

**“A CONDIÇÃO MONSTRUOSA”:
a construção do conceito formal de poder constituinte na contemporaneidade
e sua implicação na liberdade e na justiça social**

*THE "MONSTROUS CONDITION":
the construction of the formal concept of constituent power in contemporaneity
and its implication in freedom and social justice*

**LA "CONDICIÓN MONSTRUOSA":
la construcción del concepto formal de poder constituyente en la contemporaneidad
y su implicación en la libertad y la justicia social**

Rubén Martínez Dalmau
Doutor pela Universidade de Valência
Professor Titular de Direito Constitucional
Universitat de València
ruben.martinez@uv.es
España
Orcid: 0000-0003-3853-0851

Texto recebido aos 19/08/2022 e aprovado aos 29/11/2022

Resumo

A consolidação dos processos constituintes democráticos característicos do liberalismo revolucionário, a partir do final do século XVIII e princípios do século XIX, gerou uma reação conservadora das forças sociais e econômicas, que se propuseram a frear o caráter emancipatório do conceito de poder constituinte. Dentre esses esforços, destaca-se a desvinculação do conceito formal de poder constituinte, entendido como “condição monstruosa”, nas palavras de Donoso Cortés, destinado a encadear o poder constituinte no marco teórico da legalidade e da excepcionalidade, o que repercutiu negativamente no avanço da liberdade e da justiça social. Três constructos se destacam no conceito formal de poder constituinte: a soberania compartilhada, o nominalismo dos direitos constitucionais e o “poder constituinte constituído”. Este trabalho analisa criticamente tais argumentos que alimentam, ainda hoje, debates doutrinários amplos sobre a natureza do poder constituinte.



Palavras-chave: Poder Constituinte. Liberalismo conservador. Nominalismo. Soberania Compartilhada. Poder Constituinte.

Abstract

The consolidation of the democratic constituent processes characteristic of revolutionary liberalism from the end of the 18th century and the beginning of the 19th century generated the conservative reaction of the social and economic forces that set themselves the objective of stopping the emancipatory character of the constituent power concept. Among these efforts stands out the deployment of the formal concept of constituent power, conceived as a "monstrous condition" in terms of Donoso Cortés, intended to chain the constituent power within the theoretical framework of legality and exceptionality, which had a negative impact on progress of freedom and social justice. Three creations stood out in the formal concept of constituent power: shared sovereignty, nominalism of constitutional rights, and "constituted constituent power". The work critically analyzes these arguments that feed, even today, broad doctrinal debates about the nature of the constituent power.

Keywords: Constituent power, conservative liberalism, nominalism, shared sovereignty, constituted constituent power

Resumen

La consolidación de los procesos constituyentes democráticos característicos del liberalismo revolucionario a partir de finales del siglo XVIII y principios del XIX generó la reacción conservadora de las fuerzas sociales y económicas, que se marcaron como objetivo detener el carácter emancipador del concepto *poder constituyente*. De entre estos esfuerzos destaca el despliegue del concepto formal de poder constituyente, concebido como "condición monstruosa" en términos de Donoso Cortés, destinado a encadenar al poder constituyente dentro del marco teórico de la juridicidad y la excepcionalidad, lo que repercutió negativamente en el avance de la libertad y la justicia social. Tres constructos destacaron en el concepto formal de poder constituyente: la soberanía compartida, el nominalismo de los derechos constitucionales y el "poder constituyente constituido". El trabajo analiza críticamente estos argumentos que alimentan, aún hoy, amplios debates doctrinales sobre la naturaleza del poder constituyente.

Palabras-clave: Poder constituyente, liberalismo conservador, nominalismo, soberanía compartida, poder constituyente constituido

1. Introdução

“Assim, senhores, o poder constituinte é uma exceção terrível a que está condenado o gênero humano, para quem, por sua condição monstruosa, é sempre a um mesmo tempo a maior de todas as desgraças e a maior de todas as fortunas. O Poder Constituinte não pode ser localizado no legislador, nem pode ser formulado por um filósofo, porque não cabem nos livros e quebra os moldes das Constituições; se alguma vez aparecer, aparecerá como um raio que rasga as profundezas da nuvem, inflama a atmosfera, fere a vítima e se extingue. Vamos deixá-lo passar, não demos forma a ele.”¹

Essa afirmação de Donoso Cortés, um dos expoentes mais reconhecidos do pensamento conservador europeu do século XIX, define veementemente o medo da mudança que se professa a partir do pensamento tradicional. A posição conservadora que, seguindo Roviró (2011:145), podemos entender como uma corrente de pensamento que busca preservar e reviver o que uma sociedade viveu ao longo da sua própria história, que coincide com seu próprio caráter, com sua essência e se encontra cristalizado em suas normas consuetudinárias, demonstrando terror diante de qualquer alteração da disposição histórica do poder que possa supor uma variação profunda do *status quo*. Entende-se, portanto, que o poder constituinte seja considerado para os setores mais tradicionais como uma ameaça permanente à disposição do poder, para o qual é necessário evitá-lo e impedi-lo em qualquer caso que possa vir a ganhar vida. O poder constituinte é imprevisível, e – como foi mostrado nos Estados Unidos, na França, na

América-Latina ou na Espanha durante as últimas décadas do século XVIII e as primeiras do XIX – poderia transformar qualquer esforço, por mais intenso que fosse, de ponta cabeça, para preservar a tradição. Conservar a tradição forma parte de uma ideologia: significa, em essência, manter as estruturas sociais, econômicas e políticas de poder. A posição de Donoso era o expoente da posição das elites, que se rebelariam contra qualquer mudança social revolucionária para evitar com todas as suas forças o que pudesse frutificar e modificar os alicerces de poder da sociedade; em termos lassallianos, as relações fáticas de poder (LASSALLE, 2021:55). Tratava-se, como sabemos, da reação conservadora frente aos avanços populares e, portanto, ao temor que provoca a democracia às oligarquias.

O problema, vale ressaltar, não era em sua razão de ser uma controvérsia jurídica ou conceitual sobre a natureza do poder constituinte democrático, senão um temor à materialidade dessa natureza, que é, por definição, emancipadora. Daí o enorme

¹ Donoso Cortés, Juan, “Lección sexta. De la soberanía absoluta y de la soberanía limitada”, In: Donoso Cortés, Juan, Obras, dirección de Juan Manuel Orti y Lara., Madrid: Sociedad Editorial de San Francisco de Sales, vol. III, 1893, pág.209.

esforço dogmático feito pela doutrina conservadora para adaptar a teoria da constituição democrática e do poder constituinte às relações de poder reais presentes no século XIX: o da burguesia, que em muitos casos, especialmente na Europa, aliou-se às classes tradicionais para distanciar a “condição monstruosa” do poder constituinte. Esta se tratou de uma aliança com repercussões sérias na liberdade e na justiça social, em particular no auge da desigualdade e na falta de atenção às demandas democráticas, e que teve como uma das suas consequências principais a erosão da legitimidade do Estado liberal.

Neste trabalho serão expostos os fundamentos da construção do conceito formal de poder constituinte e seus efeitos. Se partirá da reação conservadora ante aos avanços emancipadores do liberalismo democrático; será explicado quais são os conceitos jurídico-políticos levantados pelo liberalismo conservador, com objetivo de justificar o conceito formal de poder constituinte, em particular a soberania compartilhada, o nominalismo dos direitos constitucionais e o poder de reforma constitucional; e, por fim, fazer uma aproximação dos efeitos que a prática desta construção teórica desencadeou a respeito da liberdade e da justiça social.

2. Os Processos Constituintes no liberalismo democrático e seu caráter emancipador

“Falar de poder constituinte é falar de democracia”. Assim está a afirmação taxativa de Negri (2015) na primeira parte de seu tratado sobre o poder constituinte. O Poder Constituinte corresponde à necessidade de legitimidade democrática”, como declara Kalyvas (2005:116), no mesmo sentido. “Aqueles que receberam o poder de constituir, para elaborar constituições, eram delegados devidamente eleitos (...) que recebiam sua autoridade desde de baixo e quando faziam alusão princípio romano de que o poder reside no povo, não o entendiam como uma ficção ou um princípio absoluto (a nação acima de toda autoridade e desligada de todas as leis), senão em termos de uma realidade factível”, afirma de maneira contundente Arendt (2006:157), em referência aos avanços democráticos da revolução norte-americana, durante a metade do século XVIII. Estas três posições encontrariam um denominador comum no título fácil: o poder constituinte, enquanto democrático, é emancipador”.

A expressão contemporânea do poder constituinte ao largo período de início e consolidação do Estado Moderno, teve lugar nas revoluções norte-americana e francesa, ao final do século XVIII. O

liberalismo democrático que a sustentou tanto em seus princípios teóricos como materialmente – na hora de apostar na revolução lutando contra a tirania, seja esta uma metrópole colonial ou um rei absoluto –, constituiu uma corrente de pensamento que fincou suas raízes não apenas na revolução inglesa, que em meados do século XVII aboliu a monarquia absoluta e revolucionou o Estado, mas em várias correntes de pensamento anteriores como o Humanismo e o Iluminismo. Apelavam pela legitimidade democrática, como eixo em torno do qual é possível refundar o Estado (Rosanvallon, 2019:52). De fato, a translação dos poderes medievais dispersos à figura do rei, quem finalmente se converteu no centro do poder político que daria um passo ao Estado moderno, havia provocado resistências permanentes ao redor das legítimas aspirações democráticas dos mais desfavorecidos. As revoluções liberais do final do século XVIII foram um exemplo relevante, nos termos de Pisarello, "da luta precária e obstinada pela constituição democrática" que define a história em sentido emancipatório: "A democracia, ou melhor, as lutas por democratização das relações sociais, sempre expressaram, com efeito, uma série de tensões históricas que hoje têm feito tudo, menos desaparecer: entre igualdade e desigualdade, entre distribuição e concentração de poder ou, sensivelmente,

entre o autogoverno político e econômico e as diferentes conjugações oligárquicas, a plutocracia ou a tirania" (2011:21). Os movimentos democráticos constituem o motor da história, e a luta das sociedades pela constituição democrática – em qualquer de suas materializações possíveis – não é outra coisa senão a luta pela igualdade e pela justiça social.

Foi nesta expressão contemporânea do poder constituinte, nas "revoluções a cavalo", entre o século XVIII e o XIX, que emergiram muitos dos formadores da ideologia democrática que as sociedades tem utilizado durante os últimos séculos para manifestar, nas palavras de Arendt (2006:157), seu poder de constituir: processo constituinte, assembleia constituinte, constituição democrática, vontade popular, poder constituído... Outros, como o conceito de povo, foram resgatados do passado e atualizados no marco dos novos relatos de legitimidade. Essas revoluções se aprofundaram na busca por caminhos até o avanço social, e avançaram dialeticamente frente a formas contramajoritárias de poder que dificultavam o avanço democrático dentro do que Noguera (2012:15 e ss) denominou o binômio progresso-regresso, entendido como maximização dos direitos. Como escrito em outro momento (Martinez Dalmau, 2014:101-102), as sociedades

impulsionam os processos constituintes democráticos para mudar os fundamentos da sua convivência em comum com a expectativa de alcançar melhores condições de vida. Aspirações que nem sempre concordam com as que prefere a manifestação constituída do poder constituinte, conhecida habitualmente como poder constituído; isto é, o governo no mais amplo de seus significados.

O *continuum* democracia-constitucionalismo e a tensão destacada são um permanente e problemático interrogante em torno do qual se situam boa parte das posições doutrinárias dos últimos séculos. Apesar de que é difícil estabelecer consensos em torno do equilíbrio na relação entre democracia e constitucionalismo, o correto é que o eixo vertebral do constitucionalismo democrático e estão presentes desde os primeiros debates sobre o pensamento liberal democrático². O governo, por sua própria natureza, geralmente prefere dinâmicas reprodutivas, com rotatividade de elites e permanência nos centros de poder político de interesses particulares ou de grupo, que não necessariamente coincidem com os interesses gerais defendidos pelo povo. Se trata de duas vontades, a do povo e a do governo, diferenciadas, cujo denominador

comum se situa justamente na Constituição democrática, entendida como a norma jurídica suprema do ordenamento jurídico que confere formalidade à vontade constituinte.

Em definitivo, os processos constituintes que se deram aos finais do século XVIII e que tiveram continuidade durante as primeiras décadas do século XIX foram constitucionais, constitucionais; mas também foram, em sua essência, democráticos, e, por isso, se situam, com suas particularidades e passando de lado sobre as dissidências acadêmicas a respeito, em sua sucessão de processos históricos de luta dos povos para conseguir sociedades mais justas e livres. Encontramos seu fundamento em vários postulados defendidos pelo liberalismo democrático que podem sintetizar-se em três: 1. Governos subordinados à soberania popular; 2. Constituição como expressão de vontade do povo; e 3. Constituição como norma vinculante. Possivelmente uma das frases que melhor sintetize os princípios básicos que enunciou Hallet (2021) na conhecida alegação de defesa do povo de *Rhode Island*, que pronunciou em 1848: o povo tem o direito a estabelecer suas formas de governo e a ele implica, acima de

² Como o que protagonizaram Jefferson y Madison. Cfr. Sunstein, 1999:344 e ss. Para uma síntese sobre o debate

entre constitucionalismo e democracia, cfr. Colón-Ríos, 2013: 27 e ss.

qualquer coisa, determinar qual será sua constituição³.

3. A reação conservadora: acordo de elites e construção do conceito formal de poder constituente.

A reação conservadora desencadeada pelos avanços democráticos do final do século XVIII e princípios do século XIX não tardou em chegar. A perda de poder por parte das elites tradicionais para grandes massas de população baseada no princípio da liberdade e da igualdade fez soar todos os alarmes. Por um lado, como ocorreu na maior parte da Europa, depois da derrota dos exércitos napoleônicos, os monarcas abandonaram os litígios que os teria levado a manter centenas de guerras durante séculos e moldaram todo tipo de aliança tática com um único fim: a conservação do poder, ainda que implicasse em renúncias e aceitações próprias dos novos tempos. O batismo dessa nova aliança monárquica deu-se no difícil, durante o Congresso de Viena (1814 - 1815), onde as grandes potências europeias quiseram reorganizar a estrutura do poder que explodira com a Revolução Francesa e amortecer os efeitos que um processo revolucionário deste calibre poderia ter na Europa; as potências europeias, que

estiveram tão divididas por interesses tão contrapostos durante tanto tempo, foram capazes de se colocar de acordo para juntas enfrentar o futuro (De la Torre, 2015:4 e ss), porque disso dependia a sobrevivência do *status quo*. Em um primeiro momento se apostou no retorno ao absolutismo, mas em pouco tempo essa solução se mostrou inviável e se abriu caminhos para a negociação com as poderosas burguesias.

Nos sistemas republicanos, por outro lado, a reação conservadora foi mais sigilosa e se manifestou como uma substituição de elites uma vez lograda a desarticulação do regime anterior. Nos estados Unidos estava em processo a consolidação do republicanismo fundacional que havia sido iniciado durante o constitucionalismo democrático com a emancipação das treze colônias do domínio inglês, e um de seus instrumentos articuladores era a aprovação de constituições populares. A reação conservadora se manifestou através da reivindicação do que Wood (1998:519-521) denominou de “a persuasão federalista”, da qual advertiram os antifederalistas: a estratégia que subjazia na construção de uma república federal através da Constituição de 1787 era uma bomba relógio totalmente calculada para reverter a

³ A respeito da controvérsia em Rhode Island sobre a legitimidade da Constituição do povo frente aos poderes plutocráticos do Estado, cfr. Picarella, 2021.

condição do povo em cada uma das *commonwealth* e justificar a transação da soberania de cada um dos povos norte-americanos a *povo* norte-americano. As relações entre os Estados não seriam mais de Direito Internacional (Confederação), senão de Direito Constitucional (federação).

Na América-Latina, a substituição das elites foi fruto da organização dos Estados recém criados sobre bases materiais distintas das primeiras constituições fundacionais. Estas últimas eram de caráter popular e estavam imbuídas do espírito da modernidade e de seus logros, como a democracia, a divisão de poderes, a igualdade, a liberdade, a secularização ou a tolerância, que compartilhavam muitos dos pensadores latino-americanos da época (Guadarrama, 2008:22). Contudo, durante o transcurso do século XIX foi decaindo o discurso da modernidade e avançando a posição pragmática da gestão do poder para proveito próprio das novas elites, visto que estas conheciam muito bem as regras do jogo. Como afirma Rodriguez (2005:422-423), “a classe alta da América formava parte integral da elite da monarquia e estava vinculada com sua contraparte europeia por meio de matrimônios e, com frequência, de associações econômicas. Um emaranhado de enlaces familiares e de relações comerciais ligava os

“autonomistas” americanos com os absolutistas. Estas redes que surgiram como resultado da entrelaçada burocracia que servia de ancora à monarquia, cresceram ao mesmo tempo que a população e a economia, fornecendo o espaço social, político e econômico necessário para resolver conflitos e manter o sistema em funcionamento”.

A reação conservadora ante aos avanços do liberalismo democrático não mostrou uma só cara: cristalizou em diferentes fisionomias, segundo as condições que convergiam em cada caso. Quando essas condições apontavam (desacertadamente, como se demonstrou) a um regresso ao Antigo Regime, como ocorreu com as restaurações absolutistas na Europa, o pensamento reacionário se manteve na fisionomia tradicionalista e se voltou a abortar qualquer possível evolução democrática. Entretanto, nos tempos históricos em que não se vislumbrava estas condições, se optou por um acordo de elites que, no caso europeu, implicou na negociação entre os monarcas e os liberais para dar passagem às denominadas monarquias constitucionais, aquelas que renunciavam explicitamente ao conceito de poder absoluto para reconhecer seu limite no marco da constituição e incorporavam a burguesia em um dos modernos órgãos de governo, o parlamento. A experiência

inglesa, cuja rota neste sentido vinha do antigo regime e foi considerada muito satisfatória pela presença de uma coroa convergente com um parlamento forte (*king-in-parliament*), serviu de modelo para a difusão das monarquias constitucionais em um lento, mas efetivo processo de democratização, serviu de modelo à difusão das monarquias constitucionais num lento mas eficaz processo de democratização que fez com que em boa parte dos países europeus as monarquias se mantivessem como forma de Estado acima do que lhe corresponderia: um aprofundamento dos processos de democratização⁴. Ruipérez (2008:265) nos faz notar que a proeminência do princípio monárquico sobre o democrático teve um impacto muito negativo a respeito da consolidação de uma normatividade constitucional na Europa, muito distinta da norte-americana: “diferente do que aconteceu com Estados Unidos da América, o que se caracterizou como a forja do Estado Constitucional na Europa, final do século XVIII, século XIX e os primeiros anos do século XX, foi a tentativa de construí-lo sobre o confronto entre o princípio monárquico e o princípio democrático, e, no terreno dos fatos, com uma clara supremacia do primeiro. O que, como dissemos, geraria consequências altamente nocivas para a ponderada e

minuciosa formulação da Teoria da Constituição”.

A dinâmica de pactos entre o rei e o parlamento concretizou-se a partir das experiências revolucionárias fundadas na tutela ideológica do liberalismo conservador, entendido como uma fisionomia na família do pensamento liberal mais próximo do pragmatismo econômico do que das ânsias de deixar no passado o Antigo Regime que supunham, com razão, já fenecido e próprio de épocas já superadas. Rodriguez Guerra (1998:27 e ss) define como “rostos do liberalismo” aquelas fisionomias distintas em sua manifestação e seus efeitos, mas que podem se articular com um ambíguo tronco ideológico comum. Os elementos distintivos do modelo liberal que permitem sustentar que existe unidade e coerência na tradição liberal se concentram ao redor de uma peculiar concepção do indivíduo, da sociedade e da sua forma de organização. Tal concepção se mescla com certas ideias acerca da propriedade, da liberdade, da igualdade, da autonomia ou da tolerância e têm deixado uma clara pegada em diferentes perspectivas acerca da economia, da política, do Estado ou democracia; ao qual pretendia somar sua pretensão de universalidade, isto é, de ser válida para todo indivíduo, sociedade e época

⁴ Em geral. Cfr. Bogdanor, 1996.

(Rodríguez Guerra, 1998:32). Contudo, dentro de uma árvore genealógica que é fruto de uma geração tão imprecisa, cabem diferentes fisionomias do liberalismo, que Nino (1990:19-20) sintetiza em duas grandes famílias, muitas vezes confrontadas entre si: “o liberalismo, tanto no plano da teoria política, como na ação política, aparece constantemente dividido em dois grandes ramos, as que não só se confrontam entre si, como por vezes até questionam mutuamente a legitimidade de sua linhagem: o liberalismo que podemos chamar de conservador, que põe ênfase especialmente a defesa do livre mercado e da propriedade privada, e o liberalismo igualitário, que endossa a possibilidade de redistribuições de bens e recursos e interferências nas transações privadas, se for necessário para promover a igualdade entre os indivíduos”. A evolução posterior do liberalismo conservador já no século XX concebeu o surgimento das escolas econômicas conservadoras e o conhecido como ordoliberalismo⁵.

Rodríguez Guerra (1998:39) se pergunta o que nos permite dizer que o liberalismo conservador e o liberalismo social— ou igualitário, ou democrático, poderíamos acrescentar— são variantes contemporâneas do modelo liberal, e

porque denominamos conservador ou proprietário a um, e social ou igualitário a outro. As respostas que o autor propõe baseiam-se nas consequências da transição, iniciada no final do século XIX, da sociedade burguesa e do capitalismo liberal para a sociedade de massas e o capitalismo organizado. “Este processo supõe, grosso modo, o advento de um novo contexto histórico no qual o programa liberal entra em crise e perde boa parte do poder explicativo e da influência política que possuía até então. A necessidade de superar tal crise e de se adaptar a novas condições históricas obrigou a uma revisão do programa liberal que desembocou finalmente na consolidação de diferentes tipos de liberalismos contemporâneos”. De fato, o liberalismo conservador pôs ênfase no avanço em direitos civis, mas levantou uma firme resistência frente à democracia indireta, da qual se desconfiava porque, com razão, via nela uma ameaça para seus interesses econômicos. A expressão liberalismo conservador, adverte Nino (1990:421), parece uma contradição em termos, visto que a ideologia liberal repudiou desde sua origem a conservação acrítica de qualquer convenção social, mas, é claro não foi apenas uma realidade no campo intelectual, econômico e político, mas através de sua evolução ao longo do

alemã do pós-guerra).

⁵ Em geral, cfr. Dyson, 2021, pp. 21 e ss. (N. do T.: teoria econômica

século XX se tornará, em muitos casos, hegemônico.

É nesse plano onde ocorre a aparição do conceito formal de poder constituinte. O acordo de elites no qual participaram os liberais conservadores e, no caso europeu, os monarcas constitucionalistas, não tinham como objetivo o desaparecimento da constituição, ação insustentável a longo prazo e incompatível com a estabilidade por conta do apego que o conceito de constituição havia obtido nas aspirações populares de liberdade e justiça social. De maneira muito mais perspicaz, o Estado liberal optou por conservar o esqueleto formal da constituição e produzir seu esvaziamento material. Tratava-se de impedir a ação emancipadora da constituição democrática, para a qual as elites liberais inventaram uma bateria de argumentos doutrinários, muitas vezes especulativos, mas que contaram com o respaldo das escolas positivistas da época. Em suma, tratava-se manter a formalidade da constituição em detrimento da sua materialidade, desvirtuando assim a capacidade transformadora constituinte.

Os fundamentos do conceito formal de poder constituinte expostos pelo liberalismo conservador eram principalmente três, relacionados diretamente com os postulados do

liberalismo democrático que haviam sustentado as revoluções liberais: 1. Desvalorizar o conceito de soberania popular; 2. Apelar à aplicabilidade direta das normas constitucionais mais progressistas relativas aos direitos; e 3. Dotar no parlamento (burguês) com a faculdade de decidir o que é a Constituição.

4. Os instrumentos do liberalismo conservador: a soberania compartilhada, o nominalismo constitucional e o poder constituinte constituído

Se o constructo teórico da constituição democrática foi criado ao redor do conceito de soberania popular, que continha o gérmen da revolução nela mesma, a tática conservadora não poderia ser outra, senão atacar a medula vertebral do conceito: seu sujeito e sua indivisibilidade. Com efeito, o fundamento da construção do conceito moderno de soberania vai de encontro ao fortalecimento do Estado Moderno, que era o que finalmente preocupava a Bodin⁶. Como afirma Marshall (2010: 254), Bodin “tinha em mente o rei como titular da soberania. Não porque Bodin era um seguidor da Doutrina do Direito Divino para governar, mas porque tinha interesse na conservação da unidade e na estabilidade do Estado frente a ameaça que significava a guerra religiosa”.

⁶ (N. do T. Citado por Marshal)

Posto que a construção do Estado moderno se levanta em torno da figura centralizadora do rei como vértice do poder, a soberania deve residir no monarca. Quando Rousseau altera o sujeito da soberania, atribuindo-o ao povo, e constitui desse modo o conceito contemporâneo de soberania – popular –, mantém imutável sua qualidade de poder indivisível, porque do contrário e quebraria o constructo teórico da relação povo-soberania. A indivisibilidade, portanto, é uma condição intrínseca à soberania.

Entretanto, para conseguir seu objetivo, essa condição deveria ser negada pelo pensamento liberal conservador. Para a ideia de pacto que subjazia aos acordos de elites no liberalismo conservador, resgatou-se o conceito medieval de constituição mista, traduzido no pacto monarquia-povo, que serviria de argumento para justificar a relação entre o rei e o parlamento burguês no século XIX: a implementação das teorias da soberania compartilhada entre o rei e o povo, este último representado pelo parlamento. A consequência era previsível: o povo, despossuído da soberania, deixaria de ser povo em seu significado de sujeito do poder constituinte para se converter em “convidado de pedra” na relação pactuada entre rei e parlamento.

No caso norte-americano, este esvaziamento do conceito de povo se acometeu, como fez a referência, com a vitória dos federalistas e o advento da Constituição Federal de 1787, cujo *We The People*, construído e aclamado exclusivamente através dos representantes dos Estados e dos defensores da federação, alçou-se como sujeito constituinte da nação norte-americana em detrimento do “*people y Commonwealth*” dos Estados da antiga confederação. A partir de então se colocaria em movimento a maquinaria constitucional federal que implicaria, entre várias outras consequências, uma mesma crescente nas competências dos Estados federados sob o bastão de mando da “toda poderosa” jurisprudência da Corte Suprema Federal.⁷

Com a incorporação de todos os sujeitos no que residiria a soberania, o rei e o parlamento, que não representavam outra coisa que o sacramento final do acordo de elites, foram alcançados dois efeitos que atacaram diretamente a linha d’água do conceito de soberania: questionar seu fundamento democrático e, portanto, desvirtuar a capacidade emancipadora da constituição. Não importava o que as teorias do sujeito da soberania tivessem que falsear para igualar a posição de co-soberanos do monarca e do povo, que no final apontava

⁷ O fortalecimento do princípio federativo não é de forma alguma a única esfera de interferência Suprema Corte; em geral, cfr. Lamparello y Swann, 2017; sobre os

entraves da Corte na construção do modelo norte-americano de Estado social na primeira metade do século XX, cfr. Martínez Dalmau, 2014.

para a mutação do conceito de soberania em todas as suas expressões. Como afirma Fernández Sarasola (2005), o princípio democrático foi “falsificado pelo liberalismo doutrinário e sua teoria da soberania compartilhada e do pacto *Rex-Regnum*. Circunstância esta que, como é lógico, não poderia deixar de gerar uma série de consequências para a vida do Estado constitucional. Consequências que, desde o ponto de vista da política prática, foram, certamente, nefastas enquanto vinham a dificultar o desafio e definitiva consolidação daquela forma política na Europa”. Ao final, Palacios (1998:35) se pergunta que diferenças efetivas existiam entre soberania compartilhada (entre monarca e nação) e soberania nacional (monopolizada pelos grupos hegemônicos da burguesia e da nobreza)?

O passo seguinte conhecemos muito bem: a juridificação do conceito de soberania e, com ela, a sua passagem do mundo das ideias políticas para o espaço do Direito. As consequências conhecemos também: O campo do Direito é por definição um espaço ordenado, hierárquico, limitado; ao contrário do campo da soberania que, por se referir a um poder legitimador, é por natureza criativo e ordenador. Quando a soberania involui de uma força ordenadora para uma força ordenada, ela é necessariamente limitada

por uma força ordenadora que não é mais ela mesma; perde sua capacidade de geração. Com efeito, como já foi comentado alhures (Martínez Dalmau, 2017:38), a obsessão do liberalismo conservador por juridificar a soberania levou a assumir como axiomas a autolimitação e a renúncia do povo à soberania, o que só é possível desde a ficção jurídica. Somente transfigurando o conceito de soberania, eliminando seu potencial democrático popular, poderia servir para diferenciar entre um constitucionalismo revolucionário e um constitucionalismo voltado para os poderes. No fundo, trata-se única e exclusivamente, como adverte Negri (2015:31-37), de controlar a irredutibilidade do facto constituinte, dos seus efeitos, dos valores que expressa.

Um segundo elemento chave para a desmobilização do papel emancipatório da constituição residia em obstaculizar sua aplicação direta e impedir, dessa maneira, que os cidadãos pudessem recorrer a ela na reivindicação dos seus direitos no quadro institucional. O objetivo era quebrar o sentido da constituição como norma diretamente aplicável (normatividade) e limitá-la à sua expressão mínima (nominalismo), evitando a aplicação direta dos preceitos mais transformadores. A forma da constituição poderia ser grandiloquente e conter grandes avanços

em sua redação, mas no momento da realidade se impossibilitaria qualquer canal político ou institucional que servisse para ativar essas declarações legais e transformá-las em processos políticos transformadores. A sutileza vem do fato de que a Constituição está ali, aparece com suas páginas, seus artigos, seus capítulos e suas grandes declarações de direitos; mas não tem forças para se destacar do campo de Sollen e entrar no de Sein. É uma constituição exclusivamente formal. Nos termos de Loewenstein (1969:15-16), a constituição nominal "não carece de validade jurídica, mas de realidade existencial, seja como um todo (...), ou pelo menos no que diz respeito a alguns preceitos singulares que, embora válidos, não foram ativados na prática real. Nesses casos, a situação real não permite a transformação das normas constitucionais em realidade política. Impossível não lembrar a conhecida metáfora de Lasalle (2021:55) sobre a constituição burguesa que se torna letra morta.

É verdade que nem todo o conteúdo da constituição poderia ser nominal; isso a tornaria, de fato, uma constituição semântica, e quebraria a estratégia do liberalismo conservador europeu⁸: mostrar

a existência de uma constituição, mas esvaziá-la ao máximo dos efeitos que a burguesia oitocentista considerava ameaçadores. Esses efeitos residiam nas partes dogmáticas das constituições, que incorporavam os direitos. O problema, de fato, não residia nas normas constitucionais orgânicas (disposição das câmaras, eleição dos parlamentares, procedimento legislativo, função dos Executivos...), essenciais para a manutenção do "abecê" da democracia representativa. Era exatamente o oposto; a aplicação direta dessas disposições era essencial, porque apoiava a natureza consensual da representação burguesa no parlamento. A questão era especificamente a efetividade direta dos direitos, que deveriam ser controlados pelo parlamento para acomodar seus interesses. Este é o fundamento da constituição nominal: que as partes dogmáticas das constituições, onde reside o seu potencial emancipatório, são distorcidas pela lei, que responde aos interesses do parlamento liberal. As escolas de positivismo ideológico colaborarão ao máximo neste sentido com a santificação da aplicação científica das regras, constituídas por silogismos, e a limitada compreensão da eficácia dos direitos-estruturados internamente como princípios—, que

⁸En el caso norteamericano, cabe insistir, la estrategia fue la contraria: vaciar las competencias de los Estados a través del proceso de fortalecimiento de la federación por medio de la supremacía de la Constitución de 1787,

lo que ya estaba en mente de los federalistas y se realizó por vía del único tribunal previsto en la Constitución federal: la Corte Suprema de Justicia.

exigiriam segundo ao seu desenvolvimento teses normativas para que possam ser aplicadas pelos poderes públicos, em especial pelos magistrados.

Em suma, trata-se da conhecida preeminência do Estado constitucional sobre o Estado de direito típico do liberalismo oitocentista, que conscientemente relega os direitos a meros desideratos, normas programáticas, que nos falam de direitos futuros e não exigíveis contra poderes públicos e, portanto, presentes nas relações políticas. Os direitos constitucionais, que não terão capacidade operacional sem desenvolvimento legislativo, regulamentador à mercê dos parlamentos burgueses, eram nominais, nos termos de González Casanova (1965:93), "pois há alguns pressupostos sociais e econômicos que operam contra a concordância absoluta entre as normas constitucionais e as exigências do processo de poder. A situação fática impede a integração completa das normas e da vida política".

Em terceiro lugar, *last but not least*, vale destacar um elemento que se consolidará como determinante para dirimir a monstruosa condição do poder constituinte: o poder de reformar a constituição, que acabará nas mãos do parlamento, de forma exclusiva ou –resumo do pacto monarquia/parlamento– em

cooperação com o rei, em pleno exercício do princípio da soberania compartilhada. A substituição das convenções constitutivas por convenções constitucionais era, evidentemente, uma sutileza que apontava para o mesmo lugar: a transferência do poder de modificar a Constituição sujeito soberano para os "representantes" da soberania no parlamento. Essa capacidade do poder constituído de substituir a vontade constituinte pela constituída obterá diferentes denominações: poder constituinte constituído, poder constituinte derivado ou poder reformador. O denominador comum é o mesmo: um poder formalmente legitimado pela constituição, limitado nela e por ela, que permite aos poderes constituídos modificar o texto constitucional (Martínez Dalmau, 2017:36-37).

Como já foi dito em outro momento (Martínez Dalmau, 2017:37), no campo do poder constituinte constituído já não se exigia a ação direta do povo, mas dos seus representantes e, em todo o caso, do rei. Dessa forma, encobria-se a diferenciação entre vontade constituinte e vontade constituída, fundamento do constitucionalismo democrático. O fato de a constituição só poder ser modificada por acordo entre o parlamento burguês e a coroa, com a exclusão absoluta de qualquer intervenção popular, deu a maior segurança

ao regime liberal moderado que buscava consolidar a estabilidade do estado burguês e seu sistema de dominação. A fundamentação teórica residia em uma suposta delegação da soberania popular em seus representantes que não responde a nada além da concepção jurídica, não política, de soberania o que é, nesse sentido, uma impossibilidade teórica.

Finalmente, pela virtual soberania compartilhada, a não aplicação dos princípios constitucionais e o desempoderamento popular decorrente da perda pelas maiorias da capacidade de decidir o que é a constituição, a condição monstruosa foi definitivamente exorcizada; o “povo no uso da sua soberania” passou a ser lembrado como um pesadelo de outrora, uma vez que se transformou em “o rei e o parlamento no uso da sua soberania”. A constituição democrática típica do liberalismo revolucionário poderia ser lembrada como uma loucura juvenil que deveria ficar no passado. O liberalismo perdera qualquer essência revolucionária, o que lhe permite abraçar a ordem e a estabilidade como princípios exclusivos da sua ação política, para grande satisfação dos poderes constituídos aos quais já pertenciam plenamente.

5. Conclusões: as implicações do conceito formal de poder

constituente na liberdade e na justiça social.

O conceito formal de poder constituinte forneceu instrumentos que facilitaram o predomínio do liberalismo conservador e aprofundou a distância entre o Estado de direito e o Estado real. Seguindo a conhecida distinção de García Pelayo (1948:88), a liberdade era uma liberdade formal: “não há outro direito senão o expresso na lei, que, por outro lado, não é obrigado a ter um conteúdo específico, mas isso pode ser de qualquer tipo. O liberalismo substancial tornou-se liberalismo formal; Estado de direito, no estado meramente formal de direito”. Era, por tudo isso, uma posição que dificultava o progresso democrático, o que significava um retrocesso nos direitos da maioria.

É verdade que a construção teórica do liberalismo conservador não foi homogênea e, de fato, adaptou-se aos meios específicos de cada campo. Nas monarquias europeias tinha uma peculiaridade que não poderia ocorrer nos sistemas republicanos: a presença do rei, que tornava ainda mais visível o acordo das elites. Enquanto nas repúblicas este acordo se fazia entre as diferentes famílias liberais, nas monarquias materializava-se nas monarquias constitucionais, em que o rei cumpria a constituição, mas mantinha as suas funções executivas e a sua capacidade decisória no

exercício da soberania partilhada com o Parlamento.

Sabe-se qual foi o resultado da hegemonia do liberalismo conservador e da presença do parlamentarismo burguês durante boa parte do século XIX: os maiores contextos de desigualdade que a humanidade já experimentou. De fato, o século XIX foi uma época de lutas sociais, econômicas e políticas que semearam revoluções em todo o continente europeu. O poder constituinte, força histórica vital que não compreende formalidades, continuou sua produção fora da institucionalidade. O caso norte-americano, mais uma vez, percorreu outros caminhos, pois o desenvolvimento constitucional e a busca da normatividade da Constituição Federal de 1787 apoiaram o potencial expansivo que logrou o impulso, expansão e consolidação do Estado. Também foi diferente na América Latina, onde as dificuldades para estabelecer os Estados recém-independentes, bem como os obstáculos nos processos de negociação entre os setores tradicionalistas e liberais, confluíram em um momento em que o estrondo de sabres e os governos provisórios; dinâmica que, salvo algumas exceções, sobreviveu ao longo do século XX, e que de fato colocaria em jogo a própria construção do Estado social⁹.

A concepção formal do poder constituinte e da constituição foi decisiva para vários dos retrocessos nos direitos da época e nos tempos posteriores: a negação e a repressão dos mecanismos diretos de participação popular, o enfraquecimento da natureza democrática da constituição ou a falta de vontade de integrar ao Estado as necessidades das novas classes sociais prejudicaram a liberdade e da justiça social. Estas foram reivindicadas na rua, dada a falta de mecanismos institucionais para atendê-las. Os avanços sociais foram alcançados por pressão, e a semente revolucionária sempre esteve presente. As instituições não responderam a essas necessidades, ou o fizeram tardiamente para silenciar as demandas sociais.

Mas esta situação corroía também os próprios alicerces do Estado liberal que, embora quisessem parecer sólidos e firmes, perante a realidade revelavam-se frágeis e solúveis. As contestações ao Estado liberal na segunda metade do século XIX, oriundas principalmente do fascismo, do comunismo e do anarquismo, concretizaram-se em alguns casos nas primeiras décadas do século XX. O Estado liberal estava quebrando, e com ele sua hegemonia. Os esforços de transformação por que passou na fase que conhecemos como Estado Democrático não eram, evidentemente,

⁹ Em geral, cfr. Viciano y Martínez Dalmau, 2017.

desejados pelo liberalismo conservador, mas sua sobrevivência estava em jogo. De fato (Martínez Dalmau, 2018: 79-80), o final do século XIX e o início do século XX viram nascer as principais teorias sobre a relação entre poder constituinte e poder constituído que tentaram explicar como o novo constituinte os processos surgidos na transição entre o Estado liberal conservador e o Estado Democrático produziram textos normativos de natureza diversa do liberalismo conservador. Constituições mais próximas do Estado Democrático de Direito, como a Constituição espanhola de 1869, até as do início do século XX, como a de Querétaro de 1917 ou a Constituição de Weimar de 1919, tiveram sujeitos revolucionários que as fundaram em sua base. As doutrinas liberais tiveram que ser adaptadas para incluir esse novo sujeito constituinte, mas dentro de uma transição factual que deveria ser compreendida e explicada no campo acadêmico. O resultado visou o retorno, ainda que tímido, do poder constituinte como poder fático, nunca excepcional. Ainda assim, o positivismo jurídico formalista aumentou seu alcance ao longo do século XX, inclusive no período entre guerras, e dificultou a viabilidade da Constituição normativa, uma vez que suas teses metodológicas, como afirma Ruipérez (2008:266 e ss), foram mantidas por muitos autores das mais diversas posições ideológicas.

A reivindicação do Estado social, particularmente nos modelos posteriores à Segunda Guerra Mundial, obedeceu a esta necessidade de avançar na igualdade, e que se traduziu no reconhecimento dos princípios constitucionais como princípios materiais, bem como do papel do Estado como principal instrumento de solidariedade e redistribuição de renda por meio da concretização de direitos sociais. Apesar do questionamento do Estado social, sua construção e consolidação continuam a fazer parte das mais importantes aspirações das sociedades contemporâneas. A condição monstruosa, de fato, é agora o passado liberal, em que o Estado não apenas era impassível diante da desigualdade, mas também a promovia materialmente e agia como um criador.

Referências bibliográficas

Arendt, H., *On revolution*. Nueva York: Penguin Books, 2006. Edición en español: *Sobre la revolución*. Madrid: Alianza, 2013.

Bogdanor, V., "The monarchy and the constitution". *Parliamentary Affairs*, vol. 49, no. 3, July 1996, pp. 407-422.

Colón-Ríos, J., *La constitución de la democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

De la Torre del Río, R., *El Congreso de Viena (1814-1815)*. Madrid: Los libros de la Catarata, 2015.

Dyson, K., *Conservative liberalism, ordoliberalism, and the State. Disciplining*

democracy and the market. Oxford: Oxford University Press, 2021.

Fernández Sarasola, I., "La influencia de Francia en los orígenes del constitucionalismo español (19 April 2005), en *Forum historiae iuris*, <https://forhisiur.net2005-04-sarasola>

García Pelayo, M., "Constitución y Derecho constitucional (Evolución y crisis de ambos conceptos)". *Revista de Estudios Políticos* n. 37-38, 1948, pp. 53-122.

González Casanova, J.A., "La idea de Constitución en Karl Loewenstein". *Revista de Estudios Políticos* n° 139, 1965, pp. 73-98.

Guadarrama, P., "Filosofía latinoamericana: momentos de su desarrollo". *Eikasia, Revista de Filosofía* n° 17, 2008, pp. 1-45.

Hallett, B.F., *El derecho del pueblo a establecer formas de gobierno*. Pireo:Valencia, 2021.

Kalyvas, A. "Soberanía popular, democracia y el poder constituyente". *Política y Gobierno* vol. XII, n° 1, 2005, pp. 91-124.

Lamparello, A. y Swann, C., *The United States Supreme Court's Assault on the Constitution, Democracy, and the Rule of Law*. Londres: Routledge, 2017.

Lassalle, F., *Sobre la esencia de la Constitución*. Traducción y estudio preliminar de Carlos Ruiz Miguel. Valencia: Pireo, 2021.

Loewenstein, K., "Constituciones y Derecho constitucional en Oriente y en Occidente". *Revista de Estudios Políticos* n° 164, 1969, pp. 5-56.

Marshall Barberán, P., "La soberanía popular como fundamento del orden estatal y como principio constitucional". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad*

Católica de Valparaíso n° 35, 2010, pp. 245-286.

Martínez Dalmau, R., "El Estado social en Estados Unidos", en Noguera Fernández, Albert y Guamán Hernández, Adoración, *Lecciones sobre el Estado Social y derechos sociales*. Tirant, Valencia, 2014.

Martínez Dalmau, R., "El debate sobre la naturaleza del poder constituyente: elementos para una teoría de la Constitución democrática", en Martínez Dalmau, Rubén (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*. Valencia:Tirant, 2014.

Martínez Dalmau, R., "Entre la confusión y el trastorno de identidad: un análisis crítico de los procedimientos de reforma en la Constitución de 1978", en Martín Cubas, Joaquín (coord.), *Constitución, Política y Administración. España 2017, reflexiones para el debate*. Valencia:Tirant, 2017.

Martínez Dalmau, R., "Soberanía popular, poder constituyente, poder constituido". *Diritto Costituzionale. Rivista Quadrimestrale* n°1, 2018, págs. 71-94.

Negri, A., *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. Madrid:Traficante de Sueños, 2015.

Nino, S., "Liberalismo conservador: ¿liberal o conservador?", *Revista de Ciencia política* vol. 12, ns. 1-2, 1990, pp. 19-44.

Noguera, A., *Utopía y poder constituyente*. Madrid:Sequitur, 2012.

Palacios, F., "Liberalismo y derechos virtuales. Apuntes para una sociología del Estado en su continuum histórico". *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, vol. 43, N°. 173, 1998, pp. 15-64.

Picarella, L. Estudio introductorio de Hallett, B.F., *El derecho del pueblo a establecer formas de gobierno*. Pireo:Valencia, 2021.

Pisarello, G., *Un largo Termidor. Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*. Quito:Corte constitucional del Ecuador, 2011.

Rodríguez Guerra, R., *El liberalismo conservador contemporáneo*. La Laguna: Universidad de La Laguna, 1998.

Rodríguez O., J.E., *La independencia de la América española*. México, D.F:Fondo de Cultura Económica, 2005.

Rosanvallon, P., *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*. Barcelona:Paidós, 2010.

Roviró, Ignasi, “El pensamiento conservador en la España del siglo XIX: Jaime Balmes y Donoso Cortés”. *Revista de Hispanismo Filosófico* nº 16, 2011, pp. 145-162.

Ruipérez, J., “La Constitución y su estudio. Un episodio en la forja del Derecho Constitucional Europeo: Método jurídico y régimen político en la llamada teoría constitucional de Weimar”. *Teoría y práctica constitucional* nº 21, 2008, pp. 243-305.

Sunstein, C.R., “Constituciones y democracias: epílogo”, en Elster, J. y Slagstad, R. (dir.), *Constitucionalismo y democracia*. México:Fondo de Cultura Económica, 1999.

Viciano, R. y Martínez Dalmau, R., "Crisis del Estado Social en Europa y dificultades para la generación del constitucionalismo social en América Latina". *Revista General de Derecho Público Comparado* nº 22, diciembre 2017, págs. 1-19.