

APRESENTAÇÃO

Direito e Democracia

Antonio Carlos Alpino Bigonha^{*}
Luiz Moreira^{**}

Os modernos Estados constitucionais do Ocidente pretendem exprimir sua suposta legitimidade por meio da fórmula “todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido”. Com essa fórmula estariam respondidas as duas perguntas que marcam a atuação estatal: porque o poder do Estado decorre do povo, a ele caberia I) prescrever e ordenar condutas por meio de seus diversos órgãos e II) restringir e enquadrar os comportamentos desviantes utilizando o aparato coativo constituído para tornar o monopólio da força expressão última de sua soberania. Essa formulação garante ao Estado a legitimidade necessária para estruturar as suas teias prescritivas e, ao mesmo tempo, tornar suas normas efetivas.

I - Direito e legitimidade

No estágio atual da teoria do Estado e da teoria da Constituição, essa prerrogativa, ao mesmo tempo simbólica e fática, materializa-se por meio dos direitos fundamentais que os próprios cidadãos se conferem na medida em que são os autores e os destinatários de todo o ordenamento jurídico. Em síntese: os cidadãos, sujeitos de direitos, são titulares de todo o poder político e essa titularidade ganha contornos institucionais na medida em que os direitos fundamentais são não apenas atributos transindividuais, mas razão de ser do Estado. Assim, os direitos fundamentais representariam o substrato que

* É Procurador Regional da República (1ª Região) e Presidente da ANPR – Associação Nacional dos Procuradores da República.

** Mestre em Filosofia e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Pesquisador de Filosofia do Direito da Universidade de Tübingen, Alemanha, e autor, dentre outros, do livro *A Constituição como simulacro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

garantem legitimidade à normatividade estatal. Em última instância, as normas jurídicas seriam legítimas porque realizariam o projeto político de efetivação dos direitos fundamentais.

A relação entre legitimidade e efetivação que se dá entre essas duas esferas constitui uma tensão garantidora de validade à política e de concreção ao direito. É que a domesticação do poder pelo direito não se restringe a uma subordinação do político ao jurídico, pois do mesmo modo que é correto afirmar que a domesticação do poder político pelos direitos fundamentais confere legitimidade ao político, também o é que essa tensão garante aos direitos fundamentais a conversão de normas apenas abstratas em direitos efetivos.

Com isso a teoria da Constituição e a filosofia política pretendem enfrentar o dilema que opôs o Estado à sociedade civil. A superação desse dilema ganhou contornos institucionais com a derrocada do absolutismo pelas revoluções francesa e estadunidense. Diante da dicotomia que opunha o Estado à sociedade civil era vital constituir um espaço imune às suas interferências. É nesse contexto que surgem, por um lado, a teoria da separação do poder e a teoria da soberania popular e, d'outro, a forma republicana, o sistema representativo e o regime democrático. Essas restrições tinham como propósito limitar o arbítrio estatal, garantindo o fortalecimento das demais esferas de modo a fortalecer a sociedade civil e assegurar legitimidade material e formal às ordenações estatais.

Desse modo, as restrições ao poder político pelo direito surgem na perspectiva de possibilitar o pleno desenvolvimento da sociedade civil e da opinião pública, o que juridicamente foi articulado pela necessidade de institucionalizar a não-interferência estatal por meio do estabelecimento de garantias individuais, coletivas e processuais e pelas liberdades de expressão e de associação. Esses limites surgem em um contexto de transição do Estado absolutista para o liberal, no qual se pretendia firmar uma nova ordem social baseada na livre iniciativa.

A história é por todos conhecida. O declínio do Estado liberal é protagonizado pelo esgotamento de uma cultura que tinha na entronização das formas privadas de vida, no colonialismo e na expropriação do trabalho fabril sua face mais evidente. Como consequência da *era das necessidades* houve as duas Grandes Guerras e o horror manifestado no mal radical, isto é, a Shoah.

O Estado constitucional surgiu como tentativa de gerar um novo postulado jurídico-político, substituindo a velha ordem privatista por uma fundada em princípios como a dignidade humana, o republicanismo e a supremacia política da soberania popular.

Estamos de volta à questão inicial acerca da legitimidade do Estado. No cenário atual, há uma equivalência entre norma e fato de modo que as perguntas pela validade do ordenamento jurídico e a efetividade dos direitos encontram abrigo na rubrica *Estado democrático de direito*. Fica estabelecida uma resposta padrão e circular: se algo se encontra na Constituição é porque é legítimo e se se quer buscar a legitimidade basta procurar na Constituição. Essa circularidade asperge validade aos feitos estatais a partir da presunção de que o planejamento e execução de tais feitos se coadunam com a soberania popular.

II – Poder constituinte e Poder do Parlamento

As constituições modernas repousam sua pretensão à legitimidade em um ato fundador denominado “poder constituinte”. Parte-se da idéia de que o poder constituinte¹ conduziria a sociedade ao apogeu civilizatório, cultural e organizativo e que ele seria o último recurso a ser seguido por uma comunidade política que chegou ao esgotamento associativo. Desse modo, seria o poder constituinte o ato decisivo que transformaria a sociedade e lhe daria uma nova estrutura. Por seu intermédio, seria reedificado o Estado e reconfigurados os propósitos da sociedade, sendo *constituídas* e *fundamentadas* todas as relações a ela subjacentes.

Comumente o poder constituinte é exercido por uma assembléia que realiza o desígnio de formular e promulgar os princípios que passarão a estruturar o sistema constitucional que terá preponderância sobre todo o sistema jurídico. Logo, sob a assembléia constituinte repousa o *poder* de prescrever as normas e ordenar as condutas. É exatamente neste ponto que se assiste a um simulacro orquestrado pela teoria da Constituição.

¹. NEGRI, Antonio. *O poder constituinte*. Ensaio sobre as alternativas da modernidade. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

A simulação consiste na tentativa de transformar um consenso sobre a forma de constituir e ordenar o sistema jurídico, obtido em um dado momento histórico, em algo atemporal, configurando um processo comum de formulação de normas jurídicas em ato fundador, a partir do qual os questionamentos e os problemas posteriores são solucionados pela remissão incontestada e necessária a tal estrutura.

O simulacro consiste na justificação de um ato fundante que põe a Constituição como ato extraordinário da soberania popular, quando o poder constituinte e a assembléia por ele instalada se revestem de caráter ordinário. Portanto, o simulacro é o ato de outorga que uma assembléia se dá a si mesma com o propósito de restringir, regular e prescrever os direitos atinentes à soberana manifestação dos sujeitos de direito.

Tal simulacro é posto pela pretensão de validade absoluta adjacente ao poder constituinte, que dota a Constituição de obrigatoriedade e de legitimidade que se atualizam mediante a complementaridade ideológica entre um componente histórico e um conceitual.

Historicamente, o simulacro se caracteriza pela transformação de um processo ordinário em processo excepcional; conceitualmente, em tentar estruturar a Constituição com um caráter ao mesmo tempo filosófico e científico, por meio de classificações e desdobramentos, entre diversas modalidades de normas constitucionais, segundo seu alcance e aplicabilidade. A complementaridade consiste em estabelecer uma tensão entre uma esfera indisponível e uma outra, disponível, como forma de obrigar os sujeitos de direito a terem em sua Constituição não a emanação de sua força prescritiva, mas o resultado de um ato com soberania em si que passa a constituir a soberania própria a sujeitos de direito.

Do ponto de vista histórico, o poder constituinte repousa em um embuste. É a autorização expressa dos sujeitos de direito que dota a assembléia constituinte do poder necessário para constituir todas as relações. Sua autoridade criativa repousa antes na faculdade que detêm os sujeitos de direito para criarem uma nova realidade jurídica do que em um ato fundante. Assim, os sujeitos de direito são livres e plenipotenciários para fazerem tantos atos fundadores, constituintes, quanto acharem conveniente, isto porque o ato fundador congênere do poder constituinte é tão-somente uma convenção.

Por convenção, por uma faculdade do livre dispor, a soberania dos sujeitos de direito põe em marcha um processo de formulação das novas engrenagens da sociedade, e a soberania desses mesmos sujeitos de direito põe o poder constituinte, que convoca a assembléia especialmente para dispor sobre aquilo para o qual foi convocada. Admitir o contrário seria reconhecer, em tal postura, traços totalitários.

Por conseguinte, são os sujeitos de direito, em ato soberano, que conferem existência e autorizam o exercício potestativo do poder constituinte. O poder constituinte é a formalização da soberania de sujeitos que, associadamente e por portarem direitos decorrentes do processo cultural e civilizatório, materializam seus anseios por uma nova ordem jurídica ao dotarem a assembléia de uma faculdade constitutiva em exercício.

Não obstante, o poder constituinte não é sede de poder algum, detém apenas o exercício de uma faculdade que emana diretamente dos sujeitos de direito. Não há de se falar tampouco em poder originário, porque o poder não se origina no ato fundante, nem na assembléia convocada para constituir o sistema jurídico. Origina-se em projeto orquestrado pelos sujeitos de direito de constituir um sentido às normas e estruturá-las conforme o sentido atribuído.

A atribuição de tal sentido às normas lhes confere obrigatoriedade, pois a disposição em produzir as suas próprias normas resulta em processo de ordenar a própria liberdade, jamais em a alienar; a liberdade associativa dos sujeitos de direito põe o sistema jurídico em andamento, pelo qual todo o aparato prescritivo obtém validade, por ato soberano e indelegável.

O embuste característico ao projeto do Estado democrático de Direito de tornar a Constituição a sua pedra angular, torna o momento de criação da norma constitucional o ponto zero, originário, genealógico, conferindo um caráter *sui generis* à sua produção e à sua promulgação. Como dito, a peculiaridade do poder constituinte consiste na disposição fundante oriunda da soberania, posta deliberadamente em exercício pelos sujeitos de direito.

III – O esvaziamento do Parlamento e a judicialização da vida

É preciso enfrentar a questão atinente ao poder constituinte. Que o distingue do processo legislativo? Ambos decorrem da soberania popular, melhor, ambos decorrem do poder que emana da associação dos sujeitos de direito. Portanto, é o poder soberano dos cidadãos que põe o direito em suas ramificações: o processo constituinte e o processo legislativo. Ambos emanam desse poder. O poder que torna possível a Constituição torna também possível os códigos e as leis.

A distinção não remonta à origem, mas ao modo de seu exercício. Isto é, não há distinção categorial que oponha um ao outro, mas os dois processos comungam da mesma genealogia. Fundando-se no mesmo poder, tanto o processo constituinte quanto o processo legislativo permitem a atualização de um poder que estrutura a liberdade e a perpetua por meio de um ordenamento conceitualmente concatenado. Interpor-se, obstruindo a passagem da estrutura da liberdade (a Constituição), à sua ordenação concatenada (o Código), seria uma das grandes armadilhas da modernidade, ao tornar indisponível à soberania exprimir-se por meio de um processo que se atualiza mediante um trâmite diversificado.

Portanto, cabe à ciência do direito articular a passagem da estruturação da liberdade à sua ordenação concatenada, estabelecendo degraus que criam momentos diferentes de aplicação da soberania, aplicação que se desdobra como forma de a soberania se prolongar, compreendendo o amplo espectro do processo legiferante.

O processo legiferante, como forma jurígena do poder soberano, desdobrar-se-ia nos seguintes passos: I) o poder soberano dos sujeitos de direito põe a assembléia constituinte e lhe infunde poder; II) como exercício desse poder, a assembléia promulga as normas que exercerão o controle de validade das demais normas jurídicas; III) somente um novo ato constituinte pode substituir o ato constituinte precedente. E em decorrência: IV) fica estabelecido *quorum* especial às emendas à Constituição, mais exigente e com tramitação diferente daquele do V) processo legislativo, comumente de maioria simples.

Assim sendo, o processo constituinte e o processo legislativo decorrem ambos da soberania popular e, como formas de exercício da representação do poder político, circunscrito apenas aos cidadãos, não se distinguem entre si, tendo por isso mesmo apenas uma diferença quantitativa, mas de modo algum uma

diferença qualitativa, pois o mandato de ambos é obtido da mesma fonte, ou seja, dos cidadãos.

Resultou essa transformação do Legislativo em “apêndice” da democracia em uma engenharia constitucional segundo a qual a representação do poder é deslocada do parlamento para outras instâncias: I) a executiva, exercida sob a alegação de sua intervenção ser precisa, eficiente e II) a judiciária, pois caberia às cúpulas dos tribunais garantir a efetividade da Constituição, por um lado, e por outro, em substituição ao dito “apêndice, atribuir sentido às normas, pois mediante a mutação constitucional fecha-se o círculo de *judicialização da vida*. Este círculo submete a democracia deliberativa ao processo judicial por meio de uma complementaridade entre o controle de constitucionalidade e a mutação constitucional.

Acossado por um sistema jurídico que entende o Parlamento como maculador da pureza herdada da assembléia constituinte, a sociedade vê-se alijada de formas de expressão de vontade e de representação, operada por um ativismo judicial que passa a ser o titular da formulação, da interpretação e da efetividade das normas, reunindo, sob seu arbítrio, as prerrogativas legislativas, judicativas e executivas.

Este Estado de exceção é efetivado mediante uma complementaridade institucional entre Estado Executivo e Estado Judicial e justificado pela complementaridade ideológica entre as teorias de Carl Schmitt (todo poder ao executivo) e de Hans Kelsen (todo poder ao judiciário).

Diante do exposto, urge o retorno às distinções entre legitimidade e juridicidade e entre sociedade civil e Estado, de modo que seja possível: a) conceber o direito como concatenação de múltiplos ordenamentos; b) entender a representação do poder como exercício múltiplo de mandatos; c) proceder a uma distinção entre processo legislativo e processo judicial, esclarecendo que cabe ao primeiro a aferição da vontade e, ao segundo, circunscrever-se ao que foi previamente estabelecido como direito pelo parlamento, pois desse modo as sentenças se refeririam ao direito e não à vontade; d) restabelecer a democracia deliberativa e a multiplicidade típica dos Parlamentos; e) restabelecer a dignidade da política; f) restabelecer a importância para a sociedades civil do mandato parlamentar; g) restabelecer os Parlamentos como foro das tomadas de decisão; h) concretizar os direitos fundamentais e i)

proceder a uma engenharia constitucional que garanta uma nova separação dos poderes.