
PODER CONSTITUINTE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Alexandre Bernardino Costa

Professor Adjunto da Universidade de Brasília – UnB
Doutor em Direito Constitucional pela UFMG

Resumo: Considerando as profundas modificações sociais e as alterações na concepção de ciência e de direito, o autor trabalha, em uma abordagem transdisciplinar, o problema da tensão entre democracia e constitucionalismo. Na análise, o autor, mantendo a sua tradição intelectual, critica a separação entre constitucionalismo e democracia, aponta situações de autoritarismo na práxis e na teoria constitucional, sustentando, enfim, um poder constituinte em construção, pela sociedade e na rua, um *direito achado na rua*.

Palavras-chave: Poder Constituinte; democracia; constitucionalismo; direito achado na rua.

PODER CONSTITUYENTE EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Resumen: Considerando las profundas modificaciones sociales y las alteraciones en el conceptismo de ciencia y del derecho, el autor trabaja, en un abordaje tras-disciplinar, el problema de la tensión entre democracia y constitucionalismo. En el análisis, el autor, manteniendo su tradición intelectual, critica la separación entre constitucionalismo y democracia, apunta situaciones de autoritarismo en la praxis y en la teoría constitucional, sosteniendo, en fin, un poder constituyente en construcción, por la sociedad y en la calle, un *derecho encontrado en la calle*.

Palabras clave: Poder Constituyente; democracia; constitucionalismo; derecho encontrado en la calle.

A temática do poder constituinte tem sido objeto de reflexão por parte de cientistas políticos, juristas e sociólogos desde a sua concepção, esboçada na prática constituinte norte-americana e elaborada por SIEYES¹ no século XVIII, no curso da Revolução Francesa. Teoria de cunho claramente iluminista, afirma a possibilidade de se criar uma ordem jurídico-política *ex novo*, rompendo totalmente com o passado, inaugurando o futuro pelo próprio ato presente da ruptura política. Embora diretamente tributário dessa pretensão racional iluminista excessiva, foi precisamente esse o cerne da teoria mantido intacto ao longo de mais de dois séculos de experiência constitucional².

Os teóricos do poder constituinte possuem tamanha dificuldade de lidar com a idéia desse poder que usualmente ela é apresentada por meio de metáforas como as forças da natureza, e é pouco trabalhada em termos conceituais³. Assim Sanches Agesta, por exemplo, se refere ao conceito:

O poder constituinte não pode ser localizado pelo legislador, nem formulado pelo filósofo, porque não cabe nos livros e rompe o quadro das Constituições. Surge como o raio que atravessa a nuvem, inflama a atmosfera, fere a vítima e desaparece⁴.

Essa abordagem aproximativa e indicativa do fenômeno será descrita por NIKLAS LUHMANN, de modo incisivo e nada mítico, como a invenção do mecanismo de acoplamento estrutural entre o sistema do direito e o da

¹ Será utilizada ao longo do trabalho a grafia do nome do autor francês sem acentos, seguindo a orientação de PASQUALE PASQUINO: "L'ortographe sans accents semble la plus vraisemblable; cf. Mathiez (Albert), "L'orthographe du nom de Sieyes", *Annales historiques de la Révolution Française*, 2, 1925, p. 487." *Emmanuel Sieyes, Benjamin Constant e o governo dos modernos: contribuição à história do conceito de representação política*. Belo Horizonte. 1994, p. 214.

² "Las revoluciones del fin del siglo XVIII, primero la americana y después la francesa, representan en este sentido un momento decisivo en la historia del constitucionalismo, porque sitúan en primer plano un nuevo concepto y una nueva práctica que están destinadas a poner en discusión la oposición entre la tradición constitucionalista y la soberanía popular. Se trata, en pocas palabras, del *poder constituyente* que las colonias americanas ejercieran primero en 1776, con la finalidad de declarar su independencia de la madre inglesa y, después, en los años siguientes, con la finalidad de poner en vigor las constituciones de los distintos Estados y la constitución federal de 1787. Poder constituyente que los mismos revolucionarios franceses ejercitaran a partir de 1789, con la finalidad de destruir las instituciones del antiguo régimen y de generar una nueva forma política." FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 103.

³ Sobre mudança conceitual e política na história, ver POCOCK, J. G. A. *Polites, language and time: essays on political thought and history*. Chicago: University of Chicago Press, 1989. e FARR, James. Conceptual change and constitutional innovation. In: BALL, Terence e POCOCK, J.G.A. (ed.). *Conceptual change and the constitution*. Kansas: University Press of Kansas, 1988, p. 1 ss.

⁴ AGESTA, Luís Sanches. *Princípios de teoria política*. 6. ed. Madrid: Naciol, 1976, p. 363.

política: a Constituição que, a um só tempo, os diferencia e articula, ocultando, através da distinção entre direito constitucional e o restante do direito, o paradoxo de que na modernidade o direito cria a si próprio, a violência institucionalizada cria o direito. É mediante a Constituição que a política, ao se deixar regular pelo direito, pode receber a legitimidade que o direito é capaz de lhe fornecer, e que, por outro lado, as normas gerais e abstratas do direito moderno podem ganhar a densificação social que somente o aparato político da organização estatal pode lhe emprestar⁵.

Assim, a teoria sobre o momento mesmo da criação originária de uma ordem jurídico-política que inicialmente focalizava essa força instituinte como vinculada e adstrita à implementação do que denominava direitos naturais do homem, pela invenção mesma da Constituição, logo começa a se emancipar da compreensão jusracionalista, descartando a idéia de direito natural, e a reduzir a idéia de direito à do ordenamento positivo. A obra de KELSEN pode ser vista como o ápice dessa trilha que começa a ser percorrida no início do século XIX. No segundo pós-guerra, às tentativas frustradas de retomada da idéia de direito natural seguiu-se a compreensão mais plausível de que a nova concepção de legitimidade e a idéia do novo direito que dão força ao movimento de ruptura institucional antecedem a sua positivação, autolimitando e autocondicionando o exercício do próprio poder constituinte. A proposta constitucionalista que, como demonstram FIORAVANTI⁶ e outros, sempre fora vista como oposta à democrática, com o aprendizado decorrente de sua própria vivência histórica, não mais pode ser sequer pensada fora do contexto democrático e nem a democracia pode ser assim concebida se não se der nos limites constitucionais. A democracia sem constitucionalismo é a pior das ditaduras, tal como provado pelos regimes totalitários do século XX, e o constitucionalismo sem democracia é o seu oposto, o governo arbitrário, totalitário. Essas idéias são co-originárias e reciprocamente complementares.

Desta forma foi que, conquanto preservado o cerne da teoria do poder constituinte originário – que se destina a explicar as rupturas institucionais que originam novas ordens jurídico-políticas –, ela sofreu ao longo da história do constitucionalismo profundas alterações de significação

⁵ LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996. p. 83 ss.

⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

no que toca ao sentido atribuído ao “direito” a ser constituído e, portanto, no que se refere à matização de suas características distintivas específicas: a ilimitação, a incondicionalidade, a originariedade⁷.

Dessa longa trajetória, cabe destacar também um outro aspecto interessante, relativo a uma mudança recente ocorrida na teoria constitucional da Europa. Até os anos 70 do século passado, a doutrina europeia era praticamente unânime em condenar o emprego da expressão poder constituinte de segundo grau ou poder constituinte derivado (de reforma), salientando a contradição interna presente na expressão ao qualificar de constituinte um poder constituído pela Constituição, portanto limitado e condicionado por ela. Recomendava-se à época o uso da expressão poder de reforma. Hoje, a maior parte da elaboração teórica, precisamente por considerar a consolidação da democracia constitucional irreversível, tem defendido o emprego da expressão poder constituinte sem qualquer outro qualificativo para designar o poder de reforma constitucional previsto na própria Constituição⁸. Não mais são colocadas alternativas à democracia constitucional, o que equivaleria para autores como DOGLIANNI ao esgotamento do tema do poder constituinte originário⁹.

VITAL MOREIRA nos coloca o problema de forma exemplar. Em seminário ocorrido no Brasil, ao tratar da Constituição portuguesa, expõe a necessidade de mudanças e sugere uma mudança no próprio conceito de poder constituinte diante dos desafios que se apresentam:

O que está aqui em causa, e que a meu ver tem perpassado todos os nossos três dias de debate, é saber se hoje, perante as Constituições conjunturais que o último quartel do século trouxe – a primeira delas foi exatamente a Constituição da República Portuguesa – a idéia do poder constituinte como ato unigênito da Constituição pode enfrentar a prova da vida constitucional, e se a essa versão do poder constituinte unigênito e unimomentâneo, não temos

⁷ “Como vimos, na aventura histórica do poder constituinte, vamos encontrar o cerne da teoria inteiramente preservado até hoje. Contudo, o que vai sofrer significativa alteração no curso dessa história é o conceito de Direito.” CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Revisão Constitucional e a Cidadania: A Legitimidade do Poder Constituinte que deu Origem à Constituição da República Federativa de 1988 e as Potencialidades do Poder Revisional Nela Previsto*. Fórum Ano 2000. Nº 10. Belo Horizonte: Forum, março, 2000, p. 883.

⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer – o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2003, p. 46-47. O autor italiano deixa bastante clara essa perspectiva de que somente se trabalha a revisão, mas não por causa da estabilidade democrática.

⁹ DOGLIANNI, Mario. *Potere costituente e revisione costituzionale*. In: *Quaderni Costituzionali*. Bologna: 1995, p. 7.

de admitir algum espaço para o poder constituinte evolutivo e para um processo constituinte transgeracional. Eis a provocação que não queria deixar de vos oferecer¹⁰.

Embora o professor VITAL MOREIRA consiga perceber com clareza o problema central que se apresenta, parece-nos que a problemática do poder constituinte nos dias atuais deve ser enfrentada de forma tal que possamos pensar, junto com ele, o próprio conceito de direito e a práxis constitucional que atualiza o ato fundador. Tudo isso, como bem sabe o autor português, deve ser associado à democracia. E, como salienta HABERMAS “esse processo [...] não é imune a recaídas e interrupções”¹¹.

A teoria brasileira sobre o poder constituinte originário ainda contempla a possibilidade de um poder constituinte autoritário. É preciso ressaltar que a urgência de se tratar do tema à luz de um marco teórico atual, por incorporar as mais recentes lições que a teoria foi capaz de extrair da própria vivência constitucional, não reside apenas na demonstração da ilegitimidade do emprego da terminologia constitucional contra o constitucionalismo que, não somente em regiões de democracias menos consolidadas é um risco sempre presente, mas pode interferir, e de fato interfere, na possibilidade mesma de consolidação da democracia, na medida em que a ausência de reflexão teórica e prática adequadas ao constitucionalismo possibilita abusos e desrespeito a direitos dos cidadãos, gerando a descrença na democracia e no constitucionalismo. O caso recente sobre direito adquirido, julgado no Supremo Tribunal Federal, suscitou observações sobre o poder constituinte por parte de seus membros, e é possível identificar uma visão segundo a qual o conceito poderia ser associado a uma abordagem autoritária do direito¹².

As principais questões relativas à origem, exercício, limites, formas de manifestação, poder originário, poder derivado, emendas, reformas, continuam sendo pautadas por duas visões básicas que de certa forma se completam: a primeira que traz o conceito de poder constituinte para dentro do sistema normativo estatal, buscando operacionalizá-lo através de instituições do próprio Estado, estabelecendo limites e formas predeterminados

¹⁰ MOREIRA, Vital. Constituição e democracia na experiência portuguesa. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira (org.) *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 274.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Trad. e introd. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 165.

¹² Supremo Tribunal Federal, ADIN nº 3.105-8, 2004.

para o seu exercício; e a segunda, que entende o poder constituinte como uma manifestação de caráter político que não integra o próprio direito, sendo caracterizado como meta-jurídico, uma força social que cria o direito, mas a partir desse conceito recolhe-se para que a organização normativa da sociedade seja feita no âmbito estatal sem sua participação.

Ainda hoje se busca estabelecer taxionomias para o poder constituinte que designariam sua natureza e sua forma de expressão. Contudo, tais classificações pouco ou nada contribuem para explicar o tema nos dias atuais: originário e derivado, limitado e ilimitado, tipos de Assembléia Nacional Constituinte, poder de reforma e poder de revisão (além de outras). Também as noções de representação do povo, da nação, remetem ou aos paradigmas de Estado liberal ou de Estado social, posto que não servem para a contemporaneidade de uma sociedade hipercomplexa, plural e multicultural.

A tensão existente entre o liberalismo e o republicanismo manifesta-se também em relação ao poder constituinte: por um lado parte-se da idéia de indivíduos livres que se associam e criam o Estado e a Constituição, mantendo sua individualidade e liberdade para compor uma estrutura normativa mínima; por outro, mais utilizado na literatura constitucional, parte-se da idéia de nação como uma identidade coletiva que forma um substrato para a possibilidade do exercício do poder. Ora no indivíduo, ora na nação, o poder constituinte é reduzido ao momento de fundação do direito, de forma manipulada, manifestando-se a partir daí controlado e limitado pelo direito.

As profundas modificações sociais, bem como as alterações na concepção de ciência e de direito exigem um novo olhar sobre a teoria do poder constituinte. Se o direito torna-se cada vez mais central na organização da sociedade contemporânea e essa centralidade se assenta em grande parte na Constituição, o poder constituinte deve ser pensado como possibilidade constante de fortalecimento do constitucionalismo e da democracia. Diante disso, devemos tentar identificar a teoria jurídica que nos auxiliará nessa tarefa.

É importante salientar que o poder constituinte será estudado aqui como categoria jurídica, dentro de uma abordagem transdisciplinar, tal como na proposta de MÜLLER segundo a qual “[...] a expressão *poder constituinte* interessa-nos aqui como texto *jurídico* (não como texto ideológico); e isso quer dizer como parte integrante normal dos documentos constitucionais nos quais ele aparece”¹³.

¹³ MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) poder constituinte do povo*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 20.

O problema central que se pretende responder tem seu cerne na tensão entre democracia e constitucionalismo. Uma teoria do poder constituinte que não problematize essa tensão pode gerar consequências práticas graves, como verificaremos ao longo do trabalho ao analisarmos uma decisão do Supremo Tribunal Federal que, ao tratar de direitos adquiridos, abordou a temática do poder constituinte¹⁴. A partir da fundamentação teórica dos votos dos ministros do STF poderemos estabelecer uma ligação com a teoria do poder constituinte produzida e reproduzida no Brasil. O problema que se revela para nós é, precisamente, e paradoxalmente, a aparente ausência de problema na relação entre democracia e constitucionalismo. A sociedade contemporânea exige da teoria do poder e do constitucionalismo o enfrentamento das questões concernentes à democracia.

A hipótese central do trabalho consiste na idéia de que o poder constituinte no paradigma do Estado democrático de direito somente pode ser democrático, e isso se revela na tensão entre a democracia e o constitucionalismo. Caso isso não aconteça, não se trata de poder constituinte, mas de arbítrio e ditadura.

É necessário perceber que os conceitos do direito não ficam restritos à mera especulação teórica, pois eles são reproduzidos no sistema de ensino jurídico e, sobretudo, na prática cotidiana dos profissionais do direito, da Administração Pública e dos cidadãos. Dessa forma, identificar o caráter autoritário da formulação do conceito é também trabalhar com seu lado prático, pois, como vimos anteriormente, uma vez que o conhecimento jurídico torna-se senso comum teórico ele passa a permear a práxis constitucional em toda a sociedade.

A teoria do poder constituinte no Brasil busca sua fundamentação em duas visões teóricas antagônicas. Trata-se, na verdade, de duas faces da mesma moeda, que partem de pontos de vista que são inconciliáveis. Falaremos de uma postura teórica que busca associar o pensamento de HANS Kelsen ao de CARL SCHMITT, expondo a dicotomia entre ser e dever-ser para a análise do conceito de poder constituinte, para em seguida reduzi-lo à vontade política:

Ora, o Poder Constituinte como fenômeno jurídico situa-se, assim, entre o mundo do ser e do dever-ser, não podendo e nem devendo ser levado a um ou

¹⁴ ADIN 3.105-8.

outro extremo sob pena de não se conseguir defini-lo na sua plenitude. [...] Outrossim, o *Poder Constituinte é vontade política*, é um poder unitário, indivisível. Não admite tal poder procedimentos regulados para sua atividade. Não está organizado, pois é partindo dele que se organiza um Estado¹⁵.

Essa visão não-democrática de poder constituinte e de direito permeia o pensamento jurídico nacional, de tal forma que ainda se reconhece como direito aquilo que é identificado até mesmo pelos próprios autores como arbítrio. E o senso comum teórico de cunho positivista continua a ser reproduzido:

Firmou-se, desta feita, que normas intoleráveis, como as que estabeleceram o regime escravagista, o anti-sionismo e mais recentemente o regime do *apartheid* na África do Sul, são sim normas jurídicas e, portanto, precisam ser admitidas como Direito positivo do Estado e, por isso mesmo, devem ser relatadas pelos cientistas do Direito, pois o seu trabalho é o de descrever o Direito positivado¹⁶.

Dessa forma, ao analisarmos essa postura teórica sob o aspecto da não-inovação do poder constituinte, de sua impossibilidade de iniciar uma nova sociedade a partir do “ponto zero”, é interessante observar que ocorre justamente o contrário: só é possível elaborar uma constituição rompendo definitivamente com o regime e a constituição anteriores a partir deles próprios. Ademais, para que seja possível o surgimento de uma nova constituição, é necessário que todos os elementos que a compõem estejam já na sociedade, caso contrário essa nova constituição não existiria. Há na prática social cotidiana um fundo de silêncio compartilhado que possibilita a comunicação voltada ao direito nos novos termos. A tese do poder constituinte ilimitado, autônomo e incondicionado, ainda muito presente nos manuais de direito constitucional brasileiros, reproduz a idéia de que o poder constituinte tudo pode em razão de “dar início a uma nova ordem”. E essa visão, com-

¹⁵ GONÇALVES, Silvia Dias Soares de Lima. Poder constituinte: filosofia ou dogmática jurídica. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, a.3, n. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro/março de 1995, p. 72.

¹⁶ MARTINS FILHO, Alberto. Indagações e conclusões acerca da função e dos limites do poder constituinte. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, a.7, n. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro/março de 1999, p. 29. Acrescenta ainda o autor: “Muito tem-se dito que só há Constituição onde houver Democracia e respeito a tais direitos. Não se pode concordar com isso. Acredita-se que haverá Constituição sempre que for elaborado, por qualquer modo, um corpo de normas que tenha o mínimo constitucional (estrutura interna do Estado e disciplina do processo normativo)”. p. 26.

partilhada na teoria e na prática constitucional brasileira por muitos juristas, termina por possibilitar uma associação entre autoritarismo e poder constituinte, que chega a explicar e justificar o golpe de Estado de 1964 e a produção constitucional sob a ditadura¹⁷. Isso chega a tal ponto que levou um professor de direito constitucional a afirmar o seguinte: “*Simples e até repetitivo: Poder Constituinte é poder de fato, exercido por quem tem condições concretas de exercê-lo*” (grifo nosso). E acrescenta ainda o autor:

De nada adianta colocar inadequadamente num texto constitucional, como ocorre entre nós, de que o titular do Poder Constituinte é o povo (eleitorado). Isso não impediu que no Brasil, em 1969, doente o presidente Costa e Silva, os ministros militares “assumissem a Presidência da República” e outorgassem uma nova Constituição, muito embora disfarçada sob o nome de emenda constitucional.

Com certeza, está implícita a declaração de quem exerce o Poder Constituinte, ao editar uma nova Constituição: “Quem não concordar, se apresente!” Se ninguém se apresentou, foi porque todos concordaram *ou consentiram*, o que é a mesma coisa em termos concretos¹⁸.

Outro autor de grande relevância no cenário político nacional pela sua teoria autoritária do poder constituinte foi Celso Ribeiro Bastos. Esse autor, que teve forte influência na re-produção do direito constitucional no Brasil defendeu a legitimidade do Golpe de 1964, e, como não poderia deixar de ser, afirmou que os atos decorrentes desse golpe foram emanados do poder constituinte:

¹⁷ Para que tenhamos uma noção dessa forma de pensamento podemos citar o jurista MIGUEL REALE, que, em momento anterior à Constituinte de 1987, defendeu a manutenção da ordem constitucional anterior com pequenas alterações (sete ou oito), pois considerava desnecessária uma convocação: “Surge, desde logo, uma pergunta: - Se não se segue o caminho de uma Assembléia Constituinte, qual seria a via constitucional indicada? Não me parece que seja possível proceder-se à convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte, porquanto esse caminho representaria, sem dúvida nenhuma – quer por parte do Executivo, quer por parte do Legislativo – um ato incompatível com as normas constitucionais vigentes e, portanto, um ato revolucionário.” REALE, Miguel. A crise constitucional do Brasil. In: *Digesto Econômico*, a.38, n. 283. São Paulo: agosto de 1981, p. 22.

¹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 97-8. O pensamento de FERREIRA FILHO muito influencia a noção de poder constituinte entre os autores brasileiros: “Deflagrado o processo revolucionário – qualquer que seja a sua forma e sua motivação – formalizada a vitória de um grupo revolucionário pela conquista do poder de fato, esse triunfo, na expressão de FERREIRA FILHO, importa em sua formalização jurídica, a qual pode ser chamada de ato constituinte.” LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Poder constituinte originário. In: *Revista dos Tribunais*, a.85, v. 727. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio de 1996, p. 634.

Com a revolução vitoriosa de 1964, uma Junta Militar assumiu o Poder Constituinte e, através do Ato Institucional de 9 de abril, outorgou nova Constituição ao povo brasileiro [...] O Poder Constituinte se manifestou posteriormente inúmeras vezes, através da Junta Militar e do presidente da República, com a edição de outros atos institucionais. No Ato Institucional nº 6 está declarado: “[...] a Revolução brasileira reafirmou não se haver exaurido o seu Poder Constituinte, cuja ação continua e continuará, em toda a sua plenitude [...]”¹⁹.

Deve-se ressaltar, porém, que existem honrosas exceções à perspectiva do poder constituinte não democrático no Brasil. Cumpre observar, nesse sentido, a obra de Paulo Bonavides, que vincula o conceito à teoria da legitimidade e desenvolve sua análise, inclusive da história constitucional do país, a esse fundamento, pois “quem diz poder constituinte está a dizer já legitimidade desse poder, segundo esta ou aquela idéia básica perfilhada, numa opção de crenças ou princípios”.²⁰

Também merece destaque a atuação teórica e prática de Josaphat Marinho durante a Constituinte de 1987 e o período que a precedeu, quando combateu firmemente as vozes autoritárias que tentavam falar em nome do poder constituinte: “Constituição outorgada não é carta do povo, nem para o povo, mas usurpação e negação de direito inalienável da sociedade nacional”.²¹

Tais posicionamentos, preocupados com aspectos democráticos, são reflexos das profundas modificações ocorridas nos tempos recentes, na teoria do direito e, notadamente, no direito constitucional. Isto se deve a vários fatores, em especial às profundas transformações ocorridas na sociedade contemporânea, que fizeram os teóricos do direito modificarem suas visões sobre o fenômeno jurídico e sobre seu próprio saber. Em todos os campos do direito essas transformações se fizeram sentir através de uma mudança radical de

¹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 21.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 126.

²¹ “Cumpre estigmatizar sempre a subtração de competência, para que prevaleça no procedimento regular dos governantes, e não somente na teoria, a certeza de que ao povo cabe o Poder Constituinte e a faculdade de atribuir seu exercício a um colegiado, que lhe expresse a vontade soberana. [...] Somente a Assembléia Constituinte, nascida do voto popular, é representação genuína para conferir à Nação o instrumento basilar disciplinador de sua vida, e aceito pela generalidade dos cidadãos.” MARINHO, 1985. p. 22. Ver ainda, nesse sentido, a partir de uma perspectiva contemporânea, a obra de CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

supostos teóricos, categorias, conceitos e métodos de trabalho.

Contudo, apesar de uma mudança radical nas concepções de Estado e de direito, o conceito de poder constituinte tem sido majoritariamente ignorado nessa nova visão teórica. Os manuais de introdução ao direito e de direito constitucional ainda tratam do tema da mesma forma como era feito no período pós-guerra, ou então reproduzem teorias do início do século XX. Uma das obras mais citadas no Brasil sobre o tema posiciona-se sobre a titularidade do poder constituinte da seguinte forma: “... é quase impossível, ou é impossível mesmo, num estudo científico, determinar quem é o titular do Poder Constituinte”.²²

Em seguida o mesmo autor atribui a titularidade ao povo que exerce o poder constituinte por meio de uma elite, revelando claramente o autoritarismo da visão teórica:

O reconhecimento de que o povo é o titular do Poder Constituinte pouco esclarece quanto ao exercício deste mesmo poder. Quer dizer, o povo pode ser reconhecido como titular do Poder Constituinte mas não é jamais quem o exerce. Ele é um titular *passivo*, ao qual se imputa uma vontade constituinte sempre manifestada por uma *elite*.²³

O autor, porém, reserva um papel ao povo no processo constituinte que, segundo ele, validaria a Constituição: “Ele, e só ele (povo), vai dar efetividade ou eficácia, cumprimento global, à Constituição adotada”.²⁴

Esse tipo de abordagem, ainda que não seja voluntariamente arbitrária, é comum em muitos dos autores de direito constitucional. Chega mesmo a chamar atenção a afirmação de BULOS, segundo a qual o poder constituinte é meta-jurídico, e insere tal assertiva em um tópico de sua obra intitulado “concepção atual do poder constituinte” ao fazer a seguinte generalização:

Atualmente, os estudiosos concluíram que o poder constituinte, ao ser exercido, divide-se em duas etapas bem definidas: uma de elaboração constitui-

²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 31. Esse autor é o representante dessa corrente mais citado no ambiente jurídico brasileiro.

²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 31. Ressalte-se que essa passagem é reproduzida como correta no manual de direito constitucional mais vendido e utilizado nos cursos de direito e nos concursos públicos, inclusive das carreiras jurídicas, no Brasil: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2004, p. 57.

²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 32.

onal, onde o poder criador da Lei Magna não se restringe a limites formais, possuindo o caráter político ou extra-jurídico; outra, de mudança formal, para alterar a Carta Suprema mediante certas limitações. Aqui, o poder constituinte adquire o *status* de jurídico, com tarefa imediata de reformar a *Lex Legum*.²⁵

O que podemos identificar como mais problemático nessa abordagem é a separação ainda existente entre o conceito de direito e democracia, e, sobretudo para nosso trabalho, entre constitucionalismo e democracia. Em relação ao nosso tema, isso significa a possibilidade de uma construção teórica que admite a existência de um poder constituinte autoritário, quando, sob o atual paradigma, somente pode ser considerado poder constituinte se ele for democrático.

Para que seja possível problematizar adequadamente o tema, é necessário que nós tenhamos em mente as modificações sociais, epistemológicas e jurídicas que afetam diretamente o conceito de poder constituinte. Tais problemas podem ser expostos pela inadequação com a qual tem sido tratado o assunto. Em um processo de globalização no qual a soberania dos Estados foi relativizada em favor de um suposto poder global, alguns autores chegam a afirmar que o poder constituinte originário não mais existe.²⁶ Tal como expõe GIORGIO AGAMBEN:

Contra a tese que afirma o caráter originário e irreduzível do poder constituinte, que não pode ser de modo algum condicionado e constringido por um ordenamento jurídico determinado e se mantém necessariamente externo a todo o poder constituído, encontra hoje sempre maior consenso (no âmbito da tendência contemporânea mais geral de regular tudo mediante normas) a tese contrária, que desejaria reduzir o poder constituinte ao poder de revisão previsto na Constituição, e põe de lado como pré-jurídico ou meramente factual o poder do qual nasceu a constituição.²⁷

É interessante observar que o consenso maior identificado por AGAMBEN, embora tenha uma face conservadora, traduz um determinado

²⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 19.

²⁶ DOGLIANNI, Mario. *Potere costituente e revisione costituzionale*. In: *Quaderni Costituzionali*. Bologna: 1995, p. 7 e ss. A tese de DOGLIANNI é que somente se pode invocar hoje o poder de revisão constitucional, sobretudo nos países que já possuem uma tradição no constitucionalismo.

²⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer – o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2003, p. 47.

movimento na Europa e nos Estados Unidos que revela uma certa estabilidade democrática constitucional, hipótese em que o poder constituinte originário somente seria invocado para contrapor-se a uma ordem jurídica ilegítima e antidemocrática. Essa tese, de que o poder constituinte estaria esgotado, embora não seja partilhada por nós, reforça nosso argumento central de que não pode existir constitucionalismo e poder constituinte hoje sem democracia.

Por outro lado, com um viés marcadamente semântico de direito, chega-se a afirmar que o poder constituinte tem sua manifestação irrestrita e incondicionada, mas ao mesmo tempo só existe na deliberação representativa da Assembléia Nacional Constituinte. Essa linha de pensamento está muito vinculada à idéia de representação política e ao paradigma do Estado social. Embora contenha uma retórica do poder popular, reforça a autoridade do Estado, sem democracia.

Há ainda um determinado tipo de interpretação da Constituição que busca a vontade do legislador, no caso a vontade do constituinte, como se fosse possível voltar no tempo e ali identificar a manifestação originária do poder constituinte para aplicar a constituição. Aliada a esses problemas também está a idéia de que o constituinte traçou diretrizes políticas que devem ser consideradas como normas programáticas, que, embora não tenham possibilidade de eficácia imediata, o terão tão logo o Estado-Nação alcance um determinado nível de desenvolvimento econômico e social. A tentativa de se classificar as normas constitucionais por meio de taxonomias, como se fosse possível dizer sobre tipos normativos por seus textos, enquadrando a realidade constitucional em modelos preestabelecidos, e isso revela a inadequação teórica da própria noção de ciência na contemporaneidade.

A estagnação da doutrina brasileira, mantendo as dicotomias clássicas como opostos excludentes, possibilita a manutenção de uma teoria puramente instrumental do poder constituinte capaz de servir até mesmo os regimes ditatoriais ainda hoje. Torna-se possível, assim, uma apropriação da teoria do poder constituinte por parte dos tribunais, sobretudo do STF, marcada profundamente por um pobre viés empiricista e pretensamente descritivo, associada a uma ampla divulgação de teorias antidemocráticas sobre o tema, corroendo o sentimento constitucional necessário à consolidação da democracia, fundamental para a identidade constitucional.

Deve-se chamar a atenção também para uma tendência existente hoje no Brasil de se interpretar a constituição como uma ordem concreta de valores. Tal perspectiva teórica valorativa trata a prática argumentativa do

direito com base em argumentos morais e, conseqüentemente, transfere para a autoridade estatal a tarefa de dizer quais são os valores que devem nortear a sociedade, gerando autoritarismo.

Os resultados são ainda mais graves se notarmos as transformações que o controle de constitucionalidade vem sofrendo no Brasil, rompendo, sem discussão democrática, com uma tradição de mais de cem anos. O controle abstrato de constitucionalidade, associado a uma abordagem axiologizante do direito e à vinculação das decisões do STF corre o risco de gerar como conseqüência a transformação exatamente daquele que deveria ser o guardião da constituição, ou seja, da abertura para o pluralismo do sujeito constitucional, o STF, em um “superego da sociedade” e em uma espécie de poder constituinte permanente, como alerta Maus, em relação à Corte Constitucional alemã. Dessa forma, corre-se o risco de transformar o poder constituinte em autoritarismo e a práxis constitucional em ditadura.

Sabemos hoje que a prática constitucional democrática é tarefa de toda a sociedade, e não podemos nos restringir à análise institucional em sentido estrito do direito. Sabemos também que a legalidade do direito pressupõe procedimentalmente a plausibilidade da crença em sua legitimidade. Portanto, para que a crença na democracia seja viável, é necessária a compreensão do direito como permanente vir-a-ser, aberto para o futuro, que se constrói na vida cotidiana de homens livres e iguais, dotados de autonomia pública e privada, que legislam eles próprios enquanto uma comunidade de princípios.

A afirmação do direito passa pela afirmação dos movimentos sociais que legitimamente (re)constroem o projeto constitucional que tem no ato fundador um parâmetro básico para a verificação dessa legitimidade.

A pluralidade e a complexidade da sociedade contemporânea exigem, portanto, um direito aberto constituído procedimentalmente, sensível ao espaço público de sua formação, a rua. Poder constituinte somente pode assim ser chamado se for *direito achado na rua*, caso contrário, é arbitrário e ditadura ou delírio de constituição teórica idealizante, que por fim também resulta em autoritarismo.

O conceito de poder constituinte somente tem sentido se for pensado em articulação com o conceito de democracia. Por sua vez, ambos necessitam de uma práxis constitucional que também seja democrática e tenha como referência o poder constituinte do ato fundador. A perspectiva teórico-prática do direito achado na rua, compreendida procedimentalmente possibilita essa ligação. A democracia de uma determinada sociedade de-

pende de seus membros levarem a sério o direito.

A práxis constitucional que atualiza o direito não se faz somente por meio das instituições estatais. O direito se constrói e reconstrói no seio da sociedade, nas lutas dos movimentos sociais, nos espaços públicos onde cidadãos dotados de autonomia pública e privada vivem sua autolegislação: na rua.