

Friedrich Müller

QUEM É O POVO?

**A QUESTÃO FUNDAMENTAL
DA DEMOCRACIA**

com uma introdução
de Ralph Christensen

Edição Original em Português

Tradução
Peter Naumann

Revisão
Paulo Bonavides

**Max
Limonad**
●

Copyright:
Friedrich Müller

Copyright da presente edição:
Editora Max Limonad
Moisés Limonad

Tradução: Peter Naumann

Revisão: Paulo Bonavides

Capa: Carlos Clémen

Editora Max Limonad
São Paulo

Fone: (0XX11) 3873-1615
www.maxlimonad.com.br
E-mail: maxlimonad@maxlimonad.com.br

ISBN: 85-86300-39-X

1ª edição: 1998
2ª edição: 2000
3ª edição: 2003

a Claudia Souza Leitão
e a seus alunos

Sumário

Apresentação - <i>Fábio Konder Comparato</i>	9
Nota do Tradutor - <i>Peter Naumann</i>	29
Introdução - <i>Ralph Christensen</i>	33
I - Por que as constituições falam de “povo”?	47
II - “Povo” como povo ativo	55
III - “Povo” como instância global de atribuição de legitimidade	59
IV - “Povo” como ícone	65
V - “Povo” como destinatário de prestações civilizatórias do Estado	75
VI - A que grupos reais correspondem os modos de utilização do termo “povo”?	79
VII - “Povo” como conceito de combate. A positividade da democracia	83
VIII - Exclusão	91
IX - Legitimação da democracia. Reavaliação de “kratein”. “Democracia” compreendida também como nível de exigências, além das técnicas da dominação	107
Discurso por ocasião do lançamento de <i>Quem É O Povo?</i> <i>A questão fundamental da democracia</i>	117

PREFÁCIO

Fábio Konder Comparato

FRIEDRICH MÜLLER: O AUTOR E SUA OBRA

Do rejuvenescimento do direito pela filosofia

1. Um dos paradoxos mais salientes da história do direito é a influência negativa que um corpo bem-sucedido de normas exerce sobre a teoria jurídica. Diante dele, os juristas tendem a se tornar simples glosadores, e o pensamento jurídico reduz-se a pobres comentários, quando não a mera parafrase do texto normativo.

O extraordinário êxito do Código Napoleão é o exemplo mais marcante dessa tendência histórica. O *Code Civil* foi um dos fatores que mais contribuíram para o assentamento da civilização burguesa no Ocidente, servindo de modelo legislativo em vários países da Europa continental e em quase toda a América Latina, no decurso do século XIX. Mas durante décadas, a partir de 1804, o pensamento jurídico francês ficou confinado à exegese literal dos artigos do Código. Foi preciso que a expansão do maquinismo na vida quotidiana ao final do século, suscitando a produção de danos

materiais e pessoais de toda sorte, levasse autores e tribunais a construir, muito além das poucas normas sobre responsabilidade civil do art. 1.382, um conjunto de princípios, capazes de resolver os novos conflitos de interesses, típicos de uma sociedade industrial.

Em contraste com esse marasmo doutrinário, a pandectística alemã, dispensada de comentar as leis em vigor, desenvolveu, durante todo o século XIX, um dos trabalhos criativos mais notáveis de toda a história do pensamento jurídico. Foi graças à obra dessa plêiade de grandes pensadores do direito privado que o BGB, promulgado ao final do século e consubstanciando o riquíssimo trabalho doutrinário até então acumulado, pôde ser interpretado e aplicado, por juristas e tribunais, sem o menor servilismo exegetico.

Pois um fenômeno análogo ao sucedido com o Código Napoleão esteve prestes a ocorrer na República Federal Alemã, com a promulgação da Lei Fundamental, criadora do novo Estado. Os constituintes de Bonn abstiveram-se, intencionalmente, de denominá-la *Constituição*, pois a seus olhos tratava-se apenas de uma organização política provisória, que prepararia a futura unificação do Estado alemão. Ora, a Lei Fundamental de 1949, pela ênfase dada à proteção jurídica da pessoa humana, bem como pela harmoniosa organização dos Poderes Públicos no seio de uma estrutura federal muito bem balanceada, revelou-se, desde logo, como uma das melhores Constituições já elaboradas na Europa, em todos os tempos.

A excepcional qualidade do sistema normativo instaurado por aquela Carta Política ameaçou sufocar, seriamente, a capacidade criadora dos juristas alemães. A tentação foi grande, desde os primeiros anos, de reduzir o pensamento jurídico à condição de mera ilustração do texto constitucional, transformando os juristas numa espécie de reencarnação

dos glosadores medievais: *verbosi in re facili, in difficili muti, in angusta diffusi*, como sentenciou duramente Cujácio.

Era inútil esperar que o *Bundesverfassungsgericht*, sempre tão celebrado pelos constitucionalistas alemães, pudesse substituir-se à doutrina no cumprimento dessa tarefa. A soma das decisões individuais desse elevado tribunal, ainda que de superior qualidade, como de fato tem acontecido, não chega a compor um sistema jurídico harmônico e bem traçado nos princípios. O *espírito* dos diferentes direitos nacionais do continente europeu, sobretudo do direito germânico (que já foi justamente caracterizado como um *Professorenrecht*) é a sistematicidade. É possível construir o direito constitucional norte-americano a partir dos julgados da Suprema Corte, dentro do espírito casuístico da *Common Law*. Mas esse método é inegavelmente fadado ao insucesso, quando aplicado no quadro da cultura jurídica alemã.

Vale a pena lembrar, a esse respeito, que antes mesmo da primeira unificação alemã, no século passado, Carl Friedrich von Gerber pôde perfazer, servindo-se do método da “construção jurídica”, que desenvolvera com Jhering, a sistematização de um autêntico direito público, comum a todos os países da cultura alemã.¹

2. Pode-se dizer, sem exagero, que a produção literária e a atividade docente do Professor Friedrich Müller, na Universidade de Heidelberg, foram decisivas para impedir o direito constitucional alemão, posterior à Lei Fundamental de Bonn, de repetir a lamentável esqualidez da *École de l'Exegèse*.

Para o êxito desse empreendimento, muito contribuiu a sua formação filosófica pessoal. Acompanhando com inte-

1. A sua obra *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* foi publicada em 1865, portanto cinco anos antes da fundação do Império Alemão.

resse e espírito crítico os desenvolvimentos da chamada filosofia hermenêutica, a partir da obra seminal de Gadamer,² o Professor Müller percebeu desde logo a necessidade de se fundar, preliminarmente, todo o esforço de análise e compreensão do fenômeno jurídico na solidez de um *método*. A reflexão sobre o método, como bem mostrou Descartes ao inaugurar a filosofia moderna, é a condição de possibilidade de toda ortodoxia racional.

As obras intituladas *Normstruktur und Normativität e Juristische Methodik* — esta última em sua 6ª edição (Berlim, Duncker & Humblot), e com uma tradução francesa sob o sugestivo título *Discours de la méthode juridique* (Presses Universitaires de France) — introduziram no ambiente jurídico alemão um modo renovador de se considerar o direito em sua *vigência*, ou seja, em seu efetivo vigor, muito além da expressão textual das normas. O novo método foi integralmente adotado pelo Professor Konrad Hesse, ex-juiz do Tribunal Constitucional de Karlsruhe, em sua conhecida exposição dos lineamentos do direito constitucional alemão.³

Foi ainda graças a esse novo método de pensar o direito que o Professor Müller pôde superar a estreiteza de uma visão positivista, que conduz inelutavelmente ao nacionalismo jurídico. Numa época em que são levantadas, em toda parte, as fronteiras nacionais, e num país que tem sido, desde a celebração do Tratado de Roma, um dos baluartes da construção européia, é lamentável verificar que o positivismo de superfície tem conduzido ao abandono dos princípios — necessariamente gerais — como base de toda teoria jurídica duradoura. O nacional-positivismo representa, de certo modo,

2. *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, cuja primeira edição é de 1960.

3. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., Heidelberg (C. F. Müller Verlag), nº 60 e ss.

a negação da ciência jurídica, pois repudia aquele princípio de explicação unitária da realidade, que constitui a meta de todo conhecimento científico.

Dessa miúda consideração do ordenamento nacional como sendo todo o universo da ciência jurídica, o Professor Müller sempre soube afastar-se, o que ensejou a irradiação de seu pensamento, não apenas nos países cultos do Ocidente, como também — o que é muito raro em matéria de escritos jurídicos — no Extremo Oriente, notadamente no Japão⁴ e em Taiwan.⁵

O ensaio que ora se publica, com agudas observações sobre o direito constitucional brasileiro, é a demonstração de seu salutar universalismo jurídico.

Variações sobre o tema “o povo como titular da soberania política”

3. Como forma de homenagear o Professor Müller, que, além de jurista-filósofo, é também um distinto melômano, pareceu-me que não seria fora de propósito oferecer aqui ao leitor brasileiro, segundo o modelo do gênero musical *tema com variações*, algumas reflexões sobre o assunto de seu ensaio.

Na teoria política e constitucional, *povo* não é um conceito descritivo, mas claramente operacional. Não se trata

4. Cf. a edição em japonês de sua coletânea de ensaios, intitulada *Entfremdung. Schriften zur Rechtstheorie: Sogai to kokka*, em tradução de Masanori Shimizu e Michio Yamamoto, Tóquio (Fukumura Shuppansha), 1974.

5. Tradução chinesa de *Recht - Sprache - Gewalt*, por Sen-rong Lin, Taipé, 1986. Essa mesma obra foi editada no Brasil, sob o título *Direito, Linguagem, Violência*, Porto Alegre (Sérgio Antonio Fabris Editor), 1995, com tradução de Peter Naumann e revisão dos Professores Paulo Bonavides e Willis Santiago Guerra Filho.

de designar, com esse termo, uma realidade definida e inconfundível da vida social, para efeito de classificação sociológica, por exemplo, mas sim de encontrar um sujeito para a atribuição de certas prerrogativas e responsabilidades coletivas, no universo jurídico-político.

A noção de povo, como se sabe, já era conhecida e utilizada na antiguidade clássica em matéria de teoria política e de direito público. Mas não tinha a importância decisiva que adquiriu na era moderna, com o ressurgimento da idéia democrática. A partir do século XVIII, já não se pode eludir a questão fundamental, ligada à própria essência desse regime político: — Se o poder supremo numa democracia, como a própria etimologia nos indica, pertence ao povo, como definir este conceito, de modo a torná-lo o mais operacional possível e evitar as usurpações de soberania?

Essa indagação central, na verdade, pode ser desdobrada em duas outras: — A definição de povo, como sujeito da soberania democrática, diz respeito ao titular ou ao exercente dela? — A soberania popular é um poder absoluto?

O esforço definitório nessa matéria, como mostra convincentemente o Professor Müller, é indispensável, se se quiser superar a condenável utilização atual dessa palavra como *idolum mentis*, verdadeiro ícone ou imagem sagrada, que suscita veneração declamatória, mas nunca respeito prático e submissão política. Na América Latina, em particular, a invocação do povo exerce, atualmente, a mesma função hierárquica que representava, nos tempos coloniais, a invocação da figura do rei. “As ordenações de Sua Majestade”, diziam sem ironia os chefes locais ibero-americanos, “acatam-se, mas não se cumprem”. Havia aí, talvez, a aplicação em matéria política do elegante *distingo* teológico entre o conselho e o preceito, com o qual foram sistematicamente esvaziadas todas as exigências éticas do Evangelho.

4. A primeira utilização conseqüente do conceito de povo como titular da soberania democrática, nos tempos modernos, aparece com os norte-americanos. Antes mesmo da declaração de independência que, por “respeito decente pelas opiniões do gênero humano”, principiava dando as razões pelas quais “um povo vê-se na necessidade de romper os laços políticos que o ligaram a outro”, Thomas Jefferson atribuía ao povo um papel preeminente na constitucionalização do país. Ao redigir o projeto de Constituição para a Virgínia,⁶ no primeiro semestre de 1776, propôs que essa lei suprema, após declarar caduca a realeza britânica, fosse promulgada “pela autoridade do povo” (*Be it therefore enacted by the authority of the people that...*).

Quando se tornou patente a inadequação da forma confederativa para a organização política dos diferentes Estados americanos, o recurso à idéia de povo como titular da soberania, mesmo num Estado federal e não unitário, tornou-se inevitável. Na Convenção de Filadélfia, no entanto, essa questão foi debatida de forma indireta, por ocasião das discussões a respeito do Poder Legislativo.

Na sessão de 12 de junho de 1787, ao se deliberar sobre a legislatura na Câmara dos Representantes, Elbridge Gerry, representante do Massachusetts, declarou que “o povo da Nova Inglaterra jamais abrirá mão das eleições anuais. Ele está a par da passagem, feita na Inglaterra, das eleições trienais para setenais, mas consideraria uma inovação dessas,

6. “A Bill for new-modelling the form of Government and for establishing the Fundamental principles thereof in future”. JEFFERSON acrescentou, em nota ao projeto, a seguinte observação: “It is proposed that this bill, after correction by the Convention, shall be referred by them to the people to be assembled in their respective countiens and that the suffrages of two thirds of the counties shall be requisite to establish it”. Cf. *The Portable Jefferson*, edited by Meryll D. Peterson (Penguin Books), pp. 242 e ss.

aqui, como o prelúdio de uma usurpação”.⁷ Em réplica, Madison observou que, se as opiniões do povo devessem servir como guia para os convencionais, haveria dificuldade em saber qual o caminho a tomar. “Nenhum membro da Convenção poderia dizer quais seriam as opiniões dos seus constituintes naquele momento; muito menos poderia ele dizer o que pensariam seus eleitores, se tivessem as informações e as luzes que nós, convencionais, possuímos; e ainda menos qual seria a maneira de pensar de seus constituintes daqui a 6 ou 12 meses”.

Em 25 de junho, quando entrou em discussão a criação do Senado, Charles Pinckney, representante da Carolina do Sul, em longo discurso, insistiu sobre o fato de que “o povo dos Estados Unidos é, talvez, o mais singular de quantos conhecemos. No seio do povo há poucas diferenças de fortuna e, menos ainda, de posição social (*rank*)”. Observou que havia poucos homens ricos entre os americanos do Norte, esclarecendo: “por homens ricos eu entendo aqueles cujas riquezas podem exercer uma perigosa influência, como acontece com os que são considerados ricos na Europa — talvez não haja nem uma centena deles neste Continente; e é improvável que esse número aumente muito no futuro”. Segundo ele, o povo norte-americano dividir-se-ia em três classes: os profissionais liberais (“que, devido às suas atividades, devem sempre ter um grande peso no Governo, enquanto este permanecer popular”), os comerciantes e os proprietários rurais. “Estas três classes”, concluiu, “embora distintas quanto às suas atividades, são individualmente

7. As citações que se seguem são extraídas das anotações de JAMES MADISON sobre os debates na Convenção de Filadélfia, *apud* PAGE SMITH, *The Constitution - A documentary and narrative history*, Nova York (Morrow Quill Paperbacks), 1980.

iguais na escala política, podendo ser facilmente provado que elas têm um só interesse”.

Sintomaticamente, nenhuma referência foi feita, nessa ocasião, à numerosa escravaria que povoava os Estados do Sul. O assunto só veio à baila em 11 de julho, quando se cuidou de fixar o número de representantes de cada Estado na Câmara Federal. Como o critério adotado foi o da população de cada Estado, os sulistas, bem entendido, quiseram que os escravos contassem como membros do “povo” representado. Ou seja, que eles servissem como massa de manobra política, além de instrumentos materiais de produção.

Seja como for, é um fato óbvio que a ausência, na sociedade norte-americana, de uma tradicional divisão de estamentos sociais e, notadamente, de fundos vínculos aristocráticos, tornava mais fácil a aceitação do povo como titular da soberania. A existência da escravidão legal não representava nenhum obstáculo teórico a esse empreendimento político, pois o precedente prestigioso da democracia ateniense — em que não apenas os escravos, mas também os metecos e as mulheres eram excluídos do rol dos cidadãos — apresentava-se como o modelo para o qual todos se voltavam com respeito.

5. O mesmo não ocorria, claro está, na sociedade francesa daquele final de século.

No verbete da *Encyclopédie* dedicado a *peuple*, Louis de Jaucourt principia pelo reconhecimento de que se trata de um “nome coletivo de difícil definição, pois dele se têm idéias diferentes em diversos lugares, em variados tempos, conforme a natureza dos governos”. Observa, em seguida, que a palavra designava outrora o “estamento geral da nação” (*l'état général de la nation*), oposto ao estamento dos grandes personagens e dos nobres. Mas que, na época em que escre-

via, o termo *povo* compreendia apenas os operários e os lavradores.

Nas sessões introdutórias dos *États Généraux du Royaume*, em 1789, essa ambigüidade essencial da noção de povo acabou vindo à tona, quando os dois primeiros estamentos do reino — os clérigos e os nobres — recusaram-se a comparecer em protesto contra a decisão de se adotar o voto individual dos representantes, e não o voto coletivo por estamento. Na sessão de 15 de junho, *Sieyès*, fiel às idéias expostas em sua obra famosa,⁸ propôs que o *Tiers-État*, diante da defecção das duas outras ordens, se intitulasse “Assemblée des représentants connus et vérifiés de la nation française”. Mirabeau contrapropôs com a fórmula sintética: “Representantes do *povo* francês”, observando que essa palavra era elástica e podia, conforme as circunstâncias, significar muito ou pouco. Foi esta, justamente, a crítica que os “legistas” Target e Thouret dirigiram de imediato ao grande tribuno. Indagaram eles se o termo *povo*, naquela proposta, deveria ser tomado no sentido de *plebs* ou de *populus*. A maioria convenceu-se, afinal, do perigo de o termo ser considerado no primeiro sentido, de modo a anular o caráter representativo da assembleia, quando Malouet, amigo de Necker, aceitou a proposta de Mirabeau.⁹

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, votada em 26 de agosto, embora assinada “pelos represen-

8. “Dans toute nation libre, et toute nation doit être libre, il n’y a qu’une manière de terminer les différends qui s’élèvent touchant la constitution. Ce n’est pas à des notables qu’il faut avoir recours, c’est à la nation elle-même. Si nous manquons de constitution, il faut en faire une; la nation seule en a le droit”. E pouco mais adiante: “La nation existe avant tout, elle est l’origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même” (*Qu’est-ce que le Tiers état?*, cap. V, Genebra, Librairie Droz, 1970, pp. 177 e 180).

9. Sobre esse episódio, cf. MICHELET, *Historie de la Révolution Française*, ed. Gallimard (*Bibliothèque de la Pléiade*), vol. I, pp. 101 e ss.

tantes do povo francês”, contém no entanto, em seu art. 3º, a disposição inequívoca: “O princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação (com maiúscula). Nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente”.

A ironia da história é patente. Para afastar a ambigüidade do termo *povo*, os revolucionários franceses acabaram entronizando, em lugar do rei, um dos mais notáveis ícones políticos dos tempos modernos: a nação, a cuja sombra têm-se abrigado comodamente, desde então, os mais variados regimes antidemocráticos.

Os jacobinos, é verdade, não se conformaram com essa orientação idealizante e reagiram, após a queda da monarquia, com a Constituição do Ano I. A nova Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão apresentou-se então como sendo feita diretamente em nome do “povo francês”, e não de seus representantes. O art. 25 proclamava, incisivamente: “A soberania reside no povo; ela é una e indivisível”. E o art. 7º do “Ato Constitucional” esclarecia: “O povo soberano é a universalidade dos cidadãos franceses”. “Ele nomeia imediatamente seus deputados” (art. 8º); “delega a eleitores a escolha dos administradores, árbitros públicos, juízes criminais e de cassação” (art. 9º); e, sobretudo, “delibera sobre as leis” (art. 10).

A influência de Robespierre transparecia aí muito clara. Em seu projeto de declaração de direitos, apresentado à Convenção em 23 de abril de 1793, propôs sem rebuços: “O povo é soberano: o governo é sua obra e sua propriedade, os funcionários públicos são seus empregados. O povo pode, a seu talante, mudar o governo e destituir seus mandatários” (*Le peuple est souverain: le gouvernement est son ouvrage et sa propriété, les fonctionnaires publics sont ses commis. Le*

peuple peut, quand il lui plaît, changer son gouvernement, et révoquer ses mandataires).¹⁰

É óbvio que essa transposição semântica da *plebs* em *populus* correspondia a uma revolução política por exclusão: os nobres, clérigos e burgueses não fazem parte do povo.¹¹ O marxismo voltou a trilhar o mesmo caminho no século seguinte, ao atribuir a qualidade política de povo unicamente à classe operária.

6. Não é difícil perceber que todas essas ambigüidades e exclusivismos reducionistas provêm de uma adequada análise conceitual. *Povo*, como bem salienta o Professor Müller, não é um conceito unívoco, mas plurívoco.

Tomemos, por exemplo, o povo em sua função de titular da soberania, no regime democrático. Dele emanam todos os poderes, segundo a fórmula consagrada.¹² Tratando-se, como se trata, de um sujeito coletivo, seria puro antropomorfismo reduzir politicamente o povo a um só entendimento, uma só opinião e uma só vontade. O recurso ao princípio do voto majoritário é, portanto, inevitável. Ora, uma coisa é a totalidade do povo, como centro de imputação das decisões coletivas (a *Zurechnungsinstanz* de que fala o Professor Müller). Outra coisa é a fração dominante do povo, cuja vontade efetivamente predomina nas eleições, referendos e plebiscitos. Essa fração dominante do povo é, sem dúvida,

10. *Discours et rapports à la Convention*, Paris (Union Générale d'Éditeurs), 1965, pp. 124/125.

11. "Le despotisme a produit la corruption des mœurs, et la corruption des mœurs a soutenu le despotisme. (...) Alors on a des rois, des prêtres, des nobles, des bourgeois, de la canaille: mais, point de peuple et point d'hommes" (op. cit., p. 135).

12. A Constituição Federal de 1988 distingue, corretamente, a titularidade do exercício do poder político, ao dispor que "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente" (art. 1º, § 1º).

formalmente majoritária. Mas a maioria de sufrágios corresponde sempre à vontade e ao interesse próprio dos votantes, enquanto classe ou grupo social? Quem é, concretamente falando, a maioria votante que se pronuncia em nome do povo?

Numa das passagens mais lúcidas de sua *Política*,¹³ Aristóteles enfrenta o problema e estabelece distinções importantes, que não se limitam à classificação das aparências.

Começa lembrando a tripartição tradicional dos regimes políticos, em função da titularidade do poder supremo (*kyrion*):¹⁴ monarquia, aristocracia e *politéia*¹⁵ — quando o poder político é exercido em benefício da comunidade como um todo; tirania, oligarquia e democracia — quando a finalidade perseguida pelos governantes é a sua vantagem particular. Observa então que, se formalmente (e de acordo com a própria etimologia) o critério distintivo entre esses regimes é o do número de pessoas que exercem o poder supremo, na realidade o que distingue os dominadores entre si é a sua respectiva situação socioeconômica: oligarquia é o governo dos ricos; democracia, o governo dos pobres (*aporoí*) e não, abstratamente falando, o governo da multidão (*plethos*). Assim, prossegue, se por hipótese os ricos fossem majoritários e

13. III, 5; 1279a, 25 e ss. O filósofo volta à mesma idéia em vários outros passos da obra (1281a, 12-19; 1289b, 29-32; 1290a, 30 e b, 20; 1291b, 2-13; 1296a, 22-32; 1296b, 24-34; 1315a, 31-33; 1317b, 2-10; 1318a, 31-32); o que demonstra que se trata de um elemento central de sua filosofia política.

14. É importante observar que ARISTÓTELES distinguia esse poder supremo, correspondente à noção moderna de soberania, do poder da magistratura suprema, ao qual dava o nome de *politeuma* (cf. *Política* III, 4; 1278b, 10).

15. Não se sabe se, à época de ARISTÓTELES, o regime em que a multidão exerce o poder supremo em função do bem comum carecia, de fato, de uma denominação própria. Em todo o caso, a hesitação terminológica é significativa: esse regime representava, pelo menos aos olhos do filósofo, a normalidade constitucional sob o aspecto ético.

detivessem o poder supremo, o regime seria, apesar de tudo, oligárquico e não democrático; da mesma forma que, caso os pobres constituíssem a minoria, mas estivessem no poder, o regime deveria ser chamado democrático e não oligárquico. O fato de que a justificativa própria desses regimes, aos olhos dos detentores do poder, é a posse e conservação da riqueza (oligarquia), ou a posse e conservação da liberdade (democracia), mostra bem que a distinção meramente numérica é um *acidente* e não a *substância* dos regimes políticos.

Importa salientar a importância dessa análise aristotélica, pois ela constitui a chave interpretativa da natureza aparentemente bizarra de vários regimes políticos da atualidade. O estagirita não teria, assim, nenhuma dificuldade em reconhecer no regime político brasileiro, em que a esmagadora maioria pobre vota regularmente segundo o interesse e sob a influência dominante dos ricos, uma autêntica oligarquia, em que pese a aparência democrática com que se desenrolam os rituais da nossa vida política.

Na verdade, os juspublicistas teriam muito a aprender com o direito das sociedades privadas. Os empresários, mais realistas (ou menos cínicos) que os políticos, reconhecem de há muito, nas grandes sociedades anônimas, a figura do acionista ou acionistas controladores, que exercem de fato o poder de dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.¹⁶ E isto, ainda que esses controladores não possuam a maioria das ações em que se divide o capital social, nem mesmo, como ocorre normalmente nas grandes *corporations* norte-americanas, a maioria das ações votantes. O que conta — para efeito de res-

16. São as expressões empregadas pela lei brasileira de sociedades por ações (Lei n. 6.404, de 15/12/1976, art. 116), para definir o “acionista controlador”. Sobre o assunto, permito-me indicar ao leitor minha obra *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3ª edição, Rio de Janeiro (Forense), 1983.

ponsabilidade por abuso de poder, ou de responsabilidade subsidiária por dívidas sociais perante terceiros credores, em caso de insolvência da companhia — é o exercício de uma *influência dominante* sobre a assembléia geral.¹⁷

Assim, a assembléia geral de acionistas — analogamente ao povo na sociedade política — tem a titularidade formal do poder supremo. A lei brasileira de sociedades por ações (art. 121) declara que “a assembléia geral, convocada e instalada de acordo com a lei e o estatuto, tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da sociedade e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento”. O exercício do controle — o *kyrion* de Aristóteles — manifesta-se através dos poderes decisórios da assembléia geral, como necessária legitimação de seu exercício. Mas essa legitimação é meramente formal ou procedimental. Quando há abuso de controle, não é a sociedade que responde perante o acionista prejudicado, e sim unicamente o controlador (art. 117).

7. Tudo isso me permite observar que, nos países de grande desigualdade social — dos quais o Brasil é, por assim dizer, o modelo perverso — o aperfeiçoamento democrático não passa necessariamente, tal como sucede em países igualitários (*rectius*, de forte classe média), pela atribuição de maiores poderes decisórios ao povo, através da ampliação do

17. A expressão *beherrschender Einfluss* foi usada, pela primeira vez, na lei acionária alemã de 1937, e retomada pela vigente lei de 1965 (§ 17), em matéria de grupos de empresas (*Konzerne*): “*Abhängige und herrschende Unternehmen* (1) *Abhängige Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann*”. O controlador, aliás, pode não ser acionista, mas exercer essa influência dominante *ab extra*. É o que ocorre, não raramente, com os bancos, quando são os maiores credores de uma empresa prestes a falir; ou com as grandes empresas de televisão, perante as empresas retransmissoras de seus programas.

uso obrigatório de referendos e consultas populares. É que, justamente, esses poderes acrescidos não serão de fato exercidos pelo povo, enquanto corpo coletivo unitário, mas sim pelos detentores do verdadeiro *kyrion* ou poder supremo efetivo, no seio do povo. Em suma, pelos oligarcas de sempre. São eles — e unicamente eles — que constituem na realidade o *Aktivvolk*, segundo a terminologia adotada pelo Professor Müller.

Aristóteles, de resto, já havia observado, agudamente, que a idéia de se atribuir a soberania à lei (*nomos*), e não a homens determinados, não muda substancialmente os termos do problema, pois as leis participam da natureza do regime político no qual são adotadas.¹⁸ Uma oligarquia só pode produzir leis oligárquicas e não democráticas.

A democratização substancial das sociedades inigualitárias não decorre, pois, mecanicamente, da simples ampliação do sufrágio popular. É mister, antes de mais nada, atacar as fontes do poder oligárquico, as quais se encontram na própria estrutura das relações econômicas e sociais, notadamente as restrições práticas à instrução popular e o monopólio dos meios de comunicação de massa em mãos da minoria dominante.

Não é improvável, aliás, que a esse resultado de progressiva igualdade se chegue por via de um certo “despotismo esclarecido”, em cujo quadro o povo surgirá como mero destinatário das ações governamentais (o *Adressatenvolk* a que se refere o Professor Müller), de modo análogo à situação de um *beneficiary* diante do *trustee*, no direito anglo-saxônico. Entre o povo e seus governantes haveria então, apenas, uma *fiduciary relationship*, que se encontra, de resto, na essência da democracia representativa tradicional: o povo confia todos

18. *Política* III, 6; 1281a, 35.

os poderes ativos aos governantes, para que estes os exerçam em benefício dele, povo.

8. Chegamos, com isto, à segunda indagação formulada acima (n.º 3). Admitindo-se que a maioria do povo exerça, efetivamente, o poder político supremo, é de se perguntar: — A soberania popular da democracia é tão absoluta quanto a soberania monárquica do *ancien régime*? É justo que assim seja?

Para os adeptos da concepção exclusivista de povo, como sinônimo de *plebs*, a resposta afirmativa não faz a menor dúvida. A soberania, segundo essa visão política, é substancialmente um *poder contra*. Para os jacobinos, o povo devia arrebatar o poder político dos reis, nobres e clérigos e passar a exercê-lo contra estes, assim como, na tosca visão política de Marx, nada e ninguém teria legitimidade para se opor à classe operária, pois ela *é o povo*, embrião da futura sociedade sem classes.

A ideologia subjacente a essas opiniões é, obviamente, a superioridade moral incontestável do povo-*plebs* sobre os demais grupos e classes sociais. Robespierre chegou a propor que a Convenção adotasse, na Declaração de Direitos que iria votar, a seguinte máxima: “Toda instituição que não supõe o povo bom, e o magistrado corruptível, é viciosa”.¹⁹

A idéia de que o povo é bom e que ele, por conseguinte, deve ser o titular da soberania política provém, sem dúvida, de Rousseau. Mas o pensamento do grande genebrino, sobre este ponto, era muito mais complexo e profundo do que os exaltados *montagnards* podiam supor.

19. *Op. cit.*, p. 125. Não deixa de ser irônico que o terrível revolucionário aceitasse ser chamado, pelos seus seguidores, “o incorruptível”.

Do fato de que o homem é sempre bom, e que a sociedade o corrompe, não se seguia, logicamente, no pensamento de Rousseau, a conclusão de que as deliberações do povo fossem sempre boas. *On veut toujours son bien, mais on ne le voit pas toujours. Jamais on ne corrompt le peuple, mais souvent on le trompe, et c'est alors seulement qu'il paroît vouloir ce qui est mal.*²⁰ É aí que se insere a sua famosa distinção entre a *vontade geral* e a *vontade de todos*. Aquela “só diz respeito ao interesse comum; a outra, ao interesse privado, sendo apenas a soma de vontades particulares”. E, em outra passagem: “Deve-se considerar que o que generaliza a vontade é menos o número de votos que o interesse comum que os une; pois, nessa instituição, cada qual submete-se necessariamente às condições que impõe aos outros”.²¹ No fundo, é a distinção, já feita por Aristóteles,²² entre os regimes políticos retos e os corrompidos. Nos primeiros, o titular do poder supremo age no interesse comum, enquanto que nos outros o soberano — mesmo em se tratando das democracias, onde a multidão (*plethos*) governa — age no seu interesse próprio. O que é próprio opõe-se ao que é comum. A propriedade exclui,²³ ao passo que a comunidade reúne.

Ora, para Rousseau, nada garantiria que a vontade geral predominasse sempre sobre as vontades particulares. Ao contrário, ele tinha mesmo da vida em sociedade uma visão essencialmente pessimista. Sustentava que os povos são virtuosos apenas na sua infância e juventude. Depois, corrom-

20. *Du Contrat Social*, livro II, cap. III. Seja-me permitido citar no original um dos escritores que mais elegantemente souberam exprimir-se na língua francesa.

21. *Ibidem*, livro II, cap. IV.

22. *Política* III, 5, 1; 1279a, 30-40.

23. Como dispõe lapidariamente o BGB, em seu § 903, “der Eigentümer einer Sache kann, soweit das Gesetz oder Recht Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen”.

pem-se irremediavelmente.²⁴ Ou seja, uma visão muito semelhante à dos epígonos do romantismo alemão, como Oswald Spengler: as sociedades jovens desabrocham-se em cultura, para se cristalizarem, na senectude, em civilização.

Não há, pois, maior contra-senso interpretativo do que afirmar, como se faz comumente, que o princípio da soberania absoluta do povo tem origem em Rousseau. Na verdade, ele, que sempre foi um moralista, preocupado antes de tudo com a reforma dos costumes, descrevia completamente de qualquer remédio jurídico para os males da humanidade.

9. Acontece que nós outros, povos de um século que conheceu os extremos do totalitarismo político; de um século que inventou a comunicação de massa, a demagogia científica e o “Estado-espetáculo”, já não podemos aceitar a soberania absoluta de ninguém, nem confiar nos simples processos de educação moral para evitar a prática de crimes contra a humanidade. Nós comemos do fruto proibido e adquirimos, com isto, a terrível ciência do bem e do mal. Sabemos que a maioria do povo é capaz de esmagar “democraticamente” a minoria, em nome do interesse nacional. Ou — o que é cem vezes pior — que a minoria, detentora do poder de controle social, pode se utilizar periodicamente do voto majoritário popular, para legitimar todas as exclusões sociais, em nome da democracia. Sabemos que uma febre fundamentalista, habilmente instilada, pode levar a legião dos “eleitos” a esmagar os infiéis, em nome da lei divina.

Não, a soberania popular não pode ser absoluta. Ou melhor, não existe soberania inocente, porque a própria idéia

24. “La plupart des Peuples, ainsi que des hommes, ne sont dociles que dans leur jeunesse; ils deviennent incorrigibles en vieillissant. Quand une fois les coutumes sont établies et les préjugés enracinés, c'est une entreprise dangereuse et vaine de vouloir les réformer; le peuple ne peut pas même souffrir qu'on touche à ses maux pour les détruire, semblables à ces malades stupides et sans courage qui frémissent à l'aspect du médecin” (*Du Contrat Social*, livro II, cap. VIII).

de um poder supremo e incontrastável representa aquela *hybris*, que a sabedoria grega sempre considerou a matriz da tragédia humana.

Voltamos, assim, à velha distinção aristotélica entre a democracia pura e simples — em que a maioria do povo exerce o poder supremo no seu próprio interesse — e o regime político moderado, a democracia justa, em que o bem comum predomina sobre todos os interesses particulares. Ora, o bem comum, hoje, tem um nome: são os direitos humanos, cujo fundamento é, justamente, a igualdade absoluta de todos os homens, em sua comum condição de pessoas.

Os grandes juristas da atualidade, entretanto, a começar pelo Professor Müller, não desconhecem que, posta a questão nestes termos, nem por isso se pode dar por resolvido o dilema de se reconhecer a efetiva *vigência* dos direitos humanos, fora do positivismo estatal e do jusnaturalismo abstrato.

Reencontramos, aí, o problema jurídico-político mais crucial de todos os tempos, o problema que representa bem aquela *crux* escatológica, diante da qual se decide a perdição ou a salvação da humanidade: — *Como pôr o Direito acima da vontade dos homens?*

São Paulo, 17 de fevereiro de 1997.

NOTA DO TRADUTOR

Peter Naumann

Em quase vinte anos de atuação como intérprete de conferências, aprendi que o compromisso com a precisão e a fidelidade ao sentido, mais do que o compromisso com as palavras, deve ser complementado pela urbanidade e elegância, para que o leitor não tropece na forma e se ocupe diretamente com as idéias do autor. Traduções, bem como interpretações não devem soar como tais. O intérprete e o tradutor se tornam invisíveis no seu trabalho e fazem emergir o autor, como se a barreira lingüística não existisse.

A tradução de um texto jurídico de Friedrich Müller para uma língua românica, especialmente para a última flor do Lácio, envolve obstáculos dificilmente transponíveis. O autor faz largo uso das formulações altamente sintéticas da língua alemã. A necessidade de desdobrar e seqüenciar o seu estilo ora abstrato, ora aforístico, ora elíptico em nossa língua pouco afeita à hipotaxe conduz a períodos que à primeira vista assustam o leitor brasileiro.

Acresce que Friedrich Müller não é apenas jurista e filósofo, mas também escritor. Seus ensaios sobre filosofia e teoria geral do direito bem como o presente livro colocam-no entre os grandes escritores de prosa científica alemã de todos os tempos. A originalidade da resposta à pergunta *Quem é o*

povo? traduz-se em uma linguagem que preserva traços da oralidade, sugerindo uma discussão de grande intensidade e vivacidade, que inquire frontalmente o seu objeto, não tergi-versa, não se satisfaz com meias palavras e não acaba em meias tintas. Faço votos que a tradução deixe entrever também essa dimensão do texto.

Agradeço, em primeiro lugar, a Paulo Bonavides (Fortaleza), que assumiu a espinhosa tarefa de cotejar a tradução com o original alemão. Sua participação foi decisiva para que essa tradução pudesse ser publicada. Os méritos que ela possa ter devem ser compartilhados integralmente com ele. Pelos deméritos, minha responsabilidade é indivisível.

Devo mencionar ainda dois leitores que demarcam a escala das reações possíveis a essa tradução. Paulo Lopo Saraiva (Natal) foi o primeiro que ajuizou o texto como se ele tivesse sido escrito em português. Seu entusiasmo encorajou-me a prosseguir na tradução dos escritos de Friedrich Müller em conformidade com os princípios aqui adotados.

No outro pólo, Karin Grau-Kuntz (Munique) fez uma leitura atenta da tradução e várias sugestões para facilitar a compreensão do raciocínio do autor. Seu abnegado esforço denotou, conforme ela mesma me escreveu, uma grande “angústia com relação ao estilo *telegráfico* do texto em alemão (principalmente, com relação ao efeito que causa quando vertido para o português)”. Com sua dupla autoridade de jurista e *native speaker* de português, ela defendeu padrões redacionais já consolidados na língua portuguesa, afrontados por um tradutor cuja língua materna é o alemão e cuja referência lingüística continua sendo o alemão. Ainda que não tenha concordado com a maioria das sugestões, a sua leitura me foi de incalculável valia. Convenceu-me da necessidade de assumir os riscos de uma empreitada que não pode fiar-se

em modelos e rotinas. Karin Grau-Kuntz se fez definitivamente presente nesse texto.

A palavra final cabe ao leitor e à crítica. Do seu trabalho, o tradutor gostaria de poder afirmar:

Feci quod potui, faciant meliora potentes.

Porto Alegre, junho de 1998

INTRODUÇÃO

Ralph Christensen*

O presente texto só aparentemente é marginal. Uma versão deveras reduzida foi apresentada como palestra em 2 de setembro de 1996 em Fortaleza (Brasil). O Brasil abre o espaço da modernidade periférica com todos os riscos e oportunidades de desenvolvimento, próprios desse espaço. Mas o enfoque desse texto não se restringe a essa situação específica. Pois a simples pergunta “Quem é o povo?” coloca-se para todas as constituições da família das constituições democráticas.

As constituições falam com frequência do povo e gostam de falar dele. A razão está no fato de que precisam legitimar-se. A invocação do povo deve fornecer a legitimação. Se o presente estudo analisa sobriamente os modos de utilização da palavra *povo* no contexto constitucional, ele toca o cerne sensível do fator político [des Politischen], a grande narrativa do Estado moderno, a sua teodicéia.

*. Ralph Christensen, nascido em 1953 em San Francisco (EUA). Estudou Direito, Sociologia, Filosofia e Lingüística. Doutorou-se em Filosofia e em Direito. Livros (seleção): *Freiheitsrechte und soziale Emanzipation* (Berlim, 1987); *Was heisst Gesetzesbindung?* (Berlim, 1989); *Rechtstext und Rechtsarbeit* (escrito em parceria com Friedrich Müller e Michael Sokolowski; Berlim, 1997). Numerosas contribuições e artigos em coletâneas e revistas alemãs e internacionais. Editor de vários livros de Friedrich Müller.

A análise dos modos de utilização da linguagem é um método que não chama a atenção, mas que já provou a sua fecundidade na teoria constitucional de Friedrich Müller. Elegantemente ela solapa [unterminiert] um holismo que justamente encobre as questões essenciais no exame dos fundamentos políticos e jurídicos, ao invés de descobri-los. Esse método já provou ser fecundo no estudo da expressão *unidade da constituição*²⁵. Num primeiro momento, a alegada unidade é ferramenta e instrumento de percussão para fins retóricos [rhetorisches Schlagwerkzeug]*: quem ocupa o todo [das Ganze], pode indicar aos pormenores o seu lugar e sufocar já em germe a contradita. Mas a análise revela que nem é possível ocupar o todo. Quem o nomeia e utiliza no jogo da linguagem jurídica o introduz assim no jogo enquanto elemento individual. A observação atenta dos modos de uso da linguagem faz com que a figura aparentemente maciça da *unidade da constituição* se dissolva. Mas por trás da retórica funcional para os fins de dominação vislumbra-se um problema inerente à própria matéria em questão [Sachproblem]. O ordenamento jurídico não é nenhum bloco monolítico, senão que apresenta contradições. Não é apenas resultado, mas também fundamento e meta de uma luta política e semântica. E esses problemas não se colocam antes ou fora do trabalho jurídico sobre textos, mas em meio a essa atividade, e não em último lugar na parte da contextualização da lei, habitualmente denominada explicação sistemática. Assim só o olhar atento para as diferenças, as finas fissuras no uso da língua torna visíveis os verdadeiros ônus de fundamentação por trás da fachada das fundamentações aparentes.

25. Cf. Friedrich Müller. *Die Einheit der Verfassung. Elemente einer Verfassungstheorie III*. Berlim, Duncker & Humblot, 1979.

*. O jogo de palavras resultante da fusão de *Werkzeug* (ferramenta, instrumento) e *Schlagwerk* (bateria ou percussão, no sentido de instrumentos de percussão) não pode ser reproduzido em português [NT].

O povo igualmente aparece na teoria jurídica da democracia enquanto bloco. Ele é a pedra fundamental imóvel da teoria da soberania popular e fornece como lugar-comum de retórica a justificativa para qualquer ação do Estado. Nessa utilização *em bloco* o conceito de povo justamente encobre as diferenças que permitiriam distinguir entre retórica ideológica e democracia efetiva. O povo e o seu poder [Gewalt], sem os quais a sociedade nem seria capaz de receber uma constituição não pode permanecer uma metáfora citada em discursos domingueiros [Sonntagsreden] inofensivos. Muito pelo contrário, o poder constituinte do povo deve tornar-se práxis efetiva. Faz-se mister delimitar inequivocamente essas diferenças na utilização do conceito de povo. E à medida que o presente estudo nos ensina essas diferenças tocantes ao modo de utilização da expressão povo, ele não só se insere em termos de método, mas também em termos de conteúdo no projeto de uma teoria constitucional que Friedrich Müller já vem elaborando há três décadas.

A teoria constitucional persegue o objetivo de uma perscrutação filológica adequada do estado constitucional moderno e das suas formas específicas de soberania. O texto *Fragmento (sobre) Poder Constituinte do Povo*, escrito em 1967/68 por Friedrich Müller, foi editado por Klaus Rohrbacher como *Elementos de uma teoria constitucional V* em 1995. O caráter fragmentário desse texto não se deve apenas a circunstâncias externas, mas também a um princípio de organização do texto [Textprinzip] derivado de um problema inerente à própria matéria [Sachproblem], pois o poder constituinte do povo permanece um problema não solucionado na teoria, precisamente por ainda não ser uma promessa realizada na prática: “Um texto honesto sobre o poder constituinte do povo, não importa quão incompleto seja, já faz vir à luz de qualquer modo o *caráter fragmentário desse próprio poder constituinte*. Em contrapartida, tratados sobre o tema

que se fecham em si mesmos (e se arrogam destarte autoridade) deverão fechar a qualquer preço a discussão sobre o poder constituinte do povo enquanto ferida aberta no universo dos estados da democracia burguesa; deverão *integrar* o objeto profissionalmente e com isso compactar novamente [zurückstampfen] o discurso sobre um poder constituinte *do povo* naquele chão, sobre o qual a constituição se erige. Uma pesquisa de opinião honesta acerca do que esse poder ainda poderia significar para nós hoje, num momento em que os textos constitucionais burgueses já não querem prescindir dessa expressão, uma pesquisa honesta sobre o que *poder constituinte do povo* porventura ainda possa significar para nós não pode por enquanto apontar para relações sociais suscetíveis de vislumbrar-se em nosso horizonte histórico [absehbare Verhältnisse], nas quais um tal poder do povo seria mais do que um fragmento”.²⁶

Compreender a soberania popular não como fórmula gasta de legitimação, mas como a ferida aberta do estado constitucional moderno, é também o objetivo dos “Elementos de uma teoria constitucional VI” apresentados aqui por Friedrich Müller. Nesse empenho, a argumentação do autor toma por ponto de partida o conceito de povo, pois justamente esse conceito corre o perigo de tornar-se, ou ponto inicial do discurso de legitimação, ou, enquanto objetivo do mesmo, um objeto fixado investido de qualidades domináveis. Essa reificação do conceito de povo é característica tanto para a ideologia quanto para a utopia da soberania popular. Aqui a *democracia enquanto problema prático* deve ser delimitada e defendida justamente contra os dois lados.

A redução da soberania popular à mera ideologia é o caso praticamente virulento na realidade dos estados consti-

26. Friedrich Müller. *Fragment (über) Verfassunggebende Gewalt des Volkes. Elemente einer Verfassungstheorie V*. Berlim, Duncker & Humblot, 1995, pág. 90.

tucionais modernos. O povo é invocado no documento constitucional, ao passo que o seu papel verdadeiro no processo político não é tematizado: “Tudo o que *o povo* até agora empreendeu em matéria de elaboração de constituições teve um caráter mais mediado do que imediato, foi mais símbolo do que realidade. Mesmo tocante ao *procedimento* aqui discutido, amparado no direito positivo, de elaborar democraticamente uma constituição e/ou deixar colocá-la em vigor, o esforço não vai, por um lado, além da mediação (a constituição é elaborada por um grêmio de *representantes* do povo), enquanto, por outro lado, o plebiscito sobre a aceitação do texto constitucional está aberto a todas as formas conhecidas e praticadas de manipulação. Ainda numa preparação da constituição *pelo* povo no sentido de uma discussão extensa e ampla no seio da população, o esforço não vai além da estrutura da *representação*: barreiras de especialização, bem como o problema da inércia fundamental *do* povo”.²⁷ A utilização habitual do conceito de povo nas teorias da soberania popular apresenta uma rachadura interna. Esta se torna visível quando se atenta para o fato de que o conceito de democracia interliga de forma aparentemente não-problemática seus dois componentes, *povo* e *dominação*. Em verdade existe contudo uma diferença entre povo enquanto fonte de legitimação e povo enquanto objeto de dominação. As duas grandezas estão separadas por uma diferença, pois o povo enquanto totalidade não possui nenhum corpo unitário e não constitui nenhuma vontade unitária. Assim a vontade que lhe é imposta enquanto *volonté générale* [Allgemeinwille] pelas estruturas de dominação necessariamente só pode ser uma vontade particular. Em oposição às teorias tradicionais da democracia o povo não é homogêneo nem sujeito. São sempre os representantes de representantes que agem pelo povo.

27. Ibid., pág. 87.

O ponto de partida para derivações legitimadoras, idêntico consigo mesmo, evidencia ser uma ficção. O cidadão individual percebe a alegada autonomia [Selbstgesetzgebung] como um ato arbitrário, que ignora seus interesses reais não apenas empiricamente, mas já no plano da lógica. Assim ocorre uma substituição no caminho da fonte de legitimação para o processo político, que degrada o povo em mero objeto de dominação.

Onde exigimos da teoria da democracia mais do que a justificação do *status quo*, essa inconseqüência no ponto de partida da argumentação não pode ser ignorada de todo. A fonte da legitimação deve então ser deslocada do início do processo para a sua meta. O fato de que o processo da democracia substitui o povo por estruturas de dominação é compreendido como deficiência transitória; o povo é consolado no eixo temporal. É certo que o sujeito social global não é ainda o fundamento, mas de qualquer modo a meta do processo histórico. No princípio talvez só os representantes dos homens proprietários [besitzende Männer] tenham constituído a vontade geral como constituição. Em consequência das lutas políticas o conceito de povo se amplia cada vez mais. Uma multiplicidade de grupos sociais adquire consciência dos seus interesses, introduzindo-os no processo político. Durante o combate semântico em torno da ampliação do conceito de povo os agrupamentos inicialmente excluídos forçam a sua inclusão e produzem assim no término do processo o povo soberano idêntico consigo mesmo.

Com isso chegamos à utopia da democracia, à utopia da ampliação do povo, antes apenas parcialmente representado, na direção do sujeito social global e efetivo. Mas ainda não escapamos do problema da reificação do conceito de povo: “Mesmo se lográsssemos manter o conceito de *povo* livre de discriminações, graças a prescrições e procedimentos

correspondentes, e mesmo se graças à preparação, à elaboração e à promulgação democráticas de uma lei fundamental de um estado a *dação* [Geben] pudesse ser real, não mais apenas simbólica, a apatia discutida e as suas causas, que também não podem ser eliminadas por meio da politização (e só podem ser reprimidas, quando muito, pelo — ilegítimo! — terror), permaneceria como obstáculo fundamental a uma *dação*, que merecesse esse nome”.²⁸

Aqui se alude ao segundo risco da teoria da democracia. Certamente o conceito *em bloco* do povo não é colocado no início da dominação, mas ele aparece na meta do aperfeiçoamento da mesma. Depois dos últimos grupos excluídos terem sido aceitos no povo soberano, estará realizada a democracia como governo do povo. O povo então só obedecerá a si mesmo, tornando-se por meio desta realização do governo integralmente idêntico consigo. Cada indivíduo fundir-se-á sem diferenças com a totalidade do povo e já ninguém poderá subtrair-se ao seu governo. Atingida a sua meta, o processo democrático desembocará assim num holismo identitário.

Com boas razões Friedrich Müller denomina essa metafísica da vontade popular integralmente realizada *totalitarismo*²⁹. Mas ao mesmo tempo ele chama a atenção para o fato de que os arroubos retóricos da democracia nos devem inquietar menos do que a sua redução à retórica, pois os arroubos fracassam diante do simples fato de que os grupos humanos não podem ser tornados harmônicos, se não que permanecem prenhes de conflitos.³⁰

A lógica do suplemento vale também para o sujeito social global finalmente efetivado. Mesmo ao estado final agrega-se uma diferença, que num primeiro momento está

28. Ibid., págs. 87 e ss.

29. Ibid., pág. 73.

30. Ibid., pág. 63.

exterritorializada [ausgegrenzt] e ainda necessita da inclusão. E depois dessa suplementação virão outras suplementações. Com isso a identidade do soberano popular é constantemente postergada e toda e qualquer presença dominável impedida. Visto por essa perspectiva, o advento de diferenças não é o obstáculo a ser sempre superado na ampliação do povo ativo, mas é igualmente constitutivo para a renovação e continuação do processo democrático. Assim a postergação da identidade em rigor não constitui nenhum escândalo, mas muito pelo contrário uma possibilidade para a democracia. A tensão entre a identidade sempre postergada do soberano popular e da sua representação insuficiente por meio de representantes impede que o processo, mediante o qual o povo dá uma constituição à sociedade, seja um processo único. Como o “nós”* do povo não pode tornar-se idêntico consigo mesmo por meio da lógica da adição, a comunidade deve ser permanentemente refundamentada e relegitimada pela inclusão de diferenças. A distinção impura entre instituição [Setzung] e preservação da democracia já pode ser observada no seu começo, quando os revolucionários democráticos invocam um povo que ainda está por ser criado. Precisamente essa contaminação entre instituição e preservação do soberano popular é também necessária no processo democrático institucionalizado, pois a preservação da democracia não pode amparar-se no fundamento seguro do povo existente, mas deve *re-produzir* [neu hervorbringen] permanentemente esse povo, em renovados esforços de fundamentação [wiederbegründend]. A demora entre a instituição e a preservação não só possibilita como impetra uma política democrática. Ela faz com que o povo parcial existente institua e preserve as leis, sem ocupar o lugar do povo enquanto totali-

*. O autor alude aqui ao *slogan* “Nós somos o povo”, utilizado pela população da antiga República Democrática Alemã nas grandes manifestações de 1989, que antecederam a unificação com a República Federal da Alemanha [NT].

dade: “A politização *e.g.* é um processo sem fim, que nunca há de chegar a um termo, nunca poderá ser uma politização total”.³¹

Assim a ampliação da soberania popular é o ponto de confluência [*Fluchtpunkt*] que uma constituição democrática deve manter para assegurar o seu próprio desenvolvimento. Em contrapartida, a vontade geral do respectivo povo sempre deve ser mediatizada, dividida e temporalizada. Conforme Friedrich Müller mostra em sua análise do poder constituinte do povo, uma soberania popular indivisa e não-mediatizada regressaria para alguém dos resultados decisivos da história constitucional e do pensamento constitucionalista da Idade Moderna européia, segundo os quais a discussão do poder constituinte não só exige que se formule a pergunta pelo sujeito desse poder, por quem [Wer-Frage], mas também a pergunta pelo seu objeto, pelo que [Was-Frage]³². Não obstante, a idéia da soberania popular, desenvolvida por Rousseau para pequenos estados de reduzida complexidade [überschaubare Kleinstaaten], continua sendo uma idéia regulativa também em estados de grande extensão territorial, pois somente assim os mecanismos mediatizantes e divisores do poder do Estado Constitucional poderão ser cada vez mais aperfeiçoados. Essa posição de Friedrich Müller resume uma discussão jusfilosófica da teoria de Rousseau, que se estende por várias décadas, e conduz na seção final do texto presente à exigência de preservar o povo rousseauiano como elemento de concretização na *política* constitucional, para abalar uma certeza de legitimação que doutra maneira seria excessivamente autocomplacente.

Introduzindo o povo rousseauiano como idéia regulativa na soberania constitucional do Estado moderno,

31. Jacques Derrida. *Gesetzeskraft*. 1991, pág. 58.

32 Friedrich Müller. *Fragment (über) Verfassunggebende Gewalt des Volkes*, pág. 75.

Friedrich Müller logra transcender as barreiras da metafísica da presença, ainda existentes numa teoria crítica da democracia, bem como explorar uma nova camada semântica do conceito de democracia. Se a democracia se torna apenas possível enquanto impossível, postergada e dividida pela soberania da constituição, ela não pode mais ser compreendida de acordo com a fórmula simples do governo do povo. Muito pelo contrário, ela deve ser compreendida como dificuldade progressiva do governo por meio do povo.

Naturalmente o desfazimento [Auftrennung] e a reconfiguração dos elementos *governo* e *povo*, empreendidos pela Teoria Constitucional Estruturante, também acarretam consequências para o problema da legitimação de estados constitucionais modernos. Uma constituição democrática não pode alcançar a legitimidade de uma vez para sempre, mas apenas em um processo que se renova de maneira permanente. Sobretudo a legitimidade democrática não pode ser formulada como grandeza absoluta. Muito pelo contrário, o problema deve ser posto de forma graduada a título de orientação prévia [Vorgabe] com vistas a um processo prático, na esteira dos diferentes modos de falar sobre o povo segundo a tradição do constitucionalismo democrático. Por isso Friedrich Müller faz a pergunta sobre como se pode utilizar o povo enquanto conceito jurídico numa tradição constitucional, quando se pretende cumprir a pretensão de legitimidade do governo do povo.

Revela a análise quatro modos de utilização do conceito de povo, que são então localizados na sua relação com o problema da legitimidade. Onde a invocação do povo é apenas metáfora em uma retórica ideológica, erra-se de alvo na busca do problema da legitimidade ou encobre-se esse problema. Friedrich Müller denomina isso *utilização icônica* do conceito de povo. As três outras modalidades de utilização transcendem a dimensão metafórica e invadem a práxis. O

povo enquanto *instância de atribuição* se vê como grandeza de atribuição diante da textificação do poder constituinte. Mede-se nele se a decisão do titular de um cargo pode ser atribuída ao texto da norma democraticamente instituído como vigente, enquanto “direito popular”, ou se estamos diante de um direito pretório (*ius honorarium*) ilegítimo. Os critérios de atribuição aqui necessários desenvolvem o nexo de princípio de democracia e modos práticos de operar dos juristas, que Friedrich Müller não somente representou na sua obra “Juristische Methodik”, que deverá ser publicada agora na sua sétima edição, mas também na obra que escreveu sobre o “Direito Jurisprudencial” [Richterrecht], publicada em 1986 como “Elementos de uma teoria constitucional, IV”. Os termos *povo ativo* e *povo-destinatário* denominam os modos de utilização do conceito de povo que se referem ao nexo já aludido de instituição e preservação de uma constituição democrática. O problema central é aqui o fato de que o povo enquanto destinatário de prestações civilizatórias do estado deve poder ser genericamente [überhaupt] posto em condições de perceber e defender [wahrnehmen] a tarefa da preservação de uma constituição democrática por meio da sua instituição permanentemente renovada. Entra assim no campo visual, partindo das margens da modernidade periférica, mas como fenômeno crescentemente típico para o centro da sociedade, também para as nossas assim chamadas sociedades desenvolvidas, o problema da *exclusão* de grupos populacionais inteiros de todos os sistemas funcionais da sociedade. Deve-se enfrentar com medidas práticas o risco de que a divisão da sociedade em sujeitos frouxamente interligados e ao mesmo tempo integralmente capazes de ação, por um lado, e em indivíduos privados de qualquer possibilidade de ação e reduzidos a meros corpos, por outro lado, passe a ser a configuração terminal do sistema de diferenciação funcional. A conexão entre as possibilidades da democracia e a

garantia das prestações civilizatórias do estado aumenta sobremaneira a nitidez da atualidade e da urgência política prática das questões aqui explicitadas.

Com isso a análise dos diferentes componentes da expressão *povo* conduz, da mesma maneira como no caso do conceito de democracia, ao problema prático do nexo entre eles. Importa pôr o móbile das três maneiras não-icônicas de utilização do conceito de povo de tal forma em movimento que a legitimidade democrática seja possível na práxis. Em um manuscrito não publicado de 14 de julho de 1996, intitulado “Pequeno metatexto”, Friedrich Müller escreve o seguinte a respeito desse nexo:

“Não se perguntou aqui o que significa a palavra *povo*, mas como ela é utilizada onde e por quem.

No discurso do direito. Ali: em textos de normas, sobretudo constitucionais, muito raramente ainda em textos de normas legais. Por vocês: os constituintes, os legisladores, os guardiães da lei.

Por que vocês utilizam essa palavra aí? Para gritar pelo alto-falante: circular, circular, não há nada a descobrir aqui!

A palavra *povo* não é utilizada por vocês para dizer quem seria esse povo, afinal de contas. O *povo* é pressuposto para que vocês possam falar de outra coisa, mais importante: NÓS SOMOS LEGÍTIMOS!

Com a expressão POVO, que *está à mão** [zuhanden] de vocês, com esse *instrumento meramente objetual* [Zeug] no sentido de São Martinho**, vocês apontam para o peito estufado dos heróis que vocês pretendem ser: *populus lo*

*. O termo é de Martin Heidegger e deve ser interpretado literalmente no sentido de *o que está à mão, perto da mão*, a ponto de poder ser agarrado com as mãos. Aqui e em Heidegger ele significa: *meramente instrumental* [NT].

**. O termo *Zeug* é igualmente de Martin Heidegger, ao qual o autor alude ironicamente no epíteto *São Martinho* [NT].

*volt**. São *vocês* os que significam isso; e esse é então o *significado* de *povo*.

O discurso jurídico procede assim, o discurso científico não se incomodou. Aqui se tenta deixar-se incomodar. O resultado não são quatro povos nem quatro conceitos de povo. São três espécies de gesticulação, com as quais vocês lidam com o povo, ainda no plano da linguagem. Mas como nada mais é *significado*, isso também acaba sendo significativo.

A quarta espécie de gesticulação, a simples, vai aqui como lembrete para vocês, ainda que desagradável [sei euch hinter den Spiegel gesteckt]**: todas as pessoas que vivem aqui”.

*. A expressão *populus lo volt* é uma variação parodística da palavra de ordem com a qual os cruzados medievais iniciavam a sua viagem rumo ao Oriente, à guerra contra os infiéis: *Deus lo volt* (expressão historicamente situada entre o latim tardio e o francês medieval) [NT].

**. A expressão *hinter den Spiegel stecken*, literalmente *prender atrás do espelho*, remonta ao costume antigo de prender cartões de felicitações, cartas agradáveis etc. com uma borda atrás do espelho, para poder vê-los constantemente, segundo relata Lutz Röhrich em id. *Lexikon der sprichwörtlichen Redensarten*, vol. IV, Freiburg; Basileia, Viena, Herder, 1995, pág. 1500. O registro mais antigo citado por Röhrich é de 1777. Hoje ela quase sempre é utilizada com conotação negativa, referindo-se a uma verdade incômoda [NT].

I

Por que as constituições falam de povo?

O termo “democracia” não deriva apenas etimologicamente de “povo”. Estados democráticos chamam-se governos “do povo” [“Volks”herrschaften]; eles se justificam afirmando que em última instância o povo estaria “governando” [“herrscht”].

Todas as razões do exercício democrático do poder e da violência, todas as razões da crítica da democracia dependem desse ponto de partida.

A explanação, bem como a justificação, movem-se habitualmente no campo das *técnicas* de representação, de instituições e procedimentos. Só assim o “povo” entra no campo visual; ou ainda nos momentos nos quais a delimitação (da “nação”, da “sociedade”) está em jogo.

O presente texto indaga: *quem* seria esse povo, que pudesse legitimar “democraticamente”? Talvez se descubra no curso dessa indagação que não basta que um documento invoque [beschwört] o povo; ou ainda, inversamente, que a descoberta [Einsicht] sóbria de que o povo com efeito não exerce a dominação ainda não deve deslegitimar.

O preâmbulo da constituição brasileira (CB) de 1988 foi promulgado juntamente com o documento integral pelos “representantes do povo brasileiro”, “para instituir um Estado

Democrático”. No Título I, Art. 1º constitui-se a República Federativa do Brasil como “Estado Democrático de Direito”, no qual “[t]odo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (CB Art. 1º, parágrafo único).

Similarmente a Lei Fundamental alemã [*Grundgesetz*, doravante citado pela sigla GG] invoca no seu preâmbulo o fato de que “o Povo Alemão, por força do seu poder constituinte” teria outorgado esse texto; a República Federal da Alemanha seria “um Estado federativo democrático e de bem-estar social”, no qual “todo o poder de Estado” emanaria “do povo” e deveria ser exercido “pelo povo em eleições e votações”, bem como “por meio” da atividade dos clássicos órgãos públicos divisores dos poderes (GG Art. 20, §§ 1 e 2; declarada como intocável por meio de alteração da constituição em GG Art. 79, § 3). Para os níveis inferiores dos Estados da federação e dos municípios estatui-se que aqui “o povo” deveria possuir uma representação democraticamente eleita (GG Art. 28, § 1, frase 2); os deputados do Parlamento Federal são credenciados como “representantes do povo inteiro” (GG Art. 38, § 1, frase 2). Por fim os partidos (GG Art. 21, § 1) devem co-atuar [*mitwirken*] na “formação da vontade política do povo”. O fato dessa “co”-atuação ser expressa em eufemismo já caiu na boca do povo. Mas *quem* legitimaria aqui essa co-atuação — realmente o povo inteiro, ou apenas os membros dos partidos ou apenas estes últimos — descontados os membros inativos, que apenas fazem número [*Karteileichen*]* —, ou, ainda, apenas as lideranças (ou lideranças de bancadas) oligarquicamente instaladas? Seria o povo, fora dos partidos e dos seus aparelhos, simplesmente a população? Essa idéia provavelmente parecerá temerária

*. A tradução literal do termo alemão é “cadáveres do fichário” e designa no caso os membros do partido que constam apenas no fichário [NT].

ao senso de responsabilidade dos competentes setores [*maßgebende Kreise*]*. Ou será que a legitimação dessa co-atuação advém ao menos de todos os titulares da nacionalidade [*Staatsangehörigen*] ou ainda dos titulares de direitos eleitorais ativos e passivos? Esses conjuntos parciais não são idênticos entre si; e pergunta-se quem deles seria idêntico ao “povo”. Ao passo que a elegibilidade, o direito eleitoral ativo, a nacionalidade e os diversos graus e pressupostos da participação são perfraseados por textos de normas (em nível constitucional e infraconstitucional), tais textos de normas faltam para a explanação, para a definição legal [*Legaldefinition*] de “povo”.

Nem a todos os cidadãos é permitido votar. Nem todos os eleitores votam efetivamente. E por meio de que deve legitimar a minoria, sempre vencida pelo voto da maioria nas eleições e em posteriores atos legislativos? E que “povo” — caso necessário, novamente um outro “povo” — se esconde atrás dos efeitos informais sobre a formação da opinião pública e da vontade política “do povo” — efeitos que por exemplo as pesquisas de opinião ou todas as atividades individuais e sobretudo as atividades associativas e corporativas podem produzir na política?

Justificado enquanto objeto (intencionado) é sempre o Estado, enquanto “democrático”. Mas quem legitima no papel do sujeito (intencionado ou não-intencionado/não-consultado)? Ao nível da federação só todos os titulares de direitos eleitorais ativos [*Wahlberechtigten*] (GG, Art. 38, § 2) podem — o que é realista — ser representados pelos deputados — pelos mesmos deputados que o texto da teodicéia estatal denomina “representantes do povo inteiro”. Talvez isso seja uma ideologia; mas talvez aqui um povo “inteiro” de

*. A expressão alemã, coloquial, é freqüentemente usada por jornalistas acrílicos com propensão para o aulicismo [NT].

titulares de nacionalidade ou até a população efetiva do território legitimem realmente de outro modo. Até agora, no entanto, está cada vez menos claro que povo supre aqui a legitimidade; isso fica cada vez menos claro, quanto mais de perto examinarmos o fenômeno em questão.

Se uma constituição recorre ao poder constituinte “do povo” ou se ela atribui “todo o poder [de Estado]... [ao] povo”, será que ela então formula um enunciado sobre a realidade? Há uma impressão difundida de que as coisas não se passam assim. Nesse caso a constituição fala e cala ao mesmo tempo. Ela fala [*spricht*], mas não sobre o poder do povo; ela *se atribui* [*spricht sich zu*] legitimidade. Ao mesmo tempo ela silencia sobre o fato de que essa atribuição [Zu-Schreiben] não alcança a realidade ou, como no caso da Lei Fundamental alemã, que não conheceu nenhum procedimento democrático de outorga da constituição, sobre o fato de que ela também não pode mais alcançá-la. Existem então ainda caminhos indiretos, pelos quais se pode reduzir a distância entre a lei fundamental e a “realidade constitucional”, entre a promessa de legitimidade e a realidade, com os meios possíveis para uma constituição burguesa: por intermédio de formas de legislação popular democrática sem mediações, da elegibilidade dos funcionários públicos e dos juizes, por intermédio da participação decisiva do povo em partidos e associações, concretamente normatizada, e por intermédio de medidas similares, tais como são contradições em países individuais da família constitucional. No entanto, torna à baila a pergunta sobre quem deve ser aqui em cada caso o povo, que se beneficia de tais ocasiões de ação enquanto povo unitário ou segmentado ou mesmo apenas imaginário; e torna também à baila a pergunta até que ponto tais medidas são suficientes para fazer democrático o ordenamento de

poder-violência [Gewaltordnung]* representado por um Estado. O primeiro desses dois problemas, a pergunta *Quem é o povo?*, merece uma indagação mais profunda — antes de e mesmo sem descer aos pormenores da conhecida arquitetura ramificada da teoria da democracia.

Não se trata, portanto, de justapor os conceitos de povo do discurso das diferentes disciplinas. Esse é o trabalho da Ciência Política;³³ e assim procedeu também Paulo Bonavides na sua *Ciência Política*,³⁴ justapondo a concepção política, jurídica e “naturalista ou étnica, sociológica” de “povo”.

Aqui se trata do conceito jurídico ou, mais precisamente, dos modos de emprego da expressão “povo” nos

*. O termo alemão utilizado pelo autor é *Gewalt*, que se pode traduzir por *violência* e por *poder*. A ambivalência do termo alemão revela uma ambivalência da própria realidade, à qual o termo se refere: o termo alemão admite, por assim dizer, que o poder tem necessariamente uma conotação de violência, ainda que a idéia e a práxis do Estado de Direito se empenhem em formalizar, vale dizer, racionalizar e assim tornar transparente e discutível essa violência constitutiva das relações sociais. Optei por *poder-violência* por razões que o leitor pode depreender da argumentação desenvolvida por Friedrich Müller no seu livro *Direito - linguagem - violência. Elementos de uma teoria constitucional I* (edição brasileira, traduzida por Peter Naumann e publicada em Porto Alegre por Sergio Antonio Fabris Editor em 1995). Na discussão desse problema de tradução, o autor esclareceu em carta de 3 de abril de 1995 a sua posição. Quero agradecer-lhe pela permissão de reproduzir aqui dois trechos dessa carta, que me parecem particularmente pertinentes e enriquecem o texto: “Todo o meu texto é a explicitação do jogo da diferença de *poder* e *violência* no mesmo termo *Gewalt*, assim como o emprego aqui [...]. Não se trata apenas de um jogo do autor com a ambivalência, mas do fato de que essa ambivalência perfaz o *cerne real da nossa sociedade* (precariamente constituída nas relações jurídicas)” [NT, transcrita com pequenas alterações e acréscimos da citada edição brasileira de *Direito - linguagem - violência*, p. 20. Agradeço a Sergio Antonio Fabris pela permissão de reutilizar aqui elementos dessa nota].

33. Cf. a abordagem circunstanciada de Georges Burdeau. *Traité de science politique*. 2ª ed. 1966-1977, Vol. V, pp. 113 ss.

34. Ibid., pp. 74 ss. - Sobre o papel do povo na democracia, cf. também Id. *Reflexões: Política e direito*. 1978, pp. 176 ss., 199 ss., 354 ss. e Id. *Constituinte e Constituição*. 1985, pp. 48 ss.

textos das normas de uma constituição democrática; de uma constituição, para dizê-lo em outros termos, que quer justificar o seu aparelho de Estado e o exercício da sua violência/do seu poder enquanto “democráticos”. “Quem é o povo?” transmuda-se aqui na pergunta: como se pode empregar “povo” nesse contexto, caso a pretensão de legitimidade “do governo do povo” deva fazer suficientemente sentido? De qualquer modo essa expressão pertence ao conjunto das expressões mais preñes de pressupostos e também ao conjunto das expressões menos seguras dos referidos documentos constitucionais.

O objetivo, com o qual estes a empregam, é evidentemente sempre a legitimação do Sistema Político constituído. “Nação” também poderia servir para tal fim. Mas fora da França, onde esse conceito — aparentemente — logrou preservar uma certa inocência, os textos constitucionais lidam hesitantemente com ele. Ora, não existe na realidade nenhuma comunidade “de sangue”, mas comunidades culturais que representam culturas constitucionais na esfera do direito constitucional: a “nação” política dos que querem viver sob essa constituição. Assim “povo” e “nação” foram igualados sem dificuldades ainda no séc. XVIII.³⁵ Mas isso já não vale mais por bons motivos — desde a carreira duvidosa do conceito de nação durante o nacionalista séc. XIX. É verdade que também o conceito de “povo” seguiu, sobretudo no séc. XX, uma carreira que o fez atravessar delírios autoritário-chauvinistas e totalitário-nacionalistas e que só pode ser elucidativa *ex negativo* para o contexto da *legitimação democrática*.

35. Cf. Ingeborg Maus. *Zur Transformation des Volkssouveränitätsprinzips in der Weimarer Republik*, in: P. Nahamowitz & St. Breuer (edd.). *Politik - Verfassung - Gesellschaft*. 1995, pp. 107 ss., 108; para uma argumentação em termos de princípio Id. “Volk” und “Nation” im Denken der Aufklärung, in: *Blätter für deutsche und internationale Politik* 1994, pp. 602 ss.

O termo “nação” havia sido introduzido com mais clareza ao início da Revolução Francesa por Sieyès e pela Assembléia Nacional: como figura de argumentação [Kunstfigur], que se propunha a resolver a contradição entre o *pouvoir constituant* (como cujo resultado a constituição de 1791 foi fingida) e o *pouvoir constitué* (a monarquia e o rei).³⁶ É certo que o enfoque que separava os dois *pouvoirs* se colocou contra Rousseau, e isso já vale também para a reunião da Assembléia Nacional como “representação” do povo. Mas a operação abriu o caminho para desvincular o “povo” das relações de poder existentes e da discursiva do *Ancien Régime* em torno da legitimação, permitindo empurrá-lo enquanto “constituente” para o papel transformador, revolucionário. Ao menos na direção do seu impulso político, essa guinada ainda continua seguindo Rousseau; ela atribui ao “povo” a legitimidade suprema.

Mas o que deve impedir, justamente a partir de Rousseau, que esse “povo” seja compreendido enquanto multiplicidade das pessoas reais que habitam no território de um Estado, como uma multiplicidade não “unitária” em si, mista, constituída em grupos, mas organizada de forma igualitária e não-discriminada?

36. Cf. a propósito Friedrich Müller. *Fragment (über) Verfassungsgebende Gewalt des Volkes*. Elemente einer Verfassungstheorie V. 1995, e.g. pp. 58 ss.

II

“Povo” como povo ativo

O primeiro componente de “democracia” é objeto de pouca reflexão; o segundo domina continuamente o Direito Público, a Sociologia Política e a Ciência Política. “Dominação” [“Herrschen”] abrange a elaboração e promulgação da constituição, a legislação e a instituição de normas nos planos subordinados, significando a execução das prescrições vigentes e, por fim, o controle (a nível interno do Executivo, no parlamento e no Judiciário). Segundo a doutrina mais em voga, o povo atua como sujeito de dominação nesse sentido por meio da eleição de uma assembleia constituinte e/ou da votação sobre o texto de uma nova constituição;³⁷ por intermédio de eleições e, em parte, por meio da iniciativa popular [Volksbegehren] e do referendo [Volksentscheid]; por meio

37. A pretensão formulada com a concepção do “poder constituinte do povo” é cumprida por meio da textificação e do procedimento democrático de outorga da constituição e da manutenção de um núcleo constitucional (que abrange fundamentalmente a democracia) na práxis futura: Friedrich Müller. *Fragment (über) Verfassunggebende Gewalt des Volkes*. 1995. A isso não se liga nenhuma perda de “substância”; muito pelo contrário, evita-se a mitificação (tal como ocorre em Carl Schmitt) bem como a tergiversação formalista (tal como ocorre em Hans Kelsen).- Cf. quanto a reflexões de princípio sobre a “despolitização da legitimidade”: Paulo Bonavides. *A despolitização da legitimidade*, in: *O Direito* (1993), pp. 61 ss.; agora sob o título *Die Entpolitisierung der Legitimität*, em tradução para o alemão de Peter Naumann e Friedrich Müller, in: *Der Staat* XXXV, 4/1996.

de eleições para instâncias de autogestão e, se for o caso, por meio da eleição dos funcionários públicos ou ainda da eleição dos juízes, incluída a eleição dos juízes da Corte Constitucional Federal alemã, mediada de forma apenas muito rarefeita em termos de “demo”cracia. No geral esse *povo ativo*, a totalidade dos eleitores é considerada — não importa quão direta ou indiretamente — a fonte da determinação do convívio social por meio de prescrições jurídicas. Disso faz parte também, num sentido mais amplo, a autodeterminação institucionalizada ao lado da autodeterminação municipal, *e.g.* em formas de participação na profissão, nas empresas, nas universidades e nas escolas. Eleições e votações têm a dupla função de enviar representantes a grêmios e sancioná-los por atos eleitorais posteriores, se for o caso, bem como de tomar decisões individuais válidas ou editar prescrições, em âmbito restrito.

No Poder Executivo e no Poder Judiciário a “dominação” do povo ativo pode ser vista operando de forma mediada, na medida em que prescrições capazes de justificação democrática estão implementadas em decisões de maneira correta em termos de Estado de Direito, no sentido de capazes de universalização e de recapitulação plausível [überzeugend nachvollziehbar].

Por força da prescrição expressa as constituições somente contabilizam como povo ativo os titulares de nacionalidade; isso resulta ao menos da sistemática do texto (*e.g.* diretamente na CB, Título II, Capítulo IV, Art. 14º, §§ 2 e 3; indiretamente com relação a GG, Art. 38, § 2; Art. 28, § 1, frase 2). Uma novidade é a introdução do direito de voto para cidadãos da Comunidade Européia ao nível municipal no quadro da União Européia. Valem como possibilidades legítimas de restrição do direito de voto de titulares de nacionalidade a decretação da perda dos respectivos direitos civis, correta em termos juspenalistas, bem como a faixa etária e o

estado “mental”. Elas tradicionalmente não são consideradas uma discriminação contrária à democracia, mas estão, como tudo, tanto mais abertas à manipulação quanto mais um Estado se reveste de traços autoritários. Mas justamente então práticas como as de uma psiquiatria política fornecem a documentação comprobatória de processos de deslegitimação diante do *critério de aferição* “povo ativo”.³⁸

Tradicionalmente esse dimensionamento para os titulares da nacionalidade é matéria de direito positivo, mas não se compreende por evidência. Estrangeiros, que vivem permanentemente aqui, trabalham e pagam impostos e contribuições, pertencem à população. Eles são efetivamente cidadãos [*faktisch Inländer*]*, são atingidos como os cidadãos de direito [*rechtliche Inländer*] pelas mesmas prescrições “democraticamente” legitimadas. A sua exclusão do povo ativo restringe a amplitude e a coerência da justificação democrática. Especialmente deficitário em termos de fundamentação é o princípio da ascendência (*ius sanguinis*), que representa uma construção da fantasia, não uma conclusão fundamentável pela empiria (“sangue”). A *idéia fundamental da democracia* é a seguinte: determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo. Já que não se pode ter o autogoverno, na prática quase inexequível, pretende-se ter ao menos a autocodificação das prescrições vigentes com base na livre competição entre opiniões e interesses, com alternativas manuseáveis e possibilidades eficazes de sancionamento político. Todas as formas da decisão representativa arredam [nehmen aus dem Spiel] a imediatidade

38. Em democracias deve-se cuidar para que medidas tão graves como a interdição ou a internação em uma clínica psiquiátrica devam ser regularmente reavaliadas e, se for o caso, revogadas, a partir de um fundamento normatizado.

*. O termo alemão para ‘estrangeiro’ é *Ausländer* (literalmente: que é de fora do país), seu antônimo no sentido de ‘titular da nacionalidade’ é *Inländer* (o que é de dentro do país), daí a opção de traduzir o termo por ‘cidadão’ [NT].

[Unmittelbarkeit]. Não há nenhuma razão democrática para despedir-se simultaneamente de um possível conceito mais abrangente de povo: do da totalidade dos atingidos pelas normas: *one man one vote*. Tudo o que se afasta disso necessita de especial fundamentação em um Estado que se justifica como “demo”cracia.

Essa imagem do “povo” não se derivou da imagem da soberania.³⁹ Para os teóricos o “povo” se apresenta como algo diferenciado, de acordo com as suas respectivas estratégias. Mas o “povo” das constituições atuais não deveria ser diferenciado segundo a disponibilidade de *procedimentos* representativos ou plebiscitários ou de qualquer outra natureza mista; ele não deveria ser diferenciado segundo o tipo de direito eleitoral, que um sistema adota, ou conforme a sua opção pela instalação de um sistema parlamentarista ou presidencialista de governo, e assim por diante. O povo dos textos constitucionais modernos, que procuram justificar-se por meio dele, é o ponto de partida, o *grau zero* [*degré zéro*] da legitimação pós-monárquica.⁴⁰ O povo ativo não pode sustentar sozinho um sistema tão repleto de pressupostos.

39. No sentido de uma espécie de absolutismo popular, do qual fala Georg Jellinek. *Allgemeine Staatslehre*. 3ª ed., 7ª reimpr., 1960, p. 498.

40. Cf. a respeito em formulação globalizante também José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª ed. 1995, p. 135: a democracia não é apenas “governo”, mas “muito mais de que isso; é regime, forma de vida e, principalmente, processo”.

III

“Povo” como instância global de atribuição de legitimidade

Além disso é de se perguntar se antes o papel do povo no trabalho dos administradores, governantes e juízes não foi visto de forma demasiado idealista. Onde funcionários públicos e juízes não chegam ao seu cargo por meio de uma eleição pelo povo, a sua ação se liga de forma demasiado etérea à ação originária do povo ativo — à eleição de parlamentares que colaboraram na promulgação de textos de normas, que foram depois implementadas de forma defensável no Executivo e no Judiciário. Por essa razão deveríamos formular a pergunta aqui já de forma diferente. É certo que no caso ideal as coisas se apresentam da seguinte maneira: textos de normas democraticamente instituídos são *ius civile*.⁴¹ Quando eles são respeitados no trabalho cotidiano dos juristas (tratamento do caso, decisão com caráter de obrigatoriedade, controle e revisão) como vinculantes e observados de forma correspondentemente séria no tocante ao método, o trabalho jurídico permanece no discurso do direito popular. Ele não

41. No sentido do direito popular da Roma antiga, republicana, desde a Lei das Doze Tábuas (por volta de 450 a.C.), que foi elaborado com a participação dos cidadãos romanos e nesse sentido por via democrática. No sentido atual - e a alusão no texto interliga os dois sentidos -, como prescrições de direito geradas por meio de procedimentos constitucionais *democráticos*.

resvala para um *ius honorarium*;⁴² no Estado Democrático de Direito, o jurista não pode brincar de pretor romano.⁴³ Os poderes ‘executantes’ [‘ausführenden’] Executivo e Judiciário não estão apenas instituídos e não são apenas controlados conforme o Estado de Direito; estão também comprometidos com a democracia. O povo ativo elege os seus representantes; do trabalho dos mesmos resultam (entre outras coisas) os textos das normas; estes são, por sua vez, implementados nas diferentes funções do aparelho de Estado; os destinatários, os atingidos por tais atos são potencialmente todos, a saber, o “povo” enquanto população. Tudo isso forma uma espécie de ciclo [Kreislauf] de atos de legitimação, que em nenhum lugar pode ser interrompido (de modo não-democrático). Esse é o lado democrático do que foi denominado *estrutura de legitimação*.⁴⁴ Mas afirmar que os agentes jurídicos estariam democraticamente vinculados e que aqui o povo ativo estaria atuante, ainda que apenas de forma mediada, não é a mesma coisa. É verdade que o ciclo da legitimação não foi interrompido a esta altura de forma não-democrática, mas foi interrompido. Parece plausível ver nesse caso o papel do povo de outra maneira, como *instância global da atribuição* de legitimidade democrática. É nesse sentido que são proferidas e prolatadas decisões judiciais “em nome do povo”.

42. No sentido do Direito Romano: o direito criado durante a época da República pelos magistrados judiciais do patriciado (*ius praetorium*), que foi elaborado sem a participação do povo, i. é, de forma *não-democrática*. - A alusão a esse exemplo histórico no texto acima significa que a constituição moderna de uma democracia em um Estado de Direito não permite mais *nenhum* direito (e.g. judicial) que se desliga das diretivas das leis democraticamente promulgadas (e.g. como ‘direito jurisprudencial’ livremente criado); ela significa, portanto, que o juiz no Estado democrático de Direito *não* se pode comportar como um pretor romano.

43. Cf. Friedrich Müller. *Juristische Methodik*. 6ª ed., 1995, pp. 91 s.

44. E isso a partir do lado do Estado de Direito (“estrutura textual da legitimidade”) por Friedrich Müller, in: id. (ed.) *Untersuchungen zur Rechtslinguistik*. 1989, pp. 204 ss.

Esse padrão se repete: o povo não é apenas — de forma mediada — a fonte ativa da instituição de normas por meio de eleições bem como — de forma imediata — por meio de referendos legislativos; ele é de qualquer modo o destinatário das prescrições, em conexão com deveres, direitos e funções de proteção. E ele justifica esse ordenamento jurídico num sentido mais amplo como ordenamento democrático, à medida que o aceita globalmente, não se revoltando contra o mesmo.⁴⁵ Nesse sentido ampliado, vale o argumento também para os não-eleitores, e igualmente para os eleitores vencidos pelo voto (tocante ao direito eleitoral fundamentado no princípio da maioria) ou para aqueles cujo voto foi vitimado por uma cláusula limitadora [Sperrklausel]*. Além disso uns conservam o direito de ir à eleição na ocasião vinda; e os outros continuam tendo a chance de combater então talvez ao lado das tropas mais fortes [bei den stärkeren Bataillonnen zu sein].

Podemos nomear diversas camadas na outorga da constituição [Verfassunggebung]: abstraindo do fato de que o conceito *jurídico* do poder constituinte do povo exige a textificação,⁴⁶ faz-se mister, em segundo lugar, um procedimento democrático para criar a constituição: o povo (eleitor) elege os membros da assembléia constituinte e/ou vota o texto acabado da constituição. Isso significa normatizar — de forma mediada e/ou imediata — por intermédio do povo ativo; quer

45. O que naturalmente também significa: que não deve ser impedido, através da opressão, de revoltar-se.

*. O termo “Sperrklausel”, literalmente “cláusula de barramento”, designa uma disposição na legislação eleitoral alemã segundo a qual um partido recebe apenas mandatos no parlamento caso tenha obtido um determinado percentual da totalidade dos votos. No Parlamento Federal e na maioria dos parlamentos estaduais a cláusula em questão exige um mínimo de 5%, razão pela qual é também conhecida por “cláusula dos 5%”. A “Sperrklausel” visa a impedir a atomização da representação nos parlamentos [NT].

46. A respeito disso e sobre o complexo global dessa pergunta cf. Friedrich Müller. *Fragment (über) Verfassunggebende Gewalt des Volkes*. 1995.

dizer, o lado referente à *funcionalidade da dominação*, o “kratein” em “democracia”. Mas o terceiro requisito para poder estar à altura da invocação do poder constituinte do povo diz respeito ao lado referente à *democracia de base*: o povo como destinatário que permanece na postura de boa vontade, como o fundamento — legitimador na duração temporal — de uma ordem política cujo núcleo [Kernbestand] constitucional é preservado, praticamente respeitado pela ação do Estado.

A razão pela qual se pode ver nesse dispositivo um papel próprio do “povo” na democracia reside no protótipo desse mesmo dispositivo: “Todo o poder do estado emana do povo”. Todo o poder estatal [Staatsgewalt] é poder de direito. O estado não é *e.g.* o seu sujeito, o seu proprietário; ele é o seu *âmbito* material de responsabilidade e atribuição. A “estatalidade” desses poderes não reside no fato de que o estado seja o sujeito do poder, seu titular nato enquanto ente volitivo subjetivo, pessoal (ainda que fictício). Ele é menos ainda a sua origem; como tal é mencionado justamente o “povo” na CB Art. 1, parágrafo único, bem como no GG, Art. 20, § 2, frase 1. Mas isso evidentemente não no sentido naturalista de um procedimento único, tópico de “emanar”, mas no sentido jurídico de uma instância permanente, diante da qual o poder de Estado é responsável, perante a qual ele deve defender efetivamente o exercício da sua atividade “de poder-violência” [“Gewalt”-Tätigkeit]: no sentido dessa versão do princípio democrático. Segundo os textos mencionados todo o poder de Estado não está “no povo”, mas “emana” dele. Entende-se como exercido por encargo do povo e em regime de responsabilização realizável perante ele. Esse entendimento de “emanar” também não é supostamente metafísico; é normativo. Por isso não pode ele permanecer uma ficção, senão que deve ter o poder de desembocar em sanções sensíveis na

realidade, tendo necessariamente ao seu lado a promessa democrática na sua variante ativa.

Dito de outra forma: o “povo” como instância de atribuição não se refere ao mesmo aspecto do “povo” enquanto povo ativo. *Mas* esse entendimento é defensável *somente onde* ele é *simultaneamente* real: não em sistemas autoritários, onde o “povo” é fartamente invocado como instância de atribuição, ao passo que depois só tem (des)valor ideológico, não mais função jurídica. A figura da instância de atribuição justifica — embora de maneira *sui generis* — somente onde está dada ao mesmo tempo a figura do povo ativo.

Entretanto, só se pode falar enfaticamente de povo ativo quando vigem, se praticam e são respeitados os direitos fundamentais individuais e, por igual [nicht zuletzt], também os direitos fundamentais políticos. Direitos fundamentais não são “valores”, privilégios, “exceções” do poder de Estado ou “lacunas” nesse mesmo poder, como o pensamento que se submete alegremente à autoridade governamental* [obrigkeitsfreudiges Denken] ainda teima em afirmar. Eles são normas, direitos iguais, habilitação dos homens, i. é, dos cidadãos, a uma participação ativa [aktive Ermächtigung]. No que lhes diz respeito, *fundamentam* juridicamente uma sociedade libertária, um estado democrático. Sem a prática dos direitos do homem e do cidadão, “o povo” permanece em metáfora ideologicamente abstrata de má qualidade. Por meio da prática dos *human rights* ele se torna, em função normativa, “povo de um país” [“Staatsvolk”] de uma democracia

*. O termo alemão *Obrigkeitsstaat* (autoridade) remete ao autoritarismo político alemão, historicamente explicável pela ausência de uma revolução burguesa vitoriosa (como a de 1789 na França) e pela tardia constituição do estado nacional alemão no séc. XIX. Remete ao que a ciência política alemã denomina *Obrigkeitsstaat*, ao estado fundamentado não na democracia republicana, mas no princípio da monarquia e da autoridade [NT].

capaz de justificação — e torna-se ao mesmo tempo “povo” enquanto instância de atribuição global.

IV

Povo como “ícone”

Um regime autoritário não consegue justificar-se só com o “*povo*” de atribuição sem o povo ativo. Mas essa operação pode, em uma avaliação concreta, fracassar também na democracia — que é o único tema desse texto. Pois o que deve valer se a constituição invoca no seu texto o poder constituinte do povo, mas essa constituição — como aconteceu no caso da Lei Fundamental alemã — é posta em vigor sem um procedimento democrático?⁴⁷ E o que vale, se as leis parlamentares são promulgadas corretamente, mas se o parlamento não é “representativo” — em virtude de eleições fraudadas ou em virtude da manipulação do procedimento de votação ou por razões similares, quer genericamente, quer no caso em questão? Certamente tais problemas podem ser respondidos pelo direito constitucional positivo no caso individual; mas aqui o tema é a reflexão sobre a legitimidade. O que deve valer, se leis legítimas ou decretos não são implementados pelo governo ou pela administração pública ou se a

47. Discute-se nesse argumento apenas o *procedimento* argumentativo e não, como acima (III), a legitimação na duração temporal por meio da preservação do núcleo da constituição (o povo enquanto instância de atribuição).- A Lei Fundamental alemã é uma constituição legítima quanto ao seu resultado; mas não (também) porque o momento procedimental, necessariamente contido também na invocação do “poder constituinte”, teria sido atualizado aqui.- Cf. Friedrich Müller. *Fragment (über) Verfassunggebende Gewalt des Volkes*, e.g. pp. 26 ss., 46 s.

sua realização se desencaminha subjetiva ou objetivamente, ou de qualquer modo objetivamente? E o que deve valer — com vistas à legitimação democrática —, se a justiça decide com caráter de obrigatoriedade “em nome do povo”, mas se a sentença judicial não pode ser atribuída com plausibilidade a nenhuma lei vigente — seja mais uma vez por razões subjetivas e objetivas no sentido juspensalista da prevaricação, seja apenas objetivamente como *deformação do direito* [*Rechtsverbiegung*] ou como *tutela jurídica* [*Rechtsunterstellung*] (direito jurisprudencial “livre”)?:⁴⁸

“O que deve valer” significa sempre, por um lado: o que isso significa no respectivo caso para a legitimidade democrática? E, por outro lado: em que significado resvala aqui o termo “povo”, uma vez que a sua consideração já não pode ser justificada nem na sua condição de povo de atribuição?

O Estado Constitucional possui o monopólio do exercício *legítimo* da violência, não o monopólio do exercício *ilegítimo* da mesma. Para este último ele já não possui nenhum direito. Decisões de funcionários ou grêmios do sistema jurídico, que tenham caráter de obrigatoriedade, devem poder ser atribuídas a textos democraticamente postos em vigor desse Estado de Direito, i. é, devem poder ser atribuídas a textos de normas de forma convincente em termos de método. *Mesmo se* esse for o caso, o tribunal (ou a outra instância de decisão) exerce o poder-violência [*Gewalt*]:⁴⁹ um

48. Cf. a respeito com exemplos práticos Friedrich Müller. ‘*Richterrecht*’. 1986.

49. A respeito da distinção entre violência constitucional e violência atual no âmbito da teoria constitucional cf. Friedrich Müller desde: *Recht - Sprache - Gewalt*. 1975 (tradução brasileira de Peter Naumann sob o título *Direito - Linguagem - Violência*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1995).- Sobre a concepção da *estrutura textual* cf. Id. *Juristische Methodik und politisches System*. 1976, pp. 80 ss., 95 ss.; Id. (ed.). *Untersuchungen zur Rechtslinguistik*. 1989, pp. 205 s., 215; Id. *Juristische Methodik*. 6ª ed. 1995, pp. 136 ss., 156, 289 ss., 295s.

poder-violência, que é criado de forma constitucionalmente necessária com a instalação de uma tal competência decisória. A instância prolatadora da sentença com caráter de obrigatoriedade, que *não* se pode basear em textos de norma de modo plausível em termos de método, exerce contrariamente uma violência que ultrapassa esse limite, uma violência selvagem, transbordante, consistente tão-somente nesse ato que já não é constitucional; ela exerce uma violência “atual”. Nesse caso a invocação do povo, a ação “em nome do povo” é apenas icônica.

Diante de tal configuração não se trata nem do “povo” ativo nem também apenas do “povo” de atribuição; e muito menos aí o povo está exercendo a dominação real. Mas fala-se como se ele estivesse exercendo a dominação real, como se tivesse agido de forma mediada, como se legitimasse por meio de lealdade mediada por normas. Nesse caso usamos o povo como sucessor da justificativa pré-democrática, supramundana: eis o legitimismo “por obra e graça do povo” [“von Volkes Gnaden”].

O *povo como ícone*, erigido em sistema, induz a práticas extremadas. A iconização consiste em abandonar o povo a si mesmo; em ‘desrealizar’ [entrealisieren] a população, em mitificá-la (naturalmente já não se trata há muito tempo dessa população), em hipostasiá-la de forma pseudo-sacral e em instituí-la assim como padroeira tutelar abstrata, tornada inofensiva para o poder-violência — “notre bon peuple”.

Ou, caso a população real tiver dimensões que atravessem os planos de legitimação [als zu sperrig erscheint], importa “criar o povo”, o que se faz por meio de medidas externas: colonização, reassentamento, expulsão, liquidação; mais recentemente também por meio da “limpeza étnica”, um neologismo bárbaro a denotar uma velha práxis bárbara. Estamos aqui em um museu histórico e atual de horrores de manipulações brutais de populações, para em seguida poder

sacralizar o grande grupo composto corretamente à imagem e à semelhança dos atores dominantes — e aqui a pergunta pela própria legitimidade já não poderá ser feita. Nos dias atuais, neste fim de século, um “corpo popular” jungido à força desse modo pode ser perfeitamente levado em consideração como povo ativo. Em tal caso as eleições deixam de ser especialmente arriscadas; do mesmo modo, as votações, *e.g.* sobre uma nova constituição, cujos conteúdos foram impostos e que deve ser sacramentada formalmente pela maioria.

A expressão “criar o povo” pode referir-se também a outra coisa, que oscila entre as duas funções do “povo”, mas que se refere, nos textos fundadores idealistas desse teorema, sobretudo ao povo ativo: ela pode referir-se à concepção do estado educador, usual na linhagem de Platão até segmentos da tradição comunista (de forma pronunciada sobretudo em Mao Tsé-tung), passando por Rousseau e Fichte. Abstraindo de dissidentes teimosos, que precisam ser eliminados, essa concepção busca produzir um povo global homogêneo, uma população ativa completamente politizada [durchpolisitiert] pela outorga da constituição (“législateur”), pelas leis, pelos costumes, pela educação e pelo folclore coletivo, bem como por modelos libidinalmente investidos [libinös besetzte Vorbilder].⁵⁰ Se ainda Jean-Paul Sartre fala da necessidade de “criar o povo”, ele se move na linha de um rousseunismo difuso com tendência anarco-libertária.

Por fim o “povo” — compreendido como conjunto dos cidadãos ativos e diferenciado da população total — pode, num sentido mais atenuado, naturalmente ser também feito sob medida [zurechtgeschneidert] pelo direito de imigração, pelo direito regulamentador da assimilação de popu-

50. Cf. a respeito Sigmund Freud. *Massenpsychologie und Ich-Analyse*. 1967, pp. 27 ss. e em todo o escrito.

lações expulsas [Aussiedlerrecht]*, pelo direito de estrangeiros, pelo direito de nacionalidade [Staatsbürgerschaftsrecht] e pelo direito eleitoral. Isso ocorre também constantemente na prática. Mas aqui já estamos de novo no campo das operações cotidianas do estado constitucional democrático e não mais diante da constelação do “ícone”.

Essa constelação já pertenceu ao inventário supramundano da tradição monárquica mais antiga, escorada na religião. O rei garantia a sua boa moral perante Deus por meio do sermão de governar *para* “o povo” e para o bem deste. Historicamente seguiu-se a isso, passo a passo, o constrangimento das pessoas e dos grupos dominantes de se justificarem no quadro de uma ética intramundana. Estava à mão a estratégia de invocar agora “o povo” — a serviço da posição dos detentores do poder diante dos que eram dominados por eles. Os pintores de ícones lançaram mão da escala de cores do “poder constituinte do povo”. Mas esse ritual também ainda quer sugerir ilusoriamente [vortäuschen] o retorno a um estado social, no qual o “povo” teria realmente existido: a totalidade de todas as pessoas do grupo arcaico, da horda, da tribo, da grande família, que ainda não foram cindidos por instituições jurídicas e políticas ou, nos termos da sociologia do direito, que estão apenas segmentariamente, ainda não funcionalmente diferenciados; nos quais, acrescentemos, justamente por isso o povo não tinha necessitado

*. Na República Federal da Alemanha, os *Aussiedler* são “titulares da nacionalidade alemã ou pessoas pertencentes ao povo alemão, que antes de 8 de maio de 1945 estavam domiciliadas nas antigas regiões orientais da Alemanha, na Albânia, na Bulgária, na China, em Danzig (Gdansk/Polônia), na Estônia, na Iugoslávia, na Letônia, na Lituânia, na Polônia, na Romênia, na União Soviética, na Checoslováquia ou na Hungria, ou aquelas pessoas que abandonaram ou abandonam esses países depois do encerramento das medidas genéricas de expulsão” (Creifelds et. al. *Rechtswörterbuch*. 11ª ed., Munique, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992, s.v. *Aussiedler*) [NT].

de uma constituição.⁵¹ Também isso é portanto projeção; o seu caráter ora intramundano não muda nada nisso.

Os *pouvoirs constitués* dominam o *pouvoir constituant*. Este, quer dizer, o povo, teria precisamente usado do seu poder-violência para fundamentar o poder-violência daqueles outros sobre ele; ter-lhes-ia insuflado de uma vez por todas a legitimidade. O poder-violência encara o povo de modo alienado; o povo encontra-se sob o poder-violência de um Estado, que mantém um povo para si — seu povo do “poder constituinte”, de um santinho de forte luminosidade.

Na realidade, justamente não se trata mais aqui de grandes grupos estruturados de forma arcaica. Com o início da Idade Moderna europeia isso também se faz sentir. Para Bodin e Althusius o “povo” ainda tinha os traços da *universitas* cuidadosamente hierarquizada, “organicamente articulada” do feudalismo. Contrariamente, Locke, na esteira de Hobbes, já parte do indivíduo burguesmente isolado. Essa construção amoldava-se melhor aos interesses de justificação da ascendente camada dirigente burguesa.⁵² Em Hobbes é o rei que faz com que a “multidão” existente seja o *povo*. Mais tarde, em Locke, a hierarquia ideologicamente pós-antiga e pós-cristã, socialmente pós-feudal já é determinada pela economia. O cidadão-proprietário economicamente — e com isso já politicamente — influente é na realidade cotidiana aquele que lucra com o modelo lockeano: está dotado de direitos eleitorais, sendo já titular do chamado direito de resistência, bem como de pretensões de direitos fundamentais.

51. Sobre as sociedades arcaicas segmentariamente diferenciadas, “desprovidas de alternativas” e fundamentadas no princípio do parentesco, cf. Niklas Luhmann. *Rechtssoziologie*. 3ª ed. 1987, e.g. pp. 147 s.

52. V. a propósito Friedrich Müller. *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung*, ed. Ralph Christensen. 1990, e.g. pp. 139 ss., 200 ss.

Isso não penetra até a superfície textual do discurso liberal; o ícone “povo” não apresenta fissuras.

Somente Rousseau escapa a discriminações dessa espécie. Quer ele transformar a população efetiva em povo justificador, porque *agente*; quer transformar o soberano em efetivo detentor democrático do poder. Como ele leva isso a sério, precisa pressupor como campo de testes um pequeno estado marginal da Europa, territorialmente limitado, não desenvolvido em termos capitalistas, relativamente homogêneo em termos econômicos e sociais. Com o projeto de uma república de leis em termos de democracia popular, dirigida pela *volonté générale* e com isso orientada em termos de conteúdo pelo bem comum (*bien commun*), Rousseau abandona o discurso icônico sobre o povo. Os atingidos pelas decisões [*Betroffenen*] devem ser simultaneamente os autores das decisões [*Betreffenden*]*, os outorgantes da norma devem ser idênticos ao conjunto dos destinatários da norma. Nesse tocante — e somente nesse tocante — ele menciona e.g. a Atenas de Péricles como modelo; mas não respeitante ao seu sistema de excluir dos direitos de cidadania a maioria da população (todos exceto os homens atenienses livres, habilitados para a atividade guerreira, contribuintes e domiciliados há muito tempo). Rousseau não quer nenhuma exclusão coletiva de grupos do conceito normativo de “povo”, nenhuma segmentação adicional da sociedade por intermédio do escalonamento dos direitos, que cria privilégios. Ocorre que os conceitos de Rousseau são muito exigentes: república, lei, vontade geral, bem comum; e eles se acham vinculados ao tratamento igual de todos. Por isso “povo” (*peuple*) também não significa em Rousseau indistintamente a população existente, inclusive os dissidentes inacessíveis à doutrinação

*. Literalmente: os “atingentes”. O jogo de palavras não pode ser reproduzido satisfatoriamente em português [NT].

[unbelehrbar]. Refere-se ele à totalidade dos cidadãos (*citoyens*) comprometidos com o bem comum graças à virtude política (*vertu*). Nesse sentido, o povo deve ser primeiramente criado por medidas políticas ou pedagógicas ou culturais, que demandarão muito fôlego. O conceito diferencia a partir da sua pretensão teórica, mas não discrimina liminarmente por exclusão real (jurídica/violenta).

A Assembléia Nacional da Revolução Francesa atuará depois diferentemente, na esteira de Sieyès. Também aqui se supõe, segundo a tradição antiga de um conceito seletivo de luta social, *quem* é o povo: o terceiro estado, a nova burguesia proprietária, quer dizer, nem a aristocracia eclesiástica e secular, nem o lumpenproletariado de Babeuf.

Em termos bem genéricos, a iconização reside por igual também [nicht zuletzt] no empenho de unificar em “povo” a população diferenciada, quando não cindida pela diferença segundo o gênero, as classes ou camadas sociais, freqüentemente também segundo a etnia e a língua, a cultura e a religião. No uso ideológico, tudo isso tornaria a função legitimadora precária. Em contrapartida, o holismo santifica, “o” povo está atrás da nossa práxis do poder-violência e torna-a inatacável. Nesse ideograma, “o” povo “outorga” também a forma de organização do nosso poder-violência, a constituição, não importa como ela possa ser posta e mantida em vigor na realidade. Contradições sociais subsistentes apesar dessa constituição ou em conformidade com ela são ao mesmo tempo justificadas “substancialmente” com o argumento de que “o” povo assim as quis. A população heterogênea é “uni”ficada em benefício dos privilegiados e dos ocupantes do *establishment*, é ungida como “povo” e fingida — por meio do monopólio da linguagem e da definição nas mãos do(s) grupo(s) dominante(s) — como constituinte e mantenedora da constituição. Isso impede, conforme se deseja, de dar um nome às cisões sociais reais, de vivê-las

[austragen] e conseqüentemente trabalhá-las. A simples fórmula do “poder constituinte *do* povo” já espelha ilusoriamente o *uno*.

Mas se o povo — mesmo no conjunto normativamente restrito de povo ativo — deve apresentar-se como sujeito político real, fazem-se necessárias instituições e, por igual [nicht zuletzt], *procedimentos*: a eleição de uma assembléia constituinte, o referendo popular sobre o texto constitucional, instituições jurídicas plebiscitárias, eleições livres e destituição por meio do procedimento plebiscitário [Abwahl] e votação. Alternativas e sanções devem ser normatizadas de forma cogente no tocante aos procedimentos. A pequena lâmpada diante do ícone pode extinguir-se; o povo — nem que seja apenas o seu conjunto parcial dos cidadãos titulares de direitos ativos — entra em cena como destinatário e agente de responsabilidade e controle.

V

“Povo” como destinatário de prestações civilizatórias do Estado

O povo enquanto cidadania ativa abrange apenas os eleitores; o povo enquanto instância de atribuição compreende, via de regra, os cidadãos do respectivo país [Staatsangehörige]. O ícone é intocável, não diz respeito a nenhuma pessoa viva. E o que pode a população em meio a tudo isso? Pode também ela legitimar democraticamente, à sua maneira?⁵³

O mero fato de que as pessoas se encontram no território de um Estado é tudo menos irrelevante. Compete-lhes, juridicamente, a qualidade do ser humano, a dignidade humana, a personalidade jurídica [Rechtsfähigkeit]. Elas são protegidas pelo direito constitucional e pelo direito infraconstitucional vigente, i. é, gozam da proteção jurídica, têm direito à oitiva perante os tribunais, são protegidas pelos direitos humanos que inibem a ação ilegal do estado, por prescrições de direito da polícia e por muito mais. Funcionários públicos, que as violam nas suas posições garantidas, não podem ficar impunes. Circunstâncias de fato [Tatbestände]

53. Sem estruturar mais de perto essa pergunta, José Afonso da Silva denomina com razão a práxis dominante de restringir o “povo” aos eleitores ou aos cidadãos “uma tendência reacionária”. V. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª ed., 1995, p. 135.

legais e contratuais, que não estão restritas a cidadãos e titulares de direitos eleitorais — quer dizer, as prescrições normais de direito civil, penal e administrativo — não geram para essas pessoas apenas deveres e ônus; elas também beneficiam-nas. Os habitantes não habitam um Estado, mas um território; isso vale tanto para titulares de outras nacionalidades como para apátridas, que pertencem à população residente. E vale igualmente para os que atravessam o território do respectivo Estado, ainda que com restrições não jurídicas, mas fáticas: assim *e.g.* não entrarão eles geralmente no círculo de regulamentação da legislação trabalhista e previdenciária.

A função do “povo”, que um Estado invoca, consiste sempre em legitimá-lo. A democracia é dispositivo de normas especialmente exigente, que diz respeito a todas as pessoas no seu âmbito de “demos” de categorias distintas (enquanto povo ativo, povo como instância de atribuição ou ainda povo-destinatário) e graus distintos. A distinção entre direitos de cidadania e direitos humanos não é apenas diferencial; ela é relevante com vistas ao sistema. Não somente as liberdades civis, mas também os direitos *humanos* enquanto *realizados* são imprescindíveis para uma democracia legítima. O respeito dessas posições, que não são próprias da cidadania no sentido mais estrito, também apóia o sistema político, e isso não apenas na sua qualidade de Estado de Direito. Isso se acerca novamente, dessa vez a partir de um outro ângulo, da idéia fundamental não-realizada no sistema de dominação: “one man one vote”: do ângulo da idéia do “povo” como totalidade dos efetivamente atingidos pelo direito vigente e pelos atos decisórios do poder estatal — totalidade entendida aqui como a das pessoas que se encontram no território do respectivo Estado. Segundo essa proposta (ao lado da figura do povo enquanto instância de atribuição), o corpo de textos de uma democracia de conformi-

dade com o Estado de Direito se legitima por duas coisas: em primeiro lugar procurando dotar a possível minoria dos cidadãos ativos, não importa quão mediata ou imediatamente, de competências de decisão e de sancionamento claramente definidas; em segundo lugar e ao lado desse fator de ordem procedimental, a legitimidade ocorre pelo *modo, mediante o qual todos*, o “povo inteiro”, a população, a totalidade dos atingidos são tratados por tais decisões e seu modo de implementação. Ambas, a decisão (enquanto co-participação “do povo”) e a implementação (enquanto efeitos produzidos “sobre o povo”), devem ser questionadas democraticamente. Os dois aspectos são resultados de uma cultura jurídica desenvolvida, assim como o é a correção, nos termos do Estado de Direito, da observância, por parte do Estado, das circunstâncias de fato de inibição da ação estatal bem como de prestações estatais diante das pessoas atingidas. Podemos denominar essa camada funcional do problema “o povo como destinatário de prestações civilizatórias do Estado [*zivilisatorische Staatsleistungen*]”, como “povo-destinatário”.⁵⁴

54. Esse termo é proposto em virtude da sua brevidade, não em virtude da sua eventual elegância.

VI

A que grupos reais correspondem os modos de utilização do termo “povo”?

O *povo icônico* refere-se a ninguém no âmbito do discurso de legitimação.⁵⁵ Ocorre que por ocasião da politização crescente e de um emprego ainda pseudo-sacral (mitologia revolucionária do “povo”) as inclusões e exclusões assumem um tom enérgico: “Na etapa atual, no período da construção do socialismo, pertencem ao povo todas as classes, camadas, grupos sociais que concordam com a construção do socialismo, apóiam-no e trabalham para tal fim”,⁵⁶ escreve Mao Tsé-tung.

O *povo como instância de atribuição* está restrito aos titulares da nacionalidade, de forma mais ou menos clara nos textos constitucionais; o *povo ativo* está definido ainda mais estreitamente pelo direito positivo (textos de normas sobre o direito a eleições e votações, inclusive a possibilidade de ser eleito para diversos cargos públicos). Por fim, ninguém está legitimamente excluído do *povo-destinatário*; também não

55. O que não significa que o Estado autoritário não discrimine minorias; mas esse é um tema para outra reflexão.

56. *Palavras do Presidente Mao Tsé-tung*. 1967, p. 56.- Por outro lado “todas as forças e todos os grupos sociais que resistem à revolução socialista, que nutrem sentimentos inimigos diante da construção do socialismo e procuram solapá-la, são inimigos do povo”. Ibid.

e.g. os menores, os doentes mentais ou as pessoas que perdem — temporariamente — os direitos civis. Também eles possuem uma pretensão normal ao respeito dos seus direitos fundamentais e humanos, à proteção do inquilino, à proteção do trabalho, às prestações da previdência social e a circunstâncias de fato similares, que são materialmente pertinentes no seu caso.

Isso corresponde ao “government for the people”, na conhecida fórmula de Abraham Lincoln, se quisermos traçar destarte a linha para a tradição, sem querer imputar subrepticamente [unterschoben] essa reflexão ao autor. O “government by the people” deveria, em conformidade com a idéia fundamental da democracia, abranger na medida do possível todos os adultos capazes; no entanto, isso não é a praxis usual, sendo que a restrição aos cidadãos eleitores exige maior intensidade de fundamentação do que se costuma mobilizar.⁵⁷ Por fim, o “government of the people” oscila entre a função icônica e a da instância de atribuição, conforme a modalidade efetiva de utilização. No modelo plebiscitário de Rousseau aparece até a tentativa heróica de fundir identitariamente o povo de atribuição e o povo destinatário, e de banir com isso, claramente no sentido de “of the people”, a piedosa imagem de santo do povo interdito, útil aos detentores do poder, para a pré-história da república moderna.

Entre as concepções clássicas, a teoria do estado de Georg Jellinek se oferece para uma comparação mais precisa: *status negativus* (liberdade contra o Estado [Freiheit vom Staat], direitos de resistência ao Estado [Abwehrrechte]),

57. Cf. também a tentativa em José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª ed. 1995, pp. 135 s., de tomar ao pé da letra a fórmula do “governo do povo, pelo povo e para o povo” e de explicá-la para a teoria da democracia; v. também Jorge Xifras Heras. *Curso de Derecho Constitucional*. 2ª ed. 1957, vol. II, pp. 21 ss.

status positivus (pretensões e exigências, prestações [Leistungen] e participação, *status* no procedimento). Para Jellinek o *status positivus* significava sobretudo a pretensão à proteção jurídica; outros exemplos são as pretensões aos recursos jurídicos [Rechtswege] e ao juiz legal, à oitiva perante o tribunal, à proteção da maternidade, ao princípio da isonomia [Gleichheitssatz] na distribuição de prestações do Estado. A terceira função principal é o *status activus*: direitos de cidadania como o direito de votar, elegibilidade, acesso ao serviço público.

Esse *status* está reservado ao povo ativo, ao passo que a população enquanto destinatária de prestações civilizatórias do Estado recebe essas mesmas prestações tanto por intermédio do *status negativus* quanto por intermédio do *status positivus*.⁵⁸

Esse cruzamento da teoria do *status* de Jellinek com a pergunta pela legitimação democrática e pelos diversos conceitos de “povo” não tem nada em comum com uma “fundamentação” prescritiva; é apenas proposta que visa facilitar o entendimento, remetendo a uma analogia de alcance limitado.

58. Em Georg Jellinek. *Allgemeine Staatslehre*. 3ª ed., 7ª reimp. 1960, pp. 406 ss., encontramos o “povo” na “função dupla”, característica da concepção do autor: por um lado o “povo enquanto qualidade subjetiva” pertence “ao Estado enquanto sujeito do poder estatal”, por outro lado o povo é “objeto [Gegenstand] da atividade do Estado, povo enquanto objeto [Objekt]”; *ibid.*, p. 406.- Sobre a teoria do *status* cf. *id.* *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2ª ed. 1905.

VII

“Povo” como conceito de combate. A positividade da democracia

“Povo” evidencia-se como um conceito não-naturalista, a ser encontrado por via da ciência empírica. Não é ele também simples, mas complexo e artificial, i. é, uma inferência a partir de uma concepção e não a partir de um fato. Ele chega mesmo a ser um termo prescritivo, muitas vezes necessário, empregado e gasto normativamente, nesse tríplice sentido do termo alemão “gebraucht”.

Quando o termo “povo” aparece em textos de normas, sobretudo em documentos constitucionais, deve ser compreendido como parte integrante plenamente vigente da formulação da prescrição jurídica (do tipo legal), deve ser levado a sério como conceito jurídico e ser interpretado *lege artis*.

Na tradição histórica e (jus-)política [(rechts-)politischen] do emprego do conceito, o termo ‘povo’ não se reveste de traços inocentes, neutros, objetivos, mas decididamente seletivos. Em Péricles o “demos” abrange tão-somente todos os homens atenienses livres, aptos para a guerra, contribuintes e domiciliados há muito tempo. No direito romano o dualismo altamente elaborado [ausgefeilt] de nobreza e povo, que domina tudo, produz uma cisão; e já nos Estados mais antigos dos quais temos notícia, nas *poleis* sumerianas, que por algum tempo evidenciaram possuir uma democracia munici-

pal desenvolvida, só os homens livres e aptos para a defesa podiam ser membros da assembléia “do povo”, apesar da situação jurídica genericamente boa das mulheres. Na igreja cristã primitiva o caminho do *kleros* para o *laós* descreve uma rápida diferenciação entre a “comunidade”, o “povo de Deus”, na direção de uma hierarquia de dois graus, que consolidou a cisão do “povo” (“comunidade” = todos os crentes) no caminho da divisão do trabalho por meio da divisão de funções, da hierarquia de funções até a hierarquia de instituições e normas e a estruturas de dominação. Exatamente por isso tornou-se necessária uma palavra adicional para os “leigos” enquanto crentes simples, colocados em graus hierárquicos inferiores, enquanto não-funcionários.

Mesmo como totalidade dos *súditos* no sistema autoritário o “povo” ainda é hierarquizado internamente: de qualquer modo as mulheres, mas ao lado delas os aborígenes, os habitantes de países ocupados, os hilotas, os membros de raças “inferiores”, as camadas sociais baixas e outros discriminados prestam bons serviços como subsúditos [Unter-Untertanenschaft].

A seleção dentro do “povo” pode ser aberta (ideologicamente caracterizada sem delongas em regimes totalitários, em ditaduras partidárias) ou também encoberta por formalismo jurídico (no liberalismo do capitalismo incipiente desde John Locke). A riqueza imaginativa não chega tão rapidamente a limites diante dos critérios da discriminação: da cor da pele até a escala cromaticamente graduada no sistema sul-africano do *apartheid*; outras distinções “raciais”; a condição de membro de uma religião ou etnia; o edifício dos degraus sociais da sociedade (escravos, libertos, semilivres, livres); sistemas de direito eleitoral plural econômicos (volume de impostos pagos, situação patrimonial, propriedades imobiliárias) ou de outra natureza (grau de “instrução”, identificado com certificados de instrução, e similares). Por fim, como o

critério provavelmente mais universal, o gênero (e.g. direitos eleitorais apenas para os homens até o séc. XX adentro).

Além disso “o” povo foi ou está sendo selecionado qualitativamente segundo a sua disposição para a lealdade política e simultaneamente foi ou está sendo registrado, com maior ou menor grau de dupla moral, nos textos de justificação do Estado como “unitário”, como legitimador em bloco: o proletariado, os membros do movimento, do partido do Estado ou do partido unificado, os “segmentos politicamente conscientes do proletariado”, “os bons alemães” etc. A partir daqui a distância até a *criação* do povo bom (para os donos do poder) equivale apenas ao salto de uma pulga. Pois o “povo” atua, mais ainda do que um conceito apenas seletivo, como conceito finalista e mesmo como conceito de combate: no “combate semântico”⁵⁹ e igualmente, se não mais frequentemente, na poda brutal de populações transformadas por coação ideológica e jurídica e *manu militari* em “povos” (privação de direitos, opressão, expulsão, reassentamento, extermínio de segmentos “inconvenientes” da população). Justifica-se assim aparentemente um discurso sobre o “povo” marcado pela partidarização [parteiischer “Volks”-Begriff]. O mesmo ocorre por força de prescrições jurídicas e/ou implementação tendenciosa de textos de normas existentes, quando se visa instituir a desigualdade de “povo” e “população” por meio de múltiplas técnicas de discriminação, exclusão e terror.⁶⁰

Fora de tais práticas absolutamente inaceitáveis, evidenciou-se no âmbito de um Estado democrático de Direito

59. Cf. sobre essa concepção de metódica do direito e de lingüística jurídica Friedrich Müller. *Juristische Methodik*. 6ª ed. 1995, e.g. pp. 132 ss, 205 s., 288, 295 s., 306 s., com documentação comprobatória.- Cf. mais genericamente a expressão do “combat spirituel” em Arthur Rimbaud. *Une saison en enfer* (1873), in: *Oeuvres Complètes*. Paris, Pléiade, 1963, pp. 219 ss., 244.

60. A serviço da “homogeneização”, “homogeneidade”, “limpeza étnica” - verdadeiros conceitos de campo de concentração.

que o “povo” se apresenta em diversos nexos e graus de operações legitimatórias: dependendo do âmbito funcional, como povo ativo, como instância de atribuição de tipo global, como destinatário de padrões civilizatórios da cultura constitucional democrática, que envolvem direitos de resistência ao Estado e direitos de prestações por parte do mesmo. Poder-se-ia estabelecer uma analogia aproximada com o *status activus*, o *status positivus* e o *status negativus*, sendo que o povo como instância de atribuição não é apreendido e não precisa ser apreendido como ícone: a teoria construtiva do Estado de Jellinek não necessita de um *status ideologicus* nem o merece. Dependendo da focalização [Fokussierung], vem à mente também a fórmula do “government of, by, and for the people”, cuja nitidez distintiva contudo não tem muito alcance. Especialmente incerto é aqui aquele “of” the people, que deveria, dependendo da práxis normativa, ser ainda resgatado como grandeza de atribuição “nos bastidores” [“im Hintergrund”] da ação do Estado ou ser banido do discurso democrático na sua versão icônica. Essa variante aparece também fartamente nas democracias, e.g., como sentença judicial legalmente insustentável, mas ela não legitima; com isso, deixa justamente de cumprir a tarefa, para a qual a invocação do povo sempre se faz. Em tais casos nada de real — ainda que de forma superlativamente mediada — corresponde à decisão “em nome do povo”.

Depois disso, as três camadas funcionais e conceituais remanescentes de “povo” na democracia aparecem como três estados de agregação — que contudo se acham nitidamente separados. Podem ser reciprocamente referidos sobretudo enquanto critérios de aferição e processados em opções e preferências (de política constitucional) de legitimidade.

A estruturação da pergunta “quem é o povo?” conforme esses três graus de significado não tem um parentesco nem remoto com uma classificação ‘algorítmica’, com uma

sistemática pseudonaturalista; deveria — o que infelizmente é um desiderato piedoso — ser supérfluo chamar a atenção para isso. Essa estruturação somente propõe a elaboração de uma tipologia de acordo com tais direções de compreensão, materialmente distinguíveis e atuantes de forma respectivamente desviante na ação do Estado.

O estado constitucional aqui referido foi conquistado no combate contra uma história marcada pela ausência do Estado de Direito e pela falta de democracia [unrechtsstaatliche(n) und undemokratische(n) Geschichte]; e esse combate continua. A democracia e o Estado de Direito legitimam desde os seus inícios a dominação da ordem social burguesa; constituições como a brasileira de 1988 ou a Lei Fundamental alemã mencionam expressamente a legitimação pelo povo. É de importância decisiva saber em que campos e em que grau essas pretensões são cumpridas ou descumpridas no funcionamento cotidiano do ordenamento jurídico. Disso faz parte não apenas a atuação dos políticos, mas também o trabalho prático da docência, da pesquisa e sobretudo da decisão dos juristas, pois o seu fazer é operacionalizado nos termos do Estado de Direito somente em caso de procedimento racionalmente controlável dos titulares das funções jurídicas no Executivo e no Judiciário, bem como no trabalho prévio para o Legislativo. E só então existe a oportunidade de que ao menos uma parte relevante da vida social seja determinada pela democracia, à medida que ela ainda possa ser genericamente controlada pelo direito.

Para a constituição alemã isso é incontestado. O fato de ela ser intencionalmente o modelo oposto ao nacional-socialismo não é uma das menores razões para proibir toda e qualquer ambivalência entre direito constitucional e uma assim chamada realidade “constitucional” discrepante. Mas a constituição brasileira de 1988 também se distancia, de forma igualmente impressionante, de um passado pouco democrático.

tico: da dominação militar, do constitucionalismo *varguista* e das “constituições paralelas, i. é, as constituições não-escritas da configuração real do poder, que se impuseram contra os documentos oficiais legalmente vigentes — que ignoraram, esvaziaram ou [...] fragmentaram no interesse dos detentores momentâneos do poder, a força normativa da constituição escrita”.⁶¹ Diante desse pano de fundo parece, mesmo com vistas a uma certa tradição de “semântica constitucional nominalista”, questionável jogar, tocante à legitimação desse estado como democracia e respeitante à legitimação dessa democracia pelo povo brasileiro, a realidade contra a prescrição constitucional. A simples tentativa nessa direção corre o risco de não atingir o alvo da legitimidade nesse ponto arquimédico [Angelpunkt] do Sistema Político.⁶² Outra coisa também não resulta do fato de que a constituição brasileira de 1988 declarou-se provisória em 70 artigos transitórios e quis até reservar a decisão fundamental sobre a forma de Estado a um referendo popular. Também uma monarquia — eventualmente — criada ainda desse modo deveria ter se legitimado como monarquia moderna por meio da invocação do povo e não representaria nenhum retorno ao absolutismo de um *Ancien Régime*.

61. Wolf Paul. *Verfassungsgebung und Verfassung*, in: D. Briesemeister; G. Kohlhepp; R.-G. Mertin; H. Sangmeister; A. Schrader (edd.). *Brasilien heute*. 1994, pp. 197 ss., 205.

62. Segundo Marcelo Neves. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*. 1992, p. 155, a função “positiva” do simbólico como contribuição para a evolução dos direitos fundamentais na Europa, constatável para esse continente, alegadamente não existe “ao que tudo indica na modernidade periférica, como no caso do Brasil”, e com vistas ao “nominalismo constitucional” e ao “simbolismo constitucional” característico desse país. As declarações dos direitos fundamentais desempenham aqui “um papel antes simbólico-ideológico”.- Cf. também *ibid.* pp. 61 ss., 104 ss. bem como sobre questões de legitimidade *ibid.* pp. 211 ss., 213 ss.- Mas também na Europa se deve lutar incessantemente pela formulação e pela preservação praticamente eficaz das garantias em cada caso individual.

Abstraindo dessa questão específica sem atualidade, uma diferença na mentalidade constitucional de dois Estados comparados não significa nenhum tabu. De qualquer modo também na Alemanha os juristas e políticos, que se ocupam com tais questões, nunca devem esmorecer em sua vigilância e motivação de empenhar-se duradouramente pela realização dos direitos fundamentais. Especificamente para o simbolismo constitucional brasileiro e a semântica constitucional nominalista que lhe corresponde⁶³ indica-se — ao lado da mencionada modalidade de vigência provisória da constituição de 1988 — um perfeccionismo, que exigiria demais das condições de uma implementação eficaz já pelo mero número das leis de regulamentação [Ausführungsgesetze] e de complementação. Chama-se também a atenção para o ônus histórico da adaptação, pelo hábito, a “constituições” paralelas determinadas pelo poder (e determinantes do poder)⁶⁴ Mas esses fatores não dizem respeito ao ponto crucial da constituição: a invocação do povo no preâmbulo, a finalidade da outorga da constituição comprometida (igualmente no preâmbulo) com o Estado democrático de Direito (com o Art. 1 da Constituição Brasileira) e a identificação do povo como fonte de “todo o poder” (Art. 1, parágrafo único). O contexto histórico e o texto expresso da norma despedem-se da prática de “constituições” paralelas inconstitucionais; a modalidade da vigência provisória não pode subtrair nada nesse tocante e as massas de leis regulamentadoras e complementares, que talvez levem o perfeccionismo ao absurdo, não são aqui necessárias, diferentemente de outras matérias. As invocações do povo legitimador nos textos das normas apresentam-

63. V. as explanações pormenorizadas sobre o simbolismo constitucional em: Marcelo Neves. *A constitucionalização simbólica*. 1994.

64. Em Wolf Paul. *Verfassungsgebung und Verfassung*. In: D. Briesemeister/G. Kohlhepp/R.-G. Mertin/H. Sangmeister/A. Schrader (edd.). *Brasilien heute*. 1994, pp. 197 ss., 204 ss.

se como direito constitucional com caráter de obrigatoriedade na República Federativa do Brasil; a legitimidade dessa constituição bem como a da constituição alemã deve poder deixar vincular-se no plano da realidade ao povo ativo, ao povo enquanto instância de atribuição e ao povo-destinatário.

VIII

Exclusão

Mesmo se um dispositivo da legitimidade estiver nesse sentido em função, poderá esbarrar em obstáculo de natureza fundamental: uma cisão segmentária da ordem social e jurídica, que contradiz regressivamente a sua diferenciação funcional, uma “disfuncionalidade setorial” de uma sociedade industrial avançada.⁶⁵

Trata-se aqui da discriminação parcial de parcelas consideráveis da população, vinculada preponderantemente a determinadas áreas; permite-se a essas parcelas da população a presença física no território nacional, embora elas sejam excluídas tendencial e difusamente dos sistemas prestacionais [Leistungssystemen] econômicos, jurídicos, políticos, médicos e dos sistemas de treinamento e educação, o que significa “marginalização” como subintegração. Esse fenômeno não se restringe a países periféricos; fomentado pela política “desregulamentadora” de corte neoliberal em meio a um capitalismo triunfalista cada vez mais selvagem, ele grassa também

65. Cf. nesse tocante, embora a partir das sociedades periféricas, sob a deixa da “marginalidade” Fernando Henrique Cardoso. *O modelo político brasileiro e outros ensaios*. 4ª ed. 1979, pp. 140 ss., 166 ss.- A respeito da marginalização e exclusão como problemas do sistema constitucional e jurídico, a partir de um enfoque de teoria sistêmica e com base no exemplo brasileiro, cf. Marcelo Neves. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*. 1992, pp. 72 ss., 147 ss. *et passim*.

nos países mais ricos, nos países do Grupo dos Sete. A extensão do empobrecimento e da desintegração nos EUA infelizmente já não necessita de menção especial. Na França a exclusão se tornou há anos o tema dominante da política social. Na Alemanha a situação é, ao que tudo indica, avaliada pelo governo federal de tal modo, que ele se nega até agora — contrariando o compromisso oficial assumido na Cúpula sobre Desenvolvimento Social em Copenhague (março de 1995) — a publicar um relatório sobre a pobreza no país.⁶⁶ Essa vergonha coletiva de sociedades ricas é refletida na conhecida discussão sobre a “sociedade dos dois terços”*, que ocasionalmente parece ser “admitida com benevolência” [“billigend in Kauf genommen”]⁶⁷ por governos conservadores. Ela conduz rapidamente do rebaixamento do status econômico à depravação cultural e à apatia política (“admitida com benevolência”?). Já Hegel chama nos seus “Lineamentos da Filosofia do Direito” de 1821 a atenção ao fato de que o depauperamento econômico igualmente está vinculado a desvantagens avassaladoras no que toca à instrução e formação profissionalizante, à cultura, ao grau de informação, ao sentimento de justiça [Rechtsgefühl] e da auto-estima.⁶⁸ Empregando linguagem corrente, podemos

66. Por isso existem apenas estimativas - provavelmente fundamentadas - pelas associações beneficentes: quatro milhões de pessoas que recebem a ajuda social, dezesseis milhões de “pobres encobertos”; cada quinta criança na Alemanha cresce em meio à pobreza.

*. A expressão “sociedade dos dois terços” [Zweidrittelgesellschaft] designa no debate público na Alemanha uma situação social, na qual dois terços da sociedade participam dos benefícios da riqueza, do *welfare state*, ao passo que o terço restante é empurrado para condições econômicas e sociais claramente indicativas de pobreza [NT].

67. Para utilizar aqui o termo juspenalista de “dolo eventual”.

68. Ibid. sobre a “incapacidade da sensação e da fruição das capacidades adicionais e sobretudo das vantagens espirituais da sociedade burguesa”, § 243; cf. também a respeito §§ 244, 245.- Sobre a dependência das chances de instrução e formação profissionalizante da base de capital, cf. *ibid.*, §§ 200, 237.

afirmar que a exclusão de grandes grupos populacionais da participação, disponível de acordo com o patamar de desenvolvimento alcançado pela respectiva sociedade e nesse sentido típico para a mesma, leva aqui, mesmo no caso do “desprivilegiamento em só um setor parcial”, a uma “reação em cadeia de exclusões” e, por igual, também à “pobreza política”.⁶⁹

Quando se atinge esse patamar — e esse certamente é o caso em sociedades periféricas —, já não basta falar da “heterogeneidade estrutural” ou da “marginalidade” no sentido da não-integração de grandes grupos populacionais, no sentido de grandes grupos não participarem mais da cidadania. Fala-se então de exclusão no sentido de que esses grupos populacionais dependem (negativamente) das prestações [Leistungen] dos mencionados sistemas funcionais da sociedade, sem que tenham simultaneamente acesso às mesmas (no sentido positivo). Inversamente, o estado de bem-estar social [*welfare state*] é concebido por meio do conceito sociológico da inclusão.⁷⁰ É certo que a diferenciação funcional da sociedade moderna gera uma diferença nítida entre inclusão e exclusão, mas acaba solapando a diferenciação pelo fato de não incluir grandes contingentes populacionais “na comunicação dos sistemas funcionais”.⁷¹ Assim não se trata

69. A. Schrader. *Brasilien: Soziale Fragen, soziale Strukturen*, in: Wolf Paul ed.), *Verfassungsreform in Brasilien und Deutschland*. 1995, pp. 17 ss., 30 ss., 31.

70. T.H. Marshall. *Class, Citizenship and Social Development*. 1976; na sua esteira Niklas Luhmann. *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*. 1981, sobretudo pp. 25 ss.; *ibid.* sobre o que segue no texto.- Sobre o nexo entre subemprego e desemprego patente, falta de previdência social e orientação da produção da economia nacional por um lado segundo a demanda das classes superiores do país, por outro lado segundo a demanda externa (ainda com vistas à deusa da “marginalidade”), cf. Celso Furtado. *O mito do desenvolvimento econômico*. 1981, pp. 77 ss. *et passim*.

71. Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft*. 1993, pp. 582 s., na continuação da argumentação de Talcott Parsons. *Ibid.* p. 583 as citações que seguem no texto do presente trabalho.

mais de diferenças de classe ou de estratificação social *no quadro* de uma inclusão genérica, ainda que muito desigual. Muito pelo contrário, o esquema inclusão/exclusão sobrepõe-se como uma *superestrutura* à estrutura da sociedade, também à estrutura da constituição — como “uma espécie de metacódigo [...], que mediatiza todos os outros códigos”... O código direito/não-direito [Recht/Unrecht] continua aqui existindo como o código hierarquicamente mais elevado para o sistema jurídico na esfera nacional: a saber, o código constitucional/inconstitucional. Mas “para grupos populacionais excluídos essa questão tem reduzida importância em comparação com o que a sua exclusão lhes impõe. Eles são tratados conforme o direito ou conforme o não-direito e comportam-se correspondentemente conforme o direito ou conforme o não-direito, de acordo com as situações e as chances”. *Na prática* se retira aos excluídos a dignidade humana, retira-se-lhes mesmo a qualidade de seres humanos, conforme se evidencia na atuação do aparelho de repressão: não-aplicação sistemática dos direitos fundamentais e de outras garantias jurídicas, perseguição física, “execução” sem acusação nem processo, impunidade dos agentes estatais da violação, da opressão ou do assassinio. Por isso a luta contra a exclusão, que é obrigatória para o jurista, também não tem como objetivo um *babouvismo* próprio de um ‘comunismo da Idade da Pedra’ nem uma sociedade burguesa de classe média; ambos os objetivos estão fora do alcance da atuação especializada dos juristas. O objetivo da luta é impor a *igualdade de todos* no tocante à sua qualidade de seres humanos, à dignidade humana, aos direitos fundamentais e às restantes garantias legalmente vigentes de proteção — sem que se permitisse aqui as mais ligeiras diferenças, tampouco aquelas com vistas à nacionalidade, aos direitos eleitorais passivos e ativos ou à faixa etária (meninos de rua). Em duas palavras: na luta contra a exclusão, uma democracia constitucional não pode

justificar-se apenas perante o *povo ativo* nem perante o povo enquanto *instância de atribuição*, mas deve necessariamente poder fazer isso também perante o *demos como destinatário* de todas as prestações afiançadas que a respectiva cultura constitucional invoca. E na medida da sua dominância efetiva *a superestrutura constituída de superintegração/subintegração (inclusão/exclusão) deslegitima uma sociedade constituída* não apenas no âmbito do Estado de Direito, mas *já a partir da sua base democrática*.

Conforme ensina a experiência, as distorções no campo do Estado de Direito assumem aqui proporções estarecedoras: por um lado se recorre à maior parte da população, por outro lado não se investe essa parte da população de direitos; por um lado a maior parte da população é “integrada” na condição de obrigada, acusada, demandada, por outro lado ela não é integrada na condição de demandante, de titular de direitos. Os direitos fundamentais não estão positivamente à disposição dos indivíduos e dos grupos excluídos, mas os direitos fundamentais e humanos destes são violados (de forma repressiva e de outras formas). Normas constitucionais manifestam-se para eles “quase só nos seus efeitos limitadores da liberdade”,⁷² seus direitos de participação política aparecem — diante do pano de fundo a sua depravação integral — preponderantemente só no papel, assim como também o acesso aos tribunais e à proteção jurídica. A constituição não pode impor o código direito/não-direito diante do metacódigo; ela fracassa na tarefa de acoplar de forma confiável o direito, a política e a sociedade. Os superintegrados

72. Marcelo Neves. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*. 1992, pp. 94 ss.; *ibid.* pp. 72 ss., 147 ss. *et passim*. — A constituição não funciona “como *horizonte* da ação e das vivências juspolíticas dos donos do poder, mas como uma oferta que eles podem usar, da qual eles podem abusar ou que eles podem não usar de acordo com a constelação concreta de interesses”, *ibid.* p. 95; ressaltado pelo autor.

dispõem exclusivamente da constituição; a inconstitucionalidade ou contrariedade ao direito da sua ação ou da ação dos “seus” políticos, peritos, milicianos não se torna objeto de procedimentos jurídicos normatizados e com isso nem se torna tema no sentido forte desse termo. O código jurídico está *subordinado* [untersteht] ao código político, o direito está *subordinado* à economia, o Estado está *subordinado* à atividade econômica — com as conseqüências já insinuadas para os economicamente fracos, quer dizer, para a maior parte da população. Então já não admira mais que a reivindicação de direitos de cidadania por parte de subcidadãos excluídos, subintegrados, seja “identificada constantemente com subversão”.⁷³

Esse conceito preciso de exclusão é formulado nas ciências sociais com referência a países da modernidade periférica. Com referência aos países centrais, nos quais se discute o mesmo conceito, como ocorre nos EUA, na Grã-Bretanha, na França e na Alemanha, vale uma variante por assim dizer mais suave, que queremos distinguir da primeira, para os fins da argumentação aqui desenvolvida, como *exclusão secundária*, “posterior”, como marginalidade. Aqui o sistema jurídico insiste na sua vigência efetiva. Entre a normatividade e a realidade existe um *continuum* hierárquico fundamentalmente respeitado. Erros, lacunas, falhas podem ser localizados e trabalhados *com os recursos* do sistema, por meio de operações *no âmbito* da estrutura de texto de democracia e Estado de Direito. Não questionam a vigência do código jurídico, mas confirmam-no, *à medida* que tais operações produzem efeitos reais (proteção jurídica, responsabilidade por ação ilegal do Estado, perseguição de funcionários que procedem de forma ilegal). A marginalização (exclusão

“de grau menor”) surge durante o período de vigência das prescrições que se lhe contrapõem, a partir de razões primordialmente extrajurídicas (econômicas, sociais). A sua avaliação é em um primeiro momento questão de quantidade; assim *e.g.* na Alemanha: marginalização minoritária, mas nitidamente sensível e com tendência para aumentar; na França: minoritária com a mesma tendência, mas nitidamente mais difundida; EUA: minoritária, mas — para fins de avaliação de toda a sociedade, como germinalmente também já na Grã-Bretanha — por assim dizer já com uma minoria de barramento [Sperrminorität]*, i. é, no mesmo território nacional a coexistência de duas sociedades do “Primeiro” e do “Terceiro Mundo”. Politicamente uma conversão da quantidade em qualidade não pode ser excluída: eleições com uma participação de menos de 50% dos eleitores habilitados (participação de 38% dos eleitores das eleições para o Congresso dos EUA no outono de 1994), “maiorias” presidenciais com menos de 40% e em dois casos já com menos de 30% da população eleitoral (na primeira eleição de Reagan; em patamar ainda inferior está o caso da reeleição de Clinton em novembro de 1996, com uma participação de 49% da população e pouco mais de 25% dos votos em favor de um segundo mandato de Clinton). O direito eleitoral continua existindo “normativamente” (a partir do texto da norma e do âmbito material); o que desaparece crescentemente são as *premissas* sociais de um exercício eficaz de direitos e pretensões do *status activus* (e em parte também já do *status positivus*, assim nos inúmeros casos da “pobreza desenhxada”**). Nesse tipo de exclusão, a vigência normativa do ordenamento jurídico (constitucional) não é restringida; o código não se submete e relativiza a si mesmo.

*. Cf. supra p., NT ****);

** “Pobreza desenhxada” [verschämte Armut] é expressão do jornalismo alemão mais recente [NT].

73. Gilberto Velho. *Violência e Cidadania*. In: dados. Revista de Ciências Sociais, 1980, pp. 361 ss., 364.

Ele restringe “apenas” a abrangência efetiva da sua vigência ou, para dizê-lo em termos menos ativistas, ele deixa que isso ocorra, sem trabalhar contra essa tendência com medidas enérgicas, *e.g.*, no direito econômico e social.

Ao lado desse tipo de exclusão temos a exclusão inicialmente descrita, não apenas mais crassa, senão sobretudo sistemática: a *exclusão primária*, como ela é denominada aqui. Poderia fazer-se visível no plano do texto constitucional por meio da omissão de determinados grupos populacionais — ao passo que se fala expressamente dos incluídos; teríamos então uma exclusão primária por meio de uma forma especial do “silêncio da constituição”.⁷⁴ Esse subtipo não diz respeito nem à constituição brasileira⁷⁵ nem à constituição alemã. No tipo corriqueiro da exclusão primária os textos não discriminam, a superfície textual da constituição se mostra imaculada. Só inexpressamente o ordenamento normativo não “quer” ser realmente eficaz *para todos*, mas apenas parcialmente: para interesses prioritários (fomento da economia, organização do Estado a serviço desse objetivo e em benefício das camadas dominantes, dos sobreintegrados, enfraquecimento de instâncias de controle e de contrapoder). Esse é, segundo as fontes brasileiras, o caso desse país, em cujo discurso científico conseqüentemente se fala tanto de constitucionalização e instituição do direito “nominalistas” e de função “simbólica” dos documentos constitucionais como se falou na sua práxis estatal — de tempos anteriores — de “constituições paralelas” não-escritas, situadas ao lado, na verdade acima do código constitucional textificado. Aqui somam-se a quantidade (mais de 80% da população) e a qua-

74. Sobre esse fenômeno nas suas diferentes variantes cf., em princípio: Friedrich Müller, *Das Schweigen der Verfassung*. In: Id. *Essays zur Theorie von Recht und Verfassung*. 1990, pp. 172 ss.

75. Que normatiza explicitamente o estatuto jurídico dos índios no Título VIII, Capítulo VIII, arts. 231 e 232.

lidade: à medida que a constituição não é “querida” [“gewollt”] enquanto vinculante em extensão tão ampla, i. é, não é praticada, ela mesma se submete com a sua pretensão de vigência à reserva da “vigência” do metacódigo, da superestrutura de inclusão/exclusão. Com isso a *inclusão abrange o próprio ordenamento constitucional e jurídico*, que sem a *universalidade* do seu conceito de norma e sem uma pretensão realizável de vigência não pode ser reconhecida como ordenamento normativo *moderno*. A constituição reduz-se a ferramenta ocasional dos sobreintegrados.⁷⁶ Ela não foi “pensada” para os subintegrados: não pode mais *constituir*.

“Estado” no sentido moderno refere-se ao caráter unitário da estrutura de poder-violência [Gewaltstruktur] de “Estado” em um território, refere-se ao monopólio da violência — à diferença *e.g.* da pluralidade dos centros de poder-violência nas sociedades feudais pré-“estatais”. E o Estado “constitucional” exige adicionalmente o caráter estruturalmente unitário da esfera jurídica, na qual se decide sobre a (in)admissibilidade da violência e das sanções a serem impostas — o monopólio do exercício *legítimo* da violência nas mãos do “Estado”, à diferença da pluralidade das esferas jurídicas no feudalismo.

Onde acima de um Estado unitário e acima de uma legitimidade integrada, que no entanto evidenciam ser apenas parciais, i. é, acima da estrutura textual e legitimatória do Estado ainda se faz valer uma superestrutura consistente de inclusão/exclusão, o “estado constitucional”, que só se pode fundamentar e justificar como Estado *universal*, ainda não

76. Exemplos e numerosa documentação comprobatória em Marcelo Neves, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne*. 1992, pp. 89 ss., 110 ss. *et passim*. Cf. também id. *A constitucionalização simbólica*, 1994, pp. 160 ss.

está realizado. A constituição exclui a si mesma — do nexo da legitimidade democrática.

Onde está diante da tirania da exclusão o lugar dos juristas? Certamente não onde Montesquieu os rastreia, quando afirma: ao lado de cada grande tirano encontrei um grande jurista, que lhe justificava os seus atos. O nome dos juristas não se deriva de “justificar”, mas do “direito” [*ius*]. Seu lugar é junto ao povo. E aqui já foi proposta uma resposta à pergunta modernizada de Pilatos: Quem é o povo? Não se trata, no tocante à pergunta pela ação, de “massas” das espécies de textos de agitação; não se trata de um proletariado revolucionário escatológico, que é colocado em prontidão; não se trata de um exército paralelo de guerrilheiros. Trata-se de “*todo*” o povo dos generosos documentos constitucionais; da população, de todas as pessoas, inclusive das (até o momento) sobreintegradas e das (até o momento) excluídas: trata-se do *povo enquanto destinatário das prestações estatais* negativas e positivas, que a cultura jurídica respectiva já atingiu.

Aqui não se trata de fazer um exercício de moralização. Sobretudo os países centrais, os países ricos de maneira nenhuma estão em condições de dar quaisquer lições aos países periféricos, aos países mais pobres e aos países pobres. Trata-se de empreender uma ação transformadora e prepará-la por meio da reflexão.

Uma resposta que muitas vezes se gosta de dar a esse desafio está no empenho pelo desenvolvimento de uma sociedade civil ampla, ativa. Essa resposta não pode ser errada, mas também não é a última palavra a respeito da questão. Ela desconsidera sobretudo a pergunta pelo papel específico dos juristas.

Vamos tomar a metáfora ao pé da letra: a evolução é uma sequência de desafios e respostas, impulsionada qualitativamente pela mutação. Nas sociedades humanas as muta-

ções podem ser provocadas. O papel normativo-institucional dos juristas dá a este segmento profissional uma ferramenta para encaminhar tais provocações de forma legal, legítima e pacífica — assim *e.g.* por meio de instrumentos de direito processual no âmbito do sistema de proteção jurídica e, mais genericamente, do sistema judicial. O primeiro processo penal contra os autores de uma chacina de meninos de rua, que *possa* ser realizado até as últimas conseqüências e levado a um resultado correto nos termos do Estado de Direito, representa um passo qualitativo na direção desse objetivo. O lado *econômico-social* da exclusão não pode ser simplesmente eliminado por voluntarismo definitivo dos juristas; não se pode também dar-lhe sumiço por meio de uma magia normativa. Mas com os graves fenômenos paralelos da exclusão social, *de natureza jurídica*, com a exclusão jurídica nas suas múltiplas formas as coisas se passam diferentemente. Os juristas podem questionar essa exclusão e quebrá-la tópica e exemplarmente mediante seus recursos (competências, procedimentos, instituições) — com possíveis efeitos retroativos positivos contra a exclusão social, a longo prazo. As pessoas são pobres — mas isso não significa que “se” possa torturá-las impunemente; elas são social, cultural e politicamente destituídas de oportunidades de participação, mas isso não significa que “a gente” possa matá-las impunemente. A resistência legal de juristas sinaliza da maneira mais eficaz que se pode imaginar em termos pacíficos: ela é a areia colocada na engrenagem de um sistema jurídico denunciado pela presença da inclusão/exclusão, mais precisamente a areia colocada na engrenagem pelos ‘outsiders’ do lado interno desse sistema.⁷⁷

77. A expressão “outsiders do lado interno”, cunhada com vistas à atividade científica rotineira [Wissenschaftsbetrieb], é de autoria de Erwin Chargaff, que formula assim concisamente a sua própria posição no discurso das ciências naturais. - Nas “Lettres de la Montagne”, Jean-Jacques Rousseau fundamenta - não

A positivação do direito moderno como *textificação* é faca de dois gumes. Como já se assinalou, ela pode ser desvirtuada na direção do simbólico de má qualidade, mas também pode ser levada precisamente ao pé da letra. A exclusão primacial não está expressa no texto de norma da constituição. Aqui uma estratégia de dialética real pode fincar pé. Ela principia com o fato da positivação: a República Federativa do Brasil pôs em vigor o texto moderno e elaborado da sua constituição de 1988. Não só não fala ele de exclusão — o que poderia ser uma forma do “silêncio da constituição” —, senão que se pronuncia contra ela (Arts. 231 e 232 sobre os índios) bem como contra outras discriminações (Art. 5 da Constituição Brasileira, que estatui que “[t]odos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”). Pode-se virar os textos de normas vigentes contra a exclusão ancorada não em leis da natureza, mas “apenas” nas mentes, contra essa exclusão, que forma uma parte da pré-compreensão da sociedade em geral e dos juristas em especial (função “apenas nominalista”, “apenas simbólica” da constituição). Os juristas competentes, auxiliados pelos grupos de auto-ajuda, por movimentos de cidadania [Bürgerinitiativen], organizações protetoras de direitos humanos, devem selecionar casos individuais, que apresentem vantagens tão grandes quanto possíveis no tocante à demonstrabilidade dos fatos relevantes para o caso e à possibilidade de proteção das testemunhas. Fundamentados nesses casos, procedimentos piloto e processos exemplares devem ser levados tão longe quanto possível na hierarquia do Judiciário, de maneira a realizar a proclamada pretensão genérica de pu-

em último lugar - o seu juízo de que o modelo inglês das *balances of checks and powers* contém elementos de natureza exemplar com a seguinte afirmação: “le dernier du peuple peut exiger et obtenir la réparation la plus authentique, s’il est le moins du monde offensé...”; Id. in: C.H. Vaughan (ed.). *The Political Writings of Jean-Jacques Rousseau*. 1915, Vol. II, p. 267.

nição por parte do Estado. Com isso — e abstraindo aqui inteiramente das perspectivas demasiado incertas e fracas de um mandado de injunção, do qual não falo aqui⁷⁸ — criam-se fatos processuais, que com o passar do tempo e na transcendência dos casos individuais só podem fortalecer a obrigatoriedade dos direitos humanos também dos subintegrados e também contra a ação dos sobreintegrados. Tais processos, no caso de crimes cometidos contra meninos de rua, estão sendo levados a cabo; eles merecem todo o apoio imaginável.

Todo e qualquer sistema político necessita de legitimidade interna bem como externa. Quanto maior a frequência com que se interprete a constituição efetivamente ao pé da letra — contrariando certas tradições do passado — e quanto mais frequente isso ocorra publicamente, com ressonância no plano internacional, tanto mais o próprio sistema político deverá a longo prazo aceitar que ele mesmo seja tomado cada vez mais ao pé da letra, com base na sua própria constituição. Tal procedimento não se me afigura idealista, tocante ao seu conteúdo material; mas em termos quantitativos certamente deveremos incluir nos nossos planos um longo período de tempo. Ao menos como tendência deverá aumentar assim a pressão na direção de deixar efetuar a legitimação *não mais*

78. Constituição Brasileira, Art. 5º, § LXXI: mandado de injunção para obter a decretação de uma norma regulamentadora.- Entrementes a prescrição foi suavizada por uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF 1990) e convertida em mero meio de *informação* do respectivo órgão público acerca da inconstitucionalidade da sua omissão.- Esse instituto jurídico foi proposto na ciência por Paulo Lopo Saraiva, *Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, 1983. Para uma caracterização clara do mandado de injunção e reflexões detalhadas sobre formas históricas precursoras, cf. Paulo Bonavides & Paes de Andrade. *História Constitucional do Brasil*. Brasília; Rio de Janeiro, 1989, pp. 500 ss. e 510 ss. Apresentação pormenorizada e crítica in: Itiberê de Oliveira Rodrigues. *O Mandado de Injunção nos Julgados do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre, 1995 (tese de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da UFRGS em novembro de 1995). Cf. ainda Fr. Müller. *Juristische Methodik*, 7ª ed. 1997, Seção 313.7.

apenas por meio de textos (formulados de forma “nominalista”, “simbólica”), mas de lográ-la apenas por meio da *ação* do Estado conforme determina o texto. Nesse processo, cada passo individual deverá ser conquistado; mas trata-se da única possibilidade visível de cumprir o processo sem violência — por via de meios legais, meios da superfície textual oficialmente “vigente”, i. é, meios do próprio sistema. Essa estratégia não há de substituir a outra estratégia, aquela de um aperfeiçoamento e fortalecimento da sociedade civil, mas acompanhá-la e, muito pelo contrário, impulsioná-la topicamente.

Os textos “vigentes” são como tais tão *reais* quanto os titulares das funções jurídicas e as competências, que lhes são atribuídas (por outros textos de normas “vigentes”); nesse sentido falou-se dos códigos escritos modernos como faca de dois gumes. E falou-se de “dialética” real, pois não se pode tratar de uma dialética idealista-especulativa no sentido de Hegel ou do hegelianismo de esquerda, embora se trate de uma *dialética*. Pois sem a anterior pré-compreensão do “caráter dado” [“Gegebenheit”] da exclusão primacial, da sua natureza compacta, que lembra por assim dizer a forma de uma lei da natureza, e sem a pré-compreensão daí conseqüente de um “nominalismo” e “simbolismo” da constituição, os mencionados textos de normas, que excluem a discriminação e a exclusão, provavelmente não teriam sido incluídos nessa forma na constituição de 1988. No futuro poder-se-á comprovar — caso ocorra o correspondente comportamento de parte dos juristas brasileiros — que essa estratégia foi arriscada, pois os mesmos textos de normas contra a discriminação e exclusão podem precisamente ser também tratados com a outra pré-compreensão de “vigência”, própria do Estado democrático de Direito em fase elaborada: como obrigatoriedade e como universalidade [Allgemeinheit] dessa vigência, como sua universalizabilidade [Verallgemeinerungsfähigkeit].

O que se afigura como risco a partir da exclusão herdada do passado, configura ocasião para a luta legal e não-violenta, para a luta legitimadora contra a exclusão: a ocasião de levar essa constituição a sério na prática. Afinal de contas, não se estatuem impunemente textos de normas e textos constitucionais, que foram concebidos com pré-compreensão insincera. Os textos podem revidar [zurückschlagen].

Os juristas de um país da modernidade periférica, que se vêem expostos a tal situação, têm objetivamente o papel de vanguarda não apenas em termos de técnica jurídica, de competências, mas justamente também em termos sociais. Assumem o papel de vanguarda do desenvolvimento global da sociedade no sentido de criar e fortalecer uma consciência pública mais ampla com relação à constituição, à legalidade e a *vigência* (levada a sério) dos textos oficiais de normas. Ao mesmo tempo pesa sobre eles o ônus de cuidar da *comunicação suficiente* na ciência, na práxis e na política (jurídica), pois trata-se de textos de normas — perfeitamente implementados nesse campo —, que lhes adscrevem [zu-schreiben] funções, cargos, competências, como fora do círculo estreito do poder fáctico ninguém as detém em sociedades desse tipo.

A exclusão deslegitima. *Na exclusão o povo ativo, o povo como instância de atribuição e o povo-destinatário degeneram em “povo”-ícone.* A legitimidade somente pode advir da fundamentação no *povo real*, que é invocado pelo texto da constituição — em diferentes perspectivas e com abrangência correspondentemente variada, mas sempre de forma documentável, conforme se mostrou acima. O trabalho dos juristas nessa direção produz passo a passo a qualidade do Estado de Direito, mas é em grau igual um trabalho em prol da democracia.

IX

Legitimação da democracia. Reavaliação de “kratein”. “Democracia” compreendida também como nível de exigências, além das técnicas da dominação

O discurso de legitimação de uma democracia não só obriga a mesma a ser democrática no seu conteúdo — abstraindo do fato de que o significado desse adjetivo “democrático” pode ser matéria de grandes controvérsias. Ele deveria sobretudo realizar também no seu próprio procedimento o que designa, deveria, portanto, ser correlativamente estruturado, i. é: não formular afirmações em bloco, que se imunizam contra a discussão, não apresentar-se qual dedução cogente, não falar por intermédio de resultados antecipados. Muito pelo contrário, a legitimidade — como também a normatividade jurídica⁷⁹ — é um *processo* e não uma substância, uma essência ou mesmo uma *qualidade* de textos.

A legitimidade é por igual um processo que reage à realidade, configurando-a ao mesmo tempo; dito em outras palavras, ela aparece na sua elaboração [Bearbeitung]. A *legitimação* do Estado democrático deveria tanto oferecer

79. Assim Friedrich Müller, desde: *Normstruktur und Normativität*, 1966; *Strukturierende Rechtslehre*. 2ª ed. 1994; *Juristische Methodik*. 6ª ed. 1995.

alternativas distinguíveis como também exibir gradações manuseáveis.⁸⁰

Assim a espécie de legitimidade, que se venha a inferir do poder constituinte do povo, pode ser formulada em gradações: a *incorporação* dessa pretensão ao texto [Vertextung] da constituição tem por interlocutor [Gegenüber] o povo enquanto instância de atribuição; o procedimento *democrático* de pôr em vigor a constituição dirige-se ao povo ativo; e a preservação de um *cerne constitucional* (que sempre é também democrático) na duração do tempo investe o povo-destinatário nos seus direitos. Lá, onde esses aspectos da pretensão de legitimação permanecem apenas fictícios, o discurso se torna *icônico*; assim a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha dispõe, no tocante ao procedimento constituinte nunca realizado [eingelöst], apenas de um “povo” icônico, que o seu texto pode invocar.

A tradição também já procura introduzir gradações ao contrapor da democracia plebiscitária à democracia representativa, continuando o velho antagonismo entre Locke e Rousseau, e ao elaborar uma gradação quantitativa entre elementos representativos e plebiscitários de um Sistema Político. Esse debate de política constitucional é importante; sobretudo onde — como na Alemanha — uma ordem liberal burguesa se restringe essencialmente, no tocante às instituições, a conceder ao seu povo ativo a cada quatro (ou ‘x’) anos o direito de voto. A democracia popular radicalmente plebiscitária (cf. o projeto originário de Rousseau, os modelos de conselhos) é, diante disso, considerada impraticável,

80. Sobre a estrutura da legitimidade/legitimação v. Friedrich Müller (ed.), *Untersuchungen zur Rechtslinguistik*. 1989, pp. 204 ss.; *Notiz zur Strukturierenden Rechtslehre*, in: id. *Essays zur Theorie von Recht und Verfassung*. 1990, pp. 128 ss.; *Juristische Methodik*. 6ª ed. 1995, pp. 177 ss.

com boas razões.⁸¹ Além disso o encobrimento de que há razões suficientes de natureza demográfica, técnico-organizacional, de dinâmica de grupos, denominadas na linguagem burguesa “razões cogentes, decorrentes do próprio objeto” [“Sachzwänge”], em virtude das quais o “povo” não se pode governar a si mesmo, equivaleria também a uma ideologia e não a um discurso sobre a democracia, democraticamente estruturado. Mas a discussão não deveria contentar-se com isso; afinal de contas o próprio Rousseau já faz nessa questão uma distinção entre a forma da constituição e a forma de governo. Na discussão até agora exige-se ou realiza-se “mais” democracia por meio de formas adicionais de eleições diretas — para os cargos de presidente, primeiro-ministro — ou por meio de outros “elementos plebiscitários adicionais” — como a iniciativa popular, o referendo. Esse tema — por sinal importante, como já se disse — não foi aprofundado aqui; o objetivo do presente trabalho foi analisar o *grau zero* [*degré zéro*] da legitimação democrática, questionar o conceito de povo. “Povo” já não foi tomado como termo preexistente (da ideologia, da filosofia do Estado, da teoria da democracia), porém mais simplesmente *como a totalidade dos indivíduos realmente residentes no território do Estado*: como uma “multiplicidade em si diferenciada, mista, constituída em grupos, mas organizada de forma igualitária e não-discriminatória”.⁸² Abstraindo das questões de teoria do conhecimento que entram em jogo aqui, compreende-se que esse conceito de povo não é um conceito “sem pressupostos”, um conceito naturalista, já a partir do simples fato de que aqui se deveria discutir o conceito *jurídico* de povo, um conceito do direito da democracia. No decurso das reflexões esse

81. Isso já foi visto e trabalhado [verarbeitet] por Rousseau; cf. a respeito e.g. Friedrich Müller. *Entfremdung*. 2ª ed. 1985.

82. Friedrich Müller. *Fragment (über) Verfassunggebende Gewalt des Volkes*. 1995, p. 91.

conceito se diferenciou, sem contudo perder de vista a “base” dessas reflexões, os indivíduos que efetivamente vivem e atuam aqui e são — não em último lugar — atingidos.

Entre o tipo de legitimidade de uma *democracia popular*, que exigiria quanto à forma de governo “um povo de deuses”, segundo Rousseau, e o tipo de legitimidade de uma *democracia formal* burguesa, que a cada quatro anos atrai às urnas um número cada vez menor de cidadãos eleitores “enfasiados diante da política” [“politikverdrossene” Wahlbürger]*, insinua-se [schiebt sich], conforme a proposta aqui apresentada, o largo pedestal de operações legitimatórias [Legitimierungsleistung] de uma democracia levada a sério, que reside no *cumprimento das pretensões do ‘status negativus’ e do ‘status positivus’ do povo-destinatário, de toda a população*. Aqui não está em jogo apenas a legitimação no quadro do Estado de Direito — ou a legitimação no quadro do Estado de Bem-Estar Social, à medida que no ‘status positivus’ são estatuídas e implementadas e.g. prescrições de direito trabalhista, de direito sanitário, de direito de educação e cultura e de direito previdenciário. Aqui está em jogo — também e sobretudo — a legitimação democrática.

Os pontos extremos da escala são, por um lado, o grupo “popular” “demo”crático sem restrições, que se encontra em estado de fusão permanente (e que segundo o Sartre da “Critique de la Raison Dialectique” só é atingido temporariamente no grupo terrorista, no “ensemble pratique”), enquanto núcleo de uma população integralmente politizada, aquecido até a temperatura de fusão; e, por outro lado, uma “demo”cracia de cunho autoritário ou totalitário,

*. “Politikverdrossenheit”, literalmente “fastio diante da política”, é termo corrente do jornalismo político alemão das últimas décadas e designa a atitude do eleitor que perde o interesse pela dimensão política da vida social. Entrou também na linguagem da Ciência Política [NT].

mantida apenas nominalisticamente — uma “demo”cracia sem povo; monstruosa na linguagem de Pufendorf, “irregulare aliquod corpus et monstro simile”.

Nenhum desses dois pontos extremos estava em pauta aqui, mas justamente o discurso democraticamente estruturado com distinções e alternativas praticáveis. Não resulta ele em nenhum “monstro simile”, mas em um “mobile”: não em normas pseudonaturalistas, mas em argumentos relacionais, critérios de aferição mutuamente deslocáveis, que no entanto continuam reciprocamente referidos. *Quanto mais* o “povo” for idêntico com a população no direito efetivamente realizado de uma sociedade constituída, *tanto mais* valor de realidade e conseqüentemente legitimidade terá o sistema democrático existente *como forma*. E essa correlação conjuntiva “quanto mais... tanto mais” implica que a aproximação das duas figuras ocorre por meio de gradações e tipificações, em correlação com as diferentes esferas funcionais: povo ativo, povo como instância de atribuição, povo-destinatário em oposição ao povo-ícone.

Nessa formulação não só o termo “demos” deve ser levado mais a sério como problema; urge também repensar o termo “kratein”. “Governar” significa tradicionalmente ser sujeito do poder decisório e do exercício do poder. Essa ótica reducionista concentra-se em correspondentes *técnicas* sociais, e.g., no âmbito do debate sobre a democracia, nas técnicas da representação ou do plebiscito. Ocorre que “kratein” significa aqui em grau hierárquico igual: ser efetivamente levado a sério como o fator determinante, como o fator decisivo** com vistas à legitimação. Quem deve, nesse sentido,

*. Em português: “qualquer corpo irregular e semelhante a um monstro”. A expressão é de Samuel Pufendorf. *De statu imperii germanici* (1667) [NT].

** O autor grafa o adjetivo no termo alemão para “fator determinante” com hífen: “maßgebend”, para lembrar o sentido originário da palavra: “que dá/indica a

ser efetivamente levado a sério como fator determinante? O povo.

O estreitamento de “kratein” em “democracia” não é simplesmente obsoleto, mas liminarmente inadequado em combinação com “demos” pois parte do antiqüíssimo esquema de “em cima/embaixo”, oriundo do pensamento não-democrático, pré-democrático do poder de dominação e das suas categorias.

Ao transitar para a democracia, esse pensamento antigo não subverte propriamente o mencionado esquema. Este é mantido; no seu âmbito concebido em termos autoritários, como no passado, pretende-se agora — de forma mais ou menos sincera, no caso de Rousseau mesmo de forma desesperadamente sincera — *colocar o povo no trono* [*das Volk zuoberst gesetzt werden*]⁸³ — não importa quem seja esse povo. A deformação autoritária continua de pé, só que o sujeito do “governo” [“Herrschaft”] é substituído. Assim se explica que tradicionalmente só estão em pauta o *status activus* e seus corpos de regras, as prescrições referentes à nacionalidade, aos direitos eleitorais ativos e passivos e às suas prescrições complementares, quando se justifica a democracia junto ao “povo”. E isso explica também que tradicionalmente só estão em pauta as diferenças entre o estado atual [Ist-Zustand] e o estado a ser atingido [Soll-Zustand] no tocante às particularidades da técnica de mediação e dos procedimentos de dominação, quando se acha em jogo a “crítica da democracia” e uma “crise da democracia”. *Status negativus* e *status positivus* são então deportados para o Estado de Direito e em parte para o Estado de Bem-Estar Social, que também têm a ver com eles, mas não exclusivamente; e de qualquer

medida”. Esse sentido já não está presente na consciência da maioria dos falantes da língua alemã [NT].

83. Um empreendimento, que desde os tempos da Babilônia promete ser mais bem-sucedido durante o carnaval.

modo o *status negativus* e o *status positivus* não têm nada a ver com um Estado Social de Direito concebido como autônomo diante da democracia.

Dito de outra forma, não está em pauta, em primeiro lugar, trabalhar o “conceito” de povo como tal. Está em pauta levar o povo a sério como uma realidade. Precisamente isso impede continuar tratando a “democracia” *somente* em termos de técnica de representação e legislação, bem como continuar compreendendo “kratein”, que então se deve referir ao povo efetivo, *somente* do ponto de vista do direito da dominação.

Por causa de “one man one vote”, de uma afirmação que não é nenhuma norma superior sem alternativas, o povo ativo e o povo enquanto instância de atribuição devem ser aproximados na medida do possível em termos de *política* constitucional; mais precisamente, eles devem ser aproximados à proporção que razões cogentes conformes à constituição não impeçam isso. Isso mais uma vez não se refere a nenhuma oposição rígida em termos de ‘ou — ou’, mas a dispositivos que introduzem gradações; assim *e.g.* o direito eleitoral municipal para (determinados grupos de) estrangeiros, ainda que eles não devam receber nenhum direito eleitoral para o Legislativo.

Similarmente a “one man one vote” enquanto espécie de idéia regulativa, o “povo” *rousseauuniano* pode ser preservado como elemento de concretização na política constitucional, que não aparece *como tal* nos textos das normas do direito vigente, mas que deveria de qualquer modo funcionar como fator de intranquilidade de uma certeza de legitimação, que do contrário seria açodadamente autocomplacente: como povo *inteiro* de Rousseau, que justamente não foi pensado no seu papel icônico, mas como sujeito agente, como sujeito realmente determinante da república das leis. Ele não deveria desaparecer do discurso da democracia.

Inversamente há casos, nos quais o direito de nacionalidade e o direito eleitoral (sistema censitário, direitos eleitorais plurais, restrições étnicas, *apartheid* racial, ausência de direito eleitoral para mulheres, listas de eleitores com barreiras definidas pelo grau de instrução etc.) estreitam fortemente o povo ativo, aumentam conscientemente a diferença entre povo ativo e população ou povo enquanto instância de atribuição. Trata-se então de direito vigente, que — caso a constituição (do *apartheid* etc.) siga essa linha — até está formalmente em conformidade com a constituição. Mas semelhantes medidas enfraquecem na mesma proporção a legitimidade democrática do sistema. Tal não pode ser afirmado normativamente, pois o sistema se concede no seu âmbito interno [in seinem Innenbereich] os meios para tal; isso vale naturalmente com a ressalva de obrigações internacionais ou de prescrições supranacionais cogentes, que podem ser concebidas. No entanto, o mesmo pode-se dizer perfeitamente no plano do debate sobre a legitimidade dentro da família constitucional;⁸⁴ falando em termos metodológicos, no plano daqueles fatores de concretização de política constitucional, de concretização teórica e em parte também de dogmática constitucional, não-apoiados em textos de normas. Os fatores de política constitucional detêm uma posição relativamente fraca, mas detêm-na; e fraca ela é igualmente apenas na constelação do conflito metodológico entre os elementos individuais do trabalho jurídico.

A democracia moderna avançada não é simplesmente um determinado dispositivo de técnica jurídica sobre como colocar em vigor textos de normas; não é, portanto, apenas

84. Sobre a concepção da “família constitucional” e o nexo em epígrafe v. Friedrich Müller. *Fragment (über) Verfassunggebende Gewalt des Volkes*. 1995, e.g. pp. 68 ss., 77 ss. et passim.- Sobre os elementos de concretização da política constitucional cf. Id. *Juristische Methodik*. 6ª ed. 1995, pp. 244 ss. et passim; sobre conflitos metodológicos cf. ibid. p. 249 ss.

uma estrutura (legislatória) de textos, o que vale essencialmente também para o Estado de Direito. Não é tão-somente *status activus* democrático.

Além disso, ela é — e nesse sentido ainda ao nível da estrutura textual — o dispositivo organizacional para que prescrições postas em vigor de forma democrática também caracterizem efetivamente o fazer do Poder Executivo e do Poder Judiciário. É o dispositivo organizacional para que impulsos de normatização democraticamente mediados configurem aquilo, para que eles foram textificados e postos em vigor com tanto esforço: a realidade social cotidiana (e com isso também a realidade individual).

A democracia avançada é assim — e nesse sentido ela vai também um bom pedaço além da estrutura de meros textos — um *nível de exigências*, aquém do qual não se pode ficar — e isso tendo em consideração a maneira pela qual as pessoas devem ser genericamente tratadas nesse sistema de poder-violência [Gewalt] organizados (denominado “Estado”): não como subpessoas [Unter-Menschen] não como súditos [Untertanen], também não no caso de grupos isolados de pessoas, mas como membros do Soberano, do “povo” que legitima no sentido mais profundo a totalidade desse Estado. Essa democracia é portanto também um *status negativus* democrático e um *status positivus* democrático. Representa ela um nexo necessário, um nexo legitimador com a organização da liberdade e da igualdade. Isso não é direito natural idealista [inhaltliches Naturrecht]; isso se acha incorporado ao texto das constituições [in den Konstitutionen vertextet], das quais falamos. Democracia significa direito positivo — o direito de cada pessoa.

**DISCURSO POR OCASIÃO DO LANÇAMENTO DE
QUEM É O POVO? A QUESTÃO FUNDAMENTAL
DA DEMOCRACIA**

São Paulo, 1998*

Minhas senhoras, meus senhores,
Qual é a questão fundamental da democracia?

Constituições democráticas e os titulares de funções do seu respectivo sistema de dominação preferem falar — e falam mais freqüentemente — do “povo”. A razão disso é simples: eles precisam justificar-se, como todas as formas de poder. E aqui a invocação do povo fornece a legitimação mais plausível.

Não obstante — e, se olharmos o problema mais de perto: justamente por essa razão —, a simples pergunta “Quem é esse povo?” nunca é formulada como uma pergunta analítica. Supõe-se tacitamente que, afinal de contas, todos

*. Texto ampliado de um breve discurso proferido por ocasião do lançamento da 1ª edição de *Quem é o povo?* na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no Largo de São Francisco (26 de outubro de 1998), no auditório da OAB em Brasília (28 de outubro de 1998) e no auditório da Escola do Legislativo, em Belo Horizonte (5 de novembro de 1998). O tradutor agradece a Martonio Mont’Alverne Barreto Lima (Fortaleza) pela revisão cuidadosa do texto, que melhorou em muito a sua forma final.

saibam quem é esse povo. Eis um típico discurso de legitimação que tranqüiliza em vez de criar transparência.

Mas se formularmos essa pergunta — e isso é o que estamos fazendo aqui — começam as maiores dificuldades. Quem é o povo? As pessoas que vivem de fato no país [faktische Inländer]? As pessoas que vivem legalmente no país [rechtliche Inländer]? Os titulares dos direitos de nacionalidade? Os titulares dos direitos civis? Os titulares dos direitos eleitorais ativos e passivos? Apenas os adultos? Apenas os membros de determinados grupos étnicos, religiosos ou sociais? Em incontáveis países do passado e/ou do presente que se denominaram ou denominam “democráticos” há pretensões reconhecidas de direitos [Berechtigungen] em várias gradações, discriminações mais grosseiras ou mais sutis, privilégios mais ou menos juridicizados, exclusões e inclusões que fazem com que aquilo que poderia ser chamado *realiter* “povo” dilua-se em um mosaico desorientador. Consta-se logo que “povo” não é um conceito simples nem um conceito empírico; povo é um conceito artificial, composto, valorativo; mais ainda, é e sempre foi um conceito de combate. Historicamente isso é recapitulado nesse livro em uma retrospectiva que remonta à pólis sumeriana, passa por Atenas e por Roma e pela igreja cristã primitiva até chegar ao presente, no qual por meio de práticas como expulsão, reassentamento, “limpeza” étnica o “povo” respectivamente desejado pelos donos do poder é manipulado ou criado à força. Tal barbárie em nome de “demo” cracia é uma “— cracia” no sentido mais duro do termo, mas não tem nada a ver com “demos”: “povo” é usado aqui como expressão seletiva, como conceito finalista, como lema de guerra.

Onde, porém, existem estados constitucionais que em princípio funcionam, o “povo” tem mais raramente a função de *ícone* de uma legitimidade ilusória; mas ainda continua

funcionando de modos muito distintos, seja como *povo ativo*, seja como *instância global de atribuição*, seja como *população real* com o status de ser destinatária de prestações civilizatórias do estado, tais como direitos fundamentais, existência do Estado de Direito, procedimentos justos e equitativos do poder público.

Tudo isso é analisado com os recursos da Lingüística Jurídica (que se ocupa com os modos de emprego do termo “povo” na práxis), com os recursos da análise constitucional comparada (no caso, entre as constituições brasileira e alemã), com os recursos da Ciência Política e da Sociologia (sobretudo no tocante ao fenômeno deprimente e deslegitimador da exclusão de segmentos maciços da população).

As análises conduzem a resultados que podem ser formulados tanto em termos de teoria quanto em termos do direito positivo.

A dominação não é gerada por uma constituição. Esta somente organiza — e mesmo isso apenas parcialmente —, *ex post facto*, a dominação existente à qual ela procura emprestar legitimidade.

O fato de sempre encontrarmos relações pré-existentes de dominação caracteriza um fenômeno elementar de grupos humanos; mesmo de grupos bem informais como, por exemplo, uma comunidade [Wohngemeinschaft] ou um grupo de turistas. A sociologia analisou tais processos — inclusive os de natureza informal — na ótica do conceito de “processos de construção/formação do poder”. Em grandes grupos, os centros do poder econômico-social exercem de fato a dominação: as oligarquias proprietárias e financeiras, mas também os centros do poder militar (e.g. os ‘senhores da guerra’ [warlords] regionais) e as elites funcionais e os *staffs* que trabalham para eles.

Em sistemas democráticos a dominação real tanto é derivada por meio de múltiplas mediações e diluições “do povo”, no âmbito do discurso de dominação e em termos de texto e de procedimentos — precisamente por intermédio de um ordenamento constitucional e jurídico. Na realidade a dominação nunca é exercida pelo povo. Mesmo ao democrata incondicional Jean-Jacques Rousseau, o autogoverno careceria de um “povo de deuses”. Ora, não somos um povo de deuses. O povo dos homens, o povo humano continua servindo para o fim de prover de legitimidade até pelo fato de ser ele dominado.

Essa dominação sempre existente tem uma estrutura oligárquica: o ditador também necessita de seu partido unitário, o imperador necessita dos seus príncipes, o rei necessita da camarilha dos conselheiros. Dominação é fundamentalmente um fenômeno oligárquico — e a população não faz parte desse oligopólio.

Caso a “democracia” deva ser mais do que um argumento ideológico, mais do que um mero exercício de retórica, resta apenas a rebelião armada que os povos empreendem sempre de novo, de tempos em tempos, e que sempre conduz à sua dominação oligárquica (isto é, à dominação passageira por outro oligopólio).

A alternativa, com perspectivas melhores de êxito e sobretudo sem a necessidade de recorrer à violência, é a possibilidade de começar *na reflexão* com a “democracia”, de começar a pensar a “democracia” e *inverter o eixo da percepção*: nesse caso devemos redefinir o valor de “kratein”. Mesmo por medidas tais como ampliação do direito eleitoral e de voto, como a implementação dos direitos fundamentais e das garantias processuais, como a efetivação da igualdade perante a lei, o povo não é colocado na posição de ser o sujeito do governo. Mas essa e outras medidas demo“cráticas”

contribuem para *dificultar, complicar, limitar* a dominação dos oligarcas no estado, por meio da consolidação e ampliação dos direitos das pessoas nesse mesmo estado. Por meio do povo enquanto povo ativo, do povo enquanto instância de legitimação global e do povo enquanto destinatário de prestações civilizatórias do estado, é essa perspectiva revalorizadamente nova sobre a democracia institucionalizada, tornando a própria sociedade mais democrática.

Até aqui constata-se apenas as indicações de como esse texto opera histórica, sociológica e juridicamente, e de como ele continua e aprofunda a análise.

Agora eu gostaria de apresentar-lhes o lado interno do problema. Peço licença para fazer isso através de um caminho incomum: quero relatar sobre como cheguei à dedicatória que as senhoras e os senhores podem ver nesse livro.

À margem da 16ª Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, em Fortaleza, tive a oportunidade de falar aos alunos de pós-graduação em Ciências Sociais da UEC. Os estudantes me perguntaram que papel o povo alemão teria desempenhado durante a reunificação em 1989.

Relatei-lhes que a realidade não tinha sido entusiástica. No começo a população da República Democrática Alemã foi para as ruas e bradou “*Nós somos o povo!*”, sobretudo nas demonstrações em Leipzig, e fez balançar o regime autoritário do seu país. Mas depois de poucas semanas essa palavra de ordem de caráter verdadeiramente revolucionário foi, em decorrência do monitoramento exercido, originariamente, por intermédio da central do partido do então chanceler da República Federal da Alemanha em Bonn, retórica e materialmente distorcida na palavra de ordem “*Nós somos um povo!*”

Ora, isso já era outra coisa: melhor teria sido dizer agora: “*Nós somos uma só nação!*”, pois o povo enquanto

soberano da democracia originária já havia sido excluído por meio de uma manipulação que hoje é considerada fato assente pelos estudiosos da história contemporânea. O que deveria ter acontecido depois do levante popular? Uma “unificação”, sustentada pela atividade autêntica do povo e normatizada pelo referendo popular sobre uma *nova* constituição. O último artigo (Art. 146) da velha Lei Fundamental de 1949 previra justamente essa solução. Mas nada disso ocorreu. Ao invés, houve a assim chamada “adesão”: uma anexação burocrático-jurídica e sobretudo financeiro-econômica *sem* a elaboração de uma nova constituição e, mais uma vez, como já em 1949, *sem* a possibilidade de co-atuação direta do povo.

Por isso, disse eu em setembro de 1996 aos estudantes de pós-graduação em Fortaleza, ouve-se hoje na Alemanha Oriental muitos alemães, muitos dos quais estão justamente decepcionados com os novos rumos de desenvolvimento da sociedade e da política, afirmar com amargura: “Nós *fomos* o povo!”

Nesse momento um estudante pediu a palavra. Ele disse: “O nosso problema no Brasil deveria ser formulado então nos seguintes termos: “Nós nunca fomos um povo.”

Na discussão subsequente eu tive a idéia de reformular a pergunta, de formulá-la talvez mais radicalmente: QUEM É O POVO? A professora Claudia Leitão e os estudantes insistiram comigo para que eu o fizesse em um livro, em um livro destinado ao seu país. Prometi-lhes escrever esse livro.

Agora esse livro está em nossas mãos. Para honrar a sua gênese, ele não é uma edição brasileira licenciada de um livro que em condições normais teria sido primeiro publicado na Alemanha. Trata-se da edição original em português — traduzida por Peter Naumann de forma inovadora quanto ao

discurso científico em língua portuguesa, e revista com competência ímpar por Paulo Bonavides.

O minudente prefácio de Fábio Konder Comparato revela uma vez mais a vastidão do horizonte de um *scholar* extraordinário, a par de revelar o seu senso insubornável pelo cerne do direito — por esse centro dinâmico que é inseparável da ética e da defesa da dimensão humana do ser humano.

Nesse livro, que estamos apresentando hoje, formula-se uma nova base para o direito positivo, para a teoria geral do direito e para a teoria constitucional, também um novo paradigma para o discurso da Ciência Política sobre a democracia. Vamos juntar-nos agora e pôr mãos ao trabalho restante! O fato de eu lhes ter falado sobre os bastidores da dedicatória não se refere, como as senhoras e os senhores podem ver, a uma anedota de caráter privado. Tal anedota, naturalmente, não teria eu contado aqui. Muito pelo contrário, o motivo da dedicatória refere-se a uma questão *fundamental* de natureza social, política e jurídica que compromete de modo perturbador a nós, juristas e cientistas sociais. O estudante de Fortaleza, do qual falei antes, não confundiu “povo” com “nação”. O Brasil *é* uma nação — uma grande nação, uma nação que tem o direito de se orgulhar de si, uma nação consciente de si por boas razões. Mas a pergunta, se existe no Brasil um *povo* no sentido de uma exigência avançada em termos de teoria da democracia e da própria democracia, é uma pergunta inteiramente distinta; e isso não apenas para o Brasil, mas, conforme as senhoras e os senhores puderam ver, para a Alemanha e também para outros sistemas democráticos, sem exceção.

Na verdade *o povo ainda está por ser criado*. Encontrei essa afirmação, já há muitos anos, em Jean-Paul Sartre. Sartre não a formulou como um *aperçu* isolado. Ele se insere numa tradição em parte clandestina, quase sempre extra-

oficial, mas poderosa: nessa afirmação Sartre revela ser um pensador da linhagem rousseauiana. Jean-Jacques Rousseau foi provavelmente o primeiro pensador que formulou em termos *históricos* o conceito do homem para a antropologia filosófica e a noção das normas para a comunidade humana, para a teoria política: nem “o” homem nem as suas formas de vida comunitária estão definidas de uma vez para sempre. Não são dados supratemporais, dados “brutos”, *hard facts*, mas dados modificáveis, *in fieri*; estão sempre a caminho e por esse motivo se vêem sempre ameaçados de descaminhos. Por isso faz sentido confrontá-los — e é necessário — com *exigências* normativas e políticas. Rousseau também não confunde nada a esse respeito: não confunde nem a “nação” com o “povo” nem o “homem” com o “cidadão”. O *citoyen*, bem como o *peuple* como soberano são conceitos enfáticos, materiais. Devemos trabalhá-los, e na sua realização, no árduo cotidiano da teoria, da legislação e da esfera jurídico-política.

Minhas senhoras, meus senhores: tenho a alegria de poder falar aqui a juristas que pensam criticamente e olham para além dos limites de sua especialidade. Para tais juristas há, portanto, muito o que fazer: muito trabalho que é prehe de futuro e vale a pena.

Esse esforço não é de natureza abstratamente estatística. Não ficamos sabendo quem é o povo, se apenas fizermos comparecê-lo às urnas a cada quatro ou cinco anos. Mas justamente isso afirmam os manuais e os discursos dominadores conciliadores da burguesia: a sua forma de democracia significaria na sociedade e no Estado o governo “do povo”; todos os poderes de Estado executariam a vontade “do povo”: na função normatizante, por meio dos seus representantes eleitos, na função implementadora, por meio do Poder Executivo, e na função decisória de conflitos, por meio do Judiciário. Um tal exemplo modelar de democracia formal é a

democracia norte-americana. Providências de central importância da Constituição Federal de 1787 foram tomadas com o objetivo de manter tão reduzida quanto possível a influência direta do povo: a cisão do Legislativo em duas câmaras; a posição forte dos estados na federação, como contrapeso ao poder central; o direito do presidente, isto é, do Poder Executivo, de vetar leis promulgadas pelo Legislativo; a falta de um sistema parlamentarista, isto é, a dependência do governo da maioria no parlamento; o *system of checks and balances*, considerado na sua totalidade. O fantasma que sempre reaparece no *Federalist* é “the man in the street”, o homem da rua, quer dizer, a influência das pessoas normais cujos interesses cotidianos estão afetados. São *eles* que devem ser restritos no seu peso político no sistema dos EUA; não podem tornar-se a instância mais poderosa. A consequência é que eles efetivamente não o são: os presidentes (Reagan na sua primeira eleição, Clinton, Bush Jr.) assumem seu cargo com o apoio de um quarto dos participantes das eleições; e a *abstenção* nas eleições para o congresso supera a marca dos 60% (62% no outono de 1994, 64% no outono de 1998). Essa apatia calha bem com a lógica do sistema político formalmente democrático, dirigido oligarquicamente por uma casta de pessoas honoráveis e lobistas do setor privado e do universo político.

Já Rousseau foi mais realista: pensou também nos limites da democracia. Depois das experiências políticas, negativas do séc. XIX e catastróficas do séc. XX, sabemos o seguinte: para preservar democraticamente um sistema, a democracia não basta como mecanismo único no plano institucional. Ela deve fundar-se nos direitos humanos para todos. Exige um Estado de Direito configurado nos seus detalhes, para que a implementação, a concretização das normas, democraticamente deliberadas, disponha dos parâmetros mais operacionais possíveis. E essa democracia neces-

sita, sobretudo, de uma política direcionada para estabelecer equilíbrios sociais, de uma política justa, para que *com efeito todo o povo possa participar democraticamente*. Rousseau já concebeu e disse claramente o que o liberalismo posterior negou e continua negando sistematicamente: “O povo inglês crê ser livre; mas está assaz enganado. Somente é livre durante as eleições dos membros do parlamento; após as eleições, o povo é um escravo, é nada” (*Du Contrat Social* III, 15). Esse diagnóstico sobreviveu com assustadora incolumidade o quarto de milênio que nos separa da sua formulação. Sonhos de democracias de conselhos ou sovietes não puderam ser mantidos, as comunas e os falanstérios no sentido de Fourier foram efêmeros, sendo que devemos acrescentar que elas nem tiveram a oportunidade de fracassar diante de (possíveis) contradições internas, pois já foram abatidas sangrentamente antes, de Canudos até Kronstadt, passando por Paris e Munique. Hoje em dia, mesmo formas inteiramente apolíticas e absolutamente pacíficas de autogestão, propriedade comunitária, organização social informal como os “gratte-plages” na Camargue da França Meridional, que produzem a sua energia elétrica com autonomia, filtram a água marinha e vivem da pesca, são eliminados pelo poder de Estado. O pânico de autoridades ditatoriais, bem como formalmente democráticas diante dos exemplos de formas de vida orientadas segundo a democracia de base, é traiçoeiramente revelador.

“Democracia” deriva de “demos”. Para que uma sociedade receba esse título honorífico, não basta que os cidadãos reajam em grandes espaços de tempo como objetos da propaganda eleitoral e expressem, enquanto “sujeitos ideais”, — nos referidos manuais e discursos domingueiros conciliadores — a sua anuência ao sistema a cada dia (passivamente, “inercialmente”, na linguagem de Sartre), ao molde

do “plébiscite de tous les jours” (Ernest Renan). Os cidadãos revelam ser *sujeitos práticos* justamente pela *práxis*: como atores que estão a cada dia dispostos a lutar pela honestidade e pelo tratamento materialmente igual das pessoas no Estado e na sociedade. Ela é uma oficina permanente, um canteiro de obras. E quando as instituições estatais encarregadas não zelam suficientemente pelo cumprimento da sua tarefa de supervisão da construção ou chegam mesmo a violar a planta de construção, a constituição, os cidadãos devem defender-se: *resistência democrática por meio da sociedade civil*.

Por sua vez, tanto a resistência quanto a atividade carecem de três condições necessárias da democracia: direitos humanos eficazes; uma política social empenhada na compensação de desigualdades, para que a democracia enquanto *forma estatal da inclusão* possa assentar em uma sociedade inclusiva; e formas do Estado de Direito, nas quais a resistência e a atividade possam expressar-se legalmente.

Tais formas consistem nas diferentes figuras de uma participação da população — destinadas a restringir a oligarquia de deputados, governo e grupos de interesses (*pressure groups*) do parlamentarismo puro, dificultar a sua dominação por meio de uma democracia como mecanismo de um controle e decisão “de baixo para cima”. Condição necessária, mas de longe não suficiente disso é o Direito Eleitoral tomado isoladamente. A democracia burguesa já é o resultado final de uma longa série de *reduções da autodeterminação pela via da autocodificação do povo*: a forma primeira do autogoverno pressuporia “um povo de deuses” (*Du Contrat Social* III, 4, v. também II, 4). Numa primeira revogação dessa pretensão, institui-se um governo como comitê com encargos no plano dos conteúdos, substituível a qualquer tempo pela maioria da assembléia do povo. No próximo passo as leis são promulgadas por deputados, ao lado disso

também por plebiscitos e o governo depende, como no sistema parlamentarista, da maioria dos representantes do povo; estes têm um mandato vinculado e podem ser destituídos.

Num adicional *turn of the screw*, na formação de uma redução, de uma "cracia" real do *demos*, abandona-se a possibilidade de um *recall*, bem como o mandato imperativo. Em uma quarta camada do seu desmonte não existem mais referendos populares ou eles só existem — quando ainda existem! — sob condições muito mais difíceis (a elite oligárquica decide sozinho se e com que enfoque eles devem ser realizados), ou apenas para situações únicas (e.g. solução de conflitos territoriais). Com isso a autocodificação enquanto idéia primeira remanescente da democracia terrena — que sobrevive à maneira de filigranas em ideais de uma organização de conselhos ou *soviets* — já está tão diluída que a oligarquia real existente praticamente não tem mais nada a temer. Num quinto passo de redução, entram na pauta instrumentos como eleições majoritárias e cláusulas de barreira. Pode haver razões pragmáticas razoáveis em seu favor, mas o *topos* do "governo estável", só para lembrar, é um argumento próprio do Executivo, não da democracia. Nesse mesmo plano localizam-se também os dispositivos históricos do "escasseamento": nenhum direito de voto para as mulheres, os escravos e pessoas que não vivem no país há mais tempo (um fenômeno conhecido no modelo de Péricles, mas também já direito vigente nas cidades-estado sumerianas); sistemas de eleições plurais, fundamentados na propriedade, em conclusões de graus de "educação" ou ainda em restrições das competências do parlamento (típicas para a Europa do constitucionalismo nascente oitocentista, mas ainda características no início do séc. XXI, no plano do Parlamento Europeu).

A possibilidade de um "governo do povo" é reduzida uma vez mais pela realidade de um Estado partidário, que

transforma os deputados de fato em delegados do seu grupo político e das bancadas parlamentares, em vez de delegados do povo.

Para aclarar as trevas desse triste painel, são discutidas figuras multiformes de participação popular, também praticadas aqui e ali. Menciono-as aqui apenas em perspectiva genérica. Como participação regular dos poderes de Estado: a eleição de juízes pelo povo (e.g. apenas para determinadas instâncias — inferiores — ou apenas para formas específicas como os juízes de paz ou as cortes arbitrais, ou apenas para determinadas áreas do direito como o Direito Trabalhista; uma modalidade que muito merece a nossa atenção, ao menos pelo parlamento); a eleição de juízes constitucionais, sobretudo nos diversos planos da autogestão. Depois, as possibilidades de co-actuar na legislação: por meio da iniciativa popular, isto é, da apresentação de um projeto de lei, sobre o qual todo o parlamento é obrigado a decidir; por meio do veto popular, quando a constituição exige que determinadas decisões legislativas sejam submetidas ao povo em plebiscitos, uma modalidade que faz sentido sobretudo em emendas constitucionais; ou ainda por meio de um plebiscito, quando os projetos de lei do parlamento ou do governo são submetidos à decisão do povo.

Mas só a *combinação de iniciativa popular e referendo e plebiscito* é um instrumento inteiramente válido da legislação popular. Nesse caso um quórum de titulares de direitos eleitorais ativos formula uma moção para uma lei, com relação à qual o governo em seguida é obrigado constitucionalmente a organizar um referendo. Como variante, deve-se implementar depois de uma iniciativa popular fracassada (no parlamento) um plebiscito conclusivo.

Tradicionalmente, combate o conservadorismo essas figuras do *plebiscito em torno de questões de conteúdo* com a afirmação de que o povo não seria “capaz” para tanto, mas, muito pelo contrário, apenas para *plebiscitos pessoais*. À primeira vista, o argumento é cínico, por ser, no fundo, estratégico. No caso de eleições populares de titulares individuais de cargos, e.g. do presidente da república, a direita dispõe em regra de vantagens estruturais: a personalização faz preponderar emoções irracionais, a direita dispõe de maiores recursos financeiros e domina (por essa mesma razão) em ampla medida os meios de comunicação de massa. Já em plebiscitos em torno de questões de conteúdo estão em jogo interesses verificáveis; e aqui os que desprezam a participação popular temem que os afetados possam votar *nos seus próprios interesses*. Mas o argumento também não coincide com o assunto em questão. O deputado ou a deputada também não compreendem a complexidade técnica das leis pelas ou contra as quais votam no parlamento; além disso, votam condicionados por ponderações de política partidária. Deputados não podem ser especialistas em tudo — mas isso se pede ao cidadão individual —, se quiséssemos tomar ao pé da letra essa argumentação de má qualidade. O conhecimento técnico para o Poder Legislativo não se localiza nem no respectivo titular individual do direito eleitoral, tampouco no deputado. No parlamento, ele é fornecido pelos peritos das bancadas, bem como pelos ministérios, em parte também pela comunidade científica por meio de pareceres de peritos externos. Para iniciativas populares, aqui mencionadas exemplificativamente, ele é fornecido igualmente por especialistas externos, quase sempre internos aos partidos, sindicatos ou outras organizações não-governamentais.

Nas reflexões atuais sobre o tema existe ainda uma outra perspectiva, a saber a de combinar a pura legislação po-

pular ou participação do povo na legislação parlamentar com uma legislação descentralizada (I. Maus. *Basisdemokratische Aktivitäten und rechtsstaatliche Verfassung*, in: Th Kreuder (ed.). *Der orientierungslose Leviathan*. Marburg, 1992, pp. 99 ss.). Nesses casos a co-atuação do povo, para ser eficaz, deveria ser tornada obrigatória na primeira ou segunda forma, pela constituição, como de qualquer modo em emendas constitucionais. Matérias que se encaixam nessa concepção são campos individuais do Estado de Bem-Estar Social, como e.g. os acordos e convenções coletivas de trabalho, a organização e composição dos tribunais trabalhistas, o direito de locação; mas também campos como a proteção ambiental, a proteção ao consumidor, a legislação sobre as condições dos negócios bancários, que afetam a todos. De especial utilidade é também o planejamento (co-)determinado pelos cidadãos, como o *orçamento participativo*, que partiu de Porto Alegre e é mundialmente respeitado, sendo aqui e ali já imitado como modelo, parecendo possível sua extensão a áreas interligadas na vida prática, como o planejamento urbano e do tráfego e, genericamente, a todas as questões de infraestrutura e da gestão de funções importantes no cotidiano. Tudo isso deveria ter respaldo na constituição e ser organizado na prática por meio de leis procedimentais do Poder Legislativo. Além disso, a gama de configurações de participação formal da população nos assuntos de interesse público, que podem ser instituídas no quadro do Estado de Direito, apóia-se nas garantias informais asseguradas pelos direitos fundamentais (liberdades de opinião e discussão, de associação, demonstração, greve etc.) — nas garantias materiais e processuais que sob as exigências do Estado constitucional moderno formam a base jurídica de uma sociedade civil política.

Para Rousseau, a democracia legítima seria a democracia direta, impraticável no Estado de grandes dimensões territoriais bem como em sociedades distorcidas pelo capitalismo. Mas Rousseau viu que a democracia direta pode ser perfeitamente testada em unidades políticas de pequeno formato. Hoje isso não é uma utopia, mas um objetivo politicamente desejável e praticamente aplicável nos estados individuais de uma federação, em regiões administrativas, em municípios. Os multiformes dispositivos formais e informais da democracia participativa são a tentativa de realizar em espaços geográficos relativamente pequenos o '*quantum possibile*' de democracia, em oposição ao modelo excessivamente reducionista de democracia do (neo)liberalismo burguês.

Não existe nenhuma democracia viva sem espaço público. Ele é o espaço do povo, quer dizer, da população: "A praça é do povo, como o céu é do condor" (Castro Alves). Nele oscilam os processos informais da sua participação política, na qual podem apoiar-se aqueles formais de participação: para tornar o povo identificável, abrindo-lhe espaço para que ele se crie — atuando em situações concretas, diante de problemas concretos.

Eis a direção, na qual um Estado democraticamente constituído poderia tornar-se uma *república* no sentido enfático da palavra: uma *res publica*, coisa pública — quer dizer, segundo a etimologia do Latim arcaico, uma *res populi*: uma coisa do povo.

**OUTRAS PUBLICAÇÕES
DE NOSSA EDITORA**
www.maxlimonad.com.br

**DESIGUALDADES REGIONAIS,
ESTADO E CONSTITUIÇÃO**

Gilberto Bercovici

QUAL O FUTURO DOS DIREITOS?

José Eduardo Faria

Rolf Kuntz

**DIREITO E PROCESSO:
RAZÃO BUROCRÁTICA
E ACESSO À JUSTIÇA**

Paulo de Tarso Ramos Ribeiro

**O DIREITO NA SOCIEDADE
COMPLEXA**

Celso Fernandes Campilongo

**CARL SCHMITT E A
FUNDAMENTAÇÃO
DO DIREITO**

Ronaldo Porto Macedo Jr.

DIREITO E DEMOCRACIA

Celso Fernandes Campilongo

O DIREITO NA HISTÓRIA

José Reinaldo de Lima Lopes

**DIREITOS HUMANOS,
GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA
E INTEGRAÇÃO REGIONAL**

Flávia Piovesan (coord.)

**METODOLOGIA DA CIÊNCIA DO
DIREITO**

Fernando Herren Aguillar

**MÉTODOS DE TRABALHO DO
DIREITO CONSTITUCIONAL**

Friedrich Müller

**DIREITOS HUMANOS E O DIREITO
CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL**

Flávia Piovesan