
DESAFIOS DO PODER CONSTITUINTE E DA DEMOCRACIA

Alexandre Bernardino Costa

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Mestre em Direito,
pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Doutor em
Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.*

Luísa de Pinho Valle

Mestranda em Direito pela Universidade de Brasília.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A ideia de uma
subjetividade constitutiva; 2 Considerações finais; 3
Referências.

RESUMO: Poder constituinte é alvo de diversas teorias, porém, há problemas na forma de abordá-lo. Autores como AGAMBEN chegam a afirmar que o poder constituinte originário não mais existe, em contrapartida NEGRI apresenta reflexão de que o poder constituinte é esvaziado pelo constitucionalismo. Duas são as abordagens sobre os limites do poder constituinte: a sua existência ou não e quais seriam os seus limites; e, em que medida o poder constituinte se apresenta como limite contra o arbítrio do poder estatal e da própria sociedade. O direito, o constitucionalismo e a democracia estão em permanente tensão ao longo da história do poder constituinte. Nesse contexto, a biopolítica se apresenta como uma nova perspectiva sobre o tema, pois é imanente à sociedade e cria relações e formas sociais por meio da colaboração, sendo uma abertura para a criatividade. A sociedade contemporânea hipercomplexa e plural exige do direito uma abertura maior para que esse continue a cumprir o processo de uma emancipação social.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Constituinte. Biopolítica. Pluralismo. Multidão.

ABSTRACT: Constituent power is the subject of several theories; however, there are problems in the way of approaching it. While authors like AGAMBEN claim that the original constituent power no longer exists, others like NEGRI suggest that the constituent power is emptied by constitutionalism. There are two approaches on the limits of constitutional power: whether or not it exists, what are its limitations, and to what extent the constituent power presents itself against the arbitrary limits of state power and society itself. Law, constitutionalism and democracy have been in constant tension throughout the history of constituent power. In this context, biopolitics is presented as a new perspective on the subject. Biopolitics is intrinsic to society because it creates social relationships and forms through collaboration, encouraging creativity. Altogether, it is essential to further open the law in order to fulfill the process of social emancipation of a hypercomplex and plural contemporary society.

KEYWORDS: Constitutional Power. Biopolitics. Pluralism. Multitude.

INTRODUÇÃO

A temática do poder constituinte tem sido objeto de reflexão por parte de cientistas políticos, juristas e sociólogos desde a sua concepção, esboçada na prática constituinte norte-americana e elaborada por SIEYÈS¹ no século XVIII, no curso da Revolução Francesa. Teoria de cunho claramente iluminista, afirma a possibilidade de se criar uma ordem jurídico-política *ex novo*, rompendo totalmente com o passado, inaugurando o futuro pelo próprio ato presente da ruptura política.

Porém, para que seja possível problematizar adequadamente o tema é necessário ter-se em mente as modificações sociais, epistemológicas e jurídicas que afetam, diretamente, a ideia de poder constituinte. Tais problemas podem ser expostos pela inadequação com a qual tem sido tratado o assunto, ao longo dos últimos dois séculos, pelo menos.

Em um processo de globalização no qual a soberania dos Estados foi revitalizada em favor de um suposto poder global, alguns autores chegam a afirmar que o poder constituinte originário não mais existe². Nesse sentido AGAMBEN reforça que:

Contra a tese que afirma o caráter originário e irredutível do poder constituinte, que não pode ser de modo algum condicionado e estrangido por um ordenamento jurídico determinado e se mantém necessariamente externo a todo o poder constituído, encontra hoje sempre maior consenso (no âmbito da tendência contemporânea mais geral de regular tudo mediante normas) a tese contrária, que desejaria reduzir o poder constituinte ao poder de revisão previsto na Constituição, e põe de lado como pré-jurídico ou meramente factual o poder do qual nasceu a constituição.³

Interessante observar que o consenso maior identificado por AGAMBEN, embora possua uma face conservadora, traduz movimento realizado na Europa e nos Estados Unidos da América que revela determinada estabilidade democrática constitucional, hipótese em que o poder constituinte originário somente seria invocado para contrapor-

- 1 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa – qu'est-ce que le tiers état?* Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.
- 2 DOGLIANNI, Mario. Potere costituente e revisione costituzionale. In: *Quaderni Costituzionali*. Bologna: 1995, p. 7 e SS. A tese de DOGLIANNI é que somente se pode invocar hoje o poder de revisão constitucional, sobretudo nos países que já possuem uma tradição no constitucionalismo.
- 3 AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua I*. 2 ed. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 47.

se a uma ordem jurídica ilegítima e antidemocrática. Esta tese de que o poder constituinte estaria esgotado reforça o que será demonstrado a seguir, de que não pode existir constitucionalismo e poder constituinte sem democracia.

Nesse sentir, NEGRI⁴ desenvolve crítica direta à ciência do direito, assumindo que o poder constituinte é definido na autonomia do sujeito e na democracia, sem restringir-se à produção de um texto constitucional e/ou tampouco à estruturação de poderes constituídos. Afirma ele que os elementos do direito constitucional limitam e reduzem o poder constituinte:

O poder constituinte deve ser reduzido a uma norma de produção do direito, interiorizado no poder constituído – sua expansividade não deve se manifestar a não ser como norma de interpretação, como controle de constitucionalidade, como atividade de revisão constitucional. Uma pálida imitação poderá ser eventualmente confiada a atividades referendárias, regulamentares etc. De modo intermitente, dentro de limites e procedimentos bem definidos, tudo isto do ponto de vista objetivo: uma fortíssima parafernália jurídica cobre o poder constituinte. Define seu conceito como essência insolúvel.⁵

Não é limitado o poder constituinte ao controle de constitucionalidade e à atividade revisional, porém esses dois aspectos não podem ser ignorados, pois são de fundamental importância para o processo democrático. Entende-se que enxergá-lo como parte integrante do processo de interpretação e aplicação do direito não é de pouco relevo, ao contrário, significa dizer que o poder constituinte se manifesta continuamente na prática do direito por meio da reconstrução do projeto de uma sociedade democrática.

Assim, para enfrentar o tema do poder constituinte e da democracia serão discutidas as relações entre direito, poder, subjetividade, sociedade, política e biopolítica, face aos parâmetros críticos que levarão a uma reconstrução da ideia de democracia, com intuito de medir a legitimidade das normas com algo mais do que a consciência jurídica individualista ou socialmente conservadora.

4 NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Antônio Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 7.

5 *Ibid.*, p. 10.

1 A IDEIA DE UMA SUBJETIVIDADE CONSTITUTIVA

O problema do poder constituinte então, como apresentado por NEGRI, é o da “construção de um modelo constitucional que mantenha aberta a capacidade formadora do próprio poder constituinte e, portanto, o problema da identificação de uma potência subjetiva adequada a esta tarefa.”⁶

NEGRI aponta três formas pelas quais o poder constituinte é esvaziado pelo constitucionalismo. A primeira delas é o conceito de nação. Desenvolvido por ROUSSEAU e vinculado ao poder constituinte por SIEYÈS; o conceito de nação pode ser demasiadamente aberto, genérico, estando sempre sujeito a manipulações. Fundada em uma determinação naturalística, moral e política, “produz uma polissemia que abre a possibilidade de resultados sofisticados para o conceito, e de um destino instrumental para a sua prática.” Além dessa acepção, também há a visão de um passado histórico comum que “bloqueia a relação sujeito-estrutura constitucional”, impossibilitando o exercício do poder constituinte.⁷

A segunda possibilidade de caracterização do sujeito do poder constituinte seria o conceito de povo. Com a mesma postura aberta da compreensão conceitual de nação NEGRI traduz no conceito de povo, o que possibilita sua instrumentalização bloqueadora pelo mecanismo jurídico, sobretudo graças ao conceito e prática de representação. Ainda assim, percebe que há no conceito de povo uma superação em relação ao conceito de nação:

Aqui são superados os limites e preconceitos naturalistas e organicistas que se manifestam em sua concepção de poder constituinte como atributo da nação: a vontade teórica de romper com as ambiguidades é nítida. Entretanto, é igualmente nítida a vontade de neutralizar a força expansiva do conceito de poder constituinte. Não é casual, antes representa uma necessidade, o fato de que toda definição do sujeito constituinte em termos de povo acabe em normativismo, em exaltação do direito constituído. Tal definição confunde o poder constituinte com uma das fontes internas do direito, com as dinâmicas de sua revisão, de sua renovação constitucional. Em síntese, o poder constituinte é povo nas dimensões da representação e somente nestas.⁸

6 NEGRI, 2002, p. 42.

7 Ibid., p. 43.

8 NEGRI, 2002, p. 43-44.

O aprisionamento do poder constituinte fica claro na percepção de NEGRI; porém, a tensão que se estabelece entre a força do direito e a potência transformadora do poder constituinte quando esse lida com a força daquele, não é identificada por ele. O percebimento do conceito de povo não resta claro na referida análise.

A terceira 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.”⁹

Essa prática de tratamento ao poder constituinte, como expressado acima, transfigura o poder constituinte em processo constitucional – seu exercício somente ocorre em determinadas condições pré-estabelecidas juridicamente.

Apesar de NEGRI demonstrar o aprisionamento que o constitucionalismo realiza sobre o poder constituinte, ele desconsidera a tensão inerente ao direito quando afirma que a teoria jurídica não nega a potência constituinte, mas não faz dessa um procedimento, “uma insistência ontológica precária, e sim um limite.”¹⁰ Assim segue:

O constitucionalismo é um aparato que nega o poder constituinte e a democracia. Não parecerão estranhos, portanto, os paradoxos que surgem quando o constitucionalismo tenta definir o poder constituinte – ele não pode aceitá-lo como atividade distinta e conseqüentemente, sufoca-a na sociologia ou agarra-o pelos cabelos através da construção de definições formalistas. Mas quem naufraga nesse confronto conceitual não é o poder constituinte, e sim o constitucionalismo. O poder constituinte está lá – horizonte inarredável, presença maciça, multidão.¹¹

Distingue então NEGRI o exercício do poder constituinte na modernidade e na pós-modernidade. Na primeira fase faz-se caracterizado por uma manifestação momentânea que se insurge contra a ordem estabelecida construindo uma nova ordem, – a multidão se revolta e cria o novo. Já na segunda fase, na pós-modernidade, o poder constituinte “é

9 NEGRI, 2002, p. 44.

10 Ibid., p. 44.

11 Ibid., p. 447.

o impulso constitutivo que deriva de uma base biopolítica e atinge todo o horizonte do ser, em cada instante da temporalidade.”¹²

Importa resgatar que, em lugar de uma sociedade industrial, de outrora; temos uma sociedade pós-industrial. Hoje testemunha-se a revolução informacional. Contextualiza-se o trabalho imaterial nos seus fluxos organizado, criativo, comunicativo e global. Assim, como NEGRI demonstra, surgem os motivos para a releitura crítica do marxismo. Resta desse último somente a inspiração da ideia de uma subjetividade constitutiva do poder constituinte, ou nas suas próprias palavras, o esforço de propor “uma hermenêutica que, além das palavras e através delas, saiba interpretar a vida, as alternativas, a crise e a recomposição, a construção e a criação de uma faculdade do gênero humano: a de construir instituições políticas.”¹³

Nesta perspectiva, surge uma nova possibilidade de pensar a biopolítica. Enquanto AGAMBEN¹⁴ percebe a política como o perigo moderno, HARDT e NEGRI a compreendem como meio emancipatório. A biopolítica será pensada como a portadora de uma nova subjetividade emancipatória: a multidão.

Em contraste com o modelo transcendental, que postula um sujeito soberano unitário acima da sociedade, a organização social biopolítica começa a revelar-se absolutamente imanente, com todos os elementos interagindo no mesmo plano. Nesse modelo imanente, em outras palavras, em vez de uma autoridade externa impondo a ordem de cima à sociedade, os vários elementos presentes na sociedade são capazes de organizar eles mesmos a sociedade de maneira colaborativa.¹⁵

Assim, HARDT e NEGRI sustentam que, o biopoder está acima da sociedade, ele transcende, impõe a ordem por meio de uma autoridade soberana. Enquanto a produção biopolítica é imanente à sociedade, cria relações e formas sociais por meio da colaboração de trabalho; ela significa uma abertura para a criatividade.

12 NEGRI, Antonio. *Kairòs, Alma Venus, Multitudo*: Nove lições ensinadas a mim mesmo. Rio de Janeiro: DP&A, 2003 (b). p. 185.

13 NEGRI, Antonio. *O poder constituinte*: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Tradução de Antônio Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 55-56.

14 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução: Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

15 HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão. Guerra e democracia na era do Império*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 421-422.

Ao analisar a biopolítica, MILOVIC acentua que essa abertura para a criatividade é quase uma abertura ontológica e, o capitalismo não conhece nenhuma ontologia. É o sistema que assimila a subjetividade constitutiva; no capitalismo, o sistema acaba por dominar a vida. Nessa linha segue¹⁶:

A biopolítica, afirma outra possibilidade. [...] A produção múltipla, que não afirma uma possível subjetividade, traz outra referência ontológica. A multidão deve transformar a resistência “numa forma do poder constituinte, criando as relações e as instituições sociais de uma nova sociedade”.¹⁷

A biopolítica analisada por NEGRI quer afirmar que a vida é completamente interligada com a política. Nesse contexto acrescenta-se:

O poder constituinte é a capacidade de retornar ao real, de organizar uma estrutura dinâmica, de construir uma *forma formante* que, através de compromissos, ordenações e equilíbrios de força diversos, recupera sempre a racionalidade dos princípios, ou seja, a adequação material do político em relação ao social e ao seu movimento indefinido.¹⁸

Importa ressaltar que ao analisar o conceito contemporâneo de revolução, NEGRI¹⁹ parece visualizar uma possibilidade concreta de veicular o poder constituinte ao direito, contudo incorre em graves incoerências. Ao entender o direito somente como fundamento da violência, do poder constituído, traduz uma faceta que não se coaduna com a democracia que ele mesmo afirma; trazendo ainda, a afirmação de que o direito é contrário ao poder constituinte.

Porém, o direito, o constitucionalismo e a democracia afirmaram-se em permanente tensão ao longo da história do poder constituinte. E ainda, como percebe o próprio NEGRI²⁰, o constitucionalismo e a teoria do direito produziram também autonomia e emancipação.

16 MILOVIC, Miroslav. *Ontologia dos monstros* – Antonio Negri e as questões sobre a política e imanência. Mimeo.

17 HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão. Guerra e democracia na era do Império*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 435.

18 NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Antônio Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 423.

19 Ibid., p. 38.

20 NEGRI, 2002, p. 38.

Passa-se então à revisão das bases sobre as quais foram construídos os conceitos de direito e poder constituinte a fim de trabalhar-se sobre a tensão entre constitucionalismo e democracia acima tratados.

2 LIMITES DO PODER CONSTITUINTE E OS CONFLITOS DA DEMOCRACIA

Um aspecto importante revelado na reconstrução do conceito de poder constituinte é a questão dos limites. São duas as abordagens a serem observadas: a primeira diz respeito à existência ou não e quais seriam os limites do próprio poder constituinte; a segunda é saber em que medida o poder constituinte se apresenta como limite contra o arbítrio do poder estatal e aquele produzido na sociedade.

Em relação aos limites do poder constituinte cumpre observar que são muito mais condições de possibilidade do que propriamente limites. Como poder democrático em expansão sua limitação está ligada à ideia de democracia. Como conceito aberto, sua conformação está vinculada ao seu exercício como inclusão permanente das minorias e excluídos, como afirmação da igualdade e da liberdade.

De igual maneira que, o conhecimento é conformado por sua historicidade, o poder constituinte somente pode expandir-se dentro dos parâmetros históricos que possibilitam o seu exercício. Logo, a limitação do poder constituinte não é dada pelo ordenamento jurídico com o qual foi realizada uma ruptura; e, muito menos por classificações pré-estabelecidas por uma pretensa ciência do direito ou mesmo pelo constitucionalismo.

A observância dos direitos fundamentais, bem como de procedimentos que asseguram a possibilidade de participação de todos e que leva em consideração os interesses de todos os afetados pelas decisões do poder constituinte são muito mais sua condição do que limitação, pois, se esses elementos estiverem ausentes, o poder constituinte perde sua legitimidade e não poderá mais ser concebido como tal.²¹

Em relação ao poder constituinte como fonte de limites ao poder do Estado, ele constitui-se como a referência de origem do próprio direito, que não pode deixar de ser legítimo e utiliza o poder constituinte como critério de aferição dessa legitimidade:

Assim, o efeito sistematicamente primeiro desse poder enquanto poder *de direito* consiste em admitir, pela sua parte, todo e qualquer

21 PALOMBELLA, Gianluigi. *Constitución y soberanía – el sentido de la democracia constitucional*. Granada: Comares, 2000, p. 45.

poder do Estado restando como legítimo somente como poder *de direito* e não diferentemente, isto é: como poder normativamente *constituído e limitado*, como poder *responsável* de forma normatizada, normativamente *controlado*.²²

O poder constituinte se revela democrático na legitimidade da prática instituinte de uma Constituição e como elemento normativo da mesma. A práxis constitucional dos cidadãos em relação ao ato fundador e sua atualização darão a real dimensão cotidiana do poder constituinte.

MÜLLER sintetiza bem essa relação entre o poder constituinte e a democracia ao conceber o poder constituinte como norma, que deve ser utilizada como critério de verificação da Constituição. Ou seja, a prática do direito, fundada constitucionalmente deve estar referida à legitimidade do ato fundador, significando muito mais do que o momento preparatório de uma nova Constituição, pois através dele devemos buscar a “legitimação por meio da permanência da práxis constitucional no cerne material.”²³

A possibilidade do exercício do poder arbitrário com fundamento no poder constituinte é contrária ao próprio conceito, pois a representação não é delegação de poderes absolutos, o exercício do poder estatal no paradigma atual carece de justificação democrática. Decorrente de tal vinculação é a impossibilidade jurídica do exercício do poder de forma decisionista, seja no âmbito legislativo, executivo ou judicial. Teorias que fornecem uma procuração em branco para a autoridade estatal são contrárias, portanto, ao próprio conceito de poder constituinte.²⁴

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 do poder constituinte não é delegada ou permanente. Ao contrário, cumpre ao *povo*, de forma plural, o seu exercício e a escolha da oportunidade.

Da mesma forma, para a compreensão de como o poder constituinte e a práxis constitucional atuam, faz-se necessário o desenvolvimento teórico de dois elementos chave, que são os de sociedade

22 MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) poder constituinte do povo*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 79.

23 *Ibid.*, p. 53.

24 *Ibid.*, p. 79.

civil e esfera pública, pois ambos os conceitos fazem parte da estruturação do direito.²⁵

HABERMAS expõe um conceito de sociedade civil atual antes de vinculá-lo ao poder constituinte dinâmico, que seria formada por organizações sociais livres, que não se confundem com o Estado e tampouco com o mercado, sendo composta, sobretudo, de movimentos sociais que captam os problemas que afetam a esfera privada e os transmitem para a esfera pública, afirma ele:

O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas.²⁶

A sociedade civil age então na esfera pública, que por sua vez torna-se o local da atuação de uma práxis constitucional inovadora, pois os movimentos sociais que formam a sociedade civil normalmente são insuficientes para gerar transformações no sistema político, tendo que atuar primeiro na esfera pública. HABERMAS difere a esfera pública contemporânea da esfera pública do Estado liberal e do Estado social da seguinte forma: “Em sociedades complexas, a esfera pública forma uma estrutura intermediária que faz a mediação entre o sistema político, de um lado, e os setores privados do mundo da vida e sistemas de ação especializados, em termos de funções, de outro lado.”²⁷

Os riscos da submissão da esfera pública aos meios de comunicação de massa são identificados.²⁸ Porém, HABERMAS aponta uma diferença que pode ser relacionada com a práxis constitucional, pois somente uma esfera pública em repouso é submetida a essa influência de forma determinante. Na medida em que surgem mobilizações dos movimentos sociais e dos atores que influenciam a esfera pública, a situação se modifica e, o próprio sistema político passa a receber influências e a respondê-las.

25 Sobre os dois conceitos ver COHEN, Jean L.; ARATO, Andrew. *Sociedad civil y teoría política*. Trd. Roberto Reyes Mazzoni. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

26 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997, v. II, p. 99. Deve-se destacar que Habermas foi modificando sua forma de entender a sociedade civil e a esfera pública ao longo de sua obra. A maneira descrita em “mudança estrutural da esfera pública” foi modificada e incorporada a suas análises da sociedade contemporânea à teoria do discurso.

27 HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto à uma categoria da sociedade burguesa*. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro, Tempo brasileiro, 1984. p. 107.

28 Como se observa em: HABERMAS, 1984.

Nesse momento, ainda que exista resistência, os meios de comunicação de massa também passam a sofrer influência da mobilização.²⁹

Cabe aqui trazer à reflexão, análise apresentada por MILOVIC, quando aponta no pensamento habermesiano a ausência da política. Afirma ele que, “em lugar da política aparecem só procedimentos da racionalidade.”³⁰ Seguindo esse raciocínio acrescenta:

O caminho do consenso que esconde os conflitos cria uma ilusão perigosa. Do mundo quase desaparecem os antagonismos, entre a esquerda e a direita, por exemplo. É de interesse vital abandonar a referência à possibilidade de consenso e deixar o espaço democrático aberto. A realização da democracia seria a sua destruição. Poderíamos dizer que a democracia é só um projeto. Um projeto que talvez chegue.³¹

Nesse sentir, contrastando a ideia de uma sociedade democrática firmada no caminho do consenso e a ideia de um espaço democrático aberto, como faz referência MILOVIC, acrescenta-se aqui reflexão elaborada por MOUFFE, quando essa busca desenvolver um novo modelo de sociedade democrática:

O que é uma “sociedade democrática”? É uma sociedade pacificada e harmoniosa onde as divergências básicas foram superadas e onde se estabeleceu um consenso imposto a partir de uma interpretação única dos valores comuns? Ou é uma sociedade com uma esfera pública vibrante onde muitas visões conflitantes podem se expressar e onde há uma possibilidade de escolha entre projetos alternativos legítimos? [...]

[...] o tipo de política democrática dominante atualmente não pode nos ajudar a entender a importância do dissenso numa sociedade democrática. Ela é incapaz de captar as diferentes formas de antagonismos que emergem em nosso mundo globalizado, pós-guerra fria, e de enfrentar um tipo de política democrática que poderia dar conta deles.³²

29 HABERMAS, 1997, v. II, p. 113

30 MILOVIC, Miroslav. *Freud, Habermas e a questão da política*. Mimeo.

31 *Ibid.*

32 MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. Trad. Kelly Prudencio. *Política e Sociedade, Revista de Sociologia Política. Universidade Federal de Santa Catarina, SC*, v. 2, n. 3, p. 1, 2003.

Ao desenvolver as questões suscitadas acima MOUFFE chega a afirmar que uma ordem mundial pluralística é a única maneira de evitar o anunciado colapso da civilização³³. Isto porque, ela trabalha sob a angústia da realidade mundial, na qual a imposição da concepção de uma democracia ocidental sobre sociedades que lutam por manter suas culturas, suas diferentes civilizações, é a única legítima.

MOUFFE enfrenta que, a tentativa de HABERMAS de escapar das implicações do pluralismo de valores, feita por intermédio da distinção entre “ética – um domínio que permite concepções sobre o bem que competem entre si – e moralidade – em que um procedimentalismo estrito pode ser implementado e a imparcialidade alcança condições de liderança na formulação de princípios universais”³⁴ reforça a fundamentação por ele pretendida de adesão à democracia liberal comum, em um acordo racional que fecha as portas para qualquer possibilidade de contestação. E ainda, o fato de ele relegar o pluralismo para um domínio não-público traz implicações relevantes para a política democrática.

Nessa sequência de pensamentos até aqui lembrados, porém, sob uma outra avaliação dos limites do poder constituinte, dos caminhos percorridos nas sociedades modernas e sobre o próprio direito, sem contudo opor-se às ideias já tratadas, LYRA FILHO percebendo a vagueza com que vem sendo (ainda até nossos dias) utilizado na teoria e na prática constitucionais o princípio da razoabilidade – que tudo justifica, em todo e qualquer tipo de conservadorismo e autoritarismo – afirma que, a visão superficial desse princípio, associada à abordagem da Constituição como uma ordem concreta de valores, tem possibilitado um autoritarismo crescente, travestido de uma visão principiológica e democrática. Adota ele a pragmática que Habermas desenvolve para enfrentar visões abstratas de justiça e equidade, e encontrar no processo histórico a concretização da práxis constitucional. Por isso mesmo revela a “[...] necessidade de rever a própria concepção de Direito.”³⁵

Com extrema acuidade LYRA FILHO percebe os riscos de cair em um voluntarismo idealista, que inevitavelmente redundará em autoritarismo, bem como da necessidade de uma abordagem principiológica do direito que esteja aberta, criticamente, para não cair nas malhas do conservadorismo. Novamente ele utiliza-se de Habermas

33 MOUFFE, p. 25.

34 MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 25, p. 16, 2005.

35 LYRA FILHO, Roberto. Direito do capital e Direito do Trabalho. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo, AGUIAR, Roberto A. R. (Orgs.). *Introdução crítica ao direito do trabalho*. Brasília: Universidade de Brasília, 1993. p. 72-73.

para a análise, juntamente com Marx, para não depender da ética privada de funcionários públicos da administração da justiça, o que resulta em uma visão subjetivista e classista do direito. A democracia e o direito, tal como a preservação e continuidade do projeto libertário original do poder constituinte, não podem depender da boa vontade dos agentes do Estado e sua sensibilidade em relação à justiça: “Daí a necessidade de reconstruir os *parâmetros críticos*, a fim de medir a legitimidade das normas com algo mais do que a ‘consciência jurídica’ individualista ou socialmente conservadora.”³⁶

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

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

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade contemporânea, hipercomplexa e cada vez mais plural exige do direito uma abertura maior para que esse continue a cumprir papel de integração social. Processos de globalização, multiculturalismo e relativização da soberania dos Estados, bem como uma mundialização do constitucionalismo passam a compor uma preocupação central para tratar do conceito de poder constituinte. Hoje sabe-se que o conceito não pode ser fundado somente na autonomia privada de indivíduos livres, em uma ótica liberal; e tampouco em uma autonomia pública de cidadãos que constituem um todo homogêneo.

O conhecimento científico não mais oferece garantias em relação ao futuro, e isso se aplica ao direito e ao poder constituinte. A ciência hoje, inclusive a jurídica, constitui-se como precária, provisória, historicamente e socialmente condicionada, e só pode ser aceita como tal mediante a confrontação dos argumentos que fundamentam suas conclusões. Da mesma forma, o conceito de poder constituinte não é

³⁶ LYRA FILHO, op. cit., p. 73.

absoluto e se forma com a abertura para o futuro e com reflexividade em relação ao seu passado.

A formulação originária do conceito feita por SIEYÈS e os revolucionários franceses, bem como pela revolução e pelo constitucionalismo norte-americano já sinalizaram, desde o início, a tensão democrática que é inerente ao tema. Com eles foi possível apreender que a aquisição evolutiva da constituição somente dá início ao processo contínuo de sua atualização pela prática, que tem como referência constante o projeto do ato fundador.

As perspectivas liberal e republicana não são capazes, sozinhas, de dar conta do fenômeno do poder constituinte e associá-lo à democracia. O excesso de liberdade privada gera desigualdades que são progressivamente acentuadas, e põem em risco o próprio sistema que lhes dá garantia. A tentativa de se sobrecarregar o sistema jurídico com a compensação das desigualdades sociais termina por colocar em risco a própria Constituição, além de gerar arbítrio e ditadura.

Mas, é possível identificar no processo histórico os elementos complementares, em permanente tensão, que possibilitarão a conceituação do poder constituinte e da práxis constitucional em consonância com a democracia. Somente um direito que seja levado a sério por todos, e que busque a inclusão permanente de todos, fundado em princípios de liberdade e igualdade, que a sociedade assume como tarefa contínua para si mesma, possibilitarão a (re)constituição do poder constituinte no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução: Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. *Homo Sacer – O poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

COHEN, Jean L; ARATO, Andrew. *Sociedad civil y teoria política*. Tradução de Roberto Reyes Mazzoni. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

COSTA, Alexandre Bernardino. *O poder constituinte no Estado Democrático de Direito*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2005.

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

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, v. II, 1997.

_____. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto à uma categoria da sociedade burguesa*. Tradução Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro, Tempo brasileiro, 1984.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão. Guerra e democracia na era do Império*. Tradução: Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2005.

LYRA FILHO, Roberto. *Direito do capital e Direito do Trabalho*. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo; AGUIAR, Roberto A. R. (Orgs.). *Introdução crítica ao direito do trabalho*. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

MILOVIC, Miroslav. *Freud, Habermas e a questão da política*. Mimeo.

_____. *Ontologia dos monstros – Antonio Negri e as questões sobre a política e imanência*. Mimeo.

MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. Trad. Kelly Prudencio. Política e Sociedade, *Revista de Sociologia Política*, Universidade Federal de Santa Catarina, SC, v. 2, n. 3, 2003.

_____. Por um modelo agonístico de democracia. *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba, v. 25, 2005.

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

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

NEGRI, Antonio; Kairòs, Alma Venus. *Multidão: Nove lições ensinadas a mim mesmo*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003 (b).

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa – qu'est-ce que le tiers état?* Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.