



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MAGNUS HENRY DA SILVA MARQUES

O PODER CONSTITUINTE E LIBERTAÇÃO: Uma análise da factibilidade da Assembleia Constituinte temática da reforma política frente à práxis constitucional.

Brasília
2017

MAGNUS HENRY DA SILVA MARQUES

O PODER CONSTITUINTE E LIBERTAÇÃO: Uma análise da factibilidade da Assembleia Constituinte temática da reforma política frente à práxis constitucional.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito, Estado e Constituição.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Bernardino Costa.

Brasília
2017

Ficha catalográfica elaborada automaticamente,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

MM357 Marques, Magnus Henry da Silva
O poder constituinte e libertação: Uma análise da factibilidade da Assembleia Constituinte temática da reforma política frente à práxis constitucional. / Magnus Henry da Silva Marques; orientador Alexandre Bernardino Costa. -- Brasília, 2017.
123 p.

Dissertação (Mestrado - Mestrado em Direito) -- Universidade de Brasília, 2017.

1. Poder constituinte. 2. Constituinte exclusiva para a reforma política. 3. Constitucionalismo achado na rua. 4. Filosofia da libertação. 5. Constitucionalismo. I. Costa, Alexandre Bernardino, orient. II. Título.

MAGNUS HENRY DA SILVA MARQUES

O PODER CONSTITUINTE E LIBERTAÇÃO: Uma análise da factibilidade da Assembleia Constituinte temática da reforma política frente à práxis constitucional.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pela Comissão Julgadora composta pelos membros:

COMISSÃO JULGADORA

Prof. Dr. Alexandre Bernardino Costa
Universidade de Brasília (Presidente)

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto
Universidade de Brasília (Membro)

Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos
Universidade Federal de Pernambuco (Membro)

Prof. Dr. José Geraldo de Souza Júnior
Universidade de Brasília (Suplente)

Aprovada em: 31 de março de 2017.

Local de defesa: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

A Carolina, minha companheira com quem compartilhei as saudades que nos impôs a distância e, sobretudo, com quem escolhi partilhar projetos de vida e o tempo que nos exige a produção;

A minha mãe, Jussara, e ao meu pai, Manoel, pelo incansável apoio e a torcida constante;

A Consulta Popular e aos companheiros e companheiras que constroem essa organização, pela formação política que garantiu me forjar militante e pela alimentação diária da esperança de construir uma América Latina e o mundo livres de todas as formas de opressões;

Aos companheiros e companheiras da Secretaria de Assuntos Legislativos, pela oportunidade de ter tido a experiência de formular políticas públicas para o país, de acompanhar de perto a movimentação no Congresso Nacional, e pela postura combativa que adotaram em face da ofensiva conservadora que tomou conta do país;

A Débora Sá, pela energia que transborda;

A Helga, Lulinha, Talita, Neto e Juan, que fizeram a secura de Brasília se limitar ao clima;

A Hélio, Natália Bonavides, Natália Sena, Gustavo, Lorena, Denis, por estarem ao meu lado desde as primeiras trincheiras;

A Frente Brasil Popular, por se constituir como um núcleo de resistência ao golpe e, sobretudo, por sua possibilidade de forjar uma nova estratégia que permita mudar o sistema político brasileiro;

A Giovana, Mayara, Leonam, Leozinho, Flávia, Lauro, Nátaly, Allyne, Augusto, André, Arthur, Lara, Pedroca, Clarissa, pelos carnavais, pelas conversas, pelas purpurinas e pela partilha de sonhos;

A Dilma Rousseff, por não se curvar à injustiça sofrida, enfrentando os inimigos de classe de pé após o golpe de Estado;

A Nathan, pela amizade tão resistente ao tempo e à distância;

A Danielle, Priscilla, Ruth, Jakeline, Pedro Ivo, Janiara e Jane, que constantemente comprovam que laços familiares não seguem a lógica hierárquica da árvore genealógica.

AGRADECIMENTOS

A pesquisa tem um caráter coletivo indiscutível. Em que pese uma dissertação significar em certa medida o produto do trabalho de um pesquisador ou pesquisadora, é a troca de entre diversos interlocutores, orientação indireta e, especialmente, a discussão dos dados em grupo que dão força a discussão que nela se materializa. Desse modo, não poderia deixar de agradecer a todas as pessoas que contribuíram diretamente na feitura desse trabalho acadêmico e que dividem comigo uma parcela de responsabilidade pela pesquisa realizada.

Primeiramente, agradeço ao meu orientador, o professor Alexandre Bernardino Costa, pela paciência e pelas sólidas contribuições a esse trabalho asseguraram a consolidação da pesquisa no campo do constitucionalismo. É impreterível agradecer às suas críticas que permitiram que esse trabalho caminhasse na rigidez da academia e do campo de estudo no qual ele se insere.

Agradeço a Talita Rampin, a Helga Martins, a Érika Lula, a Geraldo Neto, pelas revisões, pelas indicações cirúrgicas de leituras e, principalmente, pelas discussões que permitiram amadurecer o problema de pesquisa e os argumentos aqui expostos. Ao professor José Geraldo pelas contribuições na banca e anteriores a ela, especialmente pelas conversas em sala de aula que jogaram luzes a alguns dos temas tratados no trabalho e pelo acompanhamento ao longo da trajetória do Mestrado. A Giovana, a Flávia, a Arthur, a Pedro, a Talita e a Helga (mais uma vez) pela prontidão em aceitar realizar as correções de última hora.

A professora Alajandra Pascoal pelos livros emprestados e por me apresentar a algumas obras desconhecidas por mim do professor Enrique Dussel que tanto contribuíram para a presente pesquisa. Não poderia deixar de agradecer a Pedro Feitoza pela contribuição em forjar a embrionária questão de pesquisa que se desenvolveu até a presente dissertação e, sobretudo, pela incentivo insistente que me fizeram trilhar os caminhos da academia.

Aos professores Menelick de Carvalho, Gustavo Ferreira, e, mais uma vez, José Geraldo, pelas críticas e sugestões na banca. Finalmente, a CAPES pelo financiamento que me permitiram me dedicar integralmente no último ano do mestrado à pesquisa, o que me permitiu refletir sobre um problema candente do nosso país após a consolidação de um golpe de Estado que feriu de morte uma democracia ainda jovem.

[...] a Crítica, que adota uma atitude *livre* em relação a seu objeto, grita para a história: *tu deves ter ocorrido de tal ou qual modo!* As leis da crítica têm, todas elas, efeito *retroativo*; *antes* de seus decretos, a história ocorria de modo bem diferente do que passou a ocorrer *depois deles*.

(Friedrich Engels)

Eu só consigo ter saudades do futuro
Bago maduro, planta de frutos claros
Trago nos lábios calos de tantas palavras
Sou das lavouras que lavra
Pras sementes do amor

Trago uma dor e trago tanta alegria
Que a noite claresse em dia
Solarado de calor

Vem sorte vem
Vem alongar meu passo
Sigo meu traço
Eis meu tesouro fino

Do meu destino eu vou desatar os nós
Todos das fontes à foz
E vou desposar a vida

Minha medida é uma aliança encantada
Semeando a madrugada
As sementes proferidas

Tropecei, quedei, cai
Cai, mas me levantei
Errei mas reconheci
E por vezes acertei

(Newton Júnior)

O PODER CONSTITUINTE E LIBERTAÇÃO: Uma análise da factibilidade da Assembleia Constituinte temática da reforma política frente à práxis constitucional.

RESUMO

As manifestações de Junho de 2013 e os meses que as seguiram fez do Brasil um campo de manifestações massivas; aquelas movimentações colocaram como problema uma série de questões estruturais da sociedade brasileira. De todas as possibilidades levantadas para dar vazão às reivindicações das manifestações de Junho, a questão da realização de uma Constituinte temática foi a que mais movimentou cientistas do direito e teóricos para se posicionarem a respeito do tema. O intenso debate teórico acerca do tema e as divergências entre constitucionalistas consagrados trouxeram uma suspeita de que as questões emergentes da discussão acerca da constituinte parcial ainda são postas como problema. Dessa forma, questões aparentemente respondidas pelo constitucionalismo moderno foram repostas como problema no processo histórico deflagrado na América Latina e, em especial para a presente pesquisa, no Brasil. Se apresenta como problema principal de pesquisa para o presente trabalho a possibilidade de realização de uma constituinte temática para a reforma política em face da práxis constitucional. Desse problema principal, em resumo, emerge as seguintes questões convergentes: Quem é o sujeito do poder constituinte? Esse poder encontra limites? É possível uma constituinte temática? O que revelam as repostas teóricas dadas a esse movimento constituinte? Qual a relação entre o poder constituinte, a política e o direito? Para responder a essas questões, a presente dissertação realizará um levantamento bibliográfico acerca do poder constituinte, bem como sobre as formas que ele se manifestou em solo latino-americano, especialmente no Brasil. Com o objetivo de desnudar a natureza do poder constituinte, esse levantamento sobre essa categoria será ainda conjugado com leituras em filosofia política. Este trabalho se divide da seguinte forma: em seu primeiro momento realiza uma análise sucinta sobre as reações teóricas frente ao movimento constituinte que se inaugurou com o plebiscito popular, e, sobretudo, demonstra a forma de ingresso dessa categoria no léxico político, bem como o constitucionalismo moderno a integrou em suas formulações; em seu segundo momento, trata-se de discutir o significado concreto do poder constituinte tentando propor chaves de leituras que permitem compreender o fenômeno em estudo tendo como principal referencial teórico a filosofia política de libertação. Conclui-se que o poder constituinte, categoria limítrofe entre a Política e o Direito, só pode ser compreendido quando analisado através do processo em que ele se manifesta. Destarte, sua legitimidade, seu sujeito, seu projeto, e as demais questões que surgem da sua práxis se afirmam no processo histórico em que ele se realiza. O constitucionalismo moderno, ao cair no fetichismo do constituído, inverte a realidade social e trata de tomar o determinado como determinante. Essa operação se projeta na análise do constitucionalismo moderno sobre o poder constituinte na sua tentativa de enquadrá-lo sempre à ordem estabelecida.

Palavras-chave: Poder constituinte. Constitucionalismo. Constituinte exclusiva para a reforma política. Constitucionalismo achado na rua. Filosofia da libertação. Direito achado na rua.

THE CONSTITUENT POWER AND LIBERATION: An analysis of the feasibility of the thematic Constituent Assembly of the political reform front of the constitutional praxis.

ABSTRACT

The mobilizations in June 2013 and the months that followed made Brazil a field of mass marches; those movements has posed as a problem several structural questions in Brazilian society. Of all the possibilities raised to the demands of the June mobilizations, the one that moved the most law scientists and theoreticians to position themselves on the subject was the problem of the thematic Constituent. The intense theoretical debate on the subject and the divergences between consecrated constitutionalists have brought a suspicion that the issues emerging from the discussion about the partial constituent are still posed as a problem. In this way, questions seemingly answered by modern constitutionalism were restored as a problem in the historical process initiated in Latin America and, especially for the present research, in Brazil. It presents as main research problem for the present work the possibility of making a thematic constituent for political reform in face of constitutional praxis. From this principal problem, in sum, emerges the following convergent questions: Who is the subject of constituent power? Does this power has limits? Is a thematic constituent possible? What do the theoretical responses to this constituent movement reveal? What is the relation between constituent power, politics and Law? In order to answer these questions, this dissertation will make a bibliographical survey about constituent power, as well as on the forms that it manifested in Latin American especially in Brazil. With the purpose of undressing the nature of the constituent power, this survey on the category will still be coupled with readings in political philosophy. This work is divided as follows: in its first moment, makes a brief analysis on the theoretical reactions to the constituent movement that was inaugurated with the popular plebiscite, and, above all, demonstrates the form of entry of this category in the political lexicon as well as the constitutionalism has integrated it into its formulations; In its second moment, it's about discussing the concrete meaning of the constituent power trying to propose readings keys that allow understanding the phenomenon under study having as main theoretical reference the political philosophy of liberation. It is concluded that the constituent power, borderline between Politics and Law, can only be understood when analyzed through the process in which it manifests itself. In fact, its legitimacy, its subject, its project, and the other issues that arise from their praxis are affirmed in the historical process in which it takes place. Modern constitutionalism, when falling into the fetish of the constituted, inverts the social reality and tries to take the determined as determinant. This operation is projected in the analysis of the modern constitutionalism on the constituent power in its attempt to always frame it to the established order.

Keyword: Constituent power. Constitutionalism. Exclusive Assembly Constituent to the political reform. Constitutionalism founded on the street. Philosophy of liberation. Law founded on the street.

EL PODER CONSTITUYENTE Y LIBERACIÓN: Un análisis de la viabilidad de la Asamblea Constituyente temática de la reforma política frente a la praxis constitucional.

RESUMEN

Movilizaciones de junio de 2013 y los meses que las siguieron hecho de Brasil un campo de manifestaciones de masas; esos movimientos pusieron como cuestión una serie de problemas estructurales de la sociedad brasileña. De todas las posibilidades planteadas para resolver las demandas de las manifestaciones de junio, la cuestión de la celebración de una constituyente temática fue la más capaz de movilizar los científicos de lo derecho y sus teóricos para posicionarse sobre el tema. El intenso debate teórico sobre el tema y las diferencias entre constitucionalistas establecidos trajeron una sospecha de que los problemas que surgen de la discusión de la constituyente parcial todavía se ponen como un problema. Por lo tanto, problemas aparentemente resueltos por el constitucionalismo moderno han sido repuestos como cuestiones en el proceso histórico desencadenado en América Latina y, especialmente para esta investigación, en Brasil. Representa el problema de investigación importante para este estudio la posibilidad de llevar a cabo una constituyente temática para la reforma política a la luz de la praxis constitucional. A partir de este importante problema, en resumen, las siguientes preguntas convergentes surgen: ¿Quién es el sujeto del poder constituyente? Ese poder tiene límites? Una constituyente temática es posible? Lo que revelan las respuestas teóricas dadas a este movimiento constituyente? ¿Cuál es la relación entre el poder constituyente, la política y el derecho? Para responder a estas preguntas, esta tesis llevará a cabo una revisión de la literatura sobre el poder constituyente, así como sobre las formas que él apareció en el suelo de la América Latina, especialmente en Brasil. Con el fin de poner al descubierto la naturaleza del poder constituyente, esta encuesta a esta categoría será todavía ser combinada con lecturas en la filosofía política. Este trabajo se divide de la siguiente manera: en la primera parte se realiza una análisis sucinta de la reacción teórica a el movimiento constituyente que se abrió con la consulta popular informal, y, sobre todo, muestra la manera de entrada de esta categoría en el léxico político y como el constitucionalismo moderno hecho su integración en las formulaciones de lo mismo; en su segunda fase, discute el significado concreto del poder constituyente tratando de proponer claves de lecturas que nos permitan comprender el fenómeno en estudio través de teoría de la política de la liberación. Llegamos a la conclusión de que el poder constituyente, categoría en el límite entre la política y el derecho, sólo puede entenderse cuando se analiza través del proceso en que él se manifiesta. Por lo tanto, su legitimidad, su sujeto, su diseño, y otras cuestiones que surgen de la su praxis se afirman en el proceso histórico en el que se lleva a cabo. El constitucionalismo moderno, la caída de fetichismo constituido, invierte la realidad social y viene a tomar determinada como decisiva. Esta operación se proyecta en el análisis del constitucionalismo moderno en el poder constituyente en su intento de enmarcar siempre a la orden establecida.

Palabras clave: Poder constituyente. El constitucionalismo. Constituyente exclusiva para la reforma política. Constitucionalismo desde la calle. Filosofía de la liberación. Derecho desde la calle.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	O CONSTITUCIONALISMO MODERNO E A OPERAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE	18
2.1	O poder constituinte e a práxis das revoluções burguesas.....	20
2.2	O constitucionalismo moderno e o momento termidoriano.....	29
2.3	A ideologia e sua inversão na categoria do poder constituinte	32
3	O PODER CONSTITUINTE E SEU SIGNIFICADO CONCRETO.....	39
3.1	O poder constituinte entre política e direito.....	42
3.2	O poder constituinte e operação no tempo	44
3.3	A disputa sobre o controle da passagem do tempo no processo constituinte brasileiro de 1987.....	47
4	PARA UM CONSTITUCIONALISMO DA LIBERTAÇÃO	56
4.1	O poder constituinte achado na rua.....	58
4.1.1	Da dialética social do direito ao poder constituinte	62
4.2	Da fetichização à libertação	70
4.2.1	A política da libertação e o poder constituinte.....	76
4.2.1.1	Os momentos constitutivos da política.....	79
4.2.1.2	A práxis de libertação e o surgimento do inédito na política.....	90
4.2.1.3	Da política da libertação para um constitucionalismo de libertação	98
4.3	A constituinte temática e a práxis legitimadora	107
5	CONCLUSÃO	114
	REFERÊNCIAS	119

1 INTRODUÇÃO

As manifestações de Junho de 2013 e dos meses que as seguiram fez do Brasil um campo de manifestações massivas. Aquelas manifestações que se iniciaram pelo aumento do preço de passagens e terminaram, tanto em termos organizativos como em suas pautas, de forma difusa, colocaram como problema uma série de questões estruturais da sociedade brasileira. As reivindicações por direito ao transporte, à saúde, à educação, a políticas públicas bem aplicadas e, enfim, à participação no processo de decisão, trouxeram à tona as debilidades de um sistema político forjado em meio a uma ditadura experimentada no Brasil no período de 1964 a 1985, a um regime autoritário completamente distante do paradigma de Estado Democrático de Direito e de uma transição política¹ realizada por acordos de gabinetes que acabou estruturando o sistema político do Brasil que se instaurou no regime de enunciado democrático² inaugurado com constituição de 1988.

A movimentação política de 2013 trouxe para discussão política, mesmo de forma difusa e sem formulação expressa em cartilhas, panfletos ou manifestos, a relação entre a sociedade civil, o Estado e as suas instituições. É fato que, em virtude da pluralidade de pautas e o de seu caráter pouco orgânico, o significado político daquela mobilização permaneceu em disputa por algum tempo no cenário nacional. No entanto, a dimensão daquela efervescência política que nos interessa aqui é essencialmente a sua capacidade de colocar em questão o exercício do poder e as instituições políticas.

¹ A questão da transição emergiu como problema teórico após as mudanças políticas ocorridas em meio ao século XX –ao norte global, com a ascensão dos governos autoritários em solo europeu e os seus posteriores declínios, e ao sul, com o fim do *apartheid* na África do Sul e dos regimes autoritários pela América Latina responsáveis por inúmeras violações a Direitos Humanos. Sendo assim, a transição de que trata a ciência política contemporânea, a historiografia e até o Direito, com a disciplina da “Justiça de Transição”, tem intrínseca relação com a democratização e com a categoria da democracia, principalmente na sua dimensão político-institucional – principal objeto investigativo para os adeptos da transitologia (MONCLAIRE, 2001) –, uma vez que o movimento teórico e político que forjou enquanto categoria a transição se posiciona em um contexto de superação de grandes traumas nacionais e globais, e, sobretudo, na constituição de regimes que se contrapõem ao passado autoritário.

² Não há consenso na literatura quanto ao significado da categoria da Democracia. Mas é inegável que, ao se falar em transição de regime político, se parte de um ponto a outro, de um regime para outro com conformações distintas. Nesse sentido, a noção de regime de enunciado democrático enquanto fim da transição em oposição ao passado de enunciado autoritário possui grande capacidade explicativa no que tange à passagem de um regime para outro. Permitindo que se deixe recair em uma compreensão minimalista da democracia em sua face normativa, e reduzir a democracia a um modelo pronto a ser adotado ou não por determinado ente. O enunciado democrático, destarte, representa a democracia como regime político em sua dimensão político-institucional, – englobando um ambiente livre para criação de Direitos, como caracterizado por Marilena Chauí (2006), que tem nas suas formulações sobre democracia a questão da relação entre essa categoria e a criação de Direitos pertencentes a sujeitos, ou seja, a identifica com um campo que se permite ser no tempo e que alarga cotidianamente, pela própria ação da sociedade, os seus horizontes; e de Carlos Arturi (2001), que enfatiza a dimensão político-institucional e identifica a democracia com mecanismos de autorização e legitimação de governos, de escolha de indivíduos que tomam decisão em um Regime Democrático.

As manifestações de junho de 2013 tiveram seu início na reivindicação da revogação do aumento de passagem de transporte público que ocorreu simultaneamente em capitais dos Estados federados, tais como Natal, Porto Alegre e São Paulo. Essa alteração tarifária simultânea permitiu que as mobilizações se espalhassem em 350 (trezentos e cinquenta) municípios do país (SINGER, 2013). De forma repentina, as manifestações que tinham como pauta as tarifas dos transportes públicos passaram também a exigir saúde e educação públicas de qualidade e a denunciar as fragilidades do sistema político contemporâneo. Essa movimentação política que tomou as ruas das capitais começou de forma isolada até alcançar proporções nacionais: em um primeiro momento, em razão da solidariedade às e aos manifestantes que sofreram grande repressão, e, em segundo momento, de forma propositiva, mas com pautas difusas:

O uso desmedido da força atraiu a atenção e a simpatia do grande público. Inicia-se, então, a segunda etapa do movimento, com as manifestações de 17, 18, 19 e 20 de junho, quando alcança o auge. Agora outras frações da sociedade entram espontaneamente em cena, multiplicando por mil a potência dos protestos, mas simultaneamente tornando vagas as suas demandas. De milhares, as contas de gente na rua passam a centenas de milhares. Na segunda, 17, quando o *mpl* chama a quarta jornada, que juntou em São Paulo 75 mil pessoas, ela é replicada nas maiores capitais do país da maneira espontânea (SINGER, 2013).

Em razão dessa insatisfação popular, os poderes constituídos, especialmente o Executivo e o Legislativo, se dedicaram a pensar saídas políticas que permitissem dar vazão às mobilizações. Por isso, as proposições centrais que foram apresentadas pelos poderes constituídos giraram em torno da realização de reformas políticas –umas com capacidade de promover reformas mais amplas e estruturais, outras capazes de tocar apenas em questões eleitorais. De todas as propostas arguidas, nenhuma movimentou tantos os cientistas e teóricos do direito como a questão da realização de uma Constituinte Exclusiva temática³ como estratégia para reforma do sistema político.

³ A constituinte proposta tem característica *sui generis* que merece ser explicada. O termo Exclusiva utilizada pela Presidenta da República e pelos movimentos populares que defenderam a sua realização se refere ao fato de que ela funcionaria apenas como uma Assembleia Constituinte, ou seja, define a sua forma de composição, através de uma eleição própria para escolher os deputados e as deputadas constituintes que iriam compô-la. A delimitação de sua forma como exclusiva cumpre um papel político de se contrapor à forma adotada para a realização da Constituinte de 1987. Naquele período, se adotou a forma congressual, o que significa dizer que o poder constituinte foi outorgado aos Congresso já eleito. A característica mais peculiar da proposta reside no seu caráter parcial, temático, portanto, de condão meramente revisional e sobre um tema específico. Assembleias Constituintes, na prática ordinária do constitucionalismo ocidental, inauguram uma nova ordem constitucional, estando as Convenções, ou Assembleias *ad hoc*, destinadas a realizar revisões genéricas, portanto, não temática, sobre a constituição estabelecida. Dessa forma, nesse trabalho, para enfatizar essa característica destoante da referida proposta, nos referiremos a ela como Constituinte parcial ou Constituinte temática. Para compreender

Reagindo às manifestações que, naquele momento, tomaram as ruas do país, a então Presidenta da República, Dilma Rousseff, propôs cinco pactos à nação⁴, dentre eles o pacto pela reforma política, através do qual a mandatária se comprometeu a articular a base do governo federal nas duas casas do Congresso Nacional (Senado Federal e Câmara dos Deputados Federais) para dar andamento à proposição de convocar um plebiscito para consultar os eleitores e as eleitoras do país sobre a realização de uma Constituinte Exclusiva para a reforma do sistema político. Esse ponto em especial foi duramente contestado por amplos setores político-partidários, inclusive da base aliada do governo; por isso, a Presidenta da República alterou rapidamente sua proposta⁵.

Vislumbrando a janela política que permitiria, em tese, realizar uma reforma política ampla no país, alguns movimentos sociais, partidos políticos, setores da igreja católica e sindicatos reivindicaram para si a proposta antes defendida pela Presidenta da República, e passaram a advogar pela realização de uma constituinte exclusiva. Para esse fim, esses setores adotaram como tática o lançamento, em novembro de 2013, a campanha do Plebiscito Constituinte. Essa ação representou uma movimentação política que tinha como objetivo primeiro assegurar a legitimidade do movimento constituinte e popularizar a bandeira do movimento constituinte embrionário. Através dele, os agentes políticos tratariam de perguntar a posição da população brasileira sobre a realização da referida constituinte e propagandear as suas reivindicações.

melhor a distinção entre assembleia constituinte e convenção constituinte Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra editora, 1996.

⁴ Os pactos propostos pela presidenta Dilma Rousseff foram amplamente divulgados pela mídia. Cf. ALCÂNTARA, Diogo; COBUCCI, Luciana. Dilma anuncia 5 pactos e propõe plebiscito da reforma política: presidente pediu discussão sobre propostas envolvendo responsabilidade social, reforma política, saúde, transporte público e educação. **Terra**, Brasília, 24 jun. 2013. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/dilma-anuncia-5-pactos-e-propoe-plebiscito-da-reforma-politica,c3576d53bbb6f310VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>>. Acesso em: 10jan. 2015; BRASIL DE FATO. DILMA propõe 5 pactos; entre eles, plebiscito sobre Constituinte para a reforma política. **Brasil de fato**, São Paulo, 24 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.brasildefato.com.br/node/13338>>. Acesso em: 10 jan. 2015; ROUSSEFF, Dilma. Discurso da Presidenta da República, Dilma Rousseff, durante reunião com governadores e prefeitos de capitais. Portal Planalto, Brasília, 24 jun. 2013. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/imprensa/discursos/discurso-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-durante-reuniao-com-governadores-e-prefeitos-de-capitais>>. Acesso em 23 nov. 2016.

⁵ Para entender o processo político que se desenrolou após a proposição dos cinco pactos à nação, especialmente o da reforma política, indicamos as duas reportagens seguintes que trazem relatado o momento do surgimento da proposta e o posterior recuo do executivo. Cf. LOCATELLI, Piero. Entenda a reforma política. **Carta Capital**, [s.l.], 31 out. 2014. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/entenda-a-reforma-politica-6840.html>>. Acesso em: 10jan. 2015; COSTA, Breno; NALON, Tai. Dilma recua de assembleia constituinte para a reforma política após críticas. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 25 jun. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/06/1300992-dilma-recua-de-assembleia-constituente-paa-reforma-politica-diz-presidente-da-oab.shtml>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

Esse plebiscito tomou corpo na semana compreendida entre os dias 1 e 7 de setembro de 2014. As organizações que estiveram mobilizadas⁶ para a realização desse plebiscito conseguiram viabilizar a participação de 7.754.436 (sete milhões, setecentos e cinquenta e quatro mil, quatrocentos e trinta e seis) pessoas, que puderam exercer seu voto facultativo por meio de votações presenciais, realizadas em locais específicos por todo país, nos quais urnas físicas foram disponibilizadas; e, também, por meio de escrutínio virtual, realizado por meio de uma plataforma online. Como resultado dessa mobilização, 97,05% (noventa e sete inteiros e cinco centésimos percentuais) dos e das votantes e se posicionaram de forma favorável à proposta da concretização de uma Reforma Política através de uma Constituinte Exclusiva e soberana parcial, ou seja, limitada de antemão ao tema do sistema política.

A proposta da Presidenta da República que foi incorporada pelos movimentos populares, por alguns partidos de esquerda, e por parte do movimento sindical, foi de pronto atacada por alguns setores⁷ da sociedade brasileira. A oposição a essa bandeira política teve como argumento central a tese de que é impossível, sob o ponto de vista jurídico, a convocação de um constituinte exclusiva para tratar de um tema específico. De acordo com esse posicionamento⁸, o poder constituinte só pode se manifestar operando uma transformação total

⁶O processo de votação foi organizado por diversas instituições, organizações e movimentos sociais do Brasil, dentre eles o Movimento dos Trabalhadores e Trabalhadoras Rurais sem Terra (MST), o Levante Popular da Juventude, a Consulta Popular, o Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB), a Via Campesina, a Central Única dos Trabalhadores (CUT), o Sindicato dos Servidores Municipais de Natal (SINSENAT), o Partido dos Trabalhadores (PT), a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). O resultado foi divulgado no dia 24 de setembro de 2014 através de uma coletiva de imprensa. Cf. ALBURQUEQUE, Luiz Felipe. Com cerca de 8 milhões de votos, sociedade pede constituinte do sistema político. **Campanha do Plebiscito Constituinte**. Disponível em: <<http://www.plebiscitoconstituente.org.br/noticia/com-cerca-de-8-milh%C3%B5es-de-votos-sociedade-pede-constituente-do-sistema-pol%C3%ADtico>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

⁷As manifestações políticas contrárias à proposta foram protagonizadas por membros do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), como o vice-presidente da República da época, Michel Temer, por ex-ministros e atuais ministros do STF, e pelos principais meios de comunicação do país. Cf. TEMER, Michel. Não à Constituinte exclusiva. **Blog do Noblat**, São Paulo, 24 jun. 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/noblat/posts/2013/06/24/nao-constituente-exclusiva-por-michel-temer-501022.asp>>. Acesso em 15 jul. 2015; BRÍGIDO, Carolina. Constituinte específica para reforma política é contestada por ministros do STF e especialistas. **O globo**, São Paulo, 24 jun. 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/constituente-especifica-para-reforma-politica-contestada-por-ministros-do-stf-especialistas-8800461#ixzz4QsmndNzp>>. Acesso em: 23 nov. 2016; GAZETA DO POVO. Dilma e a constituinte. **Gazeta do povo**, [s. l.], 16 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/editoriais/dilma-e-a-constituente-ef0tp3s5csx3xicjazvw435n2>>. Acesso em: 23 nov. 2016; OLIVEIRA, Mariana. Juristas questionam proposta de constituinte para a reforma política. **G1**, Brasília, 25 jun. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/06/juristas-questionam-proposta-de-constituente-para-reforma-politica.html>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

⁸As manifestações contrárias à realização por parte dos teóricos do direito prosseguiram com a proposta posterior às manifestações de Junho de 2013, parte deles não considerou impossível a realização de uma constituinte parcial, tecendo argumentos em oposição à materialização dessa proposta analisando a conjuntura política do país, outra, por outro lado, se limitou a taxar a proposta de inconstitucional. Cf. BERCOVICI, Gilberto et al. Defender assembleia constituinte, hoje, é golpismo e haraquiri institucional. **Consultor Jurídico**, [s.l.], 26 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-26/defender-assembleia-constituente-hoje-golpismo>>.

de todo o ordenamento constitucional. Além disso, para eles, a manifestação de um momento constituinte está condicionada ao surgimento de uma ebulição social tamanha que ponha em questão todos os fundamentos da ordem constitucional vigente, ou seja, que leve à derrocada do sistema *in totum*, uma vez que a ordem constitucional não tem tendência ao suicídio.

Todas essas questões emergiram no debate público do país desde o momento em que, em resposta às movimentações de junho de 2013⁹, o Governo Federal propôs a realização de um plebiscito oficial sobre a convocação de uma Constituinte Temática da reforma do sistema político. Um dos teóricos do direito que hoje ocupa uma das vagas de ministros do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, se posicionou em entrevista¹⁰ defendendo a impossibilidade teórica de uma constituinte parcial, fazendo a ressalva de que os fatos, por vezes, derrotam a teoria constitucional. Após a destituição da presidenta eleita pelo Congresso Nacional, a proposta de realização voltou a ser levantada como saída política ao impasse institucional gerado pela crise política e econômica, sendo defendida pelo principal polo aglutinador da oposição ao governo instaurado após a saída de Dilma Rousseff¹¹.

O debate que seguiu à proposição da Presidenta da República e da campanha dos movimentos populares, e a ausência de unanimidade entre os teóricos do direito constitucional sobre o tema evidenciaram que as questões que afloram em face da possibilidade da realização de uma constituinte temática, parcial, ainda são latentes, em que pese parecerem respondidas pelo Constitucionalismo Moderno. Além disso, todo esse impasse teórico e político demonstrou

institucional>. Acesso em: 20 mar. 2015; DUARTE, Hugo Garcez. A inconstitucionalidade da reforma parcial da Constituição por constituinte exclusiva. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3772, 29out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25618>>. Acesso em: 30mar. 2015.

⁹ A proposta de realização de uma constituinte parcial para promover uma reforma política no país vem sendo ventilada por parcela dos setores que compõem o governo desde antes das manifestações de junho de 2013, e vem sendo discutida do Congresso e no Executivo desde 2005. Já nesse período houveram manifestações de constitucionalistas, como Paulo Bonavides, contrárias a sua concretização. Cf. BONAVIDES, Paulo. Para especialista, proposta de revisão constitucional é golpe. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 15 ago. 2005. Entrevista concedida a Uirá Machado. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1508200521.htm>>. Acesso em: 10ago. 2015.

¹⁰ A entrevista foi concedida ao TV Migalhas, disponível na internet. Cf. TV MIGALHAS. Entrevista Luís Roberto Barroso (constituinte exclusiva). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ipaYn19QrMw>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

¹¹ A Frente Brasil Popular, criada para unificar as principais forças contrárias à deposição da presidenta eleita, passou a defender a realização da Constituinte Exclusiva para a Reforma do Sistema Político em encontro nacional após a consolidação do impedimento de Dilma Rousseff. Além disso, houve uma mudança de posição entre teóricos do direito constitucional sobre a proposta após a crise institucional instaurada. Cf. BRASIL DE FATO. Frente Brasil Popular atualiza plataforma política e convoca jornadas para 2017. **Brasil de fato**, Minas Gerais, 09 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2016/12/09/frente-brasil-popular-atualiza-plataforma-politica-e-convoca-jornadas-para-2017/>>. Acesso em 20 jan. 2016 e BERCOVICI, Gilberto; COSTA, José Augusto. A Constituição morreu. Chama o povo para fazer outra!. **Carta Capital**, São Paulo, 15 mai. 2016. Disponível em: <<http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Principios-Fundamentais/A-Constituicao-morreu-Chama-o-povo-para-fazer-outra-/40/36107>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

que a simples adequação da situação fática às categorias normativas da constitucionalidade ou inconstitucionalidade é incapaz de lançar luzes ao fenômeno concreto ora estudado.

Portanto, apesar do enfraquecimento da discussão sobre uma constituinte temática, a necessidade de investigação sobre a teoria constitucional brasileira e, especialmente, sobre a categoria do poder constituinte e sua forma concreta de manifestação se apresenta em face do povo em movimento para que seja possível uma resposta à mobilização por uma constituinte temática da reforma do sistema político. Desse modo, se apresenta como problema principal de pesquisa para o presente trabalho a possibilidade de realização de uma constituinte temática para a reforma política em face da práxis constitucional. Especificamente sobre o ordenamento brasileiro se levanta como questão: a falta de previsão normativa é capaz de excluir do rol de ações do povo a convocação de uma assembleia constituinte para os fins propostos? A ausência normativa é capaz de deslegitimar qualquer processo constituinte?

Dessa forma, questões aparentemente respondidas pelo constitucionalismo moderno foram repostas como problema no processo histórico deflagrado na América Latina e, em especial para a presente pesquisa, no Brasil. Apresenta-se como problema, portanto, uma tensão pouco resolvida pelo constitucionalismo moderno entre mudança e permanência. Para compreender o movimento constituinte que motivou essa pesquisa é preciso investigar a práxis jurídico-política do poder constituinte, sua forma de manifestação, e principalmente onde repousa a sua legitimidade, objetos principais do trabalho que será desenvolvido ao longo das próximas páginas.

Em resumo, o trabalho pretende responder aos seguintes questionamentos convergentes que emergem do problema principal da pesquisa: Quem é o sujeito do poder constituinte? Esse poder encontra limites? É possível uma constituinte temática? O que revelam as respostas teóricas dadas a esse movimento constituinte? Qual a relação entre o poder constituinte, a política e o direito? Como equacionar a tensão entre mudança e permanência no constitucionalismo contemporâneo?

A presente pesquisa será desenvolvida de forma teórica e se realizará a partir, primeiramente, de um levantamento bibliográfico acerca do poder constituinte, bem como sobre as formas pela qual ele se manifestou em solo latino-americano, especialmente no Brasil, com o objetivo de desnudar a natureza do poder constituinte e responder as questões principais formuladas pela pesquisa. Esse levantamento sobre o poder constituinte será ainda conjugado com leituras em filosofia política.

A dissertação fará em seu primeiro momento uma análise sucinta sobre as reações teóricas frente ao movimento constituinte que se inaugurou com o referido plebiscito popular,

uma descrição de como a categoria principal dessa pesquisa ingressou no léxico político do ocidente e, sobretudo, demonstrará a relação entre a categoria da ideologia e o constitucionalismo com o objetivo de verificar se o constitucionalismo moderno é suficiente para compreender o fenômeno em estudo. Em seu segundo momento, trataremos de discutir o significado concreto do poder constituinte tentando identificar o mecanismo que o acopla nas dimensões da política e do direito, e desnudar a relação entre direito e política a partir do processo constituinte de 1987. Em um terceiro momento discutiremos como são definidos e desenhados os elementos essenciais de um processo constituinte e de uma transformação de uma ordem política, propondo chaves de leituras que permitam compreender o fenômeno em estudo.

2 O CONSTITUCIONALISMO MODERNO E A OPERAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE

A modernidade começa a ser forjada, tanto em seu sentido espiritual como material, com a descoberta europeia do “outro” latino-americano. A constituição do “moderno” só foi possível com transição da Europa da periferia do mundo árabe para o centro do sistema mundo e pela criação da América Latina como periferia. Os eventos que puseram essa transformação em movimento permitiu à Europa sair do cerco árabe. Desse modo, a figura do outro latino-americano foi fundamental para a constituição da modernidade:

A modernidade se originou nas cidades europeias medievais, livres, centros de enorme criatividade. No entanto, “nasceu” quando a Europa pôde confrontar-se com “o Outro” e controla-lo, vencê-lo, violenta-lo, quando pode definir-se como um “ego” des-cobridor, conquistador, colonizador da Alteridade constitutiva da mesma Modernidade. De toda maneira, esse Outro não foi “des-coberto” como Outro, mas sim foi “en-coberto” como “o Mesmo” que a Europa já era desde sempre [...] (DUSSEL, 1994, p. 8, tradução nossa).

Em aspectos materiais, a “descoberta” da América Latina também contribuiu para criar as condições econômicas e sociais para o surgimento do movimento que inaugurou a modernidade. A exploração das riquezas naturais do novo continente, que permitiu furar o cerco do mundo árabe às rotas de comércio da Europa, possibilitou acesso a uma fonte de matéria prima, metais, e, acima de tudo, permitiu este continente exportar suas contradições para outro espaço, fundando, por fim, as bases para a realização dos eventos políticos, sociais e intelectuais que inauguraram a modernidade (MARINI, 2000).

Sob a égide da modernidade através do seu confronto com o passado mítico, a sociedade ocidental passou a problematizar as suas próprias origens encontrando apenas em si própria as suas razões seus determinantes. Com ela foi possível o surgimento da sociedade propriamente histórica que não é só no tempo, mas está sendo (CHAUÍ, 2007). A mudança da modernidade pôs fim, destarte, a aceitação de referências externas ao próprio humano para fundamentar a história dos homens e mulheres e os produtos de suas ações. Sendo assim, para as sociedades propriamente históricas há algumas questões abertas perpetuamente: a possibilidade de sua extinção, a data de sua origem, e a sua mutação (CHAUÍ, 2007). É por manter essas questões como problemas que essas sociedades são temporais inclusive para si. Esse ser no tempo provocado pelo giro epistemológico da modernidade está expresso na caracterização do contemporâneo por Menelick de Carvalho Netto (2011, p. 33).

[...] o contemporâneo não é apenas aquele que, ao perceber a sombra do presente, torna-se capaz de apreender sua luz inocultável; é também aquele que, ao dividir e interpolar o tempo, torna-se apto a transformá-lo e colocá-lo em relação com outros tempos, e nele ler a história de maneira inédita e a “encontra-se” com ela, não por uma decisão arbitrária, mas por uma exigência que não pode deixar de atender.

Uma das categorias construídas pela modernidade com o objetivo de construção da auto-referência da sociedade, especificamente no campo do Direito e da Política, é a do poder constituinte, que, de acordo com Martin Loughlin (2003, p. 100, tradução nossa), “[...] emerge como tema no pensamento político ao lado da convicção de que a autoridade do governo se encontra no consenso das pessoas” e em uma tentativa de enraizar as explicações sobre o fenômeno da política e do governo no próprio campo social. A constituição que ele produz, por sua vez, representa um ponto de interlocução entre dois campos diferenciados: a Política e o Direito (PAIXÃO, 2014); ou seja, através da Constituição se realiza o acoplamento estrutural entre esses sistemas, garantindo a legitimidade da política e o momento prático do direito (COSTA, 2014). O aparecimento desse poder enquanto constructo teórico de explicação dos fenômenos da política e do direito inaugura o surgimento no pensamento ocidental do princípio do auto-governo. A categoria do poder constituinte delineada pelos eventos da modernidade encontra seu sujeito em uma comunidade, em uma coletividade ativa capaz de estruturar a identidade política e, ao mesmo tempo, o fundamento do ordenamento jurídico, seja através da noção de povo ou da nação.

[...] Obra coletiva da sociedade, construído sobretudo nas revoluções francesa e Americana, o conceito de poder constituinte não pode ser reduzido a um autor, uma obra ou uma teoria. Justamente por ser um conceito jurídico constitucional que foi construído pela prática democrática e pelo constitucionalismo que buscaremos em SIEYES essa tensão entre constitucionalismo e democracia que se revela já no início de sua formulação (COSTA, 2005, p. 73).

Sendo assim, o poder constituinte – isso é um dado fundamental para o dimensionamento da natureza dessa categoria e dos elementos que a constituem – tem sua formulação cunhada a partir da práxis política dos homens e das mulheres que fundaram a modernidade. Antes de representar alguma ideia que normatizou a atuação política ou representar um constructo teórico de um ou outro pensador moderno, o poder constituinte se fez potência na prática política, nos eventos que representaram um marco para a modernidade na Europa. Enquanto formulação teórica, a ideia de poder constituinte se apresentou como uma chave de leitura para a compreensão de um movimento político concreto que tomava conta do continente europeu. Por isso, para compreender a categoria e o fenômeno do poder constituinte, passaremos a analisar os eventos que inauguraram o poder constituinte no léxico político.

2.1 O poder constituinte e a práxis das revoluções burguesas

Antonio Negri (2002), em sua investigação sobre o poder constituinte e o processo de surgimento da modernidade, defende a tese de que o constitucionalismo engendra um mecanismo de dominação da potência do poder constituinte por meio de construções que serão melhor abordadas nas linhas subsequentes. Ele diagnostica a permanência de uma tensão entre constitucionalismo e democracia que se faz presente na tentativa do constitucionalismo de castrar as potencialidades do poder constituinte. Negri, a partir de uma pesquisa sobre a movimentação política que deu vida à modernidade, ou seja, as revoluções burguesas ocorridas em solo europeu e estadunidense, compreendeu que é realizada na história um processo de alargamento, em momentos de grande efervescência política, e contração das formulações sobre o poder constituinte por meio das categorias norteadoras da ciência que o estuda, como as de soberania e sistema representativo (QUINTAR, 1998).

A opção do autor italiano em investigar o poder constituinte através desses fatos históricos se justifica pela mesma razão que nos leva a nos debruçar de forma breve sobre esses eventos, qual seja: foram eles que trouxeram para o léxico político ocidental a categoria do poder constituinte por meio da práxis revolucionária desses povos. É por isso que é através desse processo que pode ser compreendido o procedimento do constitucionalismo de expandir e de limitar a potência constituinte.

No nascimento da modernidade o poder constituinte enfrenta o seu primeiro grande alargamento com a teoria maquiavélica. Forjada em um período de profundas transformações sociais e políticas, o problema da mudança passa a ser fundamental nas reflexões desse teórico italiano analisado por Antonio Negri (NEGRI, 2002). A partir da sua teoria, começa-se a construir a base que edificará o surgimento da categoria do poder constituinte (QUINTAR, 1998) especialmente por ela ser capaz de demonstrar que a mudança é um resultado da ação humana. Dessa forma, Nicolau Maquiavel, através das categorias da *virtù* e da *fortuna*, da tensão entre força constituída e força constituinte, demonstra o papel da ação humana, a *virtù*, como motor das transformações da realidade (NEGRI, 2002).

A operação teórica fundamental de Maquiavel consiste em fazer da mutação uma estrutura global que é atravessada enquanto globalidade, pela ação humana. Porém esta ação é ela mesma estrutural, estende-se pela globalidade do horizonte histórico, aferra e domina as variações do tempo, dando-lhe sentido e significado. (NEGRI, 2002, p. 62).

Por sua vez, no contexto da revolução inglesa, Antonio Negri encontra o florescer da poder constituinte como contrapoder nos escritos de James Harrington através de sua previsão de uma força que teria a capacidade de superar as determinações tradicionais (NEGRI, 2002), ou seja, um poder capaz de negar e transformar o estabelecido, o constituído. A proposta de Lei Agrária de James Harrington, ao contrapor a ordem estabelecida de posse de terra, exigia uma reforma distributivo das terras para o povo e tinha o condão de pôr em questão a ordem constitucional estabelecida através da atuação do poder constituinte da multidão (QUINTAR, 1998). A tese harringtoniana ganhava ainda uma dimensão mais profunda e contestatória ao requerer que, aliado a essa distribuição da terra, houvesse um sistema de alternância no poder (QUINTAR, 1998), questionando, por fim, o estado de coisas da política de sua época e de seu território. O poder constituinte é encontrado por Negri nas formulações harringtoniana na capacidade da mobilização popular estabelecer materialmente uma nova constituição por meio do rompimento com a lógica de distribuição de terra até então vigente. Nessa investigação, é percebido que Harrington demonstra que os grandes confrontos de classe fazem nascer a potência constituinte (NEGRI, 2002).

O autor italiano, por sua vez, percebe que a potência constituinte enquanto contrapoder atravessa o atlântico e encontra na movimentação de independência estadunidense e de constituição daquele país um espaço novo que poderia ser modificado e delimitado inteiramente pela ação política. No entanto, ao mesmo tempo que foi possível essa expansão da potência constituinte, se deu um movimento de limitação através da sua captura pela máquina constitucional (NEGRI, 2002).

Se o *homo politicus* da Revolução [americana] insere o social no político, como espaço aberto e liberdade de fronteira, o *homo politicus* da Constituição está submetido a uma máquina institucional que estabelece limites precisos para a liberdade (NEGRI, 2002, p. 231).

A experiência estadunidense de construção constitucional por meio de Assembleia Constituinte se manifesta em um ato de liberdade política que antecede à ordem uma vez que se inspira na prática participativa dos colonos de realização de assembleias em seus territórios. Esta evoluiu ao ponto de obrigar a coroa inglesa a reconhecer a capacidade legiferante dessa entidade fundamentada no autogoverno (BARRIENTOS, 2014). Ou seja, a ação dos colonos fundamentou uma prática que tinha como centro a capacidade da comunidade política estabelecer suas próprias regras e forma de governo dando expansão máxima à capacidade da potência constituinte desse sujeito coletivo. No entanto, ao mesmo tempo em que o poder

constituente pôde encontrar um espaço para toda a sua expansão, ele foi retraído ao ser absorvido pela máquina constitucional. É fato, portanto, que o autor italiano encontra na engenharia institucional os freios para o poder constituinte e, por consequência, a morte da potência constituinte. O autor, por fim, identifica no final do processo revolucionário americano o *homo politicus* determinado e mediado pela constituição, e o poder constituinte com a única função de elaborar dispositivos constitucionais (NEGRI, 2002). Começa a se revelar uma tendência de produção, após um período de intensa efervescência política, de mecanismos para enrijecer o constituído e para minar a potência do constituinte, tese essa defendida também por Rene Toedter (2010).

O diagnóstico de Negri sobre a captura do poder constituinte pela constituição nos revela, na verdade, uma imagem sobre o mecanismo engendrado pelo constitucionalismo moderno¹² sobre o poder constituinte. De fato, há uma relação tensa entre o constituído e o constituinte que o autor enxerga bem. Mas, a solução teórica negriniana já desvelada até aqui, longe de desvendar o processo de síntese dessa contradição e tensão, termina por insistir em uma solução extrema e oposta ao realizado pelo constitucionalismo moderno: negar o constituído em face do constituinte. A contribuição central de Negri para a nossa investigação é a descrição dessa passagem de um poder absoluto, que constitui o real e a existência humana, para um poder que serve apenas de fundamento para um governo de uma comunidade política, aquela realizada pelo constitucionalismo moderno.

Com o nascimento do constitucionalismo moderno, o poder constituinte passa a estar condicionado por mediações de categorias como a de representatividade; e a ciência jurídica passa a ter o papel de regulá-lo e de moldar a sua potência constituinte através de uma perspectiva normativista¹³ como melhor demonstraremos a frente. Para Negri (2002), aqui reside uma crise fundamental: a tensão entre constitucionalismo e democracia, ou seja, do governo limitado e da potência voltada sempre ao futuro, representação essa que sintetiza a concepção de democracia negriniana e o seu conceito de poder constituinte (NEGRI, 2002).

¹² Há autores que preferem se referir a esse constitucionalismo como constitucionalismo liberal (DALMAU, 2014; CHUERI; GODOY, 2010; COSTA, 2011), no entanto, esse trabalho optou por não realizar qualquer distinção entre paradigmas constitucionais da modernidade uma vez que os eventos político-teóricos que a forjaram desenharam e se fundamentaram em elementos do constitucionalismo liberal. Desse modo, a modernidade carrega a bandeira do constitucionalismo liberal a ponto de todo o léxico político-constitucional sob esse paradigma se traduzirem em premissas deste (COSTA, 2011; FERNÁNDEZ, 2012), por isso, ao falarmos em constitucionalismo moderno nos referiremos também ao que alguns autores chamam de constitucionalismo liberal.

¹³ Essa perspectiva normativista se faz presente até em parcela do constitucionalismo crítico. Friedrich Müller (2003), por exemplo, defende que o papel dos constitucionalistas é o de traduzir e estabelecer parâmetros para que as reivindicações por mudanças ganhem vazão por formas legais, legítimas e pacíficas. Dessa forma, o autor formula um constitucionalista legislador das ação política.

A noção de poder constituinte nos momentos iniciais da modernidade se relaciona com uma capacidade inalienável da comunidade política de pôr em questão a ordem estabelecida. Já na distinção entre regime legítimo e direito de resistência defendida por Locke, esse contrapoder da comunidade política se revela (BARRIENTOS, 2014). Por isso, essa categoria, conforme demonstrado por Negri, tem uma potência de transformação total do real, e representa uma chave interpretativa da capacidade humana de alterar o mundo em que vive em todas as suas dimensões. Nesse ponto já adiantamos em parte a insuficiência teórica do conceito desse poder construído por um dos mais proeminentes revolucionários franceses.

Emmanuel Joseph Sieyès, o abade Sieyès, foi um dos principais formuladores do poder constituinte no cenário revolucionário francês e foi também uma das principais referências para a ciência jurídica ocidental contemporânea para delimitação do significado jurídico-político desse poder. Motivo pelo qual a investigação sobre os sentidos atribuídos a ele por esse autor é fundamental para a compreensão do que o constitucionalismo moderno e contemporâneo entende por sua natureza. É no processo revolucionário da França que podemos verificar de forma mais clara o movimento de expansão e limitação do poder constituinte, bem como a formação das bases da teoria contemporânea sobre esse poder.

A revolução francesa de 1789 representou um dos mais notórios acontecimentos políticos que tomou conta do solo europeu. Sua relevância é tamanha que ela se tornou paradigma para o estudo de processos revolucionários (ARATO, 2000). Sua capacidade transformadora e seu caráter paradigmático se devem sobretudo por ela ter sido capaz de incluir a questão social na ordem do dia dos debates públicos e de inserir a multidão na ação política. Essa característica popular do movimento que tomou o solo francês de trazer para a política um sujeito coletivo ator desse campo, permitiu a expansão temporal da potência constituinte (NEGRI, 2002) ao fazer surgir daquela movimentação política uma nova era, um outro tempo – com paradigmas e referências completamente distintas daqueles vigentes. Ou seja, a derrubada de um “antigo regime”, alocado expressamente no passado, representa o maior feito desse fenômeno político e revelou a potência da ação de um sujeito coletivo sobre o *status quo*. Por isso, para cientistas políticos, filósofos e teóricos do direito, a compreensão do significado de uma revolução perpassou pelo estudo desse processo histórico (ARATO, 2000).

A produção e o trabalho representam pontos fundamentais na teoria do poder constituinte elaborada por Sieyès. A principal reivindicação de seu manifesto sobre o terceiro Estado era exatamente que a dimensão política estivesse de acordo com a econômica; ou seja, que aqueles que representavam o motor da economia nacional, o terceiro estado, passassem a

gerir de fato a coisa pública, a tomar as decisões sobre os caminhos políticos e sociais da nação (SIEYÈS, 2009).

A categoria de nação, para Sieyès, verdadeira titular do poder constituinte, tem natureza estritamente econômica na formulação do revolucionário francês, pois, nela se incluía apenas aqueles que “contribuem com o progresso econômico, produzindo bens e valores para o mercado” (BERCOVICI, 2013, p. 317). Através desse mecanismo teórico e dessas categorias, Sieyès realiza um acoplamento entre a potência constituinte e a esfera da produção econômica, afinal, seu objetivo político primeiro era o de garantir que aqueles que dominam esta pudessem exercer também o poder político. O movimento revolucionário tinha como objetivo central superar um modelo político que, segundo ele, mantinha as estruturas de poder nas mãos de classes que não produziam (SIEYÈS, 2009). Esse poder tinha seu fundamento em uma comunidade política. A legitimidade era, portanto, garantida por sua referência a um sujeito coletivo. Essa noção de uma titularidade coletiva se desenvolveu ao ponto de surgir a ideia de condicionar qualquer reforma constitucional à existência de mecanismos de participação popular, seja na iniciativa ou na deliberação (BARRIENTOS, 2014).

Por isso, para Sieyès, “o papel da nação é redigir uma constituição para manter a possibilidade de evolução do sistema político em conformidade com interesses econômicos” (BERCOVICI, 2013, p. 317). Sendo assim, a sua formulação teórica sobre o poder em questão tem uma imbricação com esse projeto de superação de um modelo político. As categorias identificadas pelo autor encontram seu limite no campo econômico, afinal, toda a potência ali descrita tinha o intuito de equiparar o campo da política com aquele.

Para o abade, a nação, aqueles que produzem as riquezas do país, tem o direito de produzir a constituição (SIEYÈS, 2009). A vontade desse sujeito coletivo é a fonte de toda a legalidade, “só precisa de sua realidade para ser sempre legal” (SIEYÈS, 2009, p. 56). Vê-se, portanto, que a legitimidade da potência constituinte para o revolucionário francês se encontra na vontade de uma coletividade e, de forma alguma, se remete a qualquer procedimento do constituído. Essa conclusão desse teórico que reconhece a legitimidade do poder constituinte na própria vontade da coletividade não se distingue muito da noção dusseliana – que será melhor abordada em capítulo próprio – da vontade da comunidade política e do novo consenso crítico como fonte de legitimação.

Para o abade, a capacidade da nação mudar a constituição é inalienável e incapaz de ser suprimida (SIEYÈS, 2009), ou seja, mesmo após a consolidação do desenho de uma ordem constitucional, esse poder permanece suspenso para ser utilizado a qualquer momento pela nação. Bastando apenas a vontade de fazer acoplar o campo da política com o da economia. No

entanto, ainda para Sieyès, ele tem uma função extraordinária (BARRIENTOS, 2014), ou seja, não se traduz na política ordinária de tomada de decisões, mas em circunstâncias excepcionais decididas pela comunidade político-econômica, a nação. Por isso, o autor identifica esse poder como um direito natural do homem (SIEYÈS, 2009), afinal, para ele “a constituição é uma norma do direito positivo, que constrange apenas os governos, mas não a própria nação que a constituiu e que, portanto, pode modificá-la a qualquer momento” (COSTA, 2011, p. 207).

É preciso ressaltar que o pensamento de Sieyès era comprometido com a noção liberal de governo limitado, na medida em que ela inviabilizava a constituição de um governo que se instituisse como soberano. O extraordinário poder de fazer a constituição formulado pelo abade tem um limite claro no que se refere ao seu sujeito: por se esgotar no estabelecimento das regras constitucionais, ele nunca pode ser atribuído ao governo. Em nome do poder constituinte não se pode fazer leis, não se pode estabelecer políticas, não se pode governar um povo. Em suma, o governo não pode ser confundido com a própria soberania, que, na semântica democrática, tem como único titular o povo. Portanto, nenhum órgão governamental poderia exercer o poder constituinte já que este se anularia no momento em que o próprio governo seria constituído (COSTA, 2011).

Desse modo, a formulação do revolucionário francês aloca o poder constituinte longe de qualquer tentativa de captura por parte do constituído. O sujeito nação de Sieyès pode reordenar quando quiser o sistema constitucional forjado por ela sem qualquer referência a ordem estabelecida; mas, o campo de exercício desse poder não pode jamais adentrar as barreiras da economia. A compreensão do poder constituinte inicialmente criada pela modernidade, portanto, advém de uma “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” (COSTA, 2006, p. 32). Temos, pois, que na dialética entre permanência e mudança, a síntese que engendra o poder constituinte é o da mudança. Longe dos padrões da estabilidade tão arguida pelos teóricos que afirmam a impossibilidade de uma constituinte temática, a formulação do poder constituinte e a sua manifestação no tempo não se deu seguindo esquemas ou roteiros, mas no calor das movimentações políticas de um povo em luta, afinal, até mesmo a “Convenção da Filadélfia, que elaborou o projeto que deu origem ao texto constitucional [estadunidense], não foi convocada para esse fim e em momento algum se julgou investida no direito de estabelecer uma constituição” (COSTA, 2011, p. 203).

Porém, em que pese a intensidade da expansão da potência constituinte nos eventos revolucionários da França, a categoria de nação de Sieyès ganhou um limite intransponível,

uma vez que, para ele, “o espaço político é a organização de um espaço social, ou seja, de uma temporalidade determinada e de um modo de produção específico” (NEGRI, 2002, p. 316). Desse modo, a potência constituinte estaria interdita de superar as barreiras do político e alcançar o campo da economia. A crítica marxiana do trabalho, por sua vez, liberta o poder constituinte das barreiras impostas pela nação de Sieyès, ao passo que ele descreve o surgimento do modo de produção capitalista pela ação humana (NEGRI, 2002) e indica os caminhos para superá-lo. Com isso, Karl Marx indica que não há campo que aprisione a potência constituinte. Com Marx, resta revelado que o poder constituinte encontra limites apenas no mundo da vida, este condicionado pelo político e pelo social (NEGRI, 2002).

De todo modo, nos eventos que puseram em marcha a consagração da modernidade, se estabeleceu, a partir do exercício do poder constituinte, a noção moderna de constituição como instrumento com pretensão normativa¹⁴ capaz de impor limites materiais, processuais e de estruturais ao exercício dos poderes constituídos. A constituição enquanto instrumento regula os poderes constituídos decorreu sim da principal reivindicação política dos movimentos que incendiaram o continente europeu: o controle sobre o poder absoluto dos reis. Ao poder constituído limitado, portanto, contrapunha-se, conforme delinea o autor francês em comento, o poder constituinte absoluto da nação (COSTA, 2005, p. 75).

O poder constituinte nessa construção teórica não encontra qualquer regulação e, por isso, baseado na soberania, é capaz de elaborar uma constituição com pretensão normativa para impor limites ao poder constituído do governo, como assim o fez no processo constituinte dos países que viveram as revoluções burguesas. Essa potência é, portanto, ato fundador do ordenamento constitucional que se ergue através do seu exercício. Da práxis revolucionária das revoluções burguesas emerge a categoria do poder constituinte. Este tem em seu núcleo fundamental elementos de auto-governo e de direito à resistência (BARRIENTOS, 2014), especialmente pelo seu papel de se contrapor a ordem dada, de legitimar um grande processo de mudança e por ter participado dos processos de decisões os próprios sujeitos mobilizados, o que culminou no surgimento das experiências de Assembleias Constituintes.

Seguido ao momento de total expansão, Negri (2002) identifica, assim como Toedter (2010), um momento em que, na dialética da permanência e da mudança, a síntese se desloca para o enrijecimento do constituído. Nessa fase, para o autor italiano, começa a ser posto em

¹⁴ A vinculação entre o nascimento da Constituição com pretensão normativa e as revoluções burguesas que puseram em marcha o nascimento da modernidade é um ponto pacífico no constitucionalismo. É esse fato que motiva Dalmo de Abreu Dallari (1986) a explicitar a trajetória de ascensão da burguesia ao poder político para delimitar o significado da Constituição.

andamento um mecanismo de submissão do poder constituinte ao constituído (NEGRI, 2002), sendo essa constatação a sua principal contribuição: o constitucionalismo moderno tem a pretensão de domar a potência desse poder. Sendo assim, a crítica negriniana tem o condão de desnudar uma relação tensa entre a política e o direito, mesmo sem fazê-lo de forma expressa.

Ademais, Negri também traz uma contribuição no sentido de deslocar a discussão sobre poder constituinte da filosofia política para a filosofia primeira. A relação entre poder constituinte e poder constituído nas formulações do autor se projeta sobre o liame entre a potência e o ato presente nas reflexões aristotélicas (AGAMBEN, 2010). Para Aristóteles, a potência possui existência autônoma, distinta do ato. Como para Negri o poder constituinte não se condiciona a existência do poder constituído nem é se esgota na tarefa de constituição do constituído (AGAMBEN, 2010), assim como “o tocador de cítara mantém intacta a sua potência de tocar mesmo quando não toca” (AGAMBEN, 2010, p. 51), o sujeito do poder constituinte mesmo ao não invoca-lo mantém para si esse poder com as características que a ele são inerentes. Com essa formulação teórica, Antonio Negri realiza a transição da filosofia política para a filosofia primeira.

O surgimento do constitucionalismo moderno se integra e executa o projeto de reduzir a potência constituinte e amansar a expansão temporal que a ação da multidão da política permite, ou seja, fazer a potência se desintegrar no ato. Por isso, as formulações dessa ciência tratam de mediar o poder constituinte pelo constituído, tolher sua potencialidade de mudança e, no limite, fazendo uso da característica dos hegelianos indicada por Friedrich Engels (2011), tentam dizer à história como ela deveria ter acontecido com o objetivo de fazer a história futura obedecer às suas leis.

[uma das forma] com a qual a ciência e a prática do direito tratam do poder constituinte é a sua qualificação material por instrumentos jurídicos: “que o poder constituinte seja, ele mesmo, uma multiplicidade de poderes jurídicos dispostos em uma relação singular, de sorte, que os elementos de mediação jurídica estejam sempre necessariamente pressupostos”. Essa forma de compreender o poder constituinte, muito comum nos manuais de direito constitucional e na prática judiciária no Brasil, transfigura o poder constituinte em processo constitucional, segundo o qual seu exercício somente ocorre em determinadas condições pré-estabelecidas juridicamente [...] (COSTA, 2005, p. 122).

A constatação de que os manuais e parcela considerável dos teóricos do direito constitucional caracterizam o poder constituinte como mero processo constitucional ou poderes jurídicos definidos pelo próprio direito no que tange ao limite de competência e de procedimento nos dá fortes indícios de que o constitucionalismo moderno, além de se afastar do fenômeno social concreto do poder constituinte ao tentar explicá-lo, trata sim de realizar

uma tentativa de domesticar essa potência dentro dos protocolos ritualísticos do ordenamento constituído, condicionando a manifestação do poder constituinte ao cumprimento de procedimentos

Entretanto, “[...] o poder constituinte foi concebido e desenvolvido, ora como conceito limite, domesticado e tornado impotente, ora como força que modifica, atualiza e emancipa” (COSTA, 2005, p. 119). Esse processo de amansamento de sua potência constituinte em alguma medida representa também a forma pela qual o poder constituinte se faz presente. Em verdade, antes de representar a tensão entre constitucionalismo e democracia, ela nos revela a existência de uma dialética entre mudança e permanência, futuro e atualidade, própria da disputa política que se desenvolve no seio do processo histórico. Esse processo constituinte, em verdade, elabora inclusive seus próprios condicionantes ao passo que impossibilita a sua manifestação autoritária.

[...] Como buscamos aqui afirmar, a ausência de limites do poder constituinte está condicionada pelo tempo histórico e pelas tradições, não sendo possível ao poder constituinte extrapolar aquilo que é paradigmático, ainda que seja em uma revolução. Justamente essa perspectiva que NEGRI parece não perceber, pois se o constitucionalismo domesticou o poder constituinte, ele também o possibilitou, e isso ocorre no processo histórico de tal maneira que o que era possível ontem – poder constituinte autoritário – não é mais possível nos dias de hoje (COSTA, 2005, p. 93-94)

Temos uma tensão no âmbito do significado do poder constituinte que se manifesta na produção da narrativa do constitucionalismo. No entanto, esse constitucionalismo, ao contrário do que defende Negri, possibilita e é determinado pela manifestação do poder constituinte. A contradição entre trabalho morto, do constitucionalismo vigente, e do trabalho vivo, da narrativa constitucional com pretensão de vigência, é própria do movimento do processo histórico e da democracia. Sendo assim, o constitucionalismo é produto dessa tensão inegável entre forças que disputam a construção de hegemonia em torno da legitimação do poder constituinte. Assim como as Constituições e o poder constituinte são produtos de determinadas relações sociais (ALMEIDA; EFREM FILHO, 2014), a narrativa científica-constitucional o é, afinal, as ciências sociais podem se ligar a atividades sociais que permitam os homens e mulheres intervirem em sua história (FERNANDES, 1973).

Em detrimento de o entendimento do constitucionalismo moderno oscilar entre aqueles para quem o poder constituinte não pode ser condicionado pelo ordenamento jurídico, e por isso, se mantém externo a ele; e os que sintetizam o poder constituinte apenas no ato de revisão constitucional, relegando-o ao papel de um mito fundador de um poder pelo qual se fez a

constituição nascente (AGAMBEN, 2010), a complexidade do poder constituinte exige soluções mais densas, que permitam compreender a tensão entre permanência e mudança que se manifesta também no constitucionalismo.

Apesar disso, o constitucionalismo moderno, através do exercício do poder constituinte dos homens e mulheres que fundaram a modernidade, em sua pretensão de regulamentar inclusive os processos de transformações da própria ordem, cumpre um papel termidoriano¹⁵ em uma tentativa de fechar o sistema constitucional às transformações permitidas pelo poder constituinte, o que estudaremos no tópico seguinte. Essa função castradora da potência constituinte é fruto da disputa teórico-política que se desenvolveu no processo histórico.

2.2 O constitucionalismo moderno e o momento termidoriano

As revoluções burguesas forjaram uma nova sociedade com valores e interesses que se contrapunham ao Antigo Regime e à visão de mundo que ele carregava. Fez-se necessário que no lugar da visão “mágica do mundo”, pela qual tudo, inclusive o poder, era explicado através de seres e valores metafísicos, se instaurasse uma nova forma de explicar o real. A racionalidade cumpriu esse papel. Essa mudança epistemológica significou o surgimento da “visão jurídica” do mundo para representar o campo social e da política (ENGELS, 2012).

As movimentações que tomaram conta do solo europeu e estadunidense e construíram a formulação sobre o poder constituinte, especialmente a revolução francesa, trouxeram para o cenário público um sujeito coletivo, o povo. No âmbito das formulações teóricas, a multidão, utilizando a categoria negriniana, como agente coletivo capaz de transformar o real se viu confrontada por categorias que tratavam de impor a ela limites, “não por acaso o direito público europeu do período dedica-se à teoria do Estado, e nela insere o poder constituinte para

¹⁵ O período termidoriano de que falamos nesse trabalho se refere a um momento em que a ordem constituída cria barreiras para a sua alteração. Momento esse no qual o constitucionalismo moderno cumpre um papel relevante. Com essa criação de dificuldades para a alteração da ordem há uma síntese do sentido da permanência através do afastamento do sujeito coletivo ator do poder constituinte da tomada de decisões, ou seja, no cenário público. Essa categoria do “período termidoriano” usa como metáfora o momento histórico do termidor francês dos acontecimentos da revolução desse país posteriores ao impulso de tomada de decisões por amplos setores populares de 1789 a 1793 através de experiências de democracia direta (PISARELLO, 2012). O termidor francês se iniciou com a queda de Robespierre e com a reorganização do sistema político francês por parte da Convenção que reestabeleceu o sistema censitário de deliberação (PISARELLO, 2012). Esse período da revolução francesa se caracterizou como uma contrarrevolução burguesa, que, longe de representar a saída do momento do Terror, significou “senão a sua continuação com outro protagonistas, com outros vencedores e outros vencidos, uma mudança de projeto político imposto, porém, com os mesmos meios de exceção que a república tinha concebido para se proteger de seus inimigos” (PISARELLO, 2012, p. 85, tradução nossa). Portanto, a categoria “período termidoriano” cumpre o papel instrumental de representar o giro teórico promovido pelo constitucionalismo moderno, na dialética entre permanência e mudança, de endurecer a ordem estabelecida e apaziguar a vontade constituinte. Esse síntese pela permanência esse constitucionalismo realiza ao condicionar a manifestação do sujeito coletivo a procedimentos da ordem constituída.

controla-lo e submetê-lo a sua autoridade ou para alijá-lo do próprio direito” (COSTA, 2005, p. 94). O ingresso de um sujeito coletivo no cenário político europeu trouxe à tona a questão social, abrindo um cenário de possibilidades para a ação coletiva de realização de suas reivindicações. Em sentido contrário, para limitar essa potência, se inaugurou um longo período termidoriano que encontra seu auge na construção de uma concepção de direito, constituição, política e poder constituinte centrados no Estado. Nesses termos:

[...] a revolução era reconhecida e incorporada em seus fundamentos básicos, mas com a condição de que ela não colocasse o poder constituinte a fazer frente, permanentemente, aos poderes constituídos. A exagerada preocupação com a estabilidade, sobretudo estatal, como veremos adiante, gerará um constitucionalismo conservador que chega a ser contra-revolucionário (COSTA, 2005, p. 86-87).

Desse modo, na trajetória de criação do constitucionalismo moderno, o progressismo constituinte da fase revolucionária enfrentou as reações conservadoras de contenção do poder constituinte (DALMAU, 2014). Nessa fase, a construção de um espaço público e de um direito centrado no Estado que funda o paradigma do monismo jurídico, cumpre essa função termidoriana. O Estado, então, representou a concretização plena da racionalidade, por se caracterizar como alheio à realidade social. Ele se impôs como o centro da disputa política capaz de representar interesses universalizados, camuflando as divisões existentes no social e suas contradições. Com base no paradigma do monismo jurídico, a dinâmica do direito e de produção normativa se limita à rotina da entidade estatal, longe dos fatores econômicos e sociais (ENGELS, 2012), das contradições inerentes a sua produção social.

Observa-se que a “visão jurídica do mundo” se mostra como um imperativo da racionalidade humana e da comunhão das vontades. O poder separado do social e do econômico, no plano jurídico, é capaz de fazer com que os homens e mulheres acreditem na sua racionalidade e o aceitem como legítimo (CHAUÍ, 2007).

O Direito é a preocupação primeira dessa sociedade que orbita o Estado e que põe toda a sua fé em sua racionalidade e legitimidade para regular o social e principalmente, o poder político. Desse modo, se leva a questão da gênese do poder a um terreno supostamente neutro, tendo em vista que é fruto da racionalidade humana, e é capaz de defender os interesses “universais” (CHAUÍ, 2007). A consequência disso para o poder constituinte é que, na pretensão do constitucionalismo moderno de controlar até o ato fundante do ordenamento, sua manifestação se traduz em mecanismos de Estado, em procedimentos. O Direito Ocidental Moderno que se formula nessa sociedade centrada no Estado com um projeto termidoriano pode não explicar o fenômeno jurídico concreto, mas enaltece o constituído, a ordem estabelecida.

Ele tem, portanto, como corolário a estabilidade, a permanência. Nesse sentido depõe a tentativa de relacionar a proposta da constituinte temática com a ordem estabelecida através da adequação em categorias que se referem apenas ao constituído como o da inconstitucionalidade ou constitucionalidade da referida reivindicação política.

Na construção moderna sobre a política e o direito, e sobre a relação entre esses campos, temos, desenvolvida uma tentativa de subordinação daquele sob este. Essa operação teórica se projeta também na ideia de Constituição como simples documento de organização da burocracia estatal que em nada se relaciona com o poder constituinte que a fundou muito menos com o processo constituinte que lhe dá dinamicidade. Isso termina por relegar a “vontade popular” a uma posição de mito fundador (ALMEIDA; EFREM FILHO, 2014).

[...] a Constituição existe única e exclusivamente em função do Estado. Trata-se de organizar a burocracia para o exercício da autoridade, e a Constituição passa a ter sua existência como afirmação da liberdade e da igualdade em resultado das relações de poder político. Logo, o poder constituinte e a soberania popular deixam de ser fundamentos do Estado, que passa a ter sua própria soberania, interna e externa: a soberania estatal. Tudo isso decorre do período de instabilidade política pós-revolucionário (COSTA, 2005, p. 97).

No constitucionalismo moderno, o poder constituinte é um mito fundacional e se manifesta em momentos excepcionais seguindo a rotina própria do constituído. Essa constatação se reflete na formulação desse constitucionalismo sobre o direito constituinte derivado e originário. Ignora, no entanto, esse constitucionalismo que a prática constitucional do povo não se limita a um momento pré-ordenamento, e que, uma vez estabelecido o poder constituído, o Estado não é o único agente no emaranhado que concretiza a práxis desse poder.

Uma prática constitucional duradoura e contínua não está associada à idéia de poder constituinte permanente, e tampouco vinculada a uma instituição estatal que teria delegação para o exercício desse poder. A potência desse poder não é delegada ou permanente. Ao contrário, cumpre ao povo, de forma plural, o seu exercício e escolha da oportunidade. (COSTA, 2005, p. 133).

A narrativa sobre o ordenamento constitucional e sobre o constitucionalismo emerge necessariamente da ação dos agentes coletivos que determinam a prática constitucional também em interação com o Estado. A dialética entre mudança e permanência no campo do direito se traduz na política em poder e contra-poder, hegemonia e contra-hegemonia, nenhuma dessas categorias reconhecidas pelo projeto do constitucionalismo moderno. Um elemento constitutivo no poder constituinte é a atividade anômica, a desobediência civil, e o constitucionalismo centrado em forças centrípetas, na ordem estabelecida, insiste em ignorá-las. Essa inversão

entre a função do constituído e do constituinte realizada pelo constitucionalismo moderno com pretensão termidoriana é fruto também do mecanismo da ideologia.

2.3 A ideologia e sua inversão na categoria do poder constituinte

A ideologia, no âmbito das formulações teóricas, ganha sentidos diversos a depender da posição da qual se observa o mesmo fenômeno (LYRA FILHO, 1995). Estamos entrando em um terreno de categoria muito caro à produção acadêmica marxista e marxiana. O conceito de ideologia é razão para polêmicas nada diminutas entre os estudiosos e as estudiosas do marxismo, por isso, salienta-se de antemão que não há aqui qualquer pretensão em realizar um ensaio completo sobre o fenômeno da ideologia, apenas delimitar a face dessa categoria que melhor serve como chave de leitura para entender o constitucionalismo moderno e a natureza dada a ele para o poder constituinte.

A categoria ideologia se manifesta na obra marxiana com o uso instrumental de revelar um fenômeno por meio do qual a ideia se apresenta como determinante da ação humana, mecanismo esse, segundo Marx e Engels (2009), presente nas formulações hegelianas. Utilizando essa noção, Marilena Chauí (2007) demonstra o caráter instrumental que esse mecanismo, responsável por engendrar a inversão entre o ideal e o real, ganha ao projetar a ideia como justificadora do fenômeno real sem qualquer referência a sua produção concreta na realidade.

Dessa forma, o mecanismo que põe em movimento o fenômeno da ideologia cumpre uma função em sociedades históricas – aquelas que problematizam constantemente suas origens, instituições, valores, e, especialmente, seus projetos (CHAUÍ, 2007). Com essas configurações, as sociedades históricas reconhecem a sua existência no tempo como um estar sendo (CHAUÍ, 2007), dessa forma, homens e mulheres que as integram podem agir no sentido de alterar os seus fundamentos. A característica da temporalidade permite que essas sociedades fujam da petrificação no tempo assegurada pelo mito original ou algum outro fundamento externo; por fim, essas sociedades encontram nelas próprias seus fundamentos.

O poder constituinte é um mecanismo do léxico político-constitucional que assegura alocar essas sociedades no tempo, reconhecendo o seu caráter histórico. A modernidade e o seu léxico político promovem o rompimento com a visão mágico do mundo centrada em tradições, constituindo, por fim, o ser “propriamente histórico”. As sociedades históricas reconhecem a sua temporalidade ao deterem como questões permanentemente abertas os seus fundamentos e seus projetos (CHAUÍ, 2007).

A categoria da ideologia nessa conformação ganha instrumentalidade, para Marilena Chauí, em face dessas características das sociedades históricas, tendo em vista que o mecanismo que ela engendra ganha sentido prático na negação da historicidade dessas sociedades que estão sendo no tempo ao torna-las estáveis. O discurso ideológico é responsável por minar os efeitos dos elementos dinamizadores do real, ou seja, por escamotear o caráter heterogêneo e as contradições do social (CHAUÍ, 2007). Esse discurso consegue cumprir essa função ao tentar se afastar do mundo material em que ele é produzido, permitindo que se afirme universal e uniforme, e que aquele que discursa se declare não imerso no mundo e portador da função de falar sobre e de fora deste.

Para cumprir essa função instrumental, o discurso ideológico precisa, em primeiro lugar, diminuir o elemento essencial das sociedades históricas: a capacidade humana de modificar o mundo. Ou seja, o discurso ideológico necessita desnaturar o trabalho, em seu sentido marxiano, a capacidade humana de constituir a história e produzir as condições de sua sobrevivência.

Podemos distinguir os homens dos animais pela consciência, pela religião – por tudo que quiser. Mas eles começam a distinguir-se dos animais assim que começam a produzir os seus meios de subsistência (*Lebensmittel*), passo que é requerido pela sua organização corpórea. Ao produzirem os seus meios de subsistência, os homens produzem indiretamente a sua própria vida material (MARX; ENGELS, 2009, p. 24, grifo dos autores).

Sendo o trabalho o responsável por constituir a realidade humana, é essa capacidade de exercer o trabalho que põe a humanidade na história (CHAUÍ, 2007), portanto, é ela que é neutralizada pela ideologia. O mecanismo de inversão produzido pelo discurso ideológico é resultado de um sistema que aliena a humanidade, que apresenta o fundamento como fundante, e o fundante como fundamento. Dessa forma, a ideologia não é fruto de uma ação consciente com o projeto de ludibriar os sujeitos da história e de submetê-los à inação.

A ideologia se faz capaz de pôr em funcionamento o seu mecanismo no momento em que se dá o rompimento entre ideia e práxis, desse modo, é na divisão entre trabalho material e intelectual que se dão as condições materiais para o aparecimento do fenômeno da ideologia. Ou seja, é quando a produção da ideia, a produção dos meios de reprodução da vida e o consumo cabem a indivíduos diferentes que a ideologia pode aparecer como fenômeno (MARX; ENGELS, 2009).

As obras marxianas verificam também que o acontecimento da divisão de trabalho engendra o mecanismo da alienação (MARX; ENGELS, 2009), processo através do qual os homens e as mulheres perdem a consciência de suas capacidades de determinar o real através

do trabalho, passando a se enxergarem, por consequência, como determinados. Com a alienação, a humanidade assume como já estabelecidas e estaques as relações entre os sujeitos e a natureza e deles entre si.

Ao se distanciar da realidade social concreta, o discurso ideológico explica a realidade de forma parcial. As formulações deste sobre o real tangenciam apenas a sua superfície especialmente por não partir de dentro do mundo, mas de fora dele. Por isso, são constituídas de lacunas, espaços em branco (CHAUÍ, 2007). Através dessa “lógica das lacunas”, o discurso ideológico não diz todo o real, naturaliza os vícios da sociedade, mascara suas contradições e, por fim, neutraliza a ação humana.

A ideologia promove a inversão de fundar o império das ideias no lugar do dos homens e das mulheres. A narrativa teórica que se permite influenciar pelo discurso ideológico toma como centro de suas formulações aquilo que a humanidade diz sobre si, deixando de investigar o que a humanidade de fato é no processo histórico concreto. Instrumental ao intento do discurso ideológico de fazer as representações coincidirem com o real é a categoria da racionalidade como um elemento latente ao objeto que pode ser definida por mecanismos ou métodos de pensar. Com essa noção, o pensamento ganha o único papel de capturar essa racionalidade latente das coisas e de decifrar as normas que regem o real (CHAUÍ, 2007).

Nessa concepção, a realidade é completamente transparente e racional. Sendo, destarte, suficiente a aplicação de um procedimento científicos que permita decifrar todas as suas nuances, permitindo a identidade entre a representação científica e o real (CHAUÍ, 2007). A representação completa desse real significa a supressão de todas as determinações contraditórias que permitem a realização dos fenômenos na história, ou seja, que possibilitam a dinâmica do objeto.

O discurso científico se aproxima cada vez mais da ideologia através da forja dessa concepção de uma racionalidade que permanece latente no real. A ideia de que a subsunção de todo o real é garantido pela escolha de um método adequado cria um formalismo centrado na objetividade que rompe o vínculo do discurso científico do mundo real concreto, assegurando que a ciência se faça o *locus* privilegiado da ideologia (CHAUÍ, 2007). A racionalidade sustentada nessa concepção proíbe o reconhecimento das contradições que dão movimento ao objeto, ou seja, afirma a não-história. O constitucionalismo moderno e as suas formulações teóricas sobre o poder constituinte encontram seu fundamento nessa racionalidade que não reconhece a existência de contradições.

A história da ciência pertence à história da humanidade, representando, em verdade, um capítulo desta, guardando uma autonomia relativa de toda a atividade humana. Dessa forma, as

ciências humanas – e nessa categoria se enquadram também as ciências sociais aplicadas, como o Direito – desenvolvem uma relação íntima com a história humana e, por consequência, com os embates sociais que se manifestam no processo histórico. Em face desse fato a ideologia encontra nessas ciência um terreno prioritário para engendrar os seus mecanismos. Os intelectuais e as intelectuais que produzem as ciências humanas são, por óbvio, membros da sociedade e integram a todas as disputas travadas nela, sendo assim, a ciência produzida por eles e elas representam um parágrafo nas lutas sociais (FERNANDES, 1973). Sobre a relação entre Sociologia e lutas políticas, Florestan Fernandes assim defendeu:

[...] A Sociologia não pode ser concebida como o fulcro central da transformação, pois este se encontra nos próprios processos históricos-sociais pelos quais os grupos e classes em presença tentam modificar a ordem existente. Portanto, se a Sociologia é importante para tais fins, a sua importância é instrumental, e só adquire eficácia prática quando os conhecimentos sociológicos são absorvidos e dinamizados por comportamentos coletivos que desencadeiam, reforçam e consolidam mudanças sociais de natureza revolucionária [...] (FERNANDES, 1973, p. 141).

De fato, o caráter dual de objeto e sujeito do cientista e da cientista das ciências humanas assegura que a ciência funcione como força sócio-cultural quando suas teses são instrumentalizadas por ações de sujeitos coletivos que modificam e constituem a história, ou seja, quando o pensamento científico se liga à uma atividade social. Dessa forma, a ciência humana integra a disputa que se dá no processo histórico entre permanência e mudança e pode vir a ser força sócio-cultural desse embate.

É preciso considerar que as ciências humanas tem um objeto especial – homens e mulheres dotados de liberdades –, e que os sujeitos dessas ciências coincidem com seus objetos. Tendo esse fato como pressuposto, compreendemos que o intelectual e a intelectual que observam os fenômenos sociais estudam objetos que integram a sua própria realidade. Destarte, quem produz a ciência humana não se exime das angústias nem dos projetos em disputa que afloram do processo histórico de produção das condições de sobrevivência humana. O fato de o objeto peculiar que interessa às ciências humanas ser dotado de características da liberdade e da capacidade de exercer trabalho o constitui como ação. Isso significa que a ciência humana estuda um ente, um sujeito-objeto, que age no tempo. A realidade estudada pelas ciências humanas é produzida constantemente pelos seus sujeitos e pelos seus objetos através da produção das suas condições de sobrevivência. Esse é um pressuposto fundamental para minar a influência dos mecanismos da ideologia nas ciências humanas e permitir que o objeto seja compreendido em toda a sua mobilidade bem como para assegurar a identificação dos elementos concretos que geram a mudança nos fenômenos sociais. Tendo essas condições das

ciências humanas como um dado, Enrique Dussel nos propõe uma passagem metódica entre as ciências fáticas e as ciências humanas que permite que estas levem em consideração a variável fundamental dos seus objetos, a liberdade:

A passagem metódica entre as ciências fáticas e as do homem (e não somente as sociais) realizou-se através do momento analético que permite integrar à análise a variável *sui generis* da exterioridade ou liberdade em seu sentido metafísico e tal como descrevemos até aqui. A liberdade do outro não é uma variável a mais; é uma variável de diferente substantividade, estatuto, significado. Além disso, a partir da exterioridade surgiu todo o âmbito prático (político, erótico, pedagógico, fetichista) e o poético (tecnológico, estético, desenhante), o mundo histórico natural. Desta maneira, o mero fato natural tem agora como contrapartida o fato cultural, histórico. Estes fatos, os que dependem não da mera natureza humana (o dado em sua mera substantividade vegetativa anima pré-cultural, que por outra parte é uma mera abstração porque tudo no homem é cultural e histórico) mas de uma história cultural, são objeto de ciência em cujo método se devem introduzir momentos essências de distinção. Não são ciências fático-naturais, mas fático-humanas (DUSSEL, 1977, p. 169-170).

A ciência jurídica, uma vez que integra às ciências sociais aplicadas, tem como objeto um fato ambíguo que é sujeito e objeto da mesma ciência, e, sobretudo, um dado-sujeito que pode pôr em movimento quaisquer dos fenômenos estudados em face da sua característica fundamental, a liberdade, e da sua capacidade de exercer o trabalho. Sendo assim, o método dessa ciência precisa se adaptar à capacidade modificadora e modificável do seu objeto, da sua capacidade de ação. Isso para que a totalidade da realidade possa ser cognoscível em seu movimento. Esse giro epistemológico que permita reconhecer o objeto como agente da dinâmica do fenômeno e sujeito da ciência humana pode garantir que a teoria não mais esteja um passo atrás dos fatos, mas sim ao seu lado, afinal, ciência, objeto e seu movimento integrariam um mesmo processo.

Em sentido contrário, o constitucionalismo moderno, com seu projeto termidoriano, encontra no mecanismo da ideologia um instrumento capaz de minar a potência do poder constituinte em suas formulações. Esse movimento se expressa no reconhecimento de titularidade do poder constituinte a entidades abstratas, no condicionamento de manifestação do momento constituinte ao seguimento de ritos procedimentais pré-estabelecidos pelo poder constituído ou pela teoria normativista de cumprimento de etapas materiais de manifestação do momento constituinte, e, principalmente, na elaboração de categorias que se relacionam apenas à ordem estabelecida, como, por exemplo, a tentativa de enquadrar a manifestação do poder constituinte entre as categorias que remetem à sua constitucionalidade: “constitucional” ou “inconstitucional”.

Esses mecanismos da ideologia que se projetam na teoria constitucional sobre o poder constituinte terminam por gerar uma formulação que, na verdade, anda atrás dos fatos. Há, por meio da ideologia, uma tentativa por parte da teoria constitucional moderna, que se revela, por exemplo, na utilização de categorias que veem na realidade um objeto a ser condicionado e normatizado por elementos do constituído, de domar o caráter inovador do poder constituinte. Ademais, a origem fática e o caráter limítrofe entre Direito e política da natureza do poder constituinte são totalmente escamoteados pelo constitucionalismo moderno. Todo esse mecanismo se manifesta na análise sobre a proposta da realização de uma constituinte temática:

Sem dúvida que uma das questões discutidas quando se trata do tema da constituinte exclusiva sobre a reforma política diz respeito à sua própria constitucionalidade perante a Constituição de 5 de outubro de 1988.

E quanto a essa questão vital, conforme entendemos e consignamos abaixo, a Lei Maior do País não acolhe a possibilidade de realização de uma constituinte exclusiva para revê-la (TRINDADE, 2010, p. 7).

A questão da constitucionalidade foi tomada pela ciência jurídica moderna como a principal questão a ser desvelada sobre a realização Constituinte temática da reforma do Sistema Político. Essa tentativa de enquadrar em categorias da constitucionalidade e da inconstitucionalidade nos demonstra uma movimentação por parte do constitucionalismo moderno no sentido de traduzir o real em normas, ou seja, utilizar o fenômeno social para elaborar regras que devem reger o movimento do processo histórico. A dicotomia em questão reitera a preocupação central da ciência jurídica em ponderar a adequação ou não de determinado fato à ordem dada, como o faz a consultoria da Câmara dos deputados sobre o tema da constituinte da reforma do sistema político (NONÔ, 2014). Sobre a impossibilidade de ativar o poder constituinte com o argumento da inconstitucionalidade em face da vigência de um texto constitucional prévio, Dalmo de Abreu Dallari (1984, p. 36) defendeu:

A convocação de uma Assembléia Constituinte, desde que haja real preocupação com a autenticidade da Constituição, significa dar ao povo a oportunidade de expressar de maneira global sua vontade política. Desse modo, jamais a convocação estará ofendendo a liberdade ou os direitos fundamentais legítimos, uma vez que o próprio povo quem decide sobre a nova constituição, podendo manter aquilo que já conste da Constituição vigente e que seja considerado conveniente, bem como alterar tudo o que não corresponda ao desejo do mesmo povo.

O mecanismo engendrado pela perspectiva normativista do constitucionalismo moderno, que remete o poder constituinte unicamente à ordem estabelecida, termina por promover uma ruptura entre o fenômeno do poder constituinte e do momento de sua

manifestação com o processo histórico e o processo constituinte. Por fim, a categoria do poder constituinte forjada por essa perspectiva teórica é produzida de forma submissa aos procedimentos e às normas da ordem constituída, tolhendo a dialética entre mudança e permanência que se encontra no centro fundamental da natureza do poder constituinte. Ao condicionar o poder constituinte a elementos do constituído, o constitucionalismo moderno reforça a tendência à permanência do constitucionalismo e se nega a entender o processo de legitimação da mudança. Isso se refletiu nas posições teóricas sobre a possibilidade da constituinte temática do sistema político.

O fenômeno da constituinte parcial, portanto, para superar o reflexo dos mecanismos da ideologia, não pode ser explicado pela simples adequação entre categorias da constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Isso porque o poder constituinte não encontra seus fundamentos na ordem constituída, mas numa tensão entre mudança e permanência que só pode ser observada no processo histórico, ou seja, seus limites, sua titularidade, e, principalmente, seus condicionantes legitimadores não se enxergam na ordem constituída, mas no processo histórico em movimento ao qual também integra a discussão teórica sobre o poder constituinte. Esta última representa, ainda, um elemento constitutivo dessa tensão entre permanência e mudança. Afinal, “quando uma Constituição está nas mãos, é difícil a possibilidade de progredir democraticamente, se não por meio da ativação do poder constituinte” (DALMAU; SILVA JÚNIOR, 2014, p. 31-32), permanência e mudança representam polos de um mesmo fenômeno: o poder constituinte. Só o desvelamento da relação dialética entre eles pode permitir a compreensão dessa categoria tão espinhosa para o constitucionalismo democrático.

3 O PODER CONSTITUINTE E SEU SIGNIFICADO CONCRETO

Se temos no constitucionalismo moderno um mecanismo de inversão do real que impõe a ordem constituída como parâmetro para compreensão do fenômeno concreto, surge a necessidade de compreendermos a realização do fenômeno ora em estudo no processo histórico para superar as limitações daquele. Para isso, é fundamental que as relações entre constitucionalismo e política, e, em última instância, entre poder constituinte, política e direito, sejam devidamente expostas. É fato que desnudar a dinâmica entre o campo da política e do direito não é tarefa fácil. A dificuldade dessa tarefa decorre de o constitucionalismo ter optado entre uma formalização excessiva que encontra, por exemplo, na constituição a única função de estabelecer procedimentos para a máquina governamental, culminando no extremo de o constitucionalismo dirigente ver no texto constitucional verdadeiro estatuto político que coordena todos os projetos e reivindicações sociais (BERCOVICI, 2004).

O Direito, especialmente a Constituição, cumpre a função, em sociedades históricas¹⁶, de explicar e legitimar o poder político que tem como única fonte de legitimação a própria sociedade. Por isso, no processo ideológico que tenta apartar o poder político de onde ele se origina (CHAUÍ, 2007), o direito constitucional deve cumprir uma função termidoriana. Esse papel do constitucionalismo se reflete no debate dessa ciência sobre a sua relação com a política que, em benefício da permanência em uma das tensões essenciais do constitucionalismo moderno, a destina a um campo autônomo em relação ao direito. Esse mecanismo é tão presente na formulação de constitucionalistas que até em um referencial teórico que se dedica a pensar o liame entre o campo da política e o do direito constitucional, como o do constitucionalismo dirigente, a função que a política cumpre é de se subordinar e ser condicionada pelo projeto elaborado em um texto constitucional com pretensão normativa (BERCOVICI, 2004).

Para o constitucionalismo moderno, a política se encontra em uma esfera anterior ao direito, em um momento fundacional da ordem. Sendo assim, há uma identificação entre política e poder constituinte nas suas funções de mito fundador (BERCOVICI, 2004). Esse esvaziamento do vínculo entre política e constituição relegam a essa um rompimento com a realidade concreta e à categoria central dessa pesquisa, o poder constituinte, um ostracismo da teoria constitucional.

As Constituições deixaram de ser entendidas como obra do povo para transformarem-se em criaturas de poderes misteriosos, metafísicos até. Sintomático é o fato,

¹⁶ A categoria “sociedade histórica” utilizada por Chauí (2007) expressa um tipo de sociedade inaugurada com a modernidade, ou seja, aquela que problematiza a sua origem e se futuro, que está sendo no tempo e, por isso, está sujeita à ação cotidiana dos homens e das mulheres que põem em movimento a dialética entre permanência e mudança.

denunciado por autores como Olivier Beaud e Pedro de Vega García, que a teoria do poder constituinte, como máxima expressão do princípio democrático e como questão central da teoria constitucional, foi relegada ao silêncio pela Teoria da Constituição. O poder constituinte refere-se ao povo real, não ao idealismo jusnaturalista ou à norma fundamental pressuposta, pois diz respeito à força e autoridade do povo para estabelecer a Constituição com pretensão normativa, para mantê-la e revogá-la. O poder constituinte não se limita a estabelecer a Constituição, mas tem existência permanente, pois dele deriva a própria força normativa da Constituição (BERCOVICI, 2004, p. 22).

Atento à tensão existente entre Direito e Política, Giorgio Agamben dedicou-se a desnudar algumas categorias limites que permitem ir até à fronteira dos dois campos e compreender os seus mecanismos. Agamben tem a pretensão de encontrar um espaço que a política possa se manifestar sem se referenciar à ordem estabelecida.

Mostrar o direito em sua não relação com a vida e a vida em sua não relação com o direito significa abrir entre eles um espaço para a ação humana que, há algum tempo, reivindicava para si o nome “política”. A política sofreu um eclipse duradouro porque foi contaminada pelo direito, concebendo-se a si mesma, no melhor dos casos, como poder constituinte (isto é, violência que põe o direito), quando não se reduz simplesmente a poder negociar com o direito (AGAMBEN, 2004, p. 133).

De princípio, há conclusões por parte desse autor que muito se assemelham às de Negri – como a tese sobre a relação entre a ciência jurídica e o poder constituinte: a dimensão normativa do direito elabora mecanismos para incluir no seu campo de domínio fenômenos que, paradoxalmente, a nega. Por exemplo, na teoria jurídica, o soberano é aquele que decide sobre o Estado de Exceção, ou seja o responsável por trazer para a esfera do direito aquilo que está fora dele e representa a sua suspensão (AGAMBEN, 2010). O intento dessa figura é o de preservar a integridade do ordenamento mesmo na sua negação assim como o faz a teoria constitucional ao prever mecanismos para a manifestação do poder constituinte. Para um constitucionalismo que presa pela permanência, esse instrumento cumpre a função de assegurar que, até na ruptura, prevaleça a ordem.

A figura do Estado de Exceção em Agamben se refere à prática política dos Estados modernos de suspender a eficácia das normas e à concessão de plenos poderes a uma instituição ou pessoa sob a justificativa paradoxal de realização do próprio Direito. A existência dessa figura nunca esteve condicionada a sua previsão em textos legais, apesar da ocorrência de legislações na Europa¹⁷ que estabeleciam a suspensão das normas em contextos específicos para

¹⁷ Mencionamos aqui o contexto europeu por se debruçar o autor em comentário na experiência histórica do Estado Moderno em seu continente. No entanto, em solo brasileiro, essa realidade não se distingue. A ditadura que se instaurou com o golpe de 1964, por exemplo, utilizou dessa situação antagônica da suspensão da ordem em nome de sua manutenção e utilizou de legislações de caráter de exceção, os atos institucionais, para suspender ou limitar

salvaguardar a ordem (AGAMBEN, 2004). A teoria jurídica moderna utilizou da categoria Estado de Necessidade para fazer do Estado de Exceção “‘uma medida ilegal’, mas perfeitamente ‘jurídico constitucional’, que se concretiza na criação de novas normas” (AGAMBEN, 2004, p. 44). Dessa forma, o Direito, do ponto de vista teórico, insere em seu campo a sua suspensão através de uma formulação que legitima a sua negação em situações de emergência.

Por fim, Agamben defende a existência de uma zona anômica que depõe pela ficção da criação de categorias jurídicas, como o estado de necessidade ou “força de lei” schmittiana, que tentam incluir na norma e na ordem a sua própria ausência (AGAMBEN, 2004). Agamben advoga pela existência de uma zona de indistinção que esses conceitos limites – como o Estado de Exceção, poder constituinte, *homo sacer* e soberania – acabam por ser demonstrados (AGAMBEN, 2004; AGAMBEN 2010).

Os argumentos são, aqui, exatamente simétricos aos que opõem os defensores da legalização do estado de exceção no texto constitucional ou numa lei específica aos juristas que consideram sua regulamentação normativa totalmente inoportuna. **Em todo caso, é certo que, se a resistência se tornasse um direito ou terminantemente um dever (cujo não cumprimento pudesse ser punido), não só a constituição acabaria por se colocar como um valor absolutamente intangível e totalizante, mas também as escolhas políticas dos cidadãos acabariam sendo juridicamente normalizadas.** De fato, tanto no direito de resistência quanto no estado de exceção, o que realmente está em jogo é o problema do significado jurídico de uma esfera de ação em si extrajurídica. Aqui se opõem duas teses: a que afirma que o direito deve coincidir com a norma e aquela que, ao contrário, defende que o âmbito do direito excede a norma. Mas, em última análise, as duas posições são solidárias no excluir a existência de uma esfera da ação humana que escape totalmente ao direito (AGAMBEN, 2004, p. 24, grifo nosso).

Para esse autor, há um espaço da ação humana de indistinção para com as normas, ou seja, o sistema jurídico ocidental tem uma estrutura dupla: 1) a *potestas*, onde o fenômeno encontra seus elementos jurídicos e normativos; e 2) a *autorictas* que congrega os elementos anômicos e metajurídicos do fenômeno jurídico (AGAMBEN 2004). Apesar de substancialmente distintas, a solução teórica de distinguir a ação jurídico-política em duas esferas, uma que tem como parâmetro a ordem institucional estabelecida e outra do consenso social (*potestas e potentia*), se repete na proposta da política de libertação que será melhor desenvolvida em capítulo oportuno.

direitos. Todo esse contexto da ditadura militar também se deu com tentativas de institucionalizar o Estado de Exceção implantado. Isso finda confirmando a tese de Agamben de que o direito elabora mecanismos para incorporar para si o seu oposto com o objetivo de manter a ordem mesmo na sua ruptura. Cf. CHUERI, Vera Karam; CÂMARA, Heloísa Fernandes. (Des)ordem constitucional: Engrenagens da máquina ditatorial no Brasil pós-64. *Lua Nova*, n. 95, p. 259-288, 2015.

Com essa diferenciação, nos é proposta a existência na ciência política ocidental, de uma zona de indiferença com relação à norma, ou seja, uma zona anômica, em que ele enquadra o Estado de Exceção (AGAMBEN, 2004) e também o poder constituinte (AGAMBEN, 2010). Ao adotar, para essa última categoria, a perspectiva schmittiana, o autor italiano reconhece o poder constituinte como uma vontade política através da qual a comunidade decide “sobre a espécie e a forma da própria existência política”. Como tal, ele está ‘antes e acima de qualquer procedimento legislativo constitucional’ (AGAMBEN, 2010, p. 49) e é irreduzível no plano das normas. Por fim, há uma zona de indistinção que a norma não pode nem proibir nem permitir, uma vez que não é a ela que aquela se remete. Esse campo demonstra uma não correspondência do pressuposto com a norma.

No entanto, no constitucionalismo moderno, parte da ciência jurídica trata de domar o poder constituinte submetendo a sua manifestação a determinados procedimentos, já outra parcela identifica o poder constituinte a um direito natural à resistência, alocando-o em uma dimensão diversa das relações materiais e não sendo capaz de responder como se justifica nos fatos a sua manifestação.

É, em verdade, nessa relação entre política e direito que o poder constituinte se manifesta, e também na dialética entre mudança e manutenção, passado e futuro. Por isso, nos dedicaremos às próximas linhas a esclarecê-las. O que, por fim, nos permitirá analisar, a partir da disputa dada no processo constituinte brasileiro de 1987/1988 sobre a forma de transformação da ordem constitucional, como se manifesta – concretamente – o poder constituinte.

3.1 O poder constituinte entre política e direito

A noção de poder constituinte entrou no léxico político como chave para a compreensão do real guiado pelos passos inovadores da modernidade. Sua inserção enquanto categoria explicadora da realidade, além de representar “a expressão jurídica do ímpeto democrático” (LOUGHLIN, 2003, p. 100, tradução nossa), cumpre um papel importante na formação da visão de mundo inaugurada pela modernidade. Isso sobretudo em decorrência da sua capacidade de trazer para a realidade concreta e para a sociedade o fundamento próprio do político e de articular a política e o direito. Este último fato estrutura o poder constituinte, portanto, como categoria limítrofe entre esses campos.

De forma breve, a ciência jurídica entende que o poder constituinte é a fonte das normas constitucionais, é aquela potência que, em última instância, inaugura um ordenamento jurídico. Mas, a noção de constituição construída pelo poder constituinte, longe de servir unicamente

para assegurar a autonomia do campo do Direito, é forjada em meio ao pensamento moderno também para responder a uma necessidade da política de assegurar que os seus dissensos sejam produtivos e jamais suprimidos. Esse intento é perseguido pelo estabelecimento de um corpo de instituições e um sistema de legitimação das decisões tomadas no campo da política, que transformam a constituição em uma lei não como uma “expressão da soberana autonomia do Estado, mas como um meio pelo qual a autoridade soberana do Estado pode ser reconhecida” (LOUGHLIN, 2003, p. 43, tradução nossa).

A constituição, evidentemente, representa um ponto de encontro entre o campo do Direito e da Política ao passo em que a sua dimensão normativa é capaz de nortear a prática política, principalmente no que tange às ações institucionais e governamentais baseadas em alguns poderes delegados pelo povo através do poder constituinte (LOUGHLIN, 2003). Mas, não é apenas a capacidade de regular a política que enraíza a constituição nesse campo e sim a determinação do significado das regras que emanam do sistema normativo constitucional pelas práticas políticas (LOUGHLIN, 2003).

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 emprestar. (COSTA, 2006, p. 33).

É fato que esse papel da constituição de regular a política traz para a ciência do Direito uma dificuldade em compreender a relação entre aquela e essa para além da dimensão normativa, especialmente na reciprocidade de determinações dos dois campos, o que traz reflexos para o entendimento da sua categoria fundadora, o poder constituinte.

Antonio Negri enxerga que em todas as soluções da ciência jurídica para compreender o fenômeno do poder constituinte há um mecanismo de tentativa de seu aprisionamento (NEGRI 2002). Para ele, as soluções teóricas dessa ciência são agrupadas em três perspectivas: a) a transcendência; b) a imanência; e c) a coexistência.

Na concepção da transcendência do poder constituinte, essa categoria se encontra no mundo dos fatos e em uma posição anterior ao ordenamento constituído (NEGRI, 2002). A função do poder constituinte para os adeptos dessa perspectiva é apenas o de fundar o ordenamento constitucional em uma espécie de mito fundacional de que nos falam Ana Lia Almeida e Roberto Efreim Filho (2014). É a essa corrente teórica que também se refere Loughlin (2003) ao afirmar que o poder constituinte aparece no pensamento jurídico apenas como princípio formal, portanto, não incluído no rol de categorias que devam ser desenvolvidas pela

ciência do Direito. Para esse último autor, essa posição teórica, em última instância, nega a ideia de Direito Público ao retirar a potência transformadora do poder constituinte de cena.

Na imanência, o mecanismo de aprisionamento ganha dimensões mais sutis. Para essa concepção teórica, o poder constituinte se insere no ordenamento, porém, através de um emaranhado de abstrações ou concentração temporal (NEGRI, 2002). Nesse sentido, em alguma medida, o poder constituinte atua dando alguma dinamicidade à ordem estabelecida, mas seguindo procedimentos específicos ou em momentos predeterminados, seja em texto legal, no caso das previsões de revisão por assembleia *ad hoc*, ou pelo momento transcendental de ruptura definidos por alguns intérpretes da história. Para essa concepção, o poder constituinte “posto num segundo estágio, após um primeiro estágio no qual se realiza um acordo contratual sobre os princípios de justiça” (NEGRI, 2002, p. 14-15), por isso, a investigação sobre sua manifestação foge da sua realização no processo histórico.

Para o último grupo identificado por Negri, o poder constituinte é integrado ou coexistente ao ordenamento jurídico, no entanto, se encontra na constituição material, uma base social anterior à ordem (NEGRI, 2002). Sua limitação está em permitir que o poder constituinte sirva apenas para adequar a ordem instituída à intrínseca normatividade de uma formação social material, ou seja, sua potência se limita a alterar o constituído enquanto norma, e não em alterar as bases da “constituição material” (NEGRI, 2002)

Reconhecer o poder constituinte como categoria limítrofe entre o Direito e a Política e o seu caráter dialético de determinante e determinado desses campos significa que o processo constituinte para ser compreendido em sua totalidade deve ser visto em seu mecanismo histórico de fundação do político e do direito. Sendo assim, um processo de construção constitucional só pode ser entendido se partirmos das relações materiais que permitem a manifestação do poder constituinte em toda a sua potencialidade. Essa noção permite que sejam superadas as categorias de análise que apenas relacionam o poder constituinte ao constituído, como, por exemplo, a noção de poder constituinte derivado ou originário.

3.2 O poder constituinte e operação no tempo

Enquanto categoria, o poder constituinte foi formulado com o paradigma da modernidade e se constituiu enquanto potência nas revoluções e movimentações políticas que o inauguraram. Nesses eventos e nas formulações modernas, o poder constituinte formou a sua temporalidade. Desse modo, há pontos de encontro entre a sua temporalidade e o da modernidade.

Negri (2002, p. 21), ao tratar sobre o poder constituinte, observa sua emergência nos eventos que fundaram a modernidade, e, ao esboçar a tensão existente entre o constitucionalismo, o poder constituinte e, em última análise, a democracia, afirma que:

Poder constituinte, ao contrário, é aquele de uma força que irrompe, quebra, interrompe, desfaz o equilíbrio preexistente e toda continuidade possível[...]. No conceito de poder constituinte está a idéia de que o passado não explica mais o presente, e que somente o futuro poderá fazê-lo. [...].

O poder constituinte, portanto, representou uma chave interpretativa para as inovações no campo da política e no campo do Direito. Seu momento prático possibilitou que os dissensos do campo material da política transformassem a estrutura desses campos. Por isso, ele significa, em suma, uma categoria que permite a mobilidade.

Ao passo que a modernidade insere a sociedade no tempo abrindo a possibilidade para que ela se constitua em algo diferente do que é e do que foi; e estabelece categorias ordenadoras do tempo, como as eras e idades, o poder constituinte representou uma chave de identificação dos mecanismos de transformação dessas sociedades no tempo, principalmente no campo da política e do Direito. Inserido no centro da política moderna já por Maquiavel (LOUGHLIN, 2003), essa categoria permitiu a materialização de um projeto moderno de organização da sociedade pela política.

O projeto político da modernidade e a ideia subjacente da organização democrática do mundo da vida e da nossa forma de vida coletiva, repousa em dois pressupostos fundamentais acerca da estrutura social do tempo que foram raramente objetos de uma reflexão explícita. Em primeiro lugar, há a convicção de que a sociedade é um *projeto que pode ser politicamente organizado no tempo*. As democracias territoriais, representativas e de massa da modernidade desenvolveram-se contra o pano de fundo de um dinâmico entendimento da história segundo o qual a legislação em particular, não era um ato para ser concluída uma vez por todas, não, por assim dizer, na inscrição no eterno, mas sim uma tarefa contínua de orientar progressivamente o caminho do desenvolvimento da sociedade no processo histórico. (ROSA, 2013, p. 251, tradução nossa).

A ordem do tempo da modernidade ligada a ideia de progresso e relacionada com a noção de vetor apontado para o futuro (HARTOG, 2013) resta presente na formulação do poder constituinte. Sua manifestação representa uma ruptura com um ordenamento do passado, institui uma nova configuração da realidade política e jurídica, o que demonstra a temporalidade futurista, ou progressista do poder constituinte. Por isso, sua caracterização negriniana é de uma potência virada para o futuro, trabalho vivo, representando, portanto, uma tensão com a temporalidade do constitucionalismo, do Direito enquanto norma sempre virada para a ordem

já estabelecida, o passado, trabalho morto (NEGRI, 2002). Tendo essa temporalidade futurista sido conquistada, segundo essa noção, pelos eventos da Revolução Francesa.

Nessa concepção que emerge de um dos eventos fundantes da Modernidade na sua disputa com o passado do Antigo Regime, o poder constituinte é capaz de instituir o futuro no presente a partir da ação do sujeito desse poder e realizar transformações na realidade colocando-a em movimento em contraste com seu passado. A manifestação do poder constituinte, portanto, é responsável ainda por operar a passagem do tempo, como o fez nas revoluções modernas. Mas, essa passagem de tempo não se dá de forma linear, ordenada e apartada da política. Em meio aos processos constituintes há temporalidades em disputa.

Nesse sentido, não existe nenhum dado prévio sobre o projeto que o poder constituinte materializa, o que é próprio da temporalidade que reveste essa categoria. O tempo do poder constituinte não se enquadra no sentido moderno de futuro que impõe ao tempo vindouro o progresso, mas, por representar o elemento dinâmico de um ordenamento ou sociedade, aponta sim para o porvir. Dessa forma, os projetos entram em contradição na trincheira em que o processo constituinte se manifesta, é dizer, no processo histórico.

[...] o processo constituinte pode gerar arbítrio a supressão de direitos. Sousa Júnior fez essas reflexões durante o período de revisão da Constituição de 1988 no Brasil, quando forças conservadoras buscavam a extinção de direitos sociais sob os argumentos da modernização e da governabilidade. O processo de atualização da carta constitucional está sempre sujeito às tensões sociais e ao contexto histórico no qual se insere, seja ele reforma, revisão, jurisdição constitucional ou pela práxis social de (re)interpretação. Esses momentos revelam-se também como uma possibilidade de afirmação de direitos, reivindicação por novos direitos e por reorganização dinâmica da própria sociedade, na autolegislação de homens e mulheres [...] (COSTA, 2005, p. 219).

O vir a ser que o poder constituinte contém, portanto, tem caráter aberto. E é nele que até o sentido da própria categoria em questão pode ser alterado, uma vez que o poder constituinte é uma chave de leitura sobre uma prática. Isso se refletiu ao longo dos eventos da revolução francesa, por exemplo – fato histórico paradigmático para a formulação do poder constituinte – quando se desenvolveu a disputa sobre a convocação da Assembleia Nacional para *fixar* a constituição francesa:

O verbo fixar não esclarece muito, pois o que estava por trás da expressão era um debate entre aqueles que, vinculados à nobreza, queriam que prevalecesse o entendimento de que a França já possuía uma Constituição, e que cabia à Assembleia simplesmente restabelecê-la, ou ingressar nela. Já os deputados do Terceiro Estado compreendiam a expressão como colocar as bases, dar ou fazer. O termo “fixar” era ambíguo o bastante para adiar a disputa política (COSTA, 2005, p. 83).

Em torno do embate político sobre o significado do termo “fixar” e da amplitude da Assembleia Nacional, se delineou também os limites e elementos desse poder que surgia no seio da modernidade, o poder constituinte. Além disso, essa disputa sobre o papel da assembleia constituinte desvela ainda o caráter limítrofe entre política e direito, do poder constituinte que pode ainda ser melhor revelado com o estudo sobre o momento constituinte que tomou o solo brasileiro na transição de regime político. Ressalta-se que não é o objetivo da presente pesquisa exaurir toda a discussão sobre o processo constituinte brasileiro de 1987/1988, passaremos a estudá-lo apenas para que possamos identificar de forma sucinta a maneira pela qual se manifesta o poder constituinte no processo histórico. Com isso queremos apontar como os elementos essenciais desse poder são desenhados pelos eventos e pelas disputas da história.

3.3 A disputa sobre o controle da passagem do tempo no processo constituinte brasileiro de 1987

A transição do regime de enunciando autoritário para o democrático no Brasil se iniciou ainda na década de 1970 com a abertura política realizada pelo próprio regime baseada no lema “distensão política lenta, gradual e segura” sob o comando de Geisel. Por sua vez, a data de término desse processo não é consenso entre os analistas do período (ARTURI, 2001).

O processo constituinte brasileiro se insere em uma onda constitucional notadamente ocorrida na América Latina entre os países que saíram dos regimes autoritários que tomaram conta desse continente nos anos 1960/1970. No Brasil, apesar do controle militar da transição, se incluiu nesse processo a modificação do texto constitucional através de uma constituinte, tendo sido, portanto, todo o ordenamento constitucional antigo substituído por outro.

Assim como o movimento constituinte de hoje que defende a constituinte temática da reforma do sistema político, o de 1987 gerou em reação argumentos que sustentavam a desnecessidade de uma assembleia constituinte. Como hoje, as teses formais contrárias a realização de uma constituinte ganharam relevo e transitaram entre a inexistência de competência do poder Legislativo ou do Executivo para convocá-la e por atribuir como requisito para a sua realização a configuração de uma ruptura institucional-social prévia (FAORO, 1981). Por fim, o embate pela realização ou não de uma constituinte se projetou na disputa política sobre sua forma: congressual ou forma-assembleia. Ao que se refere a exigência de uma ruptura prévia, a história do poder constituinte no Brasil aponta para a inconsistência da tese dos que defendiam a não ocorrência de uma constituinte:

A tese de que a constituinte só é possível sobre a ruína do poder esmalta-se com os precedentes brasileiros, invocados contra a cronologia. O simplismo recita esta lição: a constituinte dissolvida em 1823 decorreu da Independência, a de 1891 da República, a de 1934 da revolução de 30 e a de 1946 da queda do Estado Novo. A constituinte dissolvida em 1823 foi convocada em 3 de junho de 1822, portanto antes da Independência, exatamente para organizar o berço que esta deveria nascer. Quem conhece alguma coisa da história contemporânea sabe que a constituinte convocada em 14 de maio de 1932 se deu, embora reconhecida pelo governo provisório, contra o grupo que controlava o poder, graças às pressões de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul. Foi uma vitória das correntes estaduais, modificadas mas não destruídas, contra o tenentismo. A constituinte eleita em 2 de dezembro de 1945 foi convocada por Getúlio Vargas em 28 de fevereiro do mesmo ano, ainda vigente o Estado Novo, em ato que foi considerado constituinte pelo Tribunal Superior Eleitoral (lei constitucional nº 13, de 12 de novembro de 1945), com poderes depois reconhecidos como ilimitados, mas inerentes ao próprio ato inicial (lei constitucional nº 15, de 26 de novembro de 1945). Das quatro constituintes de nossa história, *três* desmentem a tese da preexistência de ruptura formal do poder e consagram o princípio da precariedade diante da legitimidade (FAORO, 1985, p. 90-91, grifo do autor).

Desse modo, a defesa da convocação da constituinte para possibilitar a transição brasileira não representou unanimidade nos setores que compunham a sociedade brasileira à época. Além disso, sua realização se deu exatamente em um período em que as políticas de abertura se aceleraram, representando um ponto dissonante no plano militar de controle do ritmo da transição. Todo o seu processo de convocação e instauração foi marcado por disputas. Entre elas, a da sua forma: se através da concessão de poderes constituintes originários ou reformadores ao congresso, ou se por meio da convocação de uma Assembleia Constituinte Exclusiva.

No Brasil, um dos elementos diferenciadores e fundamentais da transição do regime político de enunciado autoritário para o democrático foi o seu tempo, sua longa duração. Fato esse reforçado com o lema do governo Geisel guiador da abertura política “lenta, gradual e segura” que se materializou na liberalização gradual. Essa lentidão da passagem do tempo da transição permitiu “o alargamento progressivo do setor moderado da oposição e daquele reformista do regime” (ARTURI, 2001, p. 12). Esse processo foi iniciado e controlado pelo próprio regime e com objetivo de apaziguar os conflitos ideológicos e políticos da instituição militar. Portanto, o próprio regime se tornou responsável por determinar os objetivos e natureza desse processo (CODATO, 2005). Segundo Codato (2005), as pressões realizadas pela sociedade civil foram responsáveis em suma pela intensificação do ritmo. O projeto de Geisel exigia o controle do tempo da transição pelos militares para assegurar certos resquícios de autoritarismo.

A legenda do governo Geisel foi, como se sabe, distensão política “lenta, gradual e segura. Esse procedimento deveria ser suficientemente arrastado para que não pudesse ser interpretado como uma involução da “Revolução”, servindo de pretexto à

contestação aberta da extrema-direita, militar e civil. Ele deveria ser também gradual, isto é, progressivo e limitado, pois não poderia abrir caminho a uma ofensiva oposicionista que conduzisse, por exemplo, à uma ruptura democrática. (CODATO, 2005, p. 94).

O tempo de transição com essa característica da lentidão permitiu que o processo, ao invés de marcado por mudanças, se desse por transformismos institucionais e mesmo políticos (CODATO, 2005). Dessa forma, a transição pós ditadura militar de 1964 se deu sem qualquer elemento que destoasse da tradição política brasileira de transição por transação¹⁸, reforçando o arquétipo da “conciliação” entre desiguais (DEBRUN, 1983) graças à manutenção do capital político do regime em virtude dos êxitos no campo da economia. Destarte, a realização da transição brasileira se deu sob controle do próprio regime (ARTURI, 2001) através de negociações e colaboração com a oposição “responsável” (CODATO, 2005). O processo iniciado no governo Geisel foi acelerado no período do governo de Figueiredo em grande medida pelas mobilizações ocorridas no fim da década de 1970 e início de 1980, com o surgimento do “novo sindicalismo” e, conseqüentemente, com o aumento do número de greves realizadas (CODATO, 2005). Fatos esses possibilitados pela onda de industrialização realizada pelo modelo econômico “nacional-desenvolvimentista” do regime militar.

Marcado pela ambigüidade institucional (ARTURI, 2001), o regime ditatorial, e isso se perpetua no período de transição, manteve medidas autoritárias mesmo enquanto assegurava o funcionamento de instituições democráticas como o Congresso, o Judiciário, e mesmo a manutenção de eleições, limitadas por medidas do regime¹⁹ (CODATO, 2005).

O processo constituinte e o da transição de regime político no Brasil se confundem. E muito das características deste são transpostos aquele, afinal, o que se constituiu no momento constitucional em questão foi exatamente um regime de enunciado democrático em contraposição ao passado autoritário, ou seja, a transição. Enquanto bandeira política, a mudança do documento constitucional aparece já em 1967 em um documento produzido em um Congresso clandestino do Partido Comunista Brasileiro (PCB), mas ganha relevância no

¹⁸ Categoria desenvolvida por Codato para descrever as características elementares do processo de transição no Brasil que condicionaram a formação do sistema político atual. Cf. CODATO, Adriano Nervo. Uma história política da transição brasileira: da ditadura militar à democracia. **Revista de sociologia e política**, n. 23, nov. 2005.

¹⁹ Um exemplo dessas medidas limitadoras das instituições que caracterizam a ambigüidade institucional foi o “pacote de abril” realizado no período da transição, mais especificamente durante o governo Geisel, que consistia em uma série de alterações no sistema jurídico brasileiro. Todas elas, sob a justificativa da reforma no judiciário, minavam a influência da oposição institucional, que ganhara cadeiras no Congresso Nacional suficientes para barrar alterações constitucionais em virtude do quórum qualificado. Com isso, o regime tentava evitar que a situação tivesse de negociar com a oposição, e garantir a permanência do controle do processo de abertura sob suas mãos. Cf. BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil**. Brasília: Câmara dos deputados, 2012.

cenário político quando o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), a oposição institucional, formalizou a reivindicação de uma Assembleia Constituinte em 1971 na Carta do Recife. Para o setor moderado do MDB, a constituinte representava uma proposta radical, mas, em 1977, por conta das medidas tomadas pela situação para minar a influência política da oposição legal, essa parcela passou a desacreditar na manutenção da ordem legal da ditadura (BARBOSA, 2012).

Em meio ao processo de transição, associações e entidades representativas dos setores médios se colocaram oficialmente na oposição ao regime, como a Ordem dos Advogados do Brasil. Em 1974, essa entidade deflagrou campanha contra algumas medidas do governo e, especialmente com a assunção de Raymundo Faoro da presidência da Ordem, passou a defender a realização de uma Assembleia Constituinte. No mesmo caminho seguiu a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) que elaborou em 1986 documento em favor de uma Nova Ordem Constitucional, o que representou um marco para a popularização do debate sobre a realização de uma constituinte (BARBOSA, 2012).

Também o “novo sindicalismo” entrou no bloco histórico em defesa da realização de uma nova constituinte, em que pese, em princípio, ter se posicionado de forma reticente em virtude da desconfiança com a Frente Nacional de Redemocratização que tinha como principal sustentáculo o MDB. Posição essa alterada em 1981 com a realização do Congresso Nacional da Classe Trabalhadora (BABORSA, 2012).

A mobilização pró-constituinte foi herdeira do processo de rearticulação da sociedade civil que resultou na aceleração do processo de transição e da relativa perda de seu controle por parte do regime empresarial-militar durante o governo Figueiredo. A intensa campanha das Diretas-já e pela anistia permitiu um cenário superior de mobilização da sociedade civil que culminou na defesa de uma nova Constituição, ou seja, da criação da situação constituinte (SILVA, 2007). Isso findou pondo fim ao projeto dos militares de realizarem apenas uma gradual revisão na Constituição do regime autoritário (BARBOSA, 2012), intensificando a passagem do tempo do regime autoritário para o de enunciado democrático. Sendo assim, limitar a pressão popular à definição do ritmo da transição reduz o seu papel histórico principalmente se levarmos em conta a disputa acerca do significado da Constituição de 88 no período posterior a sua promulgação.

O desejo da passagem do tempo através de uma Assembleia Constituinte está expressa na defesa de Florestan Fernandes (2014, p. 26) da forma-assembleia em detrimento da forma-congresso: “a história, que parece estagnada, corre veloz em seus subterrâneos e põe-nos diante de esperanças políticas que transcendem as constituições burguesas e nos obriga a pensar o

futuro como a antítese de um presente contraditório e enigmático”. Nesse processo, se delineou uma disputa de forma²⁰ resumida dessa maneira por Fernandes (2014, p. 77):

É aqui que se acha o cerne dos dilemas constitucionais do Brasil de hoje. Cortada no ápice do seu fluxo, a oscilação histórica apontada comporta duas visões opostas do que deve ser a Constituição em processo de elaboração: os que defendem o “compromisso sagrado de Tancredo Neves”, malgrado sua vocação democrática, afundam no pântano conservador. Para eles, não existe uma ordem ilegal, mas um “entulho autoritário”. Ele poderia ser removido como uma leve dor de cabeça, com uma vassourada. De fato, trata-se de uma colossal mistificação, pela qual a ordem ilegal não é expelida da cena histórica e condiciona, ao contrário, o processo de reconstrução da sociedade civil e do estado. Os juristas que defendem essa posição abominam a ideia de uma Assembleia Nacional Constituinte exclusiva e soberana e se fixam na consolidação da Nova República como e enquanto rebento da ditadura militar, descrita eufemisticamente como “Velha República”! O Congresso Constituinte reduz-se a um “poder derivado” e, se extravasar desse limite, está condenado à instância judiciária, que poderia anular suas decisões – e, o que não se diz, ao quarto poder da República, o poder militar, a instância suprema, que poderia eliminá-lo do mapa... o que se reitera é um afã ultraconservador e ultrarreacionário (que conta com o apoio da maioria parlamentar e com a tolerância das direções dos principais partidos da ordem – o PMDB e o PFL à frente), de conceber a elaboração da constituição como uma revisão constitucional. Nessa revisão constitucional, a ordem ilegal vigente seria reinstaurada “legitimamente”, como um sonho “liberal” dos antigos e novos donos do poder. Para isso foi concebido o Congresso Constituinte! (FERNANDES, 2014, p. 77).

As formas de modificações do texto constitucional não foram consenso no cenário político da transição. O regime tentou, a princípio, imprimir um processo de revisão constitucional (FAORO, 1981), enquanto a oposição, de forma genérica, defendia uma assembleia constituinte. Esse último setor, no entanto, divergia quanto à forma congressional (advogava por essa forma o setor moderado da oposição legal), ou seja, a investidura do Congresso em exercício com o poder de redigir uma nova constituição, ou da Assembleia

²⁰ A disputa pela forma necessária para a realização da construção constitucional de 1987 não se limitou aos agentes políticos em sentido estrito. Nessa batalha, fortalecendo a tese aqui defendida que a produção teórica integra o enfrentamento social que põe em movimento a dialética entre permanência e mudança, teóricos do direito constitucional, como Paulo Bonavides (2010), realizaram verdadeira campanha contrária à forma congressional de produção do texto constitucional. Para esse autor, “[...] a constituinte, da maneira como foi convocada, é tão-somente um episódio da histórica constitucional em que as oligarquias, buscando sobreviver, evitaram o encontro do povo com sua própria soberania (BONAVIDES, 2010, p. 31). Suas críticas à forma congressional perpassaram pela contestação do seu jeito responsável por sua convocação – o poder executivo que imprimiu os desvios autoritários do regime que era deposto –; pela ausência de qualquer procedimento plebiscitário; pela impossibilidade do poder constituído – através do congresso eleito – exercer o poder constituinte; pela extraordinária concentração de poderes no legislativo constituído que se promoveria; e pela composição do congresso – especialmente em face da presença de senadores biônicos e da representação exclusiva de interesses partidário e oligárquicos (BONAVIDES, 2010). O mesmo ponto de vista defendeu José Afonso da Silva (2007) para quem não haveria forma de dar legitimidade à outorga de poderes constituintes ao Congresso Nacional eleito. Em oposição ao defendido por Bonavides e Afonso da Silva, Manoel Gonçalves Ferreira Filho advogou que a via correta de reformulação da ordem constitucional só poderia ocorrer através da concessão de poderes revisionais ao Congresso Nacional. Para este último a constituinte deveria representar a institucionalização permanente dos princípios da “revolução de março”, ou seja, do golpe militar (PAIXÃO, 2014).

Constituinte Exclusiva. Essa última proposta era defendida por parcela minoritária da oposição legal e por alguns setores da sociedade civil que objetivavam um processo de transição que findasse com um rompimento completo com o Regime dos Militares e viam a forma congressual como uma tentativa de frear a transição (FERNANDES, 2014). Esse cenário é evidenciado pelo diagnóstico de Florestan Fernandes (2014, p. 22).

[...] há uma demora cultural, um hiato histórico e político entre as transformações da sociedade e suas repercussões sobre a organização, funcionamento e rendimento das instituições-chave. E estas, movidas por enquanto pelos que se acham raptados na garupa do poder estatal (em todos os níveis da organização e da competição do poder), modificam-se muito devagar, resistindo a todas as mudanças e reformas, mesmo aquelas que seriam do seu interesse de classe. Uma Assembleia Nacional Constituinte exclusiva teria a virtude de acelerar os ritmos da transformação, encolhendo as distâncias existentes entre o estado e a nação. Todavia, esse caminho foi cortado tortuosamente pelos donos do poder, movidos pela ideia de que “segurando as pontas” podem “controlar o processo histórico”

A forma congressual da constituinte representou a meta-síntese da “Nova República” articulada pela “Aliança Democrática” que pôs fim ao projeto de uma Assembleia Constituinte Exclusiva. Essa articulação permitiu a ocupação da presidência da república por um civil através do voto de um colégio eleitoral com membros simpáticos ao regime militar (ARTURI, 2001). A campanha das “Diretas-Já” foi capaz de efervescer a cena política do país e de promover um cenário de mobilização que se prolongou ao longo da década de 1980. Porém, foi incapaz de realizar modificações nas regras do sistema político. Este produzido pelo regime autoritário pela afirmação da liberalização pelo alto que culminou com a formação da “Aliança Democrática” e com o paradigma da “Nova República” (ARTURI, 2001). Por fim, a Nova República cumpriu a função de congregar em um projeto de liberalização lenta e gradual setores moderados do regime e da oposição legal, impedindo um momento crítico de rompimento ao atingir o seu desfecho com um acordo que levou à eleição da chapa da “Aliança Democrática” para a presidência.

Nesse contexto, o movimento das diretas-já, que poderia propiciar uma saída límpida e radical, submergiu numa composição conservadora, que decidiu, a partir de cima, atravessar o Rubicão através do Colégio eleitoral. Aliaram-se os chefes militares “civilizados”, o PMDB através de suas cúpulas dirigentes e os “democratas” recém-saídos do ventre do regime em decomposição. Isso significa que a oscilação foi detida por uma nova conspiração, que se crismou como um ato de conciliação política. Ela também endossou a fórmula político-militar de uma transição democrática lenta, gradual e segura! A ordem ilegal atrasou a crise letal, que se esboçara, e protegeu o nascimento da Nova República. Convertido em partido da ordem, o PMDB deu guarida à Aliança democrática, pela qual os chefes militares e os notáveis da ditadura iriam cobrar, em conúbio com a maioria conservadora da cúpula do PMDB e do Parlamento a continuidade da ordem ilegal forjada pela república institucional. (FERNANDES, 2014, p. 77).

A mudança do sistema constitucional através de um Congresso Constituinte foi, finalmente, realizada graças à articulação do primeiro governo civil eleito pelo Colégio Eleitoral de 1985 após os anos em que o cargo da presidência havia sido ocupado por membros da ordem militar. A Constituinte, portanto, se desenhou com o objetivo de reduzir as transformações promovidas pela conjuntura crítica (PILATTI, 2008). A eleição indireta de Tancredo Neves, que havia assumido publicamente o compromisso de realizar um Congresso Constituinte (BABOSA, 2012), e de José Sarney, um civil que saíra ao fim do processo de transição dos quadros do Regime autoritário (ARTURI, 2001), foi possível pelo acordo que se materializou na “Nova República” (ARTURI, 2001) e trouxe consequências para a composição da constituinte, e, sobretudo, à forma de sua realização.

A maioria liberal-conservadora no Congresso de 1985, que incluía os senadores “biônicos” designados pelo regime em 1978, a vontade da presidência da República e as pressões dos militares impuseram uma Assembléia Constituinte formada pelos membros da Câmara dos Deputados e do Senado que seriam eleitos em 1986, derrotando assim a proposta da esquerda que almejava uma Assembléia composta de representantes eleitos exclusivamente para redigir a nova carta (ARTURI, 2001, p. 22-23)

Dos 559 (quinhentos e cinquenta e nove) parlamentares constituintes, entre eles os senadores “biônicos” indicados pelo regime, 217 (duzentos e dezessete) tiveram passagem pela legenda sustentáculo do Regime militar, a ARENA (FLEISCHER, 1988), 72 (setenta e dois) desses findaram ingressando nos quadros do PMDB (FLEISCHER, 1988) – herdeiro da oposição legal no período do bipartidarismo. Esses fatos evidenciam o transformismo político que marcou o processo constituinte e transicional no Brasil e a consolidação da maioria conservadora no Congresso Constituinte (PILATTI, 2008). Isso projetou nele uma ideia de continuidade e não de ruptura, ao ponto de alguns afirmarem ter sido a constituinte de 87-88 o triunfo do Golpe Militar de 1964²¹ (BARBOSA, 2012).

²¹ Apesar da presença e da força de blocos conservadores e, em sentido contrário, da pequenez dos setores progressistas, a constituinte produziu um texto constitucional predominantemente progressista graças às vitórias pontuais dessa parcela progressista no Congresso Constituinte. Isso se deu tanto por fatores endógenos ao processo – como a capacidade dos progressistas de explorarem brechas procedimentais e a regra do jogo para pautarem as suas agendas (PILATTI, 2008) –, como por elementos externos ao congresso – como a pressão dos grupos organizados da sociedade civil; o mecanismo das emendas populares (MICHILES; et al., 1989; SILVA, 2007); e as audiências públicas (SILVA, 2007). Ao longo de redação do novo texto constitucional, o cenário foi marcado por disputas regimentais entre progressistas e conservadores, como bem demonstra a tentativa do bloco conservador de, após o êxito político dos progressistas na Comissão de Sistematização, alterar o Regimento Interno na fase posterior para minar a influência progressista na votação final (PILATTI, 2008). Fato é que os progressistas souberam também manejar as diferenças políticas entre os integrantes do bloco conservador, como demonstra a

A realização desse congresso constituinte provocou decepção entre o movimento chamado do “novo sindicalismo” que via na forma da Assembleia Constituinte Exclusiva um meio de romper definitivamente com a cultura política autoritária do regime militar (BARBOSA, 2012), e entre os setores da oposição que desejavam uma ruptura, como é possível verificar no diagnóstico realizado por Florestan Fernandes (2014, p. 56):

[...] Ela [constituinte] deveria levar até o fundo a ruptura com a “Nova República” e a ordem ilegal que ela preserva e fortalece, como herdeira e continuadora da República institucional, isto é, do regime ditatorial dos generais e de seus aliados políticos, nacionais e estrangeiros[...].

O processo constituinte que permitiu a superação do regime de enunciado autoritário para o de enunciado democrático no Brasil realizou uma transição política marcada por uma passagem de tempo lenta e longa. Tendo sido iniciado ainda na década de 1970 e, em que pese o pouco acordo quanto ao evento que representou o seu término entre os analistas do período, findou, no mínimo, no início da década de 1990 sendo a constituinte de 1987 e a Constituição da República de 1988 produtos e, ao mesmo tempo, impulsionadoras desse processo de transição. Como produto, a constituinte carregou consigo as características da transição, como propulsora, imprimiu a ele novos elementos e reafirmou antigos, tudo isso é evidenciado na disputa da forma em que se realizariam as modificações no sistema constitucional.

A Forma-Congresso Constituinte, adotada finalmente com a edição da Emenda Constitucional nº 26 em 27 de novembro de 1985, que permitiu o seguimento de um tempo de transição gradual e participação no processo de senadores indicados pelo regime, foi defendida e guiada pela “Aliança Democrática”. Nela se incluía um presidente civil com caminho trilhado nos quadros do Regime Militar, e os setores moderados da oposição legal, o que findou por fortalecer o continuísmo, o caráter gradual do processo, e o transformismo dos atores políticos evidenciado na migração de parlamentares do partido apoiador da ditadura às legendas da oposição. Já a Forma-Assembleia Constituinte foi advogada por parcela da sociedade civil que se interessava pela ruptura completa com o regime e com toda a sua estrutura constitucional.

articulação daqueles para a eleição de Mário Covas como líder da maioria (PILATTI, 2008). Por sua vez, como reação ao avanço da agenda dos progressistas, os conservadores constituíram o “centrão”, sem número suficiente para aprovar suas próprias posições, mas capaz de exercer o poder de veto e barrar as proposições mais radicais daquele outro setor (PILATTI, 2008). Toda esse enfrentamento teve seu desfecho favorável ao setor progressista com a aprovação de um texto constitucional com marcante presença das propostas defendidas por eles, o que levou, inclusive, o presidente Sarney, representante da Nova República no executivo, a criticar o projeto de texto constitucional proposto (PILATTI, 2008).

A constituinte significou um descompasso nos projetos iniciais da transição dos militares possibilitado, em grande medida, pela aceleração do processo imprimida pelas pressões populares da sociedade civil em reorganização. Mas, a intensidade de sua operação no tempo restou em todo o seu processo em disputa, até mesmo nas discussões sobre o seu regimento e seu funcionamento ordinário (COELHO, [1988?]). Portanto, mais que uma querela de simples forma, o embate entre a Forma-congresso Constituinte e a Forma-Assembleia Constituinte representou um enfrentamento sobre o controle do tempo e de sua passagem na transição brasileira, estando em questão a ruptura ou a continuidade com um projeto político que persistiu na disputa de sentido que se projetaria processo constituinte e à Constituição de 1988.

Através do momento constituinte que representou a transição brasileira podemos verificar que o poder constituinte, antes de obedecer a fórmulas predefinidas ou normas do próprio ordenamento, se define a partir do processo histórico que o legitima tanto em sua forma como em seu conteúdo. Aqui resta demonstrada a complexidade que representa essa categoria que não consegue ser domada pelos institutos bem formulados do constitucionalismo moderno pelo seu caráter limítrofe entre dois campos: o direito e a política. Resta-nos agora inferir categorias que se adequem à práxis desse poder e que permitam interpretar a sua manifestação concreta no processo histórico.

4 PARA UM CONSTITUCIONALISMO DA LIBERTAÇÃO

Da análise sucinta sobre a disputa pela forma do processo constituinte brasileiro que culminou no Congresso Constituinte de 1987 podemos concluir que o poder constituinte, como categoria limítrofe entre a Política e o Direito, só pode ser compreendido quando analisado através do processo em que ele se manifesta. Destarte, sua legitimidade, seu sujeito, seu projeto, sua temporalidade e as demais questões que surgem da sua práxis se afirmam no processo político em que ele se realiza. Isso o constitucionalismo moderno, ao subordiná-lo à arquitetura constitucional constituída, não reconhece. Esse dado finda limitando a sua capacidade de compreender o fenômeno e a categoria em questão.

O poder constituinte em sua natureza é uma potência com dimensão aberta e absoluta sobretudo por representar a capacidade da comunidade política de definir a sua forma de organização, é dizer, o arranjo institucional do sistema político e o seu projeto de sociedade. Desse modo, esse poder se realiza cotidianamente no seio da sociedade e sua manifestação se dá no processo histórico e não seguindo previsões da arquitetura constitucional ou de doutrinadores. A categoria em estudo tem duas formas de manifestação: a) como processo social, capaz de alterar e constituir dimensões do sistema político da comunidade a partir da ação de um coletivo de homens e mulheres com reflexos em outras esferas da vivência humana, esse processo constituinte é, portanto, o que movimenta o vetor-histórico social que é o fenômeno jurídico; enquanto processo, ele jamais é interrompido uma vez que se concretiza nas relações humanas cotidianas – na política, pedagógica e na erótica –, uma vez que, ao passo que a humanidade em comunidade produz cotidianamente as condições de sua existência, ela dá formas ao sistema político, o que assegura a latência do poder constituinte nesse processo social; e b) como momento, no qual verificamos a alteração no ordenamento positivado através de assembleias ou congressos constituintes e emendas constitucionais. Esse momento constituinte de forma alguma é estanque, cindido daquela outra forma de manifestação do poder constituinte (o processo constituinte). O momento constituinte resulta do processo social constituinte encontrando nele seus fundamentos e elementos legitimadores. Portanto, entre essas duas formas de manifestação do poder constituinte, há uma relação concreta em que o processo constituinte, que é um fenômeno do processo histórico, determina o momento constituinte.

“[...] Enxergá-lo como parte integrante do processo de interpretação e aplicação do direito não é pouco, ao contrário, significa dizer que o poder constituinte se manifesta continuamente na prática do direito por meio da reconstrução do projeto de uma sociedade [...]” (COSTA, 2005, p. 119-120), dessa forma, como processo, podemos encontrar potência

constituente até nas práticas cotidianas dos tribunais nas suas tomadas de decisões, seja dando dinamicidade ao ordenamento constitucional ou, em sentido contrário, preservando a ordem constitucional de alterações. Isso porque podemos deduzir que o poder constituinte permanece no texto constitucional e que a manutenção da ordem é a sua concretização (CHUERI; GODOY, 2010), uma vez que a constituição incorpora a vontade constituinte (DALMAU, 2014). De fato, esse último entendimento de que o poder constituinte se manifesta especialmente na aplicação e manutenção do ordenamento constitucional, isto é, de que a tensão entre vontade de poder e vontade de constituição sempre produz um vetor em direção à constituição (CHUERI; GODOY, 2010), representa uma tentativa teórica de minar o paradoxo do constitucionalismo democrático, no qual a soberania popular aparece como fundamento da ordem, mas, se encontra limitada pela ordem que institui. Em verdade, essa questão sobre a permanência do poder constituinte na decisão pela manutenção da ordem constitucional (CHUERI; GODOY, 2010), conjugada com a discussão negriniana de que o poder constituinte é sempre mudança, de que representa a capacidade de um sujeito coletivo, a multidão, alterar a realidade (NEGRI, 2002), termina por nos indicar uma questão fundamental: esse poder se materializa como processo na dialética entre permanência e mudança que resulta na decisão política contrária ou favorável à ordem.

Há um elemento ainda mais relevante para entendermos os limites do constitucionalismo moderno em face da interpretação do fenômeno e da categoria do poder constituinte. Como demonstramos até aqui, esse constitucionalismo reconhece certo imobilismo na estrutura constituída ao passo que encontra apenas no ordenamento os componentes fundamentais do fenômeno jurídico e, por consequência, do poder constituinte. Ao fazê-lo, a sua fortuna teórica termina por cindir o Direito do processo histórico uma vez que nega aquele como processo.

A sociedade histórica tem seu futuro e seu passado sempre como problema, por isso, através da ação dos próprios sujeitos que a compõem, pode ter suas estruturas fundantes alteradas. Essa característica das sociedades históricas decorre de uma capacidade humana de superar aquilo que lhe condiciona, de, em face de uma nova necessidade, supri-la através de sua própria ação. “[...] A essência humana é a possibilidade, a abertura que os seres humanos tem ‘de libertar-se’, à medida que vai descobrindo o que os ‘determina’” (FEITOZA, 2014, p. 33).

[...] a liberdade é justamente essa negatividade, essa possibilidade dos seres humanos de transcenderem sua natureza, de tomarem consciência do que os condiciona e os constitui e assim agirem na direção de superar tais condicionamentos, alcançando seus

objetivos próprios. É o que afirma a fórmula de Hegel citada por Lyra Filho: “o ser humano sabe o que o determina: eis aí sua independência”. Notem, na passagem anterior, que a isso Kojève declara que é o que há de propriamente humano no ser humano (FEITOZA, 2014, p. 30-31).

Sendo assim, as instituições jurídicas, objeto principal do constitucionalismo moderno, e o fenômeno jurídico estão sujeitos à ação humana porque existem no tempo. Ao passo que reconhecemos a liberdade como processo que se constrói cotidianamente no tempo, que se determina pela ação humana com o objetivo de superar as condições que lhe negam a liberdade, por fim, como libertação, desvelamos os limites do constitucionalismo moderno. Este, por não reconhecer as reais dimensões da potência constituinte bem como dos elementos que realmente condicionam o poder constituinte, promove a negação do fenômeno jurídico como processo.

Necessário destacar que descrever a liberdade como ato, não como algo que se tem ou não, mas como processo constante de efetivação de necessidades é levar em consideração que os seres humanos não agem no vazio, mas em um determinado contexto e em uma determinada época, condicionados pela realidade que faz parte da relação dialética que os constitui. Nesse sentido, não é possível pensá-la como liberdade absoluta – possibilidade real de fazer qualquer coisa em qualquer tempo – mas sim como processo-ação, como libertação. Libertação de situações concretas que limitam o processo de invenção e reinvenção humano na busca pelo bem-viver. Ou como diria Lyra Filho: “a liberdade não é um dom; é tarefa, que se realiza na História, porque não nos libertamos isoladamente, mas em conjunto” (FEITOZA, 2014, p. 31-32).

Nesse momento do trabalho, destarte, trataremos de assentar a fortuna crítica que nos permita solidificar uma teoria constitucional acerca do poder constituinte capaz de responder às questões que foram repostas ao constitucionalismo com o surgimento do movimento pela constituinte temática. Faremos isso sem que adotemos uma perspectiva normativista e referenciada apenas na ordem estabelecida. Com isso se pretende reconhecer a dimensão concreta da potência constituinte e adequar a teoria à capacidade humana de alterar a sua realidade através da ação.

4.1 O poder constituinte achado na rua

O Direito Achado na Rua tem como principal fundamentação teórica a concepção de direito inaugurada pelo jurista Roberto Lyra Filho que assentou uma fortuna crítica responsável por permitir a formação da Nova Escola Jurídica Brasileira – NAIR (ESCRIVÃO FILHO; et al., 2015). O Humanismo dialético proposto por Lyra Filho realiza um verdadeiro acerto de contas entre o campo do direito e os marxistas, entre o direito e o materialismo histórico dialético, entre o campo da política e do direito.

O Direito Achado na Rua, a teoria Lyriana e a NAIR trazem em sua produção os fundamentos para uma ontologia do direito enquanto processo. Um objeto que vem a ser no processo histórico e não um dado fixo e distante das intervenções das decisões e do trabalho humano. A ontologia jurídica delimitada pelo Direito Achado na Rua desconstrói as noções estáticas e a-históricas sobre o que constitui o fenômeno jurídico ao passo que também o reconcilia com o campo da política. No entanto, “[...] não basta identificar o Direito como um fenômeno dialético gestado no caminhar mesmo da história. É preciso também uma teoria propriamente dialética que possa acompanhar e apreender o movimento de seu objeto [...]” (FEITOZA, 2014, p. 62).

Ao tomar o direito pelo que realmente é, e não pelo que se diz sobre ele, enquanto trata de enxergar o fenômeno jurídico no ser social concreto, nas relações sociais e nas relações de poder desenvolvidas no processo histórico, a concepção de direito que fundamenta a práxis do Direito Achado na Rua permite desconstruir as imagens parciais sobre o objeto do direito produzidas pelas ideologias jurídicas que tomam como direito apenas parte de sua materialização no processo histórico. Aqui há uma primeira aproximação entre o humanismo dialético de Lyra Filho e o marxismo.

O projeto marxista tem como principal objetivo superar o processo da alienação no processo histórico, encerrando a pré-história da humanidade. A proposta comunista e socialista em Marx é uma decorrência desse projeto de garantir que a humanidade tome as rédeas de todos os aspectos de sua história, culminando, por fim, na defesa do comunismo e do socialismo como projetos relevantes para assegurar que a produção e reprodução da vida tenham por objetivos as necessidades humanas e sejam controladas por decisões da humanidade.

A concepção de direito pelo Direito Achado na Rua foge à definição de direito sempre subordinada ao Estado e como mecanismo exclusivo de submissão de uma classe sobre a outra, como insiste em se referir o marxismo *standard* ao fundamentar sua tese em frases isoladas nas obras de Marx – o que revela a tendência desse marxismo de enxergar o fenômeno jurídico de forma parcial, ou seja, apenas em parte da totalidade do processo que o engendra de fato. A preocupação central da ontologia do direito presente no Direito Achado na Rua é o de compreender como se realizam as transformações no Direito e no processo histórico. É, dessa forma, uma teoria que extrai do marxismo não dogmas, mas sim a forma de compreender e explicar o mundo em transformação e de incidir nesse processo de mudanças do real.

No entanto, não há qualquer negligência quanto à existência de instrumentos de opressões ou exploração de classe ou de grupos sociais. A teoria lyriana reconhece que no fenômeno jurídico, no processo de libertação, o Direito e o anti-Direito desenvolvem uma

relação dialética, disputam a hegemonia social entre si, assim como revolução e contra-revolução, reforma e contra-reforma. O que não se assume é que o fenômeno jurídico é apenas opressão. Ao contrário, é a legítima organização social da liberdade (LYRA FILHO, 1995), um mecanismo que se constrói coletivamente e que realiza a organização da liberdade para que toda a liberdade possível naquele momento histórico possa se manifestar.

Apresenta-se, portanto, um Direito em fronteiras, um Direito que está sempre no limite transformador de tornar-se outro Direito. Isso devido à noção de que a liberdade que ele organiza é processo de libertação, é caminho de transformar homens e mulheres cada vez mais humanos, livres de qualquer processo de alienação, assim como o projeto marxista. Esse Direito em fronteiras é movimento, é dialético, e as transformações nele são realizadas pelos homens e mulheres na produção e reprodução das condições de sobrevivência destes no processo histórico, nas ruas como metáfora para o ambiente público, e não apenas nos gabinetes nem encastelado nas torres dos tribunais.

Dentre outros elementos, é por isso que Marilena Chauí afirma que a obra lyriana restitui a dignidade política do Direito. A recuperação do político, o reconhecimento de antagonismos dentro da ordem/desordem da polis, é uma das tarefas mais importantes de uma teoria crítica e completa do Direito. (FEITOZA, 2014, p. 91).

Temos, pois, as bases de uma concepção de Direito que se reconcilia com a política e, principalmente, não está restrito à ordem estabelecida, mas que se reconhece em processo. O objeto desse direito deixa de ser apenas leis, decisões, ou instituições estatais e passa a ser também as relações sociais concretas realizadas no processo histórico. Ao adotar a fortuna crítica do marxismo não como dogma, mas como parâmetro de raciocínio que nos permite compreender o real em sua natureza concreta e transforma-la pela práxis, o Direito Achado na Rua consegue superar a noção do marxismo *standard* de direito como instrumento de opressão de classes. Portanto, o fenômeno jurídico para o direito achado na rua é um momento do processo de libertação da humanidade.

Segundo Lyra Filho, a história nada mais é que um processo social de libertação constante, no qual mulheres e homens, através da práxis cotidiana, agem no sentido de superarem os desafios que a existência os impõe para a realização de suas necessidades. Esse desenrolar processual e constante só é possível pela capacidade de libertação humana, ou seja, pela capacidade de se conscientizar, reagir e se libertar de seus condicionamentos, sejam eles frutos do enfrentamento constante que a humanidade trava em relação ao restante da natureza em via de sua sobrevivência e reprodução, ou das relações sociais resultantes dos modos de organização social para tal enfrentamento e que podem gerar outros enfrentamentos no sentido de dominação de uns pelos outros. (FEITOZA, 2014, p. 113)

Uma concepção de direito como essa, que o enxerga inserido no processo histórico e retira deste os elementos que constituem a explicação sobre os fenômenos jurídicos pode jogar luzes sobre uma categoria como a do poder constituinte que tem origem na prática política e se materializa sempre em movimento. Lyra Filho dá início à sua formulação sobre o direito partindo das suas concepções ideológicas com o intuito primeiro de encontrar pontos que indiquem a natureza do objeto estudado e permitam superar o discurso ideológico sobre o direito do jusnaturalismo e do positivismo. O autor, portanto, reconhecia que a ideologia não significava mera fantasia sobre a realidade. Em verdade, o discurso ideológico fala sobre o real deformando aspectos do seu objeto.

Assim, Lyra Filho pretende iniciar seu trabalho a partir da “negação”, da reflexão do que o Direito não é, para só então, através de procedimentos dialéticos de superação (aufhebung), em que forma e conteúdo encontram-se imbricados, apreender o Direito em seu movimento mesmo, afirmando o que ele é, ou melhor, está sendo. É condição fundamental para o método dialético procurar desvelar as contradições existentes no seio das ideologias analisadas, não apenas para apontar suas insuficiências, mas principalmente encontrar pontos móveis que permitam engendrar novos rumos diante da resolução das contradições [...] (FEITOZA, 2014, p. 81).

Na obra em que Roberto Lyra Filho delimita a sua concepção sobre o Direito, ele inicia por apontar notáveis correntes que, em seu tempo, demonstravam qual o objeto do direito que, como ele demonstra, se caracterizavam como abordagens ideológicas, quais sejam o jusnaturalismo, que identificava o direito na ordem justa, e o direito positivo, que reduzia o direito à Lei. Reitera-se que Lyra Filho realiza essa imersão teórica sobre as concepções ideológicas sobre o direito não apenas para demonstrar os seus equívocos, afinal, para ele o discurso ideológico representava apenas uma deformação sobre o real e, por isso, poderia indicar algumas características sobre o fenômeno jurídico:

Vimos que as ideologias refletem certas características do Direito, embora deformadas, porque tendem a polarizar-se em torno de duas visões unilaterais e redutoras. Os positivistas conservam a tendência a enxergar todo o Direito na ordem social estabelecida pela classe e grupos dominantes, diretamente (com suas normas costumeiras) ou através das leis do Estado. Os iurisnaturalistas insistem na necessidade dum critério de avaliação dessas mesmas normas, para medir-lhes a “Justiça” (isto é, a legitimidade da origem e conteúdo); entretanto, não conseguem determinar satisfatoriamente o padrão da medida (LYRA FILHO, 1995, p. 49).

Portanto, ao demonstrar o caráter ideológico das concepções jusnaturalista e positivista, a teoria lyriana tem como objetivo encontrar o que essas ideologias jurídicas são capazes de falar sobre o real e demonstrar que o mecanismo da ideologia engendra um movimento que cinde o objeto do direito do processo histórico mesmo.

Toda a crítica lyriana de ambas as ideologias jurídicas aqui abordadas se propõe a mostrar que nenhuma consegue realmente resolver o problema da Justiça, ou seja, o problema da fundamentação vista na perspectiva da legitimidade e função social do Direito. O que a crítica lyriana tem como objetivo é pensar uma superação de ambas as ideologias levando em conta que a positividade do Direito não conduz inevitavelmente ao positivismo, assim como a pretensão de pensar a justiça dentro do movimento do próprio Direito não signifique necessariamente “voar para nuvens metafísicas”, desligando-se das lutas sociais e seu desenvolvimento histórico [...] (FEITOZA, 2014, p. 93).

A partir dessa constatação, Lyra Filho trata de erguer um discurso crítico que permite conjugar direito e processo histórico e encontrar nesse último os elementos que constituem o objeto do direito, superando a oposição entre direito positivo e direito natural (LYRA FILHO, 1995). Lyra Filho tem como objetivo central forjar uma concepção de direito que reconheça a mobilidade do fenômeno jurídico para enxergar o próprio processo que engendra a transformação no fenômeno estudado, ou seja, a “Dialética Social do Direito”, rompendo com uma tradição científica que se limita a identificar a alteração após a sua materialização na ordem.

4.1.1 Da dialética social do direito ao poder constituinte

Lyra Filho traz como objeto do direito a própria sociedade, razão pela qual a sociologia jurídica lhe seria instrumental para compreender o fenômeno jurídico, “capítulo da Sociologia Geral, versando sobre o aspecto jurídico da vida em sociedade” (LYRA FILHO, 1995, p. 54).

As ciências que objetivam compreender o fenômeno jurídico devem ter como ponto central de referência a sociedade mesma na qual o Direito se desenvolve e para qual se volta. Para muitos, essa afirmação pode parecer óbvia. Mas para o campo jurídico acadêmico, seguramente não é. Basta ver os currículos dos cursos de Direito no país e a predominância quase absoluta do estudo da legislação oficial e da jurisprudência dos tribunais, pura e simplesmente (FEITOZA, 2014, p. 96).

No entanto, o teórico reconhece que nem mesmo a sociologia está livre dos mecanismos que engendram o discurso ideológico. Por isso, o autor passa a descrever duas posições hegemônicas na Sociologia Geral que, em última análise, traduzem também as posições das ideologias jurídicas referidas no tópico anterior. O primeiro modelo apontado por Lyra é o da “estabilidade, harmonia e consenso” no qual há apenas um bloco que concentra todas as normas oriundas de um consenso presumido (LYRA FILHO, 1995). Nesse modelo, o Direito está localizado unicamente nas normas e instituições que se constituem a partir do Estado. Nele, as mudanças são sempre controladas pelos ritos e procedimentos estabelecidos pelo poder

constituído, o que permite a este maior controle sobre a dimensão das transformações que jamais podem alterar os fundamentos da ordem estabelecida. Portanto, o Direito nessa perspectiva sociológica não passa de um instrumento de controle e repressão de condutas contrárias à ordem.

Nesse modelo, o conjunto de normas compõem um só bloco, presumido consensual pela comunidade política da qual é fruto, fixado nas e pelas instituições sociais – “armação estabilizada e sistemática das práticas normadas” – as quais se reservam os instrumentos de controle responsáveis pela coesão social, cuja legitimidade também se considera presumida. O conjunto de normas e os meios de controle que fundamentam revestem a organização social com sistemas de crenças (ideologias), consideradas válidas e úteis, e que são “a ‘alma’ das instituições estabelecidas, isto é, o ‘espírito’ da ordem social, com a máscara de cultura do ‘povo’” (FEITOZA, 2014, p. 100).

O segundo modelo sociológico delimitado pelo autor é o da “sociologia da mudança, conflito, coação”, esse centrado nas forças centrífugas da sociedade, na desordem, e, por esconder os elementos essenciais que delimitam os fenômenos sociais, são em regra absorvidos pela ordem constituída (LYRA FILHO, 1995). Essa concepção sociológica reconhece a existência das contradições no seio social, porém, sem esclarecer as suas razões. Para o autor, o modelo em questão ganha um colorido jusnaturalista uma vez que realiza a dicotomia entre o direito positivista, o direito estatal imposto, e um direito expresso nas contra-instituições. No entanto, há uma insuficiência nesse modelo ao não ser capaz de estabelecer critérios de avaliação das normas dominantes e de legitimação ou validação do Direito.

Enquanto no primeiro modelo o Direito tem conotação claramente positivista, reduzido à atuação estatal, nesse segundo modelo o Direito ganha uma difusão mais ao “tom jusnaturalista”, face à contestação contínua ao poder estabelecido e a reivindicação de direitos opostos de grupos contrários à ordem. Apesar de seu caráter centrífugo, com ênfase na contestação, o modelo continua a omitir as contradições advindas da base socioeconômica que resultam em oposições inconciliáveis dentro do mesmo modelo (FEITOZA, 2014, p. 103-104).

Em que pese a centralidade do segundo modelo no conflito, no máximo ele é responsável por explicar os períodos de crise sem indicar os caminhos para solucioná-las. Ou melhor, sem desvelar os pontos móveis que permitem alterar a estrutura da ordem estabelecida. Esse modelo sociológico acaba sendo absorvido pelo já constituído. Não por menos se aconselha a utilização de ambos os modelos:

Em verdade, considerando a ênfase de cada modelo em dinâmicas sociais completamente opostas, Lyra Filho conclui que um modelo não chega a cancelar o outro. Poderiam inclusive se referir à mesma sociedade em momentos temporais

distintos. Por isso que DAHRENDORF sugere o emprego dos dois modelos pelos sociólogos. Tal sugestão de incorporação de um modelo pelo outro também é alvo de críticas por Lyra Filho, pois facilmente levaria à uma compreensão superficial e mecânica da dinâmica social e dos processos de juridicização e pluralismo jurídico, o que é agravado pela negação por DAHRENDORF da validade, em seu tempo, da análise marxiana sobre as classes. Além disso, a falta de uma visão dialética do processo, que exige por ser ele mesmo dialético, impede a compreensão que processos sociais de inclusão geram exclusão e vice-versa, assim como elementos que servem à manutenção da coesão social e da ordem são responsáveis pela dispersão, contestação e desordem (FEITOZA, 2014, p. 104).

Apesar das falhas presentes nesses modelos, Lyra Filho enxerga como relevante para entender o real alguns elementos trazidos por eles. Sem dúvida, o modelo de conservação nos indica a existência de uma ordem sem, no entanto, explicar como e para que ela se impõe. Através dele se desvela a existência de elementos centrípetos no campo social. Assim como o segundo modelo demonstra que a legitimidade presumida da ordem é mero mito (LYRA FILHO, 1995). Essas conclusões são relevantes para a elaboração do roteiro do autor brasileiro para delimitar o fenômeno jurídico.

No sentido da superação de ambos os modelos, na obras “O que é direito” e “O direito que se ensina errado”, Lyra Filho sugere um terceiro modelo aplicável apenas às sociedades de classes, ainda em caráter inicial e provisório, formulado por si próprio na perspectiva dialética. Um modelo aberto, dentro de uma perspectiva que “ênfatiza o devir (a transformação constante) e a totalidade (a ligação de todos os segmentos da realidade, em função de conjunto)”. A partir dele pode-se enxergar de forma mais clara a integração entre os diversos elementos da vida social que conformam e concorrem para o fenômeno jurídico, o que permite a sua abordagem em sua globalidade, sem recortes ou reduções [...] (FEITOZA, 2014, p. 105).

Por fim, Lyra Filho apresenta um terceiro modelo com o objetivo de superar as fragilidades dos modelos anteriores e de descobrir os elementos que configuram o fenômeno jurídico dentro do processo histórico. A concepção lyriana intenta desenvolver uma perspectiva que permita conciliar as dimensões centrípetas e centrífugas que se desenvolvem no seio da sociedade. Seu objetivo é fundar uma teoria dialética sobre o direito, o que implicaria dizer que cada momento da constituição do fenômeno jurídico apontado por ele determinaria e seria determinado por todo o processo global em que ele está inserido.

No modelo proposto, o autor reconhece que a sociedade nacional está inserida no sistema mundo. Em face disso, a dialética desenvolvida na sociedade internacional que emerge da infraestrutura socioeconômica internacional e se manifesta nas lutas de libertação dos povos que compõem o sistema mundo é relevante para a formação das sociedades nacionais e do fenômeno jurídico, conforme reconhece Pedro Feitoza em seu trabalho sobre a teoria lyriana:

Assim, o Direito tem também raiz internacional, não se limitando à dinâmica social interna do processo histórico. Uma correta visão do Direito não pode abrir mão da compreensão do contexto socioeconômico internacional, seu jogo de influências e dominações, e muito menos das instituições internacionais, sobretudo daquelas diretamente ligadas à formulação e aplicação do Direito Internacional (FEITOZA, 2014, p. 107).

Nesse sistema mundo é que se estabelecem as relações nas sociedades nacionais com a sua infraestrutura socioeconômica nacional na qual se manifestam as lutas entre classes sociais exploradas e exploradoras a partir de sua divisão econômico-política, e entre grupos espoliados e espoliadores. Para a categoria central do nosso trabalho, o poder constituinte, desse contexto internacional nascem os primeiros limites materiais para o exercício dessa potência. Não podemos deixar de pontuar que no jogo de influência entre os atores internacionais emerge um conjunto de valores que representam, na formulação de Peter Häberle sobre o processo constituinte, determinantes culturais (HÄBERLE, 2007). Além disso, o reconhecimento de raízes na sociedade internacional permite também explicar o fenômeno da migração de conceitos internacionais na ordenação de um sistema constitucional, que, no processo constituinte, se materializa de forma mais clara na influência dos tipos de Estado Constitucional de constituições estrangeiras no processo constituinte nacional (HÄBERLE, 2007).

A influência da sociedade internacional para a determinação dos limites e características da manifestação do poder constituinte ganha contornos práticos quando levamos em consideração os processos concretos de mudanças constitucionais vividos pelos países da América Latina a partir da década de 1990, e, especialmente, a da África do Sul de elaboração do seu texto constitucional de 1996. Para a América Latina, é evidente a mútua influência dos processos vividos pela Colômbia em 1991, Venezuela em 1999, Equador em 2008 e Bolívia em 2009, como no momento imediatamente anterior ao processo constituinte com a adoção da narrativa dos movimentos políticos ao utilizarem a simbologia desses processos. Mas, é, sobretudo, pela semelhança dos mecanismos adotados para a realização da mudança constitucional – como a opção por submeter o novo texto constitucional a um procedimento de ratificação popular, ou, em um momento prévio, a consulta à população sobre a necessidade de uma mudança constitucional –, e em alguns grandes temas no conteúdo da ordem constitucional inaugurada – como o da participação popular nas decisões do Estado e do tratamento com o povos indígenas (PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLO, 2015) – que essa influência fica mais clara. Quanto ao caso sul-africano, tivemos a pressão dos atores internacionais para o fim da política do *apartheid* e pela liberação do líder da oposição,

Nelson Mandela, como elementos relevantes para a inauguração do momento constituinte desse país (PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, 2015).

Na dialética social do Direito, há elementos que definem a síntese jurídica nas interações entre os agentes internacionais, sejam as instituições e entidades internacionais, ou na geopolítica dos Estados internacionais. É fato que o poder constituinte dos povos encontram limites materiais nessa rede, não por menos as interações internacionais foram fundamentais para delimitar a ordem constitucional nos países latino-americanos após a independência (RAMOS, 2012), por exemplo. O reconhecimento da limitação do poder constituinte pelas relações travadas entre atores do sistema-mundo justifica também a ocorrência das ondas constitucionais (PAIXÃO, 2014; GARGARELLA, 2015), como a das novas constituições do fim de regimes autoritários na América Latina ou a do fim dos regimes comunistas do Leste Europeu (PAIXÃO, 2014), que projetam características ao processo constituinte e estabelecem alguns elementos orgânicos para as novas ordens constitucionais.

A partir desse contexto que se encontram as sociedades nacionais, os pontos III e IV se referem ao modo de produção correspondente que compõe a infraestrutura nacional e às divisões entre classes que estão diretamente ligadas à antagonismos econômicos (e dependendo podem ser espoliadas ou espoliadoras) e oposições entre grupos (podem ser oprimidos ou opressores) que incluem grupos étnicos, religiosos, sexuais etc. Tais divisões movimentam a dialética social de dominação-libertação que se reflete diretamente nas normatizações jurídicas e sem as quais o Direito torna se “incompreensível e inexplicável” [...] (FEITOZA, 2014, p. 107-108).

Da rede de interlocução entre a infraestrutura e as lutas internacionais e da infraestrutura e lutas nacionais que emerge a superestrutura e seus ramos centrípetos e centrífugos. As relações sociais travadas na infraestrutura ganham estabilidade e padronizam-se em uma organização social que goza de garantia de cumprimento a partir de um sistema de controle social, esse ordenamento se materializa no ramo centrípeto do modelo lyriano (LYRA FILHO, 1995). O positivismo encontra o fenômeno jurídico apenas nos momentos que constituem esse ramo. No ramo centrífugo, por sua vez, Lyra Filho aloca as atividades contestadoras dos grupos e classes espoliados e oprimidos, a atividade anômica que contesta a estrutura constituída e que também conforma o fenômeno jurídico.

A constante tensão entre as forças centrípetas e centrífugas constituem processos de disputa social de suma importância que, de acordo com Lyra Filho, a Ciência do Direito até então tentava ignorar, mas que deve ser objeto de estudo na abordagem global do fenômeno jurídico que são os fenômenos que os cientistas políticos denominam de “poder dual”- isto é, mais de um poder social na dialética de conflito – e que no plano das contra-instituições jurídicas (ponto VII) se manifesta como pluralismo jurídico [...] (FEITOZA, 2014, P. 111).

A noção lyriana de forças centrípetas e forças centrífugas da ordem deixa claro que a tensão entre permanência e mudança não é exclusiva do constitucionalismo ou uma característica única do poder constituinte. Em verdade, o esquema proposto pela dialética social do direito reconhece que a dialética entre mudança e permanência nasce do processo histórico, das forças que constituem a realidade. Essa tensão se projeta no fenômeno jurídico em todas suas dimensões. Esse conflito, no constitucionalismo, se apresenta proeminentemente na relação entre constituinte e constituído.

Na estrutura social em que se relacionam forças centrípetas e centrífugas é que se desenvolve “[...] o problema jurídico da tensão entre legitimidade/ilegitimidade do sistema, na medida em que atue na promoção da liberdade ou na espoliação, opressão e esmagamento de direitos de classes e grupos dominados [...]” (FEITOZA, 2014, p. 109). Para a concepção lyriana que estamos demonstrando aqui, o fenômeno jurídico se encontra em todo esse processo global descrito em seu modelo. A síntese jurídica se percebe na observação de todo esse processo e não de forma fatiada em um ou dois momentos dessa totalidade que constitui o fenômeno jurídico.

É a síntese jurídica: Seus critérios, porém, não são cristalizações ideológicas de qualquer “essência” metafísica, mas o vetor histórico-social, resultante do estado do processo, indicando o que se pode ver, a cada instante, como direção do progresso da humanidade na sua caminhada histórica. Esta resultante final (final, não no sentido de eterna, mas de síntese abrangedora do aspecto jurídico naquele processo histórico-social, em sua totalidade e transformações) se reinsere, imediatamente, no processo mesmo, uma vez que a história não para (LYRA FILHO, 1995, p. 78).

Essa síntese jurídica se define dentro do processo histórico em que o fenômeno jurídico se manifesta, pelas lutas sociais entre conservadorismo e progressismo, entre mudança e manutenção, futuro e passado, que, na época em que emergiu a formulação sobre o poder constituinte, se materializou na conquista liberal (LYRA FILHO, 1995). O fenômeno jurídico, segundo Lyra Filho, abarca o Direito e o Antidireito, e os critérios para identifica-los se extrai do próprio processo histórico. “[...] As contradições de Direito e Antidireito fazem explodir (com mediação da práxis jurídica progressista) a ostra normativa para que se extraia a pérola da superação” (LYRA FILHO, 1995, p. 79). Por fim, o autor encontra a essência do direito no processo de libertação humana, sendo assim, para ele, o direito é a legítima organização da liberdade, esta entendida de forma concreta no próprio processo histórico.

A concepção lyriana, portanto, se adequa a uma posição sobre o direito e sobre a história que é processo. Esse movimento no modelo lyriano é reconhecido ao se declarar a existência

não só do ramo centrípeto da dialética social do Direito, mas também o ramo centrífugo. Além disso, ao estabelecer que o fenômeno jurídico se manifesta no processo histórico e a sua síntese se extrai ao analisar o processo global de constituição desse fenômeno, a totalidade, Lyra Filho rompe com as concepções ideológicas do Direito que enxergam o fenômeno jurídico em apenas alguns momentos de todo o processo que o constitui. A Dialética Social do Direito aponta uma postura teórica no Direito que exige que busquemos os elementos que o constituem no processo histórico global e não mais em sentenças normativas do Estado ou da teoria jurídica.

Retomando, para Lyra Filho a constituição do Direito é uma faceta do processo sócio-político, ou seja, é processo dentro do processo histórico humano e, “como este, um processo dialético”. Essa característica do Direito - de ser fruto desse processo - permite a investigação, análise e descrição do trabalho científico. Não há outra forma de tomar o Direito como problema nas diversas sociedades humanas se não enxergá-lo dentro do processo global, que se dá tanto através do tempo como do espaço [...] (FEITOZA, 2014, p. 96).

A partir do defendido pelo teórico em comento, podemos chegar à conclusão que toda formação social – inclusive as instituições que compõem determinado Direito – é histórica, tem data de nascimento e pode ter data de falecimento. Por isso, não basta apenas descrever a ordem constituída, mas compreender também o movimento inerente ao fenômeno jurídico, destrinchar os elementos que engendram suas transformações. Em uma concepção de Direito que o enxerga dentro do próprio processo histórico, esses mecanismos geradores das mutações só podem ser encontrados nas lutas sociais travadas e funcionam como engrenagem para o porvir da história.

É a luta social constante, com suas expressões de vanguarda e suas resistências e sacanagens reacionárias, com suas forças contraditórias de progresso e conservantismo, com suas classes e grupos ascendentes e libertários e suas classes e grupos decadentes e opressores - é todo o processo que define o Direito, em cada etapa, na procura das direções de superação. (LYRA FILHO, 1995, p. 83).

Desse modo, retornando à categoria central de nossa investigação, uma concepção de Direito como essa exige que encontremos os elementos do poder constituinte no próprio processo histórico. Isso tem uma relevância prática. Adotando essa perspectiva teórica conseguimos evitar que tomemos como poder constituinte um simples ato de arbítrio por se revestir com o formalismo da legalidade – como poderíamos fazer em face dos atos institucionais que moldaram a ordem constitucional da ditadura militar brasileira, por exemplo. Com ela também impedimos que, de antemão, não reconheçamos a manifestação do poder constituinte por não seguir os ritos pré-estabelecidos pelo poder constituído ou não cumprir alguns requisitos teóricos estanques. Essa noção permite que não caiamos na armadilha teórica

de considerarmos a nossa atual ordem constitucional – fruto da constituinte de 1987/1988 – como um quadro nascido de um ato ilegítimo simplesmente por não ter havido previsão constitucional sobre a convocação de um Congresso Constituinte.

Além disso, é inegável que a perspectiva teórica lyriana reconhece uma potência constituinte viva no processo histórico, diferentemente do que o faz o Constitucionalismo Moderno. O intento mesmo da Dialética Social do Direito é entender o fenômeno jurídico em movimento, em processo. Objetivo esse cumprido pela adoção da dialética e de uma concepção de mundo que reconhece a capacidade humana de transformar a sua própria realidade e suas instituições. A potência constituinte, portanto, ganha em Lyra Filho um caráter aberto e concreto no sentido que seus limites, suas características e sua forma de materialização se definem pela dialética entre mudança e permanência manifestada no processo histórico e, acima de tudo, sua capacidade não se limita à alteração pura e simples do texto constitucional, mas também dos campos social, político e econômico.

A existência de uma constituição com pretensão normativa, por exemplo, foi fruto dessa potência constituinte que se realizou como processo, mas se materializou em momentos revolucionários que alteraram o fenômeno jurídico no sentido de construção da síntese jurídica do liberalismo do passado. Essa potência, portanto, é também momento que, por vezes, se manifesta na alteração do texto constitucional ou apenas da narrativa teórica constitucional, mas, principalmente, não se limita à alteração do campo do direito constitucional. Ressalta-se, no entanto, que mesmo o momento de alteração do texto constitucional não pode ser tomado de forma abstrata. Por isso, “[...] para que seja possível o surgimento de uma nova constituição, é necessário que todos os elementos que compõem estejam já na sociedade, caso contrário, essa nova constituição não existiria [...]” (COSTA, 2005, p. 175). Os elementos concretos do processo histórico que definem o fenômeno jurídico, como demonstrou Lyra Filho, precisam permitir o surgimento de uma nova ordem constitucional para que assim se realize. Esse tipo de constatação, no entanto, só pode ser aferida caso o constitucionalismo tenha como problema não apenas o poder constituído, a ordem estabelecida, mas o fenômeno jurídico realizado na totalidade do processo histórico.

“A prática do poder constituinte, portanto, não se constrói somente de forma idealizada, ela confronta-se com a facticidade do direito e dos riscos inerentes às tomadas de decisões por uma coletividade, povo, que se coloca como autor e destinatário do direito [...]” (COSTA, 2005, p. 148). O agir na história, destarte, não é recheado de certezas. Essa potência constituinte sempre carrega riscos de avanços e retrocessos na história, afinal, o fenômeno jurídico vive na contradição entre o Direito e o Antidireito. Dessa dialética é que nasce a síntese jurídica.

Desse modo, somente através da investigação do processo histórico podemos delimitar o significado concreto das questões postas como problema desse trabalho. Nesse mesmo sentido, a Dialética Social do Direito nos aponta caminhos para atingirmos as conclusões sobre a categoria principal do presente trabalho, rompendo com as visões parciais das ideologias jurídicas que tomaram conta do Constitucionalismo Moderno e com a sua pretensão *termidoriana* sobre a potência constituinte. Essa concepção teórica permite, finalmente, uma aproximação do *locus* no qual o poder constituinte encontra os seus limites, o seu sujeito, a sua legitimidade e até mesmo a sua forma de manifestação: no processo histórico global concreto.

4.2 Da fetichização à libertação

O fetiche é aquilo feito pelas mãos humanas, mas que passa a submeter a humanidade. Por sua vez o fetichismo é, para o que queremos demonstrar, o processo pelo qual um dado sistema, a totalidade, se torna absoluto, se fecha e se diviniza (DUSSEL, 1977). Ele representa “essa inversão espectral: o fundado aparece como fundamento e o fundamento como fundado [...]” (DUSSEL, 2007, p. 45). Através da fetichização, o sistema se fecha e se impõe como dado imutável para os homens e as mulheres que o constitui, e, sobretudo, como fonte única de legitimação das relações sociais travadas nele. Esse processo produz uma cisão do sistema com os elementos fundadores de suas dimensões. Por isso, a filosofia da libertação tem como meta realizar a desfetichização, o que significa relacionar as categorias do sistema com suas fontes criadoras. Esse processo, na economia, está expresso nas formulações que não reconhecem a criação de valor pela força humana (DUSSEL, 2008), que põe em movimento o mecanismo da alienação capaz de tomar as coisas como pessoas e as pessoas como coisas.

Dussel, na sua formulação sobre a filosofia da libertação, assenta o entendimento de que todo sistema tende a fetichizar seu fundamento (DUSSEL, 1977) através de uma ontologia divinizante: a erótica diviniza o falo; a política, a vontade do governante, a ordem instituída. O fetiche é uma forma pela qual o sistema se torna imóvel, tenta se petrificar no tempo. Para isso, o discurso ideológico cumpre uma função instrumental.

Com o fetichismo, o sistema, tal como está, se fecha às ações humanas e põe em andamento o processo de alienação. Na política, esse fetichismo reverbera numa adoração da ordem estabelecida, do governante e da sua vontade (DUSSEL, 2007). O constitucionalismo moderno e a teoria política que lhe deu fundamento produziram esse fetichismo ao adentrarem na fase *termidoriana* daquele e ao formularem um Direito e um sistema político parciais, centrados no Estado e cindidos de alguns momentos determinantes dos seus respectivos fenômenos.

No cenário em que o mecanismo do fetichismo é posto em movimento através do constitucionalismo moderno, o único poder reconhecido é o institucional, o poder constituído. Nesse sentido, toda a manifestação de vontade relevante para conformação do sistema político decorre unicamente das instituições. Dessa noção aparecem as teses da soberania fundada na autoridade do governante e do poder constituinte mediado pelo constituído. No tema da fetichização há um ponto de congruência entre a filosofia da libertação de Dussel e as questões levantadas pela teoria lyriana sobre as ideologias jurídica e incapacidade destas de explicar o movimento do fenômeno jurídico.

Um momento importante da fetichização do sistema político e do Direito é o da redução de toda a legitimidade a critérios legais. Em verdade, a Lei garante uma presunção de justificação a um ato no sistema político (DUSSEL, 2007), no entanto, a legitimidade é verdadeiramente verificada em toda a totalidade do sistema, e não apenas em parcela dele, como uma das manifestações do processo descrito aqui tenta fazer crer. Reconhecendo a tendência fetichizante do sistema e da função imobilizante que ela cumpre, a base da filosofia da libertação de Dussel é a contingência de tudo que forma o mundo, ou seja, a possibilidade de tudo não ser.

A contingência e possibilidade metafísica da totalidade do cosmos (3.4.6) garantem amplamente a contingência e possibilidade das instituições sociais de uma formação social, de um sistema político, erótico, pedagógico e até religioso. A contingência carcome assim a pretensão da divindade do Estado opressor. Destitui-o de sua eternidade: coloca-o em movimento dialético, libertador (DUSSEL, 1977, p. 107-108).

Essa contingência aparece em Dussel como um ateísmo necessário, o antifetichismo que não aceita o processo que torna o sistema divino, e que se contrapõe à sacralização do fundamento do sistema (DUSSEL, 1977). Este antifetichismo caracteriza a filosofia da libertação como uma corrente teórica que reconhece a constituição do real através do processo. Por isso, seu fundamento é a “libert-ação”. O problema central dessa filosofia é descrever esse processo de como o sistema rompe com as crenças divinizantes de seu fundamento e se altera através da ação humana. Dussel encontra na alteridade e na metafísica da exterioridade as chaves de leitura para explicar esse movimento: “o sistema, quando se totaliza como mundo fechado, tende a fetichizar-se, como já dissemos. Somente a provocação interpelante do outro, do pobre [...], faz desmoronar a ordem estabelecida e a boa consciência do dominador [...]” (DUSSEL, 1977, p. 110).

Chega-se, portanto, a um ponto basilar da filosofia da libertação estruturada por Enrique Dussel e que vai nos auxiliar a compreender a arquitetônica do sistema político descrito por ele. O referido autor não intenta apenas reconhecer o movimento do sistema, mas, principalmente, descrever e constatar como surge a inovação, o inédito. Assim, não interessa a ele descobrir apenas o desenvolvimento do projeto do mesmo, a quem interessa a fenomenologia, ou a ontologia (DUSSEL, 1977), mas sim o caminho que se observa no mito semita da travessia do deserto do Egito escravizador à terra prometida (DUSSEL, 2015).

Para tanto, Dussel propõe a superação da fenomenologia, da ontologia, paradigmas da modernidade, para que seja possível compreender o real além do projeto do mesmo, superando o núcleo essencial do sistema. O autor, portanto, utiliza como categoria chave para explicar a produção da inovação a exterioridade o outro que se revela distinto e interpela a totalidade: “o rosto do homem se revela como outro quando se apresenta em nosso sistema de instrumentos como exterior, como alguém, como uma liberdade que interpela, que provoca, que aparece como aquele que resiste à totalização instrumental. Não é algo, é alguém” (DUSSEL, 1977, p. 47).

O Outro se faz relevante para a formulação dusseliana por ele não se justificar pela ordem estabelecida e, principalmente, pela sua capacidade de dizer e fazer o impossível para o sistema, uma vez que é ele o centro do seu próprio mundo. Essa capacidade do Outro de inovar decorre do fato de seus fundamentos, sua visão de mundo, e, principalmente, suas necessidades, não se justificarem ou serem supridas pelo ordenamento estabelecido, uma vez que “[...] o direito do outro, fora do sistema, não é um direito que se justifique pelo projeto do sistema ou por suas leis. Seu direito absoluto, por ser alguém, livre, [...] funda-se em sua própria exterioridade [...]” (DUSSEL, 1977, p. 49). Dussel se preocupa ainda em esclarecer que, para que o Outro seja capaz de produzir o novo, a sua exterioridade não é necessariamente absoluta, como o foi na relação colônia e metrópole. Ela pode ser compreendida em uma transcendentalidade interior que decorre não apenas de características inerentes ao sujeito, mas da funcionalidade social que ele ou ela realiza na totalidade do sistema.

A metáfora espacial da exterioridade pode levar a mais de um equívoco. Poderíamos denominar também a este “além” do horizonte do ser do sistema uma *transcendentalidade interior*, um “além” do sujeito no sistema, de seu trabalho, de seu desejo, de sua possibilidade, de seu projeto. Transcendentalidade interior ou exterioridade têm a mesma significação neste discurso filosófico (DUSSEL, 1977, p. 45-46).

\

A filosofia da libertação formulada por Enrique Dussel, por fim, tenta superar a fenomenologia ao adotar uma metafísica da exterioridade. Para ele “a metafísica, no sentido que lhe damos no presente discurso da filosofia da libertação, é o saber pensar o mundo desde a exterioridade alterativa do outro [...]” (DUSSEL, 1977, p. 54). Todo o pensar filosófico dessa corrente teórica tem como categoria central essa exterioridade, o que significa a reflexão sobre o mundo além do horizonte sistêmico do ser. É nela que a filosofia da libertação encontra a pulsão transgressora que permite não só o movimento do real, mas, principalmente, o poder criador dos homens e das mulheres, a atividade inventiva que abre caminho para o surgimento de relações sociais e instituições completamente inovadoras. É através da afirmação da exterioridade que a teoria dusseliana abre caminho para a dessacralização do fetiche e para a ação humana de libertação, uma vez que “a afirmação da Exterioridade absoluta é fechar o caminho a uma futura tautológica negação da afirmação libertadora” (DUSSEL, 1977, p. 107). A metafísica da exterioridade, portanto, intenta desvelar a realidade além do ser, muito além do mesmo, para, por fim, compreender o processo de libertação.

O Outro e a exterioridade são fundamentais para a compreensão do significado da libertação para essa corrente filosófica, tendo em vista que, para esta, “[...] a libertação não é uma ação fenomênica, intra-sistêmica; a libertação é a práxis que subverte a ordem fenomenológica e a transpassa numa transcendência metafísica que é a crítica total ao estabelecido, fixo, normalizado, cristalizado, morto” (DUSSEL, 1977, p. 64).

A libertação, portanto, se realiza pela ação afirmativa daquele que é negado pelo sistema, por quem tem suas necessidades não saciadas pela ordem estabelecida que, ao ter o seu ser e sua existência inviabilizadas ou dificultadas pelo constituído, interpela por transformações podendo, por fim, estabelecer o inédito. Destarte, “a libertação é o próprio movimento metafísico ou transontológico pelo qual se ultrapassa o horizonte do mundo. É o ato que abre a brecha, que fura o muro e se adentra na exterioridade insuspeita, futura, nova da realidade” (DUSSEL, 1977, p. 67). A capacidade de promover o inédito decorre de o fato do movimento de libertação não ter como fundamento o centro do sistema, mas sim a exterioridade, o horizonte metafísico. Nesse marco teórico fundado pela filosofia da libertação não cabem idolatrias ao sistema, nem aos seus fundamentos: não existe nada que não possa ser transformado pela ação humana.

Quando falamos em poder constituinte nos referimos simultaneamente ao fruto dessa capacidade humana de produzir movimento na realidade político-jurídico e à potência inovadora da ação do homem e da mulher. O constitucionalismo moderno, marcado pela fetichização do constituído e pela ação dos mecanismos da ideologia, como demonstrado,

retirou da sua preocupação a produção do inédito. Essa negligência com o inovador torna esse constitucionalismo incapaz de compreender o fenômeno do poder constituinte e do próprio Direito. Por isso, a filosofia da libertação pode representar um importante marco teórico para reconciliar o constitucionalismo com o fenômeno real e permitir desvelar a dialética entre permanência e mudança que, em sua síntese, é capaz de explicar a produção da inovação.

Mais que anular o poder de produção de inovação, há no constitucionalismo um mecanismo de anulação de uma dimensão importante da soberania popular. É esse fato que é denunciado na crítica negriniana à teoria constitucional sobre o poder constituinte. Nesse fenômeno, o constitucionalismo impõe à soberania popular um caráter de mito fundacional da ordem, cristalizada em formulações de que “todo poder emana do povo”. Ao definir como função do poder constituinte o de representar a abdicação por parte do povo da própria soberania e ao estabelecer um governo de poderes limitados, o constitucionalismo moderno produz o paradoxo da democracia constitucional (COSTA, 2011) e a fetichização da ordem estabelecida. A categoria teórica do poder constituinte, para Alexandre Araújo Costa (2011), cumpre para o constitucionalismo a função de anular o referido paradoxo ao estabelecer que a soberania popular permanece presente mesmo na vigência de uma ordem constitucional. Ou seja, a teoria constitucional, através dessa categoria, além de alocar a origem da autoridade do texto constitucional em um ato do passado da soberania popular – em uma operação teórica – reconhece a permanência da soberania popular na própria impossibilidade de alterar a ordem constitucional por ritos distintos ao estabelecido em seu texto (CHUERI; GODOY, 2010). Nesse passo, realiza a divinização da ordem estabelecida por meio de um mecanismo que outorga à soberania popular a origem do poder, mas, simultaneamente, interdita a ela a possibilidade de alterar o sistema.

Ressalte-se que o paradoxo que nos fala Alexandre Araújo Costa (2011) é de fato existente e se apresenta de forma clara quando tratamos o tema da proposta da realização de uma constituinte temática sobre o sistema político, sobretudo na reação teórica a essa proposição. Ora, como pode a soberania popular permanecer presente e ser o fundamento de todo o poder, se esta mesma entidade não tem legitimidade para se pronunciar sobre a necessidade ou não da realização de uma assembleia constituinte? Somente um mecanismo teórico de identificação entre a soberania popular e a soberania da constituição permite superar teoricamente esse paradoxo. “O constitucionalismo realiza essa milagrosa identificação afirmando que o povo é o autor da constituição e que, portanto, somente o próprio texto constitucional pode ser entendido como manifestação legítima da soberania popular” (COSTA, 2011, p. 209). Com essa formulação, resta afastada a dialética concreta entre permanência e

mudança, em uma tentativa de apaziguar a tensão e prever apenas transformações com segurança pela democracia constitucional (MAGALHÃES, 2014), e, principalmente, se mantém impedida a manifestação de qualquer ação política que não se realize por meio das instituições estabelecidas pela ordem constitucional. Prevê-se, portanto, com a democracia constitucional, uma constituição soberana produzida por uma autoridade também soberana que anula sua soberania no momento em que institui a ordem constitucional, a constituição.

Em Costa (2011), a utilização do constitucionalismo da categoria do poder constituinte representa a redução da soberania popular. Isso porque esse movimento teórico representa a passagem de uma categoria do campo da política para o do Direito. Através dessa transição, se promove o confinamento dela a um momento revolucionário. Sendo assim, o poder constituinte do constitucionalismo, o poder político do passado que formulou uma ordem constitucional, se distancia da categoria do revolucionário Sieyès – para quem o poder constituinte representava uma dimensão da soberania que tinha a capacidade de estabelecer os fundamentos do governo e da ordem constitucional (COSTA, 2011). O poder constituinte na formulação do constitucionalismo se distancia da política constitucional, afinal, não cabe invocação dessa dimensão da soberania popular para qualquer alteração legítima da ordem constitucional (COSTA, 2011), cumpre, portanto, senão a função de mito, a de fóssil jurídico que assegura a legitimidade da ordem vigente, ou seja, um artigo do passado, quase como um fóssil, que não tem vida na ordem constitucional vigente. Com esse engenho, o constitucionalismo moderno reconhece o fato da modificação das ordens constitucionais mas não nos indica critérios para reconhecer a legitimidade dos processos constituintes (COSTA, 2011). Há, portanto, um processo que torna a ordem teoricamente imutável através do qual os fundamentos desta permanecem fetichizados. Em seu turno, a decisão inovadora da soberania popular é subsumida ao sistema constitucional apenas como ato fundador externo à ordem que serve para legitimar o estabelecido. Com esse mecanismo, o constitucionalismo desloca das suas preocupações a contingência da ordem constituída.

Ao passo que o constitucionalismo moderno realiza certa domesticação da potência constituinte, como demonstramos de forma mais aprofundada nos capítulos anteriores, submetendo-a a certos ritos e protocolos do constituído ou até o cumprimento de um roteiro político, se revela a sua tendência fetichizante e seu compromisso com a manutenção do constituído e sua pouquíssima preocupação com a descrição do fenômeno concreto. O constitucionalismo moderno, ao não se dedicar sobre o processo concreto de mudança pelo qual passa o direito no processo histórico, e por não trazer como tema jurídico a constituição do novo, se filia ao projeto termidoriano de uma modernidade que intenciona parar o motor da

história e a uma sociologia da estabilidade. Para superarmos a compreensão moderna do poder constituinte, portanto, nos debruçaremos sobre a política de libertação dusseliana e suas formulações sobre o poder constituinte e sobre o Direito que, invariavelmente, partem da base filosófica descrita nesse tópico.

4.2.1 A política da libertação e o poder constituinte

Para Dussel, e nesse ponto reside um influência forte do marxismo na formulação da filosofia da libertação dusseliana, os pressupostos da existência e da constituição do mundo é a vivência e a relação de alteridade entre os homens e as mulheres através do trabalho para a criação das condições de sobrevivência humana (DUSSEL, 1977). A filosofia da libertação explica a constituição da totalidade – chamada pelo autor de mundo – através da categoria de relação de alteridade dos homens e mulheres entre si e da concessão de sentido por eles aos entes. Essa chave teórica se manifesta concretamente através de sistema-dimensões os quais podemos definir como: política, erótica e pedagogia (DUSSEL, 1977).

Portanto, a política de que nos fala a filosofia da libertação é uma dimensão da alteridade de “fronteira de influência muito maior (qualitativamente) e funciona como primeira condicionante das demais” (DUSSEL, 1977, p. 73). A categoria dusseliana da política é relacional e toma sua forma a partir da criação das condições de existência da humanidade através do trabalho. Representa, portanto, a relação entre homens e mulheres como partes constitutivas de uma sociedade na qual cada um desempenha um papel no cotidiano da produção material da subsistência (DUSSEL, 1977).

Para a filosofia da libertação, é através do trabalho e da relação com o outro – com rosto, classe, desejos e emoções – que a humanidade constitui a sua realidade e conforma seu mundo em todas as suas dimensões (DUSSEL, 1977). Sendo assim, é através da intervenção do mundo que os homens e mulheres exercem, por meio do trabalho, seja na política ou em outras dimensões, a potência constituinte. Esta, porém, não se realiza de forma fragmentada, em cada sistema, mas na totalidade da realidade. Isto significa que homens e mulheres, na concepção dusseliana, detém o poder de conformar as formas pelas quais se organizam em todas as dimensões sociais.

Sendo o poder constituinte, assim como a Constituição, uma categoria limítrofe entre o Direito e a Política, a investigação sobre os momentos fundamentais do sistema político e das suas influências para a práxis do poder constituinte apresenta-se como um imperativo, sobretudo, quando temos como ponto de partida uma concepção de Direito como desvelada pela teoria lyriana. A importância dessa relação entre política e Direito para a compreensão do

poder constituinte é desvelada quando levamos em consideração as formas concretas de manifestação desse fenômeno. A concretude do fenômeno do poder constituinte e do processo engendrado por ele está expressa na disputa pela passagem do tempo que se tomou no processo constituinte de 1987, bem como na formulação teórica da noção de “sala de máquinas da constituição” (GARGARELLA, 2011) que indica a relevância da organização real dos mecanismos de tomada de decisão para a formação da ordem constitucional.

Aponta também para a centralidade dessa zona de interseção entre política e Direito a concepção de “ondas de constitucionalismo” (PAIXÃO, 2014; GARGARELLA 2015) capazes de determinar o momento de grandes mudanças constitucionais e também as características das ordens geradas por elas. Exemplo das chamadas ondas constitucionais são o constitucionalismo democratizante sul-americano, posterior aos regimes autoritário pela América Latina, e a do constitucionalismo da reconstrução, posterior à vitória dos Aliados no grande conflito que findou determinando grandes reformas constitucionais nos principais países envolvidos na segunda guerra mundial (PAIXÃO, 2014). A concepção de ondas constitucionais revela a importância das conjunturas políticas para determinação da manifestação do poder constituinte, inclusive para os seus limites materiais. Afinal, a capacidade delas de determinar, de algum modo, as características da nova ordem constitucional indica que essas conjunturas atuam como limites fluidos ao exercício do poder constituinte. Esse liame entre a esfera do Direito e da política por meio da constituição permite transformar esta em “chave de compreensão dos processos políticos na contemporaneidade” (PAIXÃO, 2014, p. 422), especialmente pela influência da política para a produção da ordem constitucional e para a construção de sentido das normas, esta realizada por meio do poder constituinte. Por isso, para compreensão do fenômeno do poder constituinte, é fundamental a reconciliação entre constitucionalismo e teoria política.

A mesma limitação que encontramos e demonstramos na abordagem da modernidade sobre o Direito e sobre o poder constituinte se revela na teoria moderna sobre a política. É comum na teoria moderna sobre a política encontrar abordagens reducionistas que tomam as partes como o todo, que findam por centrar a análise sobre o político em apenas parcela da manifestação do político. Assim como para o Direito, essas concepções parciais revelam sim momentos relevantes para a determinação do respectivo campo, no entanto, não são suficientes para explicar isoladamente todas as suas determinações.

Há tantas “falácias reducionistas” do político como determinações ou momentos da arquitetura complexa deste fenômeno. Em geral, os filósofos políticos se empenham em querer descrever o “conceito” do *político*, considerando um momento

(frequentemente necessário e irrenunciável), mas que não pode de maneira unilateral explicar toda a complexidade do tema. [...] É uma “falácia redutivista” tentar definir o todo por uma parte, é “reduzir” o “conceito” do *político* a um aspecto, repito, frequentemente *necessário*, mas de nenhuma maneira *suficiente*. A “suficiência” do conceito exige outras determinações que devem articular-se simultânea e diacronicamente sem fixar o processo descritivo afirmando um aspecto, e não mantendo no ar a mútua determinação dos diversos momentos, que se relacionam com os demais momentos do “conceito” constituindo uma complexa estrutura. (DUSSEL, 2009, p. 23-24, tradução nossa).

Assim como Lyra Filho em relação ao Direito, Dussel tenta superar as concepções redutivistas do fenômeno político tomando como pressuposto a totalidade da Política, ou seja, uma categoria que congrega o conjunto daquelas visões parciais, podendo encontrar nelas instituições e práticas políticas adequadas e inadequadas:

[...] O político não é exclusivamente nenhum de seus componentes, mas sim todos em conjunto. Uma casa não é só uma porta, nem só uma parede, nem um teto, etc. Dizer que a política é um de seus componentes isoladamente é uma redução equivocada. Deve-se saber descrevê-la como totalidade. Mas, além disso, na totalidade há casas ruins, casas que não permitem viver bem, que são muito pequenas ou inúteis, etc. O mesmo ocorre no político (DUSSEL, 2007, p. 15)

A política de libertação dusseliana, em face dessa constatação, através da dialética e da analética²² intenta pôr em movimento o fenômeno político, e reconhecer a totalidade que constitui a política, delimitando os seus momentos constitutivos, bem como descrevendo a interação desse campo com o real. .Nesse tópico, tentaremos percorrer o mesmo percurso teórico de Enrique Dussel sobre a política com o fim de descobrir as chaves de leituras que nos façam reconciliar a capacidade humana de criar o inédito com o constitucionalismo, e que possibilitem identificar os elementos concretos do processo histórico que delimitam a categoria do poder constituinte. Com isso, se objetiva revelar como se manifesta a dialética fundamental do poder constituinte entre permanência e mudança.

Para tanto, iremos seguir o mesmo “roteiro” utilizado pelo autor em comento em sua abordagem sobre a política da libertação²³: descreveremos em primeiro lugar os momentos

²² Analética é um método proposto por Enrique Dussel que tenta superar a dialética – esta formulada nos parâmetros da modernidade. Em que pese a analética ser uma proposição chave na Filosofia da Libertação dusseliana, seu aprofundamento não é central para a compreensão da teoria política formulada por esse autor nem para responder às questões desse trabalho. De forma sintética, o método analético é um desdobramento da concepção de proximidade de Dussel, representa, em verdade, um momento do método dialético metafísico e tem como principal objeto aquele ou aquela que está além do sistema, a exterioridade. A analética é a abertura do sistema para o Outro, o distinto, para a inovação. Para melhor compreender essa categoria teórica, Cf. DUSSEL, Enrique. **Método para uma filosofia da libertação**. São Paulo: Loyola, 1986.

²³ Dussel tem como trabalhos de fôlego sobre a política a libertação o livro 20 (vinte) teses sobre política e a coleção política da libertação. Nesses dois, o autor segue o mesmo roteiro em virtude de sua opção metodológica: do abstrato – o particular – ao concreto – a totalidade. Parte, portanto, da descrição sobre a arquetônica do campo político para, em seguida, descrever o giro crítico que garante seu movimento.

constitutivos do político em seguida nos debruçaremos sobre o nível concreto e conflitivo que cria a inovação nesse campo, momento esse que deixou de estar no centro das formulações do constitucionalismo moderno. Esse roteiro que parte do abstrato ao concreto e está expresso também na análise filosófica realizada por Dussel aos textos de Pablo de Tarso revela, sobretudo, o tema central da política de libertação e que nos será fundamental para superarmos as limitações do constitucionalismo moderno no trato do poder constituinte: a criação da nova ordem e da inovação. A política da libertação tem como preocupação central compreender o processo que justifica a derrubada e a criação de uma nova ordem, por isso, são temas fundamentais das formulações dusselianas: a) a justificação dos agentes políticos e das instituições da ordem; b) a legitimação da ordem vigente pela lei; c) o processo de perda de legitimidade da lei; d) a criação de critério de legitimação fora da lei; e) a ruptura com a ordem; e f) a criação de uma nova ordem (DUSSEL, 2012).

4.2.1.1 Os momentos constitutivos da política

A compreensão dusseliana sobre a política utiliza da teoria dos campos de Pierre Bourdieu. Nessa teoria, os campos – e a política é um deles – possuem um sistema de hierarquização, grupos de interesse, parâmetros de ação. Deles se projetam símbolos, imagens e explicações (BORDIEU, 1986). Por isso, o político, para a filosofia da libertação, representa um campo dentro do qual se realiza ações, se apresentam sistemas e instituições da atividade do político (DUSSEL, 2007). “O campo é esse espaço político de cooperação, coincidência, conflitos. Não é, portanto, a estrutura passiva (do estruturalismo), senão um âmbito de interações [...]” (DUSSEL, 2007, p. 19). Esse campo é também sistema capaz de condicionar os demais sistemas que constituem a totalidade.

O trabalho da política da libertação principia em investigar qual o fundamento do político, ou seja, o elemento que constitui a essência do seu sistema. O autor encontra na vontade esse ponto fundante da política: “[...] a política ronda sempre o tema do poder. A essência do poder é a vontade, sendo que a essência da vontade é a vida [...]” (DUSSEL, 2009, p. 47, tradução nossa).

Mas não é qualquer vontade o fundamento da política da libertação, mas sim a vontade-de-vida, o querer-viver. A influência marxiana, também presente na teoria lyriana do direito, se revela já nesse momento da formulação dusseliana sobre a política. Em Marx, como em Dussel, os homens e as mulheres, ao produzirem existência deles em comunidade, reduzem a sua vulnerabilidade e evitam o seu perecimento em face dos perigos da natureza, e essa produção e reprodução da sua existência que justifica a ação humana, o querer-viver (DUSSEL, 2007).

Em face disso, temos uma definição importante para a política da libertação da política como atividade que gerencia a produção, a reprodução e o aumento da vida dos membros de uma comunidade (DUSSEL, 2007). A vontade de viver como fundamento do sistema em questão tem o condão ainda de se contrapor à noção eurocêntrica de que adota a concepção negativa de poder como dominação e que projeta na categoria central da política, o poder, um conteúdo que indica um projeto de dominação. Por isso, a “vontade-de-viver” se apresenta em um conteúdo positivo que indica e também revela um projeto (DUSSEL, 2007).

A vontade-de-viver como principal fonte de legitimidade, por fim, traz à política uma noção de valor, uma base de justificação e de legitimidade distinta da mera legalidade que se apresenta na teoria política e jurídica moderna, e diferente, sobremaneira, da teoria política fruto do período termidoriano da modernidade. Em verdade, esse fundamento do político é desenvolvido pela política da libertação como categoria capaz de legitimar o surgimento do dissenso crítico e da ação inauguradora de uma nova ordem, ou seja, como elemento capaz de promover a justificação dos movimentos contrários à ordem, do eixo centrífugo da dialética social do direito, como melhor será tratado nos parágrafos adiantes.

O referido fundamento do sistema político representa uma das três determinações constitutivas do poder político – o que significam os momentos fundamentais do fenômeno político – são elas: a) a vontade-de-viver; b) o consenso racional; e c) a factibilidade do poder (DUSSEL, 2007). A formulação teórica da política da libertação, com isso, demonstra a complexidade do campo político que não é exclusivamente o consenso discursivo do poder comunicativo, não é apenas a superestrutura de uma estrutura econômica, nem é somente instituições. O consenso racional enquanto determinação do poder político representa, primeiramente, a negação da política como violência e integra o eixo centrípeto de uma sociedade. Através dele, o poder político se forma pela possibilidade de realização de acordos através da comunicação racional dentro de uma comunidade que permite a formação de um consenso mínimo e a convergência de vontade em torno de um bem comum.

[...] A comunidade, como comunidade comunicativa, lingüística, é aquela em que seus membros podem se dar razões uns aos outros para chegar a acordos. Mediante o uso de argumentos dos mais diversos tipos [...] como expressão retórica pública em referência à comunidade de vontades, e quando o cidadão participa simetricamente, pode-se chegar a *consensos*, às vezes não intencionais, mas sim aceitos por tradição e não por isso menos vigentes, que produzem a convergência das vontades para um bem comum. Isso é o que podemos denominar propriamente “poder político” (DUSSEL, 2007, p. 27).

O consenso formado na comunidade política consolida o principal eixo centrípeto. Por essa razão precisa ser formado com a participação de todos os integrantes da comunidade para que o sistema político tenha uma coesão sólida e forte, possibilitando a criação de instituições duradouras. Dessa determinação constitutiva do político nasce um dos seus princípios normativos, o democrático, pois, a garantia de formação desse consenso é assegurada com a participação efetiva nas tomadas de decisões.

[...] O consenso deve ser um acordo de *todos os participantes*, como sujeitos, livres, autônomos, racionais, com igual capacidade de intervenção retórica, para que a *solidez da união* das vontades tenha consistência para resistir aos ataques e criar as instituições que lhe dêem permanência e governabilidade (DUSSEL, 2007, p. 27).

O consenso racional como determinante constitutivo do poder político revela ainda o momento fundamental do poder político. Um elemento, de fato, difuso, mas que é responsável pela sua sustentação e legitimidade: a vontade da comunidade. Essa constatação tem como primeira consequência teórica reconhecer que “[...] o sujeito coletivo primeiro e último do poder, e por isso soberano e com autoridade própria ou fundamental, é sempre a comunidade política, o povo [...]” (DUSSEL, 2007, p. 31).

As vontades unidas em torno de um consenso da comunidade representam o fundamento primeiro do poder político. No entanto, é inegável que a vontade da comunidade sozinha não ganha factibilidade objetiva, por isso, é mera possibilidade de poder. Para superar o seu caráter de potência, a comunidade política precisa elaborar instrumentos que façam o momento fundamental do poder – ainda difuso – uma existência objetiva e real – empírica. Por isso, “para possuir a *faculdade* do poder, a comunidade deve poder usar mediações, técnico-instrumentais ou estratégicas, que permitam empiricamente exercer a tal vontade-de-viver do consenso comunitário (ou popular) [...]” (DUSSEL, 2007, p. 28). Esse momento inaugural e fundamental difuso é denominado pelo autor de *potentia*, nela repousa em último grau a soberania e autoridade:

Denominaremos, então, *potentia* ao poder que tem a comunidade como uma faculdade ou capacidade que é inerente a um povo enquanto última instância da soberania, da autoridade, da governabilidade, do político [...]. Poderíamos dizer que o político é o *desenvolvimento* do poder político em todos os seus momentos. (DUSSEL, 2007, p. 29).

A partir da política, a vida em comunidade garante a reprodução da vida e Dussel, encontra na *potentia* o principal sustentáculo do poder político. “A *potentia* é, então, o ponto de partida. Mas o mero poder da comunidade, não obstante seja o fundamento último, não

possui ainda existência real, objetiva, empírica [...]” (DUSSEL, 2007, p. 31). Por isso, a formulação dusseliana, que pretende não tomar a totalidade do político como o todo, reconhece o papel das instituições, afinal, a comunidade política tem poder somente em potência. De fato, o momento prático de seu exercício é o das instituições fixadas pela comunidade. O poder, portanto, passa a ser cindido entre a *potentia* – a vontade difusa da comunidade – e aquilo que passa a ser denominado de *potestas* – os instrumentos institucionais que permitem a concretização dessas vontades e o exercício fático desse poder²⁴.

A necessária institucionalização do poder da comunidade, do povo, constitui o que denominaremos a *potesta*. A comunidade institucionalizada, ou seja, tendo criado mediações para seu exercício possível, cinde-se de mera comunidade indiferenciada. Esta cisão entre *potentia* e *potesta* [...], entre (a) o poder da comunidade política como sede, origem, e fundamento (o nível oculto ontológico) e (b) a diferenciação heterogênea de funções por meio de instituições que permitam que o poder se torne real, empírico, factível, que apareça no campo político (como fenômeno) é necessária, e marca a aparição antiga da política, sendo ao mesmo tempo o perigo supremo como origem de todas as injustiças e dominações. Graças a esta cisão, todo serviço político será possível, mas também toda corrupção ou opressão inicia sua corrida incontrolável. O *ser* sucede o *ente*, e entre na história da justiça e seus opostos (DUSSEL, 2007, p. 32).

A construção dos instrumentos institucionais que permitem a factibilidade do poder político se dá pela vontade e pela decisão da comunidade política de realiza-la. Ela representa a passagem da *potentia*, o momento fundamental do poder político, à *potestas*, o momento prático e de factibilidade de seu exercício. Nesse sentido, para a política da libertação, a formação das instituições que garantem a factibilidade do poder repousa em uma vontade política. Essa conversão passa pela afirmação do poder instituinte da comunidade política na tarefa de organizar e dividir de funções que permitam que as suas decisões sejam tomadas e postas em prática.

[...] O processo de passagem de um momento fundamental (*potentia*) a sua constituição como poder organizada (*potesta*) começa quando a comunidade política afirma a si mesma como poder instituinte [...]. Decide dar-se uma organização heterogênea de suas funções para alcançar fins diferenciados [...] (DUSSEL, 2007, p. 32).

²⁴ Com essa diferenciação entre *potentia* e *potestas*, Dussel reconhece tanto a necessidade das instituições políticas para dar factibilidade às decisões da comunidade, como também o fato de que as manifestações da *potestas* não representam necessariamente a vontade da comunidade. Para ele, o funcionamento correto do sistema político ocorre com o poder obedencial, ou seja, quando os representantes das instituições, a *potestas*, exercem o poder delegado pela comunidade política obedecendo às decisões tomadas por ela. A inversão dessa lógica representa a fetichização do poder, processo esse através do qual este se aliena no sistema das instituições políticas.

Nessa etapa da formulação dusseliana sobre a política se desvela algumas das características do poder constituinte na política da libertação, que assinalaremos por ora para, no momento mais oportuno desse tópico, retomar e aprofundá-las. O poder instituinte representa a potência constituinte da comunidade política, do povo. Ou seja, sua capacidade de formatar toda a sua estrutura institucional para melhor cumprir as suas vontades. Esse poder instituinte se transmuta em poder constituinte propriamente dito quando toma a decisão de forjar uma ordem constitucional. Essa passagem aparece na história ocidental e se consolida na práxis constitucional a partir da disputa política que se materializou nas revoluções burguesas, através da formulação de constituições com pretensão normativa e da forja do poder capaz de elaborá-las em contraposição à ordem vigente.

Desse modo, o poder constituinte, por si, é um produto da força inovadora da potência constituinte – do poder instituinte. A função daquele, elaborada pelas lutas políticas liberais, por óbvio é constituir uma ordem constitucional e, por isso, em que pese ter a capacidade de atingir outras dimensões sociais como a economia, sua razão de existência é a elaboração ou transformação de uma ordem. Sendo assim, a existência do poder constituinte está condicionada ao seu produto, a ordem constitucional. Nesse sentido, não há que se falar em poder constituinte sem um tempo constituído posterior à sua ativação (DALMAU, 2014). O poder constituinte produzido pelo poder instituinte dusseliano tem uma natureza instrumental de produzir uma ordem constitucional. Desse pressuposto se apresenta um limite àquele: se sua função é produzir esta, ele não pode permanecer constantemente ativado sob pena de não constituir coisa alguma (DALMAU, 2014). Esse limite decorre, destarte, da própria dinâmica do processo constituinte.

A teoria constitucional explicou a impossibilidade do poder constituinte permanecer ativo indefinidamente através da noção de autolimitação desse poder (DALMAU, 2014), ou seja, tendo ele produzido um sistema constitucional ele opta por seguir os ritos da ordem forjada. No entanto, se assim fosse, o poder constituinte poderia decidir em sentido contrário, continuar permanentemente ativo (DALMAU, 2014). Ocorre, no entanto, que de sua função, produzir uma ordem constitucional, nasce o limite aqui exposto. Sendo assim, sempre há um lapso de tempo constituído no qual vontade constituinte e constituída são convergentes (DALMAU, 2014). A produção de uma nova vontade constituinte que ativa o poder em estudo necessita de uma fase constituída anterior e posterior. Dessa concepção temos um constitucionalismo em transição (DALMAU, 2014) que faz integrar nas suas concepções a dialética entre mudança e permanência. Traduz-se, portanto, na relação entre tendência regeneradora, através da qual a vontade constituinte tenta criar estruturas e formas de organização que deem vazão às necessidades não supridas pela ordem instituída, e tendência

reprodutiva, pela qual a vontade constituída intenta assegurar que os elementos essenciais da ordem estabelecida continuem sendo reproduzidos no processo histórico, inclusive em momentos de mudanças. Na noção de Rubén Dalmau (2014), da contraposição entre a tendência regeneradora e a tendência reprodutiva está expressa a dialética essencial do constitucionalismo. Um constitucionalismo de libertação que reconheça a produção da novidade no processo histórico necessita reconhecê-la também para compreender os elementos materiais que conformam a ativação do poder constituinte.

A noção de poder constituinte se desenvolveu, principalmente, de maneira não escrita pela ação inovadora das massas (HÄBERLE, 2007). A forma de surgimento dessa categoria no léxico político da modernidade é fruto desse mecanismo do poder instituinte, da potência criadora da comunidade política em coexistência. Tal categoria nasceu da práxis revolucionária da revolução francesa, pela ação política das massas em revolução e das formulações de teóricos como o abade Sieyès. O seu surgimento deu-se para legitimar a mudança na Constituição por meio da ação de um sujeito coletivo e para se contrapor à tese de que a rigidez constitucional permanece intacta à vontade da coletividade (COSTA, 2011), ou seja, à tese de que nem mesmo a comunidade política tem legitimidade de alterar a forma de governo.

O poder constituinte foi desenvolvido da atividade anômica dos revolucionários franceses que viam na Constituição²⁵ do Antigo Regime uma ordem a ser modificada em face da sua estrutura produtora de privilégios (SIEYÈS, 2009). Com isso, há um reconhecimento de que uma das reivindicações do terceiro estado, das massas revolucionárias, não se limitava a uma mudança legislativa, mas, por passar por uma alteração da estrutura do governo, se pretendia, também, uma mutação constitucional (COSTA, 2011). A categoria do poder constituinte, portanto, se apresenta como uma alternativa da práxis revolucionária para superar o limite imposto pela Constituição francesa da época que impossibilitava a alteração da ordem constitucional por qualquer agente político. Com essa categoria, Sieyès e os revolucionários franceses legitimaram a convocação e eleição de uma assembleia com poderes de alterar a ordem constitucional vigente (COSTA, 2011), estabeleceram o poder popular com capacidade para criar e transformar o governo (DALMAU, 2014).

No polo oposto da disputa, os contrários aos anseios do terceiro estado afirmavam que as regras constitucionais vigentes deviam ser respeitadas (COSTA, 2011). Destarte, o poder constituinte aparece como síntese da dialética entre permanência e mudança que se manifesta

²⁵ Na França pré-revolução não havia uma Constituição no sentido moderno do termo, ou seja, um corpo normativo que impõe limites à atuação do Estado e prevê um núcleo essencial de direitos. No entanto, o país apresentava, por óbvio, uma forma de organização do governo definida por costumes e por leis positivas.

no processo histórico concreto. Sendo assim, seus parâmetros são resultados de forças que se manifestam em ideias políticas, teses científicas e, sobretudo, em práticas não escritas (HÄBERLE, 2007). Essa capacidade de a comunidade política instituir novas práticas e regimes de governo aparece na filosofia da libertação na categoria do poder instituinte. A titularidade desse poder que permite à *potentia* ganhar seu momento prático é sempre de uma coletividade, da comunidade política. Nesse ponto, a política da libertação não se distancia muito da formulação moderna sobre a política. Com esse mecanismo teórico, a teoria dusseliana reconhece a soberania popular como fundamento de qualquer poder político. No entanto, paradoxalmente, há um distanciamento com relação ao constitucionalismo moderno quando reconhece essa soberania popular, na categoria da *potentia* e na capacidade do poder instituinte, não como legitimador anterior ao momento constituinte, mas como uma figura viva e determinante de todo momento do poder político.

O poder é tido só e sempre em potência pela comunidade política, o povo. Torna-se *real* graças à institucionalização (*potestas*), mediando, está claro, a ação estratégica, que, como tal, é o momento agente mas não o término estabilizador histórico. Ou seja, o *exercício do poder* sempre é um momento da *potestas*, ou das funções fixadas pelas instituições, uma vez que quando se atua, ainda no caso inicial de um poder *constituente* (que é a *potentia* como poder *instituinte* em ato de querer dar uma constituição jurídica), a ação política estratégica (de todo o dirigente a convocar os representantes que se reunirão na assembléia constituinte) fica de algum jeito emoldurada pela instituição natural democrática [...] porque, com efeito, quando uma comunidade concorda em dar a si própria um governo, deve decidi-lo comunitariamente e isto já é um ato democrático [...] (DUSSEL, 2007, p. 33).

Delimitadas as determinações constitutivas do poder político que apontam os momentos de formação e concretização do poder, tema central da política, passaremos evidenciar o que significa o campo político e sua atividade. Dussel propõe a existência de esferas de cruzamento entre a política e os demais campos que constituem a totalidade do ser social. Esses pontos de encontro terminam por determinar elementos importantes da política.

[...] As *esferas* políticas são âmbitos de *cruzamento* entre campos. Isto explica tanto as instituições como os princípios normativos da política devem ser abordados tendo em consideração ao menos três *esferas* dentro das quais se *entrecruzam* com o campo e os sistemas políticos outros campos e sistemas que não são intrinsecamente políticos, mas que determinam muitos aspectos da política, e, vice-versa, que a política influencia na realização das ações e instituições desses campos ecológico, econômico, cultural, de direito, da administração, etc. (DUSSEL, 2009, p. 40, tradução nossa).

Esses pontos nodais entre os campos determinam os níveis que constituem o político: a) o nível das ações estratégicas; b) o das instituições; e c) o dos princípios normativo implícitos²⁶. Através desses níveis, a política da libertação aponta na arquitetônica do sistema político o que consiste a atividade política concreta, e constrói o esquema que permite fazer dela uma totalidade e não os fragmentos das teorias modernas.

O poder se desdobra por todo o campo político, ocupando-o com uma rede de relações de força com nós (cada cidadão, cada representante, cada instituição são esses “nós”). Queremos, entretanto, para dar mais clareza à exposição, propor três *níveis* dentro dos quais trataremos todos os momentos em que consiste a política. O primeiro *nível* (A) são as ações estratégicas [...]. O segundo *nível* (B) do político são as instituições [...] que constituem uma ordem política. O terceiro *nível* (C), que cruza os dois anteriores, são os princípios normativos implícitos de toda ordem política vigente ou por transformar-se [...]. Indiquemos o conteúdo desses *três níveis* arquitetônicos de toda política (DUSSEL, 2007, p. 51).

Por meio da ação humana o campo político se constitui, por isso, Enrique Dussel (2007, p. 52) afirma que “a ação política [...] é a *atualidade* do ato político no *campo* político. Pela ação, o cidadão se faz presente publicamente no exercício de algum momento do poder. Essa ação é o contingente e incerto por excelência [...]”. A ação política, primeiro nível de constituição do político, tem natureza estratégica por se dirigir a outros sujeitos humanos livres que podem opor resistência a ela ou, ao contrário, auxiliá-la “em um campo de forças que constituem o que denominamos *poder*. Por isso, a vontade consensual dá à ação coletiva força, unidade, poder de alcançar os propósitos” (DUSSEL, 2007, p. 52-53). A ação estratégica tem seu resultado condicionado pelo potencial estratégico, ou seja, a conjuntura, a correlação de forças do momento político. Essa inter-relação de forças significa a estrutura prática que está posta em face do ator político. A força deste, destarte, emerge da capacidade de aglutinar em torno de sua ação um consenso forte o qual é denominado pelo autor por hegemonia (DUSSEL, 2007).

“Hegemônica seria uma demanda (ou a estrutura coerente de um grupo de demandas) que consiga unificar em uma proposta mais global todas as reivindicações, ou ao menos as mais urgentes para todos. As ações reivindicatórias são ações políticas” (DUSSEL, 2007, p. 55). A

²⁶ Os princípios implícitos representam a normatividade dessa arquitetura política estão intrínsecos à comunidade política – a *potentia* –, e às instituições – a *potestas*. Os princípios implícitos são esferas que decorrem dos níveis do político, por isso, são, essencialmente, três: 1) Princípio material de garantia e melhora da vida; 2) Princípio formal de cumprimento dos procedimentos que asseguram a legitimidade democrática. 3) Princípio da factibilidade de operar dentro do possível. Esses princípios não são absolutos entre si, guardam, em verdade, uma relação de mútua determinação. Em que pese ser um momento determinante na arquitetônica política dusseliana, não aprofundaremos a temática dos princípios normativos da política por ser um tema que toca apenas lateralmente no nosso objeto de pesquisa, qual seja, o poder constituinte.

busca pela hegemonia é, em última medida, a procura pela formação do consenso mínimo que pode justificar a movimentação da estrutura política para determinado fim (DUSSEL, 2007). Assim, ela “entre a violência e a unanimidade politicamente impossível [...], permite que apareça fenomenicamente no campo da política a essência do poder político [...]” (DUSSEL, 2007, p. 56), qual seja, o consenso de vontades da comunidade política, a *potentia*. Através da busca por tornarem hegemônicas as suas demandas e as suas reivindicações, os atores políticos tentam construir em torno delas a legitimidade no campo da política que possui como momento fundamental o consenso racional. Essa construção de legitimidade para as reivindicações que se apresentam fora da ordem e que podem gerar o inédito nesse campo carrega o ônus de justificação maior se comparadas às demandas que encontram fundamento na ordem vigente, afinal, toda a sua legitimidade decorre de sua capacidade de se tornarem hegemônicas.

A ação estratégica, por fim, é o meio pelo qual os atores políticos e as atrizes políticas interferem e desenham o campo da política, que, pela natureza deste, nega a violência e busca a formação mínima de consensos. Nessa categoria se enquadra a construção, por exemplo, de um movimento constituinte que, seguindo a construção teórica dusseliana até aqui demonstrada, ganha força ou a perde através da sua capacidade ou incapacidade de se constituir como uma ação hegemônica. Temos, até o momento, que a contradição, os conflitos e a cooperações compõem por excelência esse campo em uma relação dialética em um sistema que trata de organizar a produção, reprodução e aumento da vida:

Com efeito, ao contrário do que pensava Schmitt, e muito semelhantemente ao que disseram Espinosa e Maquiavel, o político é um campo cujo espaço compõe-se de conflitos, coincidências e cooperação, um âmbito atravessado por forças e sujeitos com vontade e certo poder, dentro do qual, além disso, existem inúmeros sistemas ou subsistemas e instituições. “É como um campo minado, cheio de tensão, em que se pisar mal, explode uma bomba”, diria Dussel. Mesmo estando delimitado, o campo político é atravessado por outros tantos campos, como o econômico, o ecológico, o cultural, etc. Embora Hannah Arendt o negue, o social é um subcampo do político atravessado, também, pelos campos ecológico, cultural, econômico, etc. Nessa medida, os problemas sociais (que podem ter causas econômicas, ecológicas...) demandam sempre soluções políticas. Nesse campo político, não há pacto, nem contrato para fundar a sociedade, pois o sujeito desde sua origem é comunitário, intersubjetivo, ao contrário do sujeito livre do individualismo metafísico liberal, solitariamente imerso em um fantasioso estado de natureza. Enquanto o político é um campo, a política é uma atividade. Uma atividade que, em Dussel, tem por finalidade organizar e promover a produção, reprodução e aumento da vida humana em comunidade e de toda a humanidade. (MADRUGAL, 2008, p. 97-98).

O segundo nível do político apontado pelo autor é o das instituições que, por sua vez, possui também três níveis que representam o cruzamento da política com outros campos como do Direito: a) um que se refere ao conteúdo, à produção, reprodução e aumento da vida humana, fundamento último da política – as instituições responsáveis por responder às necessidade e a

conduzir o ordenamento dos campos materiais como o campo econômico, o cultural e ecológico; b) um formal, procedimental-normativa, de instituições que asseguram a legitimidade das ações e demais instituições; e, por fim, c) outro de factibilidade política que garante a realização empírica dos níveis anteriores e a execução do conteúdo nos marcos da legitimidade – são exemplo de instituições desse nível o sistema de arrecadação de recursos, os poderes que compõem o Estado, a polícia, o exército, etc. (DUSSEL, 2007).

A vontade da comunidade política, mera potência, necessita das instituições históricas, *potestas*, para se tornar factível, por isso, “[...] para uma política realista e crítica, as instituições são *necessárias*, embora nunca perfeitas; são entrópicas e, por isso, *sempre* chega o momento em que devem ser transformadas, trocadas ou aniquiladas” (DUSSEL, 2007, p. 61). As instituições são produtos de seu tempo e úteis ao campo político enquanto cumprem suas funções. Deixando de sê-lo, o próprio campo, através da ação estratégica dos atores políticos e atrizes políticas, trata de transformá-las. Essa transformação se realiza através da decisão política da comunidade ao identificar a necessidade de promover mudanças no seu quadro institucional. A mutação mencionada é o exercício das potência constituinte da comunidade política e por vezes é realizada pelo uso do poder constituinte quando a comunidade política assim decide fazê-lo. Por isso, a invocação do poder constituinte aparece na literatura constitucional vinculado ao esgotamento das instituições vigentes (DALMAU; SILVA JÚNIOR, 2014). Essa decisão por grandes transformações constitucionais é fruto de uma vontade política da comunidade que se forma através da dialética entre permanência e mudança manifestada no processo histórico.

[...] Ser *necessárias* não significa serem eternas, perenes, não transformáveis. Pelo contrário, toda instituição que nasce por exigências próprias de um tempo político determinado, que estrutura funções burocráticas ou administrativas, que define meios e fins, é indevidamente corroída pelo transcurso do tempo; sofre um processo entrópico. No começo, é o momento disciplinador criador de dar resposta às reivindicações novas. Em seu momento clássico, a instituição cumpre eficazmente seu encargo. Mas lentamente decai, começa a crise: os esforços por mantê-la são maiores que seus benefícios [...] (DUSSEL, 2007, p. 132).

As determinações constitutivas do poder político se projetam também para a esfera das instituições. Em face disso, as três esferas de institucionalidade se referem àquelas. A política como produção, reprodução e aumento da vida se traduz na esfera material, o consenso da comunidade aparece na institucionalidade na esfera formal, e a realização empírica na esfera da factibilidade política (DUSSEL, 2007).

Na primeira esfera, enquanto conteúdo, a política trata sobre a vida humana em sentido amplo. Seu tema por excelência é o social, é dizer, o âmbito da política que cruza com todos os campos materiais que interessam a produção, reprodução e aumento da vida humana (DUSSEL, 2007). A política é responsável por propor soluções às questões postas por esse campo material no sentido de garantir a existência da humanidade. Portanto, longe do que propõe uma análise idealista do sistema em questão, para Dussel (2007, p. 60) “‘o político’, em relação ao social e ao civil, é, por uma parte, a própria sociedade civil [...]. Mas, em sentido restrito, o político poderia ser reservado para o nível institucional mais alto da *potestas* [...]”.

A segunda esfera opera na determinação constitutiva da formação do consenso. Esta indica os ritos que devem ser adotados para que a ação política seja dotada de legitimidade e assegura o cumprimento deles (DUSSEL, 2007). O seguimento dos ritos determinados pela esfera formal das instituições assegura às decisões e ações uma presunção de legitimidade instrumental ao campo da política. “O sistema da legitimidade política tem um momento central referencial, ‘o sistema do direito’, em sentido amplo [...]” (DUSSEL, 2007, p. 68), ou seja, um dos momentos do esquema sobre o fenômeno jurídico lyriano integra a esfera em questão. Ele é responsável por fortalecer a unidade da vontade da comunidade, e, por isso, se encontra no eixo centrípeto da sociedade. A terceira esfera é a da factibilidade:

[...] são necessárias instituições não só materiais (para reproduzir e aumentar a vida do cidadão) ou de legitimidade (para operar dentro do consenso mutuamente aceito), mas sim igualmente instrumentos administrativos que permitam cumprir com os fins das outras duas esferas (a material e a formal indicadas). Esta esfera é a da factibilidade (DUSSEL, 2007, p. 71) – arrecadação de impostos, etc.

As instituições ganham forma no sistema político a partir da repetição das ações até que são tomadas como padrões a serem seguidos. O estabelecimento desses ritos cumpre a função de garantir aos atos que os seguem uma presunção de legitimidade, diminuindo o ônus de justificação. De fato, a institucionalização de determinada ação política representa uma tomada decisão por parte do poder instituinte da comunidade política. Porém, ao passo que a ação política se transforma em instituição, passa a condicionar as ações políticas futuras, mas não em uma relação linear e sim dialética. Isso significa dizer que as ações políticas são condicionadas e condicionantes das instituições de um sistema político, dado que, nos fatos, a consolidação de uma instituição não opera uma blindagem desta à ação humana, conforme alerta Dussel (2007, p. 60-61):

De certa maneira, a ação política [...] é um momento pontual, contingente, perecível. Com a repetição no tempo e a sistematização do campo político as ações se *depositam*, coagulam-se em instituições [...], que acumulam o alcançado pelas ações estratégicas e são condição de ações futuras. As instituições são condições condicionadas condicionantes – como expressava Marx a respeito da produção nos *Grundrisse*.

A elaboração da constituição política e a ativação e elaboração por parte do poder instituinte do poder constituinte se enquadram nesse processo de criação de uma instituição descrita pelo autor. Ora, a Constituição política com pretensão normativa aparece no léxico e na práxis política ocidental através da luta travada no seio das revoluções burguesas. Nem por isso o constitucionalismo permaneceu intocável frente às ações políticas ulteriores que o atualizou em face das necessidades que surgiram ao longo do processo histórico de cada sociedade. Com a institucionalidade criada pelo movimento do constitucionalismo, temos o seguinte roteiro de construção do sistema constitucional:

Quando o poder indiferenciado (*potentia*) decide organizar-se institucionalmente, o exercício delegado do poder se determina [...] em primeiro lugar como poder instituído (*potestas*) que, com relação a uma possível constituição, *constitui-se* a si próprio como poder constituinte (que se concretiza como assembléia constituinte, *seta b*). A *constituição* (que deve positivizar os *direitos humanos*) estabelece [...], por sua vez, necessariamente um órgão que deverá ditar as leis [...] (DUSSEL, 2007, p. 69) – o resto descreve as funções dos poderes.

Esse poder constituinte é responsável por instaurar toda a ordem institucional do sistema político, de todas as esferas: material, procedimental e da factibilidade. Ele aparece quando a potência constituinte, a comunidade política, o poder indiferenciado (*potentia*), se transmuta, através de uma decisão política, em poder instituinte capaz de dar a si a função de estabelecer o texto constitucional com pretensão normativa que permanecerá no limite entre o político e o jurídico. Por fim, esse instrumento normativo criado pela potência constituinte representa, portanto, um ponto nodal entre o sistema Político e o sistema do Direito.

4.2.1.2 A práxis de libertação e o surgimento do inédito na política

Em uma análise filosófica dos textos de Pablo de Tarso, Enrique Dussel nos traz que, uma vez instituída a ordem, para ela “a *Lei* é o critério tido por todos como vigente para a ‘justificação’ (do agente e de sua práxis)” (DUSSEL, 2012, p. 22, tradução nossa). O instituído é para o próprio sistema, em um claro engendramento do processo de fetichização, o critério de legitimação, mas, nos fatos, o campo da política e do direito, como demonstrado por Lyra, não são apenas o já constituído. Essa Lei assegura, em verdade, a presunção de legitimidade que diminui o ônus de justificação dos atos tomados conforme seus ditames. A ordem pode tentar

reduzir o critério de legitimação ao seguimento dos ritos legais, no entanto, para a filosofia da libertação, há outras determinações do político que constituem a legitimidade – como a vontade-de-viver, o consenso racional e a factibilidade do poder.

[...] Há um *antes* e *depois* que são essenciais na *política da libertação*. A *Lei* joga sua função em um *primeiro* momento que deve ser superado, sem o qual tudo perde sentido. Para resumir o que levamos ganhado podemos dizer que, em enfeito, a *Lei* é critério ou fundamento de *justificação* da práxis cumprida em toda ordem dada, vigente (DUSSEL, 2012, p. 23, tradução nossa).

Dussel encontra que o constituído, a Lei, nos textos pablinos, é histórico, perecível, sujeito a rupturas surgidas no seio do processo histórico. A ação política do campo centrífugo “[...] produz a *derrubada* da legitimidade da *Lei*. [...] É o momento negativo, da *ruptura*, e que pode ser interpretada como anarquista [...], momento político por excelência que permeará todas as tradições críticas posteriores [...]” (DUSSEL, 2012, p. 23, tradução nossa). Chegamos agora ao momento próprio da libertação da teoria dusseliana, à virada que explica o surgimento da inovação. Saímos da arquetônica do político rumo à crítica, momento em que a exterioridade passará a ser central na teoria política em estudo.

O autor, ao elaborar sua política da libertação, não tinha como meta a simples descrição do fenômeno político. Ao ter em mente a conclusão marxiana sobre as teses de Feuerbach, de que “os filósofos apenas *interpretaram* o mundo de diferentes maneiras; o que importa é *transformá-lo*” (MARX, 2009, p. 126, grifos do autor), Dussel trata de traçar um esquema teórico que compreenda o processo ocorrido no fenômeno real que engendra a criação da inovação, da transformação das instituições. Com isso, a filosofia da libertação intenta desvelar os momentos do sistema político na América Latina, que ao negarem a vontade de viver do Outro, dão gênese ao movimento de mudança protagonizado por este. Ou seja, se pretende jogar luz à dialética entre permanência e mudança que se desenvolve no processo histórico de nosso continente. “Das vítimas, quando o sofrimento se torna inaceitável, intolerável, surgem os movimentos sociais de contestação no campo político empírico. Surgem igualmente teorias críticas organicamente articuladas a tais movimentos [...]” (DUSSEL, 2007, p. 87), destarte, o autor encontra na exterioridade do sistema político o sujeito e a razão da criação do novo.

O processo de uma política da redenção (ou da libertação) vai dando uma passagem [...], da *Arquetônica* à *Crítica*, da *Totalidade* à *Exterioridade* (e a *nova Totalidade* futura). A “libertação” é crítica, é redenção, é recriação de nova práxis e de novos sistemas políticos desde o *consenso crítico*, a “fé” comunitária do ator coletivo da *nova política*: o *povo* (DUSSEL, 2012, p. 69, tradução nossa).

A transformação do sistema político se inicia ao se formar mobilizações de setores que reivindicam uma solução para as suas necessidades surgidas das negatividades do sistema instituído (DUSSEL, 2007). Sendo assim, nascem movimentos políticos com reivindicações próprias quando alguma dimensão da vida ou da própria participação democrática é impedida ou dificultada pela ordem estabelecida, o que implica em pôr em questão o consenso e a permanência das regras da ordem. Desses movimentos e setores excluídos ou negados surge um bloco histórico que luta, através da mudança de elementos da ordem, pela satisfação das dimensões da vida negada.

“Para além da totalidade política estruturada funcionalmente – a do estruturalismo e do funcionalismo – encontra-se o povo [...]. Definimos como povo os oprimidos de uma totalidade política [...] que contudo conservam exterioridade cultural [...]: o outro político periférico” (DUSSEL, 1977, p. 75). O povo²⁷ é a categoria pela qual a exterioridade se manifesta na política. É esse bloco de vítimas do sistema constituído, dos que tem as suas necessidades não satisfeitas pela ordem dada, dos oprimidos, que, finalmente, constituem um projeto de superação do posto para que suas negatividades sejam extintas. As reivindicações das classes ou setores oprimidos na totalidade constituída surgem, segundo Dussel, da *Vontade-de-Viver*: “[...] essa *Vontade-de-Viver* contra todas as adversidades, a dor e a iminente morte se transforma em uma infinita fonte de criação do novo [...]” (DUSSEL, 2007, p. 97). Elas são capazes de romper as barreiras da totalidade da ordem dada, estabelecendo o espaço para que a Exterioridade, as classes e setores vitimados pelas negatividades do sistema, produzam o inédito

²⁷ A categoria de povo na política de libertação tem um caráter de contrapoder evidente: sua existência evidencia um fosso no consenso estabelecido. Por sua vez, no constitucionalismo, o povo representa a fonte primeira de legitimidade de todo o poder (BONAVIDES, 2010), ou seja, o meio de justificação de todo poder pós-monástico (MÜLLER, 2003). O constitucionalismo, portanto, encontra na categoria povo a função de instância global de atribuição de legitimidade, o que requer a existência de um povo ativo, que possa fazer suas reivindicações reverberar na estrutura do poder (MÜLLER, 2003). Dessa função da categoria povo emerge a necessidade do constitucionalismo democrático de assegurar a participação popular na deliberação – seja por meio da eleição de representantes ou diretamente em referendos ou plebiscitos. Aplicada à dinâmica de construção constitucional, para um poder constituinte democrático, a dimensão normativa do povo como fonte de legitimidade exige a eleição popular dos membros da constituinte e a posterior ratificação do texto constitucional por meio de referendo (MÜLLER, 2003), havendo quem considere apenas a manifestação do poder constituinte do povo quando o texto constitucional produzido é submetido a um referendo (DALLARI, 1984). Essa categoria também cumpre a função de destinatário no constitucionalismo no sentido de quem deve ser regido pela ordem constitucional que ele legitima e a quem deve assegurar direitos o texto constitucional (MÜLLER, 2003). Disso decorre, em sua dimensão normativa, a necessidade de se estabelecer um núcleo de direitos que devem ser protegidos da ação do poder constituído, os direitos de *status* negativo. O descumprimento dessas dimensões normativas transforma a categoria povo em povo-ícone dos regimes autoritários, ou seja, mero elemento de retórica que supostamente assegura a legitimidade da ordem (MÜLLER, 2003). Esse caminho percorreu o processo de construção constitucional que tomou corpo após o golpe de 1964 que levou à desvinculação entre povo e poder, em que pese à menção pelo regime da categoria povo em seus documentos legais (SILVA, 2007) e, por isso, não se tratou da manifestação do poder constituinte do povo. A noção normativa de Müller nos auxilia em indicar os parâmetros práticos que de fato tornam o povo fonte de legitimidade.

e a inovação. As proposições destes podem ser inovadoras sobretudo porque representam a transcendentalidade interior da exterioridade dusseliana, e por isso, podem engendrar a criação de uma nova ordem.

As classes oprimidas, como oprimidos, são partes disfuncionais da estrutura da totalidade política. São partes que devem realizar trabalhos que alienam, que os impedem de satisfazer as necessidades que o próprio sistema reproduz neles. Essas classes exploradas e insatisfeitas anelam por isso um novo sistema [...], porque, além disso, têm experiências do outro mundo que é exterior ao sistema que os oprime [...] (DUSSEL, 1977, p. 75-76).

Povo, na política da libertação, não é uma categoria sociológica nem econômica, é propriamente política (DUSSEL, 2007), “uma categoria sócio histórica de uma formação social” (DUSSEL, 2008, p. 150, tradução nossa). No entanto, ao passarmos para uma análise econômica ou sociológica do tema da transformação, ela ganha um equivalente para cada campo. São exemplos dessa transformação categórica: o proletariado ou a pequena burguesia, no sistema capitalista; ou o negro e a negra, no que tange à questão racial. A categoria povo, por fim, revela a fratura no tecido social, o dissenso crítico em face do consenso hegemônico que sustenta a ordem estabelecida. A chave teórica proposta por Dussel põe em relevo o papel da contradição na produção da história por representar o bloco social dos oprimidos, e congrega grupos explorados nas mais diversas dimensões das relações de alteridade, em contraposição ao bloco histórico no poder gramsciano (DUSSEL, 2008).

O “povo” estabelece uma fronteira ou fratura interna na comunidade política. [...] Chamaremos *plebs* (em latim) ao povo como oposto às elites, às oligarquias, às classes dirigentes de um sistema político. Essa *plebs*, uma parte da comunidade, tende, entretanto, a englobar todos os cidadãos (*populus*) em uma *nova* ordem futura na qual as atuais reivindicações serão satisfeitas e se alcançará uma igualdade graças a uma luta solidária pelos excluídos (DUSSEL, 2007, p. 93).

O povo²⁸ se constitui sujeito histórico em conjunturas críticas (DUSSEL, 2008). Ele é, destarte, um sujeito conjuntural que congrega os setores e classes que se veem vitimados pelo

²⁸ A categoria Dusseliana de povo nos auxilia a dimensionar como se faz nascer uma situação ou momento constituinte a partir da atividade crítica de um sujeito conjuntural dissidente. É fato que a noção de povo da teoria da libertação se distingue da comumente utilizada pelo constitucionalismo (BONAVIDES, 2010; DALLARI, 1984; FERREIRA FILHO, 2014; MÜLLER 2003) de agentes com cidadania que se relacionam com o Estado e podem ter o papel ativo através do voto. Povo em Dussel representa a cisão na hegemonia social e, por isso, é instrumental em nos auxiliar a identificar o surgimento de um momento constituinte e de disputa pela hegemonia. Enquanto a categoria tradicional do constitucionalismo nos permite pensar em procedimentos que asseguram a legitimidade de decisões, a da política da libertação traz à baila a questão da criação da novidade no processo histórico. Para a delimitação do significado do poder constituinte e de seus elementos fundamentais, as duas questões são essenciais, tanto a ação contestatória de grupos que se constroem como o sujeito histórico povo, como os instrumentos que eles usam para assegurar a legitimidade e a hegemonia de suas agendas.

sistema vigente e estabelecem para si uma estratégia que permite atender suas reivindicações. Essa categoria se transforma, portanto, em ator coletivo de uma nova ordem e desaparece apenas quando cumpre a tarefa atribuída por si para si, ou quando fracassa na tentativa (DUSSEL, 2007). Em face disso, identificar quem compõe esse bloco social só é possível se for analisado no processo histórico os sujeitos oprimidos que se põem em movimento para fundar uma nova ordem.

Gramsci, para evitar a substantivação (a classe operária como “sujeito histórico” do marxismo *standard*), usa o conceito de “bloco”. Um bloco não é uma pedra; quanto a sua consistência, só é um conjunto integrável e desintegrável; pode ter “contradições” em seu seio [...]; aparece como força em um momento e desaparece quando tiver completado a sua tarefa (se é que obtém, e os povos também fracassam, e é freqüente). É um “bloco *social*” porque procede dos conflitos dos campos materiais [...], e que lentamente passa o primeiro umbral da sociedade civil, e daí o segundo umbral da sociedade política [...] (DUSSEL, 2007, p. 94).

Os oprimidos formam esse bloco histórico quando percebem a sua situação no sistema vigente e se tornam dissidentes, minando o consenso em torno do poder hegemônico. “[...] Sua consciência crítica cria um consenso *crítico* em sua comunidade oprimida, que agora se opõe como dissidência ao consenso *dominante*. Trata-se de uma ‘crise de legitimidade’, ‘crise de hegemonia’, caos anterior e que antecipa a criação da nova ordem (DUSSEL, 2007, p. 99). Esse mesmo entendimento se repete na análise filosófica dos textos de Pablo de Tarso por Enrique Dussel: “[...] seu *dissenso crítico* [do povo] rompe a possibilidade de construção de um projeto hegemônico legítimo [...]” (DUSSEL, 2012, p. 27, tradução nossa). O dissenso crítico produzido pelo povo é o critério de justificação necessário para a negação do sistema constituído quando se adota uma dimensão positiva como novo consenso crítico. Dissenso agora é a fonte de legitimação, não mais a lei. Por isso, carrega um ônus maior no processo de justificação. A legitimação das ações desse bloco não encontra na ordem os seus critérios, mas no consenso crítico de superação do sistema vigente em face das suas negatividades.

[...] Agora, a comunidade messiânica, o *resto*, descobre uma nova fonte de legitimação. Propomos que se trata [...] do *novo consenso crítico* messiânico ante a derrubada da Lei. A comunidade messiânica, o *povo*, ante o imenso poder do Império (romano), do templo (de Israel), a tradição [...], se atreve sem embargo a enfrenta-los desde sua *certeza* de ter uma convicção que pode transformar a totalidade da realidade. Essa *certeza*, esse *consenso crítico* da própria comunidade, [...] que poderia descrever-se como a certeza entusiasta da comunidade *crítica* [...] (DUSSEL, 2012, p. 27-28, tradução nossa).

O poder popular que emerge desse bloco histórico em movimento – para distinguir da capacidade desorganizada da comunidade política que assegura o consenso hegemônico, a

potentia, e da estrutura institucional que faz o poder político existir empiricamente, a *potestas* – Dussel chama de *hiperpotentia* (DUSSEL, 2007). Essa nova determinação do poder político emerge no momento em que se dá a fratura do tecido social entre o povo e o restante da comunidade política, e se faz perceptível em processos que engendram a criação na história. Sua manifestação concreta se contrapõe à ordem estabelecida, é fenômeno do eixo centrífugo lyriano. A *hiperpotetia*, o poder popular, por sua vez, tem três momentos constitutivos:

Se (a) à Vontade-de-vida e (b) ao consenso crítico da situação em que se encontram e dos motivos da luta e o projeto da ordem nova [...] adiciona-se o descobrimento na própria luta de (c) a factibilidade da libertação, do alcançar nova hegemonia, de transformar [...] a ordem política vigente, temos as três determinações do poder do povo, da *hiperpotentia* (DUSSEL, 2009, p. 100).

A *hiperpotentia* faz surgir um novo critério de justificação distinto da lei da ordem constituída. Ele é o consenso crítico do povo, ou, nos textos de Pablo de Tarso, “[...] a nova justificação pela fé ‘do’ povo ‘no’ povo mesmo que se autoafirma como agente de transformação histórica [...]” (DUSSEL, 2012, p. 28, tradução nossa). Essa *hiperpotentia* é, em verdade, um antipoder e, ao revelar seu momento prático, forja um verdadeiro estado de rebelião. “Esse antipoder diante do poder dominador, esta *hiperpotentia* [...] diante da *potentia*, efetua eficazmente a transformação da *potestas*, agora a serviço do povo [...]” (DUSSEL, 2007, p. 101). Esse sujeito conjuntural em práxis de libertação e de mudança, que, ao se constituir como povo produz o novo, o inovador, engendrando com sua prática política a alteração da *potestas*, é a interpelação da exterioridade política.

[...] consenso crítico que, agora, cria *desacordo* ante o antigo acordo *vigente* que constituía os próprios oprimidos ou excluídos na massa obediente do poder “como dominação legítima” [...]. O consenso dos dominados é o momento do nascimento de um exercício crítico da *democracia* (DUSSEL, 2007, p. 109).

O antipoder do povo em práxis de libertação produz uma fratura no consenso hegemônico “a democracia crítica, libertadora ou popular [...], põe em questão o grau anterior de democratização alcançado; já que a democracia é um sistema a ser reinventado perenemente” (DUSSEL, 2007, p. 110). Ele é, destarte, anti-hegemônico, não apenas em seu caráter, mas, especialmente, no sentido de produção de uma nova hegemonia crítica que pode desaguar no surgimento de outra ordem, um novo momento institucional. Por isso, “[...] os excluídos não devem ser *incluídos* [...] no antigo sistema, mas devem participar como iguais em um novo momento institucional (a nova ordem política)” (DUSSEL, 2007, p. 110). A produção do novo na história se dá pela presença desse sujeito conjuntural, o povo, que no campo político

movimenta o polo da mudança na dialética entre permanência e mudança. Sendo assim, o novo nasce das práxis de libertação que produzem as novas instituições de um novo sistema; a *potestas*, a ordem vigente, se transforma pela ação do povo em nova *potestas*.

A ação política intervém no campo político modificando, sempre de algum jeito, sua estrutura dada. Todo sujeito ao transforma-se em ator, ainda mais quando é um movimento ou povo em ação, é o motor, a força, o poder que *faz história*. Quando é uma “atividade crítico-prática” esta será denominada *práxis de libertação* [...]. Essa Práxis tem dois momentos: uma luta *negativa*, desconstrutiva contra o dado [...], e um momento *positivo* de saída, de construção do novo [...] (DUSSEL, 2007, p. 116).

A ação de libertação que permite o surgimento de uma nova ordem política precisa, antes de afirmar o momento positivo de criação de uma nova institucionalidade, de um momento negativo de deslegitimação da ordem estabelecida tendo como fonte de justificação o consenso crítico dos que sofrem a negatividade do sistema. O momento negativo instaura um verdadeiro Estado de Rebelião.

[...] o tema da suspensão da Lei em um evento messiânico, que não é um “estado de exceção”; sem embargo, porque este ao final é uma referência à Lei, já que acabado o “estado de exceção” se volta o “estado de direito”; não é o mesmo que um autêntico “estado de rebelião” sem retorno. Do “estado de rebelião” se segue um *novo eón* [...], novo tempo, com o ditado de *outra nova lei mais justa* [...]. Não é uma mera inversão ou restauração, senão que é a “redenção” que instaura uma *nova ordem* (DUSSEL, 2012, p. 68, tradução nossa).

O Estado de Rebelião em muito se distancia do Estado de exceção exposto por Agamben por não ter em si qualquer referência ao constituído além de sua negação, nesse sentido, não tem qualquer referência na Lei do sistema político hegemônico. Por sua vez, este nasce do próprio constituído, da figura carismática dos que exercem o poder na *potestas*. (DUSSEL, 2009). Dessa forma, a inovação no sistema político vem das práticas anômicas e, por isso, a desobediência civil constitui um elemento constitutivo do poder constituinte (COSTA, 2005) e da práxis de libertação.

Em resumo do exposto até aqui sobre a política da libertação, as instituições, *potestas*, uma das dimensões do poder político, surgem para dar factibilidade às decisões da comunidade, *potentia*. É esta última a instância de soberania. A política, a vida em comunidade, se apresenta como forma de tornar a reprodução da vida possível, não como uma opção individual, mas como uma necessidade prática de produzir as condições de sobrevivência dos homens e mulheres. Ela é, dessa forma, uma comunidade comunicativa capaz de produzir consensos.

As instituições elaboradas pelo sistema político são concretas, existentes nas sociedades históricas divididas em classe, e nelas produzem efeitos negativos que geram os dissensos. Com a produção desses efeitos negativos surge a exterioridade do outro, os oprimidos, os negados – na geopolítica mundial, a América Latina, a África, as periferias do sistema capitalista global; na estrutura nacional, o sujeito povo, os que são afastados das tomadas de decisões, os que sofrem os efeitos negativos da economia nacional, etc.

O povo se constitui enquanto sujeito conjuntural quando percebe a sua condição de outro; produz um consenso crítico, a *hiper-potentia*; e se lança em uma ação política que consegue abarcar um grande número dos outros do sistema político. A *hiper-potentia* dusseliana é o poder popular que surge na práxis de libertação dos setores vitimados pelo sistema constituído quando estes forjam o povo como sujeito coletivo conjuntural. É ela que permite a criação de uma nova ordem, “o poder constituinte, em Antonio Negri, surge dessa potência, dessa força criadora que não se deixa institucionalizar, que se opõe ao poder e que em ato inova a história” (MADRUGAL, 2008, p. 99). Por ter sua origem nesse setores vitimados que tentam buscar suprir suas necessidades, o poder constituinte democrático de Rubén Dalmau entende que é uma condição do poder constituinte ser sempre emancipador (DALMAU, 2014). Apesar de ser uma conclusão razoável para um constitucionalismo de libertação que as razões de sua ativação sejam sempre emancipadoras não podemos olvidar da possibilidade do resultado do processo constituinte gerado por ele gerar arbítrio (COSTA, 2005). Isso porque no processo histórico se manifesta a dialética entre direito e anti-direito que disputam entre si a hegemonia social na política. Além disso, a história de conquista de direitos não se apresenta de forma linear. A experiência das civilizações humanas demonstra um histórico de avanços e retrocessos em relação à garantia de direitos (FERNÁNDEZ, 2012).

As mudanças no sistema advêm da interpelação daqueles que sofrem os seus efeitos negativos, o povo. No esquema trazido por Dussel, está estabelecido como se materializa o poder constituinte. A capacidade de a sociedade transformar a sua esfera política e social ocorre a despeito da vontade do constitucionalismo vigente, uma vez que não se submete ao *potestas*. Em verdade, ele encontra seus fundamentos legitimadores no consenso da *potentia* que se transforma em poder instituinte, e, por vezes, em poder constituinte, ou no consenso crítico da *hiper-potentia* em sua ação anti-hegemônica que engendra o surgimento de uma nova ordem política.

4.2.1.3 Da política da libertação para um constitucionalismo de libertação

Se é produção da *hiper-potentia*, o poder constituinte encontra no consenso crítico, além do seu critério de legitimação, verdadeiro limite material ao seu exercício. Ou seja, ele não pode tudo. Em que pese não encontrar limites na ordem constituída, o poder constituinte não pode fazer mais do que a comunidade política crítica permita que o faça, e, sobretudo, não é ele onipotente a ponto de fazer mais do que a conjuntura em que ele se materializa possibilita. A categoria de “Constituição como estado cultural” de Peter Häberle (2007) tenta expressar esse limite fluido ao poder constituinte que, na teoria häberliana, representa etapas de desenvolvimento cultural e constitucional. Häberle (2007) aponta que processos constituintes encontram alguns princípios estruturais – como o federalismo para a realidade estadunidense no momento político da independência desse país – que não podem ser superados. Esses limites são fluidos, no sentido que não encontra a rigidez da norma, mas, apenas a das vontades políticas dos atores que se constituem sujeitos do poder constituinte. No mesmo caminho, a teoria do poder constituinte democrático de Rubén Dalmau (2014) reconhece limites que representam, em verdade, condições externas do contexto histórico-político e naturais do âmbito social de sua ativação. Dessa forma, a amplitude do poder constituinte sempre está condicionada a essa vontade que se apresenta na política da libertação como o consenso crítico.

A *hiper-potentia* exerce o poder instituinte quando altera a ordem estabelecida, o que permite trazer um novo esqueleto institucional, a nova *potestas*. Essa transformação da ordem pode ser a manifestação do poder constituinte quando altera de alguma forma – ou textualmente ou apenas na narrativa – a ordem constitucional. Em verdade, o poder constituinte é, em última instância, um momento prático do poder instituinte. Ele apareceu na práxis política e constitucional ocidental pela *hiper-potentia*, uma vez que é fruto do processo revolucionário hegemônico pela burguesia do século XVII na Europa e da movimentação de independência nas américas.

Como em Negri, o poder constituinte em Dussel é a aquela força que irrompe como “contrapoder”, acelerando o tempo, expandindo-se no espaço, como expressão coletiva da fundação de um mundo novo. Uma fundação tão radical que não permite antecipar a singularidade inovadora do evento, e por isso o poder constituinte é a potência em ato que não se presta a qualquer finalidade, não exigindo sequer constituição. Partindo do nada, da exterioridade, da imaginação transcendental à totalidade, da utopia futura e esperada, o poder constituinte é a projeção de algo que ainda não existe, um conceito de uma ausência. De fato, mais do que uma ausência, é um conceito de uma crise, um procedimento absoluto: onipotente e expansivo, ilimitado e inconcluso, o poder constituinte não tem outros limites senão os limites do mundo da vida, mas agora ininterruptamente transformado e ampliado pela ação política. Mas este absoluto não é propriamente um absoluto, como explica o filósofo italiano: “ele é sobretudo o produto de condições dialéticas abertas e negativas, é o resultado de um processo histórico”. É precisamente práxis de libertação:

procedimento absoluto, mas principiológico, pois se enraíza eticamente, ajustando-se às exigências da responsabilidade pelo outro, num esquema categorial crítico que envolve factibilidade, procedimento e materialismo (MADRUGAL, 2008, p. 107)

O poder constituinte irrompe e se manifesta no processo histórico a partir das lutas sociais travadas nele, da síntese da dialética entre mudança e permanência, entre consenso racional e consenso crítico, quando a vontade constituinte e a vontade constituída não mais coincidem. Com isso é posto em curso um processo que e se produz a legitimidade de um movimento com intuito de alterar os fundamentos da comunidade política (DALMAU, 2014). Desse modo, o critério de legitimidade de transformações na estrutura institucional não repousa tão só no cumprimento de procedimentos previamente estabelecidos pela *potestas*, pela ordem constituída. Há ordens constitucionais – como a da Suíça, a da Costa Rica, a da Colômbia, a da Bolívia, e a do Uruguai – que preveem o procedimento de revisão total do texto constitucional (HÄBERLE, 2007; BARRIENTOS, 2004), o que garante a movimentos constituintes uma via de menor ônus de justificação. No entanto, não é apenas na ordem estabelecida que movimentos encontram critérios de legitimação, afinal, apenas as reformas constitucionais operam sob as regras da ordem vigente. Já as transformações constitucionais podem se dar sob regras novas (PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, 2015). Mesmo após a produção do texto constitucional, a dialética entre permanência e mudança assegura um caráter de latência do poder constituinte sobretudo pela capacidade de movimentos produzirem o consenso crítico que gera inovações na ordem estabelecida.

A teoria constitucional moderna elaborou sua noção clássica de poder constituinte tendo como ponto de partida as revoluções burguesas, por isso, para ela, há uma vinculação insuperável entre revolução e poder constituinte. Esse liame, no entanto, cumpre para esse constitucionalismo uma função instrumental de promover uma cisão entre direito e política ao produzir, teoricamente, um momento da política, o pré-constitucional, e o tempo do direito, o propriamente constitucional, que guardam entre si uma relação de verdadeira antítese, afinal, a política é capaz de depor o período do direito e instaurar a anomia (FERNÁNDEZ, 2012). Para essa concepção, é no momento revolucionário, pré-jurídico, que se desenvolve a disputa entre as mais diversas forças, por isso, não há espaço para reconhecer no momento constitucional a coexistência de estruturas jurídicas em conflito (FERNÁNDEZ, 2012) que põem em movimento a dialética entre permanência e mudança. Para essa teoria, é inconcebível que o poder constituinte produza algo distinto das instituições clássicas do direito estatal positivo-formal moderno (FERNÁNDEZ, 2012), ou seja, rompa com os fundamentos do constitucionalismo moderno ou da moderna organização política.

Nessa noção se enquadra a teoria de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2014) ao estabelecer que apenas a revolução representa o verdadeiro veículo do poder constituinte²⁹. Mais clara se torna a filiação do autor à teoria clássica do poder constituinte quando afirma ser ele um fato anterior à ordem que decorre do ato revolucionário em sentido estritamente jurídico, ou seja, pela distinção que ele faz entre revolução como fenômeno social e revolução como fenômeno jurídico. Revolução em sentido jurídico significa, para ele, toda modificação ilegítima – não prevista no texto constitucional – da constituição (FERREIRA FILHO, 2014), e é ela a manifestação do poder constituinte. Isso significa dizer que, para Ferreira Filho (2014), até mesmo um golpe de Estado representa a ativação do poder constituinte. Sendo assim, a questão da legitimidade interessa apenas após a ativação desse poder, no ato constituinte, no âmbito da produção da eficácia da nova constituição (FERREIRA FILHO, 2014). Por isso, para sua teoria, o povo cumpre necessariamente um papel ativo apenas na tarefa de cumprir ou assegurar a eficácia de uma constituição, não na sua construção. Ao direito resta o papel apenas de reconhecer o fato de que constituições são produzidas por forças sociais em um período pré-constituído ao legalizarem as suas revoluções, não interessando, portanto, entender como o contrapoder se torna hegemônico, muito menos o de perquirir sobre a legitimidade do ato fundador. Por fim, já esse autor reconhece o caráter incondicional do poder constituinte, o que significa que não há forma pré-estabelecida para sua manifestação, e o reconhecimento da impossibilidade de se medir a sua legitimidade pela legalidade (FERREIRA FILHO, 2014).

²⁹ Há uma inegável fragilidade na tese de Manoel Gonçalves Ferreira Filho sobre a revolução como veículo verdadeiro do poder constituinte. Apesar dessa afirmação, o autor traz uma série de exemplos de negam a tese por ele defendida, como o precedente insólito do “Mayflower” dos colonizadores europeus do solo estadunidense que serviu de base para a constituição de Massachusetts; o exemplo do estabelecimento pelo poder britânico de constituições às suas colônias em processo de independência; bem como as experiências de produção de ordens constitucionais por meio reformas, o que significa uma alteração global da ordem constitucional através de mecanismos previstos no texto da constituição (FERREIRA FILHO, 2014). Nesse ponto se revela ainda mais uma inconsistência na tese do autor. Apesar de ele definir a manifestação do poder constituinte por meio da reforma constitucional como um processo que respeita o rito estabelecido na constituição, ele enquadra a construção constitucional de 1987 como uma revisão constitucional mesmo não havendo previsão para tal. Em verdade, a emenda iniciadora da construção constitucional de 1987 no Brasil teve apenas nome de emenda, sua natureza foi efetivamente de exercício do poder constituinte originário, afinal, foi ela responsável por pôr fim à ordem constitucional anterior e inaugurar uma nova (SILVA, 2007). É fato que o autor estabelece essas experiências históricas como exceções à sua tese, no entanto, ele, na verdade, aponta exemplos que a invalidam. Se o poder constituinte encontra outras formas de manifestação, não pode ser a revolução tomada como o seu veículo, sobretudo se levarmos em consideração as experiências de ativação do poder constituinte nas democracias contemporâneas que levaram Albert Noguera Fernández (2012) a reconhecer três formas de manifestação do poder constituinte: a) através de um tradicional processo revolucionário que rompe com a ordem jurídica anterior por meio de uma ação violenta; b) por meio da vitória eleitoral de uma força política que tenha como proposta a ativação de um processo constituinte; c) a partir da articulação de mecanismos de pressão que obriga os gestores estatais a ativar o processo constituinte.

Por sua vez, o constitucionalismo democrático (CHUERI; GODOY, 2010; GARGARELLA; COURTIS, 2009), ao ver a materialização da vontade constituinte sempre na aplicação e manutenção da ordem constituída, mina a dialética entre permanência e mudança e impede o surgimento de um constitucionalismo de transição que veja na ordem constituída um lapso de tempo constituído entre momentos constituintes (DALMAU, 2014). Para esse constitucionalismo, a democracia se torna subproduto da ordem onstitucional (DALMAU, 2014). Portanto, apesar de pôr fim aos resquícios autoritários da concepção clássica que reconhece como poder constituinte até o mais evidente ato de arbítrio, acaba por sucumbir à tendência reprodutora do constitucionalismo. Por isso, há espaço teórico para surgimento de um constitucionalismo de libertação que integre em suas concepções a dialética fundamental do constitucionalismo e a capacidade humana de produção do inédito também na ordem constitucional.

As experiências de produção constitucional mais recentes em nosso continente que tem motivado alguns teóricos do direito constitucional (PASTOR; DALMAU, 2010; BARRIENTOS, 2014; DALMAU; SILVA JÚNIOR, 2014; JIMÉNEZ, 2013; GARGARELLA, 2011) a defenderem a existência de um Novo Constitucionalismo latino-americano podem também indicar alguns fundamentos para um poder constituinte do constitucionalismo de libertação. Essas experiências se manifestaram quase que em sua totalidade pela ativação direta do poder constituinte pela população de seus países. Elas culminaram em processos de intensa participação popular na produção de novas ordens constitucionais (PASTOR; DALMAU, 2010) com o objetivo de reconstruir sistemas institucionais deslegitimados após sucessivas crises (BARRIENTOS, 2014). A realização dessas produções constitucionais, em sua maioria, se deram por mecanismos não estabelecidos pela ordem constitucional vigente (BARRIENTOS, 2014). No entanto, o movimento constituinte desenvolveu sem os moldes de uma ruptura revolucionária com a ordem, o que evidencia um giro da práxis constitucional que descola a noção de poder constituinte com o paradigma de revolução da modernidade permitindo formular processos de construção constitucional que representam alguma continuidade com a ordem legal (ARATO, 2000; ARATO, 1997). Em verdade, a continuidade ou a ruptura aparece sempre nos processos constituintes como uma questão em aberto (ARATO, 1997), e uma das tarefas da manifestação concreta do poder constituinte é o de definir esse tema através da decisão da comunidade política.

Na prática dos processos constituintes que configuraram o que alguns denominam o “novo constitucionalismo latino-americano”, a atividade contestadora da ordem estabelecida de alguns setores foi essencial para a inauguração do momento constituinte. A exemplo disso, na

Colômbia em 1991, o movimento popular estudantil convocou um plebiscito não oficial, similar à movimentação política ocorrida no Brasil em 2014, como mecanismo legitimador de uma grande mudança na ordem constitucional colombiana por meio de uma assembleia constituinte. Essa consulta informal contou com apoio tão massivo a ponto de pressionar o Presidente da época, Virgilio Barco Ilamó, a convocar um plebiscito oficial sobre o tema o que culminou na elaboração de um novo texto constitucional (PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, 2015). Como na Colômbia, conjugado com manifestações populares ativas (protestos e mobilizações política em geral) ou passivas (por meio de consultas por referendos ou plebiscitos), o poder executivo foi relevante nos outros processos da América Latina, como na Venezuela, no Equador e na Bolívia, para dar início aos respectivos processos constituintes (PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, 2015; BARRIENTOS, 2014; JIMÉNEZ, 2013) a ponto de haver teóricos (BARRIENTOS, 2014) que mencionam a existência de um costume constitucional no continente que assegura a legitimidade dos processos constituintes que fogem dos procedimentos elencados na ordem vigente através da decisão presidencial submetida a um referendo³⁰.

O que revela a prática desses países é que: a) em que pese a manifestação do poder constituinte estar relacionada com um contrapoder que nega a ordem estabelecida, ele não exige obrigatoriamente a ruptura total com o constituído; b) não há como o processo de construção constitucional ter como único critério de legitimação a ordem constituída. Há, portanto, uma transformação na práxis constitucional que se relaciona com a mudança do momento histórico que desloca o poder constituinte da noção de revolução moderna sem minar a potencialidade da comunidade política de determinar o quadro institucional de exercício do poder. Isso se revela no papel que o poder executivo cumpriu nos processos de construções constitucionais nesses países e, especialmente, no diálogo entre os agentes políticos e instituições da ordem vigente para construção da legitimidade desses processos (BARRIENTOS, 2014). Some-se a isso que os sistemas de justiça da Colômbia, da Venezuela, da Guatemala e do Equador atuaram no sentido de legitimar os processos constituintes inaugurados nos seus respectivos países quando provocados a se pronunciar sobre a constitucionalidade das propostas constituintes (PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, 2015;

³⁰ A submissão do ato convocatório de uma constituinte a uma etapa plebiscitária não é novidade no constitucionalismo. Em verdade, já no processo de 1987 do Brasil, Paulo Bonavides (2010), sugeria, como solução para dar legitimidade à emenda constitucional proposta por José Sarney, a convocação de um plebiscito que trouxesse para a discussão o povo brasileiro. Sobre a constitucionalidade de um plebiscito constituinte proposto pelo legislativo, o autor afirmava que “Não temos dúvidas quanto à constitucionalidade do primeiro *referendum*, pois o poder constituinte menor, a saber, o poder de reforma constitucional, estaria apenas recorrendo diretamente ao poder constituinte maior – o da soberania popular [...]” (BONAVIDES, 2010, p. 59).

BARRIENTOS, 2014). Destarte, essas experiências revelam: 1) certa continuidade institucional mesmo sob a ativação do poder constituinte; 2) que a não previsão na ordem de mecanismo de revisão total do texto constitucional não implica na sua impossibilidade ou na inexistência de legitimidade de qualquer ação nesse sentido, muito pelo contrário, o poder constituinte encontra legitimidade fora da ordem; e 3) que é possível fazer uso de elementos da ordem constituída para legitimação dos processos constituintes fora da ordem, como a declaração da constitucionalidade pelo sistema de justiça.

[...] na medida em que a maioria das constituições incluem mecanismos claros para a reforma, mas não para a substituição total. Se produz, portanto, um vazio tem sido necessário suplantar. Na prática, a grande maioria dos processos constituintes são movidos por uma decisão política que tem êxito em produzir o acordo e apoio de jogadores-chave, tanto entre as elites políticas como entre os cidadãos; decisão que é posteriormente traduzida ou referendada por mudanças jurídicas que permitem formalizar uma estratégia de mudança constitucional. Em particular, a experiência internacional revista neste relatório mostra que as inovações têm ocorrido com frequência sobre a força institucional quando se engatilha os processos de mudanças constitucional. Os processos bem-sucedidos foram aqueles que conseguiram elaborar novas constituições que são aceitas como legítimas pelas elites políticas e pela cidadania, que conseguiram encontrar soluções que combinam fatores políticos e legais, incluindo amplo apoio popular [...] (PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, 2015, p. 57, tradução nossa).

A incapacidade dos procedimentos da ordem constitucional vigente servirem como únicos critérios de legitimação do processo constituinte é uma consequência do caráter de contrapoder do poder que o põe em movimento. A sua natureza contestatória e sua permanência latente, mesmo na vigência da ordem, que repousa na decisão da comunidade política põem em questão a fetichização da ordem estabelecida. Por isso, processos constituintes, são alicerçados nos processos políticos do país (GARGARELLA, 2011) e encontram formas de legitimação que, por vezes, podem dialogar com a ordem estabelecida, como na tentativa de Madison na revolução estadunidense de afirmar a legalidade da experiência constituinte (ARATO, 1997).

[...] para Ackerman, a validação de um mecanismo de mudança constitucional não previsto em seu texto supõe condições adicionais, estritas e materiais que se devem adicionar para que o processo constituinte seja considerado legítimo: (i) convencer um número extraordinário de seus concidadãos (superior ao que se requer para aprovar uma legislação ordinária); (ii) permitir a seus opositores uma justa oportunidade para organizar sua própria força, e (iii) articular um fórum deliberativo onde as propostas possam ser debatidas amplamente (BARRIENTOS, 2014, p. 404, tradução nossa).

Por sua vez, a impossibilidade da ordem constitucional anular qualquer manifestação do poder constituinte que não siga os seus ritos é uma consequência da latência desse poder que é revelada na constante disputa em torno dos elementos fundamentais (titularidade, exercício e

consequência) dessa categoria na experiência política brasileira. A disputa sobre a categoria do poder constituinte se apresenta na experiência brasileira nas conjunturas de intensas mudanças políticas nesse país, demonstrando que o embate sobre o regime político brasileiro se traduz no enfrentamento sobre os elementos fundamentais dessa categoria e de conceitos tipicamente modernos – soberania, povo, etc. (PAIXÃO, 2014).

Esse fato se apresenta como verídico se levarmos em conta a disputa pela passagem do tempo no processo constituinte de 1987, que se materializou também na dicotomia entre institucionalização ou superação do regime de 1964 permeada em todo o referido processo constituinte (PAIXÃO, 2014). Também os movimentos político imediatamente anteriores à deflagração do golpe de 1964, bem como a cuidadosa utilização desses conceitos pelo regime ditatorial inaugurado pelo mencionado golpe para legitimar a suposta revolução inaugurada e a também meticulosa instrumentalização dessas categorias pela oposição para revelar a sua ausência de legitimidade (PAIXÃO, 2014), apontam no mesmo sentido. A latência desse poder permite também a intensa discussão que se tomou no Chile sobre a convocação de uma nova Assembleia Constituinte (PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, 2015; BARRIENTOS, 2014) na qual a dialética entre permanência e mudança também se desenvolve nas formulações teóricas e nas movimentações política do país.

É comum na teoria constitucional (ARATO, 1997; CHUERI; GODOY, 2010; GARGARELLA; COURTIS, 2009) enxergar a longevidade das constituições como uma qualidade a ser buscada por todas as democracias do mundo. Isso, em grande medida, por alguns teóricos enxergarem o constitucionalismo como uma garantia de estabilidade ou de mudança com segurança (MAGALHÃES, 2014). Frente a isso, a latência do poder constituinte é negada para assegurar a estabilidade da ordem constitucional vigente através de mecanismos teóricos que reconhecem a capacidade da soberania popular se manifestar apenas por procedimentos estabelecidos pelo texto constitucional. Mesmo com essa forte tendência teórica em deslegitimar a manifestação do poder constituinte fora da ordem constitucional, a realidade jurídico-política do mundo demonstra que o tempo médio de vida de constituições alcança apenas 19 (dezenove) anos (PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, 2015), o que depõe para a latência do poder constituinte e da dialética entre mudança e permanência.

O poder constituinte se manifesta, sobretudo, nessa dialética entre permanência e mudança dos processos políticos concretos que por vezes resultam, como defende alguns (CHUERI; GODOY, 2010; GARGARELLA; COURTIS, 2009), na manutenção e cumprimento de princípios e regras estabelecidos na ordem constitucional, mas também na

superação do estabelecido através da decisão política coletiva gerada pelas ações estratégicas da *hiper-potentia* (DUSSEL, 2002). A dialética fundamental do constitucionalismo – permanência e mudança – mesmo em um constitucionalismo como o moderno centrado no Estado, se apresenta no processo histórico. Afinal, os elementos capazes de dar legitimidade a um Estado constitucional – o procedimento fundamentado na soberania e o conteúdo justo de garantidor da dignidade humana – são questões abertas e sujeitas aos dissensos gerados pelos conflitos entre grupos e classes sociais (FERNÁNDEZ, 2012). Sendo assim, a própria legitimidade do Estado constitucional é uma questão aberta e plural e objeto de disputa entre aqueles que compõem a política. Ela se traduz em um processo social aberto em curso (FERNÁNDEZ, 2012). Desses fundamentos disputáveis emerge a dialética entre permanência e mudança.

No processo histórico, as movimentações do polo da permanência ou da mudança se justificam e constituem sua legitimidade. Essa passa também pelo cumprimento de ritos, ora estabelecidos pela ordem constitucional, ora extraídos da dimensão normativa da democracia que contribui para a possibilidade de formações de consensos da comunidade e impedem a manifestação autoritária do poder constituinte (COSTA, 2005). Em adição a isso, as demais determinações constitutivas do poder político propostas pela filosofia da libertação, de fato, constroem os seus critérios de justificação. Esses ritos a serem cumpridos pela manifestação do poder constituinte, por isso, guardam intensa relação com o contexto político. Para essa conclusão aponta o fato de que já se foi aceitável que as produções constitucionais fossem realizadas por comissões de especialistas; e, em sentido contrário, hoje, principalmente com o fortalecimento de regimes democráticos, essa hipótese tem sido reportada a características autoritárias do processo. Razão pela qual, nos últimos 15 (quinze) anos, a maioria dos países que passaram por grandes mudanças constitucionais adotaram a Assembleia Constituinte ou Congresso Constituinte como meios de construção constitucional (PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, 2015).

Sendo assim, há um processo de transformação da noção sobre o poder constituinte. Se, no passado, era teoricamente aceitável a manifestação autoritária do poder constituinte que relegava ao povo na produção da nova ordem constitucional um papel passivo³¹ ao diferenciar

³¹ Para Ferreira Filho (2014), o povo tem uma titularidade passiva do poder constituinte. A manifestação desse poder estaria condicionada à existência de uma elite capaz de substituir o povo no exercício do poder e de propor uma organização do poder político. Para ele, esse exercício poderia tanto ser delegado pelo povo como também através da autopromoção dessa elite como responsável por elaborar de uma organização política. É fato, portanto, que essa concepção não tem a menor preocupação com a legitimidade do processo de construção constitucional o que acarreta que esta não representa um ato da soberania popular.

a titularidade desse poder do seu exercício, mas um papel ativo no cumprimento do seu texto (FERREIRA FILHO, 2014), hoje, já se tornou inconcebível que a ativação do poder constituinte não se dê de forma democrática (COSTA, 2005). Isso motiva as formulações de que a deliberação por referendo do novo texto constitucional é uma exigência para a sua legitimidade formal e que a Assembleia Constituinte e o referendo constituinte é um binômio insubstituível que assegura a força do consenso em torno da ordem vindoura (BONAVIDES, 2010). Há, inclusive, quem defenda que a cláusula legal, mesmo inserta na constituição, que permita alteração da constituição pelo poder constituído sem qualquer mecanismo de consulta ao titular do poder constituinte, o povo, está maculada por um déficit de legitimidade (DALMAU, 2014). A mudança aqui demonstrada não é só teórica, mas também de práxis, como revela a disputa no processo constituinte de 1987 no Brasil pela construção pelo povo da nova ordem constitucional que se projetou no enfrentamento sobre a forma da nova constituinte e impediu a elaboração do novo contexto por uma comissão³² sem qualquer vínculo de legitimidade com a soberania popular (BONAVIDES, 2010). Essa transformação teórica decorre da dimensão normativa da democracia que exige uma maior capacidade de gerar consensos em torno das decisões da comunidade política.

A compreensão de tal fato se dá na análise do Direito em meio ao processo histórico, na dinâmica real, concreta do poder constituinte. Em resumo: a) o poder constituinte não obedece a procedimentos pré-estabelecidos pela ordem; b) sua manifestação, enquanto momento, se dá em determinadas conjunturas em que se é possível realizar transformações na organização da sociedade; e c) a manifestação do poder constituinte, que pode se dar por uma assembleia constituinte, tem sua legitimidade no próprio processo que a forja e não se enquadra em categorias da constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Por fim, seu terreno não é das categorias normativas ou da ordem estabelecida. É outro. Mais complexo. O da totalidade da realidade social. Finalmente, para um constitucionalismo da libertação, o poder constituinte é a legítima manifestação da potência constituinte do povo na produção ou modificação de uma ordem constitucional, a síntese da dialética entre permanência e mudança que emerge do processo histórico.

³² A transformação dos elementos legitimadores do poder constituinte pela consolidação da dimensão normativa da democracia que exige participação popular no processo deliberativo fez com que a experiência brasileira de 1987 frustrasse a tentativa de elaborar o texto constitucional por comissão de notáveis. Essa dimensão normativa ganhou corpo com a apropriação popular da bandeira da constituinte, o que fez dela um tema de grandes manifestações, colóquios, trabalho de base de movimentos sociais (SILVA, 2007). Sendo assim, a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, nomeada pelo então presidente da república com a função de elaborar um anteprojeto, participou do processo constituinte apenas influenciando de forma secundária o processo deliberativo (SILVA, 2007).

4.3 A constituinte temática e a práxis legitimadora

Temos até aqui uma conclusão relevante para o nosso problema de pesquisa: o poder constituinte tem sua manifestação e seus elementos legitimadores auferidos no próprio processo histórico. Em que pese parecer óbvia, em um cenário teórico que temos, fruto do constitucionalismo moderno que trata de fazer uma análise meramente normativa do fenômeno em questão (ao submeter ao cumprimento de procedimentos da ordem constituída ou, quando muito, condicionar a sua manifestação a determinados acontecimentos históricos como o genérico termo de “ruptura” ou “revolução”) e nada concreta sobre ele, é necessária essa constatação.

A tônica das respostas teóricas dadas ao movimento constituinte, como resta exemplificado na introdução desse trabalho, em face da tese de realização de uma assembleia constituinte temática sobre a reforma política, ronda sempre a perspectiva do constitucionalismo moderno – como o enquadramento nas categorias da constitucionalidade ou inconstitucionalidade, ou da investigação sobre um momento de ruptura³³ – havendo pouco espaço para auferir o processo de criação de legitimidade do movimento constituinte. Essa busca pelo momento de ruptura também gera uma perspectiva normativista para o estudo do fenômeno do poder constituinte e se justifica pela associação entre o poder constituinte e o paradigma moderno de revolução como superação violenta de toda a ordem anterior (ARATO, 2000). A concepção de poder constituinte como ruptura radical encontra esse fenômeno apenas em grandes revoluções de paradigma moderno (CABALLERO, 2008), interessando mais a ela o cumprimento de etapas revolucionária de manifestação desse poder e pouco o processo de criação de legitimidade do momento e do processo constituinte. Essa noção de poder constituinte como fruto do ato revolucionário de ruptura inspirou a utilização dessa categoria nos atos institucionais do Regime Militar de 1964 no Brasil como legitimador dos atos de exceção da ditadura instaurada (PAIXÃO, 2014). Essa práxis constitucional de vincular mudanças constitucionais totais com grandes rupturas com o regime político, no entanto, tem

³³ O fetiche pela ruptura no momento constituinte chega ao ponto de haver quem defenda que a Constituição de 1988, que instaurou o Estado Democrático de Direito em face do verdadeiro Estado de Exceção da ditadura militar, não nasceu da manifestação do poder constituinte por não ter havido ruptura. Esse entendimento se fez presente nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.105-8, do Distrito Federal. Cf. COSTA, Alexandre Bernardino. **Desafios da teoria do poder constituinte no estado democrático de direito**. 2005. 255 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005.

se alterado. Estando hoje a maioria dessas reformas relacionada com a simples opção da comunidade política de realiza-las.

[...] Além disso, enquanto em grande parte do século XX as mudanças constitucionais totais estavam ligadas quase que exclusivamente às mudanças de regime político produzidas por guerras civis, intervenções estrangeiras, levantes populares ou colapso institucional, hoje tem aumentado o número de democracias que decidem promover processos de mudança constitucional sem que isso seja ligada à mudança de regime (como nos casos da Islândia e da Colômbia) [...] (PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, 2015, p. 56, tradução nossa).

Esse problema ganha outra dimensão quando levamos em conta que a modernidade, e, por consequência, o seu constitucionalismo, tem forte tendência eurocêntrica e que, nas suas formulações, não há qualquer preocupação com as particularidades latino-americanas, e, principalmente, da periferia como problema teórico. Isso se reflete no conteúdo dos textos constitucionais que, desde o processo de independência da América Latina revolucionário “[...] redigiram-se soberbas constituições, de cunho europeu ou norte-americano, estabelecendo os três poderes de Montesquieu em províncias esfarrapadas erguidas como ‘nações’, que até careciam de burguesia [...]” (RAMOS, 2012, p. 358); na quase inexistente discussão sobre o caráter de desobediência civil, anti-hegemônico e negativo quanto ao constituído do poder constituinte tão presente nos movimentos que inauguraram o poder constituinte na América Latina (RAMOS, 2012); e no não reconhecimento da manifestação do poder constituinte em alguns momentos constituintes, como no congresso constituinte de 1987 no Brasil, por não encontrar sinais de rupturas.

[...] qual é, então, a tese teórica que, em relação ao poder constituinte, Dussel sustenta? A formação do poder constituinte acompanha os momentos críticos da ética, agora aplicados no campo político: a ação política libertadora, revolucionária ou transformadora, então, é antecedida pela factibilidade do evento constituinte, que, por sua vez, está sobredeterminado pelo consenso formado entre as vítimas do sistema político vigente. A relação com o poder constituído é tensa e inesgotável, como a de uma dialética que nunca encontra síntese: num primeiro momento, as instituições atendem as reivindicações populares, permitindo a produção, reprodução e aumento da vida dos cidadãos, mas, ao longo do tempo, tendem a fetichizar-se, formando uma totalidade sobre si mesma, que exclui, oprime, vitimiza uma parte dos cidadãos. Fechando-se à vontade constituinte, tornando-se fundamento de si mesmo, o poder antes obediencial se torna dominação, violência, irracionalidade. O poder constituinte inicialmente se apresenta como a força que constitui e imprime legitimidade às instituições, antes de ser domado e reprimido pelo poder constituído, num processo de fetichização institucional inevitável. (MADRUGAL, 2008, p. 103-104).

O poder constituinte engendra uma relação tensa com o poder constituído. O que pode ser verificado na produção teórica do constitucionalismo moderno que, em face da fetichização

do constituído, tenta explicar aquele sempre em função deste. Em um momento originário, “o poder instituinte se torna constituinte, e a sociedade instituída promulga uma constituição, que estrutura a diferenciação do poder político e atribui a parcela de poder das diversas instituições políticas” (DUSSEL, 2009, p. 205, tradução nossa), por sua vez, o poder constituinte pode se manifestar na crise do constituído em face da interpelação do sujeito coletivo conjuntural, o povo, da *hiper-potentia*, da sua capacidade de alterar a institucionalidade e do poder instituinte gerado pela *hiper-potentia*. Com esse fim, pode atuar grandes manifestações de rua que, ao construírem uma hegemonia³⁴, tem a possibilidade de colocar na agenda política do país a necessidade da mudança constitucional (PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, 2015).

Sendo assim, a titularidade do poder constituinte sempre é de uma coletividade intersubjetiva, seja da comunidade política – a *potentia* – que inaugura a ordem, ou do povo, o sujeito que se funda em um momento conjuntural de crise. Por sua vez, o momento constituinte nasce da manifestação do poder constituinte em um momento de crise do constituído que não necessariamente se dá em uma ruptura absoluta com a ordem anterior, uma vez que a disputa sobre a passagem do tempo se realiza no processo constituinte inaugurado pela perda de legitimidade do sistema político vigente.

É preciso reconhecer que o momento constituinte, que passa necessariamente por um momento negativo de negação da ordem estabelecida, não é regulado pelo texto constitucional que ele depõe. Nesse diapasão, evidentemente, tentar submetê-lo a procedimentos dispostos na Constituição é querer mediar o poder constituinte pelo já constituído. Por isso, qualquer momento constituinte, assim como o defendido pelo movimento pela Assembleia Constituinte temática sobre a reforma política, se torna possível não pela adoção de certos procedimentos que asseguram sua constitucionalidade. A questão que deve ser posta é tão somente quanto à sua legitimidade, afinal, não há processo de mudança que possa ser validamente iniciado sem legitimidade (JIMÉNEZ, 2013). Essa categoria é perquirida não no âmbito do ordenamento positivado, que lhe asseguraria apenas uma presunção de legitimidade, mas da totalidade da realidade social, especialmente na interseção em que essa categoria se encontra: entre o campo do Direito e o campo da Política.

³⁴ A necessidade de conquista de hegemonia social para se dar legitimidade a uma agenda de grande transformação constitucional se projeta na elaboração teórica de José Afonso da Silva (2007) sobre a transmutação da “[...] *vontade política do povo capaz de constituir* o Estado por meio de uma constituição” (SILVA, 2007, p. 68, grifos do autor) em vontade social no sentido de que a agenda deve conquistar apoio popular para ganhar legitimidade.

A legitimidade de um momento constituinte tem unicamente o povo como fonte de justificação. Essa legitimação, em um processo concreto, entra em tensão com o da legalidade e, por isso, a própria formulação teórica sobre a impossibilidade de uma assembleia constituinte em face das regras procedimentais postas integra a disputa de legitimidade de hegemonia travada no seio do processo histórico. A legitimidade ou ilegitimidade nasce da síntese dessa disputa descrita pelo esquema da política da libertação e do direito achado na rua, uma vez que “[...] a legitimidade do direito é construída no processo histórico, e nisso não há garantias, sempre há a possibilidade, o risco, de o discurso jurídico aparentemente fundado na justiça trazer consigo, ao invés de democracia, o arbítrio” (COSTA, 2005, p. 208).

A questão da legitimidade aparece como relevante na formulação de poder constituinte como decisão da comunidade política proposta por Schmitt ao reconhecer a necessidade de que o povo, o titular desse poder, se identificasse com a sua manifestação nos processos de construção constitucional (ARATO, 1997). Essa investigação sobre a legitimidade de um processo constituinte é o centro das reflexões de Andrew Arato (1997). Seu intento é o de acabar com as análises que utilizam modelos ideias como padrões de construção constitucional, tratando, portanto, de encontrar princípios que devem estar presentes na produção de uma nova constituição (ARATO, 1997). As conclusões de Arato clarificam que não tem como a ordem estabelecida impedir o processo de mudança constitucional se certos princípios são levados em consideração no momento constitucional.

A experiência da Uganda de mudança constitucional de 1995 evidencia a relevância da legitimidade para os processos constituintes: primeiramente o presidente nomeou uma comissão responsável por elaborar o texto constitucional, no entanto, no decorrer do processo, depois de 4 (quatro) anos de trabalho da Comissão, ela concluiu pela necessidade de uma assembleia constituinte em que a população do país votasse diretamente a sua composição (PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, 2015) em virtude da carência de legitimidade de um processo de construção constitucional guiado por uma comissão de notáveis.

Outro ponto que emerge da discussão sobre a legitimidade de um momento constituinte é dos seus limites. Especialmente no que se refere possibilidade de uma constituinte temática, esse assunto é dos mais caros. Afirma-se que todo poder constituinte originário é ilimitado e não pode ser restrito a determinado tema³⁵. Essa tese tem fundamento em uma concepção de

³⁵ Como pode ser visto nas manifestações de teóricos sobre o tema ao longo do trabalho, essa é a questão mais controversa sobre o tema, sendo ela o principal alvo dos juristas que se manifestaram contrários à possibilidade da Assembleia Constituinte temática.

Direito que cria realidade, e, sendo o poder constituinte instaurador de um novo ordenamento, ele é portanto, autônomo, o que justifica, inclusive, a implantação de regimes autoritários.

[...] 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, compartilhada 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 ditadura (COSTA, 2006, p. 38-39)

Realmente, em face do poder constituinte ser fruto de um momento negativo do sistema estabelecido, ele não encontra limites na ordem constituída nem em seu ordenamento constitucional. No entanto, é preciso reconhecer que a realidade material, o movimento político que o institui, e, principalmente, o consenso crítico que forja o povo em luta, lhe impõem barreiras, sob pena de cairmos em um idealismo extremo de que o direito tudo pode e não enxergarmos o seu caráter concreto e fronteiro entre o Direito e a Política. É evidente que o movimento constituinte que forja o momento constituinte e toda a realidade social que o envolve determinam até onde pode ir a mudança promovida por esse poder, pois sua manifestação é concreta. Se o fenômeno jurídico, como afirma a teoria lyriana (LYRA FILHO, 1995), é a síntese de todo o processo global realizado na história que envolve infra-estrutura internacional, infra-estrutura nacional, formas de controle global e atividades anômicas, entre outros elementos, é essa síntese da dialética que funciona como vetor da história responsável por estabelecer os limites do poder constituinte.

No processo constituinte estão presentes mudanças em elementos não jurídicos no sentido estrito do termo, ou seja, que não se referem a normas, como também a elementos jurídicos (PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, 2015). Isso significa dizer que dentro desse processo há um momento de mudança que se relaciona com as forças políticas que tentam fazer entrar na agenda política a necessidade de mudanças constitucionais. Este momento pode se dar por várias razões “[...] como a derrota de um regime ditatorial, o surgimento de um movimento de independência nacional, ou uma crise econômica, entre outras coisas [...]” (PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, 2015, p. 10) e se concretiza no questionamento da ordem vigente por um ator

coletivo. Do elemento não jurídico faz parte uma inter-relação de forças políticas de enfrentamentos e produção de acordos sobre a proposta de mudança constitucional. Essas forças disputam e acordam temas em torno dos objetivos e alcances da nova construção constitucional. Dessa relação política nascem os principais limites ao processo constituinte.

O elemento jurídico das mudanças tem manifestação em dois estágios: a) um anterior do momento constituinte propriamente dito; b) outro de produção do novo ordenamento constitucional. Aquele nasce dos acordos e disputas travados no momento não jurídico do processo constituinte em que são definidas as principais regras procedimentais³⁶ de construção na nova ordem constitucional (PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, 2015). Essa etapa tem enorme relevância para o grau de legitimidade que a nova ordem alcançará mormente se o processo de mudança se dá por meios não descritos na ordem vigente.

A tese de que o poder constituinte originário não permite a existência de limites representa uma tentativa de que a realidade se adeque às abstrações teóricas³⁷, e não o contrário. Esse mecanismo é claramente marcado pela inversão da ideologia uma vez que produz a teoria completamente desligada da *práxis* jurídica³⁸. Em verdade, a totalidade das manifestações do poder constituinte é limitada por barreiras fluidas que estão sujeitas a serem alteradas no curso de um processo constituinte.

A possibilidade ou não de uma constituinte temática será demonstrada na disputa político-jurídica que já se estabelece no centro do processo histórico, assim como ela tornou possível o surgimento do poder constituinte na *práxis* político-constitucional do ocidente e forjou textos constitucionais com pretensão normativa. Pois, segundo a própria *práxis*

³⁶ Na nossa experiência constitucional do processo constituinte de 1987 é evidente esse momento de elaboração prévia de novas regras para a construção da nova ordem constitucional que não se limitam ao já estabelecido. A intensa discussão sobre a forma de elaboração da constituição de 1988 é um exemplo disso, bem como a defesa de José Afonso da Silva (2007) de reformas pré-constituintes que induziriam à consolidação da situação constituinte e a elaboração de uma constituição legítima. Para ele, era necessária a democratização das normas sobre os partidos bem como a invalidação das regras que impediam o livre exercício da opinião e a eleição direta para o chefe do executivo (SILVA, 2007). O estabelecimento de regras prévias sobre a realização de uma constituinte, no entanto, não significa o enquadramento do constituinte ao já estabelecido, mas apenas um acordo entre os agentes políticos de normas que tanto assegurem a possibilidade de disputa por todos os atores e atrizes bem como permitam que todos saibam que está se preparando uma nova constituição (DALLARI, 1984).

³⁷ É claramente perceptível esse posicionamento teórico de tentar fazer a realidade se adequar às formulações teóricas na entrevista concedida pelo atual ministro do STF Luís Roberto Barroso ao TV Migalhas já mencionado na introdução do presente trabalho. Cf. TV MIGALHAS. **Entrevista Luís Roberto Barroso (constituinte exclusiva)**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ipaYn19QrMw>>. Acesso em: 03 set. 2014.

³⁸ Essa constatação fez o Ministro Luís Roberto Barroso voltar atrás acerca de sua declaração sobre a impossibilidade jurídica da constituinte parcial, em que pese manter sua posição contrária à sua realização. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Para Barroso, reforma política pode ser feita por Constituinte com limites**. Brasília, 25 jun. 2013, G1. Entrevista concedida a Nathalia Passarinho. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/06/para-barroso-constituinte-poderia-ser-exclusiva-para-reforma-politica.html>>. Acesso em: 21 set. 2015.

constitucional, é no processo histórico que todos os elementos que compõem o poder constituinte (titularidade, limites, forma) são definidos.

5 CONCLUSÃO

A categoria central do presente trabalho, o poder constituinte, aparece como fenômeno no processo histórico concreto. Razão pela qual os seus elementos constitutivos só são definidos e apenas podem ser compreendidos se investigados como processo constituinte que congrega fatores não jurídicos em sentido estrito e propriamente jurídicos. Desse modo, a categoria em análise representa uma fronteira entre dois campos: Direito e Política. Seu sujeito, sua temporalidade, sua legitimidade, e, sobretudo, seu projeto emergem da práxis jurídico-política do processo histórico. Por sua vez, as constituições tem existência histórica e, por isso, a produção e a longevidade destas, seus sentidos, e adesão a elas de tem relação com as circunstâncias político-sociais em que elas se fazem concretas. Dessa forma, a ordem constitucional é passível de mudanças pontuais ou totais caso os sujeitos que a legitimam assim decidam.

Logo, as forças reais existentes na comunidade política, e a correlação de forças dada na conjuntura, são responsáveis por conformar a ordem constitucional. O poder capaz de construir o sistema político e jurídico surge das relações travadas na produção das condições de existência da humanidade, se ergue da produção da história pelas ações dos homens e das mulheres. São dessas interações que o texto e a construção constitucional recebem ou não legitimidade.

No entanto, o constitucionalismo moderno, ao pôr em movimento o mecanismo de fetichismo do constituído através da perpetuação de sua fase termodoriana, inverte a realidade social fazendo com que o determinado apareça como determinante, ou seja, aquilo que é determinado pelas interação concreta das forças sociais – a produção e a construção de sentido da ordem constitucional – aparece nas formulações como determinante da realidade político-jurídica. Essa operação é facilmente perceptível na formulação teóricas desse constitucionalismo sobre o poder constituinte na sua tentativa de enquadrá-lo sempre à ordem estabelecida através de análises normativistas sobre ele. Esse mecanismo se manifesta na utilização de categorias que se referem unicamente à legalidade (constitucionalidade ou inconstitucionalidade da mudança constitucional), ou na utilização de modelos abstratos de “ruptura” ou de modelos ideais de construção constitucional. As formulações do constitucionalismo moderno sobre esse poder implicam na incapacidade dessa ciência de compreender esse fenômeno em sua dimensão concreta e de perceber no processo histórico as reais determinações de um momento constituinte.

Esse constitucionalismo relega à teoria constitucional um papel normativista de estabelecimento de procedimentos formais ou etapas materiais a serem cumpridas por esse

poder. Por isso, a teoria se torna incapaz de explicar o fenômeno real que se revela na dialética social do direito. O que coaduna com as inconsistências das respostas teóricas ao movimento constituinte que defende a realização de uma Assembleia Constituinte temática da reforma do sistema político no Brasil. Estas se resumiram: a) na declaração da inconstitucionalidade da proposta por não seguir procedimentos dispostos na ordem constitucional; b) na impossibilidade de estabelecer limites prévios ao exercício do poder constituinte; c) na inexistência de um momento de ruptura na conjuntura política; e d) no argumento de que ordens constitucionais exigem a longevidade de seus textos, tese essa que não encontra reverberação nos fatos.

Vimos que no processo histórico se manifesta uma tensão entre permanência e mudança que se projeta na contradição entre constitucionalismo e as pretensões de mudanças da política constitucional. O constitucionalismo é resultado dessa dialética entre forças e movimentações políticas que apontam ora para a permanência, ora para a mudança. Dessa interação de forças participam também as formulações científicas do constitucionalismo. Estas atuando como freios ou propulsores de processos de transformações quando se ligam às atividades políticas de sujeitos coletivos. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno, ao produzir a inversão entre constituinte e constituído, põe em ação um projeto de reduzir a potência constituinte em benefício da permanência.

A tensão entre permanência e mudança foi capaz de forjar a noção de poder constituinte fazendo-a surgir no léxico político moderno a partir da práxis das revoluções burguesas liberais. A categoria de poder constituinte surge na história política como elemento legitimador de grandes mudanças, como um instrumento capaz de produzir o inédito através da ação de um sujeito coletivo, de uma comunidade política. Esse poder é contrapoder, ou seja, faz parte de seu núcleo fundamental uma dimensão contestatória do estabelecido que advém da capacidade da comunidade política de alterar a forma de organização e exercício do poder. Através desse poder, a modernidade, por meio das lutas nacionais travadas no seio das revoluções liberais, pôs em cheque a ordem estabelecida e fundou a noção de constituição política com pretensão normativa capaz de impor limites ao exercício do poder constituído. A sua ativação se deu sem qualquer formalismo. Sendo baseada a sua legitimidade unicamente no consenso crítico da comunidade política crítica, o que fez surgir experiências variadas de construções constitucionais centradas no autogoverno.

A experiência brasileira de 1986 ajuda-nos a dimensionar como esse poder tem intrínseca relação com o contexto político social de sua manifestação. Todos os elementos desse poder – legitimidade, projeto, significado e forma – se definem a partir do processo histórico

que o legitima. O momento constituinte em questão se legitimou a partir da potência constituinte do povo, das manifestações de rua, das movimentações de diversos setores da sociedade brasileira quando estes resolveram que era hora de repensar as estruturas do país. O processo que produziu a Constituição Federal do Brasil de 1988 se deu por procedimento não previsto na ordem constitucional vigente. No entanto, construiu sua justificação em acordos institucionais e mobilizações políticas que se iniciaram na campanha das “Diretas Já”. Finalmente, a construção constitucional de 1987 encontrou sua via formal na edição da Emenda Constitucional nº 26 (vinte e seis) de 27 de novembro de 1985. Em todo o processo de produção da nova constituição do Brasil, os elementos fundamentais do poder constituinte estiveram em disputa, está se projetou também no embate sobre a forma de realização da grande mudança constitucional.

O processo constituinte brasileiro de 1987 revela o caráter limítrofe entre Direito e Política do poder constituinte ao demonstrar que a sua titularidade, o seu significado e a sua forma estão sujeitos à disputa que se manifesta no processo histórico concreto. Nele se revelou embates entre elementos centrípetos e centrífugos que engendram uma dialética entre permanência e mudança que aparece de forma transversal em todo o processo constituinte.

Homens e mulheres tem a capacidade de superar tudo que é capaz de lhes condicionar através de suas ações. Por isso, produzem sua libertação no processo histórico e podem pôr em questão as estruturas das sociedades em que vivem. Por sua vez, o constitucionalismo, ao tentar impor certo imobilismo à estrutura constituída, termina por negar a possibilidade de libertação e por produzir uma cisão entre Direito e processo histórico uma vez que o nega como processo. Dessa forma, é preciso incorporar à análise do constitucionalismo categorias teóricas que permitam conceber o surgimento do inédito e da novidade, e que relacionem a formação da ordem constitucional com os momentos constitutivos do sistema político em face da interseção entre esses dois campos que se manifesta na Constituição política e na sua produção. Esse giro epistemológico que permite integrar ao constitucionalismo a dialética entre permanência e mudança capaz de engendrar o poder constituinte é possibilitado com a utilização de noções da filosofia da libertação e do direito achado na rua.

A manifestação concreta do poder constituinte impõe a ele limites materiais e formais que surgem das interações entre forças sociais (em esfera nacional e internacional) no processo histórico. Em verdade, o poder constituinte vê delimitar sua forma e seu conteúdo nos acordos e disputas que fazem surgir o momento de grande mudança constitucional. No ação de colocar na agenda política a mudança constitucional como exigência, ou seja, na construção da hegemonia, os movimentos constituintes vão delimitando o seus elementos essenciais.

Esses limites se manifestam em dimensões materiais, no sentido de projeto e alcance das mudanças – nessa dimensão se inclui a disputa pela passagem do tempo que se realizou no processo constituinte de 1987 ; e em uma dimensão formal na construção das normas que devem ser seguidas na produção da nova constituição – a) se necessitará passar por alguma consulta popular referendando ou autorizando a construção constitucional; b) como serão escolhidos os formuladores e formuladoras da nova ordem constitucional; c) quais os mecanismos de tomada de decisão do órgão constituinte, etc. Essa constatação mina o principal impeditivo teórico da realização de uma constituinte temática: a de que é impossível conceber uma constituinte que seja limitada a um tema específico, ou seja, de que o movimento constituinte imponha a si, de início, limites de conteúdo.

De fato, o poder constituinte não encontra limites na ordem constitucional vigente. Mas, se sua manifestação repousa na decisão de uma comunidade política crítica, no consenso crítico na *hiper-potentia*, nela ele encontra os seus principais limites. Dessa forma, se, no ato de ativação do poder constituinte, esse sujeito coletivo decide que ele se restringirá a um tema, impondo uma barreira à ruptura com os elementos fundamentais da ordem constitucional anterior, assim o será. Porém, esses limites tem natureza fluida, afinal, são produzidos pela interação entre forças sociais que podem ser alteradas no movimento mesmo do processo histórico.

O poder constituinte encontra sua titularidade sempre em um sujeito coletivo que se constitui e se define na história. A categoria povo representa uma fratura no tecido social através de um consenso crítico que permite construir a titularidade para exercício desse poder. O povo se apresenta como fenômeno em conjunturas críticas, ou seja, é um sujeito coletivo conjuntural que congrega setores que não veem suas necessidades supridas pelo sistema vigente e constroem uma estratégia para ver suas reivindicações atendidas. Esse sujeito é capaz de ativar o poder constituinte com o objetivo de reestruturar a organização e o exercício do poder quando disputa e consolida uma hegemonia em torno dessa pauta.

A dialética entre permanência e mudança que se manifesta no processo histórico é um elemento constitutivo e constituinte do poder constituinte. Ou seja, sua ativação e existência nascem da sua síntese e, em sentido inverso, ele engendra essa relação dialética através das forças sociais que reivindicam sua titularidade. Através dela, o poder constituinte se faz latente no processo histórico, o que assegura a permanência da possibilidade de seu exercício como uma questão aberta, mesmo sob a existência de uma ordem constituída. Isso graças à capacidade da comunidade política de decidir sobre a organização e exercício do poder.

Essa latência e a natureza contestatória do poder constituinte permitem que grandes mudanças constitucionais sejam feitas com procedimentos não estabelecidos pela ordem vigente. As experiências concretas de construção constitucional no continente latino-americano e pelo mundo revelam essa tendência de realização de grandes mudanças constitucionais por instrumentos não previstos na ordem, sustentadas apenas no acordo político surgido na disputa para criação de uma nova ordem. Desse modo, mesmo não havendo previsão constitucional nesse sentido, é possível sim a realização de uma mudança no sistema político do Brasil através da ativação do poder constituinte com a convocação de uma constituinte temática.

No entanto, a factibilidade só pode ser construída na disputa político-jurídica que se estabelece no processo histórico da qual fazem parte as formulações dos teóricos do direito constitucional. O que se apresenta como problema para um momento constituinte não é o da sua legalidade mas sim o da sua legitimidade. Para um movimento constituinte que propõe mudanças constitucionais por procedimentos não previstos na ordem vigente é imposto um ônus de justificação maior por este não contar com a presunção de legitimidade que a legalidade assegura. No entanto, o critério de legitimidade, sobretudo do poder constituinte, não é apenas a constituição vigente, mas sim a totalidade da realidade social, a dialética entre permanência e mudança do processo histórico concreto. Essa legitimidade perpassa necessariamente pela construção de hegemonia da bandeira favorável a uma nova ordem constitucional, ou seja, pela capacidade dos agentes políticos do movimento constituinte de consolidar na agenda política do país a necessidade de uma nova construção constitucional.

Por fim, resta à teoria constitucional compreender como se constrói a legitimidade de um processo constituinte pela ativação do poder constituinte. Para essa resposta, a aplicação de princípios pré-definidos para sua verificação (ARATO, 1997) repete uma perspectiva normativista sobre o poder constituinte e não se dedica a compreender a interação entre as forças sociais que engendram a dialética entre permanência e mudança e constroem a legitimidade dos processos. Em verdade, solucionar esse problema exige uma investigação sistemática sobre a história de alguns processos constituintes contemporâneos representativos das suas respectivas “ondas constitucionais” (GARGARELLA, 2015), fazendo, portanto, um estudo comparado entre eles, o que permitiria, finalmente, encontrar os elementos concretos que produzem a legitimidade de um processo de construção constitucional.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**. O poder soberano e a vida nua I. 2. Ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ALMEIDA, Ana Lia; EFREM FILHO, Roberto. A (in)disponibilidade democrática. In: RIBAS, Luiz Otávio (org.). **Constituinte exclusiva**: um outro sistema político é possível. São Paulo: Expressão Popular, 2014.

ARATO, Andrew. **Civil society, constitution, and legitimacy**. New York: Rowman & Littlefield, 2000.

ARATO, Andrew. Construção constitucional e teorias da democracia. **Lua Nova**, São Paulo, n. 42, p. 5-52, 1997.

ARTURI, Carlos S. O debate teórico sobre a mudança do regime político: o caso brasileiro. **Revista de sociologia e política**, n. 17, nov. 2001.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira**: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil. Brasília: Câmara dos deputados, 2012.

BARRIENTOS, Francisco Soto. Asamblea constituyente: La experiencia latino-americana y el actual debate en Chile. **Estudios Constitucionales**, n. 1, p. 397-428, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova**, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 24 nov. 2016.

BERCOVICI, Gilberto. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n88/a10n88.pdf>>. Acesso em 17 out. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e constituição**: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BORDIEU, Pierre. La force du droit: Éléments pour une sociologie du champ juridique. **Actes de la recherche en sciences sociales**, [s.l.], v. 64, n. 1, 1986, p. 3-19.

CABALLERO, Santiago Berríos. **Poder constituyente en Bolivia**. La paz: Producciones graficas AVC, 2008.

CARVALHO NETTO, Menelick. Temporalidade, constituição de democracia. **Humanidades**, n. 58, jun. 2011.

CHAUÍ, Marilena. Crítica e ideologia. In: CHAUÍ, Marilena. **Cultura e democracia**: o discurso competente e outras falas. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

CHAUÍ, Marilena. **Simulacro e poder**. São Paulo: Perseu Abramo, 2006

CHUERI, Vera Karam; GODOY, Miguel G.. Constitucionalismo e democracia: Soberania e poder constituinte. **Revista Direito GV**, n. 6, p. 159-174, jan./jun., 2010.

CODATO, Adriano Nervo. Uma história política da transição brasileira: da ditadura militar à democracia. **Revista de sociologia e política**, n. 23, nov. 2005.

COELHO, João Gilberto Lucas. O processo constituinte de 1987. In: BASTOS, Vânia Lomônaco; COSTA, Tânia Moreira (orgs.). **Constituinte: questões polêmicas**. Brasília: Universidade de Brasília; Brasília: Centro de Estudos e Acompanhamento da Constituinte, [1988?].

COSTA, Alexandre Araújo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada. **Teoria & sociedade**, Belo Horizonte, n. 19.1, p. 198-227, jan./jun., 2011.

COSTA, Alexandre Bernardino. **Desafios da teoria do poder constituinte no estado democrático de direito**. 2005. 255 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005.

COSTA, Alexandre Bernardino. O desafio do poder constituinte. In: RIBAS, Luiz Otávio (org.). **Constituinte exclusiva: um outro sistema político é possível**. São Paulo: Expressão Popular, 2014.

COSTA, Alexandre Bernardino. Poder constituinte no estado democrático de direito. **Veredas do direito**, Belo Horizonte, v.3, n.5, p. 31-45, jan./jun., 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e constituinte**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

DALMAU, Rubén Matínez; SILVA JÚNIOR, Gladstone Leonel da. O novo constitucionalismo latino-americano e as possibilidades da constituinte no Brasil. In: RIBAS, Luiz Otávio (org.). **Constituinte exclusiva: um outro sistema político é possível**. São Paulo: Expressão Popular, 2014.

DALMAU, Rubén Matínez. El debate sobre la naturaleza del poder constituyente. In: DALMAU, Rubén Matínez (org.). **Teoría y práctica del poder constituyente**. Valencia: tirant lo blanch; Universitat de valencia, 2014.

DEBRUN, Michel. **A “conciliação” e outras estratégias**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

DUSSEL, Enrique. **1492 el encobrimento del otro: Hacia el origen del mito “de la Modernida”**. La paz: Plural editores, 1994.

DUSSEL, Enrique. **20 teses de política**. 1. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

DUSSEL, Enrique. 20 tesis de política. Youtube, 8 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=cqLvkvGSUTY>>. Acesso em 11 dez. 2015.

DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação: na américa latina**. São Paulo: Loyola, 1977.

DUSSEL, Enrique. Pablo de Tarso em la filosofia política actual. In: Dussel, Enrique. **Pablo de Tarso en la filosofia política actual y otros ensayos**. México: San Pablo, 2012.

DUSSEL, Enrique. **Política de la liberación**: arquitectónica. 2. v. Madrid: Trotta, 2009.

DUSSEL, Enrique. **Marx y la modernidad**: Conferencias de la paz. La paz: abrelosojos, 2008.

ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. **O socialismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2012.

ENGELS, Friedrich. “A crítica crítica” na condição de “moinhotenente” ou a crítica crítica conforme o senhor Jules Faucher. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A sagrada família**. São Paulo: Boitempo, 2011.

ESCRIVÃO FILHO, Antonio; et al.. O direito achado na rua: concepção e prática. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (Org.). **O direito achado na rua**: concepção e prática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FAORO, Raymundo. **Assembléia constituinte**: a legitimidade recuperada. São Paulo: Brasiliense, 1981.

FEITOZA, Pedro Rezende Santos. **O direito como modelo avançado de legítima organização social da liberdade**: a teoria dialética de Roberto Lyra Filho. 2014. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília. 2014.

FERNANDES, Florestan. **Florestan Fernandes na constituinte**: leituras para a reforma política. São Paulo: Fundação Perseu Abramo; São Paulo: Expressão popular, 2014.

FERNANDES, Florestan. Sociologia, modernização autônoma e revolução social. In: FERNANDES, Florestan. **Capitalismo dependente**: e classes sociais na América Latina. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

FERNÁNDEZ, Albert Noguera. **Utopía y poder constituyente**: Los ciudadanos ante los tres monismos del estado neoliberal. Madrid: Sequitur, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O poder constituinte. São Paulo: Saraiva: 2014.

FLEISCHER, David. Perfil sócio-econômico e político da constituinte. In: GURAN, Milton (Coord.). **O processo constituinte 1987-1988**. Brasília: AGIL, 1988.

GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo latinoamericano y la “sala de máquinas de la constitución”. **Gaceta constitucional**, n. 48, p. 289-305, 2011.

GARGARELLA, Roberto. Constitutional Changes and Judicial Power in Latin America. In: CITIZENS, CONSTITUTIONS, AND DEMOCRACY IN POST-NEOLIBERAL LATIN AMERICA, 1, 2015, Filadélfia. **Anais...** Filadélfia: PENN, 2015. Disponível em: <<https://www.sas.upenn.edu/dcc/sites/www.sas.upenn.edu.dcc/files/uploads/Gargarella%20-%20Constitutional%20Change.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2016.

GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. **CEPAL – Serie políticas sociales**, n. 153, p. 5-44, 2009.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007.

HARTOG, François. **Regimes de historicidade**: presentismo e experiência do tempo. Belo Horizonte: Autêntica editora, 2013.

JIMÉNEZ, William Ortiz. Los tres nuevos procesos constituyentes en América Latina: los cambios políticos y los sujetos que los impulsan. **Diálogos de saberes**, n. 38, jan.-jun., p. 97-115, 2013.

LOUGHLIN, Martin. **The idea of public law**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

MADRUGAL, Alisson. **Ulisses desatado**: Ensaio sobre a teoria do poder constituinte desde a transmodernidade. 2008. 122 f. Monografia (Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Entendendo o poder constituinte exclusivo. In: RIBAS, Luiz Otávio (org.). **Constituinte exclusiva**: um outro sistema político é possível. São Paulo: Expressão Popular, 2014.

MARINI, Ruy Mauro. Dialética da Dependência. In: SADER, Emir (Org.) **Dialética da dependência**. Uma antologia da obra de Ruy Mauro Marini. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO, 2000.

MARX, Karl. Ad Feuerbach (1845). In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. 1. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. A ideologia alemã. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. 1. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MICHILES, Carlos et al. **Cidadão constituinte**: a saga das emendas populares. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

MONCLAIRE, Stéphane. Democracia, transição e consolidação: precisões sobre conceitos bestializados. **Revista de sociologia e política**, n. 17, p. 61-74, nov. 2001.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?**: A questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max limonad, 2003.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NONÔ, Manuella da Silva. **(Im)possibilidade jurídica de uma constituinte exclusiva para tratar da reforma política**. Brasília: Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, 2014.

PAIXÃO, Cristiano. Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, n. 1, p. 415-458, 2014.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. **Revista del instituto de ciencias jurídicas de puebla**, n. 25, p. 7-29, 2010

PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988**: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

PISARELLO, Gerardo. **Un largo temidor**. Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. **Mecanismos de cambio constitucional en el mundo**: Análisis desde la experiencia comparada. Santiago. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2015.

QUINTAR, Aída. A potência democrática do poder constituinte em Negri. **Lua Nova**, São Paulo, n. 43, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451998000100008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 nov. 2016.

RAMOS, Jorge Abelardo. **História da nação latino-americana**. 2. ed. Florianópolis: Insular, 2012.

ROSA, Harmut. **Social acceleration**: a new theory of modernity. New York: Columbia University press, 2013.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte burguesa**: quest-ce que le tiers état?. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

SINGER, André. Brasil, junho de 2013, classes e ideologias cruzadas. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 97, p. 23-40, nov. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000300003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16 mar. 2016.

TOEDTER, Rene. Poder constituinte (e) poder constituído. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 26, n. 2, p. 229-244, jul./dez. 2010.

TRINDADE, Fernando. Constituinte exclusiva para a reforma política?. In: BRASIL. **Textos para discussão**. n. 80. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2010.