



# VI Simpósio Nacional de HISTÓRIA CULTURAL

Escritas da História: Ver - Sentir - Narrar

## HISTÓRIA E DIREITO: UM NOVO OLHAR SOBRE A URDIDURA CONSTITUCIONAL E SUA ANÁLISE.

Paulo Sergio da Silva\*

Sabe-se que a política não se configura como um objeto, resultado de um trabalho artístico, por exemplo, que existir sem que os indivíduos continuem atuando sobre ele<sup>1</sup>, é um agir contínuo, um desenrolar intermitente, um “fazer-se”, um exercício permanente, efetivado por meio da atualização constante de uma rede de relações de atores individuais e coletivos, na qual emergem conflitos de interesses, movimentos, ações e reações compondo um intrincado tabuleiro.

A ação política é sempre histórica, apoiada num contexto que constitui o seu ponto de partida e vinculada às condições nas quais e sobre as quais ela se exerce, o que faz com que a sua apreensão remeta necessariamente a uma compreensão histórica.<sup>2</sup> A “conexão entre o histórico e o político resulta da própria natureza da sociedade, isto é, do conviver humano”,<sup>3</sup> que permite aos homens estabelecerem uma variedade de agrupamentos (políticos) no tempo e no espaço (história humana).

---

\* Professor Adjunto da Universidade Federal de Uberlândia – Instituto de História e professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia. Doutor em História. E-mail: [paulounesp@yahoo.com.br](mailto:paulounesp@yahoo.com.br)

<sup>1</sup> CRICK, Bernard. *Em defesa da política*. Brasília: UnB, 1985. p. 09.

<sup>2</sup> WEIL, Eric. *Filosofia política*. São Paulo: Loyola, 1990. p 19.

<sup>3</sup> VOEGELIN, Eric. *A nova ciência da política*. Brasília: UnB, 1979. p. 05.

Dentre os diversos modos e formas de manifestação da ação política (sindicatos, partidos, associações, etc.) cabe sublinhar a sua influência e pertinência no âmbito do desenho, composição e operacionalização das estruturas de poder estatal. Há que ter-se em mente que o Estado, aqui considerado enquanto uma estrutura de poder, não deve ser visto como um arquétipo permanente, estanque e imutável. Tal arcabouço institucional de domínio efetiva-se na realidade social como uma síntese provisória da pluralidade de interesses, aspirações e comportamentos individuais e coletivos que formatam as unidades políticas e está sujeito a reconfigurações, pois a unicidade dos interesses sociais nunca está constituída de forma permanente, mostra-se como eterna mutação, é um processo permanente e contínuo, atualizado rotineiramente pela ação política.<sup>4</sup>

Contemporaneamente o Direito<sup>5</sup> (ordenação jurídica) é a forma habitual na/pela qual o desenho da estrutura de poder do Estado se mostra de forma mais clara, caracterizando-se como a estruturação consciente dos objetivos primordiais das comunidades políticas, por seu intermédio exprimem os princípios elementares, pretensamente capazes de unificar o conjunto.

É fato que a maioria das unidades políticas contemporâneas, organizadas territorialmente e soberanamente geridas, possui um sistema de Direito: racional ou dogmatizado, costumeiro ou escrito e a sua função é sempre a mesma, limitar o uso da violência individual e institucional e ordenar/organizar a vida deste grupo, mediante um conjunto de regras comuns que visa manter a sobrevivência e estrutura desta comunidade.

Assim sendo, atualmente o Estado<sup>6</sup>, organização política de uma dada comunidade mostra-se como uma ordenação social diretamente relacionada a uma regulamentação jurídica. Consubstancia-se por intermédio de um complexo de normas

---

<sup>4</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992. p. 29.

<sup>5</sup> Vide-se: HOBBS, Thomas. *Leviatã* (ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil). São Paulo: Nova Cultural, 2000. e KANT, Immanuel. *Direito no estado de natureza trad. Os elementos metafísicos de justiça*. In. WEFFORT, Francisco (Org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 1991. 2v.

<sup>6</sup> Vide-se: HOBBS, 2000.; KANT, 1991.; WEILL, 1990, p. 185. e SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. São Paulo: Vozes, 1995.

(Direito) que permite, garante e preserva a existência do grupo, mediante o desenho institucional das suas estruturas de poder, esclarece as regras de funcionamento deste arcabouço institucional e, finalmente, assegura e estipula uma teia de direitos e deveres recíprocos, cuja observância, na perspectiva dos destinatários das normas, é obrigatória, sob pena de sanção punitiva (execução forçada, prisão, restrição de direitos, etc.).

É importante destacar que, não raras vezes, no âmbito do exercício do poder estatal, legitimar não deixa de relacionar-se ao ato de legalizar. Lembre-se da enfática interconexão entre legitimidade e legalidade apontada por Weber ao inserir na sua clássica tipologia, ao lado da tradicional e da carismática, a legitimidade racional, cujo fundamento repousa na crença da validade de um estatuto (legalidade) e na sua competência objetiva, capaz de levar a disposição de obediência no cumprimento de deveres estipulados, sob a forma de prescrições impessoais e objetivas ditadas por autoridades legalmente constituídas.

Desta feita:

Todo Poder estatal tem que, por necessidade existencial, aspirar a tornar-se um poder Jurídico, mas isto significa não somente atuar enquanto um poder no sentido técnico jurídico, mas também valer-se como autoridade legítima que obriga moralmente a vontade.<sup>7</sup>

Portanto, o Direito converteu-se em uma necessidade imposta a todo o exercício do poder estatal que se pretenda permanente, tanto do ponto de vista da moral quanto da técnica. A formação jurídica constitui-se num instrumento essencial para que as dominações transitórias convertam-se em “situações de dominações relativamente duradouras”, trata-se de um meio que permite a transposição da volatilidade rumo à organicidade de estruturas de poder estável, de forma a consolidar a dominação.<sup>8</sup>

(...) o certo é que na realidade não há fator de integração do Estado que seja mais imprescindível que o Direito”. Na dinâmica das relações de dominação histórico-sociais uma situação de poder se converte num status político unicamente graças ao Direito, sem suas características normativas e técnica faltaria ao Estado – na

<sup>7</sup> HELLER, Hermann. Teoria do Estado. In. CARDOSO, Fernando Henrique; MARTINS, Carlos Estevam. *Política e sociedade*. 2ªed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1983. v.1. p. 79-111 e 235.

<sup>8</sup> Ibid., p. 105.

transformação incessante dos inumeráveis processos de integração – permanência e estrutura, é dizer não teria, em geral, existência.<sup>9</sup>

Portanto, quer seja visando a construção de uma técnica de poder (composição de uma situação de dominação relativamente duradoura) ou uma justificativa ética moral (legitimidade vinculada à legalidade), todo poder político necessita tornar-se poder juridicamente organizado.

Contudo, é importante destacar que as normas jurídicas não se dão em abstrato, mas sim que são estabelecidas, desejadas e constituídas por sujeitos históricos. Portanto:

O problema do Estado e do Direito somente pode ser compreendido se considerar o dever ser jurídico, como querer humano, como objetivação de um ato de decisão, o qual, sem dúvida, enquanto ato criador de direito há de conter uma exigência ou uma norma.<sup>10</sup>

Sabe-se que as normas estabelecem mandamentos, prescrições, conferem, permitem ou derrogam poderes e em qualquer das suas funções elas apresentam um comando variante em conteúdo, mas que será expresso por meio de um enunciado linguístico, o qual será remetido à noção de “dever-ser”.<sup>11</sup>

4

A norma ao fixar uma determinada conduta como devida não é meio nem fim, no sentido da necessidade causal da relação meio fim, onde a um meio específico e necessário corresponde um determinado fim ou onde a um fim determinado corresponde um meio necessário. A norma não é fim porque *o fim do “dever-ser” está expresso no ato de vontade que cria a norma* e não é meio porque as condutas estipuladas far-se-ão na realidade por outros meios que não a norma. O “dever-ser” nada mais é do que a expressão de um ato de vontade tomado pelo ser humano que fixou e que tem algo em vista persegue um fim, quer algo.<sup>12</sup>

Vale destacar que o dever-ser expresso no enunciado linguístico normativo, entendido como sendo a formulação de um ato de vontade simplifica e permite antever uma estreita e necessária vinculação entre a norma (dever-ser) e o ente a partir do qual

---

<sup>9</sup> HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. 2ªed. Buenos Aires: Fundo de Cultura Económica, 1988. p. 212

<sup>10</sup> Ibid., p. 207.

<sup>11</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986. p. 01.

<sup>12</sup> Ibid., p. 13-16.

ela é emanada, a sua vontade criadora, ou seja, o ser. Ao prescrever condutas, conferir, permitir ou derrogar poderes as estipulações normativas sempre apresentam o sentido de um ato de vontade, tanto no momento de sua definição (escolha e estipulação do conteúdo normativo) quanto na expectativa de correspondência das condutas dos destinatários das normas com a prescrição feita. Assim, os atos que estabelecem as normas ao serem desvendados enquanto atos de vontades devem ser remetidos necessariamente à discricionariedade ou a arbitrariedade dos atos de pensamento e de vontade humana, haja vista que, caso considere-se a suposição de que existem normas que não são emanadas da “arbitrariedade” humana, chega-se a ideia de normas oriundas de atos de pensamentos ou atos de volição sobre-humanos, nomeadamente no sentido de normas como atos de vontades divinas.<sup>13</sup>

No estabelecimento da prescrição normativa têm-se dois momentos distintos: primeiro, uma vontade atuante valora e seleciona, entre as diversas alternativas, uma dada conduta a qual será prescrita e estabelecida. Posteriormente, tal vontade enuncia a sua prescrição ou mandamento mediante uma expressão linguística imperativa que transmite a alguém que alguma coisa deve ser ou acontecer de determinada forma.<sup>14</sup>

As normas jurídicas são expressões linguísticas, que atribuem e estipulam condutas, discricionariamente determinadas, graças a um ato de vontade de um “ser” inserido e preso à realidade sócio política e que são colocadas como disposições obrigatórias ao conjunto de pessoas residentes num dado território aplicando-se sanções aos infratores, em virtude de serem garantidas pelo poder estatal de constranger mediante a aplicação de uma força hierarquizada (polícia) e de aparelhos institucionais (sistema judiciário e penitencial).

Há que lembrar-se de que o Direito se configura como ordenação estabelecida por e destinada a seres historicamente determinados, condicionados por motivações, circunstâncias e em contextos históricos específicos. Ou seja, trata-se de um conjunto de normas que não subsistem sem o suporte da realidade da qual resultam e na qual deve atuar.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Ibid., p. 06.

<sup>14</sup> Ibid., p. 34.

<sup>15</sup> REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 05.

O Direito é histórico não *por si, nem em si*, mas graças à especificidade do agrupamento social que o cria, mantém e o sustenta num dado contexto e numa determinada época e que lhe fornece substância e orientação. Não está determinado idealmente em valores desprendido da existência e atividade humana, existente em si e por si. Ao contrário, é criado pela atividade humana, posto em vigor, conservado e aperfeiçoado.<sup>16</sup>

Agora se a relação entre direito e realidade política é um traço comum a todos os ramos da ordenação jurídica, a estreita vinculação do direito com a política e, notadamente, com a história tem com locus privilegiado de análise que é a gênese constitucional, ocasião primaz em que as mediações, valorações e expectativas de comportamento veem à tona e tem de ser mediados pelo poder político, no transcurso da reconfiguração do jurídico.

A Constituição é o estatuto organizativo das estruturas do Estado (poderes, órgãos e competências, etc.) e da sociedade civil (formas de representação, direitos e garantias, deveres, etc.), emergente e imersa no contexto histórico político do qual surge e no qual deve atuar. Conjunto sistemático normativo racional de uma unidade política estatal no qual estão expressos a sua estruturação primordial, os seus fins e a sua identidade.<sup>17</sup>

Ela é o resultado da vontade de um poder constituinte<sup>18</sup> cuja formação, extensão e amplitude está diretamente vinculada a questões reais de “poder”, de “força”

---

<sup>16</sup> HESSE, 1992, p. 35-36.

<sup>17</sup> SILVA, Paulo Sérgio. *A constituição brasileira de 10 de novembro de 1937: um retrato com luz e sombra*. São Paulo: Ed. UNESP, 2008.

<sup>18</sup> Em Carl Schmitt, ultrapassando a noção peculiar de poder criador de uma nova ordem constitucional, o conceito de poder constituinte originário é integrado à noção de unidade política. O poder constituinte originário – exercido por um titular que pode ser um único sujeito ou uma convenção destes sujeitos – criador por meio de uma decisão consciente e unilateral da Constituição é definido como a *vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar uma concreta decisão no conjunto sobre modo e forma da própria existência política, determinando assim a existência política como um todo*. Cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de La Constitución*. Madrid: Revista de Derecho Privado. s./d. p. 24-25, 30 e 86.

Nos dizeres de Norberto Bobbio o poder constituinte originário é o *conjunto de forças políticas que num determinado momento histórico tomou o domínio e instauraram um novo ordenamento jurídico*. O autor vincula a posse do poder por determinado agrupamento político à noção de força, ou seja, os detentores do poder constituinte originário no palco da ação política são aqueles que em dado momento histórico têm a força necessária para fazer respeitar as normas que deles emanam. Cf.

ou de “autoridade política” relacionada a indivíduos ou grupos sociais em condições de, numa determinada situação histórica, criá-la e garanti-la, como nova lei fundamental da unidade política, refundando os parâmetros legais da comunidade.<sup>19</sup>

A vontade que estabelece uma nova Constituição é imperativa naquele momento, não por meio do direito – até porque a criação de uma nova carta, no seu sentido lato, implica, via de regra, a suspensão daquela que substituí – mas, pela legitimidade (obtida pelo consenso ou pela força) do poder daquele que institui a nova ordem. Ela é indissociável do processo político que lhe sustenta, quer seja uma assembleia, um conselho, ou até mesmo nos casos de imposição forçada em situações de golpes e/ou mobilização militar.

Com uma índole exclusivamente política, as maneiras de adquirir-se o poder constituinte originário perpassam os diversos mecanismos e meios de ascensão e sobreposição política de indivíduo(s) ou de grupos. Assim sendo, a sua insígnia pode ser ostentada em distintas situações por força(s) política(s) diversa(s): uma assembleia constituinte (numa transição democrática), um grupo revolucionário ou mesmo por um ditador (em casos de um golpe de Estado, por exemplo). Basta que numa situação concreta, alguma destas forças políticas detenha a capacidade/faculdade de tomar decisões, quer seja pela legitimidade ou em virtude do poder das armas, e tome para si a tarefa de estabelecer e impor uma nova ordenação constitucional ao país, a qual uma vez estipulada tornar-se-á imperativa até o momento que seja novamente reconfigurada.<sup>20</sup>

7

---

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da Política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

<sup>19</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 1998. p. 59.

<sup>20</sup> Há que pontuar que o poder constituinte derivado – que possibilita as reformas e emendas constitucionais – vincula-se as regras constitucionais e aos parâmetros estipulados nas previsões de emendas constitucionais. Embora exija e traga mediações políticas ele está sujeito às limitações jurídicas, encontra-se vinculado a dispositivos constitucionais que preveem as possibilidades de modificações do próprio texto, indicando procedimentos específicos e limitações. Trata-se de um poder constituinte condicionado, limitado, que possui estreitas regras ao seu exercício, desde a exigência de “quórum” para as votações, regras especiais no processamento e na tramitação da emenda, além de limitações as matérias dos projetos (por exemplo, cláusulas pétreas não pode ser objeto de reforma constitucional). Atua em conformidade com limitações tácitas e expressas e tem como característica o fato de figurar num quadro jurídico de rigidez e formalismo.

Desta feita, a análise da urdidura constitucional deve levar em conta a discussão da legitimação e legitimidade de uma ordem constitucional no duplo sentido da justificação/explicação de uma ordem de domínio e da fundamentação última da ordem normativa. Induz a necessidade de ultrapassar o debate filosófico e jurídico e indagar-se sobre as razões, condições e justificativas do exercício do poder político, em busca de respostas sobre os meios/formas pelos quais a legitimação se desenvolveu numa perspectiva histórica, ancorada em práticas juridicamente reguladas.<sup>21</sup>

Portanto, a questão da historicidade das Constituições reconduz ao problema do homem como sujeito e objeto da história, à essência social deste, à “dinâmica” da própria vida na sua temporalidade, transição, mutabilidade e contingência. Ou seja, é necessário entender que a sociedade se “produz” e o direito, como prática social, não tem uma historicidade específica, uma vez que a sua historicidade insere-se na historicidade global da sociedade.<sup>22</sup>

É necessário recolocar a “consciência humana” no centro da teoria da constituição (e no cerne da teoria do Estado e do direito), de forma a poder afirmar que também aqui de um “ser história” e não apenas de um “ter história”<sup>23</sup>, mediante o entendimento de que focar o sentido histórico do direito constitucional é imprescindível porque ele trata-se de mais uma dentre as várias realizações humanas na História.

Considerar a historicidade do direito, especialmente no tocante a urdidura constitucional e imprescindível para avançarmos na sua análise e essencial para a sua compreensão. Há que se identificar os atores, reconhecer os conflitos evidentes e sub-reptícios, as artimanhas, as estratégias e os jogos de poder individuais e coletivos, as circunstâncias sociais, econômicas e políticas nas quais e sob as quais o novo desenho constitucional foi gestado e implantado. Deve-se ir além da mera busca pela compreensão estrutural e conceitual dos artigos, parágrafos e incisos contidos na teia normativa constitucional, enfrentando perguntas essenciais, tais como: *Quem? Onde? Quando? Como? Por quê?*

---

<sup>21</sup> CANOTILHO, 1998, p. 13-17 e 131-32.

<sup>22</sup> Ibid., p. 131-32.

<sup>23</sup> Ibid., p. 131/2.



Tal desafio é enorme, de fato, mas o seu enfrentamento tem entre outras vantagens o mérito de conferir “vida”, “conteúdo”, “músculos e nervos” as análises e a compreensão de/sobre o usualmente pálido esqueleto constitucional, além de recolocar a discussão da/sobre a História no campo do direito constitucional e de devolver a História um peculiar objeto de estudo, as constituições.<sup>24</sup>

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da Política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 1998.

CRICK, Bernard. *Em defesa da política*. Brasília: UnB, 1985.

HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. 2ªed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1988.

\_\_\_\_\_. Teoria do Estado. In. CARDOSO, Fernando Henrique; MARTINS, Carlos Estevam. *Política e sociedade*. 2ªed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1983. v.1. p. 79-111.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

HOBBS, Thomas. *Leviatã* (ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil). São Paulo: Nova Cultural, 2000.

KANT, Immanuel. Direito no estado de natureza trad. Os elementos metafísicos de justiça. In. WEFFORT, Francisco (Org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 1991. 2v.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

---

<sup>24</sup> O texto não traz, em virtude das limitações do espaço, exemplos concretos de aplicação desta leitura conceitual e prática metodológica para fins de esclarecimentos e aprofundamentos podem ser encontrados nas leituras de: SILVA, Paulo Sérgio da Silva. *A Constituição brasileira de 10 de novembro de 1937: um retrato com luz e sombra*. São Paulo: Ed. UNESP, 2008; SILVA, Paulo Sérgio da. As insígnias da República: a Constituição brasileira de 1892 e os pressupostos liberais. In. *COMMUNITAS – Revista de Direito*, Uberlândia, v. 1, n. 2, p. p. 21-35, jul./dez. 2010 e SILVA, Paulo Sérgio da. As velas da liberdade: os direitos e as garantias individuais na Constituição Brasileira de 1937. In. *Cad. Pesq. Cdhis*, v.23, n.1, p. 151-165, jan./jun. 2010.

REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 1977.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución: estudio acerca de las especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*. Barcelona: Labor, 1931.

\_\_\_\_\_. *O conceito do político*. São Paulo: Vozes, 1995.

\_\_\_\_\_. *Teoría de La Constitución*. Madrid: Revista de Derecho Privado. s./d.

SILVA, Paulo Sérgio da. As insígnias da República: a Constituição brasileira de 1892 e os pressupostos liberais. In. *COMMUNITAS – Revista de Direito*, Uberlândia, v. 1, n. 2, p. 21-35, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://200.233.146.122:81/revistadigital/index.php/communitas/article/view/243/204>>. Acesso em 30 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. As velas da liberdade: os direitos e as garantias individuais na Constituição Brasileira de 1937. In. *Cadernos de Pesquisa do Cdhis*, Uberlândia, v.23, n.1, p. 151-165, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/cdhis/issue/view/606/showToc>>. Acesso em 30 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. *A constituição brasileira de 10 de novembro de 1937: um retrato com luz e sombra*. São Paulo: Ed. UNESP, 2008.

VOEGELIN, Eric. *A nova ciência da política*. Brasília: UnB, 1979.

WEIL, Eric. *Filosofia política*. São Paulo: Loyola, 1990.