

Poder Constituinte em Movimento: a relação entre povo e Constituição no pensamento de Carl Schmitt.

Daniel Capecchi Nunes¹

1. Introdução: o problema do poder constituinte e suas limitações.

Nós parecemos lidar com um paradoxo. De um lado, para ser verdade tudo precisa se tornar uma religião, de outra forma a crença não terá (literalmente) credibilidade ou autoridade. Ainda assim, por outro lado, nós somos e temos que ser os autores dessa autoridade. A fé dos sem-fé deve ser um trabalho coletivo de autocriação no qual eu sou o forjador de minha própria alma e em que todos devemos ser forjadores de almas.²

Falar de democracia é falar de poder constituinte³. A relação entre permanência e mudança em um regime constitucional democrático é um dos problemas que mais suscitou – e suscita – debates e reflexões na teoria política e na filosofia constitucional. De forma sistemática, a discussão sobre a relação entre permanência, representada pela manutenção de um regime constitucional estável, e mudança, como manifestação da soberania popular e de seu direito de tomar as decisões para o futuro, tem sido aglutinada ao redor do chamado paradoxo da democracia ou do constitucionalismo. De tal modo que é possível localizar, topologicamente, boa parte das teorias constitucionais como mais próximas de um ou de outro polo⁴.

Em outras palavras, o desafio colocado é o de compreender como se estabelece a conexão entre constitucionalismo, enquanto pré-compromisso e limitação, e democracia, enquanto autogoverno coletivo⁵. A resposta mais simples para esse problema parte do pressuposto de que estabelecido um desenho institucional adequado, com instituições aptas a

¹ Professor Assistente da Universidade Federal de Juiz de Fora – Campus de Governador Valadares, Doutorando em Direito Público na UERJ, Mestre em Direito Público pela UERJ. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4002975313506432>

² CRITCHLEY, Simon. *The Faith of The Faithless*. Londres: Verso, 2011, p.4.

³ “Falar de poder constituinte é falar de democracia”, com essa frase Antonio Negri dá início ao seu livro “O Poder Constituinte” e a partir dela ele começa a fazer uma reconstrução crítica do conteúdo do conceito com o intuito de leva-lo a um outro patamar de radicalidade. Ao inverter sua frase, neste trabalho, pretendemos evidenciar o desaparecimento do poder de fundação após o surgimento da ordem constitucional. Cf. NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: Lamparina, 2008. P.

⁴ Bonnie Honig, traça esse paradoxo até a teoria do contrato social de Rousseau e sua ideia de um legislador/ditador. Cf. HONIG, Bonnie. Between Decision and Deliberation: political paradox in democratic theory. *American Political Science Review*, v. 101, n.1, p. 1-17, 2007.

⁵ HOLMES, Stephen. “Precommitment and the Paradox of Democracy” In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge University Press: Cambridge, 1988, p. 195-240.

promover a democracia e a proteger direitos fundamentais, os processos políticos subsequentes serão de constante aperfeiçoamento do regime constitucional existente. De tal modo que “o poder que o povo possui só pode ser exercido por meio das formas constitucionais já estabelecidas ou em processo de estabelecimento”⁶.

Representando essa perspectiva, é famosa a metáfora da catedral, de Santiago Nino, segundo a qual um regime constitucional é como uma catedral de construção secular, em cuja construção participam diferentes indivíduos, tendo como grande trunfo a eterna capacidade de ser aprimorada. Segundo essa perspectiva, portanto, a democracia constitucional, quando fundada de maneira adequada, é um ponto que não permite retrocessos⁷, mas tão somente avanços.

Dentre outros, dois problemas fundamentais parecem se apresentar diante dessa visão. O primeiro deles diz respeito à ideia de um progresso inevitável, fundamento da perspectiva liberal acerca do fenômeno político e econômico, cujas hegemonia vai se estabelecer de maneira definitiva após a queda do Muro de Berlim e com a chamada terceira onda das democracias (liberais).⁸

Essa perspectiva pode ser objeto de crítica por dois caminhos distintos. O primeiro está associado com relação entre o progresso e as perspectivas eurocêntricas, com forte dimensão racial e econômica. Segundo essa crítica, a ideia de progresso está imbuída de uma lógica de raças superiores e inferiores ou, em sua versão contemporânea, de culturas superiores, ligadas ao centro, e a culturas inferiores, ligadas à periferia. A reprodução do progresso, portanto, exigiria que as culturas “menos avançadas” buscassem nas culturas “mais avançadas” um parâmetro de evolução⁹.

A segunda crítica possível está relacionada com o reconhecimento de uma crise ou de um retrocesso democrático que não atinge apenas as periferias do mundo, mas também o seu

⁶ LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil. “Introduction” In: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil. *The Paradox of Constitutionalism: constituent power and constitutional form*. Oxford University Press: Oxford, 2007. p.1

⁷ Em trabalho seminal de história das ideias, Pocock demonstra como um dos objetivos do pensamento político florentino, que mais tarde influenciará o pensamento republicano e toda a lógica do constitucionalismo moderno, era o de superar os ciclos políticos que levavam as instituições à decadência. cf. POCKOCK, J. G. A. *The Machiavellian Moment: florentine political thought and the atlantic republican tradition*. Princeton University Press: Princeton, 2016. p. 3-82;

⁸ “A presente era de transições democráticas é a terceira onda de democratização na história do mundo moderno”. HUNTINGTON, Samuel. *Democracy’s Third Wave Journal of Democracy*, v.2, n.2, p. 12, 1991.

⁹ Para os problemas relativos à ideia de progresso histórico e sua relação com colonialismo e racismo, ainda que em posições opostas, cf. ALLEN, Amy. *The End of Progress*. Nova York: Columbia University Press, 2016; MCCARTHY, Thomas. *Race, Empire, and the Idea of Human Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. No Brasil, um trabalho que tem reproduzido esse argumento, não sem muita polêmica é o de SOUZA, Jessé. *A Tolice da Inteligência Brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: Leya, 2015.

centro. Na linha do que afirmam Ginsburg e Hug, “[a] democracia liberal, em resumo, é atualmente objeto de um conjunto plural de fatores concorrentes corrosivos oriundos tanto de formações de partidos e atores específicas quanto por dinâmicas culturais, socioeconômicas e geopolíticas de natureza estrutural”¹⁰

Diante desse problema, recentemente, inúmeras categorias procuram explicar a crise das democracias contemporâneas. Podemos citar, à título de ilustração, os conceitos de constitucionalismo abusivo (*abusive constitutionalism*), de regressão democrática (*democratic regression*), de autoritarismo sigiloso (*stealth constitutionalism*), de desmembramento constitucional (*constitutional dismemberment*), de constitucionalismo autoritário (*authoritarian constitutionalism*), de apodrecimento constitucional (*constitutional rot*), dentre outras.¹¹

Todas buscam compreender, de alguma maneira, como o desmonte das democracias constitucionais já não depende, exclusivamente, de golpes de Estado perpetrados por juntas militares. Frequentemente grupos opostos a uma democracia constitucional recorrem a instrumentos democráticos e constitucionais para enfraquecer a democracia e o constitucionalismo. Utilizando-se de alterações que, individualmente, não significariam um ataque à democracia, mas que, quando concertadas, produzem alterações qualitativas nos regimes políticos, enfraquecendo sua dimensão de direitos.

Uma fundação democrática, portanto, não é suficiente para garantir um desenvolvimento democrático e a ideia de um poder constituinte democrático que se esgote no momento da fundação tampouco é capaz de encerrar todas as complexidades associadas com a manutenção da existência de um regime democrático. Os fundamentos da separação entre o poder constituinte e o poder constituído, estabelecidos por Sieyès¹² no auge da revolução

¹⁰ HUG, Aziz, GINSBURG, Tom. How to Lose a Constitutional Democracy, *UCLA Law Review*, v. 65, n.1, p. 5, 2018.

¹¹ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *Davis Law Review*, v. 47, n. 1, p. 189-260, 2013; BUVARIC, Bojan. A Crisis of Constitutional Democracy in pos-Communist Europe: “Lands in between” democracy and authoritarianism. *International Journal of Constitutional Law*, v.13, n.1, 219-245, 2015; VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism. *Iowa Law Review*, v. 100, 1673-1742, 2015; BERMEO, Nancy. On Democraci Backsliding. *Journal of Democracy*, v. 27, n.1, p. 5-19, 2016; BALKIN, Jack M. Constitutional Rot. In: SUNSETTEIN, Cass R. (org.) *Can It Happen Here? Authoritarianism in America*. Nova York: Dey Street Books, 2018; ALBERT, Richard. *Constitutional Amendment and Dismemberment*. *Yale Journal of International Law*, v. 48, n.1, p. 1-118, 2018;

¹² Para uma análise de história das ideias do desenvolvimento da concepção de poder constituinte, cf. BEUAD, Olivier. *La Puissance de L’Etat*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

francesa e sua presunção da democracia representativa como ápice do processo revolucionário revela suas próprias contradições diante do cenário contemporâneo¹³.

Diante desse problema, a hipótese que defenderemos é a de que a teoria do poder constituinte em movimento, desenvolvida por Carl Schmitt, pode oferecer uma nova perspectiva conceitual sobre o problema da fundação e da manutenção dos regimes democráticos. Ao fundar sua análise conceitual em uma metodologia polêmica de reconstrução dos conceitos jurídicos e político, Schmitt dá lugar para o conflito e a dissenso dentro de uma democracia. Mais do que isso, ele permite vislumbrar uma noção de fundação contínua, cujo motor é o conflito e a disputa sobre os sentidos da ordem constitucional.

Do ponto de vista organizacional, o trabalho está dividido em três partes. Na primeira, apresentaremos a figura de Carl Schmitt e a possibilidade de utilizar sua obra para pensar, hoje, os paradoxos e perplexidades envolvendo o funcionamento das democracias constitucionais. Na segunda, o método do jurista, plenamente desenvolvido em sua obra “O Conceito do Político” será introduzido e proposto como chave para ler a sua noção de poder constituinte. Por fim, na terceira e última parte, trataremos, especificamente, da ideia de um poder constituinte em movimento a partir da ideia dos três momentos da constituição de Schmitt e suscitaremos as possíveis contribuições que sua teoria podem dar ao problema apresentado.

2. Carl Schmitt: crítico da democracia liberal.

Para lançar novas luzes sobre o problema da fundação constitucional e sua relação com a legitimidade democrática, o objetivo deste trabalho é apresentar o conceito trifásico da relação entre povo e constituição desenvolvido por Carl Schmitt em sua famosa “Teoria da Constituição”, de 1928. Escrito simultaneamente com “O Conceito do Político”¹⁴, Teoria da Constituição é um livro que pretende apresentar uma crítica à noção de estado de direito burguesa, sobretudo, em sua tentativa de mascarar o conflito e a pluralidade existentes na Europa, durante aquele momento histórico¹⁵.

¹³ “No século XXI, a simplicidade e a lógica dessa hierarquia de um poder constituído e poderes constituídos não são mais atuais”. CALLEJÓN, Francisco Balaguer; PINON, Stéphane; VIALA, Alexandre. *Le Pouvoir Constituant au XXIe Siècle*. Paris: Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 7.

¹⁴ A obra é classificada por alguns autores do calibre de Jean-François Kervégan como o “o texto mais conhecido de Carl Schmitt, dando margem a uma multidão de interpretação frequentemente controversas”. KERVÉGAN, Jean-François. *Que Faire de Carl Schmitt? Paris: Gallimard, 2011. p. 21;*

¹⁵ Para uma contextualização histórica da produção do livro, cf. KENNEDY, Ellen. *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar*. Duke University Press: Durham, 2004. p. 119-153;

Nascido em Plettenberg, Alemanha, em 1888, de uma família católica, Carl Schmitt foi um dos maiores pensadores políticos e constitucionais do século XX. Sua obra, como a de seu contemporâneo Hans Kelsen, começa como uma tentativa de produzir uma oposição à teoria formalista que predominava na Alemanha antes da primeira guerra mundial¹⁶. Além disso, boa parte de seus trabalhos mais importantes serão publicados no período de decadência da República de Weimar e de ascensão do regime nazista.

Com a mencionada decadência, a teoria de Schmitt vai sendo marcada como uma crítica ao pluralismo e a falta de decisão produzida pelo compromisso dilatatório entre valores contraditórios típico do liberalismo, do qual a Constituição de Weimar de 1919 era um retrato fiel. De modo que seu pensamento, ao antagonizar o liberalismo, pode ser classificado como a produção de um “fanático pela ordem em um tempo de confusão e tumulto”¹⁷.

Sua obra e biografia ficarão identificadas por sua adesão ao regime nazista, que o levou a ser conhecido como jurista coroadado do nazismo¹⁸. Em sua defesa, o autor tenta se comparar Capitão Benito Cereno do conto de Melville, obrigado a pilotar um navio dominado por escravos¹⁹, o questionamento sobre a conexão entre sua obra e sua vida é uma questão constante, tanto para seus críticos quanto para seus utilizadores.

Apesar dessa marca maldita, sua obra foi recepcionada e utilizada, reconhecidamente ou não, por autores tão diversos quanto Giorgio Agamben, em sua teoria do estado de exceção²⁰, Jürgen Habermas, em sua perspectiva acerca da crise do parlamentarismo²¹, e Chantal Mouffe,

¹⁶ “[...] Entre os jovens críticos jurídicos, dois são de especial interesse para os futuros desenvolvimentos da República de Weimar: Hans Kelsen e Carl Schmitt. [...] Kelsen e Schmitt, os quais viriam a ser os antípodas da teoria constitucional de Weimar, começaram suas carreiras com uma crítica surpreendentemente similar da tradição labandiana em seu desenvolvimento realizado pelas teorias da soberania e do direito de George Jellinek”. CALDWELL, Peter C. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: the theory and practice of Weimar Constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 1997, p. 41.

¹⁷ MEIERHENRICH, Jens; SIMONS, Oliver “A Fanatic of Order in a Epoch of Confusing Turmoil”: the political, legal and cultural thought of Carl Schmitt”. In: MEIERHENRICH, Jens; SIMONS, Oliver. *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 3-72.

¹⁸ Há uma série de textos de sua fase nazista, os quais, em sua maior parte não são objeto de estudo ou de interlocução pela teoria política contemporânea. De seu período de total adesão, talvez, o texto mais conhecido seja “O Führer Protege o Direito”. Cf. KERVÉGAN, Jean-François. *Que Faire de Carl Schmitt? Paris: Gallimard, 2011*, p. 21-51;

¹⁹ Em uma entrevista de 1982, ao ser perguntando sobre sua responsabilidade, Schmitt responde: “[...] A esse propósito seria oportuno fazer menção ao mito de Benito Cereno. Conhece o conto de Melville, o mito das situações sem solução? Peguemos Hess. Está ainda na prisão. Não pode falar, não pode tampouco ser considerado responsável pela guerra. É incrível!”. SCHMITT, Carl. “Un giurista davanti a se stesso” In: AGAMBEN, Giorgio. *Un Giurista Davanti a Se Stesso*. Vicenza: Neri Pozza Editore, 2005, p. 182.183.

²⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: il potere sovrano e la nuda vita*. Torino: Giulio Einaudi Editore, 1995, p. 17-76.

²¹ Para a recepção subreptícia de Schmitt pela Escola de Frank e, especialmente, por Habermas Cf. KENNEDY, Ellen. Carl Schmitt and the Frankfurt School. *Telos*, n. 71, p. 37-66, 1987. Para a relação entre os juristas da mencionada Escola e o pensamento de Schmitt, cf. SCHEUERMAN, William. *Between Norm and Exception: the Frankfurt School and the Rule of Law*. Cambridge: The MIT Press, 1994.

em sua tentativa de salvar a perspectiva liberal pela via de uma democracia agonística²². De uma forma ou de outra, o pensamento de Carl Schmitt tem se tornado um ponto de parada fundamental para aqueles que pretendem compreender a crise da democracia e a insuficiência das categorias tradicionais do direito constitucional. Como afirma Chantal Mouffe, “[q]ue Schmitt é um dos grandes teóricos políticos e legais desse século é algo que tem sido amplamente reconhecido. Basta testemunhar o recente boom na tradução do seu trabalho e o crescente número de obras dedicadas a estudá-lo”.²³

Tal recepção não está imune a críticas, tanto pela mácula que paira sobre sua biografia, quanto pelo potencial perigo autoritário que escondem suas ideias. Para os estudiosos de Schmitt, uma das questões fundamentais é saber até que ponto suas ideias anteriores à adesão ao regime nazista já tinham uma natureza essencialmente autoritária.

Ilustrativa dessa dificuldade é a crítica de Adam Sitze, que encara com ceticismo o que ele considera uma postura crescente de analisar as posições e teorias de Schmitt de uma maneira descontextualizada e fora de suas manifestações políticas²⁴. De tal sorte que, quanto mais distância se toma da figura individual do jurista coroado do nazista e de contexto políticos e histórico de suas ideias, mais fácil é considerar suas ideias pertinentes para explicar o mundo contemporâneo.

Em defesa do diálogo com ideias de Carl Schmitt, entretanto, é possível apontar dois principais argumentos. O primeiro dele, de natureza histórica, está relacionado com o momento do desenvolvimento da teoria política e jurídica do autor. Em um tempo que possui semelhanças com o nosso, ele pensa a crise da democracia e do constitucionalismo liberal, levando ao extremo a demonstração das fraturas e perplexidade que os envolvem. Schmitt é um pensador da crise, ao qual não parece absurdo recorrer em momentos nos quais a crença no progresso e no desenvolvimento já não gozam de tamanho prestígio. Ao pensar as fraturas do liberalismo, o jurista nos deixou uma série de questões carentes de resposta²⁵.

O segundo argumento está relacionado ao método. O que se pretende aqui, na linha do que argumenta Chantal Mouffe, não é comprar de maneira irrestrita e ilimitada as conclusões

²² MOUFFE, Chantal. *The Return of the Political*. Londres: Verso, 1993.

²³ MOUFFE, Chantal. “Introduction” In: MOUFFE, Chantal. *The Challenge of Carl Schmitt*. Londres: Verso, 1999, p. 1.

²⁴ SITZE, Adam. A Farewell to Schmitt: notes on the Work of Carlo Galli. *New Centennial Review*, v. 10, p. 27-72;

²⁵ “Ele [Carl Schmitt] revela as diversas fraquezas da democracia liberal e trás a tona os pontos cegos que estavam atrás de nós. Tais deficiência não podem ser ignoradas”. MOUFFE, Chantal. *The Democratic Paradox*. Londres: Verso, 2005, p; 57;

de Schmitt sobre a necessidade de um regime autoritário ou de uma democracia plebiscitária. O que se pretende é, a partir de seu diagnóstico de crise, pensar novas possibilidades que possam emergir da tradição constitucional democrática, sem que nos vinculemos ao dogmatismo. De maneira muito sintética, trata-se de “pensar *com* e *contra* Schmitt”²⁶. Ao retomar o paradoxo da democracia e o conceito de poder constituinte, pretendemos nos engajar em uma tal atividade.

3. Pensamento da Ordem Concreta: o método polêmico de Schmitt.

“Palavras como Estado, República, Sociedade, Classe e, mais, Soberania, Estado de Direito, Absolutismo, Ditadura, Planejamento, Estado Neutro ou Total, etc., são incompreensíveis quando não se sabem quem, em concreto, deve ser atingido, combatido, negado ou refutado com tal palavra”²⁷.

As disputas são a lente pela qual todas as categorias políticas fazem sentido. De maneira sintética, essa poderia ser uma frase que descreve o método pelo qual Carl Schmitt desenvolve seu livro “O Conceito do Político”. Conforme apontado anteriormente, esse trabalho, provavelmente, é a obra mais conhecida e referenciada do autor. Nela, ele estabelece o político como a famosa divisão entre “amigo” e “inimigo”. No que concerne ao nosso presente estudo, o livro é uma reconstrução da metodologia utilizada pelo jurista na maior parte de seus trabalhos.

Tal metodologia é algo que o pensador chama de “pensamento da ordem concreta”²⁸, em síntese, uma negativa do que ele considerava uma visão abstrata do processo político e do elogio liberal ao pluralismo, que, em sua perspectiva, era a origem das crises constantes que abatiam a Constituição de Weimar.

Schmitt defende que o conceito do político, assim como as demais categorias da teoria política e jurídica, só pode ser compreendido de maneira efetiva quando se percebe quais disputas concretas estão em jogo. Tais categorias, portanto, têm uma dimensão polêmica essencial de disputa e confronto, a qual costuma, frequentemente, ser mascarada pelas

²⁶ MOUFFE, Chantal. “Introduction” In: MOUFFE, Chantal. *The Challenge of Carl Schmitt*. Londres: Verso, 1999, p. 6.

²⁷ SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 57.

²⁸ Para o desenvolvimento dessa perspectiva no pensamento do autor, cf. MEIERHENRICH, Jens. “Fearing the Disorder of Things: the development of Carl Schmitt’s Institutional Theory, 1919-1942” In: MEIERHENRICH, Jens; SIMONS, Oliver. *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 171-216;

construções teóricas de pensadores liberais, que se apoiariam sobre uma demonização do conflito.²⁹

A grande virtude do texto é a de explicitar o método de análise schmittiano e a forma como o autor pretende compreender conceitos clássicos da teoria política e constitucional. Esse método vai ser aplicado de maneira menos alardeada em sua obra “Teoria da Constituição”, na qual ele revisita diversos conceitos da Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional. Dentre eles, o de Poder Constituinte, objeto da investigação do presente artigo.

A recuperação dessa metodologia tem o propósito de explicar as lentes por meio das quais analisaremos o problema a que estamos nos dedicando no presente trabalho, de modo que o que propomos, portanto, é que o método polêmico explicitado em “O Conceito do Político” deve ser a chave de interpretação para compreender a construção de uma teoria do poder constituinte em movimento, conforme proposta na “Teoria da Constituição”. A tentativa de recolocar o povo no processo de desenvolvimento de um texto constitucional é um elemento de reativação da dimensão política do processo de fundação e de manutenção das ordens constitucionais³⁰.

4. O Poder Constituinte em Movimento: os três momentos do povo em sua relação com a constituição.

O poder é, na democracia, sujeito do poder constituinte. Toda Constituição, segundo a concepção democrática, se baseia, inclusive para seu elemento de Estado de Direito, em uma decisão política concreta do povo dotado de capacidade política. Toda Constituição democrática supõe um povo com tal capacidade³¹.

“Poder constituinte é a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a decisão concreta do conjunto sobre o modo e a forma da própria existência política”³². Para Schmitt, portanto, a manifestação do poder constituinte é a verbalização concreta da decisão de um povo acerca de sua existência política. A Constituição surge, conseqüentemente, como a

²⁹ “[...]Para os adversários políticos de uma teoria política clara não é difícil portanto declarar o conhecimento e a descrição dos fenômenos e verdades políticas, em nome de qualquer esfera objetiva, como imoral, antieconômica, a-científica, e sobretudo – pois aí está o que importa politicamente – hors-la-loi e digno de ser combatido como coisa do demônio”. SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Petropolis: Vozes, 1992, p. 92.

³⁰ “[...] Ao lado dos elementos liberais da Constituição de Weimar, Schmitt agora incorpora uma dimensão política. É essa rearticulação dos elementos liberais e políticos que determinam a estrutura de *Verfassungslehre*. Uma visão expandida do soberano permite a adoção concorrente do Estado de Direito Liberal. Schmitt muda de uma aderência intransigente ao conservadorismo revolucionário que ele compartilhava com de Maistre e com Donoso Cortes para uma postura mais flexível. Ele vê a necessidade de adotar uma forma de acordo com o liberalismo. Isso implica uma mudança em direção à aceitação de uma leitura conservadora do liberalismo, uma visão que não rejeita a soberania, esteja ela expressa democrática ou monarquicamente”. CRISTI, Renato. Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. v. 10, n. 1, p. 194, 1997.

³¹ SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitucion*. Madrid: Alianza Editorial, 2011, p. 309.

³² SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitucion*. Madrid: Alianza Editorial, 2011, p. 123-124.

verbalização dessa vontade em um determinado momento histórico e seu destino e perpetuação estão intrinsecamente relacionados com essa vontade.

O primeiro elemento importante para entender a concepção de poder constituinte de Carl Schmitt, portanto, é a ideia de que se trata de uma manifestação concreta da vontade de um povo, em um determinado momento histórico. Nas palavras do próprio autor, “[o] poder constituinte é uma vontade política: ser político concreto”³³. Dessa concepção, defluem dois elementos fundamentais, o primeiro deles é a noção de que o povo responde a questões concretas de seu próprio tempo e que a Constituição, por consequência não tem o grau de transcendência que lhe é atribuída pelas teorias contemporâneas.

A aposta em uma determinada forma política ou institucional surge como resposta aos problemas que se identificavam anteriormente. Ao fundar um regime democrático, por exemplo, a decisão fundamental do povo tem por intuito rejeitar os defeitos e as dificuldades do regime anterior. Como consequência disso, a existência do povo não se desfaz com a fundação constitucional, a vontade que justificou a criação da constituição é a mesma vontade que legitima e torna possível sua existência:

Assim como uma disposição orgânica não esgota o poder organizador que detêm a autoridade e poder de organização, tampouco pode a emissão de uma Constituição esgotar, absorver e consumir o poder constituinte. Uma vez exercitado, ele não se acaba ou desaparece. A decisão política implicada na Constituição não pode atuar contra o seu sujeito, nem destruir sua existência política. Ao lado e acima da Constituição, segue subsistindo essa vontade³⁴.

Na percepção de Schmitt, por consequência, as formas de produção de textos constitucionais como Assembleias, Mesas Redondas ou Convenções, nada mais são do que manifestações provisórias dessa vontade, bem como os textos que são produzidos por esses órgãos³⁵. Nessa linha, o grau de racionalidade ou legitimidade democrática que envolvem o surgimento do texto são elementos contingenciais e não essenciais dessas formas de organização³⁶.

³³ SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitution*. Madrid: Alianza Editorial, 2011, p. 124.

³⁴ SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitution*. Madrid: Alianza Editorial, 2011, p. 309.

³⁵ “[E]le [Schmitt] insiste que a Assembleia Constituinte permanece sempre subordinada a suprema autoridade do povo, o verdadeiro, incontestável soberano, o qual delegou e autorizou ela a agir”. KALYVAS, Andreas. *Democracy and the Politics of Extraordinary: Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 97.

³⁶ “Modo e forma da existência estatal se determina, segundo o princípio da legitimidade democrática, pela livre manifestação da vontade de um povo. A vontade constituinte do povo não está vinculada a nenhum determinado procedimento. Como antes já se expôs, a atual prática das Constituições democráticas deu lugar a certos métodos, seja de eleição de uma assembleia constituinte, seja de uma votação popular. Como frequência se ligam esses métodos ao pensamento da legitimidade democrática, inserindo um certo procedimento em um conceito de legitimidade, e caracterizando como verdadeiramente democráticas, somente aquelas Constituições que encontraram a aprovação dos cidadãos formada pelo procedimento de votação individual secreta [...]”SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitution*. Madrid: Alianza Editorial, 2011, p. 141

O verdadeiro instrumento para se apreender o grau de legitimidade democrática de um texto constitucional e sua potencialidade de traduzir a vontade constituinte de um povo estaria mais relacionada com a adesão do mesmo pela via de sua ressignificação cotidiana. De maneira muito sintética, o grau de efetividade um texto está intimamente relacionado com sua capacidade de traduzir essa vontade constituinte.

Mais do que isso, para que um determinado texto constitucional se apresente como manifestação da vontade constituinte é preciso que ele seja capaz de absorver as disputas políticas existentes em uma determinada sociedade, atuando em seu processo de ressignificação. É dizer: “[n]a simples participação de um povo na vida pública estabelecida pela Constituição podemos ver, por exemplo, uma conduta concluinte, mediante se manifesta com clareza a vontade constituinte do povo”³⁷.

Em direção contrária às teorias liberais do poder constituinte e da fundação democrática³⁸, baseadas na busca por um consenso (im)possível por meio de categorias como a do consenso sobreposto, Carl Schmitt parece fundar sua teoria da legitimidade da Constituição e da sua relação com a decisão constituinte no confronto. Enquanto as pessoas se utilizarem dos instrumentos constitucionais para manifestar suas percepções políticas publicamente, a esfera pública produzida constitucionalmente será um retrato da vontade constituinte³⁹.

O confronto e a disputa, portanto, não são uma condição provisória do momento pré-constitucional, eles são o elemento que fazem com a Constituição permaneça viva e consiga institucionalizar uma vontade que, originalmente, poderia se dissipar no tempo. Se a Constituição encerra o conflito e a participação política divergente, ela não será capaz de traduzir a vontade política de um povo e está sujeita a constantes rupturas e crises⁴⁰.

Por essa razão, os processos de reforma e revisão de dispositivos constitucionais não são capazes de extinguir o poder constituinte, mas para que garantam a permanência do texto

³⁷ SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2011, p. 141.

³⁸ Nesse sentido, poderíamos fazer menção à chamada “virada consensualista” de Habermas e Rawls, cf. MIGUEL, Luis Felipe. *Democracia e Representação: territórios em disputa*. São Paulo: Unesp, 2014, p. 63-96;

³⁹ Em uma versão mais fraca dessa tese, Chantal Mouffe propõe a ideia de um consenso sobre “a democracia” e um dissenso sobre as demais questões. Essa construção, entretanto, parece-nos ser uma mera mudança de chave conceitual para explicar o fenômeno da consensualidade liberal, não abraçando toda a radicalidade possível da teoria schmittiana. Cf. MOUFFE, Chantal. *The Democratic Paradox*. Londres: Verso, 2005, p. 55-56;

⁴⁰ Ainda que criticando Carl Schmitt, Loughlin parece sustentar uma perspectiva semelhante, que ele chama de relacional: “O poder constituinte expressa o fato que a unidade é criada da desunião, inclusão da exclusão. O processo de ordenamento constitucional é dinâmico, nunca estático. Então, ao invés de tratar o poder constituinte do povo como uma unidade existencial antecedente à formação da constituição, esse poder expressa a relação dialética entre a “nação” colocada como o propósito de autoconstituição e a forma constitucional por meio da qual ela pode falar com autoridade”. LOUGHLIN, Martin. *European Journal of Political Theory*, v. 13, n. 2, p. 229, 2013.

constitucional devem ser capazes de recepcionar a vontade constituinte que sustenta o texto. Por essa razão, Carl Schmitt propõe uma separação inusitada entre o sujeito do poder constituinte e suas manifestações concretas, as constituições.

Em sua visão, é possível que a manifestação concreta da vontade constituinte assuma diferentes formas sem que isso represente uma troca no sujeito que o motivou. Um mesmo povo pode produzir diferentes textos constitucionais em sua história, a depender da conjuntura de força, que dará a tônica dos pactos constituintes.

De tal maneira que seria possível identificar, em manifestações constituintes distintas, um núcleo comum que ao longo da história seria imutável, resultado das emanções de um mesmo sujeito. Além disso, para Schmitt, essa organização estrutural das mudanças na Constituição permitiria compreender melhor fenômenos como a recepção constitucional de dispositivos legais e, até mesmo, constitucionais de regimes anteriores⁴¹.

A essa situação se oporiam os cenários de “destruição constitucional”⁴², nos quais houvesse uma troca do sujeito constituinte e uma mudança radical nos agentes responsáveis pela manifestação do poder. Dessa maneira, a transição de um regime absolutista para uma democracia liberal ou dessa para um regime comunista representariam um rompimento total com o sujeito constitucional anterior, de modo a destruir a ordem jurídica anterior e propiciar o nascimento de um novo texto constitucional.

Tal perspectiva acerca da vontade constituinte tem, ao menos, duas vantagens. Em primeiro plano, a separação entre sujeito constituinte e manifestação constitucional, permite sofisticar a questão da continuidade entre regimes. Se a teoria tradicional atribui uma natureza “inicial”, de acordo com a qual todo o poder constituinte é o ponto de início das ordens jurídica, ela oferece também uma perplexidade: como compreender a relação desse regime inicial com o regime passado?

A teoria de Schmitt parece suprir essa lacuna, ao propor um elemento de continuidade entre diferentes textos constitucionais, quando o sujeito do poder constituinte continuar sendo o mesmo. Em segundo plano, tal elemento se torna ainda mais interessante, analiticamente, quando cotejado com seu conceito de político, condicionado pelas disputas reais de poder de uma determinada coletividade⁴³.

⁴¹ SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2011, p.143-144.

⁴² SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2011, p. 146.

⁴³ “O político pode extrair sua força dos mais variados setores da vida humana – de contraposições religiosas, econômicas, morais e outras. Ele não designa um âmbito próprio, mas apenas o grau de intensidade de uma associação ou dissociação entre os humanos, cujos motivos podem ser de cunho religioso, nacional (no sentido

Essa visão permite, por exemplo, que ao se analisar, comparativamente, os diferentes elementos de continuidade e ruptura das ordens constitucionais de um determinado Estado, questione-se quem é o verdadeiro sujeito do poder constituinte e em nome de quais interesses a decisão fundamental foi tomada. Além disso, ao se concretizar as disputas que criaram e sustentam uma ordem constitucional, uma tal teoria permitiria compreender a capacidade de absorção das disputas sociais travadas para ressignificar a Constituição.

Partindo da premissa da continuidade da existência do poder constituinte, Schmitt propõe um modelo trifásico de relação do povo com a constituição, no qual existe um momento do povo antes da Constituição, um do povo na Constituição e, finalmente, um do povo a frente da Constituição. Com essa estrutura conceitual, o autor pretende explicar os processos de legitimação constitucional e de capacidade de um determinado texto traduzir a vontade constituinte, cuja extinção é impossível.

A primeira maneira, já mencionada, é a do povo “antes” da constituição. Nessa forma de relação, a vontade de um determinado agrupamento social será responsável por criar a constituição, dando-lhe vida por meio de uma decisão política. Os processos políticos de formação de assembleias constituintes, convenções ou mesas-redondas, a partir dos quais criam-se textos constitucionais, são exemplos disso.

Dessa maneira, para que uma Constituição democrática exista é necessário que algum processo de decantação e representação da vontade popular ocorra. No entanto, como apontamos anteriormente, esse processo não é suficiente para dizer se a Constituição é legítima ou não. Será a prática política, sob a vigência de suas normas, e as disputas que se desenvolve em seu nome que dirão a capacidade de um determinado documento constitucional de traduzir a vontade constituinte que o originou e, mais importante, que o sustenta.

A segunda maneira é a do povo “dentro” da constituição, por meio da qual o povo irá se utilizar dos instrumentos institucionais oferecidos por um determinado regime constitucional para traduzir suas vontades para o núcleo das instituições políticas. Esse tipo de tradução da vontade popular pode se dar tanto pela via tradicional de processos eleitorais, quanto pela via de outras formas de participação institucionalizadas em uma determinada constituição. Além disso, Schmitt reconhece abertamente a possibilidade de atuação do povo pela via da opinião

étnico ou cultural), econômico ou outro, e que em diferentes épocas provocaram diferentes ligações e separações”. SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Petropolis: Vozes, 1992, p. 64.

pública, que assumiria, na perspectiva do autor, o papel de “forma moderna do governo por aclamação”⁴⁴.

A terceira e última maneira é a do povo “à frente” da constituição, quando determinadas manifestações populares, externas ao sistema constitucional institucionalizado, buscam transformar o funcionamento do regime político. Esses momentos de grande comoção social podem ser associados com protestos e movimentos sociais de grande impacto que alteram o curso do funcionamento das instituições constitucionais. O propósito desse terceiro momento, por conseguinte, é relativizar a dicotomia absoluta entre o momento da fundação e o momento da reprodução da ordem constitucional. Na síntese de Andreas Kalyvas:

Schmitt confronta o desaparecimento da soberania, tão comum na teoria política contemporânea, apontando para um terceiro e final momento da democracia. Aqui, ele localiza o povo a frente da constituição. Ele acredita que, ao acrescentar essa terceira instância, poderia evitar os dilemas já mencionados. No primeiro momento, testemunha-se a soberania na sua total, mas evanescente manifestação; no segundo momento, observa-se seu gradual repouso e quase permanente desaparecimento; no terceiro e último momento, percebe-se o redespertar parcial das manifestações populares [...]⁴⁵.

O estabelecimento de uma perspectiva cíclica da relação entre povo e democracia, intermediada pelos processos institucionais de uma Constituição apresenta, ao menos, três vantagens com relação a perspectiva tradicional da dicotomia absoluta entre constituinte e constituído. Tais vantagens podem ser consideradas

Em primeiro lugar, a teoria delineia um modelo no qual a construção de um regime democrático não depende exclusivamente de uma boa fundação. A permanência da potência constituinte que dá origem a toda Constituição coloca o problema da fundação como uma necessidade constante. A Constituição precisa ser capaz, portanto, de absorver as demandas populares e traduzi-las institucionalmente, de modo que o grau de permeabilidade de um texto constitucional é proporcional a sua capacidade de representar a vontade constituinte que o original.

A segunda vantagem é uma decorrência da primeira. Ao afirmar a permanência da vontade constituinte que origina uma determinada constituição, ele permite que a questão dos desenhos institucionais seja recolocada a todo tempo. De maneira distinta das teorias tradicionais, que remontam a legitimidade ao momento da fundação – seja por uma explosão democrática, seja por um momento de incomparável racionalidade –, para Schmitt, a legitimação de um regime constitucional é constante. Ao abrir mão de noções contingenciais

⁴⁴ SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitucion*. Madrid: Alianza Editorial, 2011, p. 318.

⁴⁵ KALYVAS, Andreas. Carl Schmitt and the Three Moments of Democracy. *Cardozo Law Review*, v. 25, n.1, p. 1558, 2000.

com as categorias da origem democrática ou da racionalidade originária, essa perspectiva tem uma sobrecarga normativa incomparavelmente menor do que as teorias tradicionais e está mais aberta a análises empíricas do que funciona e do que falha na capacidade das instituições de mediar os conflitos políticos.

A terceiro e última vantagem é a mais importante. O desenho tricotômico de Schmitt gera respostas – ou, pelo menos, questões – mais sofisticadas para o problema da oposição entre direitos fundamentais e vontade majoritária. Ao invés de apostar em um Poder Judiciário formado por juízes Hércules que sirvam para bloquear eventuais ameaças a direitos, a lógica schmittiana impõe que pensemos em instrumentos para que o debate público seja influenciado pela lógica dos direitos. Por consequência, Constituição deve atuar como uma via de mão dupla: por um lado, deve ser capaz de absorver a vontade constituinte que a originou e a sustenta e, por outro, deve ser apta a influenciar o debate público nos limites semânticos do seu vocabulário. Para atingir esse papel complexo o texto constitucional deve apostar em desenhos institucionais sofisticados, que se articulam na atuação de mais de uma instituição.

REFERÊNCIAS:

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: il potere sovrano e la nuda vita*. Torino: Giulio Einaudi Editore, 1995;
- ALBERT, Richard. *Constitutional Amendment and Dismemberment*. Yale Journal of International Law, v. 48, n.1, p. 1-118, 2018;
- ALLEN, Amy. *The End of Progress*. Nova York: Columbia University Press, 2016;
- BALKIN, Jack M. Constitutional Rot. In: SUNSETTEIN, Cass R. (org.) *Can It Happen Here? Authoritarianism in America*. Nova York: Dey Street Books, 2018;
- BERMEO, Nancy. On Democraci Backsliding. *Journal of Democracy*, v. 27, n.1, p. 5-19, 2016;
- BEUAD, Olivier. *La Puissance de L'Etat*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.
- BUVARIC, Bojan. A Crisis of Constitutional Democracy in pos-Communist Europe: “Lands in between” democracy and authoritarianism. *International Journal of Constitutional Law*, v.13, n.1, 219-245, 2015;
- CALDWELL, Peter C. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: the theory and practice of Weimar Constitutionalism*. Durham: Duke University Press, 1997;

- CALLEJÓN, Francisco Balaguer; PINON, Stéphane; VIALA, Alexandre. *Le Pouvoir Constituant au XXI^e Siècle*. Paris: Institut Universitaire Varenne, 2017;
- CRISTI, Renato. Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. v. 10, n. 1, p. 194, 1997.
- CRITCHLEY, Simon. *The Faith of The Faithless*. Londres: Verso, 2011;
- HOLMES, Stephen. "Precommitment and the Paradox of Democracy" In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge University Press: Cambridge, 1988, p. 195-240
- HONIG, Bonnie. Between Decision and Deliberation: political paradox in democratic theory. *American Political Science Review*, v. 101, n.1, p. 1-17, 2007;
- HUG, Aziz, GINSBURG, Tom. How to Lose a Constitutional Democracy, *UCLA Law Review*, v. 65, n.1, p. 5, 2018.
- HUNTINGTON, Samuel. Democracy's Third Wave *Journal of Democracy*, v.2, n.2, p. 12, 1991
- KALYVAS, Andreas. *Democracy and the Politics of Extraordinary: Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008; MIGUEL, Luis Felipe. *Democracia e Representação: territórios em disputa*. São Paulo: Unesp, 2014;
- KENNEDY, Ellen. Carl Schmitt and the Frankfurt School. *Telos*, n. 71, p. 37-66, 1987;
- KENNEDY, Ellen. *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar*. Duke University Press: Durham, 2004;
- KERVÉGAN, Jean-François. *Que Faire de Carl Schmitt?* Paris: Gallimard, 2011, p. 21-51;
- LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *Davis Law Review*, v. 47, n. 1, p. 189-260, 2013;
- LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil. "Introduction" In: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil. *The Paradox of Constitutionalism: constituent power and constitutional form*. Oxford University Press: Oxford, 2007, p.1;
- LOUGHLIN, Martin. *European Journal of Political Theory*, v. 13, n. 2, p. 229, 2013;
- MCCARTHY, Thomas. *Race, Empire, and the Idea of Human Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009;
- MEIERHENRICH, Jens; SIMONS, Oliver "A Fanatic of Order in a Epoch of Confusing Turmoil": the political, legal and cultural thought of Carl Schmitt". In: MEIERHENRICH, Jens; SIMONS, Oliver. *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 3-72;

- MEIERHENRICH, Jens. "Fearing the Disorder of Things: the development of Carl Schmitt's Institutional Theory, 1919-1942" In: MEIERHENRICH, Jens; SIMONS, Oliver. *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 171-216;
- MOUFFE, Chantal. *The Challenge of Carl Schmitt*. Londres: Verso, 1999, p. 1.
- MOUFFE, Chantal. *The Democratic Paradox*. Londres: Verso, 2005;
- MOUFFE, Chantal. *The Return of the Political*. Londres: Verso, 1993.
- NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: Lamparina, 2008;
- SCHEUERMAN, William. *Between Norm and Exception: the Frankfurt School and the Rule of Law*. Cambridge: The MIT Press, 1994;
- SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Petrópolis: Vozes, 1992;
- SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitucion*. Madrid: Alianza Editorial, 2011;
- SCHMITT, Carl. "Un giurista davanti a se stesso" In: AGAMBEN, Giorgio. *Un Giurista Davanti a Se Stesso*. Vicenza: Neri Pozza Editore, 2005;
- SITZE, Adam. A Farewell to Schmitt: notes on the Work of Carlo Galli. *New Centennial Review*, v. 10, p. 27-72, 1998;
- SOUZA, Jessé. *A Tolice da Inteligência Brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: Leya, 2015
- VAROL, Ozan O. Stealth Authoritarianism. *Iowa Law Review*, v. 100, 1673-1742, 2015;