

2

Breve análise sobre a Modernidade hegemônica e o Constitucionalismo

2.1

A Tensão entre Transcendência e Imanência

Antes de explicitar o conceito de poder constituinte que se busca tratar no presente trabalho e iniciar a análise dos debates travados na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, se faz necessário abordar como surgiu a tensão entre transcendência e imanência, que marcou a Modernidade a partir do século XV. Falamos de dois projetos de Modernidade opostos, cujo conflito acabou por consagrar como vitoriosa a Modernidade fundada na transcendência e na regulação³.

A Modernidade tem a ver com a invenção do humanismo, com o desenvolvimento das ciências, com a laicização da sociedade e surgimento da visão mecanicista do mundo, bem como da produção social, científica e política oriunda da tensão entre transcendência e imanência⁴. Entretanto, como afirma Marilena Chauí (2010), estabelecer uma relação causal direta entre acontecimentos sócio-políticos e a constituição dos conhecimentos filosóficos e científicos, ou a criação artística, pode levar a um equívoco, uma vez que ideias e criações podem estar em avanço ou em atraso com relação aos acontecimentos

³ Importante destacar que regulação e transcendência não se confundem. Sobre a lógica regulatória, Boaventura de Sousa Santos (2000) descreve a tensão entre regulação e emancipação no campo jurídico afirmando que “ao direito moderno foi atribuída a tarefa de assegurar a ordem exigida pelo capitalismo, cujo desenvolvimento ocorreria num clima de caos social que era, em parte, obra sua”. A tensão entre regulação e emancipação recai sobre o fato de a legitimidade do poder regulador derivar da sua autonomia relativamente aos poderes fáticos envolvidos nos conflitos cuja resolução exige regulação. Essa tensão propiciou a recepção do Direito Romano, que se iniciou no final do século XI na Universidade de Bolonha, como parte integrante do projeto histórico da nova burguesia europeia, em luta pela conquista do poder econômico e cultural e pelo poder político. (SANTOS, 2000. pp. 120-124).

⁴ LATOUR, 1994, p. 40.

sócio-políticos e econômicos, pois tudo depende da maneira como os pensadores enfrentam questões colocadas para sua época, indo além ou ficando aquém delas⁵.

Assim, se mostra de relevante importância entender o que cada projeto representou no intuito de perceber as diferentes visões de mundo e sua respectiva influência na política, na sociedade e no Estado.

Mas, antes de aprofundar o debate, deve-se começar pelo início: o que significa transcendência e imanência?

Transcendência é aquilo que não resulta do jogo natural de uma certa classe de seres ou de ações, mas que supõe a intervenção de um princípio que lhe é superior, que ultrapassa nossa capacidade de conhecer. Imanente é aquilo que existe sempre em um dado objeto e é inseparável dele; que está contido em ou o que provém de um ou mais seres, independentemente de ação exterior; é aquilo de que um ser participa, ou que um ser tende, ainda que por intervenção do outro ser. A etimologia sugere que a imanência supõe a representação do que é interior ao ser considerado.⁶

Assim, a transcendência traz um registro da realidade que não permite qualquer intervenção humana, se baseia no que “está fora”, em abstrações superiores, enquanto que a imanência traz um registro da realidade em que se inserem o ser humano e as demais coisas existentes; um plano do real em que todos participam⁷. Ao discorrer sobre a causa imanente, Chauí (1999, p.874) destaca:

Deus é causa de todas as coisas porque tudo o que é só pode ser e ser concedido por Ele, que, portanto, produz as coisas que Nele são e que, não sendo substâncias e sim modos, não existem em si e nem por si são concebidas, devendo existir em outro que as causa como efeitos imanentes ou como seus modos. [...] Na proposição I, P16, as coisas são consequências necessárias da natureza do ser absolutamente infinito e, pelos corolários, são efeitos da ação do ser absolutamente infinito que, pela proposição, P17, é ação da causa livre que age pelas leis de sua natureza ou pela perfeição de sua natureza e não por alguma causa extrínseca (fins) ou intrínseca (superabundância, bondade, justiça, vontade, intelecto). A proposição I, P18 é, assim, preparada geometricamente por um movimento dedutivo e demonstrativo contínuo, pelo qual o absoluto é *ratiosive causa* de suas infinitas modificações infinitas que são nele, por ele são concebidas e são causadas por ele sem que deva sair de si – “nele permanecemos e ele permanece em nós”, como sublinha a epígrafe joanina do Teológico-político.⁸

⁵CHAUÍ, 2010.

⁶ROCHA, Maurício 1998, p. 73.

⁷“transcendência é registro do real que supera a capacidade humana de intervenção neste mesmo real, e imanência, é o plano ou registro de realidade no qual se inserem o ser humano e as demais coisas existentes e do qual os mesmos participam, sendo capazes de realizar intervenções ativas ou serem afetados pelo que é imanente.” (GUIMARAENS, 2004a, p. 68).

⁸CHAUÍ, 1999, p. 874.

Dito isso, é certo afirmar que o projeto transcendente buscou se utilizar de dualismos para segmentar o real, produzindo, assim, diversas espécies de oposições entre categorias, como, por exemplo, natureza e cultura⁹, corpo e mente, poder e potência, feminino e masculino.

Descartes, a título de ilustração, traduz sua filosofia em um regime transcendente, sendo um dos maiores representantes do pensamento dualista entre mundo e Deus (ser), bem como entre corpo e alma. Para Descartes, Deus é infinito, a natureza criada por ele é finita, consubstanciando-se, assim, uma relação entre o criador e o universo que ele criou marcada pela transcendência. Descartes busca demonstrar que Deus criou a natureza, suas leis e, o que é inteligível e ordenado, assim o é porque tudo o que Deus faz e obra de sua inteligência infinita¹⁰.

Spinoza destrói, de forma radical, essa filosofia cartesiana, ao afirmar que *deus sive natura*, ou seja, Deus seria um poder ativo, criativo, imanente na natureza. “Deus é, em relação aos seus efeitos ou criaturas, nada além do que

⁹ Sobre o tema dos dualismos e a construção do paradigma moderno, se mostra oportuno ressaltar a lição de Carlos Alberto Plastino, que afirma: “Ao postular a natureza como objeto racional a ser conhecido e o ser humano como sujeito racional desse conhecimento, o paradigma moderno elaborou uma concepção específica do conhecimento, pautada pela atividade racional e soberana de um sujeito neutro, separado de seu objeto, e pela passividade de uma natureza inteiramente submetida a relações de determinação. A partir dessa base pode-se então postular a possibilidade de um *conhecimento verdadeiro do real*, representado com exclusividade pela ciência moderna. Construiu-se assim, uma perspectiva totalitária e excludente do conhecimento, excluindo todas as formas de saber que não se pautavam pelos pressupostos referidos, isto é, que não separavam radicalmente o ser humano da natureza [...] que não adotava como consequência a perspectiva da cisão radical entre sujeito e objeto.”(grifo do autor). (PLASTINO, 2001. P. 23).

¹⁰ Na quarta parte da obra *Discurso do Método*, Descartes, após demonstrar que o fato de pensar era possível porque ele existia, e que, ao duvidar de certas ideias que concebia se mostrava um ser imperfeito, buscou um ser mais perfeito do que ele, que seria Deus. Destaca-se o seguinte trecho: “Pois, primeiramente, aquilo mesmo que há pouco tomei como regra, ou seja, que as coisas que concebemos muito clara e distintamente são todas verdadeiras, só é certo porque Deus é ou existe, e é um ser perfeito, e tudo que existe em nós vem dele.”(DESCARTES, 2011, p. 68-69).

O pensamento cartesiano se baseia em uma lógica binária entre Deus e o nada, entre ser e o não-ser. Nesse sentido, na quarta meditação, Descartes afirma: “E, na verdade, quando só penso em Deus, não descubro em mim nenhuma causa de erro ou de falsidade, mas pouco depois, voltando a mim, a experiência me faz conhecer que sou, não obstante, sujeito de uma infinidade de erros, dos quais, procurando a causa de mais perto, noto que não se apresenta somente ao meu pensamento uma real e positiva ideia de Deus, ou então de um ser soberanamente perfeito, mas também por assim dizer, uma certa ideia negativa do nada, ou seja, daquilo que é infinitamente distante de todo tipo de perfeição; e que sou como um meio entre Deus e o nada, ou seja, situado de tal modo entre o soberano ser e o não-ser que na verdade nada se encontra em mim que me possa conduzir ao erro, na medida em que um soberano ser me produziu; mas que, se me considero como participando de alguma forma do nada ou do não-ser, ou seja, na medida em que eu mesmo não sou o soberano ser, acho-me exposto a uma infinidade de faltas, de forma que não me devo espantar se em engano.” (*Ibidem*, p. 85).

causa imanente”¹¹. O movimento é declarado imanente na natureza por Spinoza, que, diante de seu ousado pensamento, passa a ser classificado como principal ateu da época, o mais pernicioso e perigoso pensador, o inimigo da cristandade, o “novo Maomé”¹².

Descartes afirma uma superioridade do homem em relação à natureza, entendendo o homem como um império dentro de um império¹³, e Deus, figura à o homem é semelhante e que é superior a todas as demais coisas, cria de acordo com modelos previamente formulados em seu entendimento infinito. Segue-se, do pensamento cartesiano, que o homem deve seguir tais modelos pressupostos e buscar conhecê-los através da razão¹⁴.

No campo da política, a lógica da transcendência igualmente se espraia e se reproduz, utilizando-se da ordem superior divina, em um primeiro momento, como fundamento para instauração de governos e legitimação transcendente do poder. Essa legitimação, em um segundo momento, deixará de se pautar na origem divina do poder, mas outras formas autoritárias serão construídas pela transcendência. Assim, o cartesianismo auxiliou a conter o desejo liberatório da coletividade humana, que se expressava na alvorada da Modernidade, e seu aparato ontológico baseado no dualismo foi de fundamental importância para o surgimento da teoria a respeito da Soberania e razões do Estado.

Entretanto, no âmbito político, é Hobbes quem representa de forma mais explícita a lógica da Modernidade transcendente, ao pensar a Soberania de Estado e instaurar um mecanismo de legitimação da regulação operacionalizada através do aparelho do Estado¹⁵. Através da lógica da representação como aparato

¹¹BOVE, 1996, p. 26.

¹²ISRAEL, 2009, p. 199.

¹³Importante destacar as lições de Marilena Chauí: “Que o homem seja um *imperium* significa que não segue a ordem natural, mas ‘possui potência absoluta sobre suas ações e não é determinado por nenhum outro que ele próprio’. E que ele seja *imperium in imperio* significa que a filosofia moral julga haver dois poderes soberanos – o da Natureza e o do homem – que são necessariamente rivais, uma vez que a marca do *imperium* é a indivisibilidade. Assim, o poder humano, embora situado na Natureza, é, em si mesmo, extranatural ou tem sua origem fora da Natureza. *Imperium in imperio* significa que à soberania da necessidade natural contrapõe-se a soberania da vontade humana ou a liberdade, entendida como poder para determinar-se apenas por si mesmo, independentemente da ordem necessária da Natureza.” (CHAUÍ, 2011, p.110).

¹⁴Sobre o tema, importante destacar o prefácio da parte III, da Ética: “Sei, é verdade, que o muito celebrado Descartes, embora também acreditasse que a mente tem um poder absoluto sobre suas próprias ações, tentou aplicadamente, entretanto, explicar os afetos humanos por suas causas primeiras e mostrar, ao mesmo tempo, a via pela qual a mente pode ter um domínio absoluto sobre os afetos. Mas ele nada mais mostrou, em minha opinião, do que a perspicácia de sua grande inteligência, como provarei em momento oportuno.” (SPINOZA 2013, p. 161).

¹⁵GUIMARAENS, 2004a, p. 38.

transcendente ao corpo social, cria-se a figura do soberano absoluto, como mecanismo de superposição da autonomia política sobre o social. Através do medo e da necessidade de conservação da vida e da propriedade, os súditos alienam sua liberdade ao celebrar o contrato com o leviatã¹⁶.

Rousseau, igualmente, se apresenta como pensador filiado à transcendência ao tratar da Soberania e criar a abstração da “vontade geral”¹⁷, como fundamento para legitimar o aparato do Estado, como forma de regular de maneira adequada o social. Assim como em Hobbes, o político se sobrepõe ao social, através da representação e do contrato¹⁸, em uma lógica regulatória típica do projeto transcendente.

Esse novo tipo de regulação do Estado Moderno se funda em modelos abstratos, sem considerar as singularidades dos fatos a regular, buscando instaurar uma ordem ideal e racional sobre o social. O estado passava a ser um ordenador social e agente purificador, procurando afastar as ambivalências e hibridizações sociais, e impor uma ordem de fora para dentro, na tentativa de sufocar conflitos sociais inerentes ao processo de constituição do social, dos híbridos e das ambivalências¹⁹.

Assim, o Estado Moderno, fundado na ideia de Soberania, opera através de mecanismos constituídos em busca de um espaço de homogeneidade,

¹⁶ À guisa de exemplo, Hobbes, ao abordar a liberdade dos súditos, destaca: “Da mesma Forma como os homens, almejando conseguir a paz, e por meio dela sua própria conservação, criaram um homem artificial chamado Estado, criaram, também, cárceres artificiais, chamados leis civis, que, mediante pactos mútuos, os mantêm presos, por uma das extremidades, ao homem ou à assembleia a quem confiaram o poder soberano e, por outra, a seus próprios ouvidos. Esses laços, embora fracos por natureza, são mantidos, seja pelo perigo, seja pela dificuldade de rompê-los. (HOBBS, 2013, p. 171)

¹⁷ Sobre a vontade geral, se mostra interessante e ilustrativo o seguinte trecho da obra rosseaniana mais célebre: “Resulta do precedente que a vontade geral é sempre reta e tende sempre para a utilidade pública; mas não significa que as deliberações do povo tenham sempre a mesma retitude. Quer-se sempre o próprio bem, porém nem sempre se o vê: nunca se corrompe o povo, mas se o engana com frequência, e é somente então que ele parece desejar o mal.

Há muitas vezes grande diferença entre a vontade de todos e a vontade geral: esta olha somente o interesse comum, a outra o interesse privado, e outra coisa não é senão a soma de vontades particulares; mas tirai dessas mesmas vontades as que em menor ou maior grau reciprocamente se destroem (6), e resta como soma das diferenças a vontade geral”. (ROUSSEAU, 2011).

¹⁸ Não podemos descuidar da importante obra “*Do Cidadão*” (1651), de Thomas Hobbes, onde fundamenta sua concepção monarquista do poder político na legitimidade que advém do povo e não do cidadão. Nesse caminho, destaca-se o trecho da obra na versão inglesa: “He therefore by a City understood a multitude of men declaring by common consent (imagine it a writing confirm'd by Votes) some certain formes ofliving; but these are nothing else but some mutual! contracts which oblige not any man (and therefore are no Lawes) before that a Supreme Power being constituted which can compell, have sufficient remedy against the rest, who otherwise are not likely to keep them. (HOBBS, 1984, p. 169).

¹⁹ GUIMARAENS, *op. cit.*, p. 42.

sedentarismo e segurança, com a finalidade de garantir a pureza e evitar o conflito e a desordem, sufocando, através do poder do Estado, qualquer espaço onde possa fluir o desejo de liberação das singularidades, visto pelo Estado como ameaça à ordem imposta através do exercício da Soberania. Contudo, a obsessão desse Estado em regular tudo e todos passou a não ser mais suficiente para impor a ordem aos híbridos, às singularidades que cada vez mais iam surgindo na coletividade. A crise moderna que sempre era resolvida através da transcendência, passou a ser irresolúvel. Não era mais suficiente para enquadrar todas essas singularidades na sua lógica regulatória²⁰.

O Estado Moderno não consegue regular totalmente o real constituído. A transcendência passa a não ser mais capaz de fornecer alternativas para solucionar a crise vivenciada, “até porque a crise da modernidade, resultante da tensão entre imanência e transcendência, não é mais passível de solução em um mundo em que ‘não há fora’”.²¹ Nesse sentido, o pensamento sobre a imanência ganha força e passa a demonstrar sua fundamental importância para compreensão do real, para se entender as alternativas liberatórias e se compreender o próprio poder constituinte.

Acerca da filosofia e do plano de imanência, inegável foi a contribuições de Spinoza, que em sua filosofia radical estabeleceu que “Deus é causa imanente de todas as coisas, e não transitiva”^{22, 23}.

A causa imanente é interna a si mesma, não há “fora” como no caso da transcendência. “A imanência é o local do constante fluxo produtivo, de um real em ininterrupta mutação, o local do comum”²⁴. O ser imanente não é razoável,

²⁰“Digamos que os modernos foram vítimas de seu sucesso. É uma explicação grosseira, concordo, e no entanto tudo acontece como se a amplitude da mobilização dos coletivos tivesse multiplicado os híbridos a ponto de tornar impossível, para o quadro constitucional que simultaneamente nega e permite sua existência, mantê-los em seus lugares. A constituição moderna desabou sob seu próprio peso, afogada pelos mistos cuja experimentação ela permitia, uma vez que ela dissimulava as consequências desta experimentação no fabrico da sociedade. O terceiro estado se tornou numeroso demais para se sentir fielmente representado pela ordem dos objetos ou pela dos sujeitos.” (LATOURET, Bruno. *Ibidem*. P. 53).

²¹GUIMARAENS, 2004a, p. 44.

²²Segundo Marilena Chauí, “a causa eficiente hobbesiana é transitiva, isto é, uma vez produzido o efeito, a causa se afasta e se mantém separada do resultado. Eis porque o direito natural pode ser causa eficiente da vida civil e depois quase desaparecer, uma vez o direito civil estabelecido. A causa eficiente espinosana é imanente, isto, é, o efeito é sua expressão ou sua realização particular, de sorte que a causa é mantida naquilo que produz”. (CHAUÍ, 2003, p. 302).

²³Proposição XVIII. *Deus est omnium rerum causa immanens, non vero transiens.* (SPINOZA, 2013, p. 43).

²⁴GUIMARAENS, 2004a, p. 46.

adequado, proporcional. Tais noções são apenas possíveis se trabalharmos com modelos, medidas²⁵, o que é incompatível com o pensamento radical spinozano.

O filósofo holandês refuta toda a argumentação cartesiana fundada na ideia de que o homem seria imagem e semelhança do Ser ao demonstrar que o mesmo não pode agir mediante sua vontade infinita, que é atributo análogo do intelecto humano. Assim, Spinoza desmonta dois principais fundamentos da transcendência, ao afirmar que a vontade não pode indicar atributo do Ser, pois, “como o Ser é plenamente livre, na medida em que todo momento por si só é determinado a agir, não pode a vontade ser um atributo seu”²⁶. Ademais, não há vontade livre, pois a vontade age de uma determinada maneira definida²⁷. A vontade, por ser apenas um modo definido do pensar, somente pode operar por outra causa, ou seja, por ser a vontade um produto, um efeito, não pode constituir a causa de si, do Ser.

Assim, a filosofia ganha força ao afirmar a imanência, repercutindo no âmbito da política. O afastamento da possibilidade de haver modelos prévios definidos por algum intelecto superior e transcendente reorienta a concepção de política e a estruturação de um aparato soberano que subordine o social à regulação política. A concepção da política através da imanência não admite que se entenda que a política é autônoma ao social, ou seja, não há uma superioridade da política. A ordem política surge como força imanente ao social.

A política, através da ideia de imanência, pode ser compreendida considerando-se os mecanismos de composição de forças. Ele passa a ser um espaço de conflito entre forças regulatórias e liberatórias, “como um espaço de resistência positiva”²⁸. Não se trata de impedir qualquer regulação vigente, mas possibilitar a construção de novas formas de ordenação e permitir a expansão criativa da expressão coletiva e individual de outra forma distinta da lógica regulatória, que controla tudo e todos.

²⁵ Negri, ao descrever que a imaginação produtiva é uma potência ética em Spinoza, como uma faculdade presente na construção da história da liberação, destaca que o pensamento spinozano exclui o tempo-medida: “La philosophie de Spinoza exclut le temps-mesure. Elle préfère le temps-vie. C’est pourquoi Spinoza ignore le mot ‘temps’ – tout en fixant son concept entre vie et imagination. Car pour Spinoza, le temps n’existe que comme libération. Le temps libère se fait imagination productive, enracinée dans l’éthique. Le temps libère n’est ni devenir, ni dialectique, ni médiation. Mais l’être qui se construit, constitution dynamique, imagination réalisée. Le temps n’est pas mesure, mais éthique.”. (NEGRI, 1994, p. 14).

²⁶ GUIMARAENS, *op. cit.*, p. 48.

²⁷ Parte I, proposição XXXII. Corolário2. (SPINOZA, 2013).

²⁸ GUIMARAENS, *op. cit.*, p.52.

Resistir faz parte da vida política. Através do conflito, do dissenso, se constrói o novo. “A política existe quando a ordem natural da dominação é interrompida pela instituição de uma parcela dos sem-parcela”²⁹. Fora dessa relação conflitante de desigualdade, não há política, mas relações de dominação e desordem da resistência.

A resistência é exercida pelos sujeitos sociais cotidianamente, nas atividades produtivas contra um padrão, nas atividades de reprodução social, contra o paternalismo no seio da família, na comunicação social. Assim, a resistência interage de maneira criativa. A insurreição, que aglutina todas as formas de resistência e assume a forma de um movimento de massa resistente, quando encontra objetivos determinados, apresenta um discurso político inovador do comum³⁰. “A política, portanto, se conforma enquanto produção da vida, do esforço em perseverar no ser e, exatamente por isto, se expressa enquanto resistência”.³¹

Acerca do realismo, da desutopia no pensamento político moderno, traduz-se de fundamental importância a filosofia de Maquiavel, que defendia o cultivo da *virtú* dos cidadãos contra os intempéries da fortuna, entendendo que a liberdade republicana tendia a considerar a *virtú* como a qualidade que capacita um povo livre a conservar a liberdade e a sustentar a grandeza de sua república.”³² O tema acerca do republicanismo em Maquiavel será tratado oportunamente.

Portanto, a imanência rompe com qualquer pensamento transcendente do poder político, de modo a afirmar que o conflito faz parte e constitui a própria política e traduz uma força dinâmica e produtiva. Não há “fora”, e o social não é tratado como subordinado ao político.

Trazer “o conflito para dentro da discussão política, não no sentido de superação do conflito, mas sim no sentido de ser o conflito a própria mola propulsora da política, é o resultado imediato da concepção imanente do real”.³³ A política, assim, é entendida sem finalidades transcendentais e utopias, mas como local onde grupos afirmam seus interesses.

²⁹ RANCIÈRE, 1996, p. 26.

³⁰ NEGRI, 2003, p. 197

³¹ GUIMARAENS, 2004a, p. 53.

³² SKINNER, 1996, p. 197.

³³ GUIMARAENS, *op. cit.*, p. 54.

Assim, o plano de imanência³⁴ se mostra de fundamental importância para se compreender o poder constituinte como uma força liberatória, de emancipação da multidão de subjetividades, de híbridos. A transcendência bloqueia esse pensamento, busca conter a resistência como uma forma criativa e produtiva, como o palco da própria política.

A discussão acerca dos projetos da transcendência e imanência origina outro notório conflito entre emancipação e regulação, entre um regime de instâncias normatizadoras *versus* expressão de forças liberatórias. A criação do leviatã hobbesiano traz claramente a imagem do Estado regulador, que, fundado no medo, busca arrecadar para si as liberdades naturais do homem através do contrato e regular a vida da cidade. Para legitimar esse poder soberano, não era mais possível a lógica do direito divino, mas se fazia necessário o discurso da Soberania para se constituir o Estado Moderno.

Hobbes retira do campo político qualquer possibilidade de dissenso, entendendo que as paixões humanas apenas levam à desordem e ao caos. E, por temerem o estado natural de todos contra todos, fundam esse Estado soberano, no intuito de conservarem suas vidas³⁵.

É através da construção da Soberania que Hobbes declara que o soberano jamais pode ser acusado de injustiça, ainda que seja acusado de iniquidade, e nunca poderá ser julgado por ninguém, uma vez que a acusação, julgamento e condenação recairia sobre a própria figura do soberano que, tendo sido autor da lei

³⁴ Aqui se faz necessário destacar a obra de Deleuze e Guattari sobre o plano de imanência: “Há religião cada vez que há transcendência, Ser vertical, Estado imperial no céu ou sobre a terra, e há Filosofia cada vez que houver imanência, mesmo se ela serve de arena ao agôn e à rivalidade.” O plano de imanência é a instauração da filosofia, é o solo absoluto da filosofia, sua fundação, sobre o qual ela cria os seus conceitos. O plano de imanência seria como um crivo estendido sobre o caos. (DELEUZE & GUATTARI, 1992, p. 60).

³⁵ A fim de ilustrar tal afirmação, se mostra oportuno destacar o trecho da obra de Hobbes: “A causa final, fim ou desígnio dos homens (que apreciam, naturalmente, a liberdade e o domínio sobre os outros) ao introduzir a restrição a si mesmos que os leva a viver em Estados, é a preocupação com sua própria conservação e a garantia de uma vida mais feliz. Ou seja, a vontade de abandonar a mísera condição de guerra, consequência necessária (conforme dito anteriormente) das paixões naturais dos homens, se não houver um poder visível que os mantenha em atitude de respeito, forçando-os, por temor à punição, a cumprir seus pactos e a observar as leis naturais, já explicadas nos capítulos XIV e XV.

Afinal, as leis naturais (tais como a justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, enfim, o que determina que façamos aos outros o que queremos que nos façam) são contrárias a nossas paixões naturais, que nos inclinam para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes, se não houver o temor de algum poder que nos obrigue a respeitá-las. Sem a espada, os pactos não passam de palavras sem força, que não dão a mínima segurança a ninguém.” (HOBBS, 2013, p. 136).

no momento da criação do corpo político, deixa de respeitá-la após ter aceitado a Soberania³⁶.

Portanto, em Hobbes, o Estado se apresenta como uma criação homogeneizadora do social, como “instância política de regulação que se confunde com a própria política, para desespero da liberdade, da expressão criativa e imediata do social”³⁷.

Outro representante do regime regulatório e da lógica transcendental é Rousseau, cuja teoria da Soberania Popular se encontra calcada no exercício da Soberania pelo povo que constitui o Estado. Ao sustentar que a liberdade somente está presente em um regime de igualdade, Rousseau determina um sistema de regulação a partir de um regime coletivo, ou seja, através do povo, que seria o detentor da Soberania, verticalizando a relação entre os cidadãos, ao contrário do proposto em Hobbes.

Entretanto, a partir da lógica da representação rousseauiana e da separação de poderes, a burguesia se apropria do exercício do poder constituinte. Negri (2002) afirma:

O poder constituinte, submetido à tutela da vontade geral, permanecia prisioneiro e uma essência atemporal. Mais uma vez, o paradoxo de Rousseau: o paradoxo de um pensamento que nutre uma concepção imediata e radical do poder constituinte na exata medida em que afirma, ao mesmo tempo, a onipotência de um poder soberano e abstrato.

Nesse sentido, o pensamento de Rousseau, ao buscar um regime coletivo que ultrapassa a lógica hobbesiana, acaba por fundar uma totalidade abstrata representada pela comunidade que está calcada na vontade geral, ou seja, se fundamenta em uma pura abstração. Assim, “a vontade geral não resulta de um processo constitutivo real, através do qual se produz algo comum, mas se define como uma vontade abstrata que supera as vontades individuais, na medida em que as transcende”³⁸.

O núcleo da tensão entre regulação e emancipação se encontra na tensão original entre transcendência e imanência. É nesse panorama de conflito entre as forças emancipatórias, fundadas na compreensão imanente do real, e a corrente regulatória, calcada nas abstrações transcendentais, que se mostra a importância

³⁶CHAUI, 2003. p. 293.

³⁷GUIMARAENS, 2004a, p. 13.

³⁸*Ibidem*, p. 30.

da análise do poder constituinte que se busca construir. É visualizando essa tensão que se pode entender os resquícios da transcendência ainda presentes na Modernidade hegemônica.

Negri afirma que, para Jellinek, “o poder constituinte é exógeno à constituição e resulta do empírico factual como produção normativa”³⁹, isto é, o poder constituinte, querendo o Direito e a constituição, busca sua própria regulação e, conseqüentemente, a limitação da sua força. Tal pensamento exemplifica o tratamento do poder constituinte dentro do regime regulatório. O poder constituinte é encarado como fonte transcendente, que precede o ordenamento, mas que depois permanece historicamente externo, apenas sendo definido através do poder constituído.

2.2

Crítica ao Constitucionalismo

A tensão anteriormente vista entre imanência e transcendência sempre foi alvo de tentativas de conciliação e mediação “que redundaram em afirmação do projeto transcendente, do poder, em detrimento do imanente, potência”⁴⁰. A Revolução Humanista do século XIV traz a Modernidade como “um momento histórico de liberação com relação ao passado, como fundação de um novo tempo e, inclusive, de uma nova concepção da própria temporalidade”⁴¹. A Modernidade se apresenta como projeção para o futuro, alcançando-se o porvir através da produção no presente. O tempo passa a ser concebido como uma potência criadora, onde os eventos são sempre singulares, rompendo-se assim com o Medievo.

O tempo se configura, desta forma, como potência da constituição, como criação radical e ontológica. Essa visão do tempo, que admite coletividades potentes, que traz a imanência e afasta qualquer resquício da transcendência traduz a fundação do ponto de vista liberatório da Modernidade. Somente se pode

³⁹NEGRI, 2002, p. 13.

⁴⁰GUIMARAENS, 2004a, p. 81.

⁴¹*Ibidem*, p. 82.

pensar em poder constituinte no plano da imanência, diante de uma nova temporalidade.

Entretanto, a partir do movimento constitucionalista, no final do século XVIII e início do século XIX, surgem os mecanismos de controle da expressão máxima do poder constituinte, esvaziando, assim, qualquer possibilidade de resistência positiva e de dissenso. Conforme explica Negri:

Transcendente, imanente ou coextensiva, a relação que a ciência jurídica (e, através dela, o ordenamento constituído) quer impor ao poder constituinte atua de modo a neutralizá-lo, a mistificá-lo, ou melhor, de esvaziá-lo de sentido⁴².

O Constitucionalismo apresenta-se como “uma teoria e prática do governo limitado: limitado pelo controle jurisdicional dos atos administrativos e, sobretudo, pela organização do poder constituinte pela lei”⁴³. O processo constituinte é assim limitado pela ideologia constitucionalista liberal do século XVIII, passando o poder constituinte a ser uma potência impotente, limitada e regulamentada pelo Direito. A expressão do poder constituinte passa a ser possível através de um procedimento legal prévio.

Um dos exemplos da limitação do poder constituinte se encontra na obra “*Do Espírito das Leis*” de Montesquieu, que, no décimo primeiro livro, ao tratar das leis que formam a liberdade política e sua relação com a constituição, reduz a liberdade do “povo”⁴⁴ àquilo que a lei assim permite⁴⁵.

Para Montesquieu, que busca combater o despotismo, o Estado moderado é a melhor forma de governo, seja ele monárquico ou republicano. E a garantia da moderação se dá através da constituição mista, que possuía como exemplo à época a constituição inglesa do final do século XVII. “A garantia do Estado

⁴² NEGRI, 2002, p. 19.

⁴³ *Ibidem*, p. 20.

⁴⁴ A menção a “povo” será tratada a seguir. O uso do termo “povo” aqui se dá por ser uma noção utilizada na obra de Montesquieu, que traduz uma abstração. Mas sobre o assunto, a crítica será realizada oportunamente.

⁴⁵ O capítulo III do Livro décimo primeiro traz um trecho que ilustra a preocupação de Montesquieu em submeter o povo às leis: “É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer, mas a liberdade política não consiste em se fazer o que se quer. Em um Estado, isto é, numa sociedade onde existem leis, a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer. Deve-se ter em mente o que é a independência e o que é a liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam poder”.

No capítulo IV, em continuação ao tema da liberdade, Montesquieu afirma que “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”. (MONTESQUIEU, 1996, p. 167).

moderado e da liberdade política é dada pelo modelo da constituição mista inglesa, em que o poder controla o poder”⁴⁶.

Assim, o controle do poder político, cada vez mais central na figura do Estado, confere, cada vez mais, uma autonomia ao âmbito político em relação ao social. O Estado controla o poder político através de mecanismos políticos previamente estabelecidos, como se pode perceber no pensamento de Montesquieu, com a criação da sua teoria sobre separação dos poderes⁴⁷.

Outro pensador que igualmente aborda o controle do poder constituído é Maquiavel, ao afirmar que o melhor governo é aquele que conjuga tanto o principado, como *optimates*, e o popular⁴⁸.

Maquiavel, nos *discorsi*, retoma a ideia de constituição mista aristotélica ao analisar a dinâmica dos três princípios virtuosos: poder do príncipe, poder dos melhores e poder de muitos e traça uma análise da antiga Roma como um regime exitoso e estável, por ser um modelo de conciliação. O secretário florentino, dentro do seu pensamento concreto e real, observa a luta de classes e de que forma o regime romano foi virtuoso em capacitar que todos participassem da política, através da representação.

Entretanto, para Maquiavel “o controle não significa o imobilismo. A constituição mista maquiaveliana mantém dentro de si uma certa tensão e dinâmica produtiva”⁴⁹. A fonte de uma república perfeita seria a desunião entre o povo e o patriciado romano (senado), afirmando, assim, os conflitos sociais como

⁴⁶ BERCOVICI, 2008, p. 111.

⁴⁷ Montesquieu, no capítulo VI do décimo primeiro livro, trata de analisar constituição da Inglaterra e a divisão dos poderes no regime político inglês. Nesse capítulo ele se limita a descrever as instituições britânicas e a distribuição do poder.

⁴⁸ Sobre o tema, colhe-se o trecho do Livro Primeiro, capítulo 2, que trata de quantas espécies são as repúblicas e qual espécie foi a república romana: “Faltava-lhe apenas dar lugar ao governo popular: motivo por que, tornando-se a nobreza romana insolente pelas razões que abaixo se descreverão, o povo sublevou-se contra ela; e assim, para não perder tudo, ela foi obrigada a conceder ao povo a sua parte, e, por outro lado, o senado e os cônsules ficaram com tanta autoridade que puderam manter suas respectivas posições naquela república. E assim se criaram os tribunos da plebe, tornando-se assim mais estável o estado daquela república, visto que as três formas de governo tinham sua parte. E foi-lhe tão favorável a fortuna que embora se passasse do governo dos reis e dos *optimates* ao povo, por aquelas mesmas fases e pelas mesmas razões acima narradas, nunca se privou de autoridade o governo régio para dá-la aos *optimates*; e não se diminuiu de todo a autoridade dos *optimates*, para dá-la ao povo; mas, permanecendo mista, constituiu-se uma república perfeita: perfeição a que se chegou devido à desunião entre plebe e senado, como nos dois próximos capítulos profusamente se demonstrará”. (MAQUIAVEL, 2007, p. 19).

⁴⁹ GUIMARAENS, 2004a, p. 89.

mecanismo ontológico de produção política e social. Aqui, não há fora, não há autonomia entre o político e o social.

Montesquieu ainda permanece como principal pensador que influenciou o Constitucionalismo de forma decisiva, unindo a proposta do liberalismo e o modelo constitucional. O Constitucionalismo e o Direito Constitucional estão estritamente ligados ao Liberalismo, sendo o Estado misto encarado como a melhor forma de governo⁵⁰.

De fato, a representação da sociedade civil como mercado traduz uma tentativa de contraposição ao poder das massas. Adam Smith compreende a sociedade civil economicamente e defende que o papel do Estado seria o de construir e preservar o mercado, mantendo a ordem interna e a segurança; implementar um sistema judicial de garantias individuais e se responsabilizar por obras e serviços nos quais o interesse privado não vislumbra lucro.

Destarte, o primado da constituição se atrelava ao político que, portanto, deveria ser incorporado ao primado do Direito posto pelo Estado, arcabouço garantidor da segurança e estabilidade do mercado e da ordem social. Não é por outro motivo que “o fundamento da ordem constitucional europeu até 1850 é a garantia da propriedade, a partir da premissa do mercado como uma ordem natural e espontânea”⁵¹, que necessita da paz e segurança jurídica proporcionada pelo Estado.

O controle promovido pelo Constitucionalismo não é somente exercido através da regulação e criação de modelos prévios que encerram o poder constituinte no espaço e no tempo, pela criação imaginária da autonomia entre o político e social, mas igualmente se mostra através da submissão da expressão do poder constituinte ao regime da representação política. Segundo Negri, a representação política apresenta-se como um dos instrumentos jurídico-constitucionais fundamentais para o controle e segmentação do poder constituinte. A representação mistifica o poder constituinte em uma figura autônoma, transcendental⁵².

Assim, a crise do conceito de poder constituinte não está apenas relacionada com a lógica do poder constituído, com o Constitucionalismo e o conceito de

⁵⁰ BERCOVICI, 2008, p. 176.

⁵¹ *Ibidem*, p. 168-169.

⁵² *Ibid.* p. 23.

Soberania, mas igualmente se encontra na relação entre o poder constituinte e a representação.

A representação se encontra calcada na ideia de que a massa, inapta e ignorante, por não saber controlar as suas paixões, não poderia participar dos negócios públicos. Mas, sobre esse mito da representação, Spinoza, em sua filosofia radical, já defendia que “a natureza é só uma e é comum a todos”⁵³. Explica o filósofo holandês:

Querer, portanto, tratar de tudo nas costas dos cidadãos e que eles não façam sobre isso juízos errados nem interpretem tudo mal é o cúmulo da estupidez. Com efeito, se a plebe pudesse moderar-se e suspender o juízo sobre coisas que conhece mal, ou julgar corretamente a partir do pouco que conhece, seria sem dúvida mais digno ela governar em vez de ser governada.⁵⁴

Nesse sentido, o pensamento spinozano desmonta a lógica limitadora imposta pelo Constitucionalismo, que impossibilita a expressão radical-democrática do poder constituinte, através da representação política. Spinoza se utiliza do conceito do vulgo, no qual se encontram todos aqueles dominados pelo medo e pela superstição⁵⁵ para tratar a divisão social. O filósofo holandês não se baseia em critérios sociais, como a divisão entre grandes e a plebe, mas entre aqueles dominados ou não pelo vulgo, demonstrando, desta forma, que os governantes são igualmente suscetíveis ao medo, à superstição. Assim, a necessidade de representação como mecanismo para discussão dos assuntos públicos, de forma razoável e adequada, afastando a política do âmbito da plebe, traduz uma ideia mutilada, parcial, falsa⁵⁶.

A transcendência dissemina a ideia de medo e desinformação para afastar a plebe dos negócios públicos. Mas, se à plebe não lhe é permitido participar do governo, não há como produzir ideias adequadas sobre os assuntos públicos. De fato, o Constitucionalismo sempre se valeu da mistificação do poder constituinte e seu exercício para fundamentar o sistema representativo, que indica a

⁵³Capítulo VII, parágrafo 27 (SPINOZA, 2009, p. 80)..

⁵⁴*Ibidem*. p. 81.

⁵⁵ Marilena Chauí, a partir da filosofia de Spinoza, trata do medo no âmbito político, sendo oportuno destacar: “O medo é a origem da superstição. A religião, seu fardo. A tirania teológica e política, seu preço”. A superstição seria uma maneira entristecida de viver que, na busca de alívio para o medo, dá ensejo ao desespero que, conseqüentemente, abre caminho para a servidão. (CHAUÍ, 2011, p. 160).

⁵⁶ GUIMARAENS, 2004a, p. 94.

incapacidade da multidão participar diretamente dos negócios públicos, pela inaptidão intelectual e afetiva.

Essa operação tende a neutralizar a possibilidade de criação dinâmica do poder constituinte, de um novo projeto de propriedade, de uma nova estrutura de relações familiares, de resistência como afirmação positiva e produtiva⁵⁷. Criar é resistir, sobre um plano de imanência. O devir é bloqueado e o poder constituinte é reduzido a simples função de criar direito⁵⁸.

Assim, certo é que a separação entre o político e o social, o sistema de representação política e a junção entre o poder constituinte e Soberania⁵⁹, promovida pela tradição constitucionalista, encerra em seu âmago o problema já anteriormente abordado: a transcendência. A exigência da representação política é apenas mais um sintoma da transcendência, que busca conter a multiplicidade social e separar sociedade e Estado.

Um exemplo da corrente calcada na transcendência se encontra no pensamento de Hans Kelsen, que, na sua obra “Teoria Pura do Direito”, busca afirmar a autonomia do Direito em relação ao social. Não só o Direito, mas igualmente é conferida autonomia no campo da economia, do cultural, da política, do social.

Como afirma Francisco de Guimaraens, “apesar da imanência ter sido o meio pelo qual se superou o medievo, permanecer na imanência não foi a opção da Modernidade hegemônica europeia”⁶⁰.

Através da afirmação da incapacidade da multidão em tratar dos assuntos públicos, a Modernidade transcendente afirmou não apenas a regulação do Estado, mas inseriu o político dentro do aparato estatal através da representação, legitimando, assim, a Democracia Indireta. “Afirma-se a existência de

⁵⁷ Importante destacar que o próprio Hobbes já identificava o conceito de representação política, a relação entre o ator, representante, e o autor, representado. A multidão só pode se fazer uma só pessoa quando se faz representar por um homem ou uma pessoa. (HOBBES, 2013, p. 133).

⁵⁸ GUIMARAENS, 2004a, p. 100.

⁵⁹ Sobre o conceito de Soberania, Negri afirma: “a soberania, como *suprema potestas* é evocada e reconstruída como fundamento, mas um fundamento oposto ao poder constituinte: é um vértice, enquanto o poder constituinte é uma base/ é uma finalidade cumprida, enquanto o poder constituinte não tem finalidade; é um tempo e um espaço limitados e fixados, enquanto o poder constituinte é um procedimento absoluto. Tudo em suma, opõe poder constituinte e soberania –e, finalmente, o caráter absoluto a que ambas as categorias aspiram, pois o caráter absoluto da soberania remete a um conceito totalitário, enquanto o caráter absoluto do poder constituinte remete ao governo democrático”. (NEGRI, Antonio, 2002, p. 25).

⁶⁰ GUIMARAENS, *op. cit.*, p. 102.

multiplicidades sociais, mas lhes é negada a possibilidade de expressão imediata, havendo de se submeterem seus desejos à lógica da representação”⁶¹.

O máximo que a lógica da representação admite é a democracia dualista, que possibilita certa abertura de expressão das forças sociais. O debate a respeito da Democracia se mostra presente nos Estados Unidos e tem girado em torno de dois modelos: o dualista e o monista.

O dualismo aceita que certas decisões políticas têm sua origem no povo e, por tal motivo, tolera que determinados assuntos contidos no texto constitucional somente podem ser modificados através de ampla participação e debate popular, pois tais decisões possuem sua origem no povo, em conjunto com procedimentos de ampla deliberação. Por sua vez, o monismo considera valer, acima de tudo, o princípio majoritário, em que o grupo vencedor de uma eleição pode intervir em qualquer área da política.

O dualismo não resolve o problema, em que pese ser uma forma de admissão da participação popular mais efetiva que o monismo. O poder constituinte ainda se encontra aprisionável nas malhas do Estado⁶², bem como o povo continuar a ser convocado a participar dos assuntos públicos através do poder constituído.

Interessante destacar a posição de Hanna Arendt, que, ao contrapor a Revolução Americana à Revolução Francesa, afirmando a experiência americana como mais exitosa, continua a entender pela subordinação do social ao político, que seria uma esfera autônoma. A fundação de um novo governo passa pela elaboração da Constituição e afirma não identificar um elemento genuinamente revolucionário na criação de um governo constitucional⁶³.

Portanto, Arendt afirma certa superioridade do político em relação ao social, identificando que o social seria o registro da necessidade enquanto o político o da liberdade, ou seja, somente através do político o homem alcançaria a liberdade. Arendt faz uma oposição à revolução política e à revolução social. A revolução

⁶¹ *Ibidem.* p. 104.

⁶² *Ibid.* p. 106.

⁶³ “É claro que a noção de governo constitucional nada tem de revolucionário em sua gênese ou conteúdo; ela significa simplesmente um governo limitado por leis e a salvaguarda das liberdades civis por meio de garantias constitucionais, como são expressas nas várias declarações de direitos que foram incorporadas às novas constituições e são amiúde tidas como a parte mais importante, as quais nunca foram entendidas como expressão dos novos poderes revolucionários do povo, e sim, ao contrário, como dispositivos necessários para limitar o poder do governo, mesmo no corpo político recém-fundado.” (ARENDT, 2011, p. 190).

social anula a política, subordinando-a ao social que, abandonando a si mesmo, gira no vazio em busca da liberdade. A revolução política, por sua vez, “transcende o social, sem aniquilá-lo, mas produzindo um nível de compreensão mais alto, de equilíbrio e de cooperação, um espaço público de liberdade”⁶⁴.

Enfim, o poder constituinte não é encarado como um movimento de produção imanente de um novo real pela multidão. Entretanto, se faz necessário uma nova compreensão do poder constituinte através da concepção da imanência. “O poder constituinte impõe a necessidade de construção coletiva do real, uma construção imanente, sem lugar para afirmação de modelos imaginados por poucos”⁶⁵.

Assim, é possível afirmar que não há conciliação entre transcendência e imanência. O Estado busca regular, manter e impor ordem. O poder constituinte imanente, liberar, constituir um novo real, modificar o atual estado das coisas. Não há, aqui, possibilidade de síntese. Só há poder constituinte contra a Soberania.

Algumas formas de controle e limitação do poder constituinte no pensamento constitucionalista foram concebidas por Sieyès, Hans Kelsen e Carl Schmitt.

Para o Constitucionalismo, Sieyès foi o primeiro pensador que teorizou o poder constituinte, formulando um manifesto contra o *ancien régime* francês do século XVIII. Através da análise da divisão social do trabalho, o abade francês concluiu que o Terceiro Estado, composto pela burguesia, camponeses e proletariado tinha toda a função produtiva da sociedade, enquanto o clero e a nobreza apenas usufruía dessa produção⁶⁶. Assim, o pensamento de Sieyès enfrenta os privilégios da nobreza e do clero, que seriam contrários à ideia de Direito comum e configurariam uma situação de extrema injustiça.

Se o Terceiro Estado é mais numeroso e possui toda a função produtiva da sociedade, Sieyès propõe, então, a alteração da estrutura de representação política,

⁶⁴ NEGRI, 2002. p. 27.

⁶⁵ GUIMARAENS, 2004a, p. 107.

⁶⁶ Sieyès afirma que o Terceiro Estado é tudo, mas que nada pode: “Quem ousaria dizer que o Terceiro Estado não tem em si tudo o que é preciso para formar uma nação completa? Ele é o homem forte e robusto que está ainda com um braço preso. Se se suprimisse as ordens privilegiadas, isso não diminuiria em nada a nação; pelo contrário, lhe acrescentaria. Assim, o que é o Terceiro Estado? Tudo, mas um tudo entravado e oprimido. O que seria ele sem as ordens de privilégios? Tudo, mas um tudo livre e florescente. Nada pode funcionar sem ele, as coisas iriam infinitamente melhor sem os outros”. (SIEYÈS, 2011, p. 3).

mediante a elaboração de uma nova constituição. O pensamento de Sieyès se encaixa perfeitamente na lógica transcendente, ao reduzir o poder constituinte a apenas se expressar através do político, criando uma nova constituição que reflita a ordem econômica e social. Não se afirma o poder constituinte como um mecanismo de produção radical, como capaz de produzir um novo real, mas surge um poder constituinte impotente, mera expressão de uma ordem já constituída no âmbito das relações econômicas e sociais.

Ainda, Sieyès, além de subordinar o poder constituinte à representação política, afirma a ideia transcendente de Soberania e unidade. Através do conceito de Nação⁶⁷, Sieyès trata a multiplicidade de singularidades da multidão como uma massa unitária e homogênea, que possui apenas um único interesse: o interesse geral⁶⁸.

Kelsen, por sua vez, insere seu pensamento na transcendência, ao escrever a sua obra acerca de uma teoria pura do Direito, que seria uma ciência autônoma, afastada, assim, do social e econômico. “A ciência do Direito, segundo Kelsen, não tem a ver com a conduta efectiva do homem, mas só com o prescrito juridicamente”⁶⁹. O pensamento de Kelsen desenvolve uma cisão radical entre o ser e o dever-se, entre o plano ontológico e o deontológico. Kelsen afirma que o Direito regula tanto a produção de si mesmo⁷⁰ quanto a vida de uma determinada comunidade.

⁶⁷ “O que é uma nação? Um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura. Será certo que a ordem nobre tenha privilégios, que ela ousa chamar de seus direitos, separados dos direitos do grande corpo dos cidadãos? Ela sai, assim, da ordem comum, da lei comum. Desse modo, seus direitos civis fazem dela um povo à parte na grande nação. É realmente *imperium in imperio*.” (SIEYÈS, 2011, p. 4).

⁶⁸ “Assinalemos no coração dos homens três espécies de interesses: 1º) aquele pelo qual os cidadãos se reúnem: apresenta a medida exata do interesse comum; 2º) aquele pelo qual um indivíduo se liga somente a alguns outros: é o interesse do corpo; e, finalmente, 3º) aquele em que cada um se isola pensando unicamente em si: é o interesse pessoal. O interesse pelo qual um homem concorda com todos os seus associados é evidentemente o objeto da vontade de todos e o da assembleia comum. Ali, a influência do interesse pessoal deve ser nula.” (*ibid.*, p. 70)

⁶⁹ GUIMARAENS, 2004a, p. 113.

⁷⁰ Nesse sentido, Kelsen, ao tratar do que ele denomina de Dinâmica Jurídica, afirma: “A ‘fonte’ de Direito não é desse modo, como a expressão poderia sugerir, uma entidade diferente do Direito e, de algum modo, existindo independentemente dele; a ‘fonte’ de Direito é sempre ela própria, Direito: uma norma jurídica superior em relação a uma norma inferior, ou o método de criação de uma norma (inferior) determinado por uma norma (superior), isto é, um conteúdo específico de Direito”. (KELSEN, 1992, p. 136).

Logo em Seguida, Kelsen, ao abordar a criação e aplicação do Direito, afirma: “A ordem jurídica é um sistema de normas gerais e individuais relacionadas entre si de acordo com o princípio de que o Direito regula a sua própria criação. [...] O indivíduo que cria a norma jurídica é um órgão da comunidade jurídica porque e na medida em que a sua função é determinada por uma norma jurídica da ordem que constitui a comunidade jurídica.” (*Ibid*, p. 137).

O fundamento de validade de todo o sistema normativo é resolvido de forma transcendente⁷¹, numa norma pressuposta, que confere validade a um ordenamento considerado em sua totalidade⁷².

A norma fundamental como uma norma pressuposta de validade traduz o pensamento de Kelsen como inserido na lógica transcendental⁷³. Há uma autonomia absoluta do Direito. O Direito é válido por ele próprio, configurando um sistema fechado, que afasta qualquer possibilidade criadora advinda da potência constituinte.

Mas a transcendência também pode ser encontrada no pensamento de Carl Schmitt, que em contraposição à Kelsen, desconstrói a autonomia do Direito e afirma uma superioridade do político em relação ao Direito⁷⁴. Assim, a Constituição em seu sentido positivo “é a decisão política tomada, conscientemente, pelo titular do poder constituinte que configura a forma de ser de uma certa unidade política”⁷⁵.

Nesse sentido, Schmitt se posiciona dentro do pensamento calcado na transcendência do Estado moderno, ao subordinar a política ao Estado e ao ordenamento, bem como afirma o conceito de Soberania e restringe o poder

⁷¹ É necessário destacar que transcendental e transcendente não são sinônimos. Transcendental remonta Kant e significa, não um argumento ou um tipo de argumento, nem sequer um método determinado. Segundo Otfried Höffe, “transcendental ou, mais exatamente, crítico transcendental é um programa de investigação que está relacionado com a pergunta pela metafísica como ciência e investiga as condições necessárias sem as quais objetos e conhecimentos objetivos não podem ser pensados como possíveis. Este programa de investigação só se pode cumprir, segundo Kant, mediante uma análise progressiva e cada vez mais rica do objeto de experiência. Por isso, contra certa supervaloração da dedução transcendental das categorias, cabe lembrar a importância não menor da dedução metafísica e, mais, e da estética transcendental, da analítica dos princípios e, finalmente, a da dialética transcendental.” (HÖFFE, 2005, p. 103).

A transcendência em Kelsen esta presente no momento em que ele procura afirmar que a norma fundamental carrega um dever moral, de obediência à Constituição. Esse posicionamento rendeu críticas, sendo Kelsen chamado de quase positivista por Alf Ross.

⁷² Destaca-se o trecho oportuno da obra de Kelsen que ilustra a assertiva acima: “Chamamos de norma ‘fundamental’ a norma cuja validade não pode ser derivada de uma norma superior. [...] Esta norma básica, em sua condição de origem comum, constitui o vínculo entre todas as diferentes normas em que consiste uma ordem. Pode-se testar-se uma norma pertence a certo sistema de normas, a certa ordem normativa, apenas verificando se ela deriva sua validade da norma fundamental que constitui a ordem”. (KELSEN, 1992, p. 116).

⁷³ Negri corrobora a assertiva na sua obra *Labor of Dionysus*: “According to Kelsen, what are called the “elements” of the state, the power of empire, the territory, and the people, are nothing but this validity of the state ordering in itself, in its spatial limits, and in relation to its population.” (NEGRI, Antonio. & HARDT, 2003, p. 109).

⁷⁴ Schmitt, ao abordar os princípios do Estado burguês de direito, assevera: “Lo político no puede separarse del Estado – unidad política de un Pueblo –; despolitizar el Derecho político (*Staatsrecht*) no es otra cosa que <<desestatizar>> el Derecho político. Lo propio del Estado de Derecho es, tan sólo, una parte de toda Constitución moderna”. (SCHMITT, 2006, p. 137).

⁷⁵ GUIMARAENS, 2004a, p. 116.

constituente como um poder indivisível e unitário que funciona de base para todos os demais poderes e divisões de poderes.

Portanto, o constitucionalismo, de um modo geral, configura um movimento de contenção e bloqueio do poder constituinte, subordinando-o ao ordenamento jurídico prévio, encerrando-o no tempo e afastando toda sua radicalidade outrora apontada pelos filósofos que trabalharam com o plano de imanência.

Conforme afirma Francisco de Guimaraens:

O medo é o afeto fundamental de constituição e manutenção do Estado moderno, como muito bem já havia teorizado Hobbes. O poder constituinte é reduzido, deste modo, à expressão de uma coletividade que apenas deseja manter-se viva, e não criar novas condições de vida. De fato, trata-se de imagem absolutamente pobre do poder constituinte.⁷⁶

O próximo capítulo, contudo, se debruçará sobre a filosofia pautada na imanência, sobre um poder constituinte pautado no realismo, na desutopia, na resistência como força dinâmica e produtiva do devir, de construção de um novo real.

⁷⁶GUIMARAENS, 2004a, p. 122.