

## NÃO HÁ PODER CONSTITUINTE E CONSTITUCIONALISMO: UMA DISCUSSÃO A PARTIR DAS MARGENS<sup>1</sup>

*THERE IS NOT CONSTITUENT POWER AND CONSTITUTIONALISM: A DISCUSSION FROM THE MARGINS*

Thiago Lemos Possas<sup>2</sup>

**Resumo:** Este artigo busca entender como a relação entre democracia e constitucionalismo afeta a categoria do poder constituinte. O superdimensionamento do constitucionalismo faz com que o princípio democrático figure em segundo plano, restando secundárias, conseqüentemente, as mudanças sociais mais urgentes nos países periféricos. Dá-se, portanto, ênfase ao elemento jurídico de ordem contra o elemento transformador da política, engendrando-se uma leitura fetichista do direito que coloca o instituído como mais relevante que o devir democrático da transformação da realidade. O presente texto busca discutir esta temática a partir de uma abordagem materialista, dialética e através da realização de uma pesquisa bibliográfica.

**Palavras-Chave:** poder constituinte; democracia liberal; constitucionalismo; países periféricos.

**Abstract:** This article seeks to understand how the relationship between democracy and constitutionalism affects the category of constituent power. The over-dimensioning of constitutionalism makes the democratic principle figure in the background, leaving secondary changes, consequently, as more urgent social changes in peripheral countries. Therefore, emphasis is given to the legal element of order against reality or transforming politics, engendering a fetishist of law that the reading places the instituted element as more than the democratic becoming of the transformation of reality. The present text proposes this theme from a materialist and dialectical research and through the accomplishment of a bibliographical research.

**Keywords:** constituent power; liberal democracy; constitutionalism; peripheral countries.

### Introdução

Muito já se discutiu sobre a relação entre democracia e constitucionalismo. O que se pretende, neste texto, é demonstrar que esta relação é muitas vezes tida como equilibrada ou tensa, quando na verdade o que se tem é um elemento prevalecendo sobre o outro, em

---

<sup>1</sup> Artigo submetido em 08/07/2022 e aprovado para publicação em 22/01/2024

<sup>2</sup> Professor Adjunto da Universidade Federal de Uberlândia (FACES – UFU). Bacharel (UFMG), Mestre (Unesp) e Doutor (USP) em Direito. E-mail: [thiago.lemos@ufu.br](mailto:thiago.lemos@ufu.br). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4826879440503710>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4070-7126>

posição de preeminência. A democracia acaba figurando como mero apêndice do constitucionalismo, prevalecendo o elemento de ordem em relação ao de mudança.

A leitura liberal hegemônica da democracia contaminou o direito, fazendo com que o poder constituinte fosse concebido como algo episódico, historicamente datado, que se manifesta em raríssimas ocasiões e depois se arrefece até a próxima oportunidade histórica de mudança. O deslocamento do poder constituinte como categoria marginal e rara é essencial para que prevaleça a defesa incontestada do constitucionalismo no âmbito de um regime democrático em geral marcado pela baixa participação popular, pelo caráter elitista e pela indiferença social.

Após as tratativas conceituais iniciais, a partir de uma definição eminentemente política de poder constituinte, passa-se à sua problemática relação com o constitucionalismo e o papel que a democracia liberal tem no (des) equilíbrio entre ambos. A parte final do artigo é dedicada a apontar alternativas a este quadro, através de uma adequada crítica do constitucionalismo, com o desvelamento do fetichismo jurídico em sua fórmula atual, acompanhada da exortação à assunção do poder constituinte em toda a sua radicalidade.

Em países periféricos, os poderes instituídos sobrepujam qualquer tentativa de se fazer prevalecer a soberania popular, usando para tanto artifícios jurídicos ou mesmo ilegais, muitas vezes para manter intocada a “questão social” secular nestas localidades. Daí a justificativa e relevância de se abordar o tema a partir das margens, das periferias que agonizam em crises econômicas e políticas sem fim, e se veem aprisionadas juridicamente em regimes políticos inócuos e avessos às transformações estruturais. Buscou-se, destarte, discutir esta temática a partir de uma abordagem materialista, dialética e através da realização de uma pesquisa bibliográfica, e dando enfoque para a produção de autores situados nas margens e com diferentes leituras sobre os temas anunciados.

### **1. A definição de poder constituinte**

A questão central a ser discutida seria a da relação estabelecida entre o Poder Constituinte (ligado visceralmente à democracia e, mais de perto, à soberania popular) e o constitucionalismo. Diferentemente do tratamento dado por grande parte dos juristas à temática, a problematização deve incidir sobre a forma como a aproximação entre os dois institutos se dá em detrimento do potencial instituinte do poder popular.

Segundo Paulo Bonavides (2009, p. 141, 143), “a teoria do poder constituinte é basicamente uma teoria da legitimidade do poder. Surge quando uma nova forma de poder, contida nos conceitos de soberania nacional e soberania popular, faz sua aparição histórica e revolucionária em fins do século XVIII”. Mas, ele adverte, há de se diferenciar o poder constituinte de sua teoria. Esta é que surgiu no fim do século XIII, enquanto aquele sempre existiu, em qualquer sociedade política, consistindo em “um instrumento ou meio com que estabelecer a Constituição, a forma de Estado, a organização e a estrutura da sociedade política”, e veiculando “uma vontade criadora ou primária, capaz de fundar instituições políticas de maneira originária” (Bonavides, 2009, p. 141, 143).

Chega-se, então, a um ponto essencial da discussão: a questão da limitação do poder constituinte. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, pp. 75-76) associa a ideia da ausência de limites do poder constituinte ao pensamento positivista: “o Poder Constituinte é juridicamente ilimitado, por uma razão óbvia, porque, para a doutrina positivista, não há direito antes da manifestação do Poder Constituinte, portanto, não há direito que possa ser invocado contra o Poder Constituinte”. Para o autor, o fato de ser juridicamente ilimitado não significa a ausência de limites morais, mas isso seria tido como “problema metajurídico” para a tese positivista. Há, ainda, limites fáticos para o Poder Constituinte, pois não se pode afrontar “as concepções mais arraigadas – a cosmovisão – da comunidade, porque, do contrário não obterá a adesão dessa comunidade para as novas instituições, que permanecerão letra morta, serão ineficazes” (Ferreira Filho, 1999, pp. 75-76).

Bonavides (2009, p. 149) afirma que o poder constituinte não está preso a limites formais, ao desenvolver o conceito político de poder constituinte, sendo, portanto, essencialmente extrajurídico (político). A este conceito “político”, advindo da ciência política, se contrapõe o conceito “jurídico”, talhado por alguns constitucionalistas e que apresenta um poder constituinte “atado” ao Direito, à ordem jurídica, estabelecendo o pré-requisito segundo o qual “a Constituição nova deriva da Constituição velha, ou seja, toda produção constitucional obedecerá sempre a moldes pré-organizados ou preestabelecidos e ocorrerá nos limites da ordem jurídica” (Bonavides, 2009, p. 149).

Bonavides (2009, p. 150) entende que o estabelecimento de limites (teóricos ou jurídicos) ao poder constituinte significaria a negação de seu caráter soberano e, portanto, de sua essência:

Seu exercício, visceralmente político, não se sujeitaria, por natureza, a confinar-se dentro das fronteiras jurídicas traçadas pelo texto constitucional. Nessa linha de raciocínio, outra conclusão não se pode extrair senão aquela que, ainda introduzido na Constituição, o poder constituinte se conservaria sempre originário e pleno, não conhecendo limitações materiais (Bonavides, 2009, p. 152).

Destarte, considerando sua natureza política, este poder sempre será absoluto, ilimitado, “desatado de vínculos restritivos que não fossem os da direta e imediata expressão de sua própria vontade, presente e atualizada, eliminatória das alienações representativas latentes ou a termo”, compreendendo uma “ação constituinte, capaz de criar ou modificar a ordem constitucional ou de produzir as instituições fundamentais de uma determinada sociedade” (Bonavides, 2009, p. 152, 159). No mesmo sentido é a opinião de Gilberto Bercovici (2013, p. 306): “o poder constituinte é manifestação da soberania. É um poder histórico, de fato, não limitado pelo direito. Como tem caráter originário e imediato, o poder constituinte não pode ser reduzido juridicamente”. E o fato de ser “absoluto” não faz deste poder algo arbitrário ou avesso à democracia: “Ce pouvoir absolu n’est pas un pouvoir ‘arbitraire’ ou ‘totalitaire’, mais il est em droit, um pouvoir incontrôlable. Autrement dit, les normes issues de sa volonté sont incontestables e définitives” (Beaud, 1993, p. 36).

José Afonso da Silva (2007, p. 67, 68) também concebe o poder constituinte sob o prisma político, como “poder que cabe ao povo de dar-se uma constituição. É a mais alta expressão do poder político, porque é aquela *energia* capaz de organizar política e juridicamente a Nação”. Segundo o autor, este poder tem como titular o povo, cuja vontade política constitui o Estado através de uma Constituição. Quando surge uma “situação constituinte”, “o espírito do povo se transmuda em vontade social e reivindica a retomada do seu direito fundamental primeiro, qual seja, o de manifestar-se sobre o modo de existência política da Nação pelo exercício do poder constituinte” (Silva, 2007, p. 67, 68).

José Luiz Quadros de Magalhães (2006, p. 74, 75, 85-86) também classifica o poder constituinte como um poder de fato ao qual, no entanto, caberiam limitações sociais: embora não se submeta às amarras do ordenamento jurídico, sofre “limitações de caráter social, cultural e forte influência do jogo de forças econômicas, sociais e políticas no momento da elaboração da Constituição”. Seria, portanto, poder soberano e juridicamente ilimitado, encontrando apenas as barreiras fáticas que se apresentem quando de seu efetivo exercício popular. O autor chega a ir além e entendê-lo, para além do positivismo jurídico (que estabelece a equivalência entre Direito e norma jurídica estatal), como um poder de fato que também será de direito se pautado por um “processo dialógico amplo que envolva o debate

dos mais variados interesses e valores da sociedade nacional”, ou seja, se condizente com trâmites e processos efetivamente democráticos, com a participação ativa da sociedade civil (Magalhães, 2006, p. 85-86, 90):

Não há dúvida de que a vontade do poder constituinte deve emanar de mecanismos democráticos que permitam que o processo de elaboração da Constituição, assim como de sua reforma, seja aberto a ampla participação popular, não apenas por meio de diálogo com os representantes eleitos, mas pela legítima pressão da sociedade civil organizada (Magalhães, 2006, p. 85-86, 90).

O autor reafirma que a “única justificativa para rupturas constitucionais profundas” é a mobilização popular, pertencendo ao povo esse “poder de transformação social da própria história”. Claro que para que este poder se manifeste de forma autêntica e legítima é fundamental que a ingerência do poder econômico seja minada ao máximo, e a história brasileira recente é pródiga em exemplos de manipulação do poder econômico dos rumos políticos tomados e das decisões institucionais ancoradas em manifestações de vontade totalmente desinformadas e alienadas das reais motivações políticas e econômicas das “mudanças” empreendidas (Magalhães, 2006, p. 86, 90). Vale reforçar, a este respeito, que a “emanação” do poder que vem do povo não deve ser compreendida em um “sentido naturalista de um procedimento único”, mas enquanto uma instância permanente (Müller, 2003, p. 62). O poder “emana” do povo e deve ser por ele exercido permanentemente.

Mesmo sob um enfoque mais tradicional, cumpre destacar que José Afonso da Silva (2007, p. 69) também associa o poder constituinte e a legitimação da Constituição por meio da participação popular:

Constituição legítima é a que se funda na vontade soberana do povo. Contudo, a ideia de uma constituição democrática não se esgota no fato de ser elaborada por uma Assembleia Constituinte, livre e soberana. Aí se tem a constituição democrática por sua origem, por seu processo de formação, desde que proveniente da atuação do poder constituinte originário (Silva, 2007, p. 69).

José Afonso (2007, p. 69), no entanto, remete a necessidade de democratização do processo constituinte a mecanismos institucionalizados de participação:

A constituição não será democrática se não for expressão da vontade popular. Mas quer-se que seja democrática também quanto a seu conteúdo e quanto à adoção de instrumentos de permanente participação do povo no processo do poder, como a iniciativa popular, o referendo popular, o veto popular e a revocação (ou revogação) de mandato parlamentar (Silva, 2007, p. 69).

## 2. A tensão entre constitucionalismo e poder constituinte

Há teóricos que, ao trabalharem com a ideia de Poder Constituinte, ressaltam a relevância do constitucionalismo inaugurado. Na direção da defesa do constitucionalismo, Chueiri e Godoy (2010, pp. 164, 166; Cf. Chueiri, 2013, pp. 31-32) entendem que o “poder constituinte, ao instaurar a constituição, estabelece a forma jurídica do político, a qual será defendida e garantida pela rigidez do constitucionalismo. Em outras palavras, estabelece a tensão entre o jurídico e o político, entre constitucionalismo e democracia”. Os autores veem esta tensão de uma perspectiva positiva, divergindo da visão negativa defendida por Antonio Negri:

Diferentemente de Negri, entendemos ser possível conceber que o constitucionalismo, em vez de frear o poder constituinte, exhibe-o e o reafirma quando garante e protege os compromissos históricos e sociais conquistados ao longo do tempo. Isso acontece quando, por exemplo, o constitucionalismo institui não só a proteção, mas mecanismos de salvaguarda das minorias. Também acontece quando se respeitam e se protegem os reclamos feitos sob a forma de protestos dos grupos sociais mais necessitados. Se, por um lado, para Negri (2002), o constitucionalismo sempre se refere ao passado, por outro, ele acontece no presente, não como mera repetição do passado, mas como condição para o exercício dos direitos, isto é, como condição para a ação política, e, assim, o constitucionalismo abre perspectivas para o futuro. Ou seja, pode/deve também o constitucionalismo olhar para o presente e ter vistas ao futuro. E isso ocorre justamente nesses momentos de concretização dos compromissos históricos assumidos constitucionalmente, quando, por exemplo, garante-se que o silêncio irrompido pelos protestos das minorias vilipendiadas não será suprimido, mas ouvido (Chueiri; Godoy, 2010, p. 166).

Haveria uma “contrapartida democrática” que seria imprescindível para que o constitucionalismo não de “acomodasse” em suas conquistas, sendo tensionado constantemente, “tensão” esta bastante produtiva, e renovado “através da aplicação e reaplicação da Constituição, sua interpretação e reinterpretação, seja pelo povo ou pelo Poder Judiciário”. Destarte, seria a partir da aplicação da Constituição, da concretização dos direitos nela consagrados, que se poderia revigorar “sua potência, sua carga revolucionária, no Estado Constitucional Democrático” (Chueiri; Godoy, 2010, p. 167; Chueiri, 2013, p. 34):

A potência revolucionária da Constituição aparece quando ela é aplicada, quando ela é o substrato fundamental de decisões que garantem direitos e seu exercício, inclusive o direito de dizer que uma norma constitucional é inconstitucional e, por isso mesmo, desobedecê-la. É através da concreção da própria Constituição que a potência, a carga revolucionária da Constituição é exibida e revigorada (Chueiri; Godoy, 2010, p. 167).

Vera Karam Chueiri (2013, pp. 27, 33) entende que “Poder constituinte e Constituição devem ser pensados como um processo, como acontecimentos, isto é, lutas e reivindicações; o tempo dos eventos”, havendo entre poder constituinte e poder constituído uma relação dinâmica instauradora de uma “Constituição radical”, ligada à ideia de indeterminação, com um “futuro sempre por vir (...), a acontecer”, cuja estrutura “significa a própria abertura do presente, a qual torna impossível que o mesmo se encerre num círculo e se feche em torno de si”.

Ainda segundo Chueiri (2013, p. 28), democracia e constitucionalismo possuem uma linguagem que é, em si mesma, “promessa e agonista”. O constitucionalismo estaria vinculado à promessa da Constituição de materialização de seus direitos, e a democracia com a promessa da abertura incessante a formação de novos direitos e mesmo de sua própria desconstrução. Assim, haveria entre constituição, poder constituinte, democracia e constitucionalismo uma tensão permanente, e “ainda que o constitucionalismo diga respeito à limitação do poder constituinte e da democracia e, assim, se autoimponha um fechamento, este será sempre provisório e tenso”. Uma “Constituição radical” que se confunde com a própria “tensão” existente entre poder constituinte e poder constituído:

Uma Constituição radical é aquela que não se conforma aos mecanismos liberais de mútua negociação entre os poderes constituídos, arriscando-se a ser mais do que isso, ou seja, objeto e sujeito da política democrática. Os direitos estão na Constituição, na medida em que ela permite a sua constante reinvenção e demanda (dos direitos). Uma Constituição radical não sintetiza a tensão entre poder constituinte (democracia) e poderes constituídos: ela é precisamente isso, a tensão! (Chueiri, 2013, p. 28).

Chueiri (2013, pp. 26-27, 33) entende que a “ação política sem mediações retém uma radicalidade interessante, porém não necessariamente insurrecional”. E a Constituição (em sua versão “radical”) seria o mediador ideal para a ação política, “não exatamente da norma promulgada em 1988, não do texto que a revela, mas também isso, na medida em que a Constituição não se deixa reduzir ao constituído, mas nela retém o poder constituinte e desta forma nos constitui, radicalmente, como comunidade política”. Seria a Constituição, segundo a autora, “capaz de capturar a natureza (agonista) do político”, sendo este sentido “agonista” algo a ser explorado na Constituição. Ocorre que com a formação de uma comunidade política o “povo exige, ao mesmo tempo, que tal Constituição seja agonisticamente vivida e experimentada. Para tanto, limites são, paradoxalmente, estabelecidos ao poder soberano do povo”.

Chueiri e Godoy (2010, p. 169) acreditam que a democracia deliberativa rearticula “soberania e poder constituinte, constitucionalismo e democracia e acentua o caráter produtivo das tensões experimentadas pelos cidadãos, na medida da inexorável, porém paradoxal relação que estabelecem entre si”. E concluem que:

[...] a democracia só se realiza se determinadas condições jurídicas estiverem presentes. E essas condições são justamente os princípios e as regras estabelecidos pela constituição. Ao mesmo tempo, a constituição só adquire um sentido perene se está situada em um ambiente radicalmente democrático.

Nesse sentido, a tensa e produtiva relação entre constitucionalismo e democracia, fundada na relação entre poder constituinte e soberania, pode ser mais bem compreendida a partir da proposta de democracia deliberativa defendida por Carlos S. Nino e Roberto Gargarella, pois, longe de ignorar a tensão imaneente a essa relação, pode e deve, ao contrário, potencializá-la em favor da concretização de direitos e da ampliação do rol democrático (Chueiri; Godoy, 2010, p. 171).

Um dos autores que serve de amparo a Chueiri e Godoy, Roberto Gargarella (2015, p. 1991-2010) também discute com profundidade a “tensão” entre os ideais da democracia e do constitucionalismo e, a seu modo, promove a defesa do constitucionalismo. Dentre outros argumentos elencados, Gargarella destaca “*un último e prometedor argumento a favor de la prioridad del constitucionalismo*”, que em linhas gerais afirma que a preocupação com o valor da democracia deve levar justamente à primazia do constitucionalismo, já que é a Constituição que demarca as condições através das quais a democracia poderá funcionar. Ou seja, justamente porque se quer defender a democracia, faz-se necessário defender a Constituição, figurando o constitucionalismo não como um limitador do autogoverno, mas como forma de potencializar a liberdade na sociedade política (Gargarella, 2015, p. 1998).

Para ilustrar o argumento discutido, o autor lança mão da conhecida história de Ulisses que determinou aos marinheiros que o amarrassem no mastro do navio, para evitar a perda do controle da embarcação ao se deparar com o “canto das sereias”. Ulisses perderia, ao ser atado ao mastro, o controle de seus impulsos imediatos, mas a decisão de amarrá-lo garantiria que a nau seguisse o seu caminho sem se desviar do objetivo preestabelecido. “Atar as mãos”, neste caso, não equivaleria à perda de liberdade, mas justamente o contrário: em determinadas ocasiões o estabelecimento de limites significa ganhar liberdade e possibilitar o atingimento dos objetivos propostos. O que se quer demonstrar é que, em virtude dos “riscos de cair em tentações inadmissíveis”, como oprimir minorias, por exemplo, seria patentemente racional a imposição de determinadas limitações a uma comunidade política com o fulcro de possibilitar o exercício da liberdade no futuro (Gargarella, 2015, p. 1998).



Gargarella aceita o valor da narrativa acima com reservas, admitindo que podem ser feitas críticas pertinentes ao raciocínio. Mas o autor defende a imposição dos limites jurídicos e lembra que houve governos autoritários (como a ditadura chilena de Pinochet) que fizeram uso farto de mecanismos “democráticos” de participação popular, como os plebiscitos, para demonstrar o respaldo do povo e a legitimidade de seus governos. E reafirma a necessidade de que aqueles que são radicalmente comprometidos com a democracia levem a sério o regramento capaz de fazer com que ela funcione satisfatoriamente (Gargarella, 2015, p. 2004-2005).

Outra posição teórica que aposta numa dinâmica processual da constituição é a desenvolvida por Habermas: a do “patriotismo constitucional”. A experiência histórica do nazismo trouxe a necessidade de se distanciar da “tradição” como recurso a uma história exitosa. Deixando a tradição de ser referência, o “consenso” a ser buscado socialmente deve ter como base comum o recurso à cidadania democrática. O antes reverenciado “patriotismo nacional” cede lugar, então, a uma nova espécie de “patriotismo” que se aparta da história e do passado e, assim, da nacionalidade, e se aproxima dos compromissos estabelecidos pelos cidadãos na constituição do país (Cittadino, 2007, p. 60).

Segundo Cittadino, “em outras palavras, como já não é possível, face um mundo desencantado, recorrer à experiência de uma história e de uma identidade compartilhadas, o patriotismo constitucional vem substituir o nacionalismo”. A identidade entre cidadãos é agora referenciada na cidadania democrática, restando o Estado democrático de Direito no lugar do vetusto Estado-Nação, amparado aquele não mais em elementos étnicos ou culturais, mas no exercício da cidadania na esfera pública, por pessoas livres e iguais que veem no Estado de Direito uma construção coletiva (Cittadino, 2007, p. 60-61).

Habermas (2003b, pp. 156, 165-166) entende que a “relação aparentemente paradoxal entre democracia e Estado de direito pode ser diluída na história, quando entendemos a constituição como um projeto que pereniza o ato fundador constituinte no interior do processo evolutivo das gerações seguintes”. As constituições democráticas, destarte, seriam caracterizadas por uma “abertura para o futuro”, representando a base de um projeto a ser desenvolvido e atualizado pelas gerações futuras. Exemplo disso, ainda segundo o autor, seriam os Estados Unidos que podem contemplar retrospectivamente sua bicentenária história constitucional. E, com o distanciamento advindo do passar do tempo, deverão os participantes “estar em condições de reconhecer o projeto como sendo o *mesmo* que perdura, através dos séculos, e serem capazes de avaliá-lo dentro da *mesma* perspectiva”.

Segundo Habermas,

Graças a esse sentido performativo, que permanece disponível à intuição de cada cidadão de uma comunidade política democrática, ele pode assumir duas atitudes: referir-se criticamente aos textos e decisões da geração dos fundadores e dos sucessores; ou, ao contrário, assumir a perspectiva dos fundadores e dirigi-la criticamente contra a atualidade, a fim de examinar se as instituições existentes, as práticas e procedimentos da formação democrática da opinião e da vontade preenchem as condições necessárias para um processo que produz legitimidade (Habermas, 2003b, p. 167).

Para a teoria do discurso habermasiana, a soberania popular “significa que todo o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos”, que acabam figurando como “criadores” das leis às quais devem obediência, e que legitimam, por sua vez, o exercício do poder político. É justamente o processo democrático de “formação da opinião e da vontade” que figura como elemento legitimador da política. Ademais, haveria uma necessária confluência entre a soberania popular e a “possibilidade jurídico-objetiva de uma prática institucionalizada de autodeterminação dos cidadãos” (Habermas, 2003a, pp. 212-213). E assim,

Interpretado pela teoria do discurso, o princípio da soberania popular implica: o princípio da ampla garantia legal do indivíduo, proporcionada através de uma justiça independente; os princípios da legalidade da administração e do controle judicial e parlamentar da administração; o princípio da separação entre Estado e sociedade, que visa impedir que o poder social se transforme em poder administrativo, sem passar antes do filtro da formação comunicativa do poder (Habermas, 2003a, p. 212-213).

Cumprido salientar, portanto, que há uma imbricação necessária entre “princípio democrático” (e o da soberania popular, consequentemente) e Estado de direito, já que só haverá a concretização do primeiro se em conjunto com a ideia do segundo (Habermas, 2003b, p. 171).

Os necessários vínculos entre a participação e a institucionalidade do Estado de direito são expressamente demarcados por Habermas:

As comunicações políticas dos cidadãos estendem-se a todos os assuntos de interesse público; porém elas desaguam, no final das contas, nas decisões de corporações legislativas. A formação política da vontade visa a uma legislação, porque ela, de um lado, só interpreta e configura o sistema dos direitos que os cidadãos se reconheceram mutuamente através de leis e porque, de outro lado, o poder organizado do Estado, que deve agir como uma parte em função do todo, só pode ser organizado e dirigido através de leis (Habermas, 2003a, pp. 214-215).

Habermas argumenta contra “uma intervenção direta do poder social no poder administrativo” remetendo à “responsabilidade democrática de detentores de cargos políticos em relação aos eleitores e aos parlamentos”, ou seja, à exposição periódica dos detentores de cargos públicos ao sufrágio popular, o que consistiria em um poder de controle por parte da população na medida em que as posturas adotadas por determinado representante podem ser rechaçadas através das urnas. O que deve ocorrer é que, de um lado, “o Estado de direito institucionaliza o uso público das liberdades comunicativas; de outro lado, ele regula a transformação do poder comunicativo em administrativo” (Habermas, 2003a, pp. 219, 221).

### 3. A crítica ao constitucionalismo a partir da democracia

As diferentes teorizações elencadas no item anterior tentam estabelecer uma aproximação produtiva, necessária, entre constitucionalismo e democracia (e seus corolários, como o poder constituinte e a soberania popular), reconhecendo a tensão ínsita a tal relação. Há uma eloquente defesa do constitucionalismo que passa a figurar no mesmo patamar da própria democracia, ou mesmo em posição de preeminência em relação ao regime democrático. A democracia é considerada como intrinsecamente ligada à sua institucionalização.

O que se vê é que várias teorias se empenharam em trabalhar com a perspectiva da compatibilização entre constitucionalismo e democracia, mas remanesce o apego à essência do liberalismo. No mais das vezes o que se tem são teorias que ressaltam a relevância do constitucionalismo e reservam um papel acessório à democracia, ficando implícita a adesão aos pressupostos da democracia liberal institucionalizada pelo direito ainda sob o prisma do liberalismo. O espectro do liberalismo continua a pairar sobre o Direito e a Política de forma determinante, em detrimento do princípio democrático.

Eros Grau aponta a influência liberal no Direito atual:

A Constituição consubstanciando o mais conspícuo testemunho do liberalismo e do pensamento liberal, não há de exceder o plano do dever-ser. O pensamento liberal, predominante na instância da Dogmática Jurídica, conhece apenas a positividade da *Constituição formal*, colocando-se inteiramente à margem, de modo a ignorá-la, da constituição material (Grau, 2010, p. 168, grifos do autor).

E este liberalismo que macula o direito também é essencial à atual configuração e compreensão do regime democrático. Luis Felipe Miguel destaca o fato de que o liberalismo

ocupa espaço hegemônico na ciência política, tendo o *mainstream* da disciplina se acomodado ao entendimento, tributário da “virada schumpeteriana dos anos 1940”, que reduz a democracia a um método de seleção de minorias governantes, apartando-a da ideia de soberania popular. Vive-se hoje a situação paradoxal em que os pressupostos dos regimes democráticos contemporâneos sofreram (e sofrem) influência de uma corrente de pensamento que afirmava a impossibilidade da democracia, a “teoria das elites”, fundada por Gaetano Mosca, Vilfredo Pareto e Robert Michels. E a corrente majoritária da teoria democrática aceitou o argumento elitista como pressuposto, sendo marcadamente influenciada pela tese da “democracia concorrencial” (já que há uma competição entre uma elite política pelo voto do povo), cuja paternidade é atribuída a Joseph Schumpeter. A concepção desta corrente dominante se enraizou no senso comum, ao mesmo tempo em que dividiu os estudiosos da democracia em “contra” ou “a favor” das teses schumpeterianas. Dentre os autores por ela influenciados estão nomes centrais para a ciência política contemporânea, como Giovanni Sartori, Robert Dahl e Anthony Downs, autores atavicamente ligados ao liberalismo, e que continuam a pautar as discussões da teoria democrática. Neste quadro de democracia liberal verifica-se um esforço de estigmatização da participação popular e de restrição da participação ao voto, com a centralidade do processo eleitoral como forma do povo influir em seus governantes, sancionando-os apenas por meio do sufrágio. No máximo, há a admissão da pressão exercida por grupos organizados para determinadas causas, desde que realizada de forma ordeira, sem excessos. Enfatiza-se, destarte, o perigo de uma ampla participação popular na política, associando-a ao “totalitarismo”, com o apelo, inclusive, ao exemplo da queda da República de Weimar, que teria contado com consideráveis taxas de participação de contingentes com tendência fascista, e que deu lugar a um sistema totalitário também caracterizado pela participação (forçada, coercitiva). Vincula-se, assim, a participação mais ao totalitarismo que à própria democracia<sup>3</sup>. (Miguel, 2012, p. 93-94, 106; 2002, p. 485, 492; Pateman, 1992, p. 9-11, 25).

Mesmo teorias democráticas que se colocam para além da senda liberal acima caracterizada, do modelo “agregativo”, propugnando uma democracia “deliberativa”, não escapam da clausura liberal imposta à política (e ao direito). A este respeito, Chantal Mouffe afirma que “enquanto críticos de um certo *modus vivendi* liberal, a maioria dos defensores da democracia deliberativa não é antiliberal”, já que integra os valores liberais às suas

---

<sup>3</sup>Vale lembrar que este estratagema foi utilizado quando do surgimento do constitucionalismo liberal através da associação entre a ideia de poder constituinte do povo e o Terror jacobino (Bercovici, 2008).

concepções de democracia e buscam recuperar a “dimensão moral” do liberalismo. Tem-se, assim, que se adotados os procedimentos deliberativos haverá a satisfação tanto da exigência de racionalidade, contida na defesa dos direitos liberais, quanto da legitimidade do regime democrático, representada pela soberania do povo. O que se pretende é blindar os valores liberais contra o perigo representado pelo princípio da soberania popular, negando a tensão existente entre democracia e liberalismo (Mouffe, 2005, p. 12, 16).

As teorias deliberativas (e mesmo as agregativas) tratam a questão democrática como se o problema estivesse na racionalidade do regime, e apresentam visão retrógrada dos sujeitos do processo democrático:

Ao privilegiar a racionalidade, tanto a perspectiva deliberativa como a agregativa deixam de lado um elemento central, que é o papel crucial desempenhado por paixões e afetos na garantia da fidelidade a valores democráticos. Isso não pode ser ignorado, do que decorre avaliar a questão da cidadania democrática de modo bem diferente. O fracasso da teoria democrática contemporânea em atacar a questão da cidadania é a consequência de seu funcionamento com uma concepção de sujeito que vê os indivíduos como anteriores à sociedade, portadores de direitos naturais, e tanto agentes da maximização dos benefícios como sujeitos racionais. Em todos os casos estão abstraídos das relações sociais e de poder, linguagem, cultura e todo o conjunto de práticas que tornam a ação [*agency*] possível. O que falta a essas abordagens racionalistas é a própria questão de quais são as condições de existência do sujeito democrático (Mouffe, 2005, p. 17-18).

A democracia dos “consensos” é animada pela mesma postura liberal de negação dos conflitos sociais e da posição essencial que os mesmos ocupam nas relações sociais. Segundo Mouffe (2005, p. 21), “ao postularem a disponibilidade de uma esfera pública não-exclusiva de deliberação em que se poderia obter um consenso racional, os autores que defendem tal modelo negam o caráter inerentemente conflitual do pluralismo moderno”.

Luis Felipe Miguel também destaca algumas críticas importantes direcionadas aos deliberativistas. Primeiramente, “a relativa insensibilidade ao impacto das assimetrias sociais na produção das competências discursivas dos indivíduos, já que apenas se postula que todos devem ser ‘livres e iguais’”. Em segundo lugar, “o apego a um ideal decalcado da comunicação face a face, que encontra dificuldades em lidar com os problemas de escala, centrais nas democracias contemporâneas, e com as necessidades de mediação daí decorrentes”. E, por fim, conforme já delineado na crítica de Mouffe, “a negligência em relação ao caráter conflitivo da política, reverso da valorização do consenso”, o que implicaria para os seus críticos no “irrealismo das teorias deliberativas, que pouco ou nada diriam de relevante para um mundo em que a política continuava a ser, antes de tudo, a expressão dos conflitos de interesse” (Miguel, 2014, 21-22).

Miguel destaca que um dos aspectos mais surpreendentes da teoria política contemporânea foi a “decadência do conflito”. A “versão liberal-pluralista da democracia”, hegemônica a partir dos anos 1950, destacava a “competição entre grupos de interesse”, sendo a categoria “interesse” central e, por isso, possibilitando a incorporação do conflito através da competição, que representaria sua versão “desidratada”. Contra este pluralismo liberal se insurgiu a visão deliberativista, pretensa representante de uma teoria da democracia radical. Eles incorporam a ideia de que o conflito é algo a ser erradicado numa sociedade ordenada, o que demonstra um forte fator antipolítico, que remete a uma sociedade pacificada e harmoniosa, muito bem enquadrada nos moldes da concepção política liberal (Miguel, 2014, p. 13, 16, 20, 25).

Ou seja, no fim das contas, Miguel entende que desconsiderando o “contraste estilístico e a profundidade da pegada filosófica, a narrativa de Habermas sobre o funcionamento das democracias representativas liberais não se encontra muito distante daquela de, por exemplo, um elitista liberal como Anthony Downs”, sendo que “a redução da voltagem utópica do deliberacionismo leva a crescente aproximação e acomodação com a ordem liberal, do que é expressão o próprio Habermas, quando por fim se coloca na discussão”. O autor faz menção à ideia defendida na obra do filósofo alemão que “trata a opinião pública como a fonte do poder político, num processo em que o público se manifesta por meio das eleições, e o parlamento, responsivo a ele, decide levando em conta a sua vontade” (Miguel, 2014, p. 23). É patente a acomodação de sua “democracia radical” às estruturas liberais mais clássicas.

Já as teorias constitucionais substancialistas, ao tratarem da *tensão* entre constitucionalismo e democracia, destacam como referência a importância (ou mesmo a centralidade) do poder judiciário e da hermenêutica constitucional adequada. Ou seja, a aludida “tensão” diz respeito ao constitucionalismo e às formas adequadas de tirá-lo de sua “acomodação”. É uma tensão do constitucionalismo com ele mesmo. Não cabe a democracia nesta equação. Ademais, várias das teorias constitucionais contemporâneas demonstram extremada preocupação com um poder totalitário das majorias, conferindo, por conta disso, enorme relevância aos limites jurídicos impostos à democracia, à soberania popular e ao poder constituinte. Parece sintomática a preocupação exacerbada com a sorte das “minorias” e o solene esquecimento da triste sina de boa parte da população, ainda mais num contexto de pobreza e marginalização, de falta de dignidade, de políticas sociais e serviços públicos universais.

Tudo isso torna evidente que no pensamento liberal (inclusive o jurídico) não há lugar para uma concepção substancial do “político”, entendido como uma dimensão presente nas sociedades humanas, e que determina a própria condição ontológica do homem. Por esta razão é que se verifica a incompreensão liberal no que concerne aos movimentos das “massas”, tidos como manifestações patológicas ou irracionais. Ocorre que “[...] negar o político não o faz desaparecer; apenas conduz ao espanto perante as suas manifestações e à impotência no seu tratamento.” (Mouffe, 1996, p. 13, 187).

A democracia liberal requer o aparato técnico de um direito liberal (que tem o constitucionalismo em seu centro), a funcionar como seu fiel escudeiro, contribuindo para sua construção institucional. O complexo aparato institucional da democracia liberal é formado estruturalmente pelas normas jurídicas e protegido por uma concepção formalista do direito. Esta amarração complexa da estrutura institucional democrática pelo direito gera uma racionalidade que favorece o arrefecimento da luta política. O regramento jurídico serve à manutenção das instituições cuja conservação ganha destaque em detrimento da vontade política do povo. Conservar os meios da democracia, suas instituições, tornou-se mais relevante que conferir-lhes a dinâmica necessária para o exercício permanente da vontade popular. É desta forma, pelas estruturas, que o direito presta sua impagável contribuição ao fechamento da democracia liberal à política, à mudança, à contingência.

Por outro lado, os conteúdos ideológicos do liberalismo se fazem presentes no direito (e no constitucionalismo, conseqüentemente), que deixa de se manifestar em um viés transformador (mesmo que limitado) para afirmar seu papel de guardião das “regras do jogo”. O direito, neste contexto, perde o seu potencial mudancista e se fecha na defesa da democracia liberal. Serve, portanto, desnecessário dizer, à manutenção das estruturas atuais. E nesta relação de simbiose entre direito e democracia liberal ambos se fecham à vontade popular. O sistema democrático liberal também garante, por sua vez, um direito pouco permeável à soberania do povo.

#### **4. A assunção do Poder Constituinte**

Bercovici afirma que “a tentativa de congelar as aspirações democráticas para salvaguardar as aquisições liberais das constituições, segundo Palombella, gera a distorção de tornar o constitucionalismo o árbitro último de um conflito no qual é parte”, o que enfraquece a democracia. Vale aqui lembrar que “o princípio legitimador da constituição é a democracia

em sua dimensão material, não apenas procedimental”, e que a “constituição não só deve ter origem democrática, como deve organizar um Estado que assegure a soberania popular”. Na contraposição entre constitucionalismo e democracia, ganha destaque a questão do poder constituinte, que aparece como “uma força política real que fundamenta a normatividade da constituição, legitimando-a” e, por outro lado, contradiz “as pretensões do ordenamento jurídico de estabilidade, continuidade e mudança dentro das regras previstas”. (Bercovici, 2008, p. 17, 18; 2013, p. 308).

Antonio Negri manifesta crítica contundente ao constitucionalismo, afastando-o da democracia e opondo-o ao paradigma do poder constituinte do povo: “o paradigma constitucionalista é sempre o da ‘constituição mista’, da mediação da desigualdade e na desigualdade, portanto um paradigma não democrático”, enquanto o “paradigma do poder constituinte, ao contrário, é aquele de uma força que irrompe, quebra, interrompe, desfaz todo o equilíbrio preexistente e toda continuidade possível”. Para o filósofo italiano, este poder constituinte, sim, estaria ligado à ideia de democracia, “concebida como poder absoluto”. Negri concebe o constitucionalismo como uma “doutrina jurídica que conhece somente o passado”, ligada “às potências consolidadas e à sua inércia, ao espírito que se dobra a si mesmo – ao passo que o poder constituinte, ao contrário, é sempre tempo forte e futuro”. A democracia resiste à constitucionalização, já que “a democracia é teoria do governo absoluto, ao passo que o constitucionalismo é teoria do governo limitado e, portanto, prática da limitação da democracia” (Negri, 2002, pp. 8, 21-22).

Negri critica a desnaturação do poder constituinte pelo Direito:

O poder constituinte deve ser reduzido a norma de produção do direito, interiorizado no poder constituído – sua expansividade não deve se manifestar a não ser como norma de interpretação, como controle de constitucionalidade, como atividade de revisão constitucional. Uma pálida imitação poderá ser eventualmente confiada a atividades referendárias, regulamentares etc. de modo intermitente, dentro de limites e procedimentos bem definidos. Tudo isso do ponto de vista objetivo: uma fortíssima parafernália jurídica cobre e desnatura o poder constituinte (Negri, 2002, p. 10).

Dentro de uma perspectiva “constitucionalista” e liberal, “o poder constituinte é explicitamente submetido ao fogo da crítica e à limitação institucional, através de uma análise que desmascara – ou pretende desmascarar – toda pretensão soberana da comunidade” (Negri, 2002, p. 21). Em síntese, para Negri (2002, p. 444), “o constitucionalismo é um aparato que nega o poder constituinte e a democracia”.



De fato, a prevalência do constitucionalismo enfraquece a democracia, e a tentativa de fechamento democrático com a finalidade de se salvaguardar os direitos advindos das demandas liberais nas constituições confere o poder de árbitro ao constitucionalismo quando na verdade ele é parte no conflito (Bercovici, 2008, p. 17). No constitucionalismo remanesce a ideia de que nenhuma autoridade política estaria isenta de respeitar o Direito e a Constituição, o que seria totalmente contrário à ideia de um poder “absoluto” que recusasse qualquer controle ou limitação (Beaud, 1993, p. 36).

Para Francisco de Guimaraens (2004, p. 178-179), o constitucionalismo advoga a compreensão do poder constituinte a partir da mediação instaurada pelo poder constituído, o que seria fatal para sua *originariedade*, minando suas possibilidades de mudança do *status quo* econômico, social ou político. Deste modo, esta clausura imposta pelo poder constituído faz com que nada efetivamente remanesça de um efetivo poder constituinte: “fica evidente que (...) o constitucionalismo é jurisdicista, negando, desta maneira, a radical inovação que o conceito de poder constituinte representa. O constitucionalismo é, nesse sentido, um meio de aprisionamento do poder constituinte nas teias da transcendência”.

Não se pode atribuir ao constitucionalismo o peso de determinar, em última instância, qual a democracia e quais os direitos devem prevalecer, em prejuízo da soberania popular. Vale lembrar que “o princípio da soberania popular significa que a constituição é fruto da soberania popular, e não o contrário” (Bercovici, 2008, p. 20), ou, segundo Negri (2002, p. 40), que “o direito e a constituição seguem o poder constituinte – é ele que dá racionalidade e forma ao direito”.

Para Negri (2002, p. 8), “falar de poder constituinte é falar de democracia”, já que na era moderna ambos os conceitos foram correspondentes quase sempre, identificação esta que se intensificou com a aproximação do século XX. O autor considera que o poder constituinte não é apenas a “fonte onipotente e expansiva que produz as normas constitucionais”, mas é, também, o próprio sujeito da produção, atividade esta que é, outrossim, onipotente e expansiva. Este poder laico, secular, que se constitui como uma “vontade absoluta que determina o seu próprio tempo”, que se encontra ligado ao conceito de democracia, concebida como “poder absoluto”, se apresenta, da mesma forma, como “motor ou expressão principal da revolução democrática” (Negri, 2002, p. 21-22).

Este poder constituinte é concebido como uma “força que se projeta para além da ausência de finalidade, como tensão onipotente e crescentemente expansiva”, sendo a onipotência e expansividade, conseqüentemente, também atributos da democracia que se

qualifica, ao mesmo tempo, como um “procedimento absoluto da liberdade e um governo absoluto” (Negri, 2002, p. 26-27).

Negri conclui, neste sentido, que “manter aberto aquilo que o pensamento jurídico queria fechar, aprofundar a crise de seu léxico científico, não nos dá apenas o conceito de poder constituinte, mas nos dá esse conceito como matriz do pensamento e da práxis democrática”, a qual o autor qualifica como sendo uma “desutopia, ou seja, o sentido de uma atividade constitutiva transbordante, intensa como a utopia, mas sem ilusões, plena de materialidade”, ou seja, a democracia identificada com a “expressão integral da multidão, radical imanência da potência, exclusão de toda definição externa – seja ela transcendente ou transcendental – a este radical e absoluto campo de imanência” (Negri, 2002, pp. 27, 444).

Deve-se ressaltar, portanto, a associação inescapável entre democracia e poder constituinte, devendo a multidão transformar a “resistência numa forma de poder constituinte, criando as relações e as instituições sociais de uma nova sociedade”. O poder constituinte da multidão é tido como expressão da complexidade do comum (perspectiva ontológica), manifestando-se em redes de cooperação e comunicação do trabalho social (perspectiva sociológica), de modo que a democracia absoluta se converte numa sociedade colaborativa: “essa democracia na qual todos nós criamos e mantemos a sociedade de maneira colaborativa através da nossa produção biopolítica é a que chamamos de ‘absoluta’”. Contrapõe-se, por fim, “ante o estado de exceção destrutivo do biopoder”, o “estado de exceção constituinte da política democrática”, cuja política cria uma “nova temporalidade constitutiva”, “inaugurando um novo futuro” (Negri; Hardt, 2012, pp. 293-448).

Após associar o poder constituinte à práxis democrática, o autor relaciona-o com a revelação da normalidade da revolução<sup>4</sup>:

É preciso desdramatizar o conceito de revolução de modo a fazer com que se torne, através do poder constituinte, nada mais que o desejo de transformação do tempo, contínuo, implacável, ontologicamente eficaz. Uma prática contínua e incontrolável. Sobre esta base, o conceito de política é arrebatado à banalidade e à sua redução obscena ao poder constituído, aos seus espaços e aos seus tempos (Negri, 2002, p. 459).

O filósofo italiano conclui que

---

<sup>4</sup> Segundo Francisco de Guimaraens (2004, p. 167), em obra sobre o pensamento de Negri: “Democracia, poder constituinte, multidão, revolução, comunismo, liberação e igualdade: todas estas noções caminham no mesmo sentido, o da afirmação da imanência e da prática humana como dispositivos fundamentais para a construção do real”.

a política é o horizonte da revolução que não termina, mas continua a ser reaberta pelo amor do tempo. Toda motivação humana em direção à política consiste nisso: em viver uma ética da transformação através de um desejo de participação que se revela amor pelo tempo a se constituir (Negri, 2002, p. 459).

O poder constituinte, em suma, deve ser concebido como dispositivo aberto à transformação:

A chave principal para a construção do conceito de poder constituinte é defini-lo como dispositivo prático, aberto, ininterrupto. Estas noções indicam uma compreensão ontológica necessariamente envolvida pela noção de mutação, isto é, a vida, o Ser, o poder constituinte são registros de infinita e ininterrupta produção, que se apresenta como permanente constituição de originais registros de realidade (Guimaraens, 2004, p. 179).

Portanto, no confronto entre democracia e constitucionalismo, deve-se optar pela democracia radical, pela abertura ao devir do “abismo democrático”, pela visibilidade do *conflicto* em detrimento do fechamento imposto pelo constitucionalismo:

*La democracia radical asume el desafío de pensar la diferencia y la multiplicidad desde el abismo democrático y no desde los derechos humanos, desde el poder constituyente y no desde el constitucionalismo libertario, pues la aniquilación del conflicto es el elemento vertebral, tanto del constitucionalismo como de las diferentes variaciones de multiculturalismo liberal, que debemos superar si realmente queremos estar en presencia de una auténtica democracia en la diferencia* (Restrepo, 2011, p. 42).

É conceber o poder constituinte em toda sua potência, como algo que “*escapa a toda posibilidad de ser entendido dentro de las formas normales del ordenamiento jurídico; su forma es incongruente con el orden y en la medida en que establece él mismo el orden, no puede ser comprendido dentro del orden mismo*” (Restrepo, 2011, p. 43).

Ricardo Sanín Restrepo (2011, p. 68, 120) destaca que é o próprio poder constituinte que confere sentido à ordem por ele estabelecida, sendo a constituição um momento de “concreção” originado pelo referido poder e que, por conseguinte, dá origem a um momento que o texto constitucional não pode autorizar. Valendo-se da teoria de Emílios Christodoulidis, o autor destaca que o poder constituinte é aquele que não se submete às regras já estabelecidas, não se conforma à normatividade jurídica posta, um poder que institui sem marcos predefinidos. O que se coloca a partir da normatividade estabelecida não pode ser da ordem do “constituinte”. Poder constituinte seria, então, “*pura autorreferencia, pura representación de sí misma, pura carencia de intermediación con um marco superior de limitaciones lingüísticas*”.

O poder constituinte, portanto, escapa às amarras institucionais do direito e muda a própria temporalidade, enquanto o constitucionalismo protege uma “temporalidade inerte”:

*En el poder constituyente está implícita la idea que el pasado ya no puede explicar el presente y que solamente el futuro lo podrá hacer, el poder constituyente tiene una relación singular con el tiempo, pues crea su propia temporalidad, su propia historia y lenguaje, el constitucionalismo es la protección de una temporalidad inerte, vasalla de la historia, y el constitucionalista su narrador inanimado. El lugar del poder constituyente es pues el lugar de la crisis, la crisis manifestada en la imposibilidad de síntesis histórica entre poder constituyente y poder constituido (Restrepo, 2011, p. 42-43).*

A teorização de Negri sobre o poder constituinte incorpora toda esta abertura a uma verdadeira radicalidade democrática e afirma a necessidade de tradução de toda a indignação social em termos de poder constituinte: “*the insistence on indignation, refusal and rebellion must be able to translate into constituent power*” (Negri, 2010, p. 159). Mas, Bercovici aponta que o principal problema desta teoria é a desvinculação operada entre o poder constituinte e a noção de soberania. Não há a oposição apontada pelo filósofo entre as duas categorias, sendo o poder constituinte, na verdade, a manifestação mais contundente da soberania popular. Apartando-se da ideia de soberania, o conceito de Negri perde materialidade, tornando-se demasiadamente etéreo, metafísico (Bercovici, 2008, p. 34; 2013, p. 308).

Urge, portanto, defender a ideia de soberania popular centrada como elemento dinâmico da democracia. Mas, como dito, não seria suficiente uma concepção metafísica (de poder constituinte, por exemplo) que não se apresentasse de forma tangível, materializável, e que tivesse lugar (não somente, mas) também na concretude das instituições democráticas.

Além da necessidade de pensar o poder constituinte e a democracia nas magnitudes que lhes são devidas, é fundamental que se contextualize todo este debate nas realidades materiais específicas de determinadas localidades. Vem a calhar, para tanto, a originalidade da leitura de Bonavides para o fenômeno da “crise constituinte”, ressaltada por Bercovici (2013, p. 314), que no Brasil remete “à inadequação do sistema político e da ordem jurídica ao atendimento das necessidades básicas da ordem social”, o que teria como reflexo “a constante contestação da legitimidade do poder e da ordem social”.

Bonavides afirma que “o Brasil nasceu de uma crise constituinte e nela permanece em estado latente. Em diversos lances da sua história constitucional transcorreram manifestações agudas dessa anomalia”. A crise constituinte é mal de países subdesenvolvidos ou em vias de

desenvolvimento que se veem impossibilitados de manter as suas respectivas Constituições, o que dá ensejo frequentemente à ruptura institucional e aos períodos de governos autocráticos. Para o autor, a crise constituinte não será vencida “enquanto não for possível ultrapassar o atraso social e a desorganização econômica da sociedade” nos referidos países (Bonavides, 2004, p. 46, 75).

Evidentemente, o atraso socioeconômico só poderá ser combatido através da aproximação entre a Constituição e a realidade:

Quanto mais largo o hiato entre a Constituição e a realidade, o Estado e a sociedade, a norma e sua eficácia, os governantes e os governados, a lei e a justiça, a legalidade e a legitimidade, a constitucionalidade formal e a constitucionalidade material, mais exposto e vulnerável à crise constituinte fica o arcabouço do ordenamento estatal, por cujas juntas e articulações estalam todas as estruturas do poder e da organização social (Bonavides, 2004, p. 76).

A defesa da primazia do constitucionalismo sobre a democracia (e sobre o poder constituinte) ignora que “o Brasil figura como o Estado onde a crise da Constituição há sido principalmente crise constituinte e não apenas crise constitucional, como equivocadamente vem sendo tratada por muitos de seus juristas, historiadores e publicistas” (Bonavides, 2004, p. 77). Ou seja: “a crise constituinte é uma crise do próprio poder constituinte, que não se resolveu desde as origens do Estado brasileiro” (Bercovici, 2013, p. 314).

Segundo Bonavides, o Brasil ainda não foi capaz de acabar com a sua crise constituinte, a despeito das várias Constituições já elaboradas, pois todas elas padeceriam de algum déficit de legitimidade, não podendo ser evocada a figura do poder constituinte em sua plenitude. Para o autor, o poder constituinte só se manifesta em sua plenitude “quando uma revolução de raiz, sem compromissos com o passado e a tradição, revolve as bases espirituais da sociedade e constrói, sobre outros alicerces, um novo edifício institucional, uma nova teoria do Direito e do Estado”, o que ainda não ocorreu na história constitucional brasileira (Bonavides, 2004, p. 78-79).

O que se tem que levar em consideração é que, complementa Bercovici (2013, p. 316), a questão constituinte nos países periféricos “está ligada aos limites históricos e estruturais que o poder constituinte encontra para se manifestar plenamente como formação da vontade soberana do povo”. Neste contexto, não se pode ignorar que “a soberania brasileira, como soberania de um Estado periférico, é uma *soberania bloqueada*, ou seja,

enfrenta severas restrições externas e internas que a impedem de se manifestar em toda sua plenitude”.

Parece coadunar-se com a ideia de uma soberania popular vinculada a contextos sociais de injustiça a relação que Restrepo (2011, p. 120) estabelece entre a exclusão e a institucionalidade: “*de alguna manera la exclusión constitutiva de la institucionalidade libera, pues les permite a los marginados perseguir historias paralelas e incommensurables, que definitivamente no pueden reducirse al espacio de representación institucional*”. Assim, operando-se a ruptura com a instituição, “*el marginado vive una historia particular con un lenguaje externo a la institución*”. Este seria o processo da aludida ruptura:

Tenemos entonces, primero, un desplazamiento que configura la frontera amigo/enemigo; segundo, la exclusión del enemigo como esa porción que no cabe en la institucionalidad, pero que tiene que inscribirse dentro de ella, pues implica la necesidad de reconocimiento a partir del *otro* en total antagonismo. A partir de ese punto de separación el enemigo se divide en dos: la imagen que persiste dentro del lenguaje institucionalizado que es commensurable al sistema y el marginado que comienza a habitar su propio espacio como tal, por ende, crea un lenguaje incommensurable al sistema (Restrepo, 2011, p. 120).

Esta exclusão abala a coerência interna do sistema:

La exclusión libera al tiempo que perturba profundamente la idea de coherencia interna del sistema que excluye. Como sostiene Laclau, los “pueblos sin historia” de Hegel rompen el equilibrio de la historia racional con su contingencia, con el hecho de ser un residuo dialéctico que nunca encaja correctamente dentro de la historia y así tiñe de contingencia el proceso dialéctico y su supuesta perfección (Restrepo, 2011, p. 121).

Em suma, numa situação de “crise constitucional”, pode-se ter a rebelião do povo contra a institucionalidade: “*La heterogeneidade invade cuando la Constitución como punto de captura de las equivalencias no logra resolver las reclamaciones, creando una crisis que hace surgir lo popular en contra de la institucionalidade creada en la Constitución* (Restrepo, 2011, p. 122).”

### Considerações finais

O exercício constante do poder pelo povo excluído, injustiçado, nos pares estatais e fora deles, é fundamental para que a soberania volte a ter seu papel central na democracia, sem o qual não há propriamente regime democrático, mas tão somente uma oligarquia com

roupagem jurídica democrática. Os movimentos sociais e partidos progressistas devem lutar incessantemente pelo espaço de manifestação instituinte do poder popular e pela conformação da política estatal pela vontade do povo, mormente dos mais necessitados. Em outras palavras, é manifestação do poder dos excluídos *nas* e *contra* as institucionalidades.

Por fim, não há, aqui, a pretensão de esvaziar de qualquer importância o constitucionalismo, especialmente em sua configuração contemporânea, mas combater certo *fetichismo* constitucional que o coloca como ponto mais elevado do desenvolvimento democrático, quando na verdade é apenas parte desse processo maior. O constitucionalismo nasce em oposição às ideias de revolução, democracia e soberania popular, arraigado aos marcos teóricos do liberalismo.

A este respeito, é bom lembrar que o Estado Liberal do “primeiro” constitucionalismo não estava vinculado à democracia. Foi apenas com o advento do Estado Social, do constitucionalismo social, que se tentou compatibilizar constitucionalismo e democracia. O constitucionalismo social serviu a certa mudança operada na sociedade, ao início do processo de conformação de uma realidade outra, diversa da engendrada nos marcos liberais (e neoliberais).

Em suma, o que se quis demonstrar é que o liberalismo persiste na realidade e, com ele, permanece toda a aversão à democracia, à revolução, à soberania do povo. E que transformar a realidade injusta é, essencialmente, superar o paradigma liberal.

## Referências

BEAUD, Olivier. Le souverain. *Pouvoirs*, n. 67, pp.33-45, 1993.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 305-325, 2013b.

BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.

CHUEIRI, Vera Karam de. Constituição radical: uma ideia e uma prática. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, n. 58, p. 25-36, 2013.

- CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano. Constitucionalismo e Democracia: soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 11, jan.-jun. 2010.
- CITTADINO, Gisele. Patriotismo constitucional, cultura e história. *Direito, Estado e Sociedade*, n.31, p. 58-68, jul/dez 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo vs. Democracia. In: *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Cidade do México, vol. 3, pp. 1991-2010, 2015.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GUIMARAENS, Francisco de. *O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri: um conceito muito além da modernidade hegemônica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. t. 3.
- MIGUEL, Luis Felipe. A democracia domesticada: bases antidemocráticas do pensamento democrático contemporâneo. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 45, n.3, p. 483-511, 2002.
- MIGUEL, Luis Felipe. Democracia e sociedade de classes. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, DF, n. 9, p. 93-117, set./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n9/04.pdf>>. Acesso em: jan. 2013.
- MIGUEL, Luis Felipe. Consenso e conflito na teoria democrática: para além do “agonismo”. *Lua Nova*, São Paulo, 92: 13-43, 2014.
- MIGUEL, Luis Felipe. *Consenso e conflito na democracia contemporânea*. São Paulo: Editora da Unesp, 2017.
- MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Lisboa: Gradiva, 1996.
- MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. *Revista de Sociologia e Política*, nº 25, Curitiba-PR, novembro de 2005.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* 3.<sup>a</sup> ed. Trad. Peter Neumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- NEGRI, Antonio. *O poder constituinte*. Rio de Janeiro: DPeA, 2002.



NEGRI, Antonio. Communism: some thoughts on the concept and practice. In: ZIZEK, Slavoj; DOUZINAS, Costas. *The idea of communism*. London: Verso, 2010.

NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. *Multidão: guerra e democracia na era do Império*. Rio de Janeiro: Record, 2012.

PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

RESTREPO, Ricardo Sanín. *Teoría crítica constitucional: rescatando la democracia del liberalismo*. Bogotá: Javeriana, 2011.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2007.

ZIZEK, Slavoj; DOUZINAS, Costas. *The idea of communism*. London: Verso, 2010.

#### COMO CITAR ESTE TEXTO:

POSSAS, Thiago Lemos. Não há poder constituinte e constitucionalismo: uma discussão a partir das margens. *Revista Culturas Jurídicas*, 2024. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/index>.

POSSAS, Thiago Lemos; BORDIN, Ana Paula Pillon. Não há poder constituinte e constitucionalismo: uma discussão a partir das margens. *Revista Culturas Jurídicas*, 2024. Available for access: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/index>.

POSSAS, Thiago Lemos. Não há poder constituinte e constitucionalismo: uma discussão a partir das margens. *Revista Culturas Jurídicas*, 2024. Disponible en: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/index>.