

O presente fugidio das crises constitucionais: uma interrogação acerca da questão concernindo a Modernidade da Constituição

The escaping present of constitutional crises: an interrogation on the question concerning the Modernity of the Constitution

Ricardo Martins Spindola Diniz¹

¹ Universidade de Luxemburgo, Esch-sur-Alzette, Luxemburgo. E-mail: ricardo.spindola@uni.lu. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5127-5766>.

Artigo recebido em 21/05/2020 e aceito em 19/12/2020.

Como citar em *Ahead of print*:

DINIZ, Ricardo Martins Spindola. *O presente fugidio das crises constitucionais: uma interrogação acerca da questão concernindo a Modernidade da Constituição*. Revista Direito e Práxis, *Ahead of print*, Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: *link para o artigo*. Acesso em: xxxx. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/51174.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Resumo

Denunciam-se crises constitucionais a todo o momento. Ainda que cada vez mais a capacidade de mobilização popular desse conceito venha diminuindo, em que cada vez menos pessoas se vejam dispostas a ir às ruas em defesa da Constituição em crise, o conceito de crise retém, incontestavelmente, sua importância, tanto retórica como historiográfica. Não obstante, uma teoria das crises constitucionais resta ausente. O presente artigo se propõe a enfrentar essa ausência, interrogando-a tanto na literatura dedicada ao conceito de crises constitucionais quanto questionando o sentido dessa ausência em sua conexão com o conceito de Constituição ele próprio.

Palavras-Chave: Constituição; Soberania; Eternidade; Crise; Exceção.

Abstract

Constitutional crises are denounced now and then. Even if one notices a decrease in the capacity of this concept to ignite popular mobilization, as there seems to be fewer persons inclined to go to the streets in defense of the Constitution in crisis, the concept of crisis retains, unquestionably, its importance, both rhetorically and historiographically. Nevertheless, a theory of constitutional crises remains absent. The present article proposes to confront this absence, interrogating the literature dedicated to the concept of constitutional crises, on the one hand, and questioning the meaning of this absence in its connection to the concept of the Constitution itself.

Keywords: Constitution; Sovereignty; Eternity; Crisis; Exception.



Introdução

Qual é o fundamento da supremacia da Constituição? Perguntar por tanto significa interrogar a totalidade conjuntural do direito a partir de um dos seus conceitos fundamentais. Outros textos normativos, como leis, portarias, decretos, e mesmo decisões judiciais parecem ter sua interpretatividade pressuposta na condição de serem letra morta, isto é, na ruptura entre a contingência de sua positivação e o sentido da sua legitimidade. A interpretação dos textos constitucionais, ao contrário, seja metodologicamente, seja como fundamento de sua especialidade, parece se lançar insistentemente às origens daquilo que se interpreta. Para além da referência mais imediata que essa indicação pode chamar, isto é, do recurso aos trabalhos da constituinte para sustentar as interpretações projetadas a partir e em vista do texto constitucional, mesmo que se afaste essa via "originalista", a supremacia da Constituição, e as consequências daí advindas, pressupõe sua excepcionalidade. É só por ser excepcional que, ao contrário de outras estruturas autoritativas, sua interpretação prático-normativa precisa projetá-la como um texto vivo, no qual se articula a permanência do evento ou momento do qual é ao mesmo tempo gramática e memória.

Quer-se investigar as implicações comprehensivas da modernidade da Constituição e da sua normatividade, isto é, os fundamentos que vingam no fato da forma constitucional aparecer como o único modo possível de se interpretar e realizar o direito contemporaneamente. Poder-se-ia anotar, justamente, que a continuidade e sucesso de um texto constitucional dependeriam do quanto bem ele condiciona a suspensão do imprevisível e encobre objetivamente as mudanças que inevitavelmente acontecem à sua margem. Prova de tanto é o esforço exigido para se inscrever na sua textualidade tempos e eventos outros sem que eles se vejam reduzidos ao alargamento da sua fundação, à continuidade da sua eventualidade, um contrassenso, sem dúvida, mas, como já indicado, de todo efetivo e constitutivo do horizonte tecnológico do direito moderno. A vigência da Constituição parece, portanto, engendrar, de uma maneira muito peculiar, entre fundação e crise, a introjeção do futuro no passado e a extensão do passado no futuro.

Colocar a modernidade da Constituição em questão, da perspectiva filosófica a que ora se filia significa, portanto, interrogar o seu ser-todo, a totalidade da



Constituição, a partir da sua temporalização. Em outras palavras, como a modernidade da Constituição aparece no seu tempo essencial, qual o sentido de defini-la como uma máquina temporal, interrogação que se circunscreve a partir dos conceitos de fundação e crise que marcam o pensamento moderno da origem do político e que continuam problemáticamente como vestígios na linguagem constitucional contemporânea, preocupada com a manutenção do evento da Constituição, com a sua presentidade *qua* eternidade.

O presente texto circunscreve a questão pelo sentido da modernidade da Constituição à interrogação da sua referência na literatura jurídico-constitucional acerca das crises constitucionais. Fundação e crise são os conceitos que marcam o começo e o fim da Constituição. Assim, ao se voltar para os esforços metodológicos da teoria constitucional para esquematizar adequadamente o conceito de crises constitucionais, perguntando pela inteligibilidade e, por essa pergunta, a situação de mundo, enquanto concepção, posição e visão prévias, que sustenta essa esquematização, a presente investigação avança no sentido de uma interpretação genuinamente filosófica da Constituição, assumindo aqui a distinção entre teoria do direito, com uma sua orientação ora implícita, ora explicitamente tecnológica, e o espanto diante do domínio da tecnologia que chama, no outro início, pela intenção filosófica.

Tanto historiadores, quanto sociólogos, ou mesmo cientistas políticos – e os juristas que se formam nesses ofícios –, justamente pela natureza investigatória de busca a respostas para problemas específicos, não possuem a mesma disponibilidade para indagações conceituais, na medida em que buscam por respostas, busca que exige ou a suspensão de paradoxos, ou a sua denúncia, mas não direta e centralmente o seu enfrentamento. À filosofia cabe a obsessão pelo aprofundamento do questionar. (HEIDEGGER, 2010: 13-14; 2009: 24-27) E um enfrentamento filosófico dos conceitos de fundação e crise – talvez justamente em razão da sua centralidade e operatividade, por estarem tão prontos-a-mão – como caminho para se questionar a modernidade da Constituição nas suas implicações e fundamentos, no seu sentido, resta ausente. Ausência que se traduz na superficialidade operativa de respostas imediatas ao sentido dessa modernidade – que, em última instância, poderia ser reduzida a uma simples datação –, e que devidamente confrontadas, revelarão a metafísica da presença que lhes é subjacente, a qual na sua constância dificulta justamente a colocação da questão



ora proposta, bem como a potência de resistência a essa teleologia.

1. O tempo da Constituição

A programação “onipresente” do direito moderno parece ser engendrada pela Constituição, e, portanto, depende da manutenção da sua excepcionalidade, como justificativa para a redução ou exclusão – movimento que pode ser tematizado como de racionalização – de quaisquer outros contratemplos dissonantes para com o seu presente. Na perspicaz e pouco explorada interpretação de Antonio Negri, “as constituições podem se suceder, cada tempo tem a sua constituição, mas o tempo deve ser constitucionalizado sempre. E a diversidade entre os tempos deve ser reduzida a zero. O dispositivo desta redução é temporal, a constituição é uma máquina temporal.” (2002: 436)

Nas palavras de Solon, a configurar, talvez o mais preciso comentário nunca escrito – inclusive por ser anterior ao texto ao qual o projeto como comentário, algo que não deixa de cometer certa injustiça ao seu autor e à potência de pensamento que se inscreve nessas frases – à enigmática frase de Antonio Negri, “não se pode prescindir de um ‘principium unitatis’ do sistema, que reconheça o fato da unidade do direito perseverar na diversidade da experiência jurídica e na heterogeneidade de suas fontes.” Ao projetar na “descontinuidade material do direito” uma “identidade formal”, para a ordem jurídica moderna “é como se o tempo não existisse, pois já se produziram todas às ‘mudanças’ de direito intertemporal na norma-origem (única).” Assim, “a norma origem é indiferente ao momento em que estas alterações ocorrem, desde que tudo venha nela se desembocar. Todos os conteúdos normativos potenciais já estão previstos *in nuce* na norma-origem que fixa as condições de variação do sistema.” (1997: 201-202)

Tem-se em Ackermann, (1984: 1022-1023, 1040-1042) talvez, a mais transparente articulação da necessidade de manutenção dessa excepcionalidade – que se temporaliza como intemporalidade. Para o autor, a essência do texto constitucional não seria nada mais que a articulação de mecanismos para a manutenção dessa distinção, ao apresentá-lo como uma máquina de dilação temporal entre aqueles



momentos de política constitucional, nos quais o povo se fez presente a si mesmo,¹ e aqueles de política hodierna, de disputas faccionais que se devem fazer aquém e sob a égide das decisões fundamentais tomadas naquele momento de presença absoluta (*parousia*) que se revela e se mantém constitucionalmente.

Andreas Kalyvas demonstrou suficientemente, (2008) ainda que não a tenha explorado em todas as suas consequências, a surpreendente continuidade entre Carl Schmitt e Bruce Ackermann dessa compreensão temporalmente preliminar à articulação da linguagem constitucional. Nas palavras de Carl Schmitt, em um momento particularmente importante da Teoria da Constituição, “não existe estado sem o povo e o povo, portanto, deve sempre ser na atualidade como uma entidade pronta-à-mão.” (SCHMITT, 2008: 239) O poder constituinte, por sua vez, seria o dispositivo por meio do qual se enquadra o povo, constituindo-o e suspendendo-o concomitantemente, isto é, presentando-o com vistas a realizá-lo. (SCHMITT, 1996a: 28-29; LINDAHL, 2008: 327-330) Suspensão que possibilitaria a redução de qualquer ser-em-comum à comunidade propriamente presente fundada na projeção de totalidade da Constituição.²

Em suma, o que a proximidade de autores politicamente tão distintos, a vingar, inclusive, na hostilidade declarada de Ackermann em relação à obra de Schmitt, (2004: 1044) posicionados em situações hermenêuticas e abertos para tradições particularmente diferentes parece sugerir, para além de qualquer suspeita de anacronismo, é justamente a ocorrência de uma apreensão antecipativa da existência pressuposta pela operatividade da estrutura constitucional, anterior e condicionante das possibilidades de tematização por um e outro dos problemas que lhe são imediatos e a partir das categorias que lhes estão disponíveis. Por conseguinte, pode-se arriscar a indicação de uma temporalização *qua* constitucionalização da realidade que

¹ Pode-se apenas aduzir por agora à cadeia de palavras metafísicas que uma tal caracterização se vincula, querendo ou não, e que vão pressupostas, talvez, à noção mesma de povo, tais como identidade, presença, e também e especialmente soberania, (Cf. DERRIDA, 2005: 14-15, 17) economia que se força mesmo em tratamentos da temática que se apresentam como “pós-metafísicos”, como é o caso de Habermas, quem designa essa estrutura como a “*autocompreensão constitucional da comunidade jurídica*” (1996: 41, ênfase adicionada)

² Essa projeção de totalidade, por sua vez, na profunda leitura oferecida por Andreas Kalyvas da obra de Hannah Arendt, (Cf. 2008: 283-291) torna particularmente difícil encontrar a partir da unidade do direito moderno um fundamento constitucional para a prática da desobediência civil – para um princípio de ação distinto e mesmo conflituoso à permanência da eventualidade da fundação, justamente na medida em que essa prática almeja não aprimorar, mas corrigir os vícios da fundação, (ARENDT, 1972: 80, 90-92) a revelar uma angústia fundamentalmente próxima daquela apresentada por Maquiavel no final do capítulo 18 do primeiro livro dos *Discorsi*, dedicado aos modos de se manter um estado de liberdade em cidades corrompidas. (1971a: 102-104)



determina, efetivamente, a compreensão do começo e do fim do ser-em-comum.

Ser-em-comum é um termo técnico desenvolvido, sobretudo, por Jean-Luc Nancy da sua confrontação com a interpretação heideggeriana oferecida a respeito do ser-com-os-outros, (1991: 19, 28-36) Por ser-em-comum quer-se indicar de maneira aberta e ainda não determinada a estrutura compartilhada e plural da existência humana, anterior e mesmo resistente a qualquer apropriação e, por conseguinte, presentificação.

A partir dessa indicação formal se abre a possibilidade de interpretar as distintas totalidades conjunturais que se apresentam como plataformas de modulação e estabilização da existência na sua historicidade, a implicar com tanto, de um lado, suas diferenças que por vezes vão encobertas pela força da tradição, e de outro os conceitos e práticas que operam as suas unidades enquanto conjuntura e as ligam diretamente à existência. Exemplificadamente, ter-se-ia a *polis* grega, com as noções de *nomos* e *arete*, a *civitas* romana e sua distinção entre *autorictas* e *potestas*, bem como a prática da *lex* e do *mos maiorum*, a *civitas Dei* e a *civitas terrae* medievais e a estruturação das relações entre lei divina, lei natural e lei humana, as repúblicas e principados na pré-modernidade, a importância da *virtù*, o problema das facções e da corrupção dos corpos intermediários, e finalmente, e no que diz respeito à presente investigação, o Estado de Direito moderno que tem seu princípio lógico na propriedade e na segurança (Cf. HEGEL, 2008; FINE, 2001: 28-34) e na Constituição a articulação da sua unidade.

1.1. A indecidibilidade da modernidade da Constituição entre fundação e crise

Os conceitos que marcam o começo e o fim da Constituição, fundação e crise, serão lidos na sua modernidade indicativa da temporalidade da Constituição a partir de dois fios condutores: Maquiavel e Hobbes. Tanto em Maquiavel quanto em Hobbes se efetua a transgressão dos conceitos tradicionais de fundação e crise articuladas no contexto do começo da modernidade a partir dos equipamentos conceituais então disponíveis, e que em grande medida os dois autores transformaram e inovaram com vistas a dar conta da novidade de suas situações hermenêuticas.

Essa transgressão se prepara a partir de uma leitura cuidadosa da tradição, em sua retomada a contrapelo, em um projeto de tematizar, ou mesmo fazer



transparente, por diferentes estratégias e com distintas consequências aquilo que os gregos sentiam a necessidade de encobrir – sem o qual dificilmente conquistariam a unidade hipostasiada necessária a uma política do presente informada pela unidade esktático-temporal³ designada pela imortalidade (MEIER, 1990: 72, 138; ARENDT, 1996: 17-21): a origem do político – implicando com isso tanto a retenção do seu começo quanto a antecipação do seu limite, que não raramente coincidiam no evento da guerra civil. (*stasis*) Ainda nesse sentido, os gregos tinham na fundação da *polis* aquilo que há de mais estranho e aterrador, (HEIDEGGER, 2008: 130 e ss., esp. 132) o vestígio do estar-lançado do homem ao abandono do ente. Ao contrário, emprestando-se das palavras de Miguel Vatter, (2000: 116, 189, 219 e ss.) é só quando o pensamento político se *historiciza* e a experiência da liberdade assume um papel central que a fundação e a origem do político podem ser diretamente discutidas.

Krisis, por sua vez, é um conceito fundamental, um conceito insubstituível, segundo Koselleck. (2002: 237) Conceito que nas suas origens gregas designava uma dimensão temporal, a apontar para uma “aceleração do tempo”, isto é, em que a “incerteza e a compulsão em torno à antecipação do futuro aparecem como determinantes à prevenção de uma catástrofe ou à busca por salvação” (2002: 283). Falar em crise indicava um momento de decisão entre alternativas fundamentais a responder “o que é justo e injusto, o que contribui para a salvação ou condenação, o que promove a vida e traz a morte.” (2006: 61) Em contrapartida, o que a atual preocupação com as crises constitucionais nos diz, senão que sua saída é a sua postergação e encobrimento? Não é outra a conclusão que a recente literatura sobre crises constitucionais parece chegar, abaixo devidamente discutida, e que aqui se pode antecipar uma sua redução fenomenológica no sentido de que esse debate revelaria traumáticamente, no limite do horizonte da forma constitucional, o resto da possibilidade sempre presente da guerra civil. (Cf. POSNER; VERMEULE, 2008: 1006; TUSHNET, 2004: 551-553).

A modernidade desse modo de questionamento fica particularmente notável ao se dedicar, mesmo que de maneira inicial, e que aqui não poderia ser de outro modo, a como o momento da fundação é pensado em Aristóteles. Seguindo a leitura de Newton Bignotto quanto ao tema, é à sua Constituição de Atenas e especialmente às linhas dedicadas a Sólon que se deve voltar. Em resposta à guerra civil entre nobres e plebeus, o estagirita escreve que Sólon não cedeu a nenhuma das facções, escolhendo



o meio-termo, e a inimizada de ambos, com o que conquistou posição para introduzir aquelas leis que seriam as melhores. (ARISTÓTELES, 1935: 35) Contudo, ao colocar a experiência nesses termos, indica Bignotto, (1999: 29) Aristóteles pensa o *metaichmion* – é essa a palavra bética que Sólon busca em seus poemas para designar o lugar “entre” as facções a partir do qual se legisla solitariamente e que vai traduzida e interpretada por Richard Martin, por exemplo, como a “terra de ninguém”, (2006: 167 e ss.) – a partir do *meson*, o *metaichmion* não como espaço entre lanças, mas como o *mesotes*, o meio-termo entre excessos que se identificaria com o excelente ético porque mais adequado à finalidade do humano, substituindo a estranheza do político por uma sua teleologia natural, à qual somos apresentados já nas primeiras páginas da Política.

Se isso é assim, se Aristóteles prefere esconder “a angústia existencial diante do começo,” pode-se sugerir como explicação para tanto a incapacidade do pensamento grego de escapar “totalmente desse embaraço, dessa aporia fundamental do começo, que detém o processo, interdita toda progressão, immobiliza o pensamento em uma estagnação indefinidamente incoativa.” (AUBENQUE, 2012: 413) Poder-se-ia indicar que seria essa a disposição pressuposta ao contexto finito de possibilidades para a organização humana da tradição política, onde dificilmente se permite que fundação e crise desempenhem um papel central na tematização da realidade política. Contudo, isso ajuda a explicar a ausência da circulação dos dois conceitos no pensamento político pelo menos até o séc. XVI, bem como dá pistas de quais fenômenos buscar para indicar a relação entre a forma constitucional e as experiências de fundação e crise. Nas palavras de Koselleck, é justamente quando as três possibilidades aristotélicas de se organizar o corpo político são substituídas pela alternativa compulsória entre despotismo e republicanismo que se tem uma abertura para um “novo futuro”, a “promover a construção de novas situações constitucionais.” (2004: 273-274).

Essa indecidibilidade parece poder ser projetada nos dois autores acima indicados que marcam e preparam o idioma político da modernidade, (Cf. SKINNER, 2008: 156-158; 2002: 180 e ss.; POCOCK, 1975: 156 e ss., 462-552) inclusive no tocante às categorias de fundação e crise, que possibilita e configura a linguagem constitucional. A partir dessa leitura sugerida, Maquiavel e Hobbes respondem de maneiras distintas à impossibilidade de se escapar à liberdade como *an-arche* e como



arche – ou mesmo, se se preferir arriscar, à liberdade como experiência e como tecnologia, como abismo da revolução e fundamento do governo. (DERRIDA, 2005: 21-22, 40-41, 44-45; 2002: 244, 247-248).

1.2. Maquiavel e Hobbes

Maquiavel e Hobbes são dois autores que dizem muito para a autocompreensão do direito contemporâneo, em razão da importância que tiveram na consolidação da linguagem do constitucionalismo moderno – que, querendo ou não, é também uma linguagem ao mesmo tempo revolucionária e soberana. O que se destaca, inclusive, nas poucas, mas decisivas contribuições que já se fizeram a respeito das crises constitucionais, muito embora não se encontre da perspectiva do direito estudo que aproxime e contraste um e outro, especialmente a partir de investigação interessada em articular os pressupostos ontológicos da forma constitucional.

Maquiavel, por exemplo, é o ponto de partida que Balkin e Levinson utilizam para propor uma analítica das crises constitucionais, tendo diante de si aquilo que os próprios autores identificaram como uma revolução conservadora da compreensão constitucional, após o desenlace das eleições no começo dos anos 2000, em *Bush v Gore*, (Cf. 2009, 2008, 2001) situação que se traduz em um confronto generalizado da literatura constitucional norte-americana para com o conceito de “momentos constitucionais” cunhado por Bruce Ackermann. (Cf. BENVINDO, 2015: 370-384) Enquanto Hobbes é o pano de fundo para o confronto de uma série de intelectuais para com a experiência crítico-constitucional em Weimar (KEEDUS, 2012: 323) – Schmitt, (1996b) Strauss, (1996) e mesmo Heidegger (2012: 324-331; ROBINSON, 2009: 148, nota 45).

Para os presentes propósitos e recorte parece ser suficiente para destacar a direção do potencial dessa via investigativa, referindo-a à discussão contemporânea sobre crises constitucionais, a contraposição de duas passagens decisivas nas obras de Maquiavel e Hobbes.

Em Maquiavel, trata-se da “fenomenologia sobre a corrupção de um povo” no tocante a sua liberdade, isto é, como um princípio deve fazer para ordená-la a seu favor, (VATTER, 2000: 127-130) presente no capítulo 16 do livro I do *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*: (1971a: 101, ênfases adicionadas)



Ma quanto all'altro popolare desiderio, di riavere la sua libertà, no potendo il principe sodisfargli, debbe esaminare quali cagioni sono quelle che gli fanno desiderare d'essere liberi; e troverrà che una piccola parte di loro desidera di essere libera per comandare; ma tutti gli altri, che sono infiniti, desiderano la libertà per vivere sicuri. Perchè in tutte le republiche, in qualunque modo ordinate, ai gradi del comandare non aggiungono mai quaranta o cinquanta cittadini e perché questo è piccolo numero, è facil cosa assicurarsene, o con levargli via, o con fare loro parte di tanti onori, che, secondo le condizioni loro, e' si abbino in buona parte a contentare. Quelli altri, ai quali basta vivere sicuri, si sodisfanno facilmente, facendo ordini e leggi, dove insieme com la potenza sua si comprenda la sicurtà universale. E quando uno principe faccia questo, e che il popolo vegga che, per accidente nessuno, ei non rompa tali leggi, comincerà in breve tempo a vivere sicuro e contento.³

Já em Hobbes, trata-se de momento no nono parágrafo do capítulo XIII da primeira parte do *Leviatã*: (1998: 84)

... Wherein men live without other security, than what their own strength, and their own invention shall furnish them withal (...) there is no place for industry, because the fruit thereof is uncertain: and consequently no culture of the earth; no navigation, nor use of the commodities that may be imported by sea; no commodious building; no instruments of moving, and removing such things as require much force; no knowledge of the face of the earth; no account of time; no arts; no letters; no society; and which is worst of all, continual fear, and danger of violent death; and the life of man, solitary, poor, nasty, brutish, and short.⁴

É papel do soberano interromper, nas palavras de Benjamin como que a comentar o trecho ora destacado de Hobbes, a incerteza da história, substituindo-a pelas “leis de ferro da natureza” (1984: 97) na abertura de uma intemporalidade paradisíaca (*parousia*), uma “estabilização completa” que se traduz na “exigência de

³ “Mas quanto ao outro desejo popular, de reaver sua liberdade, não podendo o princípio o satisfazer, deve examinar quais razões são aquelas que os fazem desejar serem livres; e descobrirá que uma pequena parte dentre eles deseja ser livre para comandar; mas todos os outros, que são infinitos, desejam a liberdade para viverem seguros. Porque em todas as repúblicas, ordenadas de qualquer modo que seja, ao posto de comandar não se reúnem nunca mais que quarenta ou cinquenta cidadãos, e porque este sendo um número pequeno, é coisa facil assegurar-se de debandá-los, ou fazê-los parte de tantas honras, que, segundo suas condições, uma boa parte se arranja ao contento. Aqueles outros, aos quais basta viverem seguros, se satisfazem facilmente, fazendo ordens e leis, nas quais com sua potência se envolva a segurança universal. E quando um princípio assim o faz, o povo vendo que, por nenhum acidente que seja, ele não rompa essas leis, começará em um tempo breve a viver em segurança e contento.” (Tradução livre)

⁴ ... “Onde quer que os homens vivam sem outra segurança, que não a da sua própria força, e sua própria invenção devendo fornecer a eles tudo que seja (...) não há qualquer lugar para a indústria, porque seu fruto consequente é incerto; e consequentemente nenhum cultivo da terra; nada de navegação; nem uso para os insumos que possam ser importados pelo mar; nem construções cômodas; nem instrumentos para mover e remover coisas tais quais que precisem de muita força; nenhum conhecimento da face da terra; nenhuma medida do tempo; nada de artes; nada de letras; nenhuma sociedade; e, o que é o pior de tudo, medo contínuo, e o perigo da morte violenta; e a vida do homem, solitária, pobre, suja, brutalizada, e curta.” (Tradução livre)



um principado cujo estatuto seja a garantia de uma comunidade próspera, florescente tanto do ponto de vista militar como científico, artístico e eclesiástico." (1984: 89)

Assim, é possível arriscar que a condição estabelecida por Hobbes, a qual se segue a descrição da catástrofe que lhe é consequente não é nada menos que a apresentação trágica da condição histórica, da abertura para o imprevisível – que se apresenta e se encobre nos limites do constitucionalismo –, bem como o fundo de força e imaginação, de *virtù* que resiste e retém essa abertura, oferecido por Maquiavel no capítulo 26 do Príncipe. (1971b: 295-296) Isso posto, pode-se propor que esse "espaço teatral", a história típica (STRAUSS, 1996: 104) da passagem do estado de natureza para a sociedade civil, não quer nada senão fornecer a linguagem secularizada que consegue efetivamente suspender essa condição – o que vai pressuposto e efetivamente atualizado pela constitucionalização do tempo propriamente dita.

A indecidibilidade quanto ao sentido da modernidade parece se inscrever, portanto, no próprio sentido da Constituição – dedicando-se a investigação ora proposta a entender justamente como essa inscrição engendra e determina a atualidade da linguagem constitucional contemporânea. Quando *eidos* e *telos* coincidem na estrutura tecnológica de renovação – coincidência que é pressuposta pelas tematizações que leem a Constituição numa mistura tensa entre retrospecção e teleologia como uma aquisição evolutiva da modernidade –, constitutiva de um horizonte de expectativas, esse horizonte muito mais que abrir o futuro, fecha-o, isto é, as Constituições ao se abrirem para o futuro fecham-no justamente enquanto futuro, que vai vinculado ao passado e apresentado como inserido na atualização de um futuro- presente. (LINDAHL, 2013: 144, 201, 216; DERRIDA, 1989: 117) Contudo, a Constituição, também podendo ser entendida como reificação da revolução, só é possível na medida em que há um desencontro entre origem e fim, desencontro que não recebe outro nome senão o de liberdade, do abismo de liberdade, ou ainda, em Maquiavel, de retorno aos começos (1971a: 195-197; BIGNOTTO, 1991) que antecede como decisão qualquer estabilização e carrega consigo o fantasma da possibilidade da ação, extralegal e extraconstitucional por definição, que a intemporalidade das Constituições não deixa de querer racionalmente exorcizar. (ARENDT, 1990: 212-213; 1972: 79-80)

Entre fundação e crise, não pareceria haver qualquer possibilidade de



contratempo à *parousia* da Constituição – daí a globalização da sua forma e a irresistibilidade de compreendê-la automaticamente como o fechamento da ordem jurídica. Os gregos tinham a tragédia como momento anti-político de limitação do fundamento mítico da comunidade. (SJÖHOLM, 2015: 131-132; LORAUX, 2002: 26, 85-90; BENJAMIN, 1984: 130-133) Na realidade efetiva da modernidade têm-se romances jurídicos de alta política que apagam a violência ao mostrarem essa comunidade sob sua melhor luz. (VEITCH, 2008: 59-63; CHRISTODOULIDIS, 2008: 65-73)

2. O tempo da crise

A depender da cultura constitucional e das estruturas teóricas articuladas, diferentes nomes são propostos para aquelas demasiada humanas violações constitucionais, aponta Panu Minkkinen. Enquanto a “tradição americana comumente se refere a elas como ‘eventos constitucionais’ talvez querendo enfatizar como a violação foi posteriormente absorvida na prática constitucional consolidada”, a “tradição europeia está mais inclinada a ver uma ‘crise constitucional’ em toda e qualquer violação” (MINKINNEN, 2013: 596, nota 45). Independentemente de sua comprovação empírica, a observação do autor tem o mérito de apontar para uma dimensão determinante do conceito de crise, isto é, que sua “natureza”, nos termos de Reinhart Koselleck, “é determinada por seu resultado” (1988: 173). De Rousseau em diante (1988: 158 e ss.), quando se passou a reconhecer que o intuito revolucionário necessariamente levaria à guerra civil – ao invés de se interpretar a Revolução como uma alternativa civilizatória ao círculo vicioso herdado de fanáticos religiosos em que consistia as guerras civis dos séculos XVII e XVIII (KOSELLECK, 2004: 48-49) –, articula-se uma atualização do conceito de crise – ele próprio central para, na interpretação de Koselleck, revelar o sentido político da revolução (1998: 160) – em que tanto a imprevisibilidade do futuro como sua transitoriedade passam a concorrer.

Que o medo da iminência de uma ruptura e o anseio por continuidade abrupta sejam disposições⁵ expressadas concomitantemente em tempos de crise é fato que

⁵ Tanto o medo como a angústia são interpretados fenomenologicamente por Heidegger em *Ser e Tempo*. A distinção entre as disposições – na tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback –, ou tonalidades emocionais – na tradução de Marcos Antônio Casanova –, para além de sua “fundamentalidade” enquanto possibilidade de abertura para a autenticidade do *Dasein*, está especificamente em sua relação para com o



não só encontra amparo nas possibilidades médicas, teológicas e políticas do conceito que o compreendem semântico-diacronicamente (Cf. KOSELLECK, 2006), como é também comprovado nos *topoi* articulados pelos atores envolvidos, bem como pelos historiadores que os têm por fonte: o perigo da guerra civil e o clamor por soluções de compromisso aparecem entrelaçados com bastante regularidade.⁶ Isso faz sentido porque, por um lado, dificilmente haveria razões para se chamar a atenção para uma crise em meio a uma guerra civil. Isto é, o tempo da crise é o ainda-não daquelas consequências que da cristalização do passado aparecem como incontornáveis e catastróficas, e que em contextos constitucionais se traduzem como a quebra da ordem e a insurgência de uma guerra civil. Por outro, nesses mesmos contextos, ao se denunciar uma crise, quer-se o não-mais do passado que a engendrou, esperando alternativas outras que aquela da atrasada situação vigente, que não podem, contudo, ser projetadas a partir do passado, mas apenas experimentadas.

futuro. Aquilo que se teme está circunscrito ao *Dasein*, e pode, portanto, ser “posto a claro” (HEIDEGGER, 1967: 141). No temer, o mundo já está desvelado, no qual o temível pode se aproximar. Enquanto na ansiedade, é acerca da própria existência que se anseia, e não a respeito de uma entidade no mundo – é a própria continuidade da existência que se fecha para aquele que anseia (HEIDEGGER, 1967: 187). Assim, ao se escrever acerca do “medo da iminência de uma ruptura” e do “anseio por continuidade abrupta” ampara-se na distinção e precisão alcançadas por Heidegger a respeito das duas diferentes disposições que parecem se aproximar e se indeterminar na experiência da crise.

⁶ É o que se percebe, por exemplo, no discurso da imprensa quando da crise de agosto de 1954, a culminar no suicídio de Getúlio Vargas. Da análise de Alzira Alves de Abreu e Fernando Lattman- Weltman dos jornais da época, imperioso notar a constância no discurso acerca da crise de referências à guerra, à belicosidade e inclusive à guerra civil (2011, p. 57, 58), e, curiosamente, quando do ápice da crise, dias antes de seu direcionamento inesperado com a morte do presidente em exercício. Jorge Ferreira, por sua vez, ao estudar os motins que se seguiram ao suicídio, no dia 24 de agosto de 1954, fala de uma “guerra social” (2011, p. 96), enquanto um dos personagens da crise, Otávio Mangabeira, um dos mais renomados políticos da UDN, dias antes proclamava o povo brasileiro a se unir às Forças Armadas, como se estivessem em guerra (2011, p. 69). O mesmo Jorge Ferreira, em outra oportunidade, argumenta pela possibilidade real de guerra civil em meio às três crises que se sucederam em 1954, 1955 e 1961 (2010, p. 304). Rafael Peixoto de Paula Marques, por sua vez, em tese de doutoramento a respeito da anistia de 1961, assim summariza o contexto após a renúncia de Jânio Quadros, e a crise consequente com a iminência da posse de João Goulart: “Ao final da crise, o resultado era este: a elaboração de uma emenda constitucional alterando o sistema de governo, a concessão de uma anistia política e a quase eclosão de uma guerra civil” (2017, p. 51). Do mesmo autor e no mesmo trabalho, tem-se também a caracterização da solução para a crise de 1961 como uma “solução de compromisso” (2017, p. 49, 72). Por evidente que esses padrões não se restringem à história brasileira. Dyzenhaus, ao discutir a intervenção do governo federal no Estado da Prússia na véspera da ascensão do nazismo e do fim da República de Weimar descreve a situação da Alemanha de então por meio do recurso à figura da guerra civil (1997, p. 124). John Finn, ao referir-se sobre o mesmo evento, especificamente quanto à sua judicialização, define a decisão do *Staatsgerichtshof* como uma decisão de compromisso (1991, p. 168). Padrão que se repete, por sua vez, no tratamento oferecido tanto por William E. Pomeranz acerca da crise instaurada pelos intentos separatistas da Chechênia em 1996 e as consequências daí advindas, bem como da decisão tomada pela Corte Constitucional russa (1997) como por Jiang Shigong ao interpretar os conflitos internos ao Partido Comunista Chinês que levaram à Revolução Cultural liderada por Mao Tse-Tung como uma crise constitucional (2010, p. 29). A partir dessa série de exemplos, portanto, parece possível dizer que a interpretação da totalidade da crise como a compreender, de um lado, o perigo de guerra civil enquanto concretização da crise, e do outro a expectativa por uma solução de compromisso que ponha a crise a termo é generalizada.



Como coloca Koselleck, “é sempre o tempo particular próprio a alguém que é experimentado como crise” e, por consequência, “ao se refletir sobre essa particular situação temporal”, acredita-se conseguir “tanto um conhecimento do passado quanto um todo quanto um prognóstico do futuro” (2002: 239). Tem-se então, como indicado acima, que ao se falar em crise quer-se indicar um momento de decisão entre alternativas fundamentais. Denunciar a crise é chamar à ação e à decisão. (2006: 376) Decisão essa que se dá, estruturalmente, por uma experiência de sumarização do passado concomitante a um prognóstico do futuro. O tempo da crise, portanto, é o tempo de um presente fugidio, a ser ou suspenso ou conquistado.

2.1. Uma resposta político-teológica para a crise

Em certa medida, pode-se sugerir que é uma dificuldade inerente ao próprio conceito de crise que seu tratamento necessariamente se dê em auras pseudomísticas. Jacob Burckhardt, por exemplo, a única exceção à completa ausência de teorias historiográficas explícitas a respeito da crise enquanto conceito histórico (KOSELLECK, 2002: 239), refere-se a seus esforços de apreender metodologicamente os movimentos acelerados do todo do processo histórico, com que compreende tanto crises como revoluções, como *Sturmlehre*, a teoria das tempestades (BURCKHARDT, 1979: 31). Também nesse sentido, Koselleck ele próprio ao final de um de seus ensaios dedicados a tanto não resiste em terminar em tom tanto quanto esotérico. Diante da situação moderna, particularmente “crítica”, em que projeções no futuro tornam-se cada vez mais impossíveis em razão da aceleração do tempo, todos os “nossos poderes”, escreve Koselleck, deveriam ser destinados à detenção da catástrofe que vem com a crise final. A resposta para a crise consistiria, assim, na busca por “estabilizadores”, derivados da longa duração da história humana precedente, a implicar na possibilidade de se articular a questão da crise não só histórica, mas política e teologicamente. Koselleck então acrescenta: “O *katechon* é também uma resposta teológica para a crise” (2002: 247).

Ho katechon, juntamente com o *ho anthropos tes anomias* são aqueles que Paulo coloca em confronto com o Messias em sua Segunda Epístola aos Tessalonicenses (2 Tess. 2: 3-8), em uma batalha a traduzir o drama escatológico imediatamente anterior à parousia do Messias. Como pontua Agamben, a identificação



dessas duas personagens, aquela que restringe, e aquela fora-da-lei, muito estimulou a perspicácia hermenêutica dos padres católicos. Enquanto a segunda era identificada com unanimidade como a se referir ao Anticristo, a primeira, seguindo uma tradição extensamente discutida dentre outros por Agostinho, era identificada com o Império Romano (2015: 65). O *katechon* assume, na interpretação de Koselleck, um papel de estabilizador da temporalidade cristã. Pois, em que pesse as mais variadas interpretações proféticas do fim dos tempos, “a figura básica do fim restava constante” e, correspondentemente, o papel do Sacro-Império Romano. “Enquanto ele existisse”, interpreta Koselleck, “a Queda final era detida. O Imperador era o *katechon* do Anticristo” (2004: 12).

Ao assim verter a temporalidade do medievo, Koselleck muito se aproxima – ou, melhor dizendo, claramente se inspira⁷ – da interpretação política da época oferecida por Carl Schmitt. O império Cristão, escreve Schmitt, não se pretendia eterno. Contudo, ele se mostrou capaz de “poder histórico”, que quer dizer, de continuidade, em razão de um conceito histórico decisivo, qual seja e justamente, o de restrição, *katechon* (SCHMITT, 2006: 59). Usando-se de palavras praticamente idênticas as de Koselleck, Schmitt assim conclui: “‘Império’ nesse sentido significava o poder histórico a restringir o aparecimento do Anticristo e o fim da era presente” (2006: 60). O conceito de *katechon* funcionava desse modo como uma ponte entre “a noção de uma parálisia escatológica de todos os eventos humanos” e “o tremendo monólito histórico que era o império Cristão dos reis germânicos” (2006: 60). Koselleck, por sua vez, verte essa ponte possibilitada pelo *katechon* como um equilíbrio alcançado pela indeterminação e supressão do escatológico na própria Igreja, dotando-a de um efeito integrador (2004: 13), em outras palavras, possibilitando seu papel enquanto *complexio oppositorum*, de uma transcendência unificadora e decisória perante a vida humana (SCHMITT, 1996c: 7-8).

⁷ A relação intelectual entre Schmitt e Koselleck não é de modo algum secreta. O próprio Koselleck declarou que de todos os seus professores, Schmitt foi o mais importante (Cf. OLSEN, 2011: 198). Para além desse comentário laudatório, conforme propõe Castelo Branco, seguindo o próprio Olsen, têm-se afinidades tanto intelectuais como metodológicas. Assim, tanto Schmitt como Koselleck estariam voltados para impedir “o progresso técnico-mecanicista e acelerado do futuro incerto que projeta o homem num espaço aberto no qual perde a sua referência de experiência, da tradição, dos costumes imemoriais”, em meio a uma “crise niilista da ausência de valores e decisão política”, a partir de um instrumental “extraído da dimensão existencial do homem”, seja este o conceitualismo radical de Schmitt, ou a história dos conceitos de Koselleck (CASTELO BRANCO, 2006: 160). Quando se tem essas proximidades em conta, ainda que como pano de fundo, a proximidade apontada no texto da centralidade da saída teológica – ou político-teológica – proporcionada pela noção de *katechon* para ambos os autores perde em estranheza e ganha em sentido.



Não obstante, as energias liberadas pela Reforma no mundo europeu levaram o Império e a Igreja ao fracasso em sua tarefa de conter e postergar a vinda do juízo final. Mais ainda, nas palavras de Koselleck, “a experiência conquistada em um século de conflitos sangrentos” se concentra, acima de tudo, na conclusão de que “as guerras religiosas não anunciarão o Juízo Final”, e que a paz só seria possível “quando o potencial religioso fosse usado ou exausto” (2004: 14). Assim, ao longo do século XVII os Estados assumirão um monopólio “sobre o controle do futuro”, suprimindo e destruindo quaisquer interpretações religiosas concorrentes, independentemente de suas motivações, com seu potencial para principiar a ação política estando extirpado por volta de 1650 (2004: 16-17). *Auctoritas non veritas facit legem*, a famosa expressão de Thomas Hobbes, na interpretação schmittiana, não expressa nada senão isso, quer dizer, a neutralização da religião (*veritas*) frente à máquina estatal (SCHMITT, 1996b: 44-45).

2.2. Crise, soberania e Constituição

Paralelamente, é apenas e justamente no séc. XVII que “crise” passa a ser articulada para indicar aqueles momentos decisivos para a continuidade do “corpo político”, como na guerra civil inglesa, a partir da qual, segundo Koselleck, o termo “perde seu significado médico e passa a se referir, talvez, às suas raízes teológicas” (2006: 362). O fato de essa articulação ter se manifestado no séc. XVII é, por evidente, de todo significativo. Não só por identificar uma proximidade conceitual de origem entre crise e guerra civil, ao menos no que diz respeito às suas circulações modernas, mas principalmente por indicar a temporalidade originária com que o conceito de crise é significado na modernidade.

“A política contemporânea se funda em uma secularização da escatologia” (AGAMBEN, 2015: 67). Como coloca Benjamin, um “novo conceito de soberania se formou no século XVII”, em que sua principal função passa a ser o impedimento do estado de exceção. Assim, “quem reina já está desde o início destinado a exercer poderes ditoriais, num estado de exceção, quando este é provocado por guerras, revoltas ou catástrofes”, visando, com isso, um “ideal de uma estabilização completa, de uma restauração tanto eclesiástica como estatal, com todas as suas consequências”, sendo, uma delas, “a exigência de um principado cujo estatuto constitucional seja a



garantia de uma comunidade próspera, florescente tanto do ponto de vista militar como científico, artístico e eclesiástico" (1984: 88-89). A segurança visada exige uma estabilização, de modo que a função do príncipe seja "a restauração da ordem, durante o estado de exceção: uma ditadura cuja vocação utópica será sempre a de substituir as incertezas da história pelas leis de ferro da natureza." (1984:97).

"O soberano representa a história." (1984: 88) Trata-se, segundo Benjamin, de uma representação, e não de uma oposição, porque por meio dele, do soberano, se efetiva uma "total secularização da história no estado de Criação", o que se dá não por uma "antítese entre a história e a natureza", entre "a eternidade" e o "fluxo desesperado da crônica do mundo", mas sim pela "restauração de uma intemporalidade paradisíaca" (1984: 115). Em outras palavras, quando o domínio da política passou a se constituir exclusivamente das ações dos governantes soberanos, "ainda que apenas nesse domínio, nada de novo poderia acontecer." (KOSELLECK, 2004: 20) A história então é entendida em termos naturais, experimentada com base na projeção do futuro enquanto repetição do passado. A impossibilidade do novo, antes fundada na fé, passa a ser garantida pelo cálculo político, (KOSELLECK, 2004: 21) a culminar no esvaziamento do futuro de qualquer transcendência – "O além é esvaziado de tudo que possa conter o menor sopro mundano" (BENJAMIN, 1984: 90) –, em que o estado de Graça é renunciado, tendo em seu lugar, por consolação, uma "regressão a um estado original da Criação." (BENJAMIN, 1984: 104).

O soberano é "a criatura elevada entre todas", em que "o animal pode vir à tona com uma força insuspeitada." (BENJAMIN, 1984: 109) O estado de natureza, escreve Agamben, "sobrevive na pessoa do soberano, que é o único a conservar o seu natural *ius contra omnes*." (2007: 41) Em paralelo, Benjamin acompanha em diversas fontes – tanto dramatúrgicas como jurídicas – a formação da comparação entre o Príncipe e o sol, que, por evidente, "visa acentuar o caráter único dessa autoridade", "a consolidação jurídica do poder num só país", culminante em uma "gravura alegórica representando um eclipse do Sol, com a inscrição *Praesentia nocet (sc. "lunae")* [A presença prejudica (i.e., da Lua)]" acompanhada, por sua vez, da "advertência de que um Príncipe não deveria aproximar-se demasiadamente de outro Príncipe" (1984: 91). O encontro entre príncipes sempre se desenrola em uma guerra incessante, já não mais propriamente natural, e sim excepcional. A soberania é "como um limiar de indiferença entre natureza e cultura, entre violência e lei, e esta própria indistinção



constitui a específica violência soberana” (AGAMBEN, 2007: 41-42), a partir da qual “o que era pressuposto como externo (o estado de natureza) ressurge agora no interior (como estado de exceção)”, sendo o poder soberano justamente “esta impossibilidade de discernir externo e interno, natureza e exceção” (2007: 43).

O conceito de crise retorna ao domínio político no contexto de consolidação ou reorganização dessa estrutura e, por conseguinte, é indubitavelmente marcado por ela. Ao mesmo tempo, não deixa de ser significativo que a realidade possibilitada pela soberania seja “uma condição prévia da constituição moderna” (FERREIRA, 2013: 418), e que, assim sendo, “a noção moderna de constituição não pode ser concebida fora do horizonte intelectual que está na base da ‘constituição’ do poder do Estado Moderno” (FERREIRA, 2013: 424). Isso ajuda a explicar porque, tal qual no que diz respeito às guerras civis (*Cf.* AGAMBEN, 2015: 1-3), uma “teoria das crises constitucionais” esteja de todo ausente – e que, por outro lado, a pretensão de perpetuidade inerente à prática constitucional (FINN, 1991: 4, 34, 44) e suas limitações e contingência frente às inevitáveis crises vindouras (FINN, 1991: 5) estão particularmente entrelaçadas –, muito embora a produção de crises já tenha se consolidado como instrumento de governo, ou, nas palavras de Bruce Ackerman, que uma das grandes verdades do governo presidencialista seja o quanto terrível é desperdiçar uma crise (2010: 74).

3. A necessidade das crises constitucionais

Crises parecem se envolver em um manto de necessidade. Depois de deflagradas, o passado parece ter caminhado para tanto de maneira inexorável.⁸ É próprio do

⁸ Esse aspecto “teleológico”, se se quiser, dos discursos sobre a crise, estendível mesmo a discursos científicos, como o historiográfico, vai bem denunciado por Jorge Ferreira acerca da problemática em torno de interpretações que defendem ou apresentam o golpe de 1964, ao qual se seguiu a instauração da ditadura militar, como inevitável. Nas palavras do autor: “O que aconteceu no passado é irreversível e não pode ser mudado. Mas isso não deve, absolutamente, nos levar a supor que era inevitável ocorrer. Não era. Nada é inevitável na história das sociedades. O futuro é um campo aberto de possibilidades em contínua construção pelas decisões tomadas pelos atores históricos em seu presente. Determinadas escolhas e estratégias resultarão em certo futuro, outras escolhas e estratégicas permitirão outro futuro. O futuro é espaço aberto de alternativas e será constituído de acordo com as ações que os sujeitos sociais tomam no seu presente” (2015: 44). A transposição das fortes colocações do historiador para a presente discussão lança questionamentos acerca dos efeitos dessa narrativa teleológica a qual por vezes o conceito de crise parece carregar consigo, podendo-se aqui arriscar a impensoalização dos atores envolvidos, com o



conceito de crise que a partir dele o passado imediato apareça como objetivo, ou que pelo menos a saída da crise, sua suspensão através de um prognóstico do futuro que consiga reestabelecer alguma continuidade,⁹ dependa dessa objetificação – o que ajuda a explicar porque parte considerável das estratégias voltadas a fazer do conceito de crise analítica ou sociologicamente utilizável se valham da distinção entre uma dimensão subjetiva e outra objetiva, com a primeira a possivelmente indicar a segunda, que realmente importaria (Cf. HABERMAS, 1988; KOSELLECK, 2002: 244 e ss.). A literatura dedicada às chamadas crises constitucionais não parece fugir a esse padrão.

Nesse diapasão, Sanford Levinson e Jack Balkin começam seu texto dedicado e intitulado ao e pelo tema dizendo o quanto ubíqua é a linguagem da crise, não havendo qualquer desacordo, por menor que seja no direito americano que alguém não acabe chamando por “crise constitucional” (2009: 709). Não obstante, dado que conflitos não são uma falha e sim uma característica dos sistemas constitucionais (2009: 711), dificilmente desacordos culminam em ameaças às fundações de um governo constitucional. A solução proposta pelos autores para salvar a expressão está em pensá-la não a partir de “desacordos constitucionais”, mas sim de “designs constitucionais”. Logo, quando conflitos e desacordos deixam de ser manejáveis dentro dos limites aceitáveis impostos pelo sistema constitucional, seja porque o próprio sistema passa a ser contestado por um ou mais “agentes constitucionais”, seja porque sua própria estrutura esteja levando a um “pacto suicida”, tem-se, própria ou objetivamente, uma crise constitucional. (2009: 714).

Crises constitucionais, então, não se confundiriam com emergências, por exemplo, enquanto “percepções de urgência”, tratando-se, analiticamente, de “conflitos acerca da legitimidade dos usos de poder por pessoas ou instituições” (2009: 716). Assim, pode-se estar diante de uma mudança constitucional, ou mesmo de uma

consequente esvaziamento de suas responsabilidades para com os acontecimentos, como se a crise fosse, portanto, algo “natural” (Cf. DE WILDE, 2006: 200).

⁹ Nas palavras de John Finn, há uma pressuposição recorrente nos debates a respeito das crises constitucionais, qual seja, de que “crises têm começo e fim – que a maioria das crises são passíveis de resolução e que, ao seu término, as condições e as formas de governo constitucional mais ou menos voltam ao ‘normal’.” (1991: 20-21, nota de rodapé). Não obstante, ainda que o próprio Finn denuncie a ingenuidade dessa pressuposição, ele próprio mantém a permanência de outra continuidade, qual seja, a da própria unidade política, subjacente às formas constitucionais, essas alternáveis, desde que devidamente em acordo com aquelas pressuposições e compreensão compartilhadas, isto é, “os princípios do constitucionalismo”, que permitem identificar uma constituição enquanto tal (1991: 24 e ss.).



revolução constitucional,¹⁰ desde que reste ausente qualquer “autoridade institucional” ou “movimento de massa” a se opor ao ator que esteja levando a transformação a cabo, não se estaria diante de uma crise constitucional. Nas palavras dos autores, como “com o tango, normalmente é preciso pelo menos dois (opostos) intérpretes constitucionais para criar uma crise constitucional” (2009: 717). Desse modo, mesmo que violações em série de direitos constitucionais estejam sendo perpetradas, se todos os “acionistas relevantes” estiverem “andando conforme a música”, isso só comprova quanta desgraça governos constitucionais podem perpetrar, sem provocar qualquer crise (2009: 719- 720).

Por “todos os acionistas relevantes”, Balkin e Levinson querem se referir à “classe de políticos, juristas ou comentadores ‘respeitáveis’, ou de movimentos de massa e organizações sociais bem-quistas” (2009: 719). Se ninguém desse grupo de atores constitucionais objetar o exercício de poderes constitucionais por um determinado outro ator ou instituição, não se estaria diante de uma crise, segundo os autores. Essa qualificação ou restrição provavelmente tem em vista as duas dimensões exploradas, por Mark Tushnet, de um lado, e Eric Posner e Adrian Vermeule, de outro, ao investigarem o que denominam, respectivamente, de *constitutional hardball* e *constitutional showdowns*. Enquanto nenhum desses últimos três autores¹¹ queira indicar com essas expressões tanto o que Balkin e Levinson entendem por crises constitucionais como o que abstratamente se poderia entender pelo termo, o contexto de crise constitucional aparece como uma condição para a percepção do fenômeno discutido por Tushnet (2004: 523, nota 2), e como uma possibilidade iminente ao analisado por Posner e Vermeule (2008: 1005, 1009, 1020).

¹⁰ Para Levinson e Balkin, o impasse das eleições de 2000, resolvido com a decisão da Suprema Corte em suspender a recontagem de votos na Flórida não poderia ser interpretado como um exemplo de crise constitucional, dado a ausência de grandes contingentes de pessoas em protesto, bem como a aquiescência de Al Gore com a decisão, no que foi seguido pelos líderes políticos do Partido Democrático (2009: 744), o que implica dizer que, em última instância, a capacidade da Constituição de ordenar o conflito não foi posta em dúvida, seus mecanismos eles próprios não levaram a resultados desastrosos (argumentavelmente, concedem os autores), nem houve um conflito radical de interpretações constitucionais (o que os autores classificam, respectivamente, como tipos I, II, e III de crises constitucionais). Não obstante, os próprios autores argumentam, em outro artigo, tratar-se o caso de uma revolução constitucional em andamento, promovida pelo entrincheiramento partidário da Suprema Corte. (Cf. 2001: 1097 e ss.)

¹¹ O agrupamento dos trabalhos dos autores não é simplesmente temático, estando presente nas próprias fontes. Isto é, nos três artigos, respectivamente, *Constitutional Hardball*, *Constitutional Showdowns* e *Constitutional Crises* os autores se referenciam mutuamente, avançando suas delimitações conceituais a partir dos esforços investigados uns dos outros, ao mesmo tempo em que reconhecem as proximidades dos fenômenos tematizados por cada um (Cf. TUSHNET, 2004: 529 e ss., notas 30 e 32; POSNER; VERMEULE, 2008: 992, nota 4; LEVINSON; BALKIN, 2009: 713, 738).



Por *constitutional showdowns*, Posner e Vermeule querem identificar aqueles momentos de desacordo entre ramos do governo que terminam com a aquiescência total ou parcial dos demais ramos em favor de um dentre eles, o que pode vir a gerar ou não um precedente constitucional (2008: 997). Impeachments, por exemplo, seriam uma das formas mais dramáticas de “confronto constitucional” (2008: 994). Para os autores, as causas desses confrontos são generalizadamente as mesmas identificadas por Levinson e Balkin: por questões de desenho institucional, ou, “quando a alocação de autoridade constitucional para a tomada de decisões políticas importantes é ambígua ou contestada, e múltiplos agentes políticos (ramos, partidos, seções, governos) têm um forte interesse em estabelecer sua autoridade a respeito” (2008: 1002).

Com essa definição, é possível entender porque Levinson e Balkin restringem da maneira que fazem os “acionistas relevantes”. *Showdowns*, Posner e Vermeule argumentam, são resolvidos, para além das barganhas e negociações intragovernamentais, com recurso ao “sentimento constitucional público”, com que querem indicar “o complexo processo por meio do qual as opiniões das elites, grupos de interesse, cidadãos ordinários e outrem em última instância determinam os limites de fato das autoridades políticas” (2008: 1006). Movimentar esse processo, tal qual a *high lawmaking* da democracia dualista de Bruce Ackerman – ainda que sem todo o seu glamour –, é bastante caro, não só porque os atores dedicados a ganhar terão que desviar suas energias de confrontos ordinários (*lower lawmaking*), mais baratos de conduzir e com maiores chances de trazer vitórias imediatas (ACKERMAN, 1984: 1041), mas também em razão de todos os rituais e mobilizações necessários para arrancar alguma manifestação do “sentimento constitucional público” sobre o qual se referem Posner e Vermeule.

A outra possibilidade de resolução desses confrontos é a divisão da sociedade em facções, com a instauração de uma guerra civil (2008: 1006). Não obstante os autores desconsiderarem essa possibilidade, no que diz respeito ao contexto americano, parece de todo significativo – especificamente para a presente discussão – que ela acompanhe a totalidade conjuntural desse importante “mecanismo de desenvolvimento constitucional”, no qual, por vezes, frisam os autores, reside a única possibilidade de reorganização da distribuição de autoridade política (2008: 1047-1048). Mais ainda, a condição estrutural do espectro da guerra civil em confrontos



constitucionais acaba por indicar de que maneira eternidade e crise se imbricam em uma relação de continuidade no que diz respeito à forma constitucional.

3.1. O desafio da continuidade

A complementariedade entre eternidade e crise manifesta na aparente continuidade de uma unidade política, vez ou outra, dá azo a manifestações de perplexidade. Os mesmos Levinson e Balkin, em artigo dedicado ao que eles identificam por *constitutional revolutions*, se confrontam justamente com a dificuldade de se conquistar um presente de interpretação e ação em meio ao tempo acelerado das controvérsias constitucionais: “Tendo a Ave de Minerva alçado voo, é muito mais fácil compreender o que eventos históricos podem ter vindo a significar para a interpretação constitucional” (2001: 1077). Nesse sentido, pode-se dizer que são essas apreensões que estão ao centro do que Mark Tushnet quer superar com seu conceito de *constitutional hardballs*, isto é, como antecipar autenticamente uma apreensão de uma situação de transformação constitucional não ao seu final, quando já consolidada, mas justamente de quando da sua consolidação, seja para se aliar às forças de mudança ou resistência, como colocam Balkin e Levinson (2001: 1078). Em outras palavras, como dizer certo de si que algo está a mudar, para além das aparências soberanas do intemporal, e antes de efetivamente ter mudado, e como, a partir daí, agir politicamente. Ou, mesmo ainda, como confrontar, e não apenas chorar e lamentar, a crise.

Então, quando Tushnet se esforça em destacar o significado daqueles momentos em que os praticantes do jogo constitucional passam a jogar de uma maneira que, aparentemente em acordo com os limites das práticas e doutrinas constitucionais existentes, desafiam as convenções fundantes¹² da operacionalidade de um governo constitucional (2004: 523), com isso o autor quer identificar a prática característica – e fugidia, pois em concomitância à produção jurídica típica de momentos de estabilidade constitucional – a períodos de transformação constitucional

¹² Por convenções ou compreensões pré-constitucionais Tushnet quer designar aquelas “pressuposições que sustentam os sistemas operantes de governos constitucionais”, que, por sua vez, são “pré-constitucionais” por terem uma precedência conceitual, e não necessariamente temporal (2004: 523, nota 2). Um dos exemplos mais famosos e significativos de uma convenção ou compreensão pré-constitucional no contexto norte-americano seria a pressuposição de que a Suprema Corte possui a supremacia no que diz respeito à interpretação da Constituição (2004: 546).



(2004: 532). Segundo Tushnet, é justamente nesses períodos que as convenções que sustentam a interpretação e a prática constitucionais são abertamente tematizadas e questionadas, e a maneira de fazê-lo envolve um “jogo duro” (*hardball*) por parte daqueles atores que pretendem substituí-las – por meio de produção jurídica, aí compreendida projetos de decisão legislativa, executiva e judicial, que desafiem os limites e substituam os princípios substanciais da compreensão constitucional em voga (2004: 535) – com vistas a avançar seu poder político em detrimento dos beneficiados pelo *status quo* da compreensão constitucional (2004: 533).

Na interpretação de Tushnet, o famoso *Marbury v. Madison*,¹³ por exemplo, poderia ser lido como uma particularmente cristalizada manifestação do “jogo duro” entre federalistas e republicanos. Quando da eleição de 1800, resumidamente, o Partido Federalista, então na presidência com John Adams, passou a enxergar na vitória dos republicanos liderados por Thomas Jefferson a iminência de um desastre para os Estados Unidos, adotando de então uma série de estratégias para limitar o horizonte de ação do partido rival (Cf. BALKIN; LEVINSON, 2003: 257 e ss.; TUSHNET, 2004: 540) – dentre elas, especificamente, a nomeação em massa de juízes para as cortes de apelação e juízes de paz por parte de Adams, a serem revogadas pelo Congresso e desafiadas quanto a seu cumprimento por parte de seu sucessor presidencial, Jefferson. Tem-se então, para Tushnet, estruturado o conflito pela primeira configuração das convenções a compor a compreensão constitucional do país (2004: 538). Judicializada a crise¹⁴ – a caracterização do momento nesses termos é de

¹³ Admitidamente, Tushnet traz outros casos e circunstâncias que não aquelas de *Marbury v. Madison* para exemplificar o que ele identificar por *constitutional hardballs*. Não obstante, o caso em questão tem uma centralidade implícita no argumento de Tushnet – quer dizer, se comprovado que à origem da formação da compreensão constitucional americana já se tem a prática do “jogo duro” constitucional, a interpretação de que o fenômeno tem algo de estrutural à prática constitucional, ao menos no contexto americano, ganha peso –, que se transfere para a presente discussão quanto à relação entre a pretensão de eternidade das Constituições e a recorrência de crises constitucionais, por ser afinal, nesse caso em que acontece o “desdobramento fundamental para a consolidação da constituição como forma”, nas palavras de Cristiano Paixão (2004: 190). Em paralelo, há de se considerar, também, a argumentação de Jack Balkin, de que aquilo que Tushnet argumenta ser excepcional em *Marbury v. Madison*, quer dizer, a ausência de convenções ou compreensões pré-constitucionais consolidadas e então desafiadas, e sim a disputa pelo primeiro conjunto dessas convenções, é na verdade o caso geral, ao se considerar que, normalmente, essas convenções não se encontram claramente definidas, inexistindo assim um consenso generalizado a seu respeito, o que vem a ser conquistado justamente após “jogo duro” dos atores constitucionais envolvidos (BALKIN, 2008: 585-589), argumentação essa que vai de encontro àquilo que Posner e Vermeule querem indicar por *constitutional showdowns* (Cf. 2008).

¹⁴ Como a interpretação de Tushnet deixa claro (2004: 538-543), o que acabou transformando *Marbury v. Madison* no precedente de impacto global que ele se tornou não foi aquilo necessariamente judicializado, quer dizer, o “problema da vida” que chegou ao tribunal, mas aquilo que John Marshall implicou à decisão desse problema em seu raciocínio, a espelhar na recusa do novo secretário de estado, James Madison, em



Balkin e Levinson (2003: 257)¹⁵ –, John Marshall, então *chief justice* da Suprema Corte, exerce sua liderança em um voto que ficará conhecido como a representação de “um judiciário independente voltado para a declaração e proteção de direitos constitucionais”, e que, devidamente contextualizado, de um lado, se revela como o resultado de “disputas partidárias e pela falta de independência do judiciário quanto à política” (BALKIN; LEVINSON, 2003: 262), e, de outro, como um caso exemplar de *constitutional hardball*: quando Marshall, ao mesmo tempo, cedeu frente à hegemonia jeffersoniana e fez da decisão do caso que tinha em mãos implicar no poder das cortes, o último bastião controlado pelos federalistas, em supervisar os demais ramos do governo, ele assim o fez de uma maneira que os republicanos não pudessem levantar quaisquer questionamentos (TUSHNET, 2004: 543). Como coloca o próprio Tushnet, “o vencedor de um *constitutional hardball* leva tudo, e o perdedor perde tudo” (2004, p. 531), e, como consequência, no lugar do incontroverso *judicial review* à época, passa-se a ter a supremacia do judiciário no que diz respeito à interpretação constitucional (2004: 543).

Os proponentes do “jogo duro” podem tanto falhar, como ter que se contentar com “soluções de compromisso” (Cf. TUSHNET, 2004: 544-549). Não obstante, como pontua Tushnet, em consonância com Posner e Vermeule, essa prática invariavelmente carrega consigo o risco da catástrofe, e, se levada ao extremo, “ao genocídio e a

empossar William Marbury a possibilidade dos federalistas limitarem os intuiitos dos republicanos pelo controle que os primeiros conquistaram sob o judiciário. Em outras palavras, o que acabou dando relevância histórica-constitucional ao caso foi o fato de Marshall ter visto nele a oportunidade de avançar o “jogo duro” dos federalistas. Por um lado, isso está em consonância com o alerta de Balkin e Levinson, acerca da importância esquecida ou convenientemente ignorada às circunstâncias a partir das quais os “fatos do caso” são recortados (Cf. 2003: 279 e ss.). Por outro, que a dimensão do judicializado e do decidido não precisam coincidir, mais ainda em tempos de crise constitucional. Um exemplo contrário, de um caso de dimensões constitucionais resolvido por raciocínios rasteiros – justamente como forma de avançar o “jogo duro” das elites conservadoras weimarianas (1997: 129) – seria aquele debatido pormenorizadamente por David Dyzenhaus quando da judicialização perante o *Staatsgerichtshof* da intervenção do governo federal alemão no Estado da Prússia, às vésperas da ascensão nazista (Cf. 1997: 124).

¹⁵ Vale perguntar, entretanto, se “os fatos de *Marbury v. Madison*”, com isso entendendo, como querem Balkin e Levinson, idealmente, tanto os antecedentes do caso como suas consequências (2003: 280- 281), que os autores qualificam como uma “crise real” (2003: 257) consubstanciam uma crise constitucional, propriamente dita, ou tão somente uma crise política. Da caracterização das particularidades do sistema constitucional de então relevantes para a configuração das circunstâncias do caso, ao que tudo indica tratasse-se sim de uma crise constitucional. Afinal, os autores dão a entender que não fosse a “estranha característica do sistema constitucional de então”, em que o Congresso recentemente eleito só assumiria quase um ano depois da ocorrência da eleição, o que, por sua vez, seria reflexo da “noção ingênua de que não haveria partidos políticos e sim, ao contrário, a simples seleção dos ‘melhores’ se sucedendo” (2003: 258), dificilmente ter-se-ia o prognóstico de “tudo ou nada” a incentivar os federalistas a praticar o “jogo duro” constitucional sobre o qual escreve Tushnet. Desse modo, seguindo a classificação proposta por Balkin e Levinson (2009: 714), ter-se-ia em *Marbury v. Madison* uma crise constitucional de “tipo II”, deflagrada pela própria estrutura constitucional, e em que os atores relevantes aquiescem ou não contestam (2009: 729).



aniquilação do inimigo" (2004: 550). Contudo, distintamente do par de autores, Mark Tushnet se mostra claramente desconfiado quanto aos ganhos desse "importante mecanismo de desenvolvimento constitucional", malgrado, assumidamente, não ver qualquer alternativa realista (2004: 551-553), a curto ou mesmo em longo prazo, para superar aquilo ora identificado como o entrelaçamento entre eternidade e crise na origem da forma constitucional.

3.2. Um exemplo do potencial de pensamento da presente investigação: um retorno às raízes da Constituição de 1988

Desde a sua elaboração, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil teve o passado presente – que aparecia, em alguma medida, como a origem da sua verdade – questionado e disputado. Circunstâncias as quais foram resumidas por José Eduardo Faria, (1989: 77) passados apenas um ano da promulgação da Constituição Cidadã, nas dificuldades que se apresentavam à sua interpretação, impossibilitada, para o autor, "em termos de identificação do sentido lógico de suas normas," e sim "sempre (re)construída a partir de critérios extrajurídicos" que transcendiam a formalidade do seu texto, remetendo-se justamente aos jogos da sua história, à sua historicidade. Passado do qual o texto constitucional não deixava de representar uma reificação, (FERRAZ JR, 1989: 9-10) e, concomitantemente, como que a sua preservação, na medida em que configurou as gramáticas dos eventos que a antecederam, - e que só poderiam se traduzir, diante de sua pluralidade e conflituosidade, em normas indeterminadas (FARIA, 1989: 66, 76) – vinculando o futuro à linguagem desse momento.

Qualquer momento, contudo, é sempre já mais que um, e aí estaria o jogo, retendo consigo uma profundidade e ambiguidade das quais se pode desviar, ou, decisivamente, enfrentar as possibilidades trazidas efeitualmente nas ranhuras e tensões advindas da sobreposição das camadas de sentido, retomando-as às margens da realidade efetiva. Assim, não seria impossível arriscar uma formalização indicativa da experiência constitucional dos últimos trinta anos – ressaltadas a posição, visão e concepção prévias que aparecem sem se fazer presentes como pressupostos de qualquer interpretação e que se anunciam muito mais no texto, pelo texto, e como



texto a quem se indica do que para quem indica – a partir dessa dicotomia, de um confronto entre diferentes modalidades de ser, entre o esquecimento no habitual e atual, e a possibilidade de se inscrever o estranho naquilo que é comum, distanciando aquilo que vai mais próximo e que, justamente por isso, passa despercebido se comparado ao cotidiano daquilo que aparece pronto à mão.

Entre uma e outra, ou na contraposição de uma com a outra reside, talvez, a diferença entre o programa constitucional – ou mesmo o “paradigma constitucional” – e uma decisão constitucional. Não parece exagerado dizer que se buscou articular, inicialmente, – e os inícios, ou as origens, seriam, bem ou mal, tudo para toda prática arraigada na e atualizada a partir da renovação da tradicionalidade, preservada por uma comunidade de corresponsabilidade que nela e por ela se identifica (HUSSERL, 1989) – o sentimento ou o projeto de mudança, o “sentimento da força normativa da Constituição,” talvez, com recurso ao conceito de paradigma – referenciando-se, bem ou mal, o sentido muito peculiar que respondeu a essa palavra Thomas Kuhn. Nomes fundadores da linguagem constitucional atual escreviam no seu acontecer e nos dias e anos imediatamente posteriores ao acontecimento sobre a necessidade, ou mesmo a inexorabilidade, de uma “mudança de paradigma”.

É de todo curioso que o conceito de paradigma tenha sido articulado para advogar a apreensão da situação hermenêutico-jurídica da passagem do regime ditatorial à novíssima república como um momento de crise, quando, invariavelmente, aquilo que o conceito designa de mais profícuo, isto é, o paradigma como artefato excludente que estaria ao centro da constituição e do isolamento das comunidades científicas, traga consigo duas particulares e concomitantes consequências dessa totalidade conjuntural: na mesma medida em que crises são inevitáveis, e que é na atualização de um paradigma que se aproxima a sua ruptura, elas também o são imprevisíveis paradigmaticamente. O apagar dos traços da interrupção, do arbítrio, da decisão, e, portanto, da historicidade, é o que um paradigma enquanto *tecnologia* faz por excelência, abrindo, com isso e por sua vez, a possibilidade de se falar e viver o progresso sem rupturas – e sem decisões, e sim programas de pesquisa.

Uma decisão, por definição, não pode se prever como acertada, como boa, havendo consigo sempre risco e sacrifício, que não é nada senão essa abertura de um espaço de experiência – o que poderia ser indicado, talvez, pelo nome de “liberdade,” não enquanto propriedade, ou mesmo condição de possibilidade, mas como êxtase,



como o fora-de-si da existência – que interrompe o futuro-limite do horizonte de expectativas. E, por conseguinte, uma decisão pela mudança de paradigma é uma contradição em termos – e é difícil decidir se essa contradição seria uma "tensão essencial," na esperança de que o conceito e a crítica do modo paradigmático da prática científica possa conviver com suas conquistas, ou, aquilo que deve ser esquecido como o custo a se pagar pelo progresso das ciências. Paradigmas não mudam por si – quando mudam, sucedem-se apagando a mudança e renovando retrospectivamente uma continuidade sempre já prospectiva –, e nem deixam ruínas.

O direito é, em alguma medida, tecnologia. Ou, talvez, melhor seria dizê-lo: a imperatividade do direito moderno é tecnológica, no movimento linear em que se reduz positividade e normatividade à positivação e se transforma a pessoa de direito em ponto de imputação.

Esse movimento poderia ser lido, por exemplo, e como sugerido acima, no enquadramento efetuado pela categoria de poder constituinte. E, de todo modo, poderia ser aproximado, de um lado, como que a explicar o porquê da decisão quanto ao começo do processo constituinte – se em 1964, no comentário de Moreira Alves aos constituintes para quem, na figura de presidente do Supremo Tribunal Federal explicitava o sentido jurídico da constituinte; (*Cf. KOERNER; FREITAS, 2013: 148 e ss.*) se nos últimos anos do regime – poder ser suspensa, suspensão que permitira a transformação da primeira posição em um pressuposto jurídico-metodológico, o pressuposto da "tradição república," de interpretação normativa do texto constitucional atualizado programaticamente, mas raramente anunciado, até os dias de hoje no contexto daquela jurisdição. Muito embora sejam outros os seus membros, outras as narrativas, e mesmo que se defenda, como já o fez Luís Roberto Barroso, que a história constitucional brasileira comece com a Constituição Federal de 1988. (*Cf. BARROSO; BARCELLOS, 2010: 271-273*) Talvez, portanto, a superficialidade de 30 anos de história de progresso – com o professado esgotamento da tarefa de uma série de ações constitucionais, voltadas para a constitucionalização do direito posto, supostamente em vias de finalização, ainda que a decisão pelo que se entende por constitucionalização nunca se possa dar por finalizada, senão pelo programa do neoconstitucionalismo. Se se indica uma proximidade escandalosa talvez entre um e outro posicionamentos, se o faz para indicar o que um tratamento dos modos de ser da comunidade jurídica informado pelo conceito de paradigma deveria ter que enfrentar –



nada mais que a impropriedade da história efetual, que resiste a quaisquer apropriações imediatas, suspendendo-as justamente.

De outro, tal interpretação revelaria também seus limites, porque todo texto é mais que a sua encarnação na atualização da identidade por exclusão de uma comunidade. Em outras palavras, o direito também seria experiência – muito embora essa contraposição, entre experiência e tecnologia deva ser interpretada como estritamente ontológica, não se podendo falar, portanto, em uma experiência originária desvirtuada por um modo de ser tecnológico, e da necessidade de sua purificação, porque a apropriação mesma dessa origem depende suplementarmente da tecnologia, e, por conseguinte, da possibilidade de sua repetição. (Cf. DERRIDA, 2002: 244-245) Entretanto, a conquista da possibilidade de outra interpretação se faz tão somente no enfrentamento desse limite – e pensar a forma constitucional na sua historicidade talvez seja um próximo passo do esforço por afirmar a tradição da Constituição de 1988.

Especificamente quanto à forma constitucional, a articulação que ora se imagina em resposta às palavras conquistadas em oposição, experiência e tecnologia, poderia ser lida na distinção de sentidos atribuídos ao texto constitucional, ora como fundamento de crítica da violência, ora como instrumento de governo – que não poderiam deixar de indicar duas dimensões das constituições modernas, uma normativa, outra funcional.

Assim, se se volta para aquilo que vai interpretado retrospectivamente como o princípio da forma constitucional, o caso *Marbury v. Madison* lido a contrapelo apareceria mais como a abertura e conquista de outro espaço de disputa facional pelo controle governamental, (BALKIN; LEVINSON, 2003: 262; TUSHNET, 2004: 538-543) do que a garantia de que essas disputas não desvirtuariam a decisão advinda do fazer-se presente do povo naqueles momentos constitucionais de alta política, (ACKERMAN, 1984: 1022-1023) na medida em que se encontraria na jurisdição constitucional um fórum de princípio que garantiria a continuidade da identidade comunitária. A não ser que se conceda, por exemplo, que *Lochner v. State of New York*, caso decidido dois anos após o centenário da decisão que teria concretizado a forma constitucional, (PINTO, 2004: 190) em que se declarou a inconstitucionalidade de uma lei trabalhista que limitava, fundada em um exercício curioso de poder de política, o número de horas diárias trabalháveis por padeiros, seja um bom exemplo a iluminar a história



institucional daquele tribunal – bem como o papel da jurisdição constitucional. Segundo a corte, a lei teria violado o devido processo legal ao arbitrariamente limitar o direito de contratar. Trata-se de caso que cristaliza uma cadeia casuística das primeiras décadas do séc. XIX em que a Suprema Corte se interpreta como uma corte de defesa da ordem econômica e social indisputável por princípio frente à política. (SCHMITT, 2015: 81; BERCOVICI, 2013: 127-129)

Se se volta para o Supremo Tribunal Federal e para a sua atuação nos últimos 30 anos, dificilmente a corte não aparecerá também, e talvez mesmo centralmente, como uma jurisdição de governabilidade, do *imperium* da governabilidade. (Cf. BENVINDO, 2010: 99-100, 116-117) Aquém da atualização jurisdicional do texto constitucional, contudo, residiria “a promessa de um constitucionalismo revolucionário,” para se valer da expressão de Johan van der Walt. (2005: 42-43) Essa promessa, todavia, não seria uma ideia regulativa, nem mesmo um sentido originário desvirtuado, e sim a manifestação de negociações para com o imperativo da governabilidade com vistas a decidir pela menor violência a cada caso, sem deixar que o seu silêncio a permita se confundir pela razão de uma optimização. Um lapso jurídico, (Cf. NANCY, 2003: 169), portanto, que anunciaría um excesso, nada mais que o ato de resistência às forças de privatização do espaço público.

Talvez seja a falta de guarda perante esse silêncio que dá azo à vontade de totalidade do constitucionalismo como resposta à crise do Direito, reduzindo sua normatividade à política da Constituição – ou a justiça à justificação – então entendida, explícita ou implicitamente, como instrumento de governo. Uma guarda que exigiria um esforço de pensamento no limite indecidível entre esses dois lados da forma constitucional – nas palavras de Cover, entre o constitucionalismo como legitimação do Estado e o constitucionalismo como legitimação de comunidades e movimentos, de “novos mundos.” (1983: 68).

4. Conclusão

Terminar discutindo Bruce Ackerman, se aparentemente abrindo, é de todo justificável. O autor aparece como o ponto comum de partida às três tentativas distintas de apreender qualquer coisa de significativo no que, por definição, foge à



regra – além do fato dos respectivos autores dialogarem entre si nos textos em questão. Assim, Mark Tushnet, Eric Posner e Adrian Vermeule, e Sanford Levinson e Jack Balkin não só discutem aquilo que aproxima e distanciam suas distintas abordagens do tema, tal qual esboçado na seção anterior, como manifestam a centralidade daquilo de importante identificado por Ackermann, isto é, a distinção entre o ordinário e o excepcional na prática constitucional (Cf. TUSHNET, 2004: 531-532,549; POSNER; VERMEULE, 2008: 992, nota 4, 1045 e ss.; LEVINSON; BALKIN, 2001: 1076-1080).

Como famosamente argumentado por Ackerman, ter-se-ia tanto sincrônica como diacronicamente na experiência constitucional americana o que ele denomina por “democracia dualista”. Os pais fundadores teriam inscrito no texto constitucional esforços estruturais a encorajar os atores constitucionais hodiernos a “deliberar seriamente sobre o interesse público”, constrangendo-os a evitar que “seus interesses particulares, mas bem-organizados de usar o governo para oprimir os grupos especialmente vulneráveis ou pobemente organizados” (1989: 461), por um lado. Por outro, essa estrutura seria operacionalizada historicamente na distinção entre aqueles raros momentos em que *o Povo (the People)*, titular inconteste e absoluto do poder constituinte, decide a respeito de sua identidade política (1989: 474), e aqueles momentos mais comuns em que as facções assumem o palco e tentam manipular as formas constitucionais em prol de seus interesses particulares (1984: 1022). Aos primeiros momentos, excepcionais, tanto em ocorrência como institucionalmente, Ackerman denomina “política constitucional”, ou, posterior e mais famosamente, “momentos constitucionais” (1989: 489); aos segundos, “política hodierna”.

Conforme bem notado por Andreas Kalyvas, os “momentos constitucionais” acerca dos quais escreve Ackerman normalmente vêm em resposta a “crises constitucionais” (2008: 173; ACKERMAN, 1984: 1030, 1031, 1071), supostamente resolvidas com a manifestação do povo, ao “repudiar parcelas significativas de seu passado”, e transformar sua lei suprema de modo a expressar “as mudanças profundas” de sua identidade política (1989: 453). Posto isso, ganha-se uma melhor compreensão quanto aos motivos que levam Ackerman ao desespero frente à concomitante transformação das crises em um instrumento de governo e normalização de poderes emergenciais, liderada pela consolidação das pesquisas de opinião como um “suplemento democrático” à atuação unilateral do executivo (2010: 75-76). Com



isso, a distinção entre “política constitucional” e “política hodierna” perderia sua clareza.

Não obstante, se a discussão precedente diz alguma coisa de significativo, ela parece levar à conclusão de que a clareza almejada por Ackerman, e em que resta sua teoria, é fruto de uma ilusão de ótica desde sua proposição. O entrelaçamento entre eternidade e crise na forma constitucional, bem como a dimensão estrutural consequente, identificada tanto por Tushnet quanto por Posner e Vermeule, comprovam, nas elegantes palavras de Jack Balkin, que “transformações sempre estão ocorrendo no sistema constitucional”, e que aquilo que se chama de “política hodierna sempre contém parecenças e possibilidades do revolucionário.” (2009: 598)

5. Referências Bibliográficas

ABREU, Alzira Alves de; LATTMAN-WELTMAN, Fernando. Fechando o cerco: a imprensa e a crise de agosto de 1954. In: GOMES, Angela de Castro (org.) Vargas e a crise dos anos 50. 3^a ed. Rio de Janeiro: Ponteio, 2011, p. 23-60.

ACKERMANN, Bruce. Storrs Lectures: Discovering the Constitution. *The Yale Law Journal*, v. 93, p. 1013-1072, 1984.

ACKERMANN, Bruce. Constitutional Politics / Constitutional Law. *The Yale Law Journal*, v. 99, n. 3, p. 453-547, 1989.

ACKERMANN, Bruce. The Emergency Constitution. *The Yale Law Journal*, v. 113, p. 1029-1091, 2004.

ACKERMAN, Bruce. *The Decline and Fall of the American Republic*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2010.

AGAMBEN, Giorgio. *Stasis: Civil War as a Political Paradigm*. Trad. de Nicholas Heron. Stanford: Stanford University Press, 2015.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O Poder Soberano e a vida nua*. Trad. de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad. de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARENKT, Hannah. *Civil Disobedience*. In: *Crises of the Republic*. Nova Iorque: Harcourt, Brace & Co., 1972.



- ARENDT, Hannah. *On Revolution*. Nova Iorque: Penguin Books, 1990.
- ARENDT, Hannah. *The Human Condition*. 2^a ed. Chicago: The Chicago University Press, 1996.
- ARISTÓTELES. *The Athenian Constitution*. Trad. de H. Rackham. Cambridge: Harvad Univeristy Press, 1935.
- AUBENQUE, Pierre. *O problema do ser em Aristóteles*. Trad. de Cristiana de Souza Agostini e Dioclézio Domingos Faustino. São Paulo: Paulus, 2012.
- BALKIN, Jack. Constitutional Hardball and Constitutional Crises. *Quinnipiac Law Review*, v. 26, p. 579-598, 2008.
- BALKIN, Jack; LEVINSON, Stanford. What are the facts of *Marbury v. Madison*? *Constitutional Commentary*, v. 20, p. 255-281, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In: SILVA, Luís Virgílio Afonso da. (org.) *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BENJAMIN, Walter. *Origem do drama barroco alemão*. Trad. de Sergio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1984.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. *On the Limits of Constitutional Adjudication. Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Berlin: Springer, 2010.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. The seeds of change: popular protests as constitutional moments. *Marquette Law Review*, v. 99, p. 363-426, 2015.
- BERCOVICI, Gilberto.. *A Constituição Invertida: A Suprema Corte Americana no combate à ampliação da democracia*. *Lua Nova*, v. 89, p. 107-134, 2013.
- BIGNOTTO, Newton. *Maquiavel Republicano*. São Paulo: Loyola, 1991.
- BIGNOTTO, Newton. A solidão do legislador. *Kriterion*, Belo Horizonte, v. 99, p. 7-37, 1999.
- BURCKHARDT, Jacob. *Reflections on History*. Trad. de M. D. Hottinger. Indianapolis: Liberty Fund, 1979.
- CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. A Sociologia dos Conceitos e a História dos Conceitos: um diálogo entre Carl Schmitt e Reinhart Koselleck. *Sociedade e Estado*, v. 21, n. 1, p. 133-168, 2006.
- CHRISTODOULIDIS, Emilos. “End of History” jurisprudence; Dworkin in South Africa. In: DU BOIS, François. (ed.) *The Practice of Integrity: Reflections on Ronald Dworkin and South African Law*. Cidade do Cabo: Juta & Co. Ltd., 2008.



DERRIDA, Jacques. Edmund Husserl's *Origin of Geometry*: An Introduction. Trad. de John P. Leavey Jr. Lincoln: University of Nebraska Press, 1989.

DERRIDA, Jacques. *Nietzsche and the Machine*. In: *Negotiations: Interventions and Interviews, 1971-2001*. Trad. de Elizabeth Rottenberg. Stanford: Stanford University Press, 2002.

DERRIDA, Jacques.. *Rogues: Two Essays on Reason*. Trad. de Pascale-Anne Brault e Michael Naas. Stanford: Stanford University Press, 2005.

DE WILDE, Marc. *Violence in the State of Exception: Reflections on Theologico- Political Motifs in Benjamin and Schmitt*. In: DE VRIES, Hent; SULLIVAN, Lawrence E. (eds.) *Political Theologies: Public Religions in a Post-Secular World*. Nova Iorque: Fordham University Press, 2006.

DYZENHAUS, David. *Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?* The American Political Science Review, v. 91, n. 1, p. 121-134, 1997.

FARIA, José Eduardo. *O Brasil Pós-Constituinte*. São Paulo: Graal, 1989.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *O Legado da Revolução*. Síntese Nova Fase, v. 47, p. 5- 11, 1989.

FERREIRA, Bernardo. *O Essencial e o Acidental: Bodin (e Hobbes) e a invenção do conceito moderno de Constituição*. Lua Nova, v. 88, p. 381-246, 2013.

FERREIRA, Jorge. *O golpe faz 50 anos: Cinco questões sobre o governo Goulart e a crise política de 1964*. In: ALONSO, Angela; DOLHNIKOFF, Miriam (orgs.) 1964 – do golpe à democracia. São Paulo: Hedra, 2015, p. 43-69.

FERREIRA, Jorge. *Crises da República 1954, 1955 e 1961*. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Araújo Neves (orgs.) *O Brasil Republicano: o tempo da experiência democracia – da democratização de 1945 ao golpe civil-militar de 1964*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

FERREIRA, Jorge. *O carnaval da tristeza: os motins urbanos do 24 de agosto*. In: GOMES, Angela de Castro (org.) *Vargas e a crise dos anos 50*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Ponteio, 2011, p. 61-96.

FINN, John E. *Constitutions in Crisis: Political Violence and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1991.

FINE, Robert. *Political Investigations: Hegel, Marx, Arendt*. Nova Iorque: Routledge, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Trad. de William Rehg. Cambridge: The MIT Press, 1996.

HEGEL, G.W. F. *Outlines of the Philosophy of Right*. Trad. de T. M Knox. Oxford: Oxford



University Press, 2008.

HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. Tübingen: Max Niemeyer, 1967.

HEIDEGGER, Martin. *Introdução à filosofia*. Trad. de Marco Antônio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. *Country Path Conversations*. Trad. de Bret W. Davis. Bloomington: Indiana University Press, 2010.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2012.

HEIDEGGER, Martin. *Contribuições à filosofia: do acontecimento apropriador*. Trad. de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Via Verita, 2015.

HOBES, Thomas. *Leviathan*. Ed. de J. C. A. Gaskin. Nova Iorque: Oxford University Press, 1998.

HUSSERL, Edmund. *The Origin of Geometry*. Trad. de David Carr. In: DERRIDA, Jacques. Edmund Husserl's *Origin of Geometry: An introduction*. Trad. de John P. Leavey Jr. Lincoln: University of Nebraska Press, 1989.

KALYVAS, Andreas. *Democracy and the Politics of the Extraordinary*: Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

KEEDUS, Liisi. *Liberalism and the question of “the proud”*: Hannah Arendt and Leo Strauss as readers of Hobbes. *Journal of the History of Ideas*, v. 73, n. 2, p. 319-341, 2012.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. *O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo*. *Lua Nova*, v. 88, p. 141-184, 2013.

KOSELLECK, Reinhart. *Critique and Crisis: Enlightenment and the Pathogenesis of Modern Society*. Cambridge: The MIT Press, 1988.

KOSELLECK, Reinhart. Some questions regarding the Conceptual History of “Crisis”. In: *The Practice of Conceptual History: Timing History, Spacing Concepts*. Trad. de Todd Samuel Presner et al. Stanford: Stanford University Press, 2002.

KOSELLECK, Reinhart. *Futures Past: on the semantics of historical time*. Trad. de Keith Tribe. Nova Iorque: Columbia University Press, 2004.

KOSELLECK, Reinhart. *Crisis*. Trad. de Michaela W. Richter. *Journal of the History of Ideas*, v. 67, n. 2, p. 357-400, 2006.

LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. *Constitutional Crises*. University of Pennsylvania Law Review, v. 157, n. 3, p. 707-753, 2009.



LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. Understanding the Constitutional Revolution. *Virginia Law Review*, v. 87, n. 6, p. 1045-1104, 2001.

LINDAHL, Hans. Collective self-legislation as an *Actus Impurus*: a response to Heidegger's critique of European nihilism. *Continental Philosophy Review*, v. 41, n. 3, p. 323-343, 2008.

LINDAHL, Hans. *Fault Lines of Globalization: Legal Order and the Politics of A-Legality*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013.

LORAUX, Nicole. The theatricality of Greek Tragedy: Playing Space and Chorus. Chicago: University of Chicago Press, 2007.

MACHIAVELLI, Niccolò. *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*. In: *Tutte le opere*. Ed. De Mario Martelli. Florença: Sansoni, 1971a.

MACHIAVELLI, Niccolò. *Il Principe*. In: *Tutte le opere*. Ed. De Mario Martelli. Florença: Sansoni, 1971b.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. Entre impunidade e repressão: a anistia de 1961 na História Constitucional Brasileira. 2017. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2017.

MARTIN, Richard P. Solon in no man's land. In: BLOK, Josine H.; LARDINOIS, Andre P. M. H. (eds.) *Solon of Athens: New Historical and Philological Approaches*. Leiden: Brill, 2006.

MEIER, Christian. *The Greek Discovery of Politics*. Trad. de David McLintock. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

MINKINNEN, Panu. Political constitutionalism versus political constitutional theory: law, power, and politics. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p. 586-610, 2013.

NANCY, Jean-Luc. *The Inoperative Community*. Ed. por Peter Connor. Trad. de Peter Connor et al. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1991.

NANCY, Jean-Luc. *Being Singular Plural*. Trad. de Robert D. Richardson e Anne E. O'Byrne. Stanford: Stanford University Press, 2000.

NANCY, Jean-Luc. *Lapsus judicii*. Trad. de Simon Sparks. In: NANCY, Jean-Luc. *A Finite Thinking*. Stanford: Stanford University Press, 2003.

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

OLSEN, Niklas. Carl Schmitt, Reinhart Koselleck and the foundations of history and politics. *History of European Ideas*, v. 37, n. 2, p. 197-208, 2011.



PINTO, Cristiano Otávio Paixão Araújo. A reação norte-americana aos atentados de 11 de setembro de 2001 e seus impacto no constitucionalismo contemporâneo: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito. 417 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2004.

PINTO, Cristiano Otávio Paixão Araújo; BARBOSA, Leonardo de Andrade. A memória como direito na ditadura militar: a cláusula de exclusão da apreciação judicial observada como um paradoxo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, v. 1, n. 6, p. 1-16, 2008.

POCOCK, J. G. A. *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*. Nova Jersey: Princeton University Press, 1975.

POMERANZ, William E. Judicial Review and the Russian Constitutional Court: The Chechen Case. *Review of Central and East European Law*, v. 23, n. 1, p. 9-48, 1997.

POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. Constitutional showdowns. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 156, p. 991-1048, 2008.

ROBINSON, Charles. *Martin Heidegger's Critique of Freedom*. 605 f. Tese (Doutorado em Filosofia) Boston College, 2009.

SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Trad. De Inês Lobbauer. São Paulo: Scritta, 1996a.

SCHMITT, Carl. *The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes: Meaning and Failure of a Political Symbol*. Westport: Greenwood Press, 1996b.

SCHMITT, Carl. *Roman Catholicism and political form*. Trad. de G. L. Ulmen. Westport: Greenwood Press, 1996c.

SCHMITT, Carl. *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europaeum*. Trad. de G. L. Ulmen. Nova Iorque: Telos Press Publishing, 2003.

SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Trad. de Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008.

SELIGMANN-SILVA, Márcio. Walter Benjamin: o Estado de Exceção entre o político e o estético. In: SELIGMANN-SILVA, Márcio (org.) *Leituras de Walter Benjamin*. São Paulo: Annablume, 2007, p. 213-238.

SHIGONG, Jiang. *Written and unwritten Constitutions: A new approach to the study of constitutional government in China*. *Modern China*, v. 36, n. 1, p. 12-46, 2010.

SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

SJÖHOLM, Cecilia. *Doing aesthetics with Arendt: how to see things*. Nova Iorque: Columbia University Press, 2015.



SKINNER, Quentin. *The foundations of modern political thought. v. 1.* Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

SKINNER, Quentin. *Hobbes and Republican Liberty.* Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

STRAUSS, Leo. *The Political Philosophy of Hobbes: Its basis and Its Genesis.* Trad. de Elsa M. Sinclair. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. *The John Marshall Law Review*, v. 37, p. 523-553, 2004.

VATTER, Miguel. *Between form and event: Machiavelli's Theory of Political Freedom.* Dordrecht: Springer, 2000.

VILLA, Dana. *Public freedom.* Nova Jersey: Princeton University Press, 2008.

VEITCH, Scott. Ronald Dworkin and the power of ideas. In: DU BOIS, François. (ed.) *The Practice of Integrity: Reflections on Ronald Dworkin and South African Law.* Cidade do Cabo: Juta & Co. Ltd., 2008.

Sobre o autor

Ricardo Martins Spindola Diniz

Doutorando em Direito na Unidade de Pesquisa em Direito da Universidade de Luxemburgo. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás. E-mail: ricardo.spindola@uni.lu

O autor é o único responsável pela redação do artigo.

