

O ANTAGONISMO POLÍTICO E O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO: (RE) VISITANDO UM CONCEITO CLÁSSICO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

*THE POLITICAL ANTAGONISM AND ORIGINAL CONSTITUENT
POWER: (RE)VISITING A CLASSIC CONCEPT OF
CONSTITUTIONAL LAW*

*Luiz Elias Miranda dos Santos
Advogado¹*

SUMÁRIO: 1 Considerações iniciais; 2 O poder constituinte e duas abordagens contrapostas; 3 O antagonismo político; 4 Uma compreensão renovada do poder constituinte originário; 5 Considerações finais; Referências.

¹ Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra (Portugal), especialista em Direitos Fundamentais e Democracia pela Universidade Estadual da Paraíba, membro colaborador do Centro Brasileiro de Estudos Sociais e Políticos (CEBESP), investigador do Laboratório Internacional de Investigação em Transjuridicidade (LABIRINT/UFPB)

RESUMO: Em termos de teoria da Constituição, um dos pontos mais caros ao direito constitucional clássico (aquele diretamente ligado ao constitucionalismo liberal pós-revolucionário) é o do poder constituinte originário, entendido como exercício de um poder político ilimitado para plasmar a forma estatal, tal como uma força teológica secularizada. Tendo como fio condutor a atual compreensão de Estado constitucional e o ressentimento que este possui em relação ao exercício de um poder político que não conhece limites, seria racional proceder com a revisão desta teoria essencialmente arraigada na tradição jusnaturalista. O objetivo deste breve estudo é justamente revisar a teoria do poder constituinte originário e externar um conceito que deixe de lado posições ligadas ao exercício de um poder político de natureza ilimitada, passando a ver o poder constituinte originário como um poder claramente submetido a limites por meio do contributo que Carl Schmitt dá à interpretação de decisões e cenários pré-constitucionais por meio de sua ideia de antagonismo político.

PALAVRAS-CHAVE: Antagonismo Político. Carl Schmitt. Direito Constitucional. Poder Constituinte Originário.

ABSTRACT: In terms of the theory of the Constitution, one of the most expensive points to the classic constitutional right (the one directly connected to the post-revolutionary liberal constitutionalism) is the original constituent power understood as an exercise of unlimited political power to shape the state form, such as a secularized theological force. Having to thread the current understanding of constitutional state and resentment that this has in relation to the exercise of political power that knows no boundaries, it would be rational to proceed with the revision of this theory essentially rooted in the natural law tradition. The purpose of this brief study is just revisit the theory of the original constituent power and express a concept that set aside positions connected with the exercise of a political nature and power of unlimited pass to see the original constituent power as a power clearly subjected to limits by means the contribution that Carl Schmitt gives the interpretation of pre-constitutional decisions and scenarios through his idea of political antagonism.

KEYWORDS: Carl Schmitt. Constitutional Law. Political antagonism. Original Constituent Power.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Um dos dogmas mais enraizados do direito constitucional liberal é o poder constituinte originário, tão entranhado que, num primeiro momento, talvez possamos impor uma primeira dificuldade de que nada mais de novo pode ser falado sobre o mesmo.

Contudo, é sempre possível (re)visitar temas antigos sobre renovadas perspectivas.

Embora o positivismo implicado ao liberalismo político busque a construção de explicações racionais do mundo desvinculado de justificações teológicas ou fenomenológicas (o próprio Habermas aponta o desencantamento das imagens religioso-metafísica e modificação das estruturas de consciência como um traço caracterizador da modernidade²), é inegável o caráter abertamente teológico e jusnaturalista do poder constituinte originário e sua definição como exercício de um ilimitado poder de criação, funcionando quase como uma assinatura³.

Se ansiamos por um conceito de poder constituinte originário que seja capaz de analisar o que acontece em nossa práxis constitucional, é preciso deixar de lado a influência no jusnaturalismo francês da soberania popular e buscar um conceito mais racional, que tenha em mente as reais limitações às quais pode estar submetido o processo de criação de uma nova Constituição.

O desiderato principal deste estudo é fixar uma compreensão do poder constituinte originário para além da ilusão de um poder de criação ilimitado, demonstrando que um conceito deste poder que possua plena adequação à concepção de constitucionalismo como domesticação do domínio político só pode ser levado a cabo por meio da eliminação de exercícios de um poder totalmente desvinculado.

Para os fins aqui almejados, achamos interessante buscar esta nova noção de poder constituinte originário a partir da abertura interpretativa do fenômeno político ao pensamento político de Carl Schmitt e a figura

2 HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Trotta, 2010. p. 228 e ss.

3 Sobre a reprodução de conceitos políticos na modernidade de forma secularizada, mas que no fundo reproduzem estruturas teológicas do passado, mas estas que podem ser percebidas, tais como assinaturas, cf. AGAMBEN, Giorgio. *O Reino e a Glória – Uma Genealogia Teológica da Economia e do Governo*. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 16. Sobre tal marca teológica no poder constituinte, cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 147.

central que o antagonismo político ocupará em suas ideias e em seu próprio conceito de Constituição.

Esta breve investigação organizar-se-á em três partes (ou eixos) fundamentais: a primeira parte confrontará o clássico conceito de poder constituinte, mas já expõe a problematidade do mesmo e contrapondo-o à formulação por nós adotada; a segunda parte abordará o conceito de política e o antagonismo como seu conteúdo essencial tal como exposto na obra de Carl Schmitt; por fim, a terceira parte consolidará o nosso conceito de poder constituinte originário como uma compreensão renovada de um tema clássico do direito constitucional liberal.

2 O PODER CONSTITUINTE E DUAS ABORDAGENS CONTRAPOSTAS

Ressalte-se, desde o princípio, que esta breve reflexão sobre o poder constituinte não objetiva adentrar (de forma mais profunda) em polêmicas tais como sua titularidade ou a legitimidade do mesmo, nosso interesse principal cinge-se ao seu conceito e possíveis vinculações que possam existir em seu exercício.

A teoria do poder constituinte é basicamente uma busca por legitimidade de uma nova forma de domínio político, onde se buscou conferir ao poder político que emergiu da revolução francesa, em fins do século XVIII, para que esta nova autoridade gozasse de uma aceitação tal como o Antigo Regime desfrutou até sua derrocada.

Deve-se registrar que o poder constituinte sempre existiu.

Desde que a humanidade conheceu formas políticas de organização, regimes caem e surgem numa velocidade fantástica. O que devemos afirmar claramente é que o poder constituinte como teoria jurídico-política é fruto direto do labor do iluminismo, em especial do racionalismo francês⁴.

Sendo um conceito fractal para a ideia de revolução, como adotada pelos franceses no século XVIII, o poder constituinte cumpria bem a função de apanágio daquele ao sugerir que seu exercício implicaria na sensação de que o “curso da história de repente se inicia de novo”⁵, onde da mesma forma que a revolução buscaria empreender uma ‘nova história’

4 Cf. BONAVIDES, op. cit. p. 147-148.

5 ARENDT, Hannah. *Sobre a Revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 56.

nunca antes escrita ou narrada, o poder constituinte surgiria como uma realidade complementar, criando novas instituições políticas, ou seja, da mesma forma que a revolução implica num novo começo da história, o poder constituinte significaria um novo começo jurídico-político, tal recomeço seria muito mais perceptível a partir da emergência de uma nova Constituição, plasmada a partir dos valores identificados com a ruptura político-institucional.

Na abordagem do poder constituinte é comum a imposição de uma distinção entre o poder constituinte originário e o derivado. O primeiro cria a Constituição, o segundo assegura a poder de reforma da mesma.

Nossa investigação centra-se no conceito do primeiro, o poder de reforma da Constituição não ocupa – neste espaço – maiores preocupações quanto a sua conceituação.

Ao nominar o poder constituinte originário, surgem dúvidas não facilmente superáveis sobre sua natureza e a própria caracterização.

Há quem afirme que o mesmo é “essencialmente político”⁶ em decorrência de seu exercício potestativo ilimitado e, quando se fala de um exercício ilimitado do poder constituinte, defende-se a impossibilidade de que ele seja analisado por meio de uma racionalidade jurídica.

Se tivermos em mão a formulação de poder constituinte como “vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre o modo e forma da própria existência política”⁷, tomaremos o mesmo como vontade política de dar forma existencial a uma comunidade e, portanto, deveríamos ter em mente um exercício de poder ilimitado, já que o poder constituinte seria o ato de dar forma à forma, daí, seria o ato de plasmar a modelagem política do Estado.

Contudo, poderíamos obstar várias questões quanto a este conceito de poder constituinte concebido de forma ilimitada tal como uma *potestas superiorem non recognoscens*.

Concepções ilimitadas não se adéquam a necessária percepção atual do Estado constitucional, motivo pelo qual se faz necessário repaginar o que temos como poder constituinte originário.

6 BONAVIDES, Paulo. op. cit. p. 152.

7 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1996. p. 93-94.

Dentro da problemática do poder constituinte, assim como muitas das aporias do direito constitucional, revela-se a controversa relação entre direito e política: embora a política dê origem ao direito⁸, este se emancipe daquela e partir da modernidade, é observável o fenômeno da tentativa do direito normatizar a atividade política, que sempre tende a uma excessiva liberdade e os excessos dela decorrente, ou seja, a relação entre direito e política sempre será travada por meio da tentativa de domínio (por parte do direito) e a tentativa (da política) de desvencilhar-se das limitações impostas.

Referir-se ao poder constituinte, então, quer dizer sobre a origem da Constituição e a origem desta apenas se dá dentro de um “processo histórico-político determinado, se vê sustentada e configurada por determinadas forças”⁹, afirmação esta que evidencia a insustentabilidade da concepção clássica de um poder constituinte originário tido como ilimitado indiferente à realidade que o cerca.

Tendo em vista a necessidade de fixar um conceito do que vem a ser o poder constituinte originário, é essencial que escapemos dos conceitos puros do normativismo kelseniano e do jusnaturalismo.

Embora sejamos tentados a defender uma concepção política do poder constituinte, onde o mesmo pode ser visto como uma “ideia de ordem que se faz firme normativamente através de uma decisão da vontade política, sustentada pelo povo ou pelos grupos e forças determinantes pela sociedade”¹⁰, seria mais coerente ver o poder constituinte como um conceito situado numa ‘zona gris’ entre o direito constitucional e a política.

Por estar situado numa zona de indeterminação, não se mostra possível afirmar categoricamente que ele seja necessariamente jurídico ou política e, sendo um conceito-limite do direito constitucional (mas não no sentido preconizado por Böckenförde), ele constitui uma franja ambígua entre o que é político (ao encerrar em si uma força criadora executora de um programa político) e simultaneamente jurídico (ao criar limites, ser limite e ao mesmo tempo estar limitado).

8 Embora tratemos aqui de uma relação originária, não defendemos a posição radical do Law is politics tal como defendido pelos partidários dos Critical Legal Studies em razão da mesma ser contrária à pretensão de autonomia do direito, o que nos referimos aqui é que, embora o direito nasça a partir da política, dela de autonomia, seguindo uma diversa racionalidade.

9 BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 160.

10 *Ibidem*, p. 162.

Tendo em vista esta forma de pensar, podemos julgar que o mais coerente seja interpretá-lo como “força [...] capaz de criar, de sustentar e de cancelar a Constituição em sua pretensão normativa de validade”¹¹, onde, embora nos servimos do conceito do E-W. Böckenförde, não nos alinhamos totalmente com tal taxonomia onde o vocábulo ‘força’ assume interpretações bastante diversas da posição do publicista alemão.

Após uma definição do poder constituinte e sua natureza híbrida, embora seja bastante clara a impossibilidade de impor limites aos trabalhos de uma assembleia constituinte, como já afirmou preteritamente o *Bundesverfassungsgericht* alemão¹², há que se falar em limites materiais para a atuação deste poder, o que implica na inexistência de vinculação normativa no exercício do mesmo, mas, por outro lado também implica na existência de marcos decisoriais pré-constituintes e de princípios suprapositivos que podem limitar a atuação do poder constituinte ao criar uma nova Constituição, onde “embora seja certo que o poder constituinte anda [...] associado a momentos fractais ou de ruptura constitucional [...] também é certo que o poder constituinte nunca surge num vácuo histórico-cultural”¹³.

Conquanto, ao invocar possíveis limitações do poder constituinte originário, surge a indagação que poderia tomar a forma de um regresso infinito: de onde surgem os limites ao exercício do poder constituinte?

Tal resposta só pode ser efetivamente obtida ao mergulharmos no pensamento político de Carl Schmitt, mais especificamente na sua ideia de antagonismo político.

3 O ANTAGONISMO POLÍTICO

Qual seria a importância de mencionar o antagonismo político dentro de uma investigação sobre o poder constituinte originário?

A dissecação o antagonismo político como coordenada metodológica mostra-se de importância tal que assume o papel de um dos ‘centros de gravidade’ deste estudo.

11 BÖCKENFÖRDE, op. cit., p. 163.

12 BVerGE 1, 14 (61).

13 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 81-82.

Como veremos melhor mais à frente, o antagonismo impõe o enfrentamento de grupos no sentido de uma luta sobre o monopólio da decisão política fundamental, ou seja, a decisão que traz em si a ‘vontade de constituição’, uma decisão política que pressupõe o conteúdo essencial que deve ter a Constituição jurídica do Estado, sendo muito útil aqui a dicotomia entre Constituição (como vontade) e lei constitucional (como precipitação positiva da vontade constitucional)¹⁴.

Em suma, é o antagonismo o fato político que desencadeia a modelagem constitucional do Estado por parte dos vencedores de um conflito.

Na atualidade, cresce uma voz de natureza otimista, que tenta tornar sólida a ideia de que a política é um espaço plural que busca a realização da felicidade de todos, sem distinção alguma, ou seja, a política seria o espaço para propagação da felicidade.

De acordo com esse objetivo, a fraternidade teria papel essencial como princípio informativo da ação política, regulador do exercício razoável da liberdade e igualdade¹⁵.

Por mais animadora, ou até mesmo sedutora, que seja tal ideia, não é possível seguir por tal senda.

Afinal de contas, a natureza da política, desde seus primórdios, está ligada ao antagonismo.

O enfrentamento entre dois lados contrapostos é a essência do político, independentemente da existência de uma esfera estatal, como usualmente defende-se, como se o conceito do político fosse pressuposto pelo conceito de Estado¹⁶ (associação entre estatal e político).

A fraternidade pode ser mais aplicada como princípio jurídico do que como elemento essencialmente político.

A política é ação humana que sempre tenta fugir das esferas de controle, mostrando-se incompatível, comumente, com a mediação ou com o sopesamento de interesses.

14 Cf. SCHMITT, op. cit. 1996. p. 45 e ss.

15 Em tais termos, Cf. BAGGIO, Antonio Maria (org.). *Il Principo Dimenticato: La Fraternità nella Riflessione Politologica Contemporanea*. Roma: Città Nuova, 2007.

16 SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 43.

Por sua vez, é sempre o direito que busca a conciliação e o papel mediador não alcançado pela política, o equilíbrio no intuito de preservar a instância de convivência que conhecemos como sociedade.

Por mais que possa a política “ser vista como uma espécie de espaço de convivência (a *polis* do mundo antigo) dentro da qual os seres humanos procuram sua realização coletiva”¹⁷, este espaço convivencial sempre será marcado pelo conflito e pela contraposição – moderada ou extrema, dependendo do caso – dos interesses políticos de vários grupos sociais.

Ao se observar a práxis política contemporânea, pode-se encontrar com muito mais facilidade a contraposição mais ou menos intensa entre facções políticas do que a mediação fraterna de interesses, como já afirmado anteriormente. Isto ocorre porque o ser humano é um animal naturalmente conflituoso, que tende sempre a maximizar a plausibilidade de seus interesses em detrimento dos interesses diversos dos seus. Da mesma forma, o homem tende a agrupar-se em torno dos seus semelhantes, daqueles que demonstram ter interesses compatíveis ou parecidos com os seus na intenção de atingir, de forma utilitária, sua máxima satisfação.

A reunião de grupos, com membros possuidores de interesses semelhantes e sua confrontação com outros grupos de interesses contrapostos remissiva aos primórdios da humanidade, é a raiz da política contemporânea, em especial se analisarmos a ordem internacional.

Neste contexto, literalmente, o século XXI notabilizou-se pela radical divisão do globo entre amigos e inimigos, dependendo dos seus interesses, nem sempre totalmente aparentes, e muitas vezes portadores de discursos demagógicos, em que, o que se defende não é aplicado dentro de seu próprio território¹⁸.

17 ALMEIDA FILHO, Agassiz. Carl Schmitt e o Antagonismo Político. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz. BARROS, Vinícius Soares de Campos (Org). *Novo Manual de Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 468.

18 Referimos-nos aqui à mudança de tom na política internacional – e até mesmo nacional, já que nos últimos anos tem se fortalecido, principalmente no Direito Penal o discurso antigarantista, com a interpretação limitadora e até mesmo o retrocesso dos direitos e garantias fundamentais – ocorrida após 2001, com a sem sentido guerra ao terror. Esta consiste na imposição forçada (muitas vezes por meio de intervenções militares) de regimes democráticos em alguns países do mundo considerados pela doutrina da guerra preventiva como Estados fracassados, entre outras construções doutrinárias que se baseiam na negação do outro em moldes antagonistas e na prevalência dos argumentos mais fortes (ou mais bem armados). Sobre este panorama sombrio da política externa no atual século, Cf. CHOMSKY, Noam. *Estados Fracassados*. São Paulo: Bertrand Brasil, 2009.

Desta forma, adotando-se o paradigma antagonista para a compreensão de fenômeno político, ganham relevância as ideias do jurista alemão Carl Schmitt (1888-1985), um dos bastiões do Direito Público tedesco antinormativista no século XX – em clara oposição à escola neokantiana encabeçada por Hans Kelsen¹⁹ – e grande opositor da República de Weimar (1919-1933).

Schmitt também foi colaborador do regime nacionalsocialista, assim como algumas outras figuras intelectuais alemãs como Martin Heidegger(1889-1976), Ernst Jünger (1895-1998) e Karl Larenz (1903-1993).

A proposta de Schmitt é a reconstrução (que, ao mesmo tempo, não deixa de ser uma desconstrução, como bem nos lembra Jacques Derrida) do político na busca de um conceito autônomo²⁰.

Segundo Schmitt, não há uma definição independente sobre o que é o político. Tal conceito é sempre remissivo a alguma outra realidade (moral, estética, religião, economia, etc.). Em geral, “o Estado surge (...) como algo político, o político, porém, como algo estatal; evidentemente um círculo que não satisfaz”²¹.

A grande busca do pensador alemão é a construção de um conceito do que seria o político que não fizesse referência a nenhum outro conceito existente no pensamento contemporâneo.

Schmitt sempre autuou em prol da autonomia da definição do político, um dos tópicos mais obscuros e espinhosos da filosofia política desde a época clássica²².

A partir de alguns conceitos platônicos (que já mencionava um polarização entre os iguais, cidadãos da Cidade e os ‘diferentes’, os

19 A disputa intelectual entre Schmitt e Kelsen até meados dos anos 1930/1940 pode ser compreendida como uma das mais acirradas dentro da ciência jurídica do século XX. Sobre o debate dos dois em relação ao controle concentrado de constitucionalidade, Cf. HERRERA, Carlos Miguel. La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución. *Revista de Estudios Políticos*, n. 86, 1994. p. 195-227.

20 Sobre a busca de Carl Schmitt por um conceito autônomo do político, Cf. FLICKINGER, Hans Georg. A Luta pelo Espaço Autônomo do Político. In: SCHMITT, op. cit. 1992. p. 9-26 (apresentação).

21 SCHMITT, Carl. op. cit. p. 44.

22 Não devemos confundir a autonomia buscada por Schmitt para o que vem a ser o político com a pureza metodológica preconizada por Kelsen, promovendo assim, uma aproximação indevida e impensável. Para ter em mente as origens da pureza buscada por Hans Kelsen na construção de sua Teoria do Direito, Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.

estrangeiros, aqueles que não faziam parte da cidade nem como cidadãos, ou qualquer outro estrato inferior da mesma) presentes em “A República”, Schmitt formula uma tese bastante original.

O político, segundo o autor alemão, seria baseado unicamente na aproximação entre amigo (*Freund*) e inimigo (*Feind*)²³, ou seja, a distinção amigo-inimigo seria o critério do político, apenas esta distinção de aproximação ou repulsão definiria o que vem a ser político, “na medida em que ela não é derivável de outros critérios, corresponde, para o político, aos critérios relativamente independentes das demais contraposições”²⁴.

De forma mais específica, Schmitt não busca a construção de um compreensão inerte do que venha a ser o político, mas em “fixar o critério derradeiro cuja aplicabilidade a certa instituição, ideia ou ação permite qualificá-la de política e diferenciá-las de outras instituições, ideias ou ações que carecem de valor político”²⁵.

Contudo, apesar de certa correspondência entre o conceito schmittiano de política e a conjuntura política contemporânea, haveria um liame entre a distinção amigo-inimigo e o poder constituinte originário?

Tal relação é bastante evidente. O caráter heterogêneo assumido pela sociedade contemporânea torna a dinâmica política um *pluriversum* de grupos mais próximos (amigos), ou mais distanciados (inimigos).

Tais grupos necessariamente irão lutar – com maior ou menor possibilidade de um confronto, que pode ultrapassar as mobilizações pacíficas ou a retórica política, sempre estando presente a possibilidade

23 O antagonismo já se encontra presente na própria distinção linguística entre estes dois sujeitos, a partir da distinção entre as duas palavras alemãs já é possível extrair um conteúdo semântico de que a diferença entre amigos e inimigos, apesar de ínfima, pode levá-los à hostilidade.

24 SCHMITT, op. cit., p. 51-52.

25 BRAVO, Ramón Campderrich. *La Palabra de Behemoth: Derecho, Política y Orden Internacional en la Obra de Carl Schmitt*. Madrid: Trotta, 2005. p. 42.

de conflito bélico²⁶ como uma situação emergente num eventual futuro²⁷ – pelo controle do Estado, procurando moldá-lo segundo seu próprio modo de entender a convivência.

A partir daí, podemos observar o poder constituinte originário sob uma perspectiva diferente da tradicionalmente difundida pelo pensamento constitucional.

Se o poder constituinte originário importará na vontade resultante do final do conflito entre amigos e inimigos, não será lógico afirmar que este poder manifesta-se de forma ilimitada, pois os limites da vontade constituinte da decisão política fundamental é diretamente resultante do final do conflito entre amigos e inimigos, então há um marco pré-constitucional para o exercício do poder constituinte além das balizas supra-positivas que, caso violadas, podem vir a retirar a legitimidade do resultado da decisão constituinte.

4 UMA COMPREENSÃO RENOVADA DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Enfim, podemos agora, após apresentar as visões contrapostas do poder constituinte originário, mostrar o que o contributo do antagonismo político pode fornecer para a compreensão daquele dentro de um Estado constitucional, podemos repaginar, dar uma visão renovada ao poder constituinte.

Havendo espaço para uma ligeira digressão, poderíamos tangenciar a questão do povo dentro do poder constituinte.

26 O desencadeamento da guerra como decorrência da hostilidade entre amigos e inimigos na obra de Schmitt não se mostra como algo obrigatório. Dela também não resulta necessariamente a construção de um estado de beligerância permanente, a exemplo da guerra de todos contra todos do estado de natureza hobbesiano. Percebe-se que na obra de Carl Schmitt a guerra é vista como *ultima ratio* do conflito entre amigos e inimigos, uma última solução ante a intensificação do conflito entre as grandezas políticas e a impossibilidade de conciliação. Nessa mesma linha que Lívio preconizava que “é justa a guerra que é necessária, e sagradas são as armas quando não há esperança senão nelas”. Apud ARENDT, op. cit. p. 37.

27 Ressalte-se que defendemos a interpretação da teoria política de Carl Schmitt segundo a qual a guerra não pode ser um estado permanente dentro do ente estatal, mas tão somente uma eventualidade que poderá acontecer quando do choque entre amigos e inimigos. Superada a fase de conflito e moldado o Estado segundo a vontade do grupo vencedor, desaparece o estado de guerra, apesar da tensão sempre presente entre o grupo vencedor e os remanescentes do grupo vencido na disputa pelo poder. Em sentido contrário à nossa posição, cf. ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Fundamentos do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 241.

Classicamente, o povo é concebido como o titular do poder constituinte. Daí, então, a Constituição retiraria sua legitimidade do exercício de um poder popular em nome dele exercido, onde haveria a criação de uma nova ordem jurídico-política.

Mas, dentro do horizonte de um mundo marcado por uma cisão entre amigos e inimigos que se digladiarão pelo controle da decisão política fundamental, onde entra a figura do povo? Amigos e inimigos serão o povo? Apenas os vencedores do conflito serão o povo ou o povo será aquilo que a decisão política fundamental disser que são?

Embora existam visões clássicas que demonstrem o povo como figura central do regime democrático, este sintagma pode assumir diversos significados que podem vir a gerar alguma confusão.

Dependendo da acepção que possamos adotar, o povo pode vir a ser o “*sujeito de dominação [...] por meio da eleição de uma assembleia constituinte e/ou da votação sobre um texto de uma nova constituição*”²⁸ (sentido ativo), uma espécie de instância global da atribuição de legitimidade democrática²⁹ (sentido do exercício indireto do poder popular, ao qual confere-se, na definição anterior, o povo como atribuição do exercício do poder), uma figura icônica para legitimar remotamente um regime³⁰, ou ainda, ser entendido como povo-destinatário de prestações civilizatórias do Estado³¹ (a legitimação, neste caso, dar-se-ia por meio da reafirmação – a partir das ações estatais propícias a este objetivo – de validar os direitos fundamentais).

Embora possam parecer interessantes, não acreditamos que tais respostas solucionem a pergunta sobre quem é o povo.

Mostra-se interessante a contraposição dialética realizada por Giorgio Agamben, que afirmar ser o povo “um conceito polarizador, que indica um duplo movimento e uma complexa relação entre dois extremos”³².

28 MÜLLER, Friederich. *Quem é o Povo?* A Questão Fundamental da Democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 55.

29 Cf. *Ibidem*. p. 59 e ss.

30 Cf. *Ibidem*. p. 65 e ss.

31 Cf. *Ibidem*. p. 75 e ss.

32 AGAMBEN, Giorgio. *Che Cos'è un Popolo?* In: AGAMBEN, Giorgio. *Mezze senza Fine: Note sulla Politica*. Torino: Bollati Boringhieri, 1996. p. 31.

Em termos mais realísticos, poderíamos falar sobre “o mesmo *Povo* como corpo político integral, de outra parte o subsistema *povo* como multiplicidade fragmentária e corpos e necessitados e excluídos”³³. Por meio de uma prática desconstrutiva, não seria possível falar de povo, mas na verdade de povos.

Interpretar a política por meio do antagonismo implica em dizer que sempre haverá um lado vencedor e outro perdedor.

O primeiro satisfaz-se por meio da concretização de sua representação de mundo no texto constitucional, ao lado perdedor restam poucas opções, ou transforma o processo político num campo de batalha como continuação do antagonismo amigo/inimigo (correndo-se o risco de ocorrer novamente o que se passou durante a República de Weimar, onde a vitória nacionalsocialista foi uma decorrência da luta entre grupos políticos que não encontram um consenso mínimo para a governação do país), integra-se ao lado vencedor, tentando garantir uma defesa mínima das minorias (que hoje é um papel importante levado a cabo pelos Tribunais Constitucionais que ameniza o quadro de uma política agonística, zelando pelo equilíbrio entre executivo e legislativo³⁴), ou então permanece como excluído do processo político, quadro este que traz consequências complicadas num futuro.

Em termos mais realistas da política e do próprio direito constitucional, será correto em falar de um Povo como grandeza política organizada, uma espécie de aristocracia que realmente concentra as mais importantes decisões da modelagem política do Estado num quadro totalmente contraposto ao povo, massa excluída que apenas integra-se ao processo político como forma de concessão por parte da aristocracia, esta condescendência por parte do Povo serve mais como instrumento retórico de participação no intuito de apaziguar eventuais revoltas que possam desencadear forças revolucionárias no futuro, ou seja, a participação do povo como agente político decisivo é mais um instrumento contrarrevolucionário (fazendo uso aqui do léxico conservador que lembra muito um Joseph de Maistre) do que integração entre povo e Povo por meio do processo político.

33 AGAMBEN, op. cit. p. 31.

34 Cf. TEMPLADO, Eduardo Espín. Il Tribunal Constitucional come Garante dell'Equilibrio tra i Poteri dello Stato. In: LUATTI, Lorenzo (Org). *L'Equilibrio tra i Poteri nei Moderni Ordinamenti Costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1994. p. 50-61.

Superando a digressão sobre o povo na questão do poder constituinte, devemos ter em mente que mais importante do que a institucionalização do poder constituinte³⁵ é a tomada de decisão por parte da comunidade, a escolha fundamental de ter uma (ou uma nova) Constituição. Em verdade, é esta decisão que será realmente o ente formador do Estado. A partir da definição de quem tomará a decisão política fundamental (grupo que se sobrepuser no conflito político) é que se definirão os caminhos a serem seguidos na fase de institucionalização do poder constituinte.

Desta forma, entendemos que importante para a compreensão do poder constituinte originário é a decisão política fundamental da comunidade de ter uma constituição.

Contudo, tal decisão deve sempre se ater aos marcos estabelecidos pela sociedade e certas compreensões ideológicas inerentes à própria sociedade, ou seja, seu exercício é necessariamente um expressão de poder limitado cujo exercício encontra-se demarcado de forma prévia por conceitos suprapositivos e pelo próprio resultado do conflito amigo-inimigo que determinou a forma política do Estado.

Entretanto, certos problemas emergem da presente compreensão de poder constituinte e do próprio antagonismo em si.

Em primeiro lugar, não se pode negar o caráter necessariamente democrático que uma Constituição deve ter na atualidade. Pensar de forma oposta iria de encontro às ideias primordiais que fundaram a sociedade contemporânea (inspirada nos ecos da Revolução Francesa).

Por outro lado, com a complexidade social que vislumbramos hoje em dia, fica cada vez mais difícil contemplar todos os segmentos da sociedade de forma igualitária do modo como preconiza o moderno entendimento de democracia e pluralismo político.

O problema da complexidade se agrava com a compreensão da política sob uma perspectiva antagonista. Se há sempre um conflito mais ou menos intenso no seio da sociedade, conflito este onde necessariamente haverá uma divisão entre vencedores e derrotados, como realizar o ideal democrático do pluralismo político por meio da Constituição?

35 Com a institucionalização da decisão política, aquilo que figura entre os indivíduos como força convivencial viva, relativamente desprovida de sistematização, converte-se em linha mestra sobre a qual a vida em comunidade vai se estruturar. ALMEIDA FILHO, op. cit. p. 243.

A partir da vitória de um grupo na disputa pelo monopólio da decisão política fundamental, poderão seguir-se dois caminhos, caminhos estes que implicam em opções totalmente diversas entre si.

Em primeiro lugar, há a possibilidade de que, após a vitória no conflito, o grupo vencedor, agora politicamente preponderante, seguirá rumo a uma democracia da identidade nos moldes formulados por Carl Schmitt³⁶.

Desta forma, haveria a perpetuação do conflito pré-constitucional entre amigos e inimigos, de modo que, após a formação da Constituição, criar-se-ia um bloco político preponderante e outro marginalizado, com a única opção de aderir ao projeto político adversário ou ser eliminado. Tal opção faz-se no intuito de formar uma unidade política homogênea, inexistindo a possibilidade de contemplação de minorias em tal forma de organizar o Estado.

A segunda possibilidade, numa perspectiva diametralmente oposta, também apresenta um dado setor como vencedor do conflito para decidir acerca da criação de uma nova Constituição e dos rumos a serem tomados pelo Estado no momento da criação de uma nova ordem jurídica (controle da institucionalização do poder constituinte).

No entanto, após a formação da Constituição, ao contrário da primeira opção, busca-se conciliar os antagonismos, conferindo a possibilidade de participação dos grupos vencidos nas decisões dos rumos estatais, com claro respeito aos direitos das minorias, na tentativa de construção de uma unidade política baseada na pluralidade.

A segunda opção mostra-se mais compatível com a ideia de Estado Material Democrático de Direito ventilada pelo constitucionalismo na atualidade, com a formação de uma ordem política plural onde todos os segmentos da sociedade devem ter voz ativa na definição dos rumos do Estado, rumos estes que devem, necessariamente, ser definidos por meio do consenso.

36 A ideia de democracia da identidade em Carl Schmitt manifesta-se como a identidade entre governante e governados. No entanto, segundo o pensador alemão, tal identidade apenas pode tornar-se algo efetivo num ambiente de homogeneidade políticossocial, ou seja, numa sociedade onde não exista pluralismo. Esse paradigma schmittiano deve-se ao temor de que uma impossibilidade de conciliação entre vários grupos sociais conduza à eliminação do Estado.

Como já defendido anteriormente, este cenário importa na admissão do Tribunal Constitucional como peça chave para a defesa dos direitos das minorias e o desenvolvimento jurisprudencial da Constituição (atividade criativa dos juízes como uma realidade intransponível) como forma promover a integração entre amigos e inimigos, tornando a Constituição e o governo emergente dela como algo estável, este sendo o objetivo da Constituição desde a sua primeira experiência na Antiguidade.

Não obstante as qualidades da segunda opção, que representa a atenuação dos conflitos entre interesses opostos dentro do Estado, ainda prosseguem dilemas de complexa solução: como assegurar a participação das minorias nos governos com o intuito de formação de uma ordem política plural? Como assegurar a superação (ou atenuação) dos antagonismos no intuito de buscar o progresso da sociedade? Como garantir que a participação das minorias na política estatal não seja massacrada pela maioria, compondo apenas um pluralismo de matriz formal, onde a participação existe, mas nunca consegue ser efetiva?

Embora as indagações acima tenham complexas (e ainda não alcançadas soluções), uma coisa é certa, não é possível mais compreender o poder constituinte originário tal como uma entidade teológica secularizada, onde Deus foi substituído pelo povo.

Como forma de adequar tal teoria ao Estado constitucional, deve-se reconhecer a necessidade de que seu exercício realize-se de forma limitada atendo-se aos limites balizados em decisões pré-constitucionais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim do presente estudo, restam mais perguntas do que respostas. Desde o começo não ambicionamos respondê-las, ainda faz-se necessário um momento de reflexão final panorâmica sobre o tema escolhido.

A clássica teoria do poder constituinte originário, derivada do racionalismo francês, mostra-se superada nos dias de hoje.

Sendo possível conceber o poder constituinte nesses moldes seria possível que, por meio de um momento de ruptura constitucional, um grupo plasmasse uma constituição segundo unicamente suas vontades e a mesma teria legitimidade e efetividade em termos jurídico-normativos.

Dentro da história político-constitucional de uma comunidade, uma Constituição que não respeite ideias plenamente sedimentadas na cultura institucional de um país (ex: implantação de um regime republicano na Inglaterra ou ainda uma monarquia nos Estados Unidos) é claramente buscar a criação de um domínio político efetivamente não legitimado.

Por si só este argumento já evidencia que o poder constituinte não pode tudo e seu exercício jamais será (como nunca o foi) o exercício de um poder político de forma ilimitada, ou seja, sempre haverá limites a se respeitar, sob pena de que uma Constituição nova, ao violar tais limites materiais, não seja uma forma político-institucional legitimada ou sequer legitimável.

Quanto à natureza do poder constituinte, não cremos que seja possível determinar se jurídica ou política quando em seu exercício observamos tanto características afeitas a uma natureza como à outra, qualquer conceituação que tenda a alguma taxonomia exclusivista está fadada ao fracasso, acreditamos ser mais segura uma concepção que aceite o poder constituinte como uma zona de indeterminação entre o jurídico e o político, tal como o estado de exceção.

Quanto à questão do povo como titular do poder constituinte, com o Estado democrático como uma realidade intransponível, a grande problemática hoje não é a titularidade em si de tal poder, mas o que podemos chamar de povo.

Fugindo de concepções irreais e utópicas de nossa época, não podemos defender que todos tenham a mesma voz dentro de uma comunidade. Apesar da fórmula do *one man, one vote*, claramente ‘uns homens valem mais que outros’ e a vontade de alguns (o Povo) prevalece mais do que a massa excluída e necessitada a quem chamamos de povo.

Por fim, quanto à compreensão do poder constituinte como exercício de um poder limitado por meio da ideia do antagonismo político, ambas são realidades evidentes, pois o exercício do poder constituinte far-se-á sempre segundo a decisão política fundamental emergente do conflito gerado entre amigos e inimigos, é o resultado deste processo dialético que dará forma ao Estado e à Constituição para que esta possa legitimar-se frente à sociedade.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Mezzi Senza Fine: Note sulla Politica*. Torino: Bollati Boringhieri, 1996.

_____. *O Reino e a Glória – Uma Genealogia Teológica da Economia e do Governo*. São Paulo: Boitempo, 2011.

ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Formação e Estrutura do Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Fundamentos do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. CAMPOS BARROS, Vinícius Soares de (org). *Novo Manual de Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARENDT, Hannah. *Sobre a Revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto Costituzionale*. 6. ed. Torino: Giapichelli, 2005.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRAVO, Ramón Campderrich. *La Lalabra de Behemoth: Derecho, Política y Orden Internacional en la Obra de Carl Schmitt*. Madrid: Trotta, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Trotta, 2010.

HERRERA, Carlos Miguel. *La Polémica Schmitt-Kelsen sobre el Guardián de la Constitución*. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid n. 86, out./dez. 1994.

LUATTI, Lorenzo (org). *L'Equilibrio tra i Poteri nei Moderni Ordinamenti Costituzionale*. Torino: Giapichelli, 1994.

MIRANDA DOS SANTOS, Luiz Elias. O Problema do Antagonismo Político na Formação do Poder Constituinte Originário. *Revista Opinião Jurídica* n. 14, 2013.

MÜLLER, Friederich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia*. 3. ed. São Paulo: Max Limonaid, 2003.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1994.

PLATÃO. *A República*. 13. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012.

SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1996.