

A Constituinte e a Constituição como instâncias do patrimônio cultural

*The Constituent Assembly and the Constitution
as instances of Cultural Patrimony*

Yussef Daibert Salomão de Campos*

Resumo

A relação estabelecida entre o exercício constituinte, tão caro à modernidade, a relevância da Constituição para o Estado Nacional e a formatação de uma identidade social erigida pelo patrimônio cultural é o objeto primeiro desse artigo. Compreender os meandros e as imbricações entre essas categorias basilares dos Estados Nacionais é a finalidade precípua.

Palavras-chave:

Constituição. Assembleia Constituinte. Patrimônio Cultural.

Abstract

The relationship established between the constituent exercise, so important to modernity, the relevance of the Constitution to the National State and the formatting of a social identity erected by cultural heritage is the first object of this article. Understand the intricacies and the overlaps between these basic categories of National States is the main purpose.

Keywords:

Constitution. Constituent Assembly. Cultural heritage.

* Professor Adjunto A da Faculdade de História da Universidade Federal de Goiás e do Programa de Pós-Graduação em História-UFG, doutor em História pela Universidade Federal de Juiz de Fora, Mestre em Memória Social e Patrimônio Cultural pela Universidade Federal de Pelotas e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Correio eletrônico: <yussefcampos@yahoo.com.br>. Esse artigo é fruto da pesquisa desenvolvida em seu doutoramento.

1.1. *Questão nacional e Carta Política.*

Fruto da modernidade,¹ a Constituição estabelece íntima relação com a formação dos Estados nacionais e do nacionalismo. Ao apresentar esse fato, nesse trabalho, intento mostrar como a Carta política, e suas diretrizes normativas, proporcionam o fortalecimento do sentimento nacional, através do estabelecimento de políticas de Estado. A Constituinte, momento de criação da Carta, surgirá como epicentro das discussões políticas acerca de quais diretrizes serão eleitas para atender a quais tipos de estruturas políticas estabelecidas ou a serem formalizadas.

“Ao abordar a ‘questão nacional’, ‘é mais profícuo começar com o conceito de ‘nação’ (isto é, com ‘nacionalismo’) do que com a realidade que ele representa”, ensina Hobsbawm,² “pois a ‘nação’, tal como concebida pelo nacionalismo, pode ser reconhecida prospectivamente; mas a ‘nação’ real pode ser reconhecida apenas a posteriori”. Essa nação poderá ser legitimada pela própria Constituição, ao serem amalgamados em normas institutos de nacionalização, como “língua”, “bandeira”, “hino”, e até mesmo um passado em comum. Para o historiador inglês, o “Estado moderno típico, que recebeu sua forma sistemática na era das revoluções francesas – embora, de vários modos, ele tivesse sido antecipado pelos principados europeus que evoluíram a partir dos séculos XVI e XVII –, era uma novidade em muitos aspectos”. Era definido, continua, “como um território (de preferência, contínuo e inteiro) dominando a totalidade de seus habitantes; e estava separado de outros territórios semelhantes por fronteiras e limites claramente definidos”.³ Hobsbawm propõe, de maneira clara, como a Lei é braço impositivo do Estado e como este estabelece suas cláusulas a serem aqui escidadas:

Politicamente, seu domínio e sua administração sobre os habitantes eram exercidos diretamente e não através de sistemas intermediários de dominação e de corporações autônomas. Procurava, o mais possível, impor as mesmas leis e arranjos administrativos instituídos por todo território, embora, depois da era das revoluções, estes não fossem mais as ideologias religiosas ou seculares. Crescentemente, esse Estado era obrigado a ouvir as opiniões dos indivíduos ou cidadãos, porque seu arranjo político lhes havia

¹ Ainda que o conceito de “modernidade” não seja objetivo desse artigo, cumpre indicar qual o sentido que será aqui utilizado. A sua relação com a formatação do Estado-nação, a legitimação dos elementos constituidores do Estado – nação, território e soberania –, e o conseqüente desenvolvimento de uma carta constitucional, são os produtos da modernidade que balizarão aqui o conceito, a partir de Giddens (GIDDENS, Anthony. *Modernidade e Identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002, p. 21).

² HOBBSAWM, Eric J. *Nações e Nacionalismos desde 1780: programa, mito e realidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008, p. 18.

³ Idem, p. 101-102.

dado voz – geralmente através de várias espécies de representação eleita – e/ou porque o Estado precisava do seu consentimento prático ou de sua atividade em outras coisas, como, por exemplo, contribuintes ou soldados potencialmente convocáveis. Em resumo, o Estado dominava sobre um “povo” territorialmente definido e o fazia como a agência “nacional” suprema de domínio sobre seu território, e seus agentes cada vez mais alcançavam os habitantes mais humildes do menor de seus vilarejos.⁴

De um ponto de vista histórico para um sociológico, Bauman nos oferece a seguinte ideia: “no curso da história moderna, o nacionalismo desempenhou o papel de dobradiça ligando Estado e sociedade (o primeiro concebido como Estado-nação, e com ele identificado)”. “Estado e nação”, complementa, “emergiram como aliados naturais no horizonte da visão nacionalista, na reta final do surto de reintegração”. Bauman explicita, assim, que o Estado necessita de fornecer recursos para o processo de construção nacional, “enquanto a postulada unidade da nação e o destino nacional comum ofereciam legitimidade à ambição da autoridade estatal de exigir obediência”.⁵ Uma vez mais a necessidade de imposição da efetividade da presença estatal.

Através da Constituição é que as leis e arranjos legislativos, ou os recursos para construção nacional, ancoraram sua legitimação. A fundamentação através de uma norma superior, no topo da pirâmide hierárquica normativa, constitui ferramentas para tecer a trama que envolve nação, nacionalismo e identidade nacional.

Para Detienne, “ocorre com a ‘nação’ o mesmo que com a identidade. É uma ideia ao mesmo tempo simples e rica em redobres, em arranjos de dobras. Nação se origina em nascer e nascimento, o que exige um lugar e um agente criador”.⁶ E completa:

No século XVIII, a nação-nascimento [...] se afirma como pessoa jurídica constituída por um conjunto de indivíduos. Em 23 de julho de 1789, por exemplo, ela se encarnará no Terceiro Estado, sendo ao mesmo tempo hipostasiada em “soberania”, no lugar da realeza. Por certo, a nação não pode ser confundida com aquilo que o Estado pretende ser. Ela implica, com efeito, uma espécie de espontaneidade, essencial para a força de um Povo, com seus sentimento e paixões.⁷

Um pouco singelo abordar *nação* pela ótica da espontaneidade; mais adequada a entonação *lugar e agente criador*. A nação,⁸ e tampouco

⁴ Idem, *Ibidem*.

⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Ensaio sobre o conceito de cultura*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 51.

⁶ DETIENNE, Marcel. *A identidade nacional, um enigma*. Belo Horizonte: Autêntica, 2013, p. 11.

⁷ Idem, p. 11-12.

⁸ Torna-se a nação tão essencial na construção da identidade que “[...] o enfraquecimento da nação nos leva frequentemente a imaginar um mundo no seio do qual as fronteiras

o nacionalismo, devem ser examinados como fenômenos naturais. São voluntários, provocados, exigidos e negociados; “todos esses conceitos (identidade, nação e nacionalismo) devem ser vistos como categorias discursivas, como construções ideológicas, políticas”,⁹ afirmei. “As nações, postas como modos naturais ou divinos de classificar os homens, com o destino político inerente, são um mito”; dispõe Hobsbawm, entendendo que o nacionalismo, que “às vezes toma culturas preexistentes e as transforma em nações, algumas vezes as inventa e frequentemente oblitera as culturas preexistentes: isto é uma realidade”. Para ele, o nacionalismo precede as nações, pois são os Estados e os nacionalismos que formam as nações, e não o contrário.¹⁰

Assim, podemos determinar que o Estado se legitima como nacional e para os nacionais, através de culturas ancestrais e aspectos identitários para forjar seu povo.

[...] desde que não exista uma referência última a partir da qual a ordem social possa ser concebida e fixada, esta ordem social está permanentemente à procura de fundamentos, de sua legitimidade, e é na contestação ou na reivindicação daqueles que são excluídos dos benefícios da democracia que esta encontra sua força mais eficaz [...]. O Estado é a negação da ideia de uma política selvagem.¹¹

À busca desses fundamentos legitimadores, a memória, em diversas de suas dimensões (coletiva, histórica, oficial, etc.), virá à tona como recurso de homogeneização de uma identidade coletiva. Seu conceito ambivalente, esquecimento, também integrará o rol de recursos de legitimação. O duelo entre memória e esquecimento marcará as constituintes e as constituições, assim como se deu nas brasileiras de 1987-1988, como se verá oportunamente.

Ost, ao abordar Nicole Loraux, para quem “os lapsos de memória não são fortuitos”,¹² determina que “longe de se opor ao esquecimento, a

dos Estados seriam apagadas e no qual se imporia o reino universal do mercado: um mundo que não constituiria mais que um imensa rede de inter-relações de indivíduos, seja, segundo alguns, em benefício da felicidade de todos, seja, segundo outros, ao preço da perda da identidade e da liberdade de cada um” (LEFORT, 2003, p. 58-59).

⁹ CAMPOS, Yussef Daibert Salomão de. *Percepção do intangível: entre genealogias e apropriações do patrimônio cultural imaterial*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 38.

¹⁰ HOBBSAWM, Eric J. *Nações e Nacionalismos desde 1780: programa, mito e realidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008, p. 19.

¹¹ NOVAES, Adauto. *Invenção e crise do Estado-nação*. In: NOVAES, Adauto (Org.). *A crise do Estado-nação*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 17.

¹² OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: EDUSC, 2005, p. 60.

memória o pressupõe”.¹³ Anderson recorre a Renan para sua costura entre memória, esquecimento e identidade:

[...] quando Renan publicou seu *Qu'est-ce qu'une nation?* O que o preocupou foi exatamente a necessidade de esquecer.

[...] ora, a essência de uma nação consiste em que todos os indivíduos tenham esquecido muitas coisas. [...] todo cidadão francês deve ter esquecido a noite de São Bartolomeu, os massacres do Sul no século XIII.¹⁴

Aliás, Anderson é figura essencial para se discutir as origens do nacionalismo. Ao cunhar a expressão *comunidades imaginadas*, condensou as perspectivas e os meios utilizados pelo Estado para tornar-se nacional.

Assim, dentro de um espírito antropológico, proponho a seguinte definição de nação: uma comunidade política imaginada – e imaginada como sendo intrinsecamente limitada e, ao mesmo tempo, soberana. Ela é *imaginada* porque mesmo os membros da mais minúscula das nações jamais conhecerão, encontrarão, ou sequer ouvirão falar da maioria de seus companheiros, embora todos tenham em mente a imagem viva da comunhão entre eles. [...] imagina-se a nação *limitada* porque mesmo a maior delas, que agregue, digamos, um bilhão de habitantes, possui fronteiras finitas, ainda que elásticas, para além das quais existem outras nações. [...] imagina-se a nação *soberana* porque o conceito nasceu na época em que o Iluminismo e a Revolução estavam destruindo a legitimidade do reino dinástico hierárquico de ordem divina. [...] A garantia e o emblema dessa liberdade são o Estado Soberano.¹⁵

Essa concepção nos ajudará a compreender os conceitos que serão apropriados pelo legislador constituinte que suscitará uma identidade brasileira forjada por sua diversidade, sem, contudo, desnaturalizar ou encarar a diferença, com seus traumas, agouros, fantasmas (xenofobia, racismo, sexismo, entre outras aversões), tratando de forma igual os desiguais, deixando de lado a isonomia e a equidade.

Retornando a Anderson, completei que “não só as nações são imaginadas. As coletividades inseridas nessas nações são igualmente imaginadas”.¹⁶ Para Anderson, “qualquer comunidade maior que a aldeia primordial do contato face a face (e talvez mesmo ela) é imaginada”.¹⁷ Isso significa que “não só as nações buscam afirmar suas identidades, através da preservação de seus patrimônios culturais, mas os grupos

¹³ Idem, *Ibidem*.

¹⁴ ANDERSON, Benedict. *Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 272.

¹⁵ Idem, p. 32-33, grifos no original.

¹⁶ CAMPOS, Yussef Daibert Salomão de. *Percepção do intangível: entre genealogias e apropriações do patrimônio cultural imaterial*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 38.

¹⁷ Idem, *Ibidem*.

inseridos nessa nação também o fazem”.¹⁸ Essas afirmações identitárias locais podem ser observadas “como resultado da globalização, que leva a um ‘fortalecimento de identidades locais ou à produção de novas identidades’, ou têm ‘efeito de contestar e deslocar as identidades centradas e ‘fechadas’ de uma cultura nacional’ frutos da compressão espaço-temporal característica do processo globalizante”.¹⁹ Do mesmo modo, Hobsbawm:

A nação moderna é uma “comunidade imaginada”, na útil frase de Benedict Anderson, e não há dúvida de que pode preencher o vazio emocional causado pelo declínio ou desintegração, ou a inexistência de redes de relações ou comunidades humanas reais; mas o problema permanece na questão de por que as pessoas, tendo perdido suas comunidades reais, desejam imaginar esse tipo particular de substituição. Uma das razões pode ser a de que, em muitas partes do mundo, os Estados e os movimentos nacionais podem mobilizar certas variantes do sentimento de vínculo coletivo já existente e podem operar potencialmente, dessa forma, na escala macropolítica que se ajustaria às nações e aos Estados modernos. Chamo tais laços de “protonacionais”.²⁰

Geary repreende, de certa forma, esse prisma imaginário da comunidade, que se associa ao “reino mitológico da memória coletiva”.²¹ Não se pode, afirma ele, banalizar fenômenos históricos – e mentais – relevantes.²²

A história do surgimento do nacionalismo no século XVIII e início do século XIX foi contada diversas vezes. Os Estados-nações de base étnica dos dias de hoje foram descritos com “comunidades imaginadas”, geradas pelos esforços criativos dos intelectuais e políticos do século XIX, que transformaram antigas tradições românticas e nacionalistas em programas políticos. De fato, uma grande quantidade de livros e artigos – alguns acadêmicos, outros direcionados ao público comum – defendem a ideia de que muitas “tradições antiqüíssimas”, das identidades nacionais às *plaids* escocesas, não passam de uma invenção cínica e recente de políticos e empresários. Há muito de verdade nessa afirmação, especialmente se levarmos em conta que ela enfatiza o papel formador, em um passado recente, de indivíduos e grupos na elaboração de ideologias supostamente antigas.²³

¹⁸ Idem, *Ibidem*.

¹⁹ CAMPOS, Yussef Daibert Salomão de. *Percepção do intangível: entre genealogias e apropriações do patrimônio cultural imaterial*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 38.

²⁰ HOBSBAWM, Eric J. *Nações e nacionalismos desde 1780: programa, mito e realidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008, p. 63.

²¹ GEARY, Patrick J. *O mito das nações: a invenção do nacionalismo*. São Paulo: Conrad, Editora do Brasil, 2005, p. 184.

²² “Provavelmente alguns tentam compreender a história contemporânea como uma nova versão da queda do Império Romano, esperando assim descobrir com as lições do passado uma forma de impedir que a civilização europeia contemporânea seja destruída por novas hordas de bárbaros” (Idem, p. 22).

²³ GEARY, Patrick J. *O mito das nações: a invenção do nacionalismo*. São Paulo: Conrad, Editora do Brasil, 2005, p. 28-29.

Contudo, o próprio Geary indica a lei como um veículo de construção dessas comunidades imaginadas. “Os bárbaros existiam (se é que existiam) apenas como uma categoria teórica”,²⁴ forjados também pela lei.

Inicialmente a lei era um dos meios mais importantes para formação do povo lombardo. A partir da metade do século VII, guerreiros bárbaros de diferentes origens tiveram se submeter à lei lombarda, a menos que fossem autorizados pelo rei a seguir um sistema legal alternativo. Certamente a identidade legal lombarda não era determinada pelo sangue, mas pelo decreto real.²⁵

E que “a lei havia se tornado um recurso”,²⁶ para legitimação, para imposição, predeterminações e ações de efeitos imediatos. A esse Norte aponte:

[...] a lei (seja através da Constituição ou das leis a ela dependentes), assim como o censo, o mapa e o museu, atua de forma a criar uma ligação virtual entre aqueles que são classificados em etnias ou raças, que convivem em um território previamente traçado e que compartilham de um passado em comum. É o Estado que manipula essas etnias, esse território e esse passado. E o faz através da lei.²⁷

A lei (e o Estado) não constitui a sociedade. Contudo, ela atribui a esse complexo de vivência identitária o condão da legitimação. Saber-se amparado pela lei gera nos indivíduos a percepção de pertencimento não só a uma comunidade, mas a uma nação constitucionalmente arranjada e autenticada. Ainda mais se houver participação popular na criação Constituinte de uma Carta política.

Faço uma ponderação: Chartier, a partir de Hobsbawm,²⁸ atenta sobre o uso indiscriminado de um passado imaginado para atender às expectativas do presente. Ao indicar o “momento em que a história se encontra confrontada às tentações e às demandas identitárias que constroem retrospectivamente um passado mítico mobilizável para as aspirações contemporâneas de uma comunidade”, seja ela “a de um

²⁴ GEARY, Patrick J. *O mito das nações: a invenção do nacionalismo*. São Paulo: Conrad, Editora do Brasil, 2005, p. 82.

²⁵ Idem, p. 184.

²⁶ Idem, p. 146.

²⁷ CAMPOS, Yusef Daibert Salomão de. *Percepção do intangível: entre genealogias e apropriações do patrimônio cultural imaterial*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 42.

²⁸ Para Anderson, “o crítico mais eloquente dos ‘novos nacionalismos’” (ANDERSON, Benedict. Introdução. In: BALAKRISHNAN, Gopal (Org.). *Um mapa da questão nacional*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000, p. 20).

Estado-nação, a de uma minoria (ou maioria) sexual, a de uma etnia”,²⁹ suscita:

Há aí uma tensão fundamental. Eric Hobsbawm sublinhou-a frequentemente em conferências pronunciadas na Europa Central, alertando contra a invenção de um passado imaginado em nome das necessidades do presente: “A projeção no passado de desejos do tempo presente, ou em termos técnicos, o anacronismo, é a técnica mais comum e mais cômoda para criar uma história própria para satisfazer as necessidades de coletivos ou de ‘comunidades imaginadas’ – seguindo o termo de Benedict Anderson – que estão longe de ser exclusivamente nacionais”.³⁰

Por outro lado, por mais que se fale em uma crise contemporânea do Estado-nação – pelo rompimento das fronteiras nacionais pela mundialização política, cultural e da economia e pela compressão espaço-temporal das relações intersubjetivas –, as recentes Constituições se pautam, todavia, na legitimação do Estado através de instrumentos semelhantes ao que fizeram as remotas Cartas políticas, através do uso de identidades conglobantes, imaculadas, e de um passado em comum, pertencente a todos, da mesma forma e com o mesmo propósito de pertencimento.

Aliás, “evocando uma ‘comunidade de lembranças históricas’ e o laço afetivo que se firma na ideia de pátria, Durkheim convida a pensar que uma nação, por menos claro que seja seu conceito, precisa de um passado”, diz Detienne.³¹ A construção de um passado/presente em comum oferece-se através do patrimônio cultural, que possibilita às mais diversas nuances identitárias a possibilidade de reconhecimento. Para Hobsbawm,

hoje, todos os Estados do planeta, pelo menos oficialmente, são “nações”; todos os movimentos de libertação tendem a ser movimentos de libertação “nacional”. [...] O apelo por uma comunidade imaginária da nação parece ter vencido todos os desafios, sobretudo naqueles locais onde as ideologias estão em conflito.³²

A criação de um patrimônio cultural passa por essa formalização do Estado enquanto instituição legitimada pela Constituição. É ele que delimita o passado a ser compartilhado por aqueles que coabitam o mesmo território, falam a mesma língua e são rotulados com a mesma

²⁹ CHARTIER, Roger. A verdade entre a ficção e a história. In: SALOMON, Marlon (Org.). *História, verdade e tempo*. Chapecó: Argos, 2011, p. 369.

³⁰ Idem, *Ibidem*.

³¹ DETIENNE, Marcel. *A identidade nacional, um enigma*. Belo Horizonte: Autêntica, 2013, p. 35.

³² HOBBSAWM, Eric J. *Nações e Nacionalismos desde 1780: programa, mito e realidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008, p. 195.

nacionalidade. Ele cria a ponte entre o futuro possível e o passado formatador do presente. Torna-se suporte da memória coletiva de um grupo que começa a ser qualificado como *nacional*, com adaptações e apossamentos de uma história que lhe seja conveniente, muito embora o passado esteja sempre em disputa.

Referindo-se à França, “Estado-Nação por excelência e por antiguidade”, Detienne relata que o país “conheceu a um só tempo uma continuidade excepcional e uma ruptura brutal dessa continuidade pela experiência revolucionária de ambição universalizante”.³³ E adiciona:

Eis-nos, portanto, em vista de uma singularidade de bom quilate: um Estado-Nação a um só tempo por excelência e por antiguidade; uma nação dotada de predisposição histórica à memória, e que passou de uma consciência histórica de si mesma a uma consciência patrimonial, com toda evidência ela própria ancorada no mais fundo da memória nacional. Uma memória provavelmente “única” na Europa ou no mundo. Graças à exploração “comparada” do complexo “memória, história, nação”, parece que nos aproximamos dos fundamentos daquilo que nos atraiu tão imensamente: o “mistério da identidade nacional”.³⁴

Como propõe Hartog, a memória tem no patrimônio seu *alter ego*.³⁵ Escolhas do que é patrimônio dificilmente estarão dissociadas de uma carga afetiva. “Nosso patrimônio é a memória de nossa história e o símbolo de nossa identidade nacional”, ensina Hartog. “Passando para o lado da memória, ele se torna memória da história e, como tal, símbolo da identidade. Memória, patrimônio, história, identidade, nação se encontram reunidos na evidência do estilo escorreito do legislador”.³⁶

Chuva adverte: “as origens da noção de patrimônio remontam à França revolucionária, época em que a ideia de nação era sentida como algo completamente novo, significando grandes rupturas com a visão de mundo existente”. A criação do novo calendário revolucionário seria, “sem dúvida, a marca retórica mais significativa desse fato [...]”. O momento imediatamente subsequente, no entanto, de acordo com Dominique Poulot (1997), delineava novas representações a respeito do assunto”, inaugurando uma leitura “genealógica do nacionalismo como a expressão de uma tradição histórica de continuidade serial, iniciando-se,

³³ DETIENNE, Marcel. *A identidade nacional, um enigma*. Belo Horizonte: Autêntica, 2013, p. 86.

³⁴ Idem, p. 86-87.

³⁵ HARTOG, François. *Regimes de Historicidade*. Presentismo e experiências do tempo. Belo Horizonte: Autêntica, 2013, p. 193.

³⁶ Idem, p. 195.

assim, a produção de uma história ancestral da nação (ou seja, anterior mesmo à sua existência)”³⁷

Mas a busca identitária da nação se transferirá da homogeneidade para o ensaio da diversidade cultural. No Brasil, de uma nação marcada pela invenção de um patrimônio histórico barroco, de edificações de notável valor arquitetônico, de metáforas do poder religioso (igrejas), do poder militar (fortes) e do poder econômico (casarões), passaremos, em uma caminhada jurídica de mais de 50 anos, a um patrimônio formado por bens de natureza material e imaterial, referências culturais dos grupos diversos compositores da identidade nacional.

1.2. *Constituinte e Constituição.*

A formatação de uma abstração que esteja acima dos indivíduos, em nome de uma coletividade, por vezes foi encarada como consequência de um direito natural, por outras como um contrato construído pela sociedade. O que se pode afirmar é que o Estado, enquanto figura política estabelecida juridicamente, pelo menos desde a modernidade, vincula-se necessariamente à existência de uma Carta política. As constituições modernas, de maneira geral, como normas fundamentais, buscaram estabelecer princípios diretores, regras de conduta, formas de punição e a estruturação administrativa estatal, entre outros. É, portanto, através da Constituinte, momento formal inerente ao surgimento de uma Constituição, que se formatam os interesses políticos, com juízos de valor distintos, reivindicações opostas, que aglutina os resultados das negociações feitas nesse campo de convergências e divergências políticas. Todavia, os Estados são organizados antes mesmo de possuírem uma Constituição. Historicamente, Constituinte e Constituição são atos de legitimação, e não de fundação do Estado. O mesmo pode-se dizer do nacionalismo: ele antecede o Estado e, por conseguinte, a Constituição.

Sem o propósito de um estudo constitucional, mas no intento de preparar a leitura para as relações políticas que envolvem o constitucionalismo, façamos o exercício de referir Constituição a seu momento imediatamente anterior, a Constituinte.

O constitucionalismo, como instrumento da modernidade, desde as Constituintes revolucionárias do século XVIII, é um dos meios para solidificação das nações.³⁸ Detentora da condição de indicar diretrizes

³⁷ CHUVA, Márcia Regina Romero. *Os arquitetos da memória: sociogênese das práticas de preservação do patrimônio cultural no Brasil (anos 1930-1940)*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009, p. 46.

³⁸ É “[...] o conceito de *nação* historicamente muito recente” (HOBSBAWM, 2008, p. 30). A existência da nação é, perdoem-me a metáfora, o plebiscito de todos os dias, como a

de organização política de um país, as constituições, enquanto leis em sentido amplo:

Ligam-se quer ao “nascimento do Estado” (*State-building*, na terminologia da moderna sociologia e ciência política americana) quer à “construção ou sedimentação de uma comunidade nacional” (*Nation-building*). Daí a “representação” constitucional do Estado-Nação: um centro político – o Estado –, conformado por normas – as normas da Constituição – exerce a “coação física legítima” – poder – dentro de um território nacional.³⁹

O nascimento do Estado foi bem indicado por aspas pelo constitucionalista português Canotilho. Se a Constituição busca dar registro de nascimento a um Estado, o faz de forma intempestiva. Ele já existe se se observa a formação social, a congruência de um povo e até mesmo o sentimento nacional.

Ao adjetivar a Constituição como *lei em sentido amplo* devo anunciar a seguinte distinção: a lei pode se apresentar em sentido amplo e sentido estrito. A lei em sentido amplo é “regra ou conjunto ordenado de regras”,⁴⁰ oriunda do Estado, na qual reside um “elemento intencional”.⁴¹ Como numa classificação taxonômica, temos a lei em sentido amplo (ato normativo) e as suas espécies (sentido estrito), como leis complementares, ordinárias, decreto, etc.

Voltando a Canotilho:

Lei é um ato normativo geral e abstrato editado pelo Parlamento, cuja finalidade essencial é a defesa da liberdade e propriedade dos cidadãos.⁴² No quadro de referências do Estado Constitucional moderno, a lei era a “forma” de atuação do Estado que fixava duradoura, geral e abstratamente, as “decisões” fundamentais do poder político, estabelecia o âmbito e limites da atuação normativa do poder executivo e materializava as ideias de justiça da maioria parlamentar.⁴³

existência do indivíduo é uma afirmação perpétua da vida (RENAN apud LEFORT, 2003, p. 60).

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev.. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 17.

⁴⁰ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 163.

⁴¹ Idem, p. 158.

⁴² “Assinala-se, desde logo, o facto de a lei transportar, à semelhança da ideia de Constituição, a ambição iluminista-racionalista do ‘sujeito’ moderno: ‘codificar’ a ordem jurídica e ‘armazenar’ duradouramente as bases gerais dos regimes jurídicos. Posteriormente, acentua-se ainda mais o carácter instrumental da lei como meio da ‘razão planificante’. Os impulsos iluministas e planificante para a lei acabam por gerar uma espécie de juridicização do mundo, a parlamentarização legiferante da vida, a regulamentação perfeccionista (= detalhada, pormenorizada) dos problemas sociais, com a consequente perda ou declínio do seu valor normativo” (CANOTILHO, 1993, p. 16).

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev.. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 15.

A abordagem dada aqui será à Constituinte enquanto processo formador dessa lei maior, ampla, denominada Constituição, que dela se distingue e que surge, tal qual a conhecemos, na modernidade. Para Grimm, “não obstante, este ato necessário de Constituição não pode confundir-se com a própria Constituição”.⁴⁴ Nessa direção:

Qualquer comunidade tem uma Constituição em sentido empírico. A Constituição em sentido normativo é um produto das revoluções burguesas do final do século XVIII, que, após a demolição do poder do Estado monárquico, tradicional e autolegitimado, foram confrontadas com a tarefa de erguer um novo e legítimo poder. No entanto, mais fatores apontam na direção da Constituição: [...] uma vez desvanecido o modelo religioso de legitimação como resultado da cisão, unicamente era válido como poder legítimo aquele com base no consentimento dos súditos. Este critério, concebido como uma ideia reguladora, alcançou autêntico valor cominatório na luta contra o poder tradicional. Sua importância para a Constituição se pauta no fato de que o poder, em virtude do mandato, chamado a se situar no lugar do poder originário ou divino, não é concebível sem uma regra que o estabeleça e o transmita; requer, portanto, um ato Constituinte, que não é idêntico à própria Constituição.⁴⁵

Grimm destaca a diferença entre Constituição empírica e a Constituição normativa. É essa última que provoca o interesse dessa pesquisa. Ela é normativa, mas é também política. São os aspectos políticos dessa legitimação de poder que interessam ser perscrutadas.

Vale apresentar um debate sobre os sentidos da Constituição, iniciado no XIX, como conveniente inserção de uma análise sobre teórica-constitucional. A contenda estudada no âmbito acadêmico jurídico, presente na escola constitucionalista alemã, fortificará esse trabalho, primordialmente quando se falar em Assembleia Nacional Constituinte (ANC-1987/1988). Lassalle afirma que “uma Constituição real e efetiva possuem-na e hão de possuí-la sempre todos os países, pois é um erro julgarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos”.⁴⁶ Do século XIX, o jurista definiu que a Constituição seria a resultante de fatores reais de poder que regem uma nação, sob o risco de, assim não sendo, simplesmente não passar de “constituições escritas nas folhas de papel”.⁴⁷ Afirma que:

Da mesma forma, e pelo mesmo princípio normativo da necessidade que todo corpo tem uma Constituição própria, boa ou má, estruturada de uma ou de outra forma, todo país tem, necessariamente, uma Constituição real e

⁴⁴ 2006, p. 57.

⁴⁵ GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 28.

⁴⁶ LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Leme/SP: CL EDIJUR, 2012, p. 37.

⁴⁷ LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Leme/SP: CL EDIJUR, 2012, p. 37.

efetiva, pois não é possível imaginar um Estado onde não existam os fatores determinantes do poder, quaisquer que sejam.⁴⁸

Embora reconheça que “de fato, na maioria dos Estados modernos vemos aparecer, num determinado momento da sua história, uma Constituição escrita, cuja missão é a de estabelecer documentalmente, numa folha de papel, todas as instituições e princípios do governo vigente”, Lassale não vê na Carta política de um país uma força normativa própria, inerente. “Nos casos extremos e desesperados, também o povo, nós todos, somos uma parte integrante da Constituição”;⁴⁹ “a Constituição é a lei fundamental proclamada pela nação, na qual baseia-se a organização do direito público do país”.⁵⁰

Sendo assim mesmo que não se tenha o documento constitucional, “a folha escrita”, os poderes externos a ela continuam sendo determinantes no pleno funcionamento do Estado, “como podemos ver o chefe da nação a quem obedecem ao exército e os canhões também é uma parte da Constituição”.⁵¹

Em oposto extremo, em meados do século XX, e em crítica direta a Lassale, Hesse trata de uma força normativa da Constituição, de uma vontade de Constituição. Em uma referência direta ao propósito Constituinte, diz que “a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucionais, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição”.⁵² Quanto às ingerências coletivas nesse processo, trata o jurista alemão que “em um Estado além do chefe da nação e o exército, existem também outras relações de poder que também interferem nas questões sociais e econômicas”, como “o poder social, representado pela grande indústria e pelo grande capital, e finalmente, ainda que não se equipare ao significado dos demais, o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura gerais”.⁵³ Ou, de um ponto de vista mais positivista, a partir de Kelsen, “o ato criador da Constituição” – a Constituinte, “por seu turno, tem sentido normativo, não só subjetiva

⁴⁸ Idem, *Ibidem*.

⁴⁹ LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen – Júris, 2001, p. 17.

⁵⁰ Idem, p. 6.

⁵¹ Idem, p. 12.

⁵² HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 19.

⁵³ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 12.

como objetivamente, desde que se pressuponha que nos devemos conduzir como o autor da Constituição preceitua”.⁵⁴

Mas como isso se reflete na ANC? Sem desconsiderar a visão de Lassale e a força dos fatores reais de poder, trataremos a Constituinte, que tem como seu fruto a Constituição, como uma relação entre ser e dever ser, que se pretende eficaz.⁵⁵ Tal pretensão estará presente nos exercícios legiferantes do processo Constituinte. Ensina-nos Hesse que:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também um dever ser, ela significa mais do que simples reflexões das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.⁵⁶

Dessa forma, ao tratar-se de eficácia e legitimação, podemos voltar em Hobsbawm:

As nações são, do meu ponto de vista, fenômenos duais, construídos essencialmente pelo alto, mas que, no entanto, não podem ser compreendidas sem ser analisadas de baixo, ou seja, em termos das suposições, esperanças, necessidades, aspirações e interesses das pessoas comuns, as quais não são necessariamente nacionais e menos ainda nacionalistas.⁵⁷

Logo, tanto a participação popular, como quer Lassale, proclamada pela nação, a partir de suas reivindicações, penúrias e expectativas, será, para esse amoldamento sobre *Constituinte*, imprescindível, como o reconhecimento de uma busca de eficácia, a vontade de Constituição de Hesse. Por mais que Constituição e Constituinte não se confundam, é nesta que se exprimem as intenções que serão a forja do espírito daquela.

Com Hobsbawm, uma categoria importará nesse trabalho, que pode já ser anunciada ao lado das já anteriormente citadas, determinante para o entendimento desse estudo: identidade. O Estado-nação e a relativa construção de uma identidade nacional serão perpassados pelas entranhas constitucionais. É imprescindível reconhecer na modernidade a causa das categorias *nação*, *Estado-nação* e *Estado constitucional*.

⁵⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 9.

⁵⁵ “Uma expressão clássica do idealismo constitucional”, afirma Neves, “encontra-se no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: ‘Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição’” (2011, p. 61).

⁵⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 15.

⁵⁷ HOBBSAWM, Eric J. *Nações e Nacionalismos desde 1780: programa, mito e realidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008, p. 19-20.

A característica básica da nação moderna e de tudo o que a ela está ligado é sua modernidade. Isso, agora, é bem compreendido, embora a suposição oposta – a de que a identificação nacional seja tão natural, fundamental e permanente a ponto de preceder a história – ainda seja tão amplamente aceita [...].⁵⁸

Atestada a modernidade da Constituinte, toquemos em um ponto relevante: é cabível em uma Carta política de fins do século XX apostar em uma identidade nacional para se legitimar enquanto instância de poder, como se fosse natural e permanente? Essa interrogação é relevante, pois a construção Constituinte para definição de patrimônio cultural na Constituinte de 1987-1988 se utilizará dessa categoria *identidade* para definir as bases da conceituação do que é esse patrimônio.

A legitimação do Estado via construção constitucional da identidade tinha seus propósitos evidentes nos séculos XVIII e XIX, que não se contextualizam, da mesma maneira, como em algumas Cartas do século XX, principalmente em uma Carta que se propõe promotora da diversidade, como a brasileira de 1988. Haverá no texto do artigo 216, bússola desse trabalho, a rearticulação de uma identidade nacional através de uma homogeneização não problematizada da cultura e da sociedade, ainda que capture tal diversidade para compor o texto do artigo. Ainda que inaugure juridicamente a categoria imaterial do patrimônio cultural, o artigo 216 esbarra em questões problemáticas como não apontar, literalmente, as referências culturais indígenas, negras, centrais ou marginais, por exemplo, ainda que se refira aos sítios quilombolas em seu parágrafo quinto.

Ao determinar que “constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial [...] portadores de referência à identidade [...] dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”,⁵⁹ a Constituição baseia-se na ambivalência de concepções como *identidade* e *diversidade*, atestando que se complementam enquanto conceitos. Todavia, ao afastar-se do texto direcionado àqueles que foram marginalizados dos processos de patrimonialização no Brasil, a Constituinte rechaçou não só o que foi discutido em assembleia (como se verá oportunamente), bem como as sugestões endereçadas à ANC em sua etapa preliminar. Parece politicamente adequado reunir tantas reivindicações distintas na expressão *diferentes grupos formadores da sociedade brasileira*, mas não encarar as feridas ainda abertas naqueles que não haviam ocupado os espaços centrais de reconhecimento político.

⁵⁸ HOBBSBAWM, Eric J. *Nações e Nacionalismos desde 1780: programa, mito e realidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008, p. 27.

⁵⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988.

O reconhecimento da diferença estará presente em toda ANC, e mesmo antes dela. Nessa, que foi o primeiro e único processo que permitiu a ampla participação popular, reforçou-se o que Lassale chamou de “vontade de poder” e do que Hesse apresentou como “vontade de Constituição”. Talvez por isso, aceitar o pseudônimo de “Constituição Cidadã”, talvez mais pela participação popular do que pelo que foi negociado nas câmaras fechadas entre os parlamentares. Essa nação já existente apresentou-se como legítimo Constituinte de sua Constituição. Obviamente marcado pelas décadas anteriores que afastaram a liberdade de expressão e o exercício dos plenos direitos, a ANC apresentou-se como uma reação popular democrática jamais vista anteriormente nos exercícios de moldagem das constituições, como indicarei a partir de agora.

A primeira etapa da ANC foi pautada pela fase de recebimento de sugestões (de cidadãos, Constituintes, entidades), enquanto era definido o regimento interno da mesma. Desde 1986 o Congresso Nacional recebeu correspondências de todo o país com instigações sobre temas a serem tratados pelos congressistas a partir de 1º de fevereiro de 1987, com a instauração da Constituinte. Foram 12.000 advindas dos próprios Constituintes e 72.000 de entidades e de cidadãos. Entre as últimas, 88 tiveram como indexador os termos *patrimônio cultural*, *patrimônio histórico*, *patrimônio artístico* e/ou *patrimônio histórico cultural*.

Para demonstrar que antes mesmo do início dos trabalhos parlamentares já havia reivindicação endereçada à ANC, apresento alguns exemplos de solicitação de reconhecimento de expressões culturais à margem das políticas públicas de até então (como o que viria a tornar-se *patrimônio imaterial*), de etnias, grupos e regiões não atendidas por tais políticas e alguns pedidos de modificação da legislação em vigor.

A associação cultural da pequena cidade de Floriano, interior do Piauí, solicitou, em correspondência datada de 21 de fevereiro de 1986, que fosse criado

um instituto eficaz, efetivo e abrangente com a finalidade de: 1- Preservar amplamente nossas tradições culturais; 2- Proteger (*sic*) nossos valores mais profundos: costumes, folclore, falares, hábitos, etc.; 3-Fazer proteger e preservar o nosso passado documental; 4- Preservar e proteger nossos monumentos históricos, artísticos; 5-Preservar, sem reservas, a cultura do índio naquilo que há de mais puro e verdadeiro. Amém.⁶⁰

Pode-se perceber a expectativa criada pela ANC, assim como notar a exigência por um deslocamento da ação de preservação dos

⁶⁰ Sugestões da população para a ANC de 1988 (SAIC), ANC, 1987-88. ORIGEM: L102 DATA: 21/02/86 FORMUL: 047 DV: 8 TIPO: 10 06/11/86. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada-o-processo-Constituinte/sugestao-dos-cidadao>. Acesso em: jan. 2015.

bens arquitetônicos para a tradição e folclore, assim como a identidade indígena. Assim também será a de Carlos Moliterno, poeta e jornalista de Maceió: “devem ser resguardadas as nossas tradições populares – o folclore com toda a sua variedade de folguedos tão caros ao nosso povo”.⁶¹

Sérgio Luiz Ferreira, músico de Itaperuna, Rio de Janeiro, em Carta de 02 de abril de 1986, pede que haja a “restauração e preservação do patrimônio histórico de todos nós brasileiros, isso inclui o negro, já que somos excluídos propositalmente (*sic*). Proteção de nossos valores”.⁶²

Clério José Borges, professor capixaba de Vila Velha, em Carta de 13 de março de 1986, pede a modificação do artigo até então em vigor: “o artigo 180 da atual Constituição deve ser modificado, distribuindo-se em itens que abordem a parte relativa a patrimônio histórico”.⁶³ Mesmo pedido do ecologista e geólogo Gilson Essenfelder,⁶⁴ de Governador Valadares, Minas Gerais; da coordenadora de projetos culturais Ivete Miloski,⁶⁵ do Rio de Janeiro; do engenheiro florestal Edson Junqueira Leite,⁶⁶ do Distrito Federal; do músico paulista Alexandre Mongeli Peneireiro,⁶⁷ de São Carlos; e mais outros indivíduos, do sul ao norte do Brasil, homens e mulheres, jovens de 19 anos a adultos de 50. Afirmava o então artigo 180 da Emenda Constitucional 1 de 1969 (que modificava a Carta de 1967): “O amparo à cultura é dever do Estado”. E em Parágrafo único: “Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas”.⁶⁸

Isso indica uma necessidade premente que será em parte atendida pelo Constituinte de 1987-1988 pois, embora tenha se transformado o artigo 216 em um dispositivo muito mais complexo que o 180 da

⁶¹ Idem. Ibidem. ORIGEM: L028 DATA: 07/07/86 FORMUL: 694 DV: 9 TIPO: 10 07/02/87.

⁶² Sugestões da população para a ANC de 1988 (SAIC), ANC, 1987-88. ORIGEM: L006 DATA: 02/04/86 FORMUL: 147 DV: 4 TIPO: 10 02/12/86. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-Constituinte/sugestao-dos-cidadaos>. Acesso em: jan. 2015.

⁶³ Idem. Ibidem. ORIGEM: L015 DATA: 13/05/86 FORMUL: 356 DV: 1 TIPO: 10 14/01/87.

⁶⁴ Idem. Ibidem. ORIGEM: L012 DATA: 02/08/86 FORMUL: 300 DV: 4 TIPO: 10 19/03/87.

⁶⁵ Idem. Ibidem. ORIGEM: L025 DATA: 04/08/86 FORMUL: 610 DV: 1 TIPO: 10 31/03/87.

⁶⁶ Idem. Ibidem. ORIGEM: L008 DATA: 07/08/86 FORMUL: 181 DV: 3 TIPO: 10 25/03/87.

⁶⁷ Idem. Ibidem. ORIGEM: L016 DATA: 08/08/86 FORMUL: 390 DV: 5 TIPO: 10 05/05/87.

⁶⁸ BRASIL. *Emenda 01 à Constituição da República Federativa do Brasil*, 1969.

Emenda Constitucional de 1969, a abordagem conceitual, em certa medida, atendeu às homogeneizações tão presentes nas Cartas anteriores.

Alguns parlamentares também fizeram, preliminarmente, sugestões apresentadas à ANC. Como exemplos, Sólton Borges (PTB/SP) sugeriu “amparo à cultura e a obras e locais de valor histórico”.⁶⁹ Edme Tavares (PFL/PB) indicou a “criação de norma instituidora do direito à ação popular contra atos lesivos ao patrimônio público, histórico, artístico e natural”.⁷⁰ Nesse mesmo tom, Jamil Haddad (PSB/RJ) sugeriu que qualquer cidadão, o Ministério Público e as pessoas jurídicas sejam parte legítima para propor a ação que vise atos ilegais ou lesivos ao “meio ambiente e bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.⁷¹ Destaco que Sólton Borges participaria, na Etapa das Subcomissões temáticas, da Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes, responsável pelo tema patrimônio cultural, porém sem grande destaque. Edme Tavares presidiria a Comissão da Ordem Social e Jamil Haddad seria membro da Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições. As duas últimas sugestões acabaram sendo refletidas no texto final da Constituição, em seu artigo 5º, que abre o Título sobre direitos e garantias fundamentais, em seu inciso LXXII;⁷² e artigo 129, que trata das funções institucionais do Ministério Público, em seu inciso III.⁷³

Esses casos, exemplificativos e indiciários, permitem que se corrobore o que foi explanado como também questionar a identidade nacional, homogênea (uma diversidade conglobante) e pasteurizante, como critério de conformação do patrimônio. Adentrá-los será um exercício elaborado em uma outra oportunidade.

Recebido em: 23 de maio de 2018.

Aceito em: 06 de agosto de 2018.

⁶⁹ BRASIL. Sugestões apresentadas. 1987. ANC, 1987-1988, n. 651-3, p. 39.

⁷⁰ Idem. Ibidem. n. 573-8, p. 10.

⁷¹ Idem. Ibidem. N. 689-1, p. 20.

⁷² “Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e ônus de incumbência” (BRASIL, 1988).

⁷³ “São funções institucionais do Ministério Público: promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (BRASIL, 1988).