

4

**A IDENTIDADE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL NO BRASIL:  
UMA VISITA AOS SEUS PRESSUPOSTOS HISTÓRICO-TEORÉTICOS NA  
PASSAGEM DO IMPÉRIO PARA A REPÚBLICA, DA PERSPECTIVA DA  
FORMA DE ATUAÇÃO DO GUARDIÃO MÁXIMO DA CONSTITUIÇÃO.**

Maria Fernanda Salcedo Repolês\*

**RESUMO**

O presente texto tem o objetivo de reconstruir discursivamente um fragmento da história constitucional brasileira: o da passagem da guarda máxima da Constituição exercida pelo critério político mediante o Poder Moderador, durante o Império, para a guarda da Constituição através do controle jurisdicional difuso exercido pelo Judiciário em geral, enfocando-se, sobretudo a atuação do Supremo Tribunal Federal, o seu órgão de cúpula. Buscou-se analisar criticamente os argumentos que discutem a politização do Poder Judiciário e suas conseqüências para a construção da identidade do sujeito constitucional numa sociedade que se quer democrática, desde a problematização das distintas articulações da tensão entre o Direito e a Política necessariamente presente no exercício da guarda máxima da Constituição, seja política, seja jurisdicional. Enfocou-se, assim, a tensão entre autoridade e poder sempre presente na cultura jurídica brasileira desde o Império, de forma a compreender, através da discussão sobre essa tensão, as imprescindíveis e distintas formas de articulação entre poder administrativo e poder comunicativo levadas a efeito pelo STF no sentido de buscar fundamentar a sua atuação, constituindo uma tradição que pode e deve ser enfocada como um permanente processo de aprendizado. Desse modo é que, da perspectiva adotada de aprendizado institucional de longo prazo, ou seja, de construção do sujeito constitucional, os fracassos são tão relevantes quanto os sucessos alcançados. Cada capítulo desse romance institucional é escrito tendo como base os anteriores. A qualidade desse romance depende, portanto, de nossa capacidade de retomarmos crítica e seletivamente essa história que nos constitui.

**PALAVRAS-CHAVES:** IDENTIDADE; SUJEITO CONSTITUCIONAL; JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, BRASIL; INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO, BRASIL; JÜRGEN HABERMAS; MICHEL ROSENFELD.

---

\* Mestre em Filosofia (FAFICH-UFMG) e Doutora em Direito (FD-UFMG), Professora Titular de Teoria do Direito do Programa de Mestrado da Unipac, campus Juiz de Fora, MG. Professora dos Cursos de Graduação em Direito das Faculdades Estácio de Sá e Novos Horizontes, em Belo Horizonte, MG.

## **ABSTRACT**

The Thesis has the aim to reconstruct, from the point of view of the discourse theory, one fragment of Brazilian constitutional history: that of the transition from the political guardian of the Constitution, exerted during the Empire, by the 'Moderator' Power, to guardian of the Constitution exerted by the diffuse judicial review, through the Judiciary Power, in general, specially focusing the actions of the Federal Supreme Court, its cupola organ. We tried to critically analyze the arguments that discuss the politization of the Judiciary Power and its consequences for the construction of the identity of the constitutional subject in a society that aims to be democratic. Thus, we rose the problems that develop from the different articulations of the tension between Law and Politics necessarily present in the exercise of the review of constitutionality of the laws, be it political, be it judicial. We focused the tension between authority and power, always present in Brazilian juridical culture since the Empire, in search to understand, through the discussion of this tension, the indispensable and different articulation forms between administrative power and communicative power taken to effect by the Federal Supreme Court, when it looks for a foundation of its performance, constituting a tradition that can and should be focused as a permanent learning process. In this way, from the stand point of a long term institutional learning process, that is, from the perspective of the construction of the identity of the constitutional subject, the failures are as relevant as the reached successes. Each chapter of this institutional chain novel is written having the precedent chapters as a base. Therefore, the quality of the chain novel, depends on our capacity to critically and selectively recover this history that constitute us.

**KEYWORDS:** IDENTITY; CONSTITUTIONAL SUBJECT; CONSTITUTIONAL REVIEW, BRAZIL; INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION, BRAZIL, JÜRGEN HABERMAS, MICHEL ROSENFELD.

## **INTRODUÇÃO:**

O presente texto busca analisar os desafios postos ao guardião máximo da Constituição no exercício de seu papel constitucionalmente definido, buscando localizar os momentos de crise institucional e circunstâncias em que se torna fundamental a definição do que é a Constituição constitui. Buscamos problematizar a postura que o guardião máximo da Constituição deve tomar nesses momentos, para que mediante a sua decisão, seja possível construir e reconstruir a identidade do sujeito constitucional como algo aberto e indeterminado, que mantém no pano de fundo uma tensão constitutiva entre a afirmação da identidade e a necessária indeterminação que permite ver que toda identidade implica em diferença e em exclusão.

O texto toma como ponto de partida uma visão de história como processo aberto de transformação de contextos sociais que permite, na análise desse processo, o reexame do tempo presente e dos problemas que se colocam nesse tempo e que exigem das atuais gerações, a atualização da substância normativa inesgotável do sistema de direitos estatuído no documento da Constituição.

A definição de Constituição que nos serve de ponto de partida, a de “Constituição viva”, encerra em si mesma o problema da identidade do sujeito constitucional – a afirmação dessa identidade em Constituições modernas dentro da chave interpretativa da igualdade e da liberdade e a determinação da identidade como consequência das limitações e deficiências da situação empírica e histórica desse sujeito.

A inovação do enfoque que propomos no presente texto é a de perceber que a identidade como ausência que é para nós, hoje, auto-evidente, provém de um processo de aprendizado social que a torna assim. Ao reconstruir o papel institucional do guardião máximo da Constituição, vemos a sua tendência a se apropriar dos espaços de definição de identidade que deveriam ser mantidos vazios. Tanto a teoria constitucional clássica quanto as práticas sociais e jurídicas buscam reforçar a necessidade de determinar um “dono” para esses espaços, o que supostamente garantiria a afirmação efetiva dos direitos constitucionais. No entanto, na medida em que o espaço de definição da identidade é ocupado, a tensão entre inclusão e exclusão torna-se mais evidente e problemática, o direito constitucional afirma-se na medida em que nega a si próprio.

Assim, em vários momentos dessa história constitucional, a tentativa do guardião máximo da Constituição de ocupar o espaço de definição da identidade com os seus valores, sua ideologia, sua concepção de mundo, ignorando a pluralidade ética, a diversidade política e a necessária manutenção da interdependência entre esferas pública e privada, não resiste à dinâmica que a própria tensão coloca de maneira contrafática. Ao invés de afirmar o seu poder, traduzido em sua capacidade de decidir e guardar os valores constitucionais, o órgão máximo enfraquece e abre brechas para que esse espaço seja ocupado de variadas formas, inclusive por formas que contrariam e negam o direito que se quer afirmar.

Ao recorrer a fragmentos da história constitucional brasileira conseguimos perceber e confirmar a nossa hipótese inicial. Conseguimos nos valer da reflexão dos sucessos e dos fracassos dessa história para demonstrar a importância da alteração da postura do guardião máximo da Constituição que propomos. Em síntese, buscamos demonstrar a diferença qualitativa que existe quando o guardião máximo da Constituição consegue assumir um papel institucional no qual a ausência opera como uma tensão necessária, e no qual o órgão cria mecanismos institucionais para lidar e confrontar os riscos inerentes à definição da identidade ao invés de tentar ocultá-los ou ignorá-los achando que assim pode reforçar o seu poder, quando em verdade o enfraquece. Buscamos reforçar a idéia de que a construção dessa identidade do sujeito constitucional é um processo de aprendizado social do qual o guardião máximo da Constituição é apenas um dos atores, cuja função precípua é a de manter abertos os processos de definição de identidade constitucional que permitem que esse aprendizado institucional se afirme em longo prazo, como um processo político democrático, em que as diferenças sejam incorporadas por via da realização de direitos fundamentais apoiados em uma soberania popular difusa.

Para isso nos valem da reconstrução de um fragmento desse processo de aprendizado em que essas questões vêm à tona e evidenciam a sua complexidade : o da passagem da guarda máxima da Constituição exercida pelo Poder Moderador durante o Império, para o controle jurisdicional de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário em geral, e pelo seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, na República. Buscamos problematizar como o Poder Moderador e o Supremo Tribunal Federal, entendidos - cada um em seu tempo, como os guardiões máximos da Constituição, agiram na tarefa de definição da identidade do sujeito constitucional brasileiro. Procuramos dar relevância às tensões e contradições implicadas nesse processo histórico de maneira a auxiliar na compreensão do que seja a atuação do Supremo Tribunal Federal e os riscos implícitos no exercício do controle de constitucionalidade hoje.

## **1. A ATUAÇÃO DO PODER MODERADOR FRENTE ÀS AMBIGÜIDADES INERENTES À MANUTENÇÃO DO ESPAÇO SIMBÓLICO DA NAÇÃO**

Em primeiro lugar, a análise do exercício da guarda máxima da Constituição pelo critério político do Poder Moderador nos revela os riscos inerentes a esse modelo de controle que aparecem principalmente na permanente necessidade de personificação e de busca de uma figura carismática capaz de por si só sustentar a simbologia da autoridade, necessária à tarefa de legitimar as decisões políticas que ajudam a definir a identidade constitucional. A ocupação do lugar vazio da autoridade por essa figura carismática, que no Império do Brasil foi exercida especialmente por Dom Pedro II, permitiu à elite saquarema criar um conceito de Nação que, inclusive pela via dos discursos políticos usados no exercício do Poder Moderador, sustentava o poder dessa elite e mantinha a exclusão social tanto na esfera pública, em que a política só poderia ser exercida pela “boa sociedade”, quanto na esfera privada, em que o poder patriarcal era justificado contra as mulheres e os escravos.

No debate teórico entre Braz Florentino<sup>1</sup> e Zacarias de Góes<sup>2</sup> fica evidente a necessidade de legitimar a figura carismática do Imperador por via de discursos que lançam mão de chaves pré-modernas, como o da religião, do sagrado e das tradições imemoriais. Mas nem por isso, há como negar o seu caráter eminentemente moderno, na medida em que esses discursos são apropriados para justificar a construção da unidade social do povo, da unidade jurídica dos princípios federativos e da separação de poderes e da unidade política dos partidos e facções. Ou seja, o discurso da inviolabilidade e da irresponsabilidade do Imperador no exercício do Poder Moderador, pode ser compreendido como uma tentativa de oferecer uma alternativa ao vazio simbólico deixado pelo caráter sagrado do monarca absoluto. Essa transição entre Monarquia absolutista e Monarquia Constitucional exige que se reconheça e se tome como ponto de partida a separação funcional entre direito e política, a cisão gerada pela transição entre pré-modernidade e modernidade, a partir da qual a tensão implicada na identidade do sujeito constitucional torna-se problemática.

---

<sup>1</sup> (SOUZA, 1978) Braz Florentino foi professor da Faculdade de Direito de Recife, integrante do partido conservador, autor de obra clássica sobre Poder Moderador, aqui citada.

<sup>2</sup> (VASCONCELOS, 1978) Zacarias de Góes e Vasconcelos foi deputado liberal, publica o ensaio sobre Poder Moderador aqui citado de maneira anônima, em 1860, deflagrando uma crise na Corte. No ano seguinte, reedita o ensaio e o assina.

O caráter eminentemente moderno desse debate fica evidenciado ainda mais quando se resgata a discussão da doutrina constitucional sobre a aplicabilidade da máxima “O Rei reina, mas não governa”, discussão essa pressuposta na formação da idéia de Poder Moderador pelo liberal Benjamin Constant<sup>3</sup>. No contexto de consolidação das monarquias parlamentares européias, tal máxima acaba por esvaziar o caráter simbólico do Rei, tanto na sua inviolabilidade quanto na sua sacralidade.

Benjamim Constant define o Poder Moderador como a chave para se compreender a relação entre poder executivo, investido de prerrogativas positivas e o poder real, mantido por tradições e reminiscências religiosas; ou seja, o Poder Moderador é a chave para se compreender a possibilidade de manutenção de um poder real no contexto moderno em que a remissão ao sagrado é rejeitada e em que as ações implementadas pelo poder administrativo devem se remeter a uma figura neutra, incapaz de ser personalizada e, por outro lado, capaz de garantir a força integradora da Nação, em contextos históricos em que a unidade não é possível. Essa figura será precisamente a Constituição.

A reinvenção do conceito de Poder Moderador pela doutrina constitucional brasileira não guarda correspondência com essa experiência européia, embora faça um esforço para se utilizar daquele conceito. Na obra *Da natureza e limites do Poder Moderador* Zacarias de Góes chega a afirmar que a inclusão da figura do Poder Moderador na Constituição do Império foi uma cópia literal do livro de Benjamin Constant. (VASCONCELOS, 1978: 28). Mas nossa hipótese é que de fato a interpretação da figura do Poder Moderador pela doutrina constitucional brasileira modifica radicalmente a tese francesa, de forma a justificar a constituição de uma sociedade sob certos termos. A pergunta fundamental seria, o que a Constituição do Império constitui?

No Brasil, a inclusão do Poder Moderador na Constituição torna claro aquilo que pretende ocultar: a dificuldade de se construir uma unidade necessária ao conceito moderno de Nação numa sociedade segmentada, escravocrata, patrimonialista, em que a elite ocupante do poder tem especial interesse em manter a ordem de distribuição de privilégios e

---

<sup>3</sup> (CONSTANT, 1957, 1997) Henri Bejamim de Rebecque Constant (1767-1830) nasceu na Suíça e se naturalizou francês, foi chefe do partido liberal francês, político e escritor. Nas obras aqui citadas defende a figura do Poder Moderador, de um poder neutro capaz de introduzir um equilíbrio nas relações de poder entre parlamento e rei.

honorarias da ordem colonial anterior. Por isso, três conceitos distintos aparecem. Os liberais radicais sustentam que o Poder Moderador é a chave mestra da opressão da nação brasileira e o garrote da liberdade dos povos (Frei Caneca, *apud* LEAL, 2002: 134). O liberais moderados, como Zacarias de Góes o definem como chave no sentido de fecho de abóbada, ou seja, como mecanismo de apóio, coordenação e composição. Finalmente os conservadores, a visão majoritária que acompanha Braz Florentino, o define como chave mestra capaz de abrir todas as portas por imposição de uma vontade pessoal inquestionável. (CARVALHO NETTO, 1992: 73)

A condição para que essa última definição tenha se tornado dominante foi a de revestir a figura do Imperador de um caráter simbólico em duas dimensões. Na dimensão física, a do guardião da brasilidade, da transmigração da alma portuguesa, do espírito cristão de bondade e caridade, que faz de Dom Pedro II uma figura amada pelo povo, alguém tão próximo e empático, que explica a presença de centenas de ex-escravos no porto em sua partida para o exílio após a proclamação da república. A segunda dimensão metafísica reveste o Imperador de uma aura mística e impenetrável, que transforma a Corte no lugar de iniciados, marcados pelo lápis vermelho, e o corpo do Imperador em algo sagrado.

A construção dessa figura carismática da autoridade, permite a personificação do poder que cria a identidade entre governantes e governados, necessária à manutenção inquestionável da elite saquarema nos altos postos de mando. Torna problemática, por outro lado, a consolidação de mecanismos que lidem com os riscos modernos advindos de um crescente processo de pluralismo social, ético e político. Por isso, é tão revelador que o próprio Dom Pedro tenha percebido a necessidade de transpor as atribuições do Poder Moderador a uma corte nos moldes da corte norte-americana, como consta da seguinte citação, em julho de 1889, em que Salvador de Mendonça, de partida para os Estados Unidos em missão especial ouviu do Imperador a seguinte recomendação:

Estudem com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem, haveremos de ter uma conferência a este respeito. Entre nós as coisas não vão

bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria esta melhor. Dêem toda a atenção a este ponto. (*apud* RODRIGUES, 1965: tomo I, 1)

Assim, não obstante a tentativa recorrente do Império de ocultar as tensões e riscos inerentes ao exercício do papel de guardião da Constituição pelo critério político do Poder Moderador, esses riscos reapareciam em momentos de crise institucional e em momentos em que se tornava importante definir a identidade do sujeito constitucional. É o que acontece, por exemplo, ao longo das décadas de 1860, 1870 e 1880, em que além das diversas crises de governo na disputa do poder entre liberais e conservadores, acirram-se os ânimos dos movimentos abolicionistas e republicanos e aumentam as pressões externas em favor do fim da escravidão. Nesse contexto surge a Representação do Clube da Lavoura de Campinas (1879) em favor da revogação da Lei n.4 de 10 de junho de 1835, Lei de Execução Penal de inspiração regressista, e que, por força da interpretação do Poder Moderador torna-se, contrafaticamente, um caminho para a libertação de escravos.

Assim acontece também com a interpretação da lei do ventre livre em 1871, e a possibilidade aberta pelas lutas sociais contra a escravidão que a lei acaba por reconhecer formalmente, na qual negros têm a sua condição de liberdade reconhecida pelos tribunais brasileiros mediante prova de capacidade econômica de pagar o próprio preço de mercado. É nesse mesmo sentido que todo o debate sobre os projetos de Código Civil não conseguiram sair do papel ao longo de todo o século XIX. Não se tratava apenas de disputas político-partidárias, mas sobretudo da necessidade de se definir a identidade do sujeito constitucional a partir da afirmação do direito de propriedade e o paradoxo implicado na interpretação desse direito, na medida em que se apresenta como contrário ao direito de liberdade, também consagrado pela Constituição do Império e reivindicado pelos movimentos abolicionistas e pelos escravos.

Todos esses exemplos mostram a tensão inerente à definição de identidade do sujeito constitucional, que, embora possa ser reconstruída apenas do ponto de vista de seus sucessivos fracassos, encerra na forma de uma tensão, fragmentos de racionalidade capazes de constituir a história institucional sob a melhor luz. E a tensão fica clara no

exercício do Poder Moderador, que se por um lado é o avalista da abertura de espaços políticos de debate, inclusive condição de possibilidade do debate sobre abolição da escravatura, por outro, impede que esse debate se funde na autoridade simbólica da Constituição, na medida em que opta por ocupar esse espaço, que deveria ser de todos e de ninguém, ao mesmo tempo.

Com a adoção do controle jurisdicional de constitucionalidade, com a criação do Supremo Tribunal Federal e com a estruturação da justiça federal na Primeira República, os riscos inerentes à forma política de guarda da Constituição podem ser considerados até certo ponto superados. A personificação da figura carismática do Imperador é substituída por um órgão colegiado, que toma decisões coletivamente, e que se legitima pelo seu caráter técnico, pela capacidade de fundamentar suas decisões mediante argumentos técnico-jurídicos, supostamente neutros do ponto de vista político, ético e religioso.

Assim é que defendemos que a passagem da guarda da Constituição a partir do critério político do Poder Moderador para a guarda a partir do controle jurisdicional representou um ganho evolutivo a partir do qual foi possível introduzir na arena pública política argumentação sobre princípios, podendo esses ser sustentados para além das preferências pessoais de uma vontade soberana inquestionável, deslocando a formação dessa vontade para a idéia de povo, tal como colocado pela lógica dos direitos fundamentais individuais. O Poder Judiciário transforma-se no “grande arquiteto, capaz de construir e reconstruir [as práticas sociais instituídas] por meio da interpretação dos textos”. (CARVALHO NETTO, 1999).

## **2. A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS RISCOS DE OCUPAÇÃO DO ESPAÇO SIMBÓLICO DA CIDADANIA.**

Embora esse ganho evolutivo tenha sido significativo, os riscos inerentes à adoção do modelo de controle de constitucionalidade não foram eliminados. Eles se apresentam sob novos ângulos, o que permite ampliar o campo de problemas com os quais é possível lidar. Trata-se do risco de apropriação do espaço de decisão ocupado pelos valores, visão religiosa, ideologias políticas, dos próprios juízes, transformados em universalmente válidos por via dos discursos de aplicação que remetem a direitos fundamentais e à

Constituição. Dessa forma, o texto, seja ele na forma de uma lei ou de um precedente, não elimina o problema do Direito, mas o inaugura. Na dinâmica de aplicação do Direito, os conteúdos das decisões permanecem abertos ao trabalho hermenêutico do juiz, mas este não pode prescindir da forma – ou seja, da Constituição como moldura, como *Paramount law* – essa sendo indisponível à construção interpretativa do juiz.

A construção da identidade do sujeito constitucional no contexto da Primeira República, e portanto quando da introdução do controle jurisdicional de constitucionalidade, pressupõe que para que esses discursos técnico-jurídicos produzidos no trabalho interpretativo dos juizes não se transformem em discursos sobre as preferências axiológicas, religiosas ou políticas desses juizes, há que se colocar a indisponibilidade das formas jurídicas como condição de possibilidade.

Para compreender esse novo problema podemos reconstruir os debates entre os autores Rui Barbosa e Oliveira Vianna sobre quem deva ser o guardião máximo da Constituição. Esse debate pode ser remetido ao um paralelo com o clássico debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, justificado esse paralelo pela importância outorgada pela doutrina constitucional atual a esses autores como conformadores das teorias brasileiras. As duas tradições, no entanto, são desenvolvidas pelos autores brasileiros muito antes da adoção das teorias estrangeiras pela doutrina constitucional.

Para Carl Schmitt, a tentativa da ciência do Direito de legitimar ou justificar a existência do Estado Nacional em princípios normativos não passa de ideologia, pois o Estado existe na esfera do político, e tal existência é tão evidente (e naturalizada) quanto a existência do indivíduo humano vivo. Por isso a proposta de Schmitt não é utilizar a Teoria da Constituição para legitimar ou justificar a existência do Estado. Seu objetivo é discutir politicamente a relação fundamental que está na base de formação do Estado - a relação amigo-inimigo -, revelando, a partir dela, os sentidos polissêmicos da palavra Constituição, até chegar no sentido moderno, que ele denomina Constituição do Estado, a unidade política de um povo. (SCHMITT, 1927)

Essa perspectiva a partir da qual Schmitt inaugura a Teoria da Constituição, guarda correspondência com a teoria constitucional de Oliveira Vianna, que assim como Schmitt, busca no conflito a essência do político, a permanente necessidade de colocar

sob controle a iminência da guerra e do conflito armado como cimento da soberania, enquanto dimensão simbólica do poder.

Tanto Schmitt quanto Oliveira Vianna percebem em seus respectivos contextos a importância de construção do espaço simbólico, quase místico, de soberania, único capaz de suplementar o vazio resultante do desencantamento do poder estatal sagrado, mediante a construção icônica do conceito de povo.

Por isso, a importância que esses autores atribuem à necessidade de traçar uma linha de continuidade histórica entre pré-modernidade e modernidade, feita por Schmitt mediante a defesa da tese de que os conceitos principais das democracias parlamentares européias nada mais são do que a secularização de conceitos teológicos; feita por Oliveira Vianna mediante a defesa de uma linha de continuidade histórica entre a Colônia e o Império, e depois entre a Constituição Imperial e a Constituição Republicana. Para este autor, as tradições políticas brasileiras nunca prescindiram de uma figura carismática, sob pena de mergulhar a sociedade brasileira numa anarquia maior do que ela já se encontra.

A questão fundamental da República, para Oliveira Vianna é encontrar o substitutivo icônico do Imperador, capaz de fazer frente a uma sociedade cujo ethos histórico é resumido a uma coleção de pequenas comunas governadas por aristocracias locais com mentalidade feudal. Ele reconhece que tal tarefa torna-se mais difícil no contexto do cínico e insosso Estado administrativo-burocrático republicano, governado por democracias partidárias, em que o pluralismo partidário dilapida a aura inspiradora da soberania. No contexto do pluralismo partidário fica muito mais difícil escolher uma elite política governante, munida de espírito público, tal como foi possível pela força moderadora do poder imperial.

Schmitt e Oliveira Vianna buscam, seja na monarquia, seja na democracia, o princípio da unidade, único capaz de garantir uma verdadeira soberania. Na monarquia brasileira a unidade política do povo é garantida pelo Poder Moderador, como se assevera no pensamento dos dois autores. Na democracia parlamentar, a ausência do Poder

Moderador deveria ser preenchida pelo conceito de Nação, uma sociedade homogênea com uma identidade comum garantidora da igualdade entre os cidadãos e essencial para a constituição de uma unidade política, sem a qual é impossível a existência do Estado. A democracia carregaria consigo o próprio germe de sua destruição, a soberania do monarca-presidente-caudilho teria que se manifestar na forma da decisão no momento do conflito ao mesmo tempo em que a democracia liberal propugnaria a formação da vontade geral a partir do Parlamento e dos partidos políticos, cuja pluralidade e constante perigo de discussão seriam totalmente incompatível e contrário à homogeneidade necessária para se afirmar a unidade política.

De uma outra perspectiva, Rui Barbosa e Hans Kelsen analisam o problema da relação entre política e direito no exercício da atividade judicial, inclusive e especialmente na de controle de constitucionalidade, partindo do pressuposto de que a relação política entre governante e governado não pode ser naturalizada, mas vista, da perspectiva inaugural de uma teoria do direito, como uma construção de feixe de atribuições normativas. É nessa perspectiva que deve ser compreendida, para esses autores, a Constituição como fundamento do Estado. A Constituição torna-se a forma indisponível cujo papel é de regular a criação de normas jurídicas, determinar atribuições normativas aos órgãos estatais e regular os processos de produção de decisões políticas.

A unidade do corpo político é garantida, assim, pela manutenção do ordenamento jurídico na medida em que as decisões tomadas em um Estado resultam da sua conformidade com a Constituição. Dessa perspectiva, a criação de um órgão de controle jurisdicional transforma-se em algo complementemente inovador, uma forma de superar as teorias do constitucionalismo monárquico, para as quais o executivo é suficiente garantia da constitucionalidade das leis, isto em detrimento mesma da representação popular.

Para esses autores, a importância dada à jurisdição constitucional como regulador dos processos políticos de tomada de decisão por via da implementação dos argumentos jurídicos, em nada diminui a importância do Parlamento na sua tarefa de concreção da democracia, que se traduz na construção de uma vontade normativa do Estado por meio

de um órgão colegiado, eleito pelo povo com base no princípio de sufrágio universal e pelo princípio da maioria. A composição do parlamento e a pluralidade dos partidos políticos mostram que a sociedade não é uma sociedade de valores homogêneos.

Coloca-se assim o debate entre duas tradições importantes na formação do Constitucionalismo – seja do ponto de vista das teorias européias que influenciam o pensamento latino-americano, seja do ponto de vista das tradições brasileiras. Essa visão coloca o embate político no centro da análise da idéia de soberania, e mostra a importância que o conceito do político tem para a definição e compreensão do jurídico. A capacidade de trabalhar a questão da unidade política com referência a busca por uma unidade ética, expresso nas idéias de Nação e de povo, fazem das teorias autoritárias de Oliveira Vianna e de Schmitt peça chave para a compreender um dos aspectos fundamentais da democracia moderna e contemporânea, ligado à construção da identidade do sujeito constitucional pela lógica da identidade entre governantes e governados.

A introdução durante a Primeira República do modelo de jurisdição constitucional e especificamente de controle jurisdicional de constitucionalidade foi muitas das vezes vista como um problema de ocupação do espaço deixado vazio pelo Poder Moderador. Dessa vez, vários são os concorrentes a ocupar tal cargo, dentro os quais, os mais evidentes apontavam-se: o Presidente da República, como figura simbólica herdeira quase-natural do Monarca, o Parlamento, como expressão suprema da soberania do povo, “verdadeiro” titular do poder, e o Supremo Tribunal Federal, guarda excelso da lei, protetor das instituições e por tanto herdeiro do Poder Moderador, do ponto de vista do exercício da autoridade.

O problema da ocupação do lugar vazio da autoridade é tema central de análise da série de Hábeas Corpus a respeito de prisões e outros atos correlatos realizados pelo Presidente da República na vigência de estados de sítio<sup>4</sup>. Esses casos colocam em

---

<sup>4</sup> A batalha judicial inicia-se com uma série de hábeas corpus impetrados em favor de vários pacientes, entre eles militares, o senador João Cordeiro e cinco deputados, todos do partido de Floriano Peixoto, desterrados para a ilha de Fernando de Noronha por ter sido apurado o seu envolvimento no atentado contra o Presidente Prudente de Moraes. As prisões foram realizadas na vigência do decreto de estado de

destaque a necessidade do Estado de Direito lidar com os problemas decorrentes da busca incessante da teoria constitucional de ocupar o espaço vazio da autoridade a quem é dada a tarefa central de definir a identidade do sujeito constitucional. Os casos revelam precisamente a tensão que foi explicitada na hipótese aventada. Por isso a decisão do H.C. 1073 de 1898 torna-se paradigmática, na medida em que demonstra que o Supremo Tribunal Federal somente consegue afirmar a sua autoridade como guardião máximo da Constituição na medida em que renuncia a ocupar o papel definidor de qual política ou de qual valor é o melhor a ser adotado pela sociedade plural do ponto de vista axiológico e político. Ao invés disso, o STF, no H.C. 1073 opera um deslocamento importante, por meio do qual é a remissão à defesa dos direitos individuais constitucionalmente garantidos que fundamentam a sua atuação e justificam a possibilidade deste emitir um juízo sobre atos de poder discricionário do presidente da república, sem, no entanto, colocar em xeque a presidência da república enquanto instituição democrática, e, da mesma forma, por meio do argumento da defesa dos direitos individuais, pode ele Supremo Tribunal Federal, julgar aqueles atos sem interferir nas atribuições constitucionais do Congresso Nacional de julgar esses mesmos atos do ponto de vista político.<sup>5</sup>

Nesse mesmo sentido, e para reforçar o ganho evolutivo da invenção do Supremo Tribunal Federal, podemos nos remeter a uma comparação com o precedente de controle de constitucionalidade norte-americano – *Marbury vs. Madison*, e discutir a importância do reconhecimento do caso dos Crimes de Hermenêutica julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 1897<sup>6</sup> como o precedente brasileiro do controle

---

sítio no Rio de Janeiro. O fim dessa batalha judicial é a concessão por maioria do hábeas corpus 1073, em 16 de abril de 1898.

<sup>5</sup> Segundo o voto do relator, Ministro Lúcio de Mendonça, a competência do STF para apreciar os abusos do Presidente durante o estado de sítio se limita a restabelecer os direitos individuais que as medidas presidenciais tenham violado, não conflita, portanto, com o julgamento político que o Congresso deve fazer de tais medidas. (REPOLÊS, 2006)

<sup>6</sup> Trata-se de caso iniciado com o conflito político suscitado no Rio Grande do Sul em virtude das modificações legais introduzidas nesse Estado no instituto do tribunal do júri. Em 28 de março de 1896, instaurada a sessão do júri da cidade do Rio Grande, presidida pelo juiz de direito Dr. Alcides de Mendonça Lima, este declarou logo no início da sessão que não aplicaria os artigos da nova lei por julgá-los inconstitucionais. Ao invés de recorrer da decisão, o governador oficiou o Procurador Geral do Estado para que promovesse a responsabilidade do “juiz delinqüente e faccioso”. O juiz foi denunciado por crime de prevaricação e por abuso de autoridade. Ele foi condenado a pena de nove meses de suspensão do emprego. Na Revisão-crime intentada pelo juiz junto ao Supremo Tribunal Federal, decidiu este por maioria que: “Não constitui excesso dos limites das funções próprias do cargo do recorrente, porquanto,

jurisdicional difuso de constitucionalidade, capaz de consolidar esse controle como garantidor das condições para um processo legislativo democrático que pressupõe e ao mesmo implica na garantia da autonomia pública e da autonomia privada dos cidadãos, mediante o reconhecimento da abertura e indeterminação pressupostas no processo de interpretação jurídica.

Assim, a República opera um deslocamento fundamental: o exercício da autoridade e o exercício do poder não se situam no mesmo nível, a autoridade, assumida nesses casos pelo Supremo Tribunal Federal, limita-se a estabelecer e garantir as condições fixas e não revogáveis, para o exercício do poder político democrático, que, por definição, deve permanecer aberto.

Tendo reconstruído esse momento histórico do ponto de vista do exercício do órgão a quem cabe a tarefa de guardião máximo da Constituição, mostrando as tensões e contradições inerentes a essa tarefa na medida em que ela é determinante para a construção da identidade do sujeito constitucional, é possível no final deste texto, analisar, do ponto de vista do processo de aprendizado social que o paradigma do Estado de Direito no Brasil propiciou, um caso atual do Supremo Tribunal Federal: o Habeas Corpus 82.424 de 2004. Esse caso muito bem demonstrou as dificuldades que ainda subsistem na afirmação do espaço de construção da identidade do sujeito constitucional como um espaço aberto e do papel do Supremo Tribunal Federal como guardião não dos conteúdos da Constituição, mas dos processos que garantam ao verdadeiro guardião – o povo – o lugar vazio no qual o fluxo comunicativo intergeracional sobre direitos possa ser definido, mesmo que precariamente. Assim, o povo como guardião da Constituição não se remete a um conceito icônico, psicológico ou de concretude política, como a soma dos indivíduos que participam das decisões tomadas, povo remete-se a esse fluxo comunicativo que encontra nos canais oficiais e extra-oficiais de produção de decisão espaços para se manifestar. Esse desafio de manter e alimentar os espaços públicos de produção de decisão é muito maior hoje do que no

---

os juízes estaduais, assim como os federais, têm faculdade para, no exercício das suas funções, deixarem de aplicar as leis inconstitucionais (...) faculdade que pressupõe a competência para apreciarem a inconstitucionalidade e declararem-na para aquele efeito.” (BRASIL, Revisão-crime, 1897: 141) (REPOLÊS, 2006: 199).

passado, no que se refere à tarefa do Supremo Tribunal Federal, posto que a identidade como ausência, que não era óbvia para as gerações passadas de constitucionalistas é hoje auto-evidente para nós.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS:**

Procuramos ao longo deste artigo reconstruir discursivamente um fragmento da história constitucional brasileira: o da passagem da guarda da Constituição exercida pelo critério político, pelo Poder Moderador, para o da guarda da Constituição por via do controle jurisdicional difuso de constitucionalidade, de maneira a discutir o ganho funcional e hermenêutico implicado nessa mudança e seu impacto na construção da identidade do sujeito constitucional no Brasil.

Na primeira parte desenvolvemos a tensão permanente entre autoridade e poder presente na cultura jurídica brasileira desde o Império, tal como ela se apresentou no exercício do Poder Moderador. Essa reconstrução nos permitiu perceber a importância e os impasses envolvidos na tentativa de forjar um conceito de Nação, em um contexto histórico em que não existiam elementos para sua constituição. A discussão sobre o caráter simbólico da representação colocou em evidência que a existência de um sentimento de nacionalidade não implica necessariamente na afirmação da autonomia pública.

A segunda parte colocou a tensão entre autoridade e poder em seu deslocamento para o modelo de controle jurisdicional difuso de constitucionalidade, focando principalmente a atuação do Supremo Tribunal Federal. Esse deslocamento colocou em evidência que a garantia de direitos individuais e de respeito mínimo pela esfera privada são base para a afirmação do pluralismo que permite incorporar e tolerar diferenças.

A referência a um exemplo atual de na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revela, no entanto, as continuidades e descontinuidades do processo histórico de aprendizado social. Por quanto a garantia do respeito mínimo a autonomia privada seja base para a afirmação de seu oposto – a autonomia pública – ela não é suficiente por si. É necessário que se transcenda o nível convencional de justificação para um nível pós-convencional, o que só é possível se os direitos individuais que funcionam como

garantias contra a ingerência do público, ganhem uma função complementar. Para além da dimensão da liberdade como condição e garantia, há que se construir uma dimensão oposta e complementar – a da igualdade.

Objetivou-se com essa discussão, compreender as necessárias ligações que o Supremo Tribunal Federal tem que fazer entre poder administrativo e poder comunicativo, de maneira a cumprir com a sua missão constitucional de guardião máximo da Constituição. A ruptura operada no recorte histórico entre Império e República permite-nos vislumbrar a diferença qualitativa na determinação do que a Constituição constitui no plano simbólico da formação de uma inter-relação entre autoridade e poder que permita construir um espaço público democrático e por isso passível de lidar com os riscos inerentes à colonização desse espaço por interesses privados ou pela personificação carismática.

A criação do Supremo Tribunal Federal representa um ganho qualitativo significativo para lidar com os riscos acima descritos desde que seja capaz de assumir a tarefa de interpretação no compromisso institucional com a manutenção dos procedimentos de formação do discurso de aplicação, com a preservação das formas jurídicas e com a incorporação dos diversos argumentos democráticos típicos de uma sociedade pluralista. Assim, o papel do STF não é o de concretizar valores constitucionais lidos de acordo com as preferências políticas, ideológicas ou religiosas dos Ministros, mas ser o garantidor do processo político democrático de tomada de decisão, e, como intérprete final da Constituição, incorporar diferenças através dos direitos fundamentais, fazendo com que a democracia seja compreendida como processo de realização dos direitos fundamentais e se apóie em uma soberania popular difusa.

#### **REFERÊNCIAS:**

BARBOSA, Rui *Campanhas Jornalísticas*. São Paulo: Iracema Editora, 1972.

BARBOSA, Rui *Campanhas Presidenciais*. São Paulo: Iracema Editora, 1966.

BARBOSA, Rui *Cartas de Inglaterra*. São Paulo: Iracema Editora, 1972.

BARBOSA, Rui *Discursos, Orações e Conferências*. São Paulo: Iracema Editora, 1972.

BARBOSA, Rui. PIRES, Homero. *Commentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1932-34. 6v.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Revisão-crime, s/n, Alcides de Mendonça Lima versus Superior Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: Ministro Aquino de Castro, decisão de 10 de fevereiro de 1897. *O Direito*: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, ano XXV, p. 15-146, maio a ago de 1897.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 300 (Senador Almirante Wandenkolk), publicado em 30 de abril de 1892. Site do Supremo Tribunal Federal - Julgamentos Históricos. [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 406 (Vapor Júpiter), publicado em 9 de agosto de 1893. Site do Supremo Tribunal Federal - Julgamentos Históricos. [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 415 (Vapor Júpiter), publicado em 2 de setembro de 1893. Site do Supremo Tribunal Federal - Julgamentos Históricos. [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 1063 (atentado ao Presidente Prudente de Moraes), publicado em 5 de março de 1898 (1. acórdão) 26 de março de 1898 (2. acórdão) Site do Supremo Tribunal Federal - Julgamentos Históricos. [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 1073 (atentado ao Presidente Prudente de Moraes), publicado em 30 de março de 1898 (1. acórdão), em 2 de abril de 1898 (2. acórdão) e 16 de abril de 1898 (3. acórdão). Site do Supremo Tribunal Federal - Julgamentos Históricos. [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus. Publicação de Livros: Antissemitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência Constitucional. Liberdade de Expressão. Limites. Ordem Denegada*. Habeas Corpus nº 82.424 do Rio Grande do Sul. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outra. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Acórdão de 17 de setembro de 2003. *Coordenação de Análise de Jurisprudência*. Ementário nº 2144-3, Brasília, D.J.U., 19 de março de 2004, p. 524-1011. Decisão por maioria, vencidos os Ministros Moreira Alves, Carlos Britto e Marco Aurélio Melo.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *O requisito essencial da imparcialidade para a decisão constitucionalmente adequada de um caso concreto no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito*. Nota técnica. Belo Horizonte, 23 de março de 1999.

HABERMAS, Jürgen. On Law and Disagreement. Some Comments on ‘Interpretative Pluralism’. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 187 – 194, Oxford: Blackwell, June 2003.

HABERMAS, Jürgen. “Constitutional Democracy: A paradoxical union of contradictory principles?” *Political Theory*, vol. 29, n. 6, p. 766-781, Dec. 2001.

HABERMAS, Jürgen. O Espaço Público 30 anos depois. Tradução de Vera Lúcia C. Westin e Lúcia Lamounier. *Caderno de Filosofia e Ciências Humanas*, ano VII, n. 12, p. 7-28, Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, abril 1999.

HABERMAS, Jürgen *Direito e Democracia entre facticidade e validade* tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2vol.

HABERMAS, Jürgen. *The Inclusion of the Other: studies in Political Theory*. Cambridge: MIT Press, 1996.

KELSEN, Hans. *Il Primato del Parlamento*. Coordenação de Carmelo Geraci e prólogo de Paolo Petta. Milão: Giuffrè, 1982.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução coordenada por Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Aurelino. *História Constitucional do Brasil*. Prefácio de Luiz Octavio Gallotti. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Habermas e a Desobediência Civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Entre a autoridade e o poder: a construção da identidade do sujeito constitucional pelos órgãos de controle de constitucionalidade do Brasil Império e da Primeira República dos Estados Unidos do Brasil*. Tese (Doutorado). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Orientador: Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto, 2006. 257 f., enc.

RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal – Tomo I / 1891-1898: defesa das liberdades civis*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1965.

ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto com Revisão técnica de Maria Fernanda Salcedo Repolês. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSENFELD, Michel (org). *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy: theoretical perspective*. Durham and London: Duke University Press, 1994.

SCHMITT, Carl. *Théologie Politique: 1922, 1969*. Tradução de Jean-Louis Schlegel. Paris: Gallimard, 1988.

SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala e epílogo de Manuel García Pelayo. Madri: Editora Revista de Derecho Privado, 1927.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Do Poder Moderador: ensaio de Direito Constitucional contendo a análise do título V, capítulo I, da Constituição Política do Brasil*. Introdução de Barbosa Lima Sobrinho. Brasília: Editora Universidade de Brasília e Senado Federal, 1978. (Coleção Bernardo Pereira de Vasconcelos)

VASCONCELOS, Zacarias de Góes e. *Da Natureza e Limites do Poder Moderador*. Introdução de Pedro Calmon. Brasília: Editora Universidade de Brasília e Senado Federal, 1978. (Coleção Bernardo Pereira de Vasconcelos)

VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Instituições Políticas Brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 1999.