



Poder constituinte e democracia: um debate necessário

ALEXANDRE BERNARDINO COSTA

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 Sièyes no século XVIII no curso da Revolução Francesa. Teoria de cunho claramente iluminista, afirma a possibilidade de se criar uma ordem jurídico-política do 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 constitucional.

Porém, ao mesmo tempo em que era preservado o cerne da teoria do poder constituinte originário, ela sofreu ao longo da história do constitucionalismo profundas alterações de significação 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 originariedade.

A teoria brasileira sobre o poder constituinte originário ainda contempla a possibilidade de um poder constituinte autoritário. É urgente tratar do

A teoria brasileira sobre o poder constituinte originário contempla um poder constituinte autoritário

tema à luz de um marco teórico atual. É necessário incorporar as mais recentes lições que a teoria foi capaz de extrair da própria vivência constitucional. E isso não reside apenas na demonstração da ilegitimidade do emprego da terminologia constitucional contra o

constitucionalismo: na verdade, a ausência de reflexão teórica e prática adequadas ao constitucionalismo possibilitam abusos e desrespeito a direitos dos cidadãos gerando a descrença na democracia e no constitucionalismo.

Um 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 direito.

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 pré-determinados 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 caracterizada 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.

Modificações na teoria do Direito

A teoria do direito, notadamente do direito constitucional, tem passado por significativas modificações nos tempos recentes. Isto se deve a vários fatores, em especial às profundas transformações ocorridas na sociedade contemporânea, que conduziram os teóricos do direito a modificar suas visões sobre o fenômeno jurídico e sobre seu próprio saber. Em todos os campos do direito essas transformações se fizeram sentir por meio de uma mudança radical de supostos teóricos, categorias, conceitos e métodos de trabalho.

A sociedade contemporânea revela-se hiper-complexa e plural. Exige do direito instrumentos capazes de lidar com ela

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. 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 Assembleia 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, essa concepção 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.

A tarefa do poder constituinte torna-se um desafio permanente que deve ser enfrentado na perspectiva do sujeito constitucional, que é encarnado coletivamente na figura do povo, como autor e destinatário da Constituição.

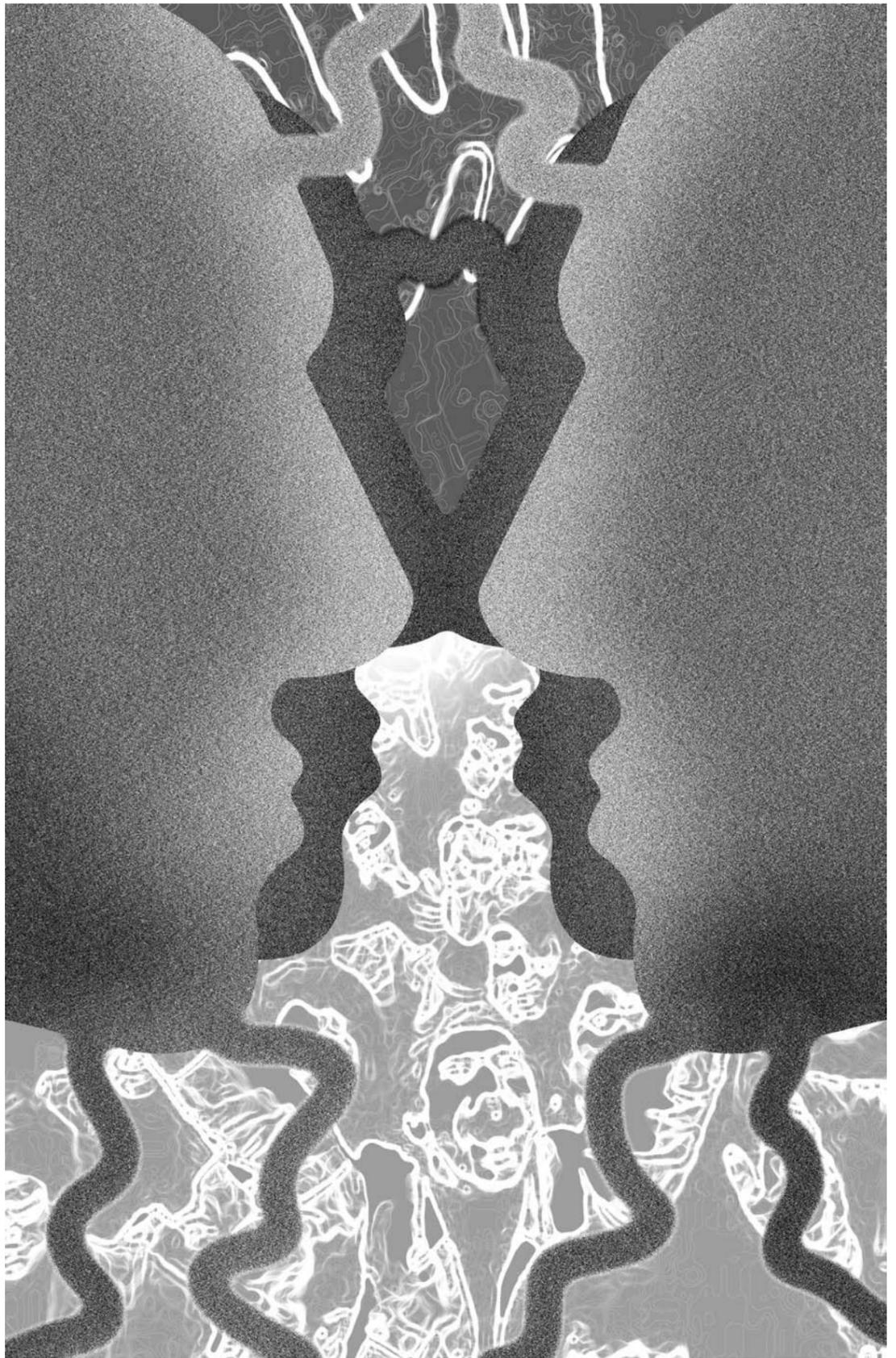
A sociedade contemporânea

revela-se hiper-complexa e plural e o aumento da complexidade exige do direito instrumentos capazes de lidar com ela. Trata-se, portanto, de desenvolver um conceito de poder constituinte que seja capaz de operacionalizar a autoconstituição de uma sociedade plural e multicultural. Observe-se, porém: a abordagem do pluralismo cultural também pode ser utilizada para reforçar diferenças que indicam relações de subordinação, dependência e hierarquia. A necessidade de trabalhar o poder constituinte e o direito constitucional como mecanismos básicos da autoconstituição da sociedade é decorrente de uma perspectiva de igualdade na diversidade, e não de reforço da desigualdade pela diversidade.

A formação da cidadania requer autonomia privada de indivíduos livres e iguais, ao mesmo tempo em que requer a possibilidade de reconhecimento e participação pública desses indivíduos nos processos decisórios sobre seus próprios destinos, como autores e destinatários do direito. Para isso, a livre associação de indivíduos sob a forma de movimentos sociais é indispensável ao direito e à política democrática e, sobretudo, ao exercício do poder constituinte. conceito de poder constituinte somente tem sentido se for pensado em articulação com o conceito de democracia. 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-originais e complementares. Enfim, é necessária uma práxis constitucional que também seja democrática e tenha como referência o poder constituinte do ato fundador.

Sabemos hoje que a prática constitucional democrática é tarefa de toda a sociedade

A perspectiva teórico-prática do direito achado na rua, compreendida procedimentalmente, possibilita essa ligação. Para que uma socieda-



de seja de fato democrática, seus membros devem levar 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.

A formulação originária do conceito feita por Sièyes e os revolucionários franceses, bem como a dinâmica da revolução e do constitucionalismo norte-americanos já nos sinalizam, desde o início, a tensão democrática que é inerente ao tema. Com eles aprendemos que a aquisição evolutiva da constituição somente dá início ao processo

contínuo de sua atualização pela nossa prática, que tem como referência constante o projeto do ato fundador.

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 aos regimes ditatoriais ainda hoje. Torna-se possível, então, uma apropriação da teoria do poder constituinte por parte dos tribunais, sobretudo do STF, marcada profundamente por um pobre viés empírico e pretensamente descritivo que se associou a uma ampla divulgação de teorias antidemocráticas sobre o tema, o que corrói o sentimento constitucional necessário à consolidação da democracia e

fundamental para a identidade constitucional.

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 na construção e reconfiguração de uma comunidade de princípios.