

# Revista Brasileira de Estudos Políticos

52

JANEIRO DE 1981

Teoria Geral do Poder Constituinte

*José Alfredo de Oliveira Baracho*

Teoria Jurídica da Revolução

*Lourival Vilanova*

Perspectivas do Federalismo Brasileiro

*Bernardette Pedrosa*

O Empobrecimento dos Municípios e o Sistema  
Tributário

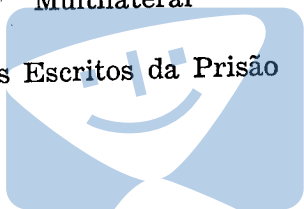
*Ana Maria Brasileiro*

Posições Internacionais do Brasil no Plano  
Multilateral

*Antônio Augusto Cançado Trindade*

Os Escritos da Prisão

*Maria José de Queiroz*



NOTAS DE LIVROS

Smile

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
BELO HORIZONTE \* MINAS GERAIS \* BRASIL

bléias Constituintes têm poderes que não podem ser exercidos pelas Assembléias Ordinárias, mesmo que se tratasse de emendas constitucionais.

As mudanças políticas, sociais e econômicas levam a novas interpretações quanto as questões constitucionais. A ordem constitucional, para que não se converta em simples legalidade, deve corresponder à situação real da sociedade.

## THE REVIEW OF POLITICS

Editor: *prof. M. A. Fitzsimons*

Assinatura anual..... US\$7.50

Enviar a quantia a *The Editors, The Review of Politics*

University of Notre Dame, Notre Dame, Indiana 46556  
Estados Unidos

## PROBLEMES D'AMERIQUE LATINE

Publicação de "La Documentation Française", na coleção

"Notes et Etudes Documentaires"

Assinatura anual..... FF 29,5

31, Quai Voltaire, 75 340 Paris-Cedex 07 — França

## Teoria Jurídica da Revolução

Anotações à Margem de Kelsen

LOURIVAL VILANOVA

### *Importância do Problema*

Dá-se à revolução conteúdos diversos. Fala-se de revolução econômica (o industrialismo capitalista), de revolução religiosa (o protestantismo), de revolução científica (a ciência natural positiva), de revolução literária (o romantismo): em todos os setores da cultura há processo revolucionário. Não poderia deixar de haver revolução política: a que implanta novas formas de organização de poder e novas estruturas à sociedade na qual se exerce o poder. A revolução política é implantação de nova forma à *civitas*, à *polis*. Toda *polis*, como o vira Aristóteles, está constituída de certa forma, organiza as suas magistraturas supremas de certo modo. A revolução atinge tais formas de estar constituída. Diremos em termos atuais: a revolução muda a Constituição, descontinua o processo de criação do direito, instaurando Constituição nova. Ora, é na Constituição (material ou formal) que o Estado encontra sua normação específica. Da Constituição decorrem as instituições políticas, nela firma-se normativamente a estrutura de poder. A revolução política dirige-se para o Estado. Como Estado implica estrutura de poder, a direção intencional da revolução política é o poder. Por isso, ficará incompleto elaborar Teoria do Estado sem conter, como parte dessa teoria, a teoria do fato revolucionário.

### Aspectos da Revolução

Não é um fato simples. É um fato complexo, por isso que dá lugar a vários ângulos de consideração. O objeto material — o dado empírico — multiplica-se em vários objetos formais, i. é., em objetos para diferentes ciências: história, sociologia, ciência política, ciência do direito, filosofia do direito, são disciplinas que encaram o mesmo dado-de-fato sob aspectos não coincidentes.

Se tomarmos a Teoria Geral do Estado como investigação do direito do Estado, ou teoria geral do direito público, a revolução entra em consideração pelo seu aspecto jurídico. É questão metodológica. Reunir num só conjunto de conhecimentos investigações históricas, sociológicas, políticas, filosóficas, não conduz a uma teoria científica, que requer unidade e sistema, mas a uma enciclopédia de saberes diversos, apenas acompanhados.

Encarar, tão-só, juridicamente a revolução importa num corte abstrato, num procedimento metodológico sobre a realidade social, onde se dá a revolução. Sem vínculos histórico-culturais, sem processos sociológicos, sem as ideologias revolucionárias que politicamente se opõem às ideologias em vigor, consolidadas em instituições, sem consciência de valores novos, não há motivação que conduza ao ato revolucionário. Então, quando examinamos a juridicidade da revolução fazemos um discernimento do que na realidade é inseparável. Examinamos o fato real complexo *sub specie normae*. Indagamos que relação existe entre a revolução e o ordenamento: é um fato juridicamente relevante ou irrelevante, é relevante positivamente (fato lícito), ou negativamente (um ilícito ou antijurídico)?

#### O Ponto de Vista Causal e o Normativo Sobre a Revolução

Tanto sob o ponto de vista histórico, quanto sob o ponto de vista sociológico a revolução é objeto de investigação segundo o procedimento metódico da causalidade. Causalidade his-

tórica e causalidade natural são duas formas de relacionamento dos dados-de-fato que compõem o processo revolucionário. Agora, o decisivo: não se encontra, no domínio empírico, causas últimas, mas um entrelaçamento relativo de causas e efeitos sem ruptura: — a causa B é, por sua vez, efeito de A; B é causa relativamente a C. O mundo natural — o sistema de elementos ligados pelas relações de causa/efeito — não tem interrupção, ou fatos que não sejam causalmente inter-relacionados. Evidentemente, a investigação científica não retrocede ao infinito, buscando as causas últimas de uma ocorrência histórica ou sociológica, mas corta metodicamente a seqüência e e se contenta com as chamadas “causas próximas” (as causas próximas da revolução francesa). Importante, pois, é que não existe ruptura na seqüência de fatores que compõem uma ocorrência revolucionária. Há continuidade causal no processo histórico e continuidade causal no processo sociológico de uma revolução.

O ponto de vista jurídico sobre a revolução é um esquema de interpretação de dados-de-fatos (os dados da experiência) segundo o qual a revolução é uma ruptura na continuidade jurídica. Politicamente, socialmente, culturalmente, uma estrutura-de-poder que advém de uma revolução está ligada a esses fatores que formam a constelação individual, dentro da qual o poder quer ser válido e eficaz. Há continuidade política, social, cultural, mas descontinuidade normativo-constitucional. Kelsen<sup>1</sup>

1. É incisiva a afirmação de KELSEN: Während eine auf das Sein des tatsächlichen Geschehens gerichtete Betrachtung — ihrer Voraussetzung nach — immer nur Evolution, d.h., kausalgesetzlichen Zusammenhängen in der Einheit des Systems der Natur vorfinden kann, besagt der Begriff der Revolution die Diskontinuität zweier miteinander unvereinbarer Systeme, jener beiden Wertsysteme oder normativen Ordnungen... — im Gegensatz zu dem ungebrochenen Fluss des tatsächlichen Geschehens in der Ebene der Seins-Wirklichkeit — ...». KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, pág. 97. A rigidez dessa separação entre dois sistemas, o natural e o jurídico, perde-se um pouco no texto da *General Theory of Law and State*, págs. 162-178. Nem a sociologia é uma ciência natural, como a física, nem a ciência do direito é uma ciência de objetos ideais, como levou à última consequência

acentua essa diferença de pontos de vista. Acrescentamos: se a Constituição vigente ao advento da revolução continua intacta, então revolução juridicamente não se deu. O revezamento de titulares do poder, a simples deposição dos agentes de governo e a substituição ilegal e inconstitucional por outros, se a Constituição continua em vigor, tais agentes são agentes *de facto*, investidos em *órgãos constitucionais*, cuja investidura se legalizou *a posteriori*, pois o direito político não deixa o fato desvestido de norma, se o fato é relevante politicamente.

A Constituição continuando em vigor, os *órgãos constitucionais* não se modificam: tão só seus titulares, que investidos estavam *de jure*, passam, num intertempo de deslegalização, a ocuparem funções *de facto*. Nada impede que um titular de *órgão* com investidura *de jure* passe a titular com investidura *de facto*. Dá-se isso no golpe-de-Estado, com permanência dos agentes do poder. Não se destrói a Constituição. Se a destrói, o golpe-de-Estado, juridicamente é revolução, diferindo apenas nos agentes ou protagonistas do ato revolucionário: não o povo mas a minoria governante. O mero golpe-de-Estado não destrói a forma constitucional do Estado.

Neste ponto, é de dizer com Hauriou, (Hauriou, *Précis de droit Constitutionnel*, págs. 91-97) que muda a Constituição, no processo revolucionário, mas permanece a instituição-Estado. A distinção entre uma *Constituição social* e uma *Constituição política* é sociológica. A primeira é o suporte factual da segunda, a efetividade que as forças sociais põem em jogo para a normatividade constitucional seja válida. Juridicamente há revolução ainda que *revolução social* não se dê. Na revo-

SCHREIER. É ciência de realidade ou empírica. Isto não exclui a legitimidade da *teoria pura formal* como nível de investigação ao lado ou acima de uma *teoria pura material* do direito (no sentido de uma ontologia regional). Vd. SCHREIER, *Concepto y formas fundamentales del Derecho*, págs. 132-142. O certo é que a realidade social é intrinsecamente realidade normada. A sociedade é um sistema de interações dotadas de «meanings» e «values». O direito é realidade e idealidade. A idealidade toma dois níveis: a norma e o valor. Por isso, sob esse ângulo, tanto faz dizer que é *bidimensional*, quanto, analiticamente decompondo o segundo estrado, dizer, que é *tridimensional*.

lução social, Hauriou vê não somente a destruição das instituições do governo, mas a supressão da instituição estatal. É de dizer ainda que a *descontinuidade constitucional* como a *descontinuidade estatal* (se houve) nem sempre comprometem sociologicamente a permanência e continuidade institucional da nação.

### *Continuidade Constitucional e Governo-de-fato*

No intertempo de uma Constituição que fenece e uma outra Constituição que surge, para preencher o vazio de governo (*anarquia*) e o vazio de normas (*anomia*), instala-se o governo-de-fato. O processo de poder personifica-se no governo provisório, emergente do processo revolucionário. No processo revolucionário mesmo já se forma a elite dirigente. (Harold D. Lasswell, *The analyses of political behaviour*, páginas 133-145). Processo que é de dinâmica sociológica.

O poder toma a forma de governo-de-fato porque não tira sua legitimidade na ordem jurídica anterior. Desfeita a ordem anterior, nenhum critério normativo o qualifica como fato jurídico, lícito ou ilícito. Se subsistisse norma jurídica anterior, seria fato ilícito. Ainda que norma jurídica positiva do ordenamento anteriormente existente previsse método violento de substituição do estrato constitucional do ordenamento, ainda que a revolução fosse método de produção de direito constitucional novo, a antinomia permaneceria: o direito requer o uso da força como sanção e esse uso é rigorosamente medido. A violência coletiva é a negação mesma do direito, é o anti-direito. Não apenas o antijurídico, pois a antijuridicidade é um pressuposto de uma determinada conseqüência, na estrutura da norma jurídica (composta de norma primária e norma secundária). A antijuridicidade verifica-se no quadro do direito em vigor; não o elimina, é ocorrência *no interior* do ordenamento.

Mais: a antijuridicidade da conduta a sancionar-se não importa na supressão da validade do ordenamento. Se se aplica a sanção, temos eficácia. Ainda que a eficácia se não veri-

ficasse num caso concreto, ou em vários casos (por descumprimento dos destinatários, dos indivíduos-membros da comunidade jurídica, e dos órgãos-do-poder encarregados de aplicar a norma), persistiria a validade do ordenamento como um todo. Ora, a revolução ataca a eficácia do ordenamento como um todo. Por isso, compromete a validade. Um ordenamento ao qual se tira a eficácia através do processo revolucionário, perde sua validade. Então, a norma que previsse a juridicidade da revolução não estaria a salvo da destruição de sua validade, pois a eficácia atinge o todo do ordenamento. E uma norma isolada não tem validade se não tem validade o todo do ordenamento. Ser válida é pertencer a um ordenamento válido e eficaz.

Argumentar-se-ia que a revolução deixa quase sempre intactos institutos jurídicos e códigos inteiros do ordenamento anterior. Seu objetivo é o direito público, sobretudo o constitucional, o direito fundamental de organização (Sanchez Agesta). Mas, o que sobre resta, não tira seu fundamento-de-validade da base constitucional destruída. A Constituição material, ou a Constituição formal, advindas da revolução, convescem as normas do ordenamento anterior, e convescem *originariamente*, sem dependência normativa com o estatuto do poder antes vigente. Equivale (Kelsen) a um processo de recepção, ou a um método abreviado de produção normativa. As normas que ficaram sem validade, por supressão de seu *Geltungsgrund*, tornam-se conteúdo do ato geral de convalidamento. Assim, o art. 83 das Disposições Gerais da Constituição brasileira de 1891 estatua: "Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime no que explícita ou implicitamente não forem contrárias ao sistema de governo firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados".

Esse expresso continuar em vigor o direito pré-revolucionário não importa na continuidade normativa do processo. Há uma descontinuidade normativa do processo. Há uma descontinuidade constitucional: de uma Constituição monárquica não se passa a uma Constituição republicana e vice-versa; de uma Constituição fundada em princípios autocráticos, não

se ingressa numa Constituição democrática, ou vice-versa. Se descontinua o processo constitucional, descontinua o ordenamento como todo. A não ser que atribuíssemos validade autônoma aos estratos inferiores do ordenamento: leis formais, decretos, estatutos internos, resoluções legislativas, administrativas, sentenças judiciais, negócios jurídicos privados. Mas, se há uma estrutura normativa em graus de validade, se há relações de coordenação e de supra/infra-ordenação entre os níveis normativos, se a revolução (no sentido estrito) modifica o estrato constitucional superior, pelo menos esse *mínimo de estatuto do poder*, com ele modificar-se-á todo o restante. Uma revolução em sentido jurídico, atinge, pelo menos, o direito constitucional material (o *direito constitucional material* pode ou não estar na *forma constitucional* — Laferrière —, i. é, vertido em Constituição formal, que não consta tão-só de regras constitucionais *ratione materiae*). A revolução jurídica pode atingir maior ou menor porção do direito prevalente. Atinge sempre porção constitucional. Mas, se com isso persiste o conteúdo das restantes regras (como regras desconstitucionalizadas, ou como regras sem alterar seu *status normativo* — se lei ordinárias, ficam leis ordinárias), persiste sob fundamento-de-validade novo, sob fundamento originário, não-derivado da ordem jurídica antecedente.

### *Governo-de-fato e o Direito Constitucional Revolucionário*

Como dissemos, na hipótese de um Estado que passa revolucionariamente de uma Constituição para outra, o intertempo de poder toma a forma de governo-de-fato. O Governo Provisório de 15 de novembro de 1889, no Brasil, sem nenhuma norma habilitante prévia, emite regra de direito constitucional. O Decreto nº 1, no artigo 1º disse: "Fica proclamada provisoriamente e decretada como a forma de governo da nação brasileira a República Federativa". Investiu-se a si mesmo de plenos poderes, pois que no artigo 4º determinou que enquanto não se procedesse à eleição do Congresso Constituinte

e das legislaturas dos Estados, a nação seria regida pelo Governo Provisório da República. Relativamente à Constituição formal de 1891, tal decreto representa direito pre-constitucional, direito constitucional material. Confere esse decreto a morfologia do poder, estatui o regime democrático-representativo, a descentralização federativa. É a decisão fundamental que ele toma, como órgão da nação-constituente. Como órgão pré-constitucional. Depois, o órgão constituinte, investido no exercício de ato constituinte, cuja fonte é a nação, define-se no preâmbulo: "Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte..."

Um governo-de-fato emite regras de direito pela necessidade de se autolegalizar. Sem regras, resulta em mero centro de poder arbitrário. Como é poder, requer logo regras de estatuto de poder. Qualquer que seja historicamente o *quantum despótico* (Pontes de Miranda) de que dispunha o poder político, há sempre um *quantum de autolimitação*, para ser poder-de-direito. E ser viável sociologicamente, i. é., contar com probabilidade de eficácia.

### *Descontinuidade Constitucional e Continuidade Estatal*

Se cada revolução é um fato histórico singular e o suporte fático de uma norma fundamental a ele referido, como histórico e singular é o ordenamento advindo, segue-se daí a inexistência de qualquer vínculo entre uma revolução e outra subsequente, entre uma norma fundamental e outra fundante de nova estrutura de poder. *Juridicamente, dizemos, há descontinuidade entre as revoluções, muito embora histórica e sociologicamente haja continuidade.* Juridicamente uma norma fundamental não provém de outra anterior, para um mesmo Estado. A norma fundamental instituinte de uma república nenhuma conexão normativa tem com a norma fundamental que corresponde à monarquia. Não há vínculo ou derivação normativa entre o pressuposto fundamental de uma monarquia absoluta e o de uma república constitucional. Há hiato jurídico-

positivo. Cada revolução funda originariamente, se é revolução, novo estatuto constitucional. Novo, relativamente ao precedente. Novo juridicamente, ainda que a revolução venha a restaurar ordenamento jurídico anteriormente vigente, destruindo o que no momento, dava forma política ao Estado.

A norma fundamental, correspondente a cada ordem estatal singular, se juridiciza o fato-revolucionário, suporte de sua Constituição, não explica que o Estado, nada obstante as mutações revolucionárias e as mutações constitucionais, continui a ser o mesmo Estado. A mutação constitucional revolucionária não afeta a identidade sócio-cultural do Estado. A norma fundamental de cada Estado, variando no curso do tempo, não explica tal persistência, pois a persistência histórica do povo ou nação, a permanência física do espaço político (território estatal), a continuidade de grandes porções do direito público e privado, são fatores relevantes para a identidade da personalidade do Estado. Mas, nação, espaço político, parcelas de direito anterior sobrevivente, tudo isso é do mesmo ente em virtude do ordenamento jurídico total, em cujo ápice está a Constituição positiva.

A identidade histórico-sociológica é um dado-de-fato que está na base da identidade jurídica do Estado. Mas se são várias as normas fundamentais para cada Estado — para o Brasil monarquia, o Brasil República, em 81, em 934, em 937, em 946 — e nenhuma ligação mantêm tais normas fundamentais, é necessário, para explicar o fato de que o Estado seja o mesmo, ascender um grau, ir além da norma fundamental pressuposta. Esse grau mais elevado está no direito das gentes. Com o pressuposto da norma fundamental singular — para cada Estado e para cada revolução —, a revolução fez-se o fato jurídico (*die juristische Grundfaktum*). Nesse nível, a norma fundamental é apenas um *Ausgangspunkt fuer die juristische Konstruktion*, (Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, págs. 88-101) ou um *erkenntnistheoretische Prinzip*. No plano do direito internacional, ao contrário, temos normas de direito positivo, umas reconhecendo a facticidade triunfante da revolução, como fato

juridicamente relevante para instaurar novo ordenamento, e outras para captar a *faktische Kontinuität* como identidade da personalidade estatal. (Kelsen, op. cit., págs. 235-241).

Por onde se vê que a norma fundamental de cada ordem estatal particular *serve como um conceito-limite para delimitar o campo gnoseológico da dogmática*: o jurista, *qua* jurista, não se interessa pelo direito que já se foi, ou pelo direito que ainda não é, mas deveria ser, por exigência axiológica de um direito absolutamente justo. Certo, a norma fundamental converte em intra-sistemático o começo fáctico de cada ordem jurídica positiva, mas não explica o fato da identidade do Estado, muito embora, historicamente o Estado contenha dialeticamente tanto persistência quanto mudança, tanto estática como dinâmica.

### *Norma Fundamental e Revolução*

O caminho que Kelsen toma para juridicizar a revolução é a pressuposição da norma fundamental. O desdobramento por graus, a partir dessa regra fundamental (*die stufenweise Abfolge von der Ursprungsnorm*) se faz segundo uma regra imanente ao sistema. Mas a regra que põe ou substitui todo um sistema é, relativamente ao direito positivo, *transcendente*. Quer dizer, não intra-sistemática, mas extra-sistemática. Cremos, com base na teoria da norma fundamental, que não é possível haver dentro do ordenamento, imanente ao sistema, um direito de revolução, um facultamento ao povo para usar o processo revolucionário como método de reforma do direito, ou de substituição do direito político por outro. Mesmo se houvesse norma de direito positivo, inserta no ordenamento, que previsse o processo revolucionário como processo de produção de direito, tal regra não juridicizaria a revolução. É que um método, normativamente regrado, é limitado.

A revolução é um processo de mutação jurídica que não se comporta em limitações de um ordenamento, por isso que é a retomada da força. Dentro do ordenamento vigente, a força pressupõe infringência de uma norma e vem, por isso, como sanção, que é, assim, sempre condicionada à realização

do antijurídico. A revolução desfaz os tipos de antijuridicidade, ante os quais seria a conseqüência sancionadora. *É a força, pois, sem ser sanção do antijurídico*. O antijurídico é intra-sistemático: é a condição do emprego da força. Desfazendo toda tipificação normativa, do lícito e do ilícito — por isso é revolução — da conduta, a revolução se coloca sobre o ordenamento vigente e *antes* do ordenamento a ter vigência. Nunca está dentro do ordenamento.

A norma fundamental de um ordenamento estatal concreto permite *conhecer* juridicamente a revolução, sem converter a revolução em *fonte formal* (intra-sistemática) do ordenamento positivo. Mais. A revolução se torna fato jurídico: a facticidade inicial sobre a qual repousa a norma fundamental. É um fato jurídico fundamental. Não o único. Pacificamente a comunidade pode se estatizar e, há que se pressupor uma norma fundamental que corresponda a esse dado-de-fato e a quem efetivamente, no contexto, está em condições de ser poder (emitir normas jurídicas e fazê-las cumprir).

Sem o pressuposto da norma fundamental, o fato da revolução não pode ser produtor de normas: *importaria em tirar a normatividade da pura facticidade. Ou em excluir do conhecimento jurídico dogmático o fato revolucionário*. Todavia é inegável que a revolução triunfante oferta nova facticidade, substituinte à anterior facticidade. Corta a eficácia total do ordenamento vigente que *eo ipso*, perde sua validade global. Destrói a *conditio sine qua non* do sistema, o que no final compromete a *conditio per quam* de cada norma singular e de todo o conjunto de normas, face à norma fundamental. Dizemos que corta a eficácia total, e compromete a validade total do sistema, tendo em conta que afetadas as partes superiores da estrutura normativa escalonada — as regras constitucionais —, ainda que sobrevivam as restantes, com o novo direito constitucional revolucionário, esse restante sobrevivente adquire seu *Geltungsgrund* na Constituição revolucionariamente posta.

Cada revolução é um fato histórico único, concreto. É o substrato fáctico de uma norma fundamental. Temos de pres-

supor uma norma fundamental individual, correspondente ao fato histórico concreto, que dá origem ao ordenamento jurídico positivo, que é uma concreção histórica da cultura.

Diz Carlos Cossio com exemplar precisão, interpretando a teoria de Kelsen: "... como a matéria é diferente, as normas fundamentais são diferentes; e como o material está dado, o jurista não pode elegir a norma fundamental concreta, aludindo com isto não tanto a sua forma pura quanto ao seu conteúdo". (Cossio, *El concepto puro de revolución*, págs. 218-219).

Se nos colocarmos no interior do ordenamento jurídico, como juristas, haveremos de encontrar normas que regulam a construção de normas, além das normas que regulam diretamente a conduta intersubjetiva. É certo, que para uma norma ser construída, necessário é um ato ou fato intercalar e nisso reside um dos aspectos da *positividade* do direito; por tal razão, sempre a norma de direito é norma de conduta, ainda que a conduta regulada tenha por específico conteúdo o regramento dos modos de criar regras. O direito auto-regula-se. Isso não contradiz o ponto de vista de que as normas são criadas (pelo legislador, pelo juiz, etc.) por imposição dos fatos econômicos, políticos e sociais; de que elas são respostas normativas às exigências fácticas. Sempre isso ocorre na maioria das vezes. O que basta para uma *teoria sociológica da formação do direito*. E a razão de ser, também, de uma *política do direito*. Que é uma atitude de *dever-ser de segundo grau*. O direito, qualquer que seja ele, é *dever-ser*. A política do direito estatui um *dever-ser* sobre esse *dever-ser* dado. É um *dever-ser sobre* um *dever-ser*. A política, como deontologia do direito, é um conjunto de proposições de *dever-ser* sobre as proposições de *dever-ser* positivas. Relativamente ao *dever-ser* dado na experiência, é um *dever-ser ideal*, que, sociologicamente, tem por infra-estrutura uma ideologia; como supra-estrutura, uma axiologia.

A construção de normas se faz por normas do sistema que estatuem qual o modo e qual conteúdo devem ter as normas a criar: o início, a duração e o término das normas é um

fato normativamente regulado. As normas são criadas, entram em incidência, começam a vigência (o estar-em-vigor), são ab-rogadas por outras normas. Isso é, de resto, expressão da *continuidade normativa*: nenhuma norma é posta sem norma prévia em que repouse seu fundamento de validade. Assim são feitas e refeitas as regras constitucionais, as leis ordinárias, os regulamentos, as resoluções e decretos, as sentenças e os múltiplos tipos e subtipos de negócios jurídicos, em direito público e em direito privado. Dentro do sistema, o grau normativo mais alto, como sabemos é a Constituição positiva.

Há pelo menos uma Constituição *material*, aquela de que fala Stammler: sem ela uma comunidade não é Estado, pois mesmo o Estado despótico, teoricamente, como caso limite, fica reduzido à norma: deve-se cumprir a vontade arbitrária do detentor do poder. Quer esteja escrita, em forma documental, ou não, é irrelevante. A Constituição contém, além de outras regras, aquelas que regulam sua própria revisão. Revisão que como adverte Schmitt, não vai além de certo núcleo, que ele chama a vontade decisória sobre a forma política de existência. Sob pena de em vez de Constituição reformada, ter-se Constituição destruída, radicalmente posta fora de vigor. O que Schmitt tem por vontade de decisão fundamental, como algo fáctico, existencial, equivale, em Kelsen (sem se passar por alto que a teoria schmittiana é uma réplica à teoria normativista), àquele *minimum* que é a Constituição material. É nesta que está posta a fonte primordial do sistema e designado o órgão ou os órgãos *imediatos* (Jellinek) do ente político. Mas, se a Constituição é alterada em seus fundamentos (ponhamos o caso de uma Constituição formal-rígida e com um núcleo juridicamente imodificável), sem obediência ao processo nela mesma prescrito, temos, em sentido jurídico-formal, uma revolução. A revolução que podemos — para contrapor — chamar *material* (sociológica, econômica, política, ideológica) e revolução *formal* se importa numa quebra de continuidade constitucional. Nem toda quebra de Constituição é revolução. Se o descumprimento de regra procedimental de revisão se verifica, a lei é inconstitucional, mas a Constituição



subsiste. Tanto subsiste que serve de critério superior para qualificar a regra de revisão e, ela mesma, dá o modo de solução do conflito intra-sistemático (encarregando a um órgão anular o preceito inconstitucional, ou mandando que o ato jurisdicional, na espécie concreta, deixe de aplicar a regra contraveniente às regras de revisão, ou incompatível com o conteúdo que a Constituição tem por imodificável). Não se pode dizer que, no interior do sistema jurídico, incompatibilidades normativas, face à Constituição não hajam: assim, entre Constituição formal e leis de revisão constitucional; entre Constituição e leis ordinárias (na hipótese de Constituições formais-rígidas); entre as Constituições estaduais (no sistema federativo) e a Constituição Federal; entre leis estaduais e a Constituição federal, etc.

Mas, nada obstante tais antinomias internas, se um fato não foi capaz de destruir os fundamentos da *Constituição material* — e a material vertida em *forma constitucional* —, revolução não se deu. Agora se há ruptura da Constituição vigente, modificação dessa substância constitucional sem ser pelas vias que a própria Constituição estabelece, há revolução, nada importando *para o conceito jurídico* de ruptura da continuidade constitucional que seja revolução de massas, de uma minoria dirigente, ou um golpe de Estado, cujos agentes são poderes constituídos.

Pode haver o mínimo que na Constituição se declarou irrevisível, por motivo de valoração feita pelo constituinte. Então, "... so ist auch die Aenderung einer als unabänderlich bezeichneten Verfassung oder Verfassungsbestimmung rechtlich unmöglich" (Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, pág. 254). Todavia, somente o mínimo que representar *decisão política fundamental*, quando alterado, é que importará em quebra ou destruição da Constituição mesma. E quanto às normas de revisão, impedientes para se transformar Constituição rígida em flexível, seriam, elas mesmas, insusceptíveis de revisão? Se outras normas estabelecerem sua irrevisibilidade, seriam tais normas, elas próprias, inalteráveis pela via da reforma constitucional? É difícil dizê-lo em tese. Até certo ponto, se

pode dizer: juridicamente, não; politicamente, sim. Juridicamente não, se algum órgão for investido de jurisdição de controle, para deter a ilegitimidade constitucional e conferir a "*prevalenza alla norma piu resistente*" (P. Calamandrei, *La illegittimità costituzionale della Leggi nel processo civile*, p. 10).

Mas se órgão ou técnica de controle inexistente, a contrariedade constitucional (de forma, ou de conteúdo) à norma de revisão vem a ser absorvida pelo ordenamento positivo, por norma tácita de convalidamento — que se concretiza nos atos de órgãos aplicando a regra contraveniente à Constituição. É um fato político que se juridiciza, num processo de auto-integração, para não deixar a criação da norma como puro fato ilícito, *no interior* do sistema, juridicização cujo suporte factual é a aplicação reiterada, jurisdicional ou administrativa, da *impossibilidade constitucional* como denominava Ruy. E vem confirmar a tese kelseniana de que *no ordenamento coexistem normas constitucionais e normas inconstitucionais*, umas e outras *válidas*, até que o órgão competente corte *in casu* ou *erga omnes* (corte a incidência individual, ou geral — para todos os casos da classe ou conjunto, em termos de lógica). O que descabe é o Jurista, como jurista e não órgão, com o seu esquema cognoscente de intérprete ou hermeneuta, desqualificar e desaplicar a norma pela *Illegitimität seiner Entstehung*.<sup>2</sup>

Agora, se toda Constituição provém de um *Grundfaktum*, qualificado, em virtude de uma norma fundamental, como fato produtor de direito constitucional novo, podemos dizer que toda revolução em sentido jurídico, importa numa mudança da norma fundamental, sobre a qual imediatamente repousava a validade da *Constituição jurídico-positiva*. A revolução institui fato originário que se não acomoda mais à Constituição

2. Diz VERDROSS (cit. p. Felix Somló *Juristische Grundlehre*, pág. 121): «... so darf der positive Jurist diesen (VERDROSS se refere a uma *unabänderlich Rechtssatz*) nicht aus metarechtlichen Gruenden aus der Rechtsordnung hinausschieben... Denn es ist ihm verwehrt, den Rechtsstoff durch sein metarechtliches Prinzip zu korrigieren».

em sentido lógico-jurídico até então pressuposta. O fato fundamental requer outra norma pressuposta para juridicizá-lo, para tornar-se fato jurídico e dar começo lógico à *continuidade normativa no interior do sistema*. A revolução é uma ruptura da *continuidade constitucional*. Não pode ser qualificada pelo parâmetro normativo da Constituição vigente, pois se é revolução, a Constituição perde, *ipso facto*, a vigência. Nenhum juízo-de-valor, no interior do sistema, será possível, porque o contexto formal do sistema era a condição de possibilidade lógica de tais juízos-de-valor (juízos qualificantes de condutas e juízos qualificantes de normas, dentro do sistema vigente — Kelsen; *Los juicios de valor en la Ciencia del Derecho*, págs. 241-264). Juízo-de-valor fora do contexto formal-jurídico é simplesmente impossível. Fora do sistema do direito positivo vigente, será um juízo-de-valor pertinente a outro sistema: ao sistema do direito natural, ao sistema ético-político, ao sistema do direito das gentes. Seria extra-contextual (para o conceito de *contexto formal*, S. K. Langer, *Introduction to Symbolic Logic*, págs. 66-67) em relação ao contexto lógico-formal e formal-jurídico do sistema normativo estatal.

### *Norma Fundamental e Revisão Total da Constituição*

Não altera substancialmente o problema se a Constituição é flexível ou rígida; se flexível for e nenhum procedimento formal de reforma houver, ainda assim, tudo em princípio podendo ser revisado pela lei ordinária, essa alteração tem limite. Se a *forma constitucional* não é rígida, há o *núcleo material* da Constituição, aquelas regras que dispõem sobre o modo de ser da estrutura política (que expressam a decisão política fundamental), que é insuscetível de mudança. Se se muda, porque há flexibilidade no processo de reforma, tem-se nova Constituição, imediatamente vinculada à nova norma fundamental. Mesmo, pois, uma Constituição formal-flexível tem um limite, transposto o qual suprime-se a Constituição e outra se põe. Também, nem todo o *conteúdo constitucional* está ver-

tido na *forma constitucional* e pode até inexistir forma constitucional. Quando Kelsen diz que a Constituição formal é um documento solene, cujas normas "*may be changed only under the observation of special prescriptions*" (*General theory of law and State*, pág. 124) restringe o conceito de forma ao sistema constitucional *rígido*. Também restringe o conceito de Constituição material: é o conjunto de normas "*which regulate the creation of the general legal norms*". Laferrière (*Manual de Droit Constitutionnel*, pág. 285) anota que não há necessária correspondência entre a Constituição escrita e a rígida, entre Constituição costumeira e Constituição flexível. As Constituições francesas de 1814 e 1830 eram formais e flexíveis. As "leis fundamentais do reino" eram materiais ou costumeiras, mas não podiam ser modificadas pelo poder legislativo ordinário, que o rei detinha. Requeriam a participação dos Estados gerais. Eram rígidas. Inexistia documento articulado de normas, emanado de um ato constituinte definido, como na Inglaterra, onde pode ocorrer que uma lei ordinária, ato do órgão constituído, suprima o mínimo constitucional material, juridicamente imodificável: tem-se supressão da Constituição e se outra suceder, implicará nova norma fundamental. Schmitt observa que nada obstante a supremacia do parlamento inglês, e inexistência expressa normativamente da Constituição material, vertida em forma constitucional, não pode juridicamente o parlamento suprimir a monarquia e a si mesmo, instaurar a República socialista, tudo isso ocorrendo como simples reforma do direito constitucional positivo. Mudar-se-ia, digamos, a norma fundamental: "obedece ao monarca", ou "o parlamento detém permanentemente poder constituinte e constituído".

A substituição da norma fundamental ocorre demais, quer o titular do poder constituinte permaneça ou não. Da monarquia brasileira de 1824 para a república houve deslocamento do poder constituinte: do ato de outorga imperial para o exercício do poder constituinte pela nação. As demais Constituições não mudaram o titular do poder constituinte. Mas a persistência do povo-constituente — como poder eleitoral para fins

constituintes e exercício desse poder constituinte mediante (representação) a Assembléa nacional constituinte — não vincula juridicamente as Constituições de 891 às de 934, de 937 e de 946. Nenhuma destas Constituições saca seu fundamento de validade da Constituição anterior; nenhuma significa reforma total ou parcial do direito constitucional precedente. Ainda que o núcleo — república, federatividade, democracia representativa — tenha persistido. Como fato fundamental, cada Constituição proveio de uma revolução *política*. Revolução também *jurídica* porque importou na quebra da continuidade constitucional. Conseqüentemente, normas fundamentais diferentes. O mesmo ocorre se um monarca absoluto — politicamente pressionado ou não — outorga uma Constituição que transforma o poder em monarquia constitucional democrática. No momento em que entre em vigor a Constituição outorgada, cessa a Constituição material que fundava a monarquia absoluta. A norma fundamental que servia de fundamento de validade ao exercício do poder absoluto foi substituída pela norma fundamental que divide e limita os poderes, e dá ao povo a função de órgão político (corpo eleitoral, com faculdade de iniciativa legislativa constituinte, de referendo, de plebiscito, de veto): O povo apresentando-se imediatamente, ou imediatamente representando-se — na posição de órgão-de-órgão, ou de órgão primário na terminologia de Jellinek.

Pode ocorrer inclusive a suspensão da Constituição, face à necessidade e à excepcionalidade da situação substancialmente política, que não encontra solução nos quadros da legalidade constitucional. Mas, uma vez superado o estado-de-necessidade, ou a situação excepcional, retoma-se a normalidade; a norma constitucional impõe a normalidade, o processo político reingressa nas vias normativo-constitucional prefixadas. A suspensão é da vigência de regras constitucionais, continuando válida a Constituição como um todo. A intercalação de governo provisório, como governo de fato, é um hiato logo desfeito, com a retomada da normalidade constitucional. Não houve, na hipótese, irrupção do poder constituinte. O Governo-de-fato é um governo constituído por

normas constitucionais *ratione materiae*, mas sem vínculo com a Constituição formal. É um desacerto, assim, julgar que um governo-de-fato é uma pura situação fáctica de poder, de poder sem normas, ou de força arbitrária, para tomar o conceito stammleriano de arbitrário.<sup>3</sup>

O governo-de-fato é uma interpolação normativa, relativamente à Constituição válida e vigente. Mas, como dizíamos, se existe como intertempo, para preencher o vazio de poder e evitar a anomia — o que levaria a coletividade à desorganizar-se, ao desmembramento de sua estrutura — e restabelecer a situação constitucional anterior, não exprime poder constituinte novo. Tanto que retomada a continuidade constitucional, seus atos podem ser convalidados, ficando insuscetíveis de desfazimento pelo órgão jurisdicional, cuja existência, como órgão, é *dentro* da Constituição anteriormente vigente reestabelecida. Num sentido amplo, tal processo pode se denominar de revolucionário, vindo para manter a continuidade, não destruída. O traço revolucionário reside no ser um processo fáctico, relativamente aos juízos jurídicos com base na Constituição vigente: a Constituição que o governo-de-fato visa a preservar não pode qualificar como fato jurídico lícito o emprego da força, sem norma jurídica que preveja a força. Essa Constituição, como *frame-of-reference*, só qualificaria o fato como antijurídico. Por isso, os atos normativos de um governo-de-fato têm de receber juridicidade *a posteriori*, expressa ou tacitamente. Assim, estabelecida a Constituição, desfeito o governo-de-facto para ingresso do governo *de jure*, os atos normativos, por aqueles praticados podem ser, expressa ou tacitamente, convalidados, i. é, válidos no inter-

3. HAURIUO toma a *continuidade* como processo que conduz à *legitimidade*. E diz que «toda solução de continuidade no Direito aplicável à Constituição abre, pois, uma crise revolucionária, por que chega a ser uma crise da legitimidade do Direito» mas quando observa que a fundação de uma Constituição é sempre revolucionária porque provém do «poder majoritário» restringiu qualitativamente o conceito de processo revolucionário, ligando-o a um só sujeito — o povo ou nação. Vide *Principios de Derecho Público y Constitucional*, págs. 310-311.

tempo da suspensão da Constituição como todo. Se não, qualificam-se como antijurídicos, pela Constituição restabelecida.

### *Mutações que Importam em Revolução*

Segundo Kelsen, revolução importa numa ruptura da continuidade constitucional, no instituir-se Constituição nova por procedimento não previsto pelas normas constitucionais de mutação constitucional. Se assim, tomado ao pé da letra, uma Constituição que preveja a mutação *total* (reforma chamada total não é reforma: é substituição), como a francesa de 1848, ou a suíça (art. 118 — *La Constitution fédérale peut être révisée en tout temps, totalement ou partiellement*), permite, sem interrupção da continuidade normativa-constitucional, passar de uma Constituição monárquica para uma republicana, de uma Constituição democrática para uma autocrática e vice-versa. Ou seja, da Constituição C', por revisão total, prevista numa norma de revisão inserida na Constituição C', adviria a Constituição C'' com o que a continuidade constitucional estaria mantida e revolução em sentido jurídico não haveria. Mas, se por hipótese, a Constituição C' fosse monárquica absoluta, e a C'' republicana democrática, uma, pois, consagrando o princípio autocrático, outra, o princípio democrático, então, segundo a teoria da norma fundamental, teríamos que a norma fundamental da primeira não seria mais a norma fundamental da segunda.

Ora, observa Kelsen que a norma fundamental se mostra bem patente em sua significação *epistemológica* precisamente no caso da revolução: o pressuposto normativo que manda obedecer ao monarca, como detentor exclusivo do poder constituinte, não serve para estatuir que se deve obedecer aos titulares de poder que tiram sua legitimidade do poder constituinte do povo.

É certo que a mutação fáctica, por evolução gradual, sociologicamente pode conduzir de uma estrutura-de-poder a outra estrutura-de-poder, estrutura de poder reservadas a eli-

tes fechadas a estruturas de poder acessíveis a elites abertas. Por evolução histórica e sociologicamente entendida, a mutação política implicará numa mutação de norma fundamental. De sorte que *não é apenas por via revolucionária* que se passa de uma norma fundamental para outra diferente; sim, que toda revolução, no sentido jurídico, implica na necessidade, para o jurista que visa conhecer o sistema, a formulação de um novo pressuposto normativo.

Não obstante essa política e sociológica continuidade normativa, apesar dessa sucessividade constitucional, é difícil manter-se a tese da *formação* derivada, que isso implica, da Constituição C'', face C'. Se a segunda Constituição tem norma fundamental diferente da primeira, não pode derivar-se desta. É uma Constituição nova, originária, assentando em novo poder constituinte. Importou, como anota Schmitt, sob outra teoria, em nova *decisão política fundamental*, inconciliável com a decisão política fundamental da anterior. De um monarca, que unilateralmente outorga uma Constituição, não se passa para um ordenamento cuja Constituição é ato de decisão imediata ou mediata do povo como detentor do poder constituinte, ainda que a Constituição outorgada tenha previsto regra de revisão total. A revisão por mais ampla que seja, topa com o limite infranqueável — o de não alterar a decisão política fundamental. Se altera, a Constituição subsequente começou a valer quando cessou a vigência da anterior. Quando C'' teve início no tempo (sua vigência), a norma revisora de C' deixou de existir. Não serve essa norma de revisão de fundamento de legitimidade para o todo de C''. Se o servisse, coexistiria como fundante da Constituição C'', o que importaria existirem as Constituições C' e C''. Coexistiriam duas Constituições *em sentido lógico-jurídico* e duas Constituições *em sentido jurídico-positivo*, ou duas normas fundamentais para dois estatutos do poder. Dois poderes constituintes, excludentes entre si, incommunicáveis como poderes de império para o mesmo âmbito, especial, material e pessoal de validade.

### A Revolução Como Direito

São duas questões a distinguir cuidadosamente: uma, a revolução como fato de possível qualificação jurídica, como fato jurídico; a outra, a revolução como direito. Como não se pode conceber como direito objetivo, pois que a revolução é antinormativa, é *contra legem*, entra no universo-do-direito tão-só como fato ilícito, como antijuridicidade (politicamente valorada), temos de procurar a revolução no lado do sujeito que a tem como faculdade, ou seja como direito subjetivo: O titular desse pretendido direito subjetivo é o povo ou a nação. A revolução francesa, sabe-se, incluiu o direito de resistência como um dos direitos fundamentais de caráter político. A inclusão do direito de resistência ao poder que se desvirtua em prepotência tem caráter sociologicamente polêmico. É o direito de resistência à opressão monárquica, direito que assiste ao povo, se aquele desfizer o pacto constitucional (a Constituição francesa de 89 foi um compromisso, uma distribuição de poder constituinte entre monarca e povo). Mas, uma vez eliminado o monarca, ou limitado o monarca, politicamente enfraquecido, dentro de uma monarquia constitucional parlamentar, carece de função ideológica e de instrumento de deposição de titular de poder o método da revolução.

O direito subjetivo de revolução só tem cabimento na teoria de que a vontade do monarca é a lei, de que um órgão aos outros se sobrepõe, ou concentra todas as funções e onde o povo não sendo órgão (corpo participante da formação da vontade estatal) só lhe resta desinvestir os titulares das magistraturas supremas através da violência. Mas, onde a lei passa a ser vontade do monarca e do povo (*King in Parliament*), um ato complexo, com participação de dois órgãos, um dos quais — o legislativo — é órgão representante de povo-órgão, onde a lei não é a vontade de um ou de alguns, mas a expressão da vontade geral, carece de coerência incluir o direito de resistência. A soberania no Estado reside, como anotara Bodin, em quem faz a lei. Na monarquia parlamentar, soberano não é monarca. O monarca representa politicamente a nação, como representa a nação o corpo legislativo. O povo-

órgão que não se apresenta, representa-se. Os titulares de governo (executivo e legislativo) tiram seus poderes da Constituição, que é expressão maior da vontade geral, a do constituinte. Incluir, no contexto de um Estado constitucional (em sentido qualitativo, esse constitucional: materialmente, todo Estado tem Constituição; não há o Estado sem Constituição; não há o Estado e, depois, a Constituição. O Estado é a Constituição, nesse sentido), esse direito subjetivo de revolução é, pois, contraditório.

Assim sendo, ir o povo, através da revolução, contra a vontade geral, importa em ir contra si mesmo. A teoria democrática, coerentemente levada às suas maiores conseqüências, importa na eliminação do direito da revolução, como direito subjetivo incluído no interior do ordenamento jurídico. Na teoria liberal tem acolhida o direito de revolução. Pois, para o liberalismo não importa quem é titular de poder. Importa, sim, a definição dos direitos individuais e suas garantias. O liberalismo é individualismo político. Por isso, a teoria de Rousseau, que era democrática e não-liberal, recusa o direito de revolução. Para a teoria democrática, importam não só os direitos individuais mas ainda, quem tem o poder. O liberalismo é compatível com um despotismo ilustrado, ou com um monarca que se autolimita, respeitando os direitos individuais. O poder constituinte pode ficar com o monarca (as Constituições são atos de outorga). Na democracia, o poder constituinte tem como titular o povo ou a nação. Quem está no poder está em seu nome, como sujeito investido pelo delegante, em porções de competência, definidas pela vontade geral de maior nível que é a Constituição formal. Juridicamente, o povo autolimita-se através da Constituição e das leis. A revolução fará retrocedê-lo ao estado-de-natureza, onde tudo pode; no estado-de-sociedade, politicamente organizada, há a renúncia à violência. O desmando é substituído pelos mecanismos de controle do poder: supremacia da constituição, controle da constitucionalidade das leis e atos de poder, divisão de poderes e técnicas de recíprocos controles. Fundamentalmente, pela participação do povo nos órgãos-do-poder.

*Resíduos Jusnaturalista*

Quando Duguit, nada obstante o seu enérgico positivismo, sustenta que o povo ao fazer uma revolução, contra atos arbitrários do poder, que ferem o "direito superior", está praticando um ato legítimo (*Traité de Droit Constitutionnel*, III, pág. 805), logo se vê que toma como critério de referência não o direito estatal, mas aquele direito anterior e superior ao Estado. É certo que não toma tal direito como o direito natural, expressamente. É alguma coisa de semelhante ao direito da sociedade de Ehrlich, ou ao direito espontâneo e inorganizado de Gurvitch. Mas, ainda que tome o dado de fato, i. é., a existência desse direito da sociedade, inorganizado e por isso mesmo pre-estatal, o empirismo dessa atitude é ultrapassado por uma tomada de posição valorativa. Esse direito é mais valioso que o direito do Estado. É um direito *superior*, quer dizer, axiologicamente impõe-se como uma diretriz para onde deve se orientar o direito do Estado. Quando o direito positivo estatal dele se desvia, ou quando algum titular de poder, através de atos, infringe tal direito superior, o ato revolucionário está legitimado. Como já distinguimos, está *legitimado*, face ao esquema valorativo de referência, mas nem por isso está *legalizado*, está conforme ao direito propriamente dito. Se o direito da sociedade não se canaliza pelas vias normativas do ordenamento positivo, se não se manifesta através das *fontes formais*, nada mais é do que uma *fonte material-sociológica*. Como fonte material-axiológica, é o direito natural. Agora, o certo é que sob o ponto de vista radicalmente positivista, é *impossível tomar posição de valor diante do meramente fáctico* desse direito da sociedade, preestatal ou sobre-estatal. Temos de sustentar com Del Vecchio: se se são várias as *fontes materiais* do direito, se antes do Estado diferentes fontes de produção normativa se dispersavam na sociedade, com o aparecimento do Estado, este monopoliza o direito. Qualquer que seja a fonte material de criação de normas, só o Estado, como foco de irradiação normativa, convalida ou convalesce

as normas provenientes da sociedade. Para uma filosofia antiestatal, tal direito da sociedade é mais valioso, mais intrinsecamente justo, mais democrático.

Em última análise, a dualidade fato/norma, que se corporifica na dualidade sociedade/Estado, tem no direito da sociedade ou no direito espontâneo de grupos sociais uma solução dialética e harmoniosa. Se no direito provindo do Estado, a norma se contrapõe ao fato social, se o dever-ser se coloca como pólo contrário ao ser do comportamento social, na teoria de um direito social espontâneo, a normatividade está no próprio ser do social, facticidade e normatividade reciprocamente se influem e se condicionam. É uma via para se manter a teoria jurídica de que o direito é norma e conduta de que a norma vem do social e o social se traduz em norma.

O mesmo a dizer da tese de Hauriou, quando, tratando do poder constituinte diz que não é um puro fato histórico. Funda-se num "direito revolucionário que subsiste sob a legitimidade do Direito do Estado". Esse pretendido "direito revolucionário" é o direito a implantar um certo direito, um direito justo, o "direito de autonomia da liberdade primitiva" (Hauriou, *Princípios de Derechos Público y Constitucional*, pág. 311). Do ponto de vista da Constituição positiva, tal direito revolucionário simplesmente inexistente. Do ponto de vista dos fatos, se tal direito não se implanta mediante a concentração do poder — institucionalização dum centro de poder —, e não se impõe com os caracteres formais de juridicidade (independentemente do conteúdo histórico e axiológico), direito propriamente dito não é. A imprecisão semântica do termo direito, que demarca seu âmbito de aplicação ou sua órbita denotativa (seu campo de incidência, sua extensão — os objetos ou fatos aos quais se aplica), é responsável, em parte, pelo uso equívoco do termo "direito revolucionário".

*Revolução e Poder Constituinte*

É um dado de fato, que está na experiência, que todo Estado que se forme ou que se transforme repousa num processo de vontade. Essa vontade, ainda que de um indivíduo, ou de

um grupo, ou de uma coletividade nacional, não é parcial, mas com intencionalidade global; é a vontade de dar forma política ao todo, de imprimir-lhe um modo de ser político concreto, de conferir uma morfologia ao poder (ser poder monárquico, republicano, autocrático, democrático). Esse dado existencial é o que Schmitt denomina decisão. É o *Grundfaktum*, ponto de partida efetivo de toda estrutura constitucional de poder. Dizendo em termos da teoria kelseniana; é o fato fundamental a que corresponde a norma fundamental (*Grundfaktum* — *Grundnorm*). Não é a norma fundamental que produz ou traz ao nível da existência, o fato fundamental. Ao contrário, dado o fato fundamental, para colhê-lo em termos de conhecimento dogmático, pressupõe-se a norma que lhe corresponde, põe-se a hipótese normativa básica que tem o fato fundamental por conteúdo.

A revolução entra na categoria de fato fundamental, de decisão política proveniente de uma coletividade que tomou em suas mãos a opção de ser uma determinada forma. Essa decisão é prévia a toda normatividade. Pode ocorrer ora *dentro* de um Estado já constituído (a revolução francesa de 89), ou *antes* de um Estado a constituir-se (o movimento de independência política das treze colônias inglesas). *Constituído* ou *a constituir-se*, o Estado ante a revolução está ante o *poder constituinte*. Se o processo social (econômico, religioso, político) verifica-se nos quadros do direito do Estado, sem quebra das linhas básicas do sistema, trata-se de fato que cabe em outro conceito (insurreição, rebelião, simples golpe-de-poder ou golpe-de-estado). A não ser que se alargue o campo semântico ou o âmbito denotativo do conceito, mediante o empobrecimento conotativo. Então, revolução será todo movimento insurrecional com vista ao poder. O ter o poder como objeto, como fim, é o que confere ao processo social o caráter revolucionário.

Uma nota comum, todavia, decorrente de o poder ser o objeto do ato revolucionário, é que o poder tem seu direito, o direito do poder, direito que o constitui. Uma revolução, restritamente entendida, visa ao direito constitucional. A poli-

ticidade da revolução reside nesse *indirizzo* para o direito político fundamental (constitucional). Não quer apenas mantê-lo. Uma revolução feita com a intenção imediata de garantir a legalidade constitucional vigente, não é uma revolução jurídica. A deposição dos dirigentes e a substituição por outros, geralmente se faz em nome da Constituição a salvaguardar, e com fidelidade à Constituição estabelecida. O intertempo de governo-de-fato, para investidura dos novos titulares do poder, é suspensão de certas normas constitucionais, diante de uma situação imprevista normativamente, mas não uma supressão da Constituição. Aqui cabe acolher a distinção de Schmitt: suspendem-se irregularmente *preceitos legais-constitucionais* não a Constituição mesma, o núcleo que é expressão política fundamental (ser monarquia, ser república, ser democracia, ser autocracia).

### *A Revolução Como Fonte de Criação do Direito*

Devemos distinguir as fontes *no interior* de um ordenamento jurídico face às fontes que estão *antes* ou *acima* do ordenamento. Fontes nesse sentido tópico, colocadas acima do ordenamento jurídico são fontes supra-positivas, instâncias de valor legitimadoras do direito positivo criado de acordo com as fontes, digamos, *intradogmáticas*. Os princípios gerais do direito, em sentido jusnaturalista, são fontes legitimadoras, quer do direito estatal, quer do direito interestatal (direito das gentes). As fontes concebidas como processos que se colocam antes do ordenamento são fontes sociológicas, *extradogmáticas*.

A metáfora da palavra fonte equivale a apontar as causas da criação como as da destruição de normas jurídicas. O método para surpreender as regularidades entre os fatores reais e as normas é o empírico-causal. Sociologicamente, a revolução é uma fonte de direito novo, um sistema de processos sociais que provoca a supressão de um ordenamento e a substituição

por outro, ou das partes fundamentais (de direito político) de um ordenamento, persistindo o restante (todo o direito privado, parte do direito administrativo, etc.).

Fonte de direito no interior de um sistema jurídico é um *procedimento* (apenas um via, como no direito costumeiro) e um *sujeito* habilitado para criar normas jurídicas. A fonte mesma é uma construção jurídica; é um método, ele mesmo, normativamente construído. O processo legislativo ordinário e o órgão competente são construções normativas inseridas no sistema constitucional: o método de revisão do texto constitucional, o modo de feitura de regras constitucionais e o órgão competente para isso decorrem da fonte que o próprio texto constitucional estipula. Toda fonte (chamada formal) dogmática é normativamente constituída. As normas que constróem as fontes dogmáticas, por sua vez, são postas de acordo com certo processo e por um titular: o titular constituinte.

O titular constituinte (monarca, ditador, povo presente ou representado), todavia é a fonte, sem por seu turno, ter sobre si normas jurídicas positivas que lhe instituem como fonte constituinte. O titular constituinte é uma fonte *extra-dogmática*. Com ele, começa o ordenamento constitucional e estrutura-se o poder. É fonte de normas sem ser normativamente constituído. É fonte absoluta, em relação ao ordenamento que estatui. Se começa, sem Estado, mas para constituir Estado é formação originária, histórica e juridicamente. Se há Estado (necessariamente como Constituição *material*, pelo menos) e vem interromper a Constituição vigente, sem representar fonte dogmática ou formal no interior dessa Constituição, é fonte revolucionária. A revolução é uma fonte material, sociológica, pré-constitucional, que vem instaurar, Constituição ali onde não existia, ou quebrar a existente e substituí-la por nova. Tem o poder como teleologia inerente, a força como meio. A força não como consequência sancionadora do direito infringido, ou garantidora da observância das normas primárias dos preceitos jurídicos, mas a força

como destruidora das *normas primárias* e das *normas secundárias* (invertemos o significado que Kelsen dá) constitutivas de uma ordem política vigente.

### A Revolução Como um Caso de Positividade

Uma norma é válida se pertence a um sistema que é globalmente eficaz. Não cabe argumentar: se a norma N' carece de eficácia e é válida; se igualmente N''; igualmente N''', então todas estas normas, sendo ineficazes, mas pertencentes a um sistema normativo válido, tal sistema não resulta ineficaz em seu conjunto? Fica sem base a pretensão de validade (*die Geltungsanspruch*) que tinha. Mas, *não se pode traçar o preciso limite em que a eficácia de n/normas comprometa a validade total do sistema*. O certo é que para argumentarmos com a teoria pura do direito, um sistema normativo de direito é válido se, em conjunto, é eficaz, i. é., se suas normas são observadas efetivamente. Se, em conjunto, é eficaz e portanto válido, qualquer norma singular é válida por pertencer ao sistema, independentemente de ser ou não observada. O argumento que vale para o conjunto S não vale para vários elementos pertencentes a tal conjunto.

Ora, a revolução, sendo fato não legitimado juridicamente por norma prévia, é, todavia, fato produtor de normas. Suprime, como dizíamos, a eficácia do todo normativo, corta o suporte fáctico de eficácia e, com isso, elimina o sustentáculo constitucional do ordenamento. Mas, querer, como faz Palliere, (Q. B. Palliere, *A doutrina do Estado*, págs. 139-151, vol. 2º, Coimbra, 1969), tomar a revolução, quanto aos seus efeitos, no mesmo nível da positividade normativa contrária ao direito vigente, ou ao estado-de-necessidade que introduz direito ilegal, ou norma contrária a norma de direito vigente, importa em passar por alto que a regra de direito *contra legem*, o desuso, ou a inobservância de regras por parte dos destinatários, indivíduos e órgão-do-poder, verificam-se dentro dos quadros do direito público, que não perde



vigência. O ato de governo, ilegal ou inconstitucional, a investidura irregular de titular de órgão-de-poder, a regra de direito emanada do órgão legislativo, contraveniente à norma constitucional dotada de supremacia formal, todos esses atos contrários ao direito constituído, se não são desfeitos por carecerem de órgãos controladores da infringência verificada, ou por motivos de necessidade urgente (*in extremo necessitatis casu*), ou por imperativos políticos são praticados, tais atos se juridicizam positivamente, inserindo-se no ordenamento. Aqui a positividade, como anota Palliere, é o critério decisivo que empresta validade a atos e normas. A revolução difere dos atos contrários ao direito vigente que, não obstante, adquirem validade dentro do ordenamento. Pois, é o *ordenamento mesmo, em sua inteireza, que convalida a positividade irregular, restabelecendo a relação do ato contrário a normas válidas com a última fonte de validade ou a norma fundamental.*

Já Kelsen anotara que as normas inconstitucionais não eram só por isso nulas, inexistentes. Duas normas, N e não-N, contraditórias entre si, infringente uma delas de norma superior, é um fato que se encontra na experiência. O direito positivo contém contradições e um tipo de tais contradições é a não compatibilidade constitucional de normas. Pois bem: juridicamente, tais normas incompatíveis são ambas válidas. Ordenamento mesmo põe e quer a disjuntiva. Quer que se aplique uma ou outra, não ambas. O ordenamento quer a disjunção e confere ao órgão aplicador a opção discricionária de aplicar uma ou outra.

A revolução, por isso, não se insere no ordenamento, nem este a convalida. A falta de eficácia (desuso), a eficácia contra a norma e ponente de norma contrária à norma do direito em vigor, são processos fáticos que ocorrem dentro do ordenamento, que os absorve, tornando-os fatos normativos. *E absorve-os porque o sistema normativo ou o ordenamento continua válido, apoiado numa eficácia global.* A revolução atingindo a eficácia global, introduzindo, como diz Palliere, positividade sem normatividade (*legalidade*, no texto da tra-

dução) compromete a validade e seu fundamento que é a norma originária (a Constituição positiva, ou a norma fundamental). *Retira, pois, o princípio de convalidamento, porque suprime a validade total do sistema jurídico contra o qual a revolução se faz.*

### A Facticidade Como Conteúdo de Norma

Se uma norma encontra correspondência na conduta que prescreve, tal conduta é facticidade normada. A revolução é pura facticidade, se tomamos o jurídico-estatal como critério ou esquema de referência. Se havia ordenamento jurídico, a revolução veio destruí-lo. Posto novo ordenamento, entrou em vigor o sistema normativo oriundo da revolução, a revolução no sistema não entra. Mas é facticidade que serve de suporte à norma fundamental do sistema estatal. E serve mais como suporte fático de uma norma de direito das gentes (a *Voelkerrechtssatz*). A juridicização da revolução se faz com recurso à *norma fundamental hipotética* do ordenamento estatal, ou recorrendo ao nível mais alto da *norma de direito positivo internacional*.

Tanto num como noutro ângulo de consideração, a facticidade converte-se em conteúdo de uma norma. Apenas, a descontinuidade que resulta do postulado que põe o sistema estatal como o mais alto, cuja expressão política e jurídica é o dogma da soberania, é superada com o postulado do direito internacional como o *umfassende System*. O primado do direito estatal, com sua norma fundamental singular, fundante da ordem jurídica concreta, ainda que *juridicize o fato revolucionário, não resolve a continuidade do Estado nas mutações revolucionárias*. A identidade do sujeito-de-direito das gentes fica inexplicável, como se fora problema meta-jurídico. Só o primado do direito das gentes dá a concepção jurídica coerente. A revolução não rompe a continuidade do Estado que tem como dados-de-fato a identidade fática, do povo, do território e de sua cultura.

### Dois Modos de Mutação Constitucional

Há, diz Kelsen, dois casos de alteração constitucional: um, previsto pela própria Constituição, que dispõe qual o órgão habilitado para criar direito constitucional e qual o método a seguir; outro, o não previsto normativamente. Aquele é intra-sistemático; este, extra-sistemático. Kelsen subsume ambos os casos no conceito de mudança (*Aenderung*): *Aenderung der Verfassung auf revolutionaerem Wege, d.h. mit einem Bruch der bisherigen Verfassung*. São dois tipos de alteração constitucional diferentes. Num caso, um processo normativamente regrado; noutro, uma situação fáctica de poder triunfante, sem limitação normativa anterior e sem órgão habilitado juridicamente, impõe normas. Em rigor, a alteração (reforma, revisão, poder de emenda) move-se nos quadros traçados pela Constituição. A revolução é destruição, supressão do direito constitucional vigente. *A jurisdicização mediante a norma fundamental do sistema, ou mediante a regra de direito internacional que eleva a facticidade a pressuposto de legalidade não lhe conferem o carácter de processo de reforma, mas de uma fonte material originária*. É a fonte que está imediatamente referida pela norma fundamental do Estado, ou pela norma de eficacidade (o princípio de efetividade) do direito das gentes. É a fonte constituinte. As fontes formais vêm depois, com a Constituição positiva em vigor. O poder de revisão constitucional, este sim, é uma das fontes formais, o método intra-constitucional de mutação do texto da Constituição. O que confirma a tese de que o direito regra a sua própria criação.

### Revolução e Direito Internacional na Teoria Pura

Segundo a teoria pura do direito, tanto é admissível o primado do direito estatal como o primado do direito internacional. São duas hipóteses válidas para a construção unitária do universo jurídico. Tanto num como noutro, o direito é concebido como um sistema uno e único. Quer o sistema-base seja o estatal, quer o sistema-base seja o internacional,

as normas do direito positivo se estruturam em um conjunto abrangente, em um sistema total. Se o primado reside no direito estatal, então o fundamento-de-validade de todas as demais ordens estatais, com a ordem jurídica internacional, reside no sistema estatal que funciona como esquema-de-referência. Se a tônica recai no direito internacional, as ordens jurídicas estatais são sistemas-partes, ordens parciais de um sistema total: a fonte de validade reside no direito internacional.

Conforme o postulado escolhido, a norma fundamental difere. No primado do direito internacional, a norma fundamental é a que preceitua a conduta uniforme dos Estados como devendo-ser (a norma-base instituinte do costume, o postulado hipotético que toma o *Faktum* do comportamento interestatal reiterado como devendo ser). Se se opta pelo primado do direito estatal, a norma fundamental é a que toma o primeiro fato que instaura o Estado. Sendo este o ponto de partida de validade, todo direito, tanto o interno como os direitos dos demais Estados e o direito internacional, têm na norma fundamental do Estado singular seu último fundamento de validade. Os direitos dos Estados, como o direito internacional valem na medida em que a vontade do Estado singular os reconhece. Há uma internalização, uma redução dependencial de todo direito ao direito constitucional do Estado singular. Os tratados, as normas do direito internacional geral e os sistemas estatais estranhos, valem porque o Estado-base os reconhece.

Há, todavia, um deslocamento do fundamento de validade conforme o postulado adotado. Se o primado reside no direito das gentes, a existência, a duração e o término de um Estado dependem da norma positiva de direito internacional. O que é norma fundamental sob o ponto de vista da ordem estatal, é norma de direito positivo no nível do direito das gentes. Há, em rigor, duas espécies de normas fundamentais: relativas umas — relativa a cada ordem estatal singular —, absoluta a outra — a colocada no ápice do ordenamento jurídico internacional. Mas, enquanto esta pressupõe a existência dos Es-

tados, as demais são fundamentais dos Estados. Se não for possível formular uma norma básica para uma dada situação fáctica de poder, uma coletividade não é Estado, não adquire o grau de politicidade estatal.

Relacionando com o problema da revolução. Sob o ponto de vista do primado da ordem estatal, a revolução é o suporte fáctico, o *quantum de eficacidae* de uma situação de poder para o pressuposto da norma fundamental. Com esse suporte fáctico formula-se a Constituição *em sentido lógico-jurídico* e a Constituição *em sentido material ou formal* (Constituição em sentido jurídico-positivo) sucessiva que venha a ser nela fundada. Sucessivas Constituições jurídico-positivas, postas por diferentes revoluções, pressuporão diferentes normas fundamentais ou Constituições em sentido lógico-jurídico, se a Constituição é o Estado, distintas Constituições, diferentes Estados. Descontinuidade constitucional e descontinuidade estatal. A hipótese da prevalência do direito estatal deixa sem solução a questão da identidade ou continuidade do Estado e não juridifica a revolução mediante norma de direito positivo. Sim mediante norma fundamental que não é norma de direito positivo.

Se existe direito das gentes, temos a norma positiva do segundo nível. A juridicização do processo revolucionário se faz ou recorrendo ao postulado gnoseológico da norma fundamental ou retrocedendo ao nível do direito internacional, onde está a norma que imputa à revolução triunfante o caráter de fato gerador de normas de conduta e aos indivíduos em função de mando o título de órgão-do-poder. O jurista que tão só admita o primado do direito do Estado no qual ele, jurista, se instale, não retrocederá à norma positiva do direito das gentes. Não vai além da norma fundamental do Estado. Com base nela, é que todo o direito — o dos demais Estados, e o direito internacional — adquire sua fonte-de-validade. O Estado, sob tal ponto de vista, tem começo lógico com sua norma fundamental pressuposta, não com a norma internacional posta (positiva). O início temporal de validade da ordem estatal tomada como base é anterior ao direito internacional.

Diz Heller, contrapondo-se ao primado do direito internacional, que o Estado começa antes do direito das gentes, que pode existir sem haver norma internacional que o obrigue a entrar nas relações subordinadas ao direito internacional; que somente a personalidade internacional resulta de norma internacional; que, pois, a subjetividade estatal advém de um ato de vontade, de uma decisão soberana da comunidade que se estatiza. O Estado auto-constitui-se, auto-personifica-se; não recebe competência: é competência da competência. Nisso reside a soberania.

Mas, se a decisão revolucionária — que é existencial e não normativo-ideal — leva imamente a vontade constituinte, para que se possa submeter ao conhecimento peculiar ao jurista, que trabalha com a categoria de dever-ser e não com a de causalidade, é necessário recorrer ao postulado da norma fundamental. Trabalhando, digamos, com a categoria de causalidade, não pode o cientista não-jurista — o sociólogo, p. ex. — deter-se na revolução como termo inicial de cadeia de fatos. A revolução tem causas, ela é efeito e, por sua vez, termo causal de outros efeitos. Como fazer o corte na seqüência de causas e efeitos? O corte lógico-normativo está na hipótese gnoseológica da norma fundamental. Corta-se a revolução concreta, a situada no tempo e no espaço, como concreção histórica de causas e de efeitos, dentro de cuja constelação está imersa. E toma-se tão-apesas como fato ao qual se vinculam conseqüências, mediante o nexa de dever-ser. O jurista, trabalha sob uma dada revolução com a categoria de dever-ser, não com a categoria (naturalista) de causalidade. O sociólogo, este toma uma Constituição como efeito de uma revolução: correlaciona causalmente o conteúdo constitucional — valores, ideologias, estruturas políticas — com o sistema de fatores reais subjacentes. O jurista, ao contrário, relaciona imputacionalmente a revolução como fato básico constituinte com a Constituição como produto objetivado de normas válidas. Ao sociólogo não repugna metodologicamente que, do *fato*, se originem *normas*; o jurista, este, firma-se na tese básica de que *norma provém de norma e um fato só dá normas se outras normas convertam tal fato em fato jurídico*. Como a revolução

é um fato inicial, na série normativa, para tomá-la como fato normativo, uma vez que inexista norma prévia — estatal ou internacional —, impõe-se necessariamente a *logische Anfangspunkt* da norma pressuposta.

Recordemos os três níveis lógicos no que respeita à norma fundamental: i) a norma fundamental em nível do direito das gentes, i. é., a norma-origem ou o pressuposto hipotético para ter começo normativo o direito das gentes; ii) a norma positiva pertencente ao direito das gentes, a que estabelece as condições para início e término no tempo e no espaço, de um sistema normativo estatal (demarcante da órbita tempoespacial de validade de um sistema parcial); iii) a norma fundamental pressuposta, correspondente ao suporte fático que dá origem ao Estado (um processo de organização *evolutivo*, segundo o costume, ou um processo *revolutivo* que instaura órgãos-do-poder).

Ainda que Kelsen e Verdross e os comentadores em geral falem, no segundo nível, do princípio de *efetividade* (preferimos dizer *eficácia*), rigorosamente tomadas as coisas, no sistema de direito das gentes, temos *norma positiva, não princípio*. Princípio é conceito de *meta linguagem*, da linguagem sobre a linguagem do direito positivo. Com efeito, a teoria da norma fundamental é teoria em nível do conhecimento. A norma fundamental é um pressuposto gnoseológico, é uma categoria transcendental do conhecimento do direito-objeto. E o princípio de efetividade é uma construção *teorética* com base na experiência do fenômeno do direito positivo. A norma *positiva* do direito das gentes, que condiciona a validade de um poder emite de regras de direito à sua eficácia no domínio da conduta humana, tem uma estrutura deontica. *Não é uma proposição teorética que descreve o fato constituinte. É a norma positiva mesma, condicionada em sua validade ao suporte da eficácia.* É uma *proposição teorética* a que diz que a validade depende da eficácia: constata descritivamente um dado-de-fato. É *norma* a proposição do direito das gentes que condiciona a validade de um poder instaurador do Estado à eficácia com que ele se insere na ordem dos fatos.

Importa-nos, agora, observar que se tomarmos a hipótese da existência de um só Estado, conseqüentemente não há direito interestatal ou internacional. A hipótese de um só Estado toma duas vertentes: uma, que historicamente *apenas um Estado* se apresente; outra, que os Estados tendam àquele limite de uma comunidade total, ao Estado mundial, em que o direito internacional desapareça, por desaparecerem os Estados, absorvidos num só Estado ecumênico, ficando em seu lugar tão-só o direito constitucional desse Estado mundial limite. Na hipótese de um só Estado, o fato gerador do Estado não tem senão *norma fundamental pressuposta*. Falta *norma positiva* de direito das gentes, àquele segundo estrato acima referido, que procede à relação imputacional do suporte fático da eficácia com conseqüências normativas (dado um fato — uma revolução, uma tomada do poder —, deve-ser direito o que dele provier). Nesse caso, para ter começo o *conhecimento jurídico*, da revolução como fato se chega à norma hipotética. O universo jurídico dentro do qual o jurista se instala é unicamente o estatal singular. Por isso que inexista norma positiva para fazer a imputação face à revolução, observa Cossio, o jurista formula-a como “hipótese necessária do conhecimento para entender o caráter jurídico do direito emanado da revolução”. O postulado hipotético é, interiormente, em sua *estrutura sintática*, uma relação deontica, imputacional: “dado o fato revolução, deve-ser válido o que dela provenha”.

### Um Confronto

Confronte-se a teoria kelseniana com a teoria de Malberg. Segundo Malberg, as revoluções, como os golpes de Estado, são puros fatos: na ciência do direito público, observa, não há lugar para uma teoria jurídica desses fatos, que são extrajurídicos (*Teoria general del Estado*, p. 1.173). São fatos que ocorrem fora do direito estabelecido pela Constituição, e não chegam a ser — assim como a origem histórica do Estado — um problema jurídico (op. cit., p. 1.168). Esta é a conseqüência a que chega a teoria de Malberg, justamente porque

não indo além do direito público interno, nele não vê possibilidade de juridicizar revolução ou golpe de Estado, puros fatos que em categoria jurídica nenhuma têm acolhida.

O propósito kelseniano é juridicizar o *factum* da revolução. E para tanto é mister *qualificar normativamente o fato*, tomar o fato através de norma jurídica. *O conhecimento especificamente jurídico não alcança fato nenhum sem a mediação de uma norma* (geral ou individual, abstrata ou concreta, consuetudinária ou escrita, pouco importando nisso o âmbito de incidência, ou a fonte da norma). Se norma inexiste na Constituição, o conhecimento especificamente jurídico parte de hipótese — como, de resto, o conhecimento natural, ou o conhecimento matemático —, i. é., de um ponto de partida; de um *postulado*, se nos mantemos no interior do ordenamento jurídico nacional, de uma *regra positiva* se ascendemos ao nível superior do direito internacional. Neste nível, o regresso à hipótese, sotopondo-se à qual se acha a regra de direito positivo, se detém na *norma fundamental do direito das gentes*. Enquanto isso, a teoria malbergiana, permanecendo no nível do direito nacional, se depara com a revolução como fato despojado de relevância jurídica, sem regra preexistente que a qualifique, como lícita ou ilícita, precisamente porque a revolução é desconstitutiva do estatuto que confere organização política a uma nação.

Do mesmo modo, diante das ruturas revolucionárias, que importam em descontinuidade constitucional, ambas teorias indagam se o Estado permanece, ou se há mutação de Estado quando uma nação quebra revolucionariamente seu código superior. Afirma Malberg (no que também concorda Hauriou) que *“Mediante a mudança de Constituição não se substitui um antigo Estado por uma nova individualidade estatal”* (op. cit., p. 1.170). O substrato dessa persistência da subjetividade estatal, Malberg encontra-o na continuidade da comunidade nacional. Mas, pensamos, o problema fica aberto. Se persiste subjacente o corpo nacional, sem comprometimento da identidade e da continuidade do Estado, como esse dado-de-fato — que é sociológico e histórico — adquire essa rele-

vância jurídica, convertendo-se em *substrato fático* da personalidade jurídica do Estado, *sem o regresso a uma norma que qualifique esse dado-de-fato? A mesmidade da nação, do território, são fatos, como fato é o processo revolucionário: fato, relativamente a um prévio esquema normativo que o qualifique.*

A teoria kelseniana é normativamente homogênea e exaustiva e quando não se vale do postulado (de clausura normativa) da norma fundamental referente a uma ordem jurídica nacional, regressa à norma positiva de direito das gentes que convalida o fato da eficácia de uma revolução vitoriosa. Se o conceito de revolução indica que uma transmutação não se verificou de acordo com a regra imanente ao sistema, nem por isso o fato é meta-jurídico. A norma de direito positivo internacional faz ver ao jurista que a quebra da continuidade jurídica é somente relativa, i. é., tomando como ponto de referência a ordem estatal. Segundo o *Standpunkt des Primates des Voelkerrechts* a mutação não se dá sem regra, pois... *die Aenderung... nicht nach dem Gesetz der einzelstaatlichen Rechtsordnung, vielmehr nach dem Gesetz der hoeheren Stufe, dem Gesetz des Voelkerrechts vollzogen wurde, so dass die Einheit des Rechtssystems nur relativ gebrochen...*” (Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, p. 128 — ed. 1966). O mesmo reafirmou depois (em *Das Problem der Souverainetaet*, págs. 235/241), retomando a mesma tese em 1945 (*General theory of Law and State*, págs. 117, 219, 568), e depois, sublinhando que *“... victorious revolution and successful coup d’Etat are, according to international law, law-creating facts...”* Mais: que não é identidade física do território, nem a identidade histórica da nação por si sós bastantes para explicar a permanência da subjetividade estatal: tudo isso somente... *is possible only if a norm of international law is presupposed*” (Kelsen, *Principles of international law*, p. 416).

Somente com esse recurso, o jurista explica juridicamente — através de norma jurídica — o fato da revolução ou de um golpe de Estado que transforme radicalmente a Constituição:

somente assim a revolução se converte num *law-creating fact*, prevista pela regra internacional como *legal method of changing the constitution*.

É certo — como já ponderamos — numa mutação total da Constituição, prevista em reforma total, nós temos de nos valer de outra norma fundamental para explicar a passagem constitucional de uma monarquia para uma república, de um regime autocrático para outro democrático. Por sobre as normas básicas, concretamente dirigidas para explicar o fato histórico concreto, e, por isso por sobre as normas fundamentais concretas, que demarcam descontinuidades, a teoria kelseniana socorre-se da regra de direito das gentes, que recom põe a linha da continuidade constitucional que se despontuou. Mas, e se optarmos pela tese do primado direito estatal, opção sempre possível juridicamente, como a teoria kelseniana sempre acentuou?

#### *Tridimensionalidade do Fato Revolucionário*

Aquela estrutura *tricomponencial* que Sorokin encontra na análise sociológica da cultura, ou a *tridimensionalidade* que Reale<sup>4</sup> destaca através de uma fenomenologia da cultura, um de cujos aspectos é o direito, têm-na no fato da revolução. Incorre em naturalismo tomar a revolução como puro fato, privado de qualquer dimensão de normatividade e de valor. É *naturalismo* (psicológico ou sociológico) vê-la tão-só como fenômeno de força, como processo não-cultural de destruição de uma parte ou de toda uma cultura. Como se a revolução ficasse aquém da cultura mesma, entendida a cultura como uma totalidade de valores, idéias e normas, incorporadas em

4. O fenômeno natural discorre causalmente. O cultural flui dentro de *meaningful causal systems*, dotados tais sistemas de uma *three-componential structure*. Nem se trata de um *purely causal system*, nem tão-só de um *purely meaningful system*. Cf. SOROKIN, *Sociocultural causality, space and time*, págs. 4/25; SOROKIN, *Society, culture, and personality: their Structure and Dynamics*, págs. 146, 314/316. M. REALE, *Filosofia do Direito*, págs. 252, 276, 380/381.

condutas humanas e em coisas físicas. A revolução não é uma catástrofe do universo natural, mas uma ocorrência no universo da cultura. Por fatores culturais está condicionada, e conseqüências culturais (artísticas, religiosas, políticas, econômicas, jurídicas, científicas) provoca. Ora, se é fato dentro da cultura, não como a queda de um bloco que esmaga obra de arte, ou como os agentes físicos, químicos e meteorológicos que corróem agonicamente a forma plástica de uma estátua, as cores de um quadro, ou um templo na melancolia do abandono, se é fato dentro da cultura, participando da essência da cultura, não lhe pode faltar substratos, agentes e valores, ou facticidade, normatividade e valiosidade. Qualquer corte feito numa parcela do social revela que há nele, para ser social, condutas (reciprocamente dirigidas — a *Zwischenmenschlichkeit* de Von Wiese), agentes ou protagonistas de atos e normas. O sentido subjetivo da conduta é ser dirigida a outrem; seu sentido objetivo é o ingrediente de norma e valor que contém.

A revolução, juridicamente entendida, é um processo contra a capa de normatividade jurídica, ou contra todo o ordenamento em vigor. Mas traz, como *motivação de comportamento*, aquela idéia de direito (Burdeau) que quer substituir a vigente. Sociologicamente, para um grupo revolucionário ser grupo, precisa de normas jurídicas, que consagram valores e imprimam forma ao mero suceder das interações humanas. *A revolução é fato normado, com uma normatividade que, sob o prisma da normatividade em vigor, é contra-normatividade*. Aparece como o não-direito, como o antijurídico, como a destruição do cosmos normado e a devolução dos elementos ao caos do mundo meramente natural do conflito de interesses, sem outra medida que a força bruta. Ao arbítrio da bruta força está ausente medida de valor. O descomedido reside na carência de forma, que a norma dá. A norma jurídica (a ela nos restringimos) destaca-se da pura subjetividade: — é um processo de objetivação. Eu me encontro com as normas jurídicas — para dizê-lo em termos de uma fenomenologia da circunstância — como me encontro com coisas, pessoas, fatos, idéias e proposições lógicas. Reconheçamos, pois, na revolução

sua normatividade, diríamos, imanente: *o social sem normas e valores é puro fato natural*. Com isso, abrimos o leque a diversos pontos de vista sobre a revolução: o histórico, um; o sociológico, outro; o moral e religioso, outro ainda; o jurídico, mais outro ponto de vista possível. Cada ponto de vista é uma *decoupage* num fato total. Por isso que é um corte abstrato, requer uma recomposição unitária, uma integração dialética de perspectivas que residiria numa ontologia da revolução, ou numa filosofia do ser da revolução.

Reconhecendo que o jurista, dentro de suas possibilidades metódicas pode se contentar com a explicação sem a legitimação, Legaz y Lacambra, anotando a insuficiência do ponto de vista formal-jurídico, não deixa de sublinhar a vontade de *compreender juridicamente* a revolução quando Kelsen acode à norma internacional. Sem esse recurso (ou sem a hipótese de norma fundamental), da perspectiva de cada ordem estatal a revolução só encontra "explicação por motivos político-sociológicos". Legaz y Lacambra, *Estudio crítico de la teoria pura del Derecho*, págs. 295-305). Os cortes são epistemológicos, e servem de base às teorias parciais do fenômeno.

### O Substrato das Teorias

Uma teoria científica não encontra sua *unidade* na circunstância de suas proposições dirigem-se a um campo de fatos, por si unitário. Um mesmo domínio-de-fatos fraciona-se em diversos *objetos*, que representam *cortes epistemológicos* operados sobre o domínio materialmente uno. E é através de conceitos fundamentais que se obtêm os objetos (os *objetos formais* delineados sobre o *objeto material*): cada classe de conceitos fundamentais faz temático este ou aquele lado do fato, que em sua inteireza é multilateral.

Por isso não conduz a uma teoria unitária o elaborar-se, em nosso caso, a teoria psicológico-social, a teoria antropológico-social, a teoria sociológica, a teoria histórico-cultural do fenômeno revolucionário, culminando com uma teoria filosófico-histórica da revolução. A mesma matéria M — a revolução — dá margem aos objetos O', O'' O''', correspectivos às

teorias T', T'' T'''". A justaposição dessas teorias não conduziria a uma teoria T, a qual ocuparia o lugar de um todo relativamente às partes. Teorias diversas, meramente ajuntadas, sem conceitos fundamentais que operem aqueles cortes epistemológicos sobre a matéria a investigar, compaginam conhecimentos diversificados sob a forma de enciclopédia, não sob a forma de teoria científica. Para a teoria-da-ciência, não é a identidade da matéria investigada que faz a unidade de uma teoria (a teoria-da-ciência coloca-se, assim, como a *metateoria*, ou teoria-das teorias: fala *acerca* da constituição das teorias científicas): é, sim, a *unicidade* do ponto de vista, quer dizer, a irreducibilidade do conceito fundamental sob o qual se encara o campo do conhecimento.

O ponto de vista normativo-jurídico é um entre outros possíveis (e complementares) pontos de vista.<sup>5</sup>

Se a natureza é a realidade como série de fatos em relações de causa/efeito, a cultura é a realidade *sub specie normae*. As normas são várias: do uso, do costume (adotando a distinção weberiana entre *uso* e *costume*), das convenções sociais, da moral, etc. As normas do direito positivo são apenas sub-classe. O conceito de norma de direito positivo é conceito fundamental com que opera a teoria jurídica do fato revolucionário: toma o fato como *conduta coletiva orientada normativamente*, ainda que seja como meio destrutivo de substituir ordem jurídica vigente por outra, sobretudo no ponto onde se alojam as *normas jurídicas de organização do poder*. Tais normas são a *porção minimal* do processo de mudança,

5. Já em 1911 KELSEN assinalava a parcialidade desse ponto de vista. Dizia: «*Es ist selbsterstaendlich, dass der formale, streng normative Gesichtspunkt des Juristen ein einseitiger und durchaus nicht imstande ist, die Gesamt-Rechts-erscheinung zu erfassen. Auch soll nicht gesagt sein dass der Jurist nicht auch soziologische, psychologische, dass er etwa keine historischen Untersuchungen vornehmen duerfe. Im Gegenteil! Solche sind noetig; allein der Jurist muss sich stets bewusst bleiben, dass er als Soziologe, Psychologe oder Historiker einen ganz anderen Weg verfolgt, als jenen, der ihn zu seinen spezifisch juristischen Erkenntnissen fuerhrt...*» (KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, p. 42 — Reimpressão da edição de 1923-1960).

sem o que estar-se-ia face a meros movimentos insurreccionais, a meros levantes, ou quarteladas para substituir os titulares do poder, mantendo os quadros normativos de organização intactos. Juridicamente, não-revolução: serão atos *convalidados pela eficacidade* — rebelião triunfante —, ou atos capitulados como delitos, *desconvalidados pela ineficacidade*.

### *Eliminando Parênteses*

Todo objeto, pois, resulta do ato de pôr entre parênteses, mediante critérios seletivos, alguns aspectos, ficando em evidência outros, mas, todos eles, aspectos constituintes da coisa mesma. Assim, o objeto não está-aí, já delineado, feito, como algo tão patente que basta abrir os olhos. Não é evidente: é construído. Só um realismo ingênuo, ou um objetivismo que não retrocede ao sujeito cognoscente, julga que, sem mais esforço estamos diante dos fatos, em sua indubitável presença. A compacta ou evanescente presença dos fatos é certeza para a relação pragmática do sujeito com seu mundo circundante, não, porém, para a relação cognoscente, na espécie de ciência.

O ponto de vista jurídico é necessário, mas insuficiente. Com ele não se justifica (axiologicamente) revolução. Constata-se a jurisdição formal do seu resultado: o ordenamento jurídico que entra em vigor. Nem o faz o ordenamento contra o qual se ergue a revolução, nem o ordenamento de outro Estado: num caso seria *auto-legitimação* inviável; no outro, *hetero-legitimação* que implicaria incidência de um ordenamento no âmbito de validade (temporal, material, espacial e pessoal) de outro ordenamento — politicamente, interferência no espaço de soberania; juridicamente, em o Estado, árbitro do convescimento, valer-se de norma positiva sua para aplicá-la a outro ordenamento. Observe-se, ainda com o recurso, à norma fundamental, que é meramente formal, não se obtém critério axiológico do justo, e seu conteúdo empírico é a concrecência do suporte fáctico: o fato revolucionário historicamente dado.

É intrínseco à revolução a idéia de ordem justa. Não se faz revolução em nome do injusto, ou da desordem, nem da ordem injusta, nem do justo em desordem. É dentro da ordenação das condutas que se implanta a justiça. A invertebração do corpo social, seu desfazimento em partes soltas, em desconjuntos, conduz ao anárquico, onde nem o direito, nem o poder conseguem o *minimum de eficácia* para existir.

Retomando imperecíveis conceitos kantianos, dizemos: se a razão teórica desarticula epistemologicamente o dado, a razão prática exige aqui recomposição do todo, o todo de sentido valioso: há uma exigência de eliminar os parênteses e verificar o fato da revolução tendo em conta que no centro desse acontecer trágico das culturas está o homem, que não é algo supérfluo (como advertia Nietzsche): nele está a dignidade — o não ser coisa —, fonte de todos os valores, e está o critério para se medir a quantia de legitimidade que as revoluções realizam com a implantação de uma nova legalidade. O critério de legitimidade: que não se confunde com a ideologia da legitimidade, ou a utopia da legitimidade, com que as minorias revolucionárias disfarçam habilmente seus reais propósitos.

## RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Diretores:

GIOVANNI MIELE e MASSIMO SEVERO GIANNINI

Assinatura anual ..... 7.500 liras

Casa Editrice dott. A. Giuffré, 20121 Milano

Via Statuto 2 — Itália