

3

Problematizando as constituições democráticas contemporâneas

3.1

Um impasse na teoria constitucional contemporânea

Em Hesse o esquema de Negri ainda está invertido; vê-se na realização da Constituição a premissa para se operar na vida política, nas circunstâncias da situação histórica e, especialmente, na vontade da Constituição. Negri discorda de Hesse ao afirmar que qualificar constitucionalmente e juridicamente o poder constituinte não depende simplesmente de produzir normas constitucionais e estruturar poderes constituídos, mas, sobretudo, ordenar o poder constituinte enquanto sujeito, regular a política democrática.²⁷

A democracia de Negri – pressuposto inafastável da sua teoria do poder constituinte – constitui-se a partir da expressão integral da multidão, com radical exclusão de toda influência externa. “Esta democracia é o oposto do constitucionalismo, ou melhor, negação do constitucionalismo como poder constituído”.²⁸

Para Negri, limites espaciais, como propostos por Hesse, visam reduzir o poder constituinte a mera norma de produção do direito, interiorizado pelo poder constituído. Negri declara que o quadro delineado pelos juristas e

²⁷ NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad.: Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p.7

²⁸ NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad.: Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p.444.

constitucionalistas, e também pelos sociólogos e políticos perversos, não identifica que o poder constituinte vem antes, é a própria definição de política: onde quer que o poder constituinte seja reprimido e excluído, a política se reduz à pura natureza mecânica, à relação amigo-inimigo, ao poder despótico.²⁹

Com respeito à postura da Teoria Constitucional, Hesse empreende uma visão de poder constituinte como variável endógena, sendo controlado por normas constitucionais e poderes constituídos, enquanto Negri vê o poder constituinte como sujeito, que regula a política democrática (variável exógena às normas constitucionais).

Aqui está o calcanhar de Aquiles da teoria de Negri: em sua radicalização, esbarra nos intransponíveis limites fáticos à sua concretização. O radicalismo de sua teoria é tão extremo que não permite nenhum acordo ou solução negociada, tornando-se irrealizável na prática sem a constante revolução.

O problema atual é como trabalhar o político, a partir da abertura iniciada em Hesse. Inegável o mérito de Negri em apontar as razões da crise – o poder constituinte em Negri é a própria definição de política. Todavia, resta a dificuldade de encontrar a melhor forma de integrar – a partir de uma perspectiva política – sem prescindir do espírito da democracia republicana.

“A tarefa complexa, bem como delicada, de constituir multiplicidade e pluralidade de forma adequada, jurídica e política, exige uma busca por forma institucionais pós-nacionais de vida conjunta e por uma identidade pós-nacional que não faça desaparecer, em uma cápsula de unidade, a pluralidade e a diversidade.”³⁰

“Para a busca, a estrutura de uma rede constitucional não é mau ponto de partida. Apesar de suas insuficiências com relação à norma constitucional e conteúdo, a estrutura dessa rede ilustra dois pontos, por um lado, a idéia de uma Constituição como resultado sempre provisório e reconsiderável de um processo aberto e inacabado de discussões, deliberações e compromissos políticos e, por outro, os

²⁹ NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad.: Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p.460

³⁰ FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Trad. Elisete Atoniuk. Belo Horizonte. Editora Del Rey. 2003. p. 132.

partícipes do processo de transação constitucional permanecem visíveis como partes contratuais, mesmo que, até agora, representados (insuficientemente) pelas cúpulas do poder executivo nacional respectivo e pelos representantes parlamentares.”³¹

3.2

Solucionando o impasse

Em que pesem as críticas quanto à indeterminação de seu conteúdo ideológico e suas conotações individualistas, o rol de direitos fundamentais é hoje elemento central normativo e ideológico nas constituições modernas. Também fazem parte do catálogo das cartas das democracias constitucionais ocidentais, porém com maior parcimônia, considerações sobre o que constitui a boa vida em sociedade, traduzida a partir de expressões como “bem comum” ou “interesse público”.

Deve-se anotar que, neste particular, as constituições demarcam valores que buscam realização ou êxito. Essa busca pela boa vida, pela trajetória exitosa, aparece amparada nas noções pré-estabelecidas; ou seja, a vivência em sociedade será considerada boa na medida em que esta se dê conforme o “consenso aceito”; o acordo plasmado na constituição.

“Valores significativos como, especialmente, paz social, dignidade humana, segurança, amizade entre povos, proteção do meio ambiente – e, há algum tempo a solidariedade – são, geralmente, assentados nos objetivos estatais, ordens constitucionais e obrigações civis. Em razão de sua estrutura específica, valores entram, tipicamente, em conflito com direitos aos quais correspondem assimetricamente, como valores não têm titulares individuais, eles clamam por sua defesa autoritarista por meio de agências paternalistas devidamente

³¹ FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Trad. Elisete Atoniuk. Belo Horizonte. Editora Del Rey. 2003. p. 132

autorizadas. Consequentemente sua implementação extrapola, em geral, as relações horizontais entre cidadãos/membros.”³²

Sobretudo, as constituições têm inegável carga dinâmica; seu conteúdo é moldado e ajustado por um processo sempre aberto, sempre inacabado. É esta constatação que nos aponta para seu caráter político.

A constituição dinâmica, em movimento, não se expressa apenas pela abertura política, que permite a construção do seu conteúdo por seus destinatários, pelos agentes do poder constituinte. Também encontramos abertura na textura constitucional que, ao trabalhar conceitos de grande caráter axiológico, impõe ao intérprete maior atenção ao destes extrair significado, sem se permitir concorrer para a criação do próprio conteúdo da constituição.

Isto porque um dado texto expresso na Constituição mostra-se sempre com algum grau de indeterminação. Regras de interpretação são apresentadas incansavelmente como se fosse possível determinar um verdadeiro significado de uma norma constitucional.

A existência de extenso rol de regras e critérios de interpretação que se desenvolvem com o passar do tempo nos permite concluir que nunca é determinadamente previsível como um conflito jurídico-constitucional será resolvido, no final, pelo órgão competente para julgá-lo. Contudo, há razoável consenso de que as regras nos impõem respeitar o processo estabelecido.

Na prática, os conflitos econômicos, sociais e culturais são transferidos para outros fóruns, travestidos de conflitos políticos – no debate parlamentar – e

³² FRANKENBERG, Günter. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Trad. Elisete Atoniuk. Belo Horizonte. Editora Del Rey. 2003. p. 102/103.

de conflitos legais – nos fóruns judiciais. É lá que recebem solução de acordo com as regras estabelecidas: argumentos são postos, diante de forma e prazos exigidos. Os conflitos são reencenados no palco jurídico.

“(...) o Direito não produz nenhum resultado, mas justifica um resultado: porque as pessoas afetadas participaram do processo, porque obtiveram assistência jurídica, porque propuseram a ação demasiadamente tarde ou de modo contrário à forma vigente, porque não esgotaram as vias legais, porque a liberdade de expressão não permite ofensas a outrem nem ao estado, porque liberdade encontra seus limites no direito dos outros e nos imperativos de segurança nacional etc. Justificação por meio do Direito exprime de forma precisa o paradoxo do Direito moderno e da Constituição moderna: Direito como Direito por meio do Direito.”³³

Contudo, as sociedades democráticas contemporâneas fantasiam um ideal de consenso. As constituições consagram projetos e objetivos que sonham um mundo ideal e, portanto irreal.

O ato de promulgação de uma Constituição, não raro, acompanha uma euforia inicial causada pelo rompimento com o antigo. A liberação de antigos esquemas de governo traz, além da crença no novo projeto, a perda das certezas, sugerindo a necessidade de auto-afirmação.

Como é possível auto-determinar em um mundo de inesgotáveis divergências e renovadas controvérsias? A saída costuma ser um apelo à união: *we the people* nos Estados Unidos da América ou “Nós, representantes do povo brasileiro”.

A “harmonia social” que prescreve nossa Carta de 1988, a *tranquility* da Constituição Federal dos EUA, ou mesmo a “paz e compreensão entre os povos” como quer a Lei Fundamental alemã, são todos conceitos resultantes de um fetichismo de unanimidade, incompatíveis com o inesgotável combustível de desunião presente nas sociedades contemporâneas.

³³ Revista de Direito Público nº 14 Doutrina Estrangeira: *Constituição Como Gramática de Conflitos Sociais* – Günter Frankneberg, p. 62.

Há um grave risco neste caminho: pregar a unanimidade onde ela não existe implica ignorar a conflituosidade latente nas sociedades. O constitucionalismo contemporâneo vive hoje o impasse do consenso: negar as divergências e buscar um único ideal de vida boa não permite realizar o devido arranjo dos conflitos no seio da sociedade.

A busca por uma sociedade justa jamais terá sucesso se a fizermos diante de uma perspectiva *end-of-history*. A falsa percepção de que podemos atingir o consenso engessa e canoniza um modelo, impedindo novas reflexões.

Devemos manter as sociedades contemporâneas em discussão, em constante evolução. O conflito constitui; é uma constante que permite o desenvolvimento.

A longa trajetória que se inicia em Weimar e vai até os dias atuais descreve os erros e acertos da teoria constitucional, que já se abriu e se fechou completamente à entrada de elementos políticos e sociais no debate constitucional.

Em Hesse e Negri ficou confirmado que o purismo estático de Käge não traz a sociedade para o seio do debate constitucional, tornando-o verdadeiramente anti-democrático. A dinâmica social é essencial à constituição aberta e democrática, falta agora aceitar sua conflituosidade.

Nas palavras de Günther Frankenberg, “o conflito, para o escopo da teoria da constituição, não precisa ser primeiramente descoberto, mas reabilitado”. De fato, a ideia de conflito está na base das construções schmittianas a respeito do político e dos agrupamentos amigo/inimigo; não se trata, portanto, de descobri-la pela vez primeira, mas de reconstruí-la para servir ao atual cenário da teoria da constituição.

Não se trata, no entanto, de reconhecer o conflito como elemento causador do destino trágico; da fragmentação da sociedade. Há no conflito um elemento integrativo, ao contrário do que se imagina em um primeiro olhar, uma vez que

põe frente a frente os membros de uma sociedade e permite traçar os pontos em que divergem e que convergem.

Ao nos despirmos das utopias de consenso e unanimidade podemos, cada um de nós, identificarmo-nos como sujeitos de direitos com diferentes ideais de uma vida boa e plena em sociedade. Assim, a constatação da diferença permite também reconhecer, em certo grau, o que há de semelhança.

A partir desta verificação, quando nos vemos como semelhantes diferentes, embarcamos em uma infinita jornada de questionamentos que nos define e traça os contornos de uma sociedade que aceita a conflituosidade que lhe é inerente. Noutras palavras, as sociedades democráticas se integram, paradoxalmente, à medida que seus membros se libertam do sonho de unanimidade e aceitam suas diferentes concepções de uma boa vida.

3.3

O papel da Constituição na integração da sociedade através do conflito

O dissenso a respeito de ideais e concepções de vida é comum a todas as sociedades; está presente no âmago das congregações de sujeitos de direito. Constantes processos de individualização e pluralização levam irremediavelmente à fragmentação social e à dissolução de agrupamentos políticos, éticos e culturais.

O complexo processo de integração se apresenta em três níveis no discurso jurídico – a saber, integração supra-nacional, integração organizacional-estatal e integração social e política, sendo este último o mais relevante para os fins deste

estudo. A integração social pode ser traduzida em processo de aprofundamento da relação sujeito/sociedade.

A integração social está na mesma esfera da integração política e, por isso, se aproximam, uma da outra. Entende-se por integração política o processo de estreitamento dos laços do cidadão com o Estado/nação. A questão da integração está intimamente ligada à relação de filiação, não podendo se separar da ideia de pertença, que lhe é conexas.

“A literatura sobre o conceito de ‘integração’ é tão fascinante quanto dificilmente abrangível. Com a definição ‘criação de uma unidade ou ordem social’, além de um mal-entendido, ou seja, de que a unidade seria igual a ordem, pouco se alcançou. Primeiramente, há que se perceber que integração caracteriza tanto um processo, ou seja, o fomento de coesão/união, como também um resultado (coesão, unidade, socialização eficaz, comunidade), de forma que se deve esclarecer a que integração se refere.”

“A Integração social caracteriza um processo específico intra-social (socialização) e situação de agregação da relação indivíduo/sociedade (comunidade). Nem sempre a integração social é claramente distinguida e talvez não seja nitidamente diferenciada da integração política, que diz respeito à relação do cidadão com o estado/nação. Isso foi colocado em cena pelo Tribunal Constitucional Federal de forma insuperável como o oficial ‘sentir-se em casa nesse estado’. Com relações de solidariedade como prova de uma sociedade integrada socialmente (sociedade como ‘comunidade’) e vinculações de lealdade como prova de uma coletividade (sociedade como ‘nação’, ‘république indivisible’ ou ‘povo’, ‘unido em suas raízes’) poderia ser feita uma separação analítica. Na literatura dominante, sobretudo nas teorias de ordem e consenso que preponderam em se ocupar com Estado e Constituição, isso não se mantém.”³⁴

“Ambas as integrações – social e política – dizem respeito, complementarmente, ao problema de como, em uma sociedade secularizada, se cria um laço simbólico entre seus membros que constitua, para todos, um contexto de filiação (...) que posicione seu status de membro, assim como também determine seus direitos e obrigações, fundamentais, recíprocos.”³⁵

Neste ponto vale abrir parênteses e esclarecer que a integração aqui defendida não se espelha na teoria de Rudolf Smend, tão criticada por Kelsen na obra “O Estado como integração – um confronto de princípios (Martins Fontes.

³⁴ FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Trad. Elisete Atoniuk. Belo Horizonte. Editora Del Rey. 2003. p. 153.

³⁵ FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Trad. Elisete Atoniuk. Belo Horizonte. Editora Del Rey. 2003. p. 155.

São Paulo, 2003)”. Em comum com a integração de Smend, há aqui apenas a visão de continuidade do processo.

Para Smend a integração é um processo de constante renovação, descrito em diferentes níveis e aspectos, determinante para o sucesso do projeto de um Estado. O processo de integração exige da sociedade compartilhar uma experiência comum cultural, de valores e ideais, como caminho para o estabelecimento e manutenção da unidade do Estado.

Sua teoria idealiza uma sociedade capaz de compartilhar experiências de vida harmônicas, o que por si só expõe suas fragilidades. Adiante, a integração de Smend almeja alcançar e manter a unidade Estatal, deixando em segundo plano o papel da Constituição.

Kelsen a desmontou cuidadosamente a teoria de Smend, ao ponto de resumi-la a esta súmula: “o Estado só existe porque e na medida em que se integra constantemente, construindo-se no indivíduo e a partir deles – e nesse contínuo processo consiste sua essência como realidade socioespíritual”³⁶. A crítica severa de Kelsen a Smend conclui-se afirmando que este nada trouxe de novo, limitando-se a pintar com novas cores antigos conceitos que já não contribuía à teoria constitucional na sua velha forma.

Fechando parênteses e retomando a integração como vista por Frankenberg, temos aqui não só um caminho de construção da unidade Estatal, mas um processo de coesão, de aprofundamento da relação entre atores, que se opera em diferentes níveis. Sobretudo, a questão da integração tem papel importante na teoria do conflito: não se deve buscar uma solução polarizadora,

³⁶ KELSEN, Hans. “*O Estado como integração – um confronto de princípios.*” São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 61

mas sim preservar a tensão consenso/dissenso, unidade/fragmentação – são duas faces de uma mesma moeda.

Frankenberg recupera de Schmitt o político, amparado na distinção entre amigo e inimigo, a partir do qual constrói seu conceito de conflito. Todavia, Schmitt fundamenta sua teoria na tomada de decisão, na distinção entre amigo e inimigo, ignorando a visão de processo e continuidade.

O conceito de político de Schmitt aqui é recuperado para servir de base a uma teoria dos conflitos, que busca a integração. Todavia, a integração almejada não se confunde com a ideia de Smend, de pertença harmônica e socioespiritual, em busca da unidade do Estado.

A integração desejada pela teoria dos conflitos parte de sua capacidade de, colocando as posturas conflitantes em patamar de igualdade, incitar o diálogo com o objetivo de alcançar uma solução negociada. A premissa é que o grupo antagônico não seja visto como inimigo, como na teoria *schmittiana*, mas sim como semelhante.

“A teoria da tensão ou do conflito não tenta resolver o problema da integração no sentido do pólo de unidade ou do pólo de diferença, mas mantendo a ‘tensão’. Consequentemente, remetem ou conferem ambos à Constituição, formação da unidade bem como demarcação (= reconhecimento ou conservação) de diferença conflituosa”³⁷.

A solução a partir do conflito tem íntima conexão com a Constituição, que exerce papel fundamental na integração. É ela quem tem o poder de, mesmo em uma sociedade secularizada, onde as controvérsias e conflitos emergem de forma

³⁷ FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Trad. Elisete Atoniuk. Belo Horizonte. Editora Del Rey. 2003. p. 157

natural, criar um laço entre seus membros que permita o surgimento de um sentimento de comunhão, de pertença de seus membros e entre si.

“Ao contrário da unidade exclusiva, assegurada por meio de declarações de rivalidade, a concepção agonal está fincada na inclusão, cultura de conflito como situação cerceada de contradisputa crônica que sempre, novamente, fomenta interesses antagônicos e cosmovisões contraditórias, compreende a ideia do outro. A partir da coerência, do debate, da participação política e da deliberação pública – resumindo, por meio de lutas políticas com resultado incerto – todos os membros da sociedade civil devem ser inseridos no conflito constante ou, se assim se quer, integrados em uma prática democrática de conflito. Onde teóricos da relação amigo-inimigo querem defender a homogeneidade social ilusória e a unidade política, teóricos do conflito orientam as discussões sociais inevitáveis no sentido da difícil e arriscada ‘inclusão do outro’ (Habermas)”.

“Conseqüentemente, o método agonal repousa em um movimento de reconhecimento. Diferentemente do reconhecimento unilateral-soberano do inimigo – conforme a forma de leitura do Begriff des Politischen (O conceito do Político), ainda ou também – como pessoa, o reconhecimento de oposição ocorre de forma horizontal e recíproca. Resumindo, a cultura da disputa compreende a ideia do outro como o semelhante diferente.”³⁸

³⁸ FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Trad. Elisete Atoniuk. Belo Horizonte. Editora Del Rey. 2003. p. 23/24.