afirmar a posição de destaque do monarca na organização institucional, pretendia limitar seus poderes. É constitutiva da própria ideia da moderação a divisão dos poderes e, portanto, o direcionamento dos poderes constituídos no sentido de uma maior abertura – ainda que esta permaneça, no fim, limitada – à participação do corpo político. Os mecanismos de contenção desenvolvidos pelos federalistas, que fundamentam a organização dos poderes brasileiros atuais, baseavam-se no afastamento das questões sociais da política, sobretudo a institucional, ou seja, a estrutura dos poderes constituídos apresenta-se ligada às forças econômicas buscando afastar a multidão da política e das instituições estatais, limitando a própria possibilidade de participação mantendo parcela significativa do corpo social premida pela pobreza.

Durante o Império e a Primeira República os mecanismos de afirmação da função moderadora voltavam-se para expedientes paralelos à ordem jurídica. No primeiro caso, a atuação do monarca não era reconhecida como ativa, nem modeladora dos processos de disputa política, mas apenas estabilizadora ou neutra; no segundo, houve a formulação de um pacto não escrito, paralelo à ordem constitucional, que norteava as relações entre os poderes constitucionais. Ambas as situações diferenciam-se da postura atual da corte, porque a construção que concedeu ao Supremo papel de destaque na estrutura constitucional, permitindo a sua aproximação com a função moderadora, é um movimento interno à ordem jurídico-constitucional que se pretende democrática. No caso do Império, o recurso à concentração do poder político nas mãos do monarca é constitutivo da própria forma de governo, apesar da retórica do Visconde de Uruguai (2002) insistir no caráter neutro do Poder Moderador. Durante a República Velha, a política Campos Sales consistia em um jogo de poder paralelo à ordem constitucional positiva que afirmava a ordem oligárquica. Contemporaneamente, o Supremo se utiliza das reminiscências autocráticas de outras formas de governo, as quais contaminam a democracia, constringendo sua potência, para fazer despontar sua tendência moderadora.

A imagem do monarca, entidade que transcende a própria organização política, foi substituída por uma nova: o Estado e sua conformação institucional

baseada no sistema de freios e contrapesos, o qual mantém, através do seu “poder uno, separado, homogêneo e dotado de força para unificar, pelo menos de direito, uma sociedade cuja natureza própria é a divisão de classes” (CHAUI, 2011, p. 18), a representação teológica da política. Sem prescindir da imagem do Estado liberal, cujas estruturas institucionais remetem à ideia de limitação do poder, tanto democrático; quanto monárquico, não parece possível ao Supremo se afirmar como equivalente funcional do Poder Moderador.

A nova *ratio* é teológica na medida em que conserva, tanto em política quanto em ideologia, dois traços fundamentais do poder teológico: de um lado, a admissão da transcendência do poder face àquilo sobre o que este se exerce (Deus face ao mundo criado, o Estado face à sociedade, a objetividade das ideias face àquilo que é conhecido); por outro lado, a admissão de que somente um poder separado e externo tem força para unificar aquilo sobre o que se exerce (Deus unifica o mundo criado, o Estado unifica a sociedade, a objetividade unifica o mundo inteligível) (CHAUI, 2011, p. 18).

Com a permanência deste recurso teológico mantêm-se as estruturas de contenção do poder constituinte, que permanece impedido de exercer sua potência criadora. O Estado e sua forma de governo permanecem afastados da perspectiva democratizante, ainda limitados pelas heranças voltadas à contenção das expressões do corpo político. Deve-se reconhecer, portanto, que a partir de uma ideia do panorama da economia política, da forma como os interesses econômicos são tratados pela sociedade e, eventualmente, incorporados pelo direito, compreende-se a própria lógica de relação entre os poderes constituídos. A ideia da moderação inscreve uma relação de classes, assim como a original concepção federalista ofuscava a questão social. Seja da perspectiva do monarca, seja da do Estado liberal-burguês e dos seus poderes constituídos a limitação da liberdade, cuja prática é constitutiva do *conatus* da cidadania, apresentava-se ligada a fatores econômicos que permitiram às classes dominantes moldar as formas de governo, modernamente, através do constitucionalismo.

A reorganização das estruturas institucionais no paradigma da nova ordem constitucional, ainda ligada ao modelo das constituições mistas, tem nas cortes constitucionais elemento central do equilíbrio entre os poderes construídos, uma vez que a divisão nas estruturas políticas tradicionais torna possível, e mesmo desejável, formas reforçadas de revisão judicial (TUSHNET, 2004, p. 31 –

tradução livre)²⁸³. A jurisprudência destas cortes reflete, portanto, aspirações moderadoras características dessa nova ordem²⁸⁴.

Talvez possamos dizer provisoriamente, então, que a nova ordem constitucional substituiu a preocupação da ordem anterior pela autoridade e autocontenção pela preocupação de que a revisão judicial seja exercida com um grau apropriado de seriedade. Seus juízes procuram mostrar que eles são advogados tecnicamente competentes que fazem pequenas coisas muito bem (TUSHNET, 2004, p. 125 – tradução livre)²⁸⁵.

Apesar de os ministros do STF nem sempre pretenderem tratar de “pequenas coisas”, por vezes demonstrando grandes pretensões, a atuação da corte ante a nova ordem constitucional alinha-se ao paradigma contemporâneo, no sentido de assumir seu papel nesta ordem, afirmando seu discurso competente para o exercício da função de mediador institucional de disputas entre os poderes constituídos, baseando-se, como afirmado anteriormente, na própria interpretação do texto constitucional. Mesmo a seriedade pode ser reconduzida, conforme o que foi previamente estudado em relação à autocontenção, a uma pretensão de neutralidade característica das propostas de cunho moderador. O redimensionamento do âmbito de abrangência das competências do STF incorpora uma articulação pela perspectiva do discurso competente.

O discurso tecnicamente competente dos ministros do STF oculta, e eventualmente nega, as implicações e o caráter político das decisões da corte. A anulação do político pelo econômico é vista por Schmitt (1992, p. 114) como parte de um processo de sucessivas neutralizações e despolitizações, “do teológico, passando pelo metafísico e pelo moral, ao econômico”, de onde emerge a questão da técnica, “pois aparentemente não existe nada mais neutro do que a técnica” (SCHMITT, 1992, p. 115). No entanto, é necessário recordar que a recuperação do político pela via schmittiana encaminha os poderes de decisão sobre a república para uma concentração nas mãos do Presidente do Reich. Por esta razão, melhor falar em discurso competente, que pode ser definido, segundo

²⁸³ No original: “divided governments might make a stronger form of judicial review possible and even attractive to politicians” (TUSHNET, 2004, p. 31).

²⁸⁴ Segundo Tushnet (2004, p. 35), falando da suprema corte dos EUA: “the current Court is developing constitutional doctrine appropriate to the new constitutional order, in which our constitutional aspirations have been chastened”.

²⁸⁵ No original: “perhaps we can say rather tentatively, then, that the new constitutional order has replaced the prior order’s concern that judicial review be authorized and constrained with a concern that it be exercised with an appropriate degree of seriousness. Its justices seek to show that they are technically competent lawyers who do small things very well” (TUSHNET, 2004, p. 125).

Chauí (2011, p. 19), como: “aquele que pode ser proferido, ouvido e aceito como verdadeiro ou autorizado (estes termos agora se equivalem) porque perdeu os laços com o lugar e o tempo de sua origem”.

O discurso competente ligado à burocratização da sociedade tem duas faces: a primeira relativa ao discurso da autoridade, do poder; a segunda referente ao discurso do conhecimento, pretensamente científico. Essa composição permite compreender o “duplo movimento pelo qual o crescimento do poder do Estado é negado e afirmado pelo discurso” (CHAUI, 2011, p. 21), que tem como pressuposto a afirmação e a aceitação, ainda que tácita, de que os homens em geral são incompetentes enquanto sujeitos sociais e políticos (CHAUI, 2011, p. 23). Ambas as faces do discurso competente mantêm uma estreita relação com a concentração do poder de decisão, uma vez que a definição de quem é a autoridade ou quem detém o conhecimento científico é um processo de “seleção”, de identificação dos atores sociais e políticos competentes, isto é, alinhados às perspectivas que fundamentam e definem os parâmetros da técnica e da autoridade.

O discurso competente ao mesmo tempo em que oferece ao Estado o controle de determinadas esferas da república de forma apartada das expressões democráticas, limita sua atuação em outras através de uma ideologia de encolhimento da esfera pública e ampliação da esfera privada (CHAUI, 2011, p. 317). Não só o distancia de outras áreas, forçando seu desligamento dos serviços públicos, por exemplo, mas também, mesmo nos momentos em que o Estado detém a autoridade sobre determinada questão, sobredetermina sua matriz eminentemente política pela dinâmica do sistema econômico. Processo de inversão que oculta o sentido político das decisões, travestidas de resultados de cálculos de eficiência, moralidade ou técnica jurídico-legislativa²⁸⁶ que termina afastando a decisão dos processos democráticos que fundamentam as escolhas políticas.

Na compreensão da relação entre o discurso competente e o Supremo, uma primeira perspectiva pode ser dada a partir do discurso do conhecimento, no entanto, para a exploração desta vertente é necessária constatação de como a questão da técnica jurídica é empregada para restringir discussões. Mais

²⁸⁶ Neste sentido, pode-se observar a decisão do Supremo sobre a lei de biossegurança.

espontânea, a partir do que foi dito anteriormente, é a ligação entre a prática da corte e o discurso da autoridade (*auctoritas*). Novamente, deve-se reconhecer que algum poder de decisão é concedido pela Constituição de 1988 ao STF, portanto, ele é a instituição revestida de competência constitucional (*potestas*) para dirimir disputas jurídicas, o que, certamente, confere-lhe elevado grau de influência sobre as demais instâncias do Judiciário. Não se devem confundir as competências do Supremo, relativas à ordem constituída, com sua eventual autoridade, uma vez que a corte não tem sequer condições de possuir legitimidade democrática para se substituir como veículo de expressão dos processos constituintes. A ideia legitimação ligada à autoridade, em um espaço democrático, é derivada da organização política – da democracia, portanto – conformando as instituições estatais, no entanto, quando inserida na lógica dos poderes constituídos, promove sua autonomização em relação ao ambiente político, subvertendo a ordem de legitimação. Segundo a primeira perspectiva: se passível de controle pelo agente político, é democrático; conforme a segunda: é democrático, porque objeto de controle de agente político.

Contudo, a crescente influência do Supremo Tribunal, que pode ser ligada ao sistema de última palavra, não é justificativa para a expansão ilimitada das competências da corte, mesmo porque fundamentada numa inversão que recupera um sentido antidemocrático. Os poderes do Supremo Tribunal Federal quando respaldados em um discurso competente, conforme a versão da autoridade – dada sua posição no sistema da divisão de poderes, cabe ao STF a decisão sobre controvérsia constitucional –, representam o sentido antidemocrático da tendência que a corte assume. De um lado, reconhece-se como instância de poder detentora da autoridade sobre a última palavra em interpretação da Constituição de 1988; por outro, insere-se na dinâmica do discurso competente, afirmando-se como autoridade sobre assuntos constitucionais, autointitula-se a instituição mais qualificada para tomar decisões de cunho político em substituição a outros eventuais legitimados.

A recondução, através das diversas matrizes teóricas, aos processos de despolitização denuncia a impropriedade dos discursos técnico-competentes, incapazes de atingir a questão política na sua forma mesma. A potência democrática permanece contida ao longo dos meandros dos poderes constituídos, que lutam para manter sua condição privilegiada de detentores do poder de

decisão, ainda que tenham de negociá-lo com o capital, outra expressão do poder constituído. A técnica jurídica não é suficiente para desvelar a natureza política de contendas judiciais, sobretudo aquelas relativas às relações entre os poderes da República. Ao contrário, ela é mais um elemento de ocultação, uma vez que busca determinar através do discurso jurídico, pautado por noções econômicas, morais e outras, o sentido do político. Constitui inversão teológico-política, uma vez que sobredetermina o direito à disputa política que a Constituição de 1988 pretende democrática.

Neste sentido, a interpretação da Constituição, que retrata uma dimensão de luta por direitos tanto na acepção da resistência, quanto na da efetivação e expansão dos direitos e garantias fundamentais, pode se constituir em abertura democrática, sobretudo quando o interprete defende e guarda tais direitos. Contudo, como estrutura mantém-se alinhada a uma postura tradicional e historicamente antidemocrática. Assumir que o STF apagará do seu passado as reminiscências moderadoras implica em confiar que os onze ministros representarão a multidão irrepresentável. Onze que encarnariam o espírito do governo absoluto sem personificarem o sujeito constituinte e, também, sem mecanismos de constrição e controle diretamente acessíveis. A questão de construção de uma estrutura institucional aberta à democracia passa pela reinvenção dos poderes constituídos, não pode contentar-se com a boa vontade das estruturas existentes. Não há sensibilidade institucional suficiente, dentro da dinâmica do sistema da separação de poderes, capaz de se substituir à democracia.

Os processos de sobredeterminação das instâncias constituídas à democracia, apesar das tendências narradas – de cunho moderador e despolitizante –, podem ser vistos, ainda como uma nova oportunidade para reinstaurar a dinâmica de lutas, prescindidas as instituições constituídas ou suas acepções antidemocráticas, como a tendência moderadora narrada, segundo a lógica da contenção das expressões da multidão. O incessante movimento constituinte não é atingido pelas tendências despolitizantes, primeiro porque o mesmo processo que tempera a tendência moderadora, limitando-a, abre margem para o surgimento de outros polos de poder, deslocando-os, portanto, para outros momentos de luta. Além do mais, com Espinosa (2009b), não é possível prescindir do político, uma vez que os processos de subjetivação se desenvolvem obrigatoriamente no meio social, mediados por processos de cunho político. Novas oportunidades se abrem

constantemente e a luta por direitos nunca cessa, esse é o substrato que não perde a potência constituinte do horizonte.

5 Conclusão

O estudo proposto pretendeu contribuir para a compreensão da divisão de competências entre os três poderes consagrados pela Constituição Federal de 1988, sobretudo no que se refere aos limites das funções exercidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) dentro do sistema de freios e contrapesos. Almejava-se auxiliar no desenvolvimento da percepção das limitações impostas pelo paradigma institucional instalado conforme a Constituição à expressão da potência democrática. Não se descuidou das críticas feitas por Negri (2002) à perspectiva institucionalista, que opõe ao caráter dinâmico e libertador do poder constituinte uma pesadíssima imagem do jogo político como base material da Constituição. A proposta destinou-se, exatamente, à busca das balizas impostas pelo poder constituído à originalidade do poder constituinte. Indagou-se se existiria, na atualidade, equivalência entre a função exercida pelo Poder Moderador durante o Império e alguma das funções constitucionalmente designadas aos órgãos dos três poderes da República. Acreditava-se que existia uma tendência moderadora revelada pela jurisprudência do STF, que, no entanto, não se tornaria o equivalente funcional do Poder Moderador sob pena de destruir internamente a própria lógica da divisão das funções estatais.

Metodologicamente, a construção do sistema analítico de conceitos que embasou o trabalho funda-se na ideia de que o direito é atividade, um movimento de construção da ordem jurídica. O estudo realizado alinha-se à vertente das pesquisas jurídico-descritivas, voltando-se ao exame qualitativo da bibliografia selecionada, através de um processo de inferência, não-dedutivo, que considera além dos próprios textos analisados, circunstâncias externas a eles, notadamente o seu contexto. Duas abordagens foram empreendidas: a primeira, baseada na análise bibliográfica e documental, voltava-se à descrição das instituições do Estado Democrático de Direito e as relações que elas mantêm e; a segunda, voltada a demonstrar, através de exemplos retirados da jurisprudência do Supremo, a pertinência das inferências realizadas.

A diferença de sentido da democracia em relação à monarquia e à aristocracia determina a direção para a qual devem se encaminhar as instituições

de um Estado que se pretende democrático. A inclinação expansiva do corpo político, além de não admitir restrições oriundas das demais formas de governo, carece que se preste especial atenção à questão social, para que a cidadania possa ser exercida quotidianamente, sobretudo na perspectiva da luta por direitos, que impõe a participação dos cidadãos nas questões políticas. A oposição entre as formas de governo (democracia, aristocracia e monarquia) permite compreender o sentido expansivo do *conatus* de uma comunidade política que se pretende democrática. O constitucionalismo, sobretudo na sua versão moderna, baseado na divisão de poderes da constituição mista, conhece conformação alternativa à clássica tripartição das funções estatais, na qual o Poder Moderador desponta como elemento central da estabilidade política.

A tradição nacional, cujo estudo recupera com foco no período imperial e na primeira República, exemplifica a formação monárquica e aristocrática que dominaram, por longos períodos da história brasileira, a conformação institucional do país, traçando o paradigma formal da cúpula das instituições estatais. As heranças destes tempos ainda podem ser percebidas contemporaneamente, especialmente, no atraso de propostas e de soluções para problemas que tem em sua raiz a pobreza. O Imperador, titular do Poder Moderador, e, posteriormente, a política dos governadores ou política Campos Sales, reedição da função moderadora durante a primeira fase republicana do Brasil, são a expressão da necessidade de um árbitro institucional, não apenas para as disputas de posição entre os poderes constitucionais, mas, sobretudo, como força estabilizadora da ordem, no primeiro caso monárquica, no segundo, oligárquica ou aristocrática. Ambas manifestações de um padrão autocrático apartado de perspectivas democratizantes.

A transposição deste embate para o universo habitual do direito, especialmente, diante do enfoque no Supremo Tribunal Federal, considerou a influência da engenharia institucional montada pelos “pais fundadores” norte-americanos, os quais propunham a função preservadora de uma corte constitucional. Já no século XX, esta acepção conservadora foi rediscutida a partir da disputa entre Kelsen (2003) e Schmitt (2007) que envolvia a questão da guarda da Constituição. O afastamento do modelo kelseniano, cujas marcas de contenção da potência democrática são heranças da tradição liberal, apresenta-se como aproximação de uma postura deferente à monarquia e, paradoxalmente, como

aproximação de um modelo de controle de constitucionalidade que privilegia as instâncias judiciais do poder constituído. A instalação do paradigma ditatorial proposto por Schmitt (2007) parece contrariar, liminarmente, a recuperação do modelo aristocrático de Arendt (2011). Contudo, ambos ainda permanecem juntos em aversão à democracia, na medida em que Schmitt (2007) atualiza o pressuposto monárquico defendido por Constant (1889), enquanto Arendt (2011) traz para a contemporaneidade a perspectiva dos *founding fathers*, fundada na diferenciação social, característica das formas aristocráticas.

A centralidade conferida ao Supremo pelo próprio texto constitucional é exacerbada pela construção que fundamenta o sistema de última palavra, o qual confere à corte o poder de agir como árbitro das disputas institucionais, determinando o âmbito de ação dos demais poderes. Um panorama da questão envolve a atuação do tribunal como instância de proteção e garantia de efetivação de direitos fundamentais, que apesar de extensiva aos demais poderes da República, mantém o STF como elemento institucional da luta por direitos. A negação desta perspectiva importaria em grande criatividade interpretativa em relação ao texto constitucional que assim o determina. Entretanto, o movimento de expansão e efetivação dos direitos e garantias fundamentais tem como móvel, não a atuação da corte, mas a disposição da comunidade política em provocá-la, seja pela via institucional concentrada, seja pela difusa. É, portanto um momento que anuncia a dinâmica social da luta por direitos, mas que é apenas uma das suas diversas formas de expressão. De outro lado, quando o Supremo Tribunal se arvora da função de juiz último do sentido constitucional, sobretudo da dinâmica institucional, incorpora o espírito da moderação, agindo como se incorporasse o equivalente funcional do Poder Moderador.

A tendência inscrita na jurisprudência da corte em conceber-se como o epicentro do monopólio estatal da função de guardião da Constituição, na mesma medida em que ignora disposições constitucionais que dispersam a função de guarda, inscrevendo-a no rol de competências de outras instituições, confere traços autocráticos a sua atuação. Quando a corte admite que pode julgar os limites das próprias competências, sobredetermina-se em relação à própria ordem constitucional, assumindo papel semelhante ao desempenhado pelo soberano schmittiano, o qual exerce, também, a função de árbitro das disputas entre os poderes constituídos, atividade tipicamente identificada com o Poder Moderador.

Desconsidera, também, o caráter paraestatal (e meta-institucional) dos processos de manutenção de uma ordem jurídica válida e eficaz, *locus* de onde emerge o poder constituinte.

Analizou-se, ainda, a referência ao dever de autocontenção afirmado pela corte quando dispõe do último poder de decisão. Este dever expõe a parte substantiva da compreensão do Supremo sobre os seus poderes de atuação, tornando mais visível o paralelo com a função moderadora descrita por Lessa (1989). Um dever de autocontenção, fundando na pretensa neutralidade da corte, reforça os traços autocráticos, afirmando uma pretensão de superioridade relativa, que envolve os ministros e o próprio STF. Constatação que, conforme ensina Florestan Fernandes (1976), reconhecidas as marcas sócio-antropológicas que amalgamam monarquia e aristocracia no Brasil, é expressão de um movimento de cima para baixo, inverso ao sentido democratizante da potência constituinte.

A dinâmica de atualização dos três poderes em uma democracia aberta ao poder constituinte não pode estar concentrada nas mãos dos ministros de uma corte constitucional. Não se trata, com efeito, de identificar limites ou matérias que a corte possa ou não decidir. Efetivamente, concordando com C. Mendes (2011), no próprio sistema de freios e contrapesos, os dispositivos ligados à separação de poderes mantém a engrenharia institucional em equilíbrio dinâmico, apesar de se socorrer de meios eminentemente contrários à visão que prega pela expansão da potência democrática. Talvez, a própria proposta de diálogo possa produzir incrementos e melhorias no sistema institucional. Entretanto, segundo uma perspectiva que preza pelo reconhecimento da força ontológica do poder constituinte, deve-se insistir que estas propostas ainda se mantêm presa aos ideais do constitucionalismo tradicional, assumindo algumas limitações como imanescentes à democracia, as quais a proposta deste trabalho nega. Democracia livre das amarras que as tradições ligadas a outras formas de governo lhe deixaram como herança é democracia que se pratica, que se vive.

A jurisprudência do Supremo não é revolucionária – nem poderia sê-lo, uma vez que a própria separação de poderes é cláusula pétrea –, porque não atacou os pressupostos da ordem constitucional, herdeira do passado monárquico e aristocrático, pelo contrário, utiliza-se desse expediente para se afirmar como instância de poder. Suas decisões apontam no sentido de que a corte se adequa a um novo panorama constitucional. O STF não assumiu uma postura de ruptura

porque está adstrito ao horizonte político-institucional de uma nova ordem constitucional. Tendo esta perspectiva como inspiração, recolocando-a nos horizontes deste trabalho, a questão relativa à tendência moderadora incorporada pelo STF ganha outra dimensão. Não se trata de uma tendência que tenha força para restaurar uma forma de governo contrária à democracia, tampouco dispõe de meios para se igualar às instancias moderadoras de caráter político-centralizador, como ocorrido durante a República Velha. Trata-se, na verdade, de se colocar como instância de poder que, apesar de não negar seus laços de raízes moderadores, incorpora um papel central na dinâmica política do Estado contemporâneo, afirmando seu discurso competente como autoridade constitucional capaz de se sobrepor aos demais poderes da República, porque competente para determinar o sentido da própria Constituição.

A questão da guarda da Constituição como a doutrina tradicionalmente entende e como foi incorporada pela jurisprudência é, em si, problemática, porque revela, de partida, a dimensão de preservação do *status quo* constitucional. As formas de organização da constituição mista, que assumem, atualmente, novas relações, são tributárias de outras formas de governos avessas ao movimento democratizante, o que torna urgente a sua compreensão e superação, caso se deseje construir uma democracia que se pretende perpetuar no tempo, construindo um novo tempo. O novo paradigma fundado no discurso competente do Supremo, juiz e intérprete das próprias competências, não só o aproxima de práticas monárquicas e aristocráticas, como o mantém afastado da própria prática democrática, cerrado à potência constituinte.

A imagem de uma democracia compreende a materialização de instituições que estejam dispostas a se abrir à atualização, como imperativo da essência do *conatus* de um corpo político. Ainda que isto não implique na extinção da forma atual dos poderes constituídos, o reconhecimento do fechamento autocrático do Supremo Tribunal Federal conforme uma tendência moderadora importa na necessidade de revisitar sua estrutura, ainda tributária de outras formas de governo. A atual disposição da corte, manifesta em sua jurisprudência, reforça a tese de Van den Enden (2010) de que um governo democrático é, geralmente, debilitado por males oriundos da aristocracia ou da monarquia.

Referências bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. **The failure of the founding fathers**. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEMANHA. **The Reich Constitution of august 11th 1919 (Weimar Constitution)**. Disponível em: http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php#Third_Chapter. Acesso em: 21 out. 2014.

ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu: la politique et l'Histoire**. 4.ed. Paris: PUF, 2003.

ARENDT, Hanna. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

_____. **Sobre a revolução**. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. In. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 17, jan./ fev./ mar., 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>. Acesso em 03 dez. 2014.

BABBIE, Earl. **The practice of social research**. 9. ed. Belmont: Wadsworth/Thomson learning, 2000.

BALIBAR, Étienne. **Ciudadanía**. Tradução Rodrigo Molina-Zavalía. Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos**: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_americanizacao_do_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf. Acesso em: 03 dez. 2014.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, nº 9, mar/ abr/ mai 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em 03 dez. 2014.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Erico Araújo. **O oráculo do poder constituinte:** reminiscências do Poder Moderador na atuação do Supremo Tribunal Federal. 2010. 234 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento do Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

BERCOVICI, Gilberto. “Separação de poderes” no Estado federal norte-americano. **Revista de Informação Legislativa**, n. 150, p. 225 – 230, abr./jun., 2001.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2. ed. New Haven; Londres: Yale University, 1986.

BOÉTIE, Étienne de La. Discurso da servidão voluntária. Tradução Casemiro Linarth. São Paulo: Martins Claret, 2009.

BOVE, Laurent. Direito de Guerra e direito comum na política espinosana. In: _____. **Espinosa e a psicologia social:** Ensaios de ontologia política e antropogênese. Belo Horizonte: Autêntica, 2010, p. 153 – 164.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 30 mai. 2014a.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 30 mai. 2014b.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 mai. 2014c.

_____. Decreto-lei nº 200. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 13 nov. 2014.

_____. Lei nº 1.079/50. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, DF, 12 abr. 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11079.htm>. Acesso em 05 nov. 2014.

_____. Lei nº 7. 347/85. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm>. Acesso em 06 nov. 2014

_____. **Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2011**. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2A8C106B393F7E5CA93F562C0819B052.proposicoesWeb1?codteor=876817&filenome=PEC+33/2011>. Acesso em 05 jan. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 271. Julgada em 06 set. 2001. Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346279>>. Acesso em 10 fev. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 1.224. Julgada em 30 set. 1994. Rel. Min. Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346830>>. Acesso em 10 fev. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 2.626. Julgada em 18 abr. 2002a. Rel. Min. Sydney Sanches. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266863>>. Acesso em 10 fev. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 3.316-6. Julgada em: 09 mai. 2007a. Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469700>>. Acesso em 05 jan. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 3.345. Julgada em: 25 ago. 2005a. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613536>>. Acesso em 05 jan. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 3.685. Julgada em 22 mar. 2006. Rel. Min. Ellen Gracie. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363397>>. Acesso em 10 fev. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 4.430. Julgada em: 29 jun. 2012. Rel. Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4543766>>. Acesso em: 28 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 733.387 Distrito Federal. Julgado em: 16 dez. 2008a. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3371858>>. Acesso em 05 jan. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. AP 565. Julgado em 8 ago. 2013a. Rel. Min. Carmén Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5931475>>. Acesso em: 30 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Emb. Decl. no RE nº 219.934-2. Julgado em 13 out. 2004a. Rel. Min. Ellen Gracie. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=50905>>. Acesso em 05 jan. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Emb. Decl. no RE nº 361.829. Julgado em 2 mar. 2010. Rel. Min. Ellen Gracie. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609543>>. Acesso em 30 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ext. 1.085. Julgada em 8 jun. 2011a. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630001>>. Acesso em 30 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em MS nº 25.579-0/DF. Julgado em 19 out. 2005b. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=482004>>. Acesso em 07 jan. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS nº 26.441/DF. Julgado em 25 de jul. 2007b. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606848>>. Acesso em 07 jan. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS nº 32.033/ DF. Julgado em: 20 jun. 2013b. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006>>. Acesso em: 25 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Oitavos Emb. Decl. Julg. na AP. 470. Julgada em 4 set. 2013c. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Disponível em : <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=233225814>>. Acesso em: 30 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE nº 196.590-9/ AL. Julgado em 16 abr. 1996. Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235194>>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE nº 398.407-1/ RJ. Julgado em 21 set. 2004b. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261744>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE nº 633.703/ MG. Julgado em 23 mar. 2011b. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>>. Acesso em 03 nov. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 11.243 República Italiana. Julgado em 08 jul. 2011c. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RCL_11243_1319334552988.pdf?Signature=pkgA6liSNddBj4H7%2BIYJLoWQiSI%3D&Expires=1420454417&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=158e20ee7110f8b6664324266eaa6ef8>. Acesso em 05 jan. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 10. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 jun. 2008b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=10.NUM.E.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em 30 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 11. **Diário Oficial União**, Brasília, DF, 11 nov. 2008c. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf>. Acesso em 10 dez. 2014.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta 715. Julgada em 16 fev. 2002b. Rel. Min. Garcia Vieira. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudInteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=715&processoClasse=CTA&decisaoData=20020226&decisaoNumero=21002>>. Acesso em 10 fev. 2015.

CAMPOS, Francisco. **O Estado nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. [s.l.]: Ridendo Castigart Mores, 2002. e-book.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação**: economia, sociedade e cultura. Vol. 2. Tradução Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e terra, 1999.

CHAUÍ, Marilena. A ciência dos afetos. In: _____ **Desejo, ação e paixão na Ética de Espinosa**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 101-132.

_____. **Cultura e democracia**: o discurso competente e outras falas. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. **O retorno do teológico-político**. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/bss/documentos/o_retorno_do_teologico.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.

_____. **Política em Espinosa**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo e democracia. In. **ALCEU**, v. 5, nº 9, p.105 – 113, jul./ dez. 2004. Disponível em: <http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em 03 dez. 2014.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In. Moraes, João Quartim de. **Filosofia política**. Porto Alegre: L&PM, 1985.

ENDEN, Franciscus Van den. **Libertad política y estado**: proposiciones políticas libres y consideraciones de estado. Tradução Leandro García Ponzo. Buenos Aires: El Cuenco de Plata, 2010.

ESPINOSA, Baruch. **Ética**. Tradução Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2009a.

_____. **Tratado político**. Tradução Diogo Pires Aurélio. São Paulo: Martins Fontes, 2009b.

_____. **Tratado teológico-político**. Tradução Diogo Pires Aurélio. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I relatório Supremo em números**: o múltiplo Supremo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011.

FALCÃO, Joaquim; ABRAMOVAY, Pedro; LEAL, Fernando; HARTMANN, Ivar A. **II relatório Supremo em números**: O Supremo e a federação. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2013.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. **III relatório Supremo em números**: O Supremo e o tempo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: a formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FERNANDES, Florestan. **A revolução burguesa no Brasil**: ensaio de interpretação sociológica. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

_____. **Que tipo de República?** 2. ed. São Paulo: Globo, 2007.

GARDNER, John. Legal positivism: 5 ½ myths. **The American Journal of Jurisprudence**. Vol. 46, 2001. Disponível em <<http://scholarship.law.nd.edu/ajj/vol46/iss1/12>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

GRIFFIN, Stephen. The age of Marbury: judicial review in a democracy of rights. **Tulane University School of Law: Public Law and Legal Theory Working Papers Series**, set. 2003. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=441240>. Acesso em: 15 dez. 2014.

GUIMARAENS, Francisco de. **Cartografia da imanência**: Spinoza e as fundações ontológicas e éticas da política e do direito. Rio de Janeiro, 2006. 387p. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

_____. O Judiciário brasileiro e a fidelidade partidária: retorno à Emenda nº 1/69? **Boletim CEDES (online)**, out. 2007. Disponível em: <<http://cedes.iesp.uerj.br/PDF/07outubro/fidelidadepartidaria.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. **O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri**: um conceito muito além da modernidade hegemônica. Rio de Janeiro, 2002. 187p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

_____. Spinoza y la institución de los derechos y de la democracia. In: FEREZ, Cecila Abdo; OTTONELLO, Rodrigo; CANTISANI, Alejandro. **La bifurcación entre pecado y delito**: Crimen, justicia y filosofía política de la modernidade temprana. Buenos Aires: Gorla, 2013. p. 175-187.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HAMILTON, Alexander; MADSON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução Berilo Vargas. 2. ed. Rio de Janeiro: Record 2001.

_____. **Multidão**: Guerra e democracia na era do império. Tradução Clovis Marques. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. Traduzido por A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. **Annual Review of Political Science**, v. 11, 2008. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1138008>. Acesso em 15 dez. 2015.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza, Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ISRAEL, Jonathan I. Philosophy, politics and the liberation of man. In: _____. **Radical Enlightenment: Philosophy and the Making of Modernity, 1650-1750**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 258-274.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Jurisdição constitucional**. Tradução Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Victor Nunes. A divisão de poderes no quadro político da burguesia. In: CAVALCANTI, Temístocles; MEDEIROS SILVA, Carlos; Leal, Victor Nunes. **Cinco Estudos: a federação – a divisão de poderes (2 estudos) – os partidos políticos – a intervenção do estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1955, p. 93 – 113.

_____. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEITE, Fábio Carvalho. **1981: a construção da matriz político-institucional da república no Brasil**. 2003. 218f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.

LESSA, Renato. **A invenção republicana: Campos Sales, as bases e a decadência da Primeira República Brasileira**. São Paulo: Vértice, Editora Revista dos Tribunais, 1988.

_____. A política como ela é...: Carl Schmitt e o realismo político como agonia e aposta. In: LESSA, Renato. **Agonia, aposta e ceticismo: ensaios de filosofia política**. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

_____. Do risco da delinquência judiciária. **Boletim CEDES (online)**, abr. 2007. Disponível em: <<http://www.cis.puc-rio.br/cedes/banco%20artigos/Judici%20e%20rela%20E7%F5es%20entre%20Poderes/lessa.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2014.

MANGABEIRA, João. **Em torno da Constituição**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1934.

MAQUIAVEL, Nicolau. **Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Tradução Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NUNES, Victor Freitas Lopes. **Autorreferência e atualização**: uma particularidade da democracia. Disponível em: <<http://www.jornadacsoufjf.com/#!anais/c21bw>>. Acesso em 08 set. 2014.

PILATTI, Adriano. **A constituinte de 1887 – 1888**: progressistas, conservadores, ordem econômica e as regras do jogo. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio; Lumen Juris, 2008.

POCOCK, John Greville Agard. **The machiavellian moment**: Florentine political thought and the Atlantic Republican Tradition. 2. ed. Princeton; Woodstock: Princeton University Press, 2003.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO. **Normas para apresentação de teses e dissertações**. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2001.

RANCIÈRE, Jacques. **O desentendimento**: política e filosofia. Tradução Ângela Lopes Leite. São Paulo: Editora 34, 1996.

REBECQUE, Henri Benjamin Constant. **Princípios políticos constitucionais**: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França (1889). Tradução Maria do Céu Carvalho. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989.

RIBEIRO MENDES, Andityas Soares de Moura. ΝΟΜΟΣ ΠΑΝΤΟΚΡΑΤΩΣ ? apocalipse, exceção, violência. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 105, p. 227 – 342, jul./dez., 2012.

ROCHA, Maurício. Spinoza e o infinito: a posição do problema. **Conatus**, vol 3, nº 5, p. 71 – 80, jul. 2009.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Tradução Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. **O guardião da Constituição**. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Teologia política**. Tradução Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **Teoría de la constitución**. Tradução e apresentação Francisco Ayala. Madri: Alianza Editorial, 2011.

SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012.

TUSHNET, Mark. **The new constitutional order**. Princeton; Woodstock: Princeton University, 2004.

URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde de. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. In. _____. Visconde de Uruguai. Organização José Murilo de Carvalho. São Paulo: Editora 34, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, vol. 4, n. 2, p. 441 – 464, jul./ dez. 2008.

VILLA, Vittorio. A Pragmatically Oriented Theory of Legal Interpretation. In. **Revijaza evropsko ustavnost (Revus)**, Vol. 12, pp. 89-120, 2010.

ZOURABICHVILI, François. **Le conservatisme paradoxal de Spinoza: enfance et royauté**. Paris: PUF, 2002.