

JUSTIÇA ELEITORAL



Rio de Janeiro, v. 6. n. 2. abril a junho de 2016

EM DEBATE



FINANCIAMENTO ELEITORAL: novas regras, nova realidade?

ENTREVISTA:

MÁRIO VOLPI

Coordenador do programa Cidadania
dos Adolescentes do Fundo das Nações
Unidas para a Infância (Unicef) no Brasil

ARTIGOS:

MARIA AGLAÉ TEDESCO VILARDO

"Como a Justiça Eleitoral pode contribuir
para formar uma cabeça bem-feita"

VÂNIA AIETA

"A necessária distinção entre *demos* e
kratos – poder do povo ou poder sobre
o povo? Quem é o povo? A titularidade
do Poder Constituinte Originário"

ARY JORGE AGUIAR NOGUEIRA

"Breves considerações acerca do
direito de voto dos interditados após
a vigência da Lei 13.146/2015"

“A necessária distinção entre *demos* e *kratos* – poder do povo ou poder sobre o povo? Quem é o povo? A titularidade do Poder Constituinte Originário”



Arquivo pessoal

Vânia Aieta¹

Advogada especializada
em Direito Eleitoral

A ideia de democracia, nos moldes participativos, surge com o constitucionalismo contemporâneo ou material, divorciado do paradigma do constitucionalismo clássico² e é apontada como um direito humano de quarta

1. Advogada especializada em Direito Eleitoral. Docente do Programa de Pós-Graduação Stricto sensu em Direito da UERJ, Professora de Direito Eleitoral da UERJ. Doutora em Direito Constitucional pela PUC-SP, Pós-Doutoranda em Direito Político pela PUC-Rio. Presidente da ESDEL (Escola Superior de Direito Eleitoral). Líder do Grupo de Pesquisa do CNPQ Observatório do Direito Eleitoral. Editora da Revista BALLOT, especializada em Direito Eleitoral. Email: vaniaaieta@siqueiracastro.com.br. & vaniaaieta@yahoo.it

2. No Constitucionalismo Clássico, deflagrado pelas Revoluções Liberais Burguesas do século XVIII, os pilares de sustentação desse modelo eram a separação de poderes e um rol de direitos que asseguravam direitos individuais em face do Estado.



geração. No Constitucionalismo Material, ocorrido na passagem do século XIX para o XX, os caracteres principais passam a ser o conteúdo plúrimo³ e o perfil ideológico neutro⁴.

Por democracia, no seu sentido etimológico, pode-se entender a democracia no plano literal ou semântico. *A priori*, a definição etimológica de democracia é “*governo cujo poder pertence ao povo*”. No entanto, há de se ressaltar que a construção interpretativa não se restringe exclusivamente ao conteúdo semântico, do **texto** em si, ou melhor explicando, do “*corpus*” do vocábulo. Deve-se considerar também os pilares do **contexto** e sobretudo o **legado axiológico trazido pelo intérprete**.⁵

Por isso, sustentar que a democracia é o poder do povo não oferece um resultado preciso para a problemática desta empreitada de busca conceitual, pois o significado do vocábulo *democracia* apresenta múltiplas interpretações acerca de quem possa ser considerado como **povo**. A ambiguidade do termo *povo* já podia ser detectada na antiga Grécia. Desse modo, o significado de *demos* apresentava distintas facetas. *Demos* significava não só muitas pessoas, mas também espelhava as classes mais pobres.⁶

Giovanni Sartori ensina que, no século V a.C, *demos* significava a comunidade ateniense reunida na *ekklesia* (a assembléia popular), reunindo tanto os *polloi* (os muitos) como também os *pleíones* (a maioria) e até mesmo os *óchlos* (o populacho no sentido degenerativo já que significava o que se entende atualmente por lumpesinato).⁷

Por sua vez, o conceito romano de *povo* deve ser compreendido exclusivamente no contexto de seu constitucionalismo, embora Sartori pondere que sendo o latim a língua oficial da Idade Média, não se pode desprezar a “*leitura*” romana do significado de povo. Desse modo, durante cinco séculos, o conceito de *populus* foi concebido, assim como o *demos* grego, como uma *corporação* e não como a soma total dos indivíduos considerados no plano singular.⁸ A noção do povo como totalidade orgânica espelha um entendimento de “*todos como uma só unidade*”, cuja geratriz pode ser detectada, na ideia grega de *demos*, como o corpo coletivo derivado da imagem da praça ou da assembleia, olhadas do alto.⁹

O ideal de unidade das massas deflagra o *eidos* diferencial entre aristocracia e democracia. Esta observância não reside na diferença entre poucos ou muitos indivíduos, mas sim no fato de que, nas democracias, os muitos a decidir são transformados, para parafrasear Norberto Bobbio: “**em uma massa que pode ser considerada globalmente, porque a massa, enquanto tal, não decide nada.**”¹⁰

3. Conteúdo plúrimo pois traz à cena constitucional um quantitativo maior de possibilidades de positivamente como a inclusão dos Direitos Sociais.

4. Perfil ideológico neutro não significa necessariamente neutralidade política. Aqui, significa que nessa fase constitucional não ocorre alinhamento ideológico com um vetor ideológico específico, possibilitando a ocorrência de um constitucionalismo que pode oferecer múltiplas matizes ideológicas.

5. Dessarte, a resultam em uma compreensão mais aproximada do real.

6. Giovanni Sartori, *A Teoria da Democracia Revisitada*, p. 41.

7. *Ibidem*.

8. *Op. cit.*, p. 44.

9. Norberto Bobbio, *Teoria Geral da Política*, p. 377 adição de texto, contexto e intérprete. Explica o autor que a proximidade com as assembléias resulta na constatação de que são compostas de muitos indivíduos que, ao exercerem o seu direito de aprovar ou desaprovar as propostas dos oradores, contavam singularmente por *um*, o que significa que tanto a democracia como a monarquia e a aristocracia são, antes de qualquer coisa, compostas de *indivíduos*.

10. *Ibidem*. O autor alerta que o único caso em que se pode falar de decisão de massa é o caso da *aclamação*, que é o oposto de uma decisão democrática.

“

Etimologicamente, a democracia vem dos termos *demos* e *kratos*. Por *demos*, pode-se entender o povo e, por *kratos*, o poder. Em grego antigo a palavra *demokratia* significava que o povo (*demos*) é de fato o poder (*kratos*) no Estado.”

Sobre o entendimento do vocábulo povo, não obstante suas múltiplas interpretações, Sartori apresenta seis caminhos hermenêuticos. Em um primeiro plano, povo significaria **todas as pessoas**. Ao depois, poderia significar **uma grande parte indeterminada de pessoas** (*muitos*). Também, surge a possibilidade do termo significar **uma classe inferior** ou uma **entidade indivisível (um todo orgânico)**. Além disso, poderia ser, ainda, **uma parte maior (princípio da maioria absoluta ou princípio da maioria limitada)**.

A primeira interpretação sartoriana faz referência à ideia de **todos**, instigando-nos, no plano literal, ao incluir, neste mister, absolutamente todo o mundo. Mas, na democracia grega a ideia de *demos* excluía as mulheres e os escravos.¹¹ Na realidade, o cerne da questão está na busca do alcance e dos limites que o vocábulo povo possa apresentar. No que tange à segunda interpretação sartoriana, em sendo a democracia um procedimento, a ideia de povo enquanto **muitos (grande quantidade de pessoas)** realiza-se como uma noção que espelha a obstrução procedimental de

se conseguir detectar, com precisão numérica, quantas pessoas são decisivamente suficientes para a construção do conceito.¹² Porém, na terceira interpretação de Sartori poder-se-ia alcançar uma solução para a problemática procedimental aventada nas duas primeiras interpretações, pois pela terceira via poder-se-ia sustentar que a dita **“grande quantidade de pessoas”** seria especificamente a classe trabalhadora, ou seja, a base da sociedade.¹³ Por outro lado, o autor sustenta que em democracias mais avançadas, onde a divisão de riquezas ocorre de forma mais igualitária, desprezando-se os **“abismos sociais”** característicos dos países terceiro-mundistas, torna-se difícil dizer que a classe pobre seria necessariamente a mais numerosa, o que, ao revés, pode-se com rigor asseverar, em conjunturas políticas em que o número de pobres excede concretamente o percentual dos detentores de recursos.

Além disso, a ideia de povo como classe pobre revela uma exclusão permanente na medida em que o não pertencer à classe popular provocaria um banimento *ad eternum* do universo conceitual da compreensão de povo.¹⁴ Pela quarta interpretação sartoriana, o termo *povo* não é concebido de modo individualista, ou seja, como a soma total de indivíduos distintos capazes de decidir por si mesmos,

11. A exclusão no universo do conceito de “povo” não se apresenta apenas como um fenômeno da Antiguidade. Vale afirmar que hodiernamente há algumas categorias de pessoas como, por exemplo, os presos, e os que possuem incapacidade eleitoral em razão da idade.

12. Sartori chega a refletir sobre o seguinte dilema: uma grande quantidade de pessoas baseada a que total?

13. Giovanni Sartori, *A Teoria da Democracia Revisitada*, p. 43.

14. *Ibidem*.



mas sim como uma **corporação**.¹⁵ Porém, adverte o autor que por trás da fórmula “**todos como uma só unidade**”, poderia se vislumbrar a viabilidade de justificar autocracias totalitárias e não de democracias, pois, segundo Sartori: “**uma democracia não pode sequer começar a existir se não recusar essa fórmula.**”

Por fim, a *quinta* e a *sexta* interpretação sartoriana versam acerca do **princípio da maioria absoluta** ou da **maioria limitada**. Na *maioria absoluta*, o direito da maioria tem um perfil absoluto, despido de limitações.

Ao revés, pelo *princípio da maioria limitada*, o direito da maioria não pode ser absoluto, demonstrando tal interpretação uma maior razoabilidade já que concretiza as necessárias limitações impostas pelos direitos das minorias.¹⁶

Etimologicamente, a democracia vem dos termos *demos* e *kratos*. Por **demos**, pode-se entender **o povo** e, por **kratos**, **o poder**. Em grego antigo a palavra *demokratia* significava que o povo (*demos*) é de fato o poder (*kratos*) no Estado.

O entendimento de *demos*, previsto na quarta interpretação sartoriana e alicerçado no legado de Rousseau, ao ser concretizado através de um paradigma de multiplicidade “*não unitária*”, mista e constituída por grupos¹⁷ não obstante a ficção da *corporação*, pode resultar em uma alternativa de razoabilidade para a construção científica do conceito de *demos*. No *eidós* da *corporação*, residiria um universo de microssistemas capazes de assegurar, de modo concomitante, a *unidade* em si cujo eixo é a própria pluralidade. Friedrich Müller procura analisar, de modo preciso, a construção do conceito jurídico de *demos* nos textos normativos das constituições democráticas. O escopo buscado pelas constituições é sempre o da “*legitimação do sistema político constituído*”.¹⁸ O autor sustenta que o povo atua como sujeito de dominação do poder político quando, através da eleição de uma assembleia constituinte, propicia o irromper de uma constituição.

Seria um critério de aferição do **povo** como **sujeito ativo**, sendo a ideia fundamental da democracia a determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo, o que resulta no entendimento de que não existe nenhuma razão democrática para desprezar o mais antigo dos conceitos de povo, provavelmente o mais abrangente que é o da totalidade dos atingidos pelo Ordenamento

“

O escopo buscado pelas constituições é sempre o da “*legitimação do sistema político constituído*”. [...] o povo atua como sujeito de dominação do poder político quando, através da eleição de uma assembleia constituinte, propicia o irromper de uma constituição.”

15. Sartori assevera que tanto o *demos* grego quanto o *populus* latino foram concebidos como corporação.

16. Norberto Bobbio, *Teoria Geral da Política*, p. 377.

17. Friedrich Müller, *Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia*, p. 53. Müller advoga que não obstante a capacidade eleitoral ativa não seja um direito de todos, as pesquisas de opinião, as atividades políticas individuais e associativas produzem efeitos sensíveis na formação da vontade política do povo, contando não só com os “*cidadãos*”, mas com um universo mais alargado de pessoas.

18. *Op. cit.*, p. 52.

“

faz-se necessário a apreciação das correlações de *demos* e *kratos* com a ideia de povo como agente do poder, como instância global de atribuição de legitimidade democrática, como ícone do ideal democrático e como destinatário das prestações civilizatórias do Estado.”

Jurídico, tal como reza Müller, em sua obra, *in verbis*: “*one man one vote*.”¹⁹

Porém, deve-se ressaltar que no universo da Teoria Política e do Constitucionalismo, o vocábulo **povo** não pode apresentar um conceito meramente descritivo, matemático, restrito exclusivamente à definição etimológica, mas também deve demonstrar como vetor principal o que a sociedade espera e exige de uma Democracia onde o princípio de que o Estado está a serviço dos cidadãos e não o contrário, ou seja, que o governo existe para os governados e não vice-versa seja um *fator sine qua non*. Assim, com fulcro nesse aspecto, a controvérsia gerada pelo célebre discurso de Lincoln, em 1863, onde o mesmo apresentou a mais memorável de todas as caracterizações de Democracia ao propagar o “**governo do povo, pelo povo e para o povo**” reside na preposição “*de*” (governo de + o povo), pois essa pode indicar tanto o **sujeito** quanto, ao revés, o **objeto** da ação.²⁰

Já, a expressão “governo pelo povo” apresenta a imperfeição semântica da vaguidade, pois se revela obscura na necessária empreitada de instigar a defla-

gração de conjecturas determinadas. Dessarte, carece tal expressão de explicitar em que sentido se dá a assertiva “*pelo povo*”.²¹ Em uma perspectiva estritamente exegética, o terceiro elemento da *fórmula de Lincoln* apresenta-se despidido de ambiguidades na medida em que a expressão “*para o povo*” significa, sem qualquer nesga de dúvida, em benefício ou vantagem do povo.

No entanto, malgrado as significativas credenciais democráticas advindas do legado exposto pela *fórmula de Lincoln*, qualquer regime advoga para si a virtude democrática ainda que, em nível material, ela esteja distante. Desse modo, resta-nos perceber que a utilização literal dos termos *demos* e *kratos*, em uma perspectiva descritiva já acabada não exaurirá a problemática. Ao revés, a perspectiva de análise prescritiva perfaz-se como algo inacabado, necessitando de uma construção permanente para o reconhecimento do seu propósito e valor. Para tal escopo, faz-se necessário a apreciação das correlações de *demos* e *kratos* com a ideia de povo como agente do poder, como instância global de

19. *Op. cit.*, p. 58.

20. Giovanni Sartori, *A Teoria da Democracia Revisitada*, p. 57. O autor sustenta que, no que diz respeito ao aspecto da expressão “*governo do povo*”, várias conjecturas são admissíveis, entre elas:

- governo do povo significando um povo que se autogoverna, uma democracia direta;
- inversamente, que o povo é o objeto do governo, que é governado;
- que o governo emana do povo no sentido de derivar sua legitimidade do consentimento do povo;
- que o governo é escolhido pelo povo;
- que o governo é guiado pelo povo.

21. *Op. cit.*, p. 58.



atribuição de legitimidade democrática, como ícone do ideal democrático e como destinatário das prestações civilizatórias do Estado.²² O conceito de *demos* não é algo dado, mas sim um construído prescritivo. O *kratos*, por sua vez, pertenceria, de fato, ao titular do poder ou a quem promove o seu exercício?

A utilização pioneira do termo *demos* pode ser encontrada, na história do constitucionalismo, entre os americanos. Eles utilizaram o conceito de povo como titular da soberania democrática. Jefferson, ao redigir o projeto de Constituição para a Virgínia, em 1776, propôs que esta Carta Magna fosse promulgada pela autoridade do povo, ao sustentar: **“Be it therefore enacted by the authority of the people...”**.²³

Há de se inferir que, na sociedade americana, a inexistência de estamentos facilitou consideravelmente a sedimentação da ideia de **povo (*demos*) como titular da soberania**. Ao contrário da França, na sociedade americana, a existência da escravidão legal não representou um obstáculo teórico à concretização desse entendimento, pois o precedente da democracia ateniense, que excluía escravos, metecos e mulheres do universo da cidadania, não deixou de ser um paradigma de análise.²⁴

Ao revés, em França, a ideia de nação deu esteio à construção conceitual dos regimes antidemocráticos. Os revolucionários franceses, no afã de afastar a ambiguidade do termo povo, entronizaram, no lugar do rei, a ideia de nação.²⁵

Assim sendo, a *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*, no bojo da Era das Antecipações, contém, no esteio da influência de Siéyès e de seu famoso panfleto *Qu'est-ce que le Tiers État?*, em seu artigo 3º, a prova cabal de defesa da ideia de nação, *in verbis*: **“O princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação. Nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.”** Mais tarde, por influência de Robespierre, a *Constituição da Convenção de 1793*, conclamando a concretização dos *fatores reais de poder* sustentou que: **“a soberania reside no povo; ela é una e indivisível.”** Robespierre, ao apresentar seu projeto de declaração de direitos à Convenção, em 1793, asseverou:

“O povo é soberano: o governo é a sua obra e sua propriedade, os funcionários públicos são seus empregados. O povo pode, a seu talante, mudar o governo e destituir seus mandatários.”

A atenuação da dificultosa empreitada conceitual de definição do *demos* encontrou esteio nas lições proferidas por Friedrich Müller. Müller sustenta, em sua obra *“Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia”* que o conceito de povo é plurívoco e não unívoco, sendo antropomorfista a tentativa de redução política de “povo” a um só entendimento, opinião ou vontade.²⁶

A primeira consideração de Müller acerca dos pilares construtivistas de *demos* e *kratos* se dá com a assertiva de que o *demos* deva ser o agente ativo do *kratos*, atuando como **sujeito de dominação através da eleição de uma Assembleia Constituinte**, além das eleições ordinárias dos

22. Friedrich Müller, *Quem é o Povo? A questão fundamental da Democracia*, passim.

23. *Op. cit.*, p. 15. Müller aduz que o recurso à ideia de povo como titular da soberania, mesmo num Estado federal e não unitário, tornou-se inevitável na história do constitucionalismo americano.

24. *Op. cit.*, p. 17.

25. *Op. cit.*, p. 19. Müller considera que a ideia da nação tenha se transformado em um dos mais notáveis ícones políticos dos tempos modernos.

26. *Op. cit.*, p. 20. Desse modo, o autor assinala que a adoção do princípio majoritário perfaz-se como algo inevitável. Porém, Müller revela-se cauteloso ao diferenciar totalidade do povo em contraposição de fração dominante do povo.

mecanismos de democracia semidireta, dos instrumentos de autogestão e quaisquer outras formas assecuratórias da participação popular. Dessarte, a máxima *one man one vote* consagra-se como um mecanismo que propicia a inclusão política da totalidade dos atingidos pelas normas como *agentes do kratos*, em nível material.²⁷

Além disso, o *demos* se consagraria ainda como uma **instância global de atribuição de legitimidade** através de uma estrutura de legitimação formada por um ciclo onde o povo ativo elege seus representantes e o trabalho dos mesmos resulta na textificação das normas que implementarão as funções dos aparelhos estatais produtores de atos destinados a todo o povo, nesse caso, enquanto população, pois engloba a todos e não exclusivamente os eleitores alcançando também os não-eleitores e os eleitores vencidos pelo voto (considerando-se um direito eleitoral que adote o princípio da maioria).²⁸

Porém, a invocação do poder constituinte pelo povo num sentido amplo e não só enquanto povo ativo eleitoralmente implica por obrigatoriedade na vigência, na prática e na eficácia dos direitos fundamentais políticos (não como valores e privilégios, mas como normas igualitárias assecuratórias de uma participação ativa de todas as pessoas que fazem parte de uma sociedade).

Uma terceira perspectiva acerca do *demos*, formulada por Müller, se dá com a ideia de **povo como ícone**. Trata-se da problemática da legitimidade, pois não há representatividade concreta em uma ambiência de eleições fraudadas ou através de quaisquer manipulações do procedimento de votação.

A iconização, para Müller, consiste no abandono da ideia de povo *per se*, de modo a mitificar a população como uma hipótese sacralizada, inofensiva perante o monopólio legítimo da violência exercida pelo grupo composto pelos “atores dominantes” da cena política. Dessa forma, os atores dominantes almejam “invocar o povo”, “agir em nome do povo” desde que esse povo seja um grupo majoritário composto à imagem e semelhança dos atores dominantes.²⁹

O fenômeno da iconização reside na tarefa de unificar na mítica de “povo” uma população diferenciada, marcada pelas diferenças axiológicas, de classes sociais, de gênero, de etnia, de língua, de cultura e de religião. Mas tal tarefa revela-se, em termos de *legitimação*, deveras precária. A razão disso é a evidência de que a população, heterogênea, vai sendo submetida a um processo para se tornar homogênea em prol dos privilegiados e dos ocupantes do *establishment*.³⁰ Assim, a constituinte é ungida como povo e mantenedora da constituição através de um simulacro de legitimidade.³¹

No entanto, não obstante o caráter de simulacro, a fórmula ilusória de “*poder constituinte do povo*” como unidade demanda apresentar-se como sujeito político real, como destinatário e também agente de responsabilidade e controle. Para isso, são necessárias algumas instituições e procedimentos tais como: eleições livres e a criação de uma Assembleia Constituinte que venha a garantir mecanismos assecuratórios de uma concreta participação popular.³²

27. *Op. cit.*, p. 58.

28. *Op. cit.*, p. 61.

29. *Op. cit.*, p. 68. Müller aduz que o fenômeno de “criação do povo” pode se apresentar através de práticas de colonização, reassentamento, expulsão, liquidação e, mais recentemente, até mesmo a limpeza étnica.

30. *Op. cit.*, p. 72.

31. *Ibidem*.

32. *Ibidem*.



Parte-se, então, para a análise do conceito mülleriano de povo, asseverado na proposta de ser o mesmo o destinatário das prestações civilizatórias do Estado. O autor assevera que o conceito de povo, enquanto atribuição, compreende os cidadãos de um respectivo país, mas avança politicamente ao propor o alargamento do universo dos destinatários do elemento finalístico do Estado, o *bem comum*, para que se possa alcançar, também, a população de um modo geral, alicerçando tal proposição no princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, advoga Friedrich Müller:

*“O mero fato de que as pessoas se encontram no território de um Estado é tudo menos irrelevante. Compete-lhes, juridicamente, a qualidade do ser humano, a dignidade humana, a personalidade jurídica [Rechtsfähigkeit]. Elas são protegidas pelo direito constitucional e pelo direito infra-constitucional vigente.”*³³

Dessarte, constrói a distinção entre **povo ativo** e **povo destinatário**. O primeiro, como instância de atribuição restrita aos eleitores e o segundo salvaguardando a máxima de que ninguém estaria legitimamente excluído da proteção estatal.³⁴

Por fim, pode-se com rigor concluir, no esteio dos ensinamentos müllerianos, advogando a ideia de povo prescritiva e não somente descritiva, que a concepção de povo como conceito jurídico deve ser interpretado de modo que quaisquer exclusões políticas sejam eliminadas. Desse modo, as “*hierarquizações*” existentes no universo do conceito de povo, como por exemplo, a incidência de desigualdade material (ainda que não formal) que possa contribuir para a construção de privilégios sociais que massacrem as mulheres, os negros, os índios, os pobres, enfim, toda e qualquer sorte de excluídos deve ser severamente exterminada, não só no plano jurídico como também, politicamente, em nível de *práxis*.

Ao se alcançar esse *status* já não basta pensar em *heterogeneidade estrutural* ou *marginalidade* (no sentido de não integração dos grupos marcados pela exclusão). Ao tratar da problemática, Niklas Luhmann ressalta que a diferenciação funcional da sociedade moderna, geradora da diferença nítida entre *inclusão* e *exclusão*, solapa tal distinção produzida pelo fato de não incluir grandes contingentes populacionais na comunicação dos sistemas funcionais.³⁵

“
pode-se com rigor
concluir, [...] advogando
a ideia de povo
prescritiva e não
somente descritiva, que
a concepção de povo
como conceito jurídico
deve ser interpretado
de modo que quaisquer
exclusões políticas
sejam eliminadas.”

33. *Op. cit.*, p. 75. Assim, as pessoas que fazem parte da “população” devem gozar de proteção jurídica, tendo o direito de serem ouvidas nos tribunais através de um sistema que assegure o devido processo legal, estando protegidas por direitos humanos e direitos fundamentais que venham inibir ou punir a ação ilegal do Estado.

34. Müller conclama o conceito revolucionário de povo, produzido por Mao Tsé-Tung, em sua obra “*Citações do Presidente Mao Tsé-Tung*”, quando o mesmo sustenta que, na etapa de construção do socialismo, o conceito de povo deveria ser entendido como “*todas as classes, camadas e grupos sociais que concordassem com a revolução*”.

35. Friedrich Müller, *Quem é o Povo? A questão fundamental da Democracia*, p. 93 *apud* Niklas Luhman, *Das Recht der*



A exclusão deslegítima. Por isso, faz-se necessário vencê-la não mais exclusivamente por meio dos textos constitucionais, mas através da ação do Estado.

A exclusão deslegítima. Por isso, faz-se necessário vencê-la não mais exclusivamente por meio dos textos constitucionais, mas através da ação do Estado. A legitimação advém da ideia do conceito concreto de povo, trazida pela concepção sociológica de Lassalle dos “*fatores reais de poder*”. Por isso, a legitimidade, como normatividade jurídica, é um processo e não uma substância ou mesmo uma qualidade de textos no patamar constitucional.³⁶

Depois, resta-nos aduzir que o *kratos* traz a evidência de que governar significa tradicionalmente ser sujeito agente do poder decisório e do exercício do poder. Por isso, para que se possa alcançar a concretização do elo que necessariamente deve unir a trilogia *demos* – *democracia* – *kratos*, a legitimação do *kratos* será desencadeada através da interpenetração do mesmo com o *demos*, provocando um *eidos* uniforme.³⁷

Com isso, pode-se assegurar que o binômio *demos* – *kratos* extrapola as fronteiras do universo da estrutura textual para alcançar um nível de demandas maior, fulcrado em uma democracia que apresente um *status negativus* e um *status positivus*, representando um nexa legitimador com a concretização dos ideais de *igualdade* e *liberdade* no plano das normatividades (em uma perspectiva de Ordenamento e não meramente da Lei como fonte), divorciando-se das limitações semânticas da letra da lei e adotando uma concretização hermenêutica que considere os pilares do texto, do contexto e do intérprete para a construção dos conceitos de *demos* e *kratos*.

Desse modo, pode-se vislumbrar que a titularidade do poder constituinte originário tenha como sujeito um conceito de *demos* marcado pela inclusão dos partícipes, num ideal de democracia participativa e não de exclusão, restringindo essa titularidade ao universo dos eleitores.

O poder constituinte realiza-se como um poder para a ação, diferenciando-se da força, marcando a passagem do Poder,³⁸ em seu estado bruto, para o Direito. Dá-se pela institucionalização do fenômeno social, jurisdicionando-o.

A problemática da titularidade do poder constituinte implica a apreciação do conceito de soberania.³⁹ Nesse sentido, tanto Apel quanto Habermas advogam “*o homem como o parceiro da sociedade*”.

Gesellschaft, pp. 582s.

36. *Op. cit.*, p. 107.

37. Tal construção impõe o total afastamento da ideia da correlação entre *demos* e *kratos* apenas pelo viés da dominação. Ao revés, a essência dessa trilogia *demos* – *democracia* – *kratos* pode ser expressa na aclamação de Rousseau “*colocar o povo no trono*”. Müller adverte-nos que a deformação autoritária ainda apresenta resquícios não obstante o “*sujeito do kratos*” tenha sido substituído.

38. Nelson Saldanha define poder como a possibilidade que se tem de impor a própria vontade a outrem, democraticamente ou não.

39. Para Celso Lafer, soberania é o poder incontestável de mando em nível interno e internacional. Bobbio ensina que a soberania é o nome dado ao poder, já domesticado de físico e bruto, passa pelo (“*filtro do Direito*” transformando-se em institucional e jurídico).



Há de se considerar que a Constituição é uma peça lógico-sistemática existente em qualquer Estado, de qualquer época, com qualquer significado e conteúdo. Porém, deve-se ter cautela com a concretização, no plano prático, do conceito meramente normativo de Constituição, pois a crença em conceitos meramente assépticos numa Constituição, *esvaziados* de qualquer valor, podem apresentar um perigo concreto à dignidade da pessoa humana.

A concretização do conceito prescritivo do *demos*, como titular do poder constituinte, exige um *compromisso*, através de consenso fundamental que exija a conciliação de ideias, o pluralismo e o respeito aos antagonismos.

Michel de Miñon considera, ao tratar da Teoria da Constituição e suas correlações com a concórdia política, que a decisão do que diz respeito à Constituição pode oferecer formas múltiplas, o que exigiria do *demos*, a **concórdia**, o compromisso do consenso. Tal postura deflagraria uma ascense constitucional do *demos*, fazendo com que o povo possa dar primazia aos interesses da comunidade em detrimento dos interesses individuais ou particulares.

As correlações entre a titularidade do poder constituinte e o exercício do *kratos* sugerem a apreciação da indagação sobre *quem manda e para que se manda*. Ainda, na recepção dos ensinamentos de Michel de Miñon, o autor sustenta que a primeira indagação se destina a designar e controlar os governantes (quem manda?); a segunda dirige seu foco à finalidade do *kratos* (para que se manda?); a terceira versa sobre os limites de ação dos agentes do *kratos* e, por fim, a quarta trata do problema concreto do objeto (o que é que se vai mandar?).⁴⁰

O alcance do consenso apresenta uma dupla via: a limitação do conteúdo (limitação do poder do governante e do governado) e o compromisso autêntico (em razão das vias falsas e verdadeiras do consenso constitucional).

Assim, os compromissos autênticos do *demos*, através de seus representantes ou diretamente, no exercício do *kratos*, devem apresentar elasticidade constitucional que é a suprema arte de prever instituições jurídicas e políticas que sem perderem a sua lógica interna, sobrevivem nas situações mais adversas.

A importância da elasticidade constitucional do *demos* para a manutenção do consenso e o exercício do *kratos* protege o sistema das mudanças súbitas, que podem se realizar de modo científico, de modo religioso, filosófico, estético ou político.⁴¹ Isto não significa um impedimento ao “*direito de revo-*

“

A concretização do conceito prescritivo do *demos*, como titular do poder constituinte, exige um compromisso, através de consenso fundamental que exija a conciliação de ideias, o pluralismo e o respeito aos antagonismos.”

40. Michel de Miñon, *As Vias Falsas e Verdadeiras do Consenso Constitucional: a experiência espanhola*, passim.

41. Entre muitas, a Revolução Cooperativa, o Cristianismo, a Reforma, o Iluminismo, o Renascimento e o Socialismo.

lução” embora, *a priori*, entenda-se por direito algo que pode ser exercido, diferenciando-se *revolução de direito de revolução*. Sobre o assunto, Kelsen ensina que uma revolução ocorre quando a Ordem Política de uma comunidade é mudada ou anulada por *meios ilegítimos*, não previstos pela Ordem Jurídica anterior. Diferencia-se do *poder constituinte*, pois na revolução substitui-se a Ordem Política/Jurídica estabelecida.⁴²

“

uma concepção democrática de Direito não é nem pode ser mais o outrora realizado exclusivamente nos corredores dos Parlamentos, mas sim aquele que faz urgir o verdadeiro sentido do *demos* como titular do poder constituinte, de modo direto e participativo, oriundo das ruas”

Para conciliar juspositivismo com direito de revolução exercido pelo *demos*, titular do poder constituinte, Kelsen enfatiza que ao jurista vai interessar a Constituição quando ela já for jurisdicizada, pois para o autor, Direito é o “*direito posto*”.

Porém, uma concepção democrática de Direito não é nem pode ser mais o outrora realizado exclusivamente nos corredores dos Parlamentos, mas sim aquele que faz urgir o verdadeiro sentido do *demos* como titular do poder constituinte, de modo direto e participativo, oriundo das ruas, através da liberação da palavra, dos slogans, dos panfletos, através do alargamento do espaço público, pois é nele que podem ser encontradas as pessoas que devem fazer parte do exercício de titularidade do poder constituinte originário, através de um conceito de *demos* alargado, que proponha uma maior inserção e participação dos outrora excluídos do exercício do *kratos*.

Tal perspectiva demonstra o quão significativa é a problemática da titularidade do poder constituinte, em grande parte, para parafrasear os ensinamentos de Vannossi, de natureza **ideológica**.

As origens históricas da titularidade do poder constituinte encontram a sua geratriz na *lex regia* romana, com o *demos* transmitindo para o Imperador o *kratos*. Mais tarde, São Tomás de Aquino sustentou o

kratos como fenômeno divino vindo, porém, através do *demos*.

Rousseau advogou a origem popular do poder, propiciando a concretização do entendimento ideológico que almeja se sustentar. Para ele, o governo legítimo é o da vontade geral, o da maioria, vislumbrando-se o **eleitorado como direito**. Ao revés, Siyès sustentou o **eleitorado como função** e não como direito. Desse modo, a Nação⁴³ pode atribuir a quem achar por bem o poder de falar por ela, de representá-la, de exercer o *kratos*.

42. Meirelles Teixeira, ao tecer comentários sobre o tema, ensina ser esse momento político a modificação dos quadros funcionais vigentes, geralmente por meios violentos, dos fundamentos do Direito e do Estado ou a **Restauração** da Ordem Constitucional violada.

43. Atualmente, trata-se o conceito de Nação como *demos* (cidadãos/conceito jurídico e político), mas não se deve esquecer que a Nação é a permanência de interesses, valores e questões culturais de uma comunidade.



A legitimidade do *demos* para o exercício do *kratos*, remete à apreciação da Antropologia Jurídica, pois há de se considerar o plano formal e material, através da adição da necessidade com o crivo da razão já que a Constituição, ensina-nos Hesse, deve sua legitimidade, quando existir acordo em torno do seu conteúdo, através do atendimento de princípios superiores da convivência humana e política. Portanto, é a razão que transforma a realidade em norma. Há de se aduzir, ainda, para a existência de um duplo aspecto na *legitimidade constitucional*,⁴⁴ bifurcando-se a problemática na origem (quem a fez?) e no conteúdo político e filosófico (titularidade do poder constituinte, fins e limites do Estado).

Georges Burdeau ensina ser o *acordo* através do qual se propicia o exercício do *kratos* o conteúdo em torno do qual se constrói uma Constituição, não através da obstrução, mas sim através da **consciência jurídica da real consciência das necessidades coletivas e públicas**, quando as primeiras tenham sido escolhidas pelo Estado como prioridades, o que as transformam em necessidades públicas.

Por fim, para lembrar Vanossi, em uma Constituição democrática, a titularidade do poder constituinte precisa residir sempre no entendimento de povo. No entanto, isto gera o enfrentamento do fenômeno da vaguidade e da textura aberta, pois o conceito de *demos*, conforme já analisado, pode oferecer inúmeras possibilidades conceituais, todas comprometidas pela ideologia.

As amarras da ideologia provocam um modo próprio de ver o mundo. Os estudos ópticos de Kepler podem aclarar a análise. Não é sem um fito determinado que a teoria óptica kepleriana tenha sido sintetizada, na obra “*Epistula ad Pisones*”,⁴⁵ numa glosa à fórmula horaciana: ao *ut pictura poesis* da Epistula antiga, correspondendo, na Dioptrica moderna, a um *ut pictura, ita visio*, ou seja:

“a pintura é como a visão.”⁴⁶

Resta-nos concluir que as noções keplerianas podem nos levar a assegurar que a percepção visual⁴⁷ do que venha a ser o *povo* (*demos*) ou o *poder* (*kratos*) serão elas mesmas atos de representação. Nestas representações, o senso do intérprete, seus valores, a subjetividade de quem vê e sua própria mente comparecerão por inteiro.⁴⁸

Contudo, nos dias atuais, pensar em **participação política do eleitor** implica em atendimento ao **princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da soberania popular, soberania nacional, unidade da Constituição** (tanto pelo viés lógico como pelo axiológico), lembrando **SEMPRE** que o povo, notadamente o **CIDADÃO ELEITOR**, é o verdadeiro titular do poder político. ■

44. Hesse, ao tratar da legitimidade constitucional, diferencia consentimento de assentimento. Assentimento é o acordo básico, o cumprimento e conteúdo da norma jurídica. Esta aceitação é necessária mesmo nas normas jurídicas em que malgrado exista caráter vinculante, por ser norma, as pessoas não têm convicção acerca da sua existência, cumprindo o pacto mesmo sem aceitá-lo. No entanto, não se perfaz como um comportamento que concretize a legitimidade política pois, para tal, faz-se necessária a aceitação.

45. Carlinda Fragale Pate Nuñez, *Figurações do Invisível – O que os olhos não vêem, a mão inventa*, p. 27, in Ana Cristina Chiara, *Forçando os Limites do Texto*.

46. *Op. cit.*, 39, *apud* Horácio, *Epistula ad Pisones*, p. 361.

47. *Op. cit.*, p. 27. A questão da visibilidade constituiu um mote primordial para a Ciência e as Artes, nos séculos XVI e XVII.

48. *Op. cit.*, p. 25.