

CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA – SOBERANIA E PODER CONSTITUINTE¹

Vera Karam de Chueiri e Miguel G. Godoy

CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY
– SOVEREIGNTY AND CONSTITUENT POWER

RESUMO

CONCILIAR DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO É UMA TAREFA TÃO COMPLEXA QUANTO PROBLEMÁTICA. EIS O PARADOXO: A DEMOCRACIA SIGNIFICA O POVO DECIDINDO AS QUESTÕES POLITICAMENTE RELEVANTES DA SUA COMUNIDADE, INCLUSIVE OS CONTEÚDOS DA CONSTITUIÇÃO; E O CONSTITUCIONALISMO SIGNIFICA, POR SUA VEZ, LIMITES À SOBERANIA POPULAR. A CONSTITUIÇÃO SE AUTOIMPÕE COMO MANIFESTAÇÃO DA SOBERANIA POPULAR E DO PODER CONSTITUINTE, VINCULANDO AMBOS. ASSIM, A CONJUGAÇÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA REMETE A OUTRA, QUE ESTÁ NA SUA BASE, QUAL SEJA, ENTRE SOBERANIA E PODER CONSTITUINTE. O ARTIGO PRETENDE EXPLORAR ESSAS DUAS RELAÇÕES, A DA SOBERANIA COM O PODER CONSTITUINTE E A DO CONSTITUCIONALISMO COM A DEMOCRACIA, MOSTRANDO AS TENSÕES QUE LHE SÃO CONSTITUTIVAS, SOBRETUDO PARA AFIRMAR UMA CONCEPÇÃO DE DEMOCRACIA DELIBERATIVA DEFENDIDA POR CARLOS SANTIAGO NINO E ROBERTO GARGARELLA.

PALAVRAS-CHAVE

CONSTITUCIONALISMO; DEMOCRACIA; SOBERANIA E PODER CONSTITUINTE.

ABSTRACT

TO CONCILIATE DEMOCRACY AND CONSTITUTIONALISM IS A COMPLEX AND PROBLEMATIC TASK. THERE IS THE PARADOX: DEMOCRACY MEANS THE PEOPLE DECIDING RELEVANT POLITICAL ISSUES OF THEIR COMMUNITY INCLUDING THE CONTENTS OF THEIR CONSTITUTION. CONSTITUTIONALISM, ON ITS SIDE, MEANS TO LIMIT POPULAR SOVEREIGNTY. CONSTITUTION IMPOSES ITSELF AS THE MANIFESTATION OF POPULAR SOVEREIGNTY AND CONSTITUENT POWER LINKING BOTH. THUS, THE CONJUGATION OF CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY LEADS TO ANOTHER WHICH IS IN ITS ORIGIN, I.E., SOVEREIGNTY AND CONSTITUENT POWER. THIS ARTICLE AIMS AT DISCUSSING THESE TWO RELATIONS, I.E., CONSTITUENT POWER AND SOVEREIGNTY AND CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY SHOWING THEIR CONSTITUTING TENSIONS IN ORDER TO AFFIRM NINO'S AND GARGARELLA'S CONCEPTION OF DELIBERATIVE DEMOCRACY.

KEYWORDS

CONSTITUTIONALISM; DEMOCRACY; SOVEREIGNTY AND CONSTITUENT POWER.

INTRODUÇÃO

Frank Milcheman (1999), em um debate com Jürgen Habermas ocorrido na Cardozo Law School, em 1999, a propósito do seu recém lançado livro à época, *Brennan and democracy*, inicia dizendo que:

[...] o paradoxo da democracia constitucional assume várias formas.

A democracia aparece como auto-governo do povo – as pessoas de um

país decidindo por si mesmas os conteúdos decisivos e fundamentais das normas que organizam e regulam a sua comunidade política.

O constitucionalismo aparece como a contenção da tomada de decisão popular através de uma norma fundamental, a constituição – law of lawmaking, projetada para controlar até onde as normas podem ser feitas, por quem e através de quais procedimentos. É parte essencial da noção de constitucionalismo que a norma fundamental deva ser intocável pela política majoritária (que ela deve limitar). (p. 01)

Pois bem, conforme o próprio Michelman afirma depois, em seu *paper Excerptst from Brennan and democracy* (e este será o *leitmotiv* deste artigo), conciliar democracia e constitucionalismo é uma tarefa tão complexa quanto problemática. Se a democracia significa o povo decidindo as questões politicamente relevantes da sua comunidade, isso inclui os conteúdos da constituição de um país, isto é, as normas que organizam as instituições do governo e estabelecem limites aos respectivos poderes governamentais. Entretanto, se o constitucionalismo significa limites à soberania popular, então alguns conteúdos da Constituição – *Law of lawmaking* – devem permanecer fora do alcance da decisão majoritária ou das deliberações democráticas. Eis o paradoxo que marca a democracia constitucional e que pretendemos enfrentar na Parte 2 deste artigo, a partir das considerações que fazem Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella, especialmente dos diálogos travados entre ambos na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, e entre cada um deles e alguns constitucionalistas norte-americanos na Faculdade de Direito da Universidade de Yale (Nino) e na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago (Gargarella), em torno da ideia de (ou na defesa da) democracia deliberativa.

Precede a discussão sobre o paradoxo entre democracia e constitucionalismo uma outra, sobre soberania e poder constituinte. Isso, pois partimos, neste artigo, da premissa moderna de que a soberania é popular, e, assim, cabe ao povo a tarefa de se autolegislar, fundando a ordem normativa que lhe regerà, qual seja, a Constituição. Vale dizer, o povo não somente se autoimpõe certas normas, mas exige que elas sejam respeitadas (GARGARELLA, 1996, p. 127-132); daí a necessidade de se preservar a Constituição, estabelecida como normativa ordenadora da sociedade (GARGARELLA, 1996, p. 127-128), na medida em que é a primeira ordem que se autoimpõe como manifestação da soberania popular e do poder constituinte, assim vinculando ambos. Nesse sentido, sustentamos que a conjugação entre constitucionalismo e democracia remete a outra, que está na sua base, qual seja, entre soberania e poder constituinte, a qual discutiremos na Parte 1 do artigo.

Por fim, a partir da conjugação entre soberania e poder constituinte, bem como entre democracia e constitucionalismo, suas possibilidades e dificuldades, chegaremos à concepção de democracia deliberativa defendida por Nino e Gargarella, o que,

se, por um lado, esgota as pretensões deste artigo, por outro, abre um novo espaço para reflexão e discussão, o que certamente excede o nosso propósito nesta escrita.

I PODER CONSTITUINTE E SOBERANIA

A vitalidade do Estado depende da permanente possibilidade do conflito, necessitando de um soberano o qual, em face das incertezas políticas, incorpore a autoridade que é superior àquela do próprio direito (CHUEIRI, 2005, p.130). Daí a importância de se revisitar esse momento de instituição da ordem, isto é, do poder constituinte e, assim, de se reler Jean Bodin, jurista francês do século XVI que teorizou sobre a soberania. Bodin, em seu livro *De la République*, identifica a soberania como o poder absoluto e perpétuo de uma República (*apud* CHUEIRI, 2005, p. 130-131). Essas duas características, absoluta e perpétua, foram pensadas como condições fixas para o exercício do poder. Ele é perpétuo na medida em que o verdadeiro soberano permanece sempre capturado por seu poder; uma autoridade perpétua, por conseguinte, deve ser entendida como sendo aquela que dura a vida de quem a exerce. É absoluto na medida da sua incondicionalidade; se o poder é condicionado não é propriamente soberano e absoluto.

Bodin identifica o poder soberano a partir do seu lugar, o qual é ocupado pela figura do rei. Entretanto, mesmo Bodin é cuidadoso ao definir a soberania abstrata e impessoalmente. Nesse sentido, seria possível abstrair a figura do soberano tanto da imagem do governo como da imagem do parlamento ou do povo. Não por acaso, a democracia refere-se a um tipo de poder absoluto e perpétuo e, também não por acaso, o Estado de Direito foi compelido a neutralizar o poder soberano como uma tentativa de exorcizar seu pecado original (CHUEIRI, 2005, p.133-134).

Conforme Jacques Derrida (1990), o pensamento moderno tardio sobre o poder soberano – do final do século XIX até o século XX – reagiu às definições abstratas e às análises formais da soberania. A fundação da maior parte dos Estados se deu como consequência de uma situação que podemos chamar, genericamente, de revolucionária. Revolucionária no sentido de que uma nova ordem jurídica foi instaurada, e isso em um contexto terrível e de violência e não sem grande sofrimento. Como diz Derrida (1990, p. 991), as revoluções são elas mesmas ininterpretáveis e indecifráveis na sua própria violência. Exemplos claros desses momentos revolucionários transgressores, violentos e instituidores de uma nova ordem podem ser a Independência dos Estados Unidos, em 1776, a Revolução Francesa, em 1789, e também a Revolução Russa, em 1917, ainda que esta não tenha sido liberal.

Para a ciência do direito, o poder constituinte é tradicionalmente a fonte da qual a nova ordem constitucional brota. É o poder de fazer a nova Constituição, da qual os poderes constituídos adquirem a sua estrutura. Desta perspectiva, o poder constituinte instala uma ordem jurídico-constitucional totalmente nova.

Foi no calor e no entusiasmo da Revolução Francesa que um abade francês de Chartres, chamado Joseph Sieyès, desenvolveu a Teoria do Poder Constituinte, tendo em mente que toda Constituição pressupõe um poder soberano e constituinte, ao qual todos os demais poderes do Estado estão sujeitos. Esse poder soberano não está vinculado a nada senão a si próprio. Sieyès escreveu às vésperas da Revolução o livro *A constituinte burguesa – que é o Terceiro Estado?*, com claras inspirações nas obras de Locke e Rousseau. É nesta sua obra que Sieyès concebe a existência de um poder imanente à nação, superior aos poderes constituídos e impossível de ser modificado por eles, qual seja, o poder constituinte. Para Sieyès (1997, p. 117-119), a Constituição pressupõe, antes de tudo, um poder constituinte, representante da soberania popular. Ou seja, os poderes resultantes da Constituição estão e são submissos a um poder constituinte anterior, a vontade soberana popular, e, portanto, tal poder não estaria vinculado a nada mais a não ser a sua própria vontade (SIEYÉS, 1997, p. 117). No entanto, é importante destacar que a ideia de soberania, para Sieyès, fundava-se na soberania nacional, e não na soberania popular, pois para ele a ideia de povo estaria subsumida na ideia de nação. Isto porque, para o abade francês, o conceito de nação estava ligado à imagem do Terceiro Estado, e este se sobrepunha ao Clero e à Nobreza (SIEYÉS, 1997, p.118).

Contemporaneamente, o poder constituinte é rediscutido pelo filósofo político Antonio Negri (2002, p. 07-24), que o concebe de maneira bastante radical. Para ele, o poder constituinte não se manifesta apenas como fonte onipotente e expansiva que produz normas constitucionais de todo o ordenamento jurídico (NEGRI, 2002, p. 08-09). O filósofo também o considera sujeito desta produção, desta atividade igualmente onipotente e expansiva (NEGRI, 2002, p. 07-08). Negri mostra como a tarefa de ordenar o poder constituinte enquanto sujeito da política e para a política democrática é complexa. Para ele, falar de poder constituinte é falar de democracia. “E qualificar constitucional e juridicamente o poder constituinte não será simplesmente produzir normas constitucionais e estruturar poderes constituídos, mas, sobretudo, ordenar o poder constituinte enquanto sujeito, a regular a política democrática” (NEGRI, 2002, p. 08).

Negri cita Burdeau (BURDEAU, 1983, p. 171) para mostrar como o poder constituinte apresenta, do ponto de vista jurídico, uma dificuldade excepcional, dada a sua natureza híbrida. A potência do poder constituinte é avessa a uma integração total em um sistema hierarquizado de normas e competências, permanecendo sempre estranho ao direito (BURDEAU, 1983, p. 171). É um poder que funda o direito, mas se opõe à sua fundação. Essa dificuldade se acentua ainda mais pelo fato de a democracia ser rebelde à constitucionalização (NEGRI, 2002, p.07-24/207-208). Vale dizer, a democracia é a teoria do governo absoluto, ao passo que o constitucionalismo é a teoria do governo limitado, da democracia limitada. O poder constituinte, sob a ótica jurídica, é a fonte de produção das normas constitucionais.

Paradoxalmente, é um poder onipotente, que surge do nada e organiza todo o direito. No entanto, deve ser temporalmente limitado, encerrado em uma factualidade (NEGRI, 2002, p. 07-09).

Ao compreendermos o lugar da soberania como um lugar de indistinção entre o dentro e o fora, como uma zona de inerradicável tensão, então é possível pensá-la em termos do poder constituinte sem qualquer sacrifício mútuo (CHUEIRI, 2005, p. 138). A partir disso, vale ressaltar o que asseverou Sieyès (1997, p. 117-119) ao dizer que a Constituição pressupõe um poder constituinte em primeiro lugar, isto é, a constituição pressupõe a si própria como poder constituinte, e aqui está o paradoxo da soberania.

Conforme Negri, o poder constituinte não emana de poder constituído algum; não é uma instituição do poder constituído. É, antes, um ato de escolha, a determinação radical que descortina um horizonte, ou, ainda, trata-se do radical dispositivo de algo que ainda não existe e cujas condições de existência pressupõem que o ato criador não perca suas características na criação (CHUEIRI, 2005, p. 136).

Na gramática da ciência jurídica, o poder constituinte significa onipotência, onipresença e nenhuma limitação. Entretanto, esses significados são sacrificados pela pragmática, pelo uso dessa gramática, que, ao contrário, exerce uma espécie de domesticação do poder constituinte. Dessa forma, a Constituição, criada pelo poder constituinte e para a democracia, mostra-se como obstáculo do próprio poder constituinte e da própria democracia (da soberania popular) (NEGRI, 2002, p. 07-08). Em outras palavras, o direito toma o poder constituinte como algo absoluto, onipotente, ilimitado e depois o limita, negando suas características através do estabelecimento dos poderes constituídos (NEGRI, 2002, p. 07-24).

É preciso recuperar esta ideia e esta práxis de que o povo, soberano, ao se auto-legislar, cria e funda a Constituição, através de toda radicalidade que está em tal ato constituinte, impondo a si mesmo as regras e os limites que regularão os seus poderes constituídos.

Façamos uma brevíssima remissão à filosofia primeira, ao livro *Theta da Metafísica*, de Aritóteles (1984, p. 181), no qual o autor se refere ao ser não como uma entidade fixa, mas como um vir-a-ser, um ser em transformação ou em movimento. A fonte desta transformação é *dynamis*, a qual não se confunde com aquilo que muda, a entidade fixa. Nesse sentido da *dynamis* aristotélica, o poder constituinte pode ser pensado não como completamente emancipado da soberania, mas como uma potencialidade constituinte. Na mesma medida em que potencialidade não (pre)domina (sobre) a atualidade ou, ao contrário, nesta se dissolve, pois ambas são modos do ser primeiro, o poder constituinte não (pre)domina sobre a soberania ou esta se dissolve naquele. A soberania retém a sua potencialidade ou seu poder constituinte, porém na forma de uma suspensão. “Por isso é tão difícil pensar ‘uma constituição da potencialidade’ inteiramente livre do princípio da soberania como

um poder constituinte que tenha definitivamente quebrado com o bando que o liga ao poder constituído” (AGAMBEN, 2007, p. 54).

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

Em um trabalho da década de 1980, o professor francês Claude Lefort (1981) se referiu à democracia como um processo constante de reinvenção de direitos. Nesse sentido, contra todas as formas de totalitarismo, ele defende uma revolução democrática, cuja principal característica é o conflito, o qual não deve, de forma alguma, ser erradicado da sociedade. Lefort (1981, p. 118) mostra como a revolução democrática operada nas sociedades contemporâneas apartou o poder do Estado, até então ligado ao corpo do rei. Diante disso, o poder aparece como um lugar vazio: aqueles que o exercem fazem-no de maneira temporária e nele a unidade não pode apagar a divisão social. É também preciso pensar o sentido dos conflitos, que supõem, ao mesmo tempo, o fato do poder e a busca de uma consideração das diferenças no direito (LEFORT, 1981, p. 62). Esses conflitos constituem cada vez mais as especificidades das sociedades democráticas modernas. Dessa forma, a democracia inaugura a experiência de uma sociedade inapreensível, indomesticável, na qual o povo é dito soberano, mas também não cessa de questionar sua identidade, e esta permanecerá latente (LEFORT, 1981, p. 118).

As reivindicações feitas em forma de protesto pelas parcelas marginalizadas da sociedade (aquelas que padecem de igualdade e liberdade) não somente evidenciam os conflitos (políticos, sociais, econômicos, culturais etc.), mas demandam a todo tempo e de todas as formas uma sociedade mais justa, igualitária. Elas reafirmam a potência do poder constituinte na concreção dos direitos fundamentais e, com isso, renovam o constitucionalismo. Por isso, Lefort (1981) afirma que é preciso “explorar

os recursos de liberdade e de criatividade nos quais se abebera uma experiência que acolhe os efeitos da divisão; resistir à tentação de trocar o presente pelo futuro; fazer o esforço ao contrário para ler no presente as linhas da sorte indicadas com a defesa dos direitos adquiridos e a reivindicação dos direitos novos, aprendendo a distingui-los do que é apenas satisfação de interesse” (p. 69).

A tensão entre poder constituinte e poder constituído tem de ser entendida, neste contexto tenso, como um sinal vigoroso no sentido de uma esfera pública radicalmente democrática (CHUEIRI, 2005, p. 145). Se é o poder constituinte um impulso, ele funda a Constituição, mas nela permanece em tensão com os poderes constituídos. Esses poderes – chamemos de constitucionalismo – defenderão e resguardarão a própria constituição, não porque formalmente ela se impõe como norma fundamental (Kelsen) ou como decisão política fundamental (Schmitt), mas porque, conforme Nino (2003, p. 166-187), se a democracia possuiu um valor epistêmico, isso requer a consideração de interesses expressados em tempos e espaços próximos para preservar a convenção constitucional.² Talvez nos seja dado aqui a pensar (com Nino) que, ao se preservar a convenção constitucional, mantém-se o impulso constituinte. Ao valor epistêmico da democracia agrega-se algo que escapa à tradição kantiana presente nas considerações de Nino, pois está além dos procedimentos para se chegar aos melhores princípios morais, que são a própria potência ou o impulso constituinte que, de uma forma não naturalizada, mas histórica, está presente onde quer que o povo se manifeste e onde quer que haja constituição por força do poder (constituinte) popular.

Nesta *dynamis* entre poder constituinte e poder constituído, democracia e constitucionalismo, é que se pode entender que uma constituição – falemos da nossa, a brasileira de 1988 – não pode ser simplesmente datada no dia de sua promulgação, assim como o poder constituinte não pode ser datado no momento da formação da Assembleia Constituinte, em 1987. Poder constituinte e Constituição devem ser pensados como um processo, como acontecimentos, isto é, lutas e reivindicações, nas quais “vontade de poder” e “vontade de Constituição”, como diria Hesse (1991, p. 19–20),³ não só tensionam o arco, mas impulsionam a flecha no sentido da constituição. Por isso, é indesejável datar o poder constituinte que deu origem à atual Constituição da República no Brasil em 1º de fevereiro de 1987; tampouco é desejável encerrá-lo no dia da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988. O poder constituinte como potência constituinte se manifestou muito antes de 1º de fevereiro de 1987 e ainda está presente na própria Constituição. Vale dizer: no exemplo recente da história constitucional brasileira, o poder constituinte (como potência) remonta aos movimentos ou as ações empreendidos pela sociedade civil brasileira e iniciados em 1985 e reaparece, como força, toda vez que se pretende atingir a constituição com golpes como a convocação de uma nova assembleia nacional constituinte ou com mutações constitucionais provocadas por quem não tem competência constitucional para tanto, como, por exemplo, o poder executivo.⁴

Nesse sentido, soberania e poder constituinte, e poder constituinte e poder constituído, estabelecem uma dinâmica a qual possibilita a instauração e a manutenção de uma constituição. Vista de outra perspectiva, essa dinâmica ou esse movimento refere-se à capacidade do povo de se autolegislar e fundar a ordem normativa que lhe rege. Ao se impor uma ordem normativa e, com isso, constituir-se como comunidade política, o povo exige, ao mesmo tempo, que tal ordem seja respeitada. Para tanto, limites são, paradoxalmente, estabelecidos à soberania popular. Daí a segunda parte deste artigo, a qual diz respeito a esta paradoxal relação entre constitucionalismo e democracia.

2 CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

O constitucionalismo se origina nos Estados Unidos, com a ideia do *Rule of Law*, que implica na preservação de determinadas regras jurídicas fundamentais, limitadoras do poder estatal (NINO, 2003, p. 16-17). Daí, o constitucionalismo adquire uma posição mais robusta, em que o governo, além de se encontrar limitado, assim está a partir de normas jurídico-constitucionais, requerendo em geral um texto escrito, ainda que tal requisito não seja absolutamente necessário. A Constituição expressa não apenas um ser, mas também um dever-ser e, para isso, é protegida por processos complexos de modificação (NINO, 2003, p. 16-17). E, por ser a constituição norma, seus princípios devem ser aplicados de maneira a comprometer todas as demais espécies normativas, especialmente através da interpretação que fazem os órgãos públicos legais e o próprio povo. Entretanto, nada disso seria suficiente sem a contrapartida democrática, pois a democracia também exerce o papel imprescindível de não acomodar o constitucionalismo em suas conquistas. Ao contrário, ela o tenciona a todo tempo, provocando-o e renovando-o através da aplicação e reaplicação da Constituição, sua interpretação e reinterpretção, seja pelo povo ou pelo Poder Judiciário.

Assim, o poder constituinte, ao instaurar a constituição, estabelece a forma jurídica do político, a qual será defendida e garantida pela rigidez do constitucionalismo. Em outras palavras, estabelece a tensão entre o jurídico e o político, entre constitucionalismo e democracia. Na perspectiva de Negri (2002), a Constituição se apresenta como fórmula transcendente, pois se remete sempre ao processo político (poder constituinte) que a instituiu. Ela se apresenta como imanente, pois se reafirma a cada aplicação de suas normas. E, como forma e fórmula do político, nega e limita o poder expansivo, absoluto, que a construiu. Negri (2002, p. 24-26) questiona se, em vez de tentar superar esta crise subjacente da constituição, justamente por conta dessas características que a fundam, não seria melhor aceitá-la e então compreender melhor a noção de ausência de pressupostos regulatórios e plenitude de potência. O que nos interessa sublinhar é a oposição que Negri aponta entre a democracia como

forma política do poder constituinte e o constitucionalismo enquanto aquilo que o limita e, ao fazê-lo, nega a própria democracia. Entretanto, tal oposição não pode nos desiludir ou acanhar diante da articulação, ainda que precária, entre constitucionalismo e democracia. Ao contrário, partimos do pressuposto (e sobre isto é que vimos insistindo) de que a tensão entre ambos é altamente produtiva (NETO, 2007).

A constituição como expressão das conquistas históricas e, em especial, como garantidora de direitos e liberdades do sujeito foi construída ao longo do século XIX, pelos regimes liberais nos Estados Unidos e na Europa pós-revolucionária.⁵ Da mesma forma, a Constituição se opôs aos poderes ilimitados de quem quer que fosse (monarca ou povo), estabelecendo os parâmetros e as extensões da atuação do poder. O que se percebe com essa discussão clássica é que um dos desafios mais evidentes da teoria constitucional é compatibilizar uma Constituição relativamente estável, que assegure a proteção das liberdades e também limite o poder, com a intuição a favor de um autogoverno (GARGARELLA, 1996, p. 128).

Gilberto Bercovici (2004) mostra que, assim, a Constituição imporia limites aos poderes do soberano, agora reduzido à categoria de órgão do Estado e regido pela lei. Também imporia limites ao poder soberano do povo, na medida em que o Estado Constitucional é um Estado de poderes limitados. Diante disso, ainda que as constituições modernas e contemporâneas fossem (sejam) liberais, elas podem, ou não, ser democráticas, pois não basta elas atuarem simplesmente como limitadoras do poder (BERCOVICI, 2004). Elas também devem honrar outros compromissos: as conquistas históricas logradas, como o sufrágio universal, a vedação da tortura, o pluralismo político e a liberdade de expressão, a função social da propriedade, a garantia do devido processo legal, entre outras, sob pena de se reverem as trágicas experiências totalitárias do século XX. Daí a importância de a constituição ser sobremaneira democrática e guardar em si a ideia de potência, a carga revolucionária que leva em seu bojo e da qual fala Negri (2002, p. 07-09/426).

Porém, diferentemente do que aponta o autor italiano, pode-se conceber que é a partir da aplicação da própria Constituição, a partir da concretização dos direitos nela previstos, que se pode atualizar e revigorar sua potência, sua carga revolucionária, no Estado Constitucional Democrático. A potência revolucionária da Constituição aparece quando ela é aplicada, quando ela é o substrato fundamental de decisões que garantem direitos e seu exercício, inclusive o direito de dizer que uma norma constitucional é inconstitucional e, por isso mesmo, desobedecê-la.^{6,7} É através da concreção da própria Constituição que a potência, a carga revolucionária da Constituição é exibida e revigorada.

Diante deste dilema, da insanável e produtiva tensão entre democracia e constitucionalismo, uma alternativa a ser explorada é a de percorrer um caminho comum às duas noções, de tal forma a ressaltar as peculiaridades e qualidades do constitucionalismo e da democracia, isto é, o fato de que um é constitutivo do outro, sem que

isso signifique necessariamente o fim da tensão ou um certo apaziguamento ingênuo entre ambos. Esse caminho comum pode ser encontrado no princípio da igualdade (GARGARELA, 2004, p. 77).

A partir das ideias de constitucionalismo e democracia, a igualdade assume importante papel, ao determinar que todas as pessoas têm a mesma dignidade moral e são iguais em suas capacidades mais elementares. Da mesma forma, todo indivíduo tem igual direito de intervir na resolução dos assuntos que afetam a sua comunidade, vale dizer, todos merecem participar do processo decisório em pé de igualdade (GARGARELLA, 2004, p. 77). Se desta forma se presta o compromisso com a democracia, por outro lado se presta também compromisso com o constitucionalismo, na medida em que se preservam certos direitos fundamentais os quais permitem a cada um levar sua vida conforme seus ideais e, ainda, preservando uma estrutura de decisão democrática em que a opinião de cada um vale o mesmo que a do outro. Assim, a igualdade resulta no fundamento último da democracia e do constitucionalismo (DWORKIN, 2002, p. 305-369).

No entanto, há que se ressaltar que a igualdade, em especial a igualdade material (substancial), somente se concretiza quando liberdades moralmente importantes, como, por exemplo, a liberdade de expressão, de religião, de convicção, de orientação sexual, entre outras, forem constitucionalmente garantidas, protegidas e efetivadas (DWORKIN, 2000a, p. 121-123). Essas liberdades são fundamentais para decidirem em favor da igualdade, enquanto outras liberdades, como, por exemplo, a liberdade econômica, são importantes na medida de sua limitação pelo poder público (CHUEIRI; FACHIN, 2006 p. 329-330).

A noção de igualdade aqui tomada é a defendida por Ronald Dworkin (2000b, p. 124), a qual se configura em não somente assinalar um valor idêntico a cada um, mas também em igual consideração e respeito.

Nesse sentido, incorpora-se também a ideia de que, para tratar todos como iguais, é necessário fazê-lo nas medidas de suas igualdades e, da mesma forma, nas medidas de suas desigualdades. Ou seja, como expõe John Rawls (1971), implica assegurar que a vida de cada indivíduo depende das escolhas que ele fizer, e não das circunstâncias em que ele nasceu. Este ideal concebido por Rawls, em que se assegura a igualdade e a vida de cada um segundo suas escolhas, sem dúvida se mostra como um ideal regulador e que, destaque-se, está sujeito a violações por ações ou omissões do Estado e também dos particulares (GARGARELLA, 2004, p. 79). Assim, o ideal de escolha e decisão de cada um sobre sua vida deve ser observado de maneira crítica, em especial quando se trata do sistema democrático e constitucional de países periféricos e latino-americanos como o Brasil. Isso porque tal ideal de escolha e decisão leva em conta as conjecturas culturais, sociais e econômicas do sujeito, bem como deve(ria) implicar um processo mínimo de formação, informação e reflexão críticas sobre sua própria condição. Ademais, esta concepção individualista, na esteira do que se propõe

e, compartilhando da noção de igualdade proposta por Roberto Gargarella (2004, p. 79), também engloba a possibilidade de tomar decisões coletivas orientadas a remediar situações de coletividades evidentemente prejudicadas.

É a partir, sobretudo, da igualdade acima discutida (e/com liberdade) e da existência e fruição de instrumentos que facilitam e permitem atuações e decisões coletivas que se pode pensar em um processo transformador da realidade. Dessa forma, concebe-se a democracia como um processo orientado à transformação. Processo este que, conforme propõe Carlos Santiago Nino (1989), opõe-se à construção social alicerçada no *status quo* e foge da posição individual e egoísta, para atuar em favor de uma posição coletiva, fundada exclusivamente em um processo de construção e reflexão coletivas.

Aqui reside a importância da deliberação coletiva enquanto elemento essencial para a tomada de decisões de índole coletivas, já que se parte do pressuposto de igualdade e de que todos merecem igual respeito e consideração. Se o alcance dos direitos em um determinado momento passa a ser restringido, muitos problemas sociais deixam de ser resolvidos pelo direito, mas poderiam/podem/devem ser resolvidos pelo processo democrático à medida que o povo – os que são afetados por essa restrição – toma parte no processo político, no debate, no processo de decisão. Daí a defesa intransigente de Nino por uma democracia deliberativa que inclua os cidadãos no processo de tomada de decisões. Vale dizer, a democracia deliberativa rearticula soberania e poder constituinte, constitucionalismo e democracia e acentua o caráter produtivo das tensões experimentadas pelos cidadãos, na medida da inexorável, porém paradoxal relação que estabelecem entre si.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: DEMOCRACIA DELIBERATIVA

A democracia deliberativa pode conciliar, sem ignorar a tensão existente, o Estado de Direito e a soberania popular, em que é ele (Estado de Direito) condição de possibilidade da democracia (SOUZA NETO, 2006, p. 57). Nino (2003, p. 154) parte de uma concepção dialógica de democracia, na qual política e moral não se separam, mas determinam o valor da própria democracia. Assim, Nino foge de um modelo de explicação simplista e enfrenta a tensão entre constitucionalismo e democracia.

Nino (2003), a partir das considerações de Rawls e Habermas (em especial as feitas nas obras *Uma Teoria da Justiça*, de Rawls, e *Ética do discurso*, de Habermas),⁸ mas diferentemente deles, entende que o conhecimento da verdade moral se dá a partir de um procedimento que privilegia a discussão e a decisão intersubjetiva. O intercâmbio de ideias e a necessidade de justificar determinada posição aos outros debatedores/participantes incrementam o conhecimento que o indivíduo possui, detecta defeitos no raciocínio e protege a sua imparcialidade. No entanto, esta prática não exclui a possibilidade da reflexão individual de também produzir soluções

corretas, ainda que este método seja o menos confiável, dada a dificuldade de manutenção da imparcialidade em tal plano (NINO, 2003, p. 162).

Dessa forma, Nino apresenta uma tese que não nega nenhuma das proposições de Rawls e Habermas, quais sejam: a de que a verdade moral se constitui pela satisfação de pressupostos formais inerentes ao raciocínio prático de qualquer indivíduo, particularmente aquele segundo o qual um princípio moral é válido se aceitável para todos os que se encontrem sob condições ideais de imparcialidade, racionalidade e conhecimento dos fatos relevantes (Rawls). Ou seja, conforme Rawls, a prática social não é relevante para as regras que definem a validade dos princípios morais (NINO, 2003, p. 162). Já para Habermas, a verdade moral se constitui pelo consenso que resulta da prática da discussão moral, desde que esta observe o requisito da imparcialidade. Assim, Nino (2003) se vale de ambas as teses para ressaltar os aspectos positivos de cada uma; entretanto, para além delas, o autor propõe o que denomina “construtivismo epistemológico” (p. 166).

Nesse sentido, Nino fundamenta o valor epistemológico da democracia na busca da verdade moral através de práticas discursivas coletivas e/ou individuais e põe em evidência a imparcialidade como requisito essencial para a busca dessa verdade. Defender a deliberação como a melhor forma de tomar decisões imparciais não significa a ilusão em busca do consenso. Ao contrário, a deliberação é muitas vezes o momento de revelação de um estado de conflito, e não o caminho para um acordo consensual (GARGARELLA, 1996, p. 40). Por isso, Carlos Nino (2003, p. 202) não pretende alcançar o consenso como resultado mais adequado ou a solução mais justa, nem mesmo quando estiverem presentes as condições ideais para o debate.

A democracia deliberativa deve ser encarada como o caminho mais confiável para transformar os interesses das pessoas, as suas preferências, e chegar ao resultado mais correto (NINO, 2003, p. 202). Nesse sentido, a democracia deliberativa possui três elementos essenciais: (i) a inclusão de todos os possíveis afetados no processo de deliberação e decisão; (ii) a deliberação como forma de expressão dos argumentos que servirão de fundamento para a decisão e como meio de correção desses argumentos; e (iii) a igualdade, já que em situações de desigualdade a deliberação coletiva perde seu valor (GARGARELLA, 2008, p. 167).

Se, de um lado, a proposta de Nino e Gargarella busca fugir das decisões utilitaristas e parciais, ao expô-las à sabatina argumentativa, de outro, não consegue escapar ao fato de que em determinados momentos nem mesmo o procedimento legítimo pode impedir tais decisões. Por isso, Nino se preocupa tanto com a defesa das minorias e com a busca e proteção de determinados valores morais, transformados em norma e impassíveis de questionamento.

É justamente nesse ponto que Nino acentua a tensão entre constitucionalismo e democracia. A democracia deve ser adotada como procedimento e experimentação numa ação comunicativa e argumentativa, a fim de que sejam tomadas as decisões

moralmente mais corretas. No entanto, essas decisões não podem usurpar determinados direitos, conquistas, garantias etc. estabelecidos pela Constituição. O que diferencia Nino dos demais teóricos é que ele não pretende uma teoria que ignore ou supere essa tensão. Ao contrário, é a partir dela que se deve teorizar e com ela se deve conviver.

É justamente na constatação de Nino (2003) de que muitas vezes setores da sociedade são impedidos de serem ouvidos que o compromisso com o constitucionalismo e a democracia precisa ser levado às últimas consequências. A democracia enquanto conquista e processo de tomada de decisões insere o sujeito/povo nas discussões e deliberações, ao passo que o constitucionalismo regula este processo, estabelecendo limites, padrões e até mesmo determinações, como a representação. No entanto, muitas vezes o constitucionalismo (ao estabelecer a representação, por exemplo) representa um freio à democracia. Outras vezes, o próprio procedimento democrático deixa de incluir parcelas sociais que deveriam tomar parte na discussão. Nesta tensa conjugação, situações como as de manifestação pública e de protesto podem resgatar não somente o direito que possuem esses sujeitos marginalizados, mas também o próprio fundamento democrático que os permite e os legitima a serem ouvidos e tomarem parte no processo de discussão e decisão, reavivando, assim, o poder constituinte latente da Constituição.

As sociedades plurais requerem mais do que uma simples representação ou deliberação. É preciso uma ampla representação e uma ampla deliberação e isso só é alcançado por meio da inclusão institucional daqueles que estão à margem do processo deliberativo (GARGARELLA, 1998, p. 274). É na escuta desses reclamos e protestos que o constitucionalismo e a democracia podem e devem exercer o papel de inclusão e promover a igualdade de condições, para que esses sujeitos marginalizados se insiram no processo democrático e também tenham seus direitos concretizados.

É possível concluir, portanto, que a democracia só se realiza se determinadas condições jurídicas estiverem presentes. E essas condições são justamente os princípios e as regras estabelecidos pela constituição. Ao mesmo tempo, a constituição só adquire um sentido perene se está situada em um ambiente radicalmente democrático. Nesse sentido, a tensa e produtiva relação entre constitucionalismo e democracia, fundada na relação entre poder constituinte e soberania, pode ser mais bem compreendida a partir da proposta de democracia deliberativa defendida por Carlos S. Nino e Roberto Gargarella, pois, longe de ignorar a tensão imanente a essa relação, pode e deve, ao contrário, potencializá-la em favor da concretização de direitos e da ampliação do rol democrático.

NOTAS

1 Uma parte das reflexões expostas neste trabalho foi apresentada por Miguel G. Godoy na I Jornada de Jovens Investigadores, na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (UBA), em outubro de 2009.

2 Conforme Nino (2003, p.166-187), o valor da democracia está em sua natureza epistêmica, pois é o procedimento mais confiável para se chegar ao conhecimento dos princípios morais. Por esse motivo, essa visão não é uma visão perfeccionista, na medida em que pressupõe uma diferenciação entre balizas morais, limitando-se o valor epistêmico da democracia àquelas que são de natureza intersubjetiva.

3 Segundo K. Hesse (1991): “A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung). Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana”. (p. 19–20).

4 Apenas como exemplos de mutação constitucional inconstitucional levada a cabo pelo Poder Executivo podemos citar: a (i) inobservância por parte de Estados e Municípios das regras constitucionais que estabelecem o pagamento de precatórios, sobretudo o dever de inclusão em seus orçamentos da verba necessária para o respectivo pagamento, conforme determina o artigo 100, § 1º, da Constituição; (ii) a desapropriação de terras sem o pagamento efetivo da indenização, conforme determina o artigo 5º, XXIV, da Constituição; (iii) o remanejamento de verbas orçamentárias sem autorização legislativa, em afronta ao disposto no artigo 5º, VI, da Constituição.

5 É importante salientar que da metade do século XIX em diante, a soberania, ao menos formalmente, é pensada como exercício do poder pelo povo e para o povo. Assim, o Constitucionalismo funciona como limitador deste poder que outrora (séculos XVI e XVIII) se centralizava nas mãos do rei.

6 Sobre a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de normas constitucionais, ver: BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* (Coimbra: Almedina, 1994).

7 Sobre a possibilidade de desobediência civil em face de normas inconstitucionais, ver: ARENDT, Hannah. *Tiempos presentes* (Barcelona: Gedisa, 2006); BELTRÁN, M. C.; CASTELLI, G. L.; ALLIONE, O. (orgs.). *Derechos humanos, exclusión y resistencia* (Córdoba: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 2006); BUZANELLO, José Carlos. *Direito de resistência constitucional*, 2. ed. (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006); DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Jefferson Luiz Camargo, 2. ed. (São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 315–42); GARGARELLA, Roberto. *Derecho y grupos desaventajados* (Barcelona: Gedisa, 1999) e *El derecho a resistir el derecho. Miño y Dávila* (Buenos Aires: [s.n.], 2005); RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões, 3. ed. (São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 452–88); THOREAU, Henry David. *A desobediência civil e outros ensaios*. Trad. Alex Marins (São Paulo: Martin Claret, 2003).

8 Ver RAWLS, John. *A theory of justice* (Cambridge: Harvard University Press, 1971); e, também, HABERMAS, Jürgen. *Theory of communicative action*, v. 1 e 2 (Cambridge: Polity Press, 1996) e *Justification and application – remarks on discourse ethics* (Cambridge; Massachusetts; London: MIT Press, 1995).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

- ARISTÓTELES. *The complete works*. v. 1 e 2. Metaphysics. Editado por Jonathan Barnes. Princeton: Princeton University Press, 1984.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994.
- BERCOVICI, Gilberto. Constitution and politics: a difficult relationship. *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 jan. 2008.
- BURDEAU, G. *Traité de sciences politiques*. v. 4. Paris: [s.n.], 1983.
- CHUEIRI, Vera Karam de. *Before the Law: philosophy and literature (the experience of that which one cannot experience)*. Michigan: UMI, 2005.
- _____.; FACHIN, Melina. Dworkin e a tentativa de um constitucionalismo Apaziguado. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 2, jan./jun. 2006.
- DERRIDA, Jacques. *Force of Law: the mystical foundation of authority*. *Cardozo Law Review*, v. 11, n. 5–6, jul./ago. 1990.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Sovereign virtue: the Theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000a.
- _____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.
- GARGARELLA, Roberto. Constitución y democracia. In: ALBANESE, Susana; et al. (Orgs.). *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Universidad, 2004.
- _____. *El Derecho a la protesta: el primer derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.
- _____. Full representation, deliberation and impartiality. In: ELSTER, John (Org.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 274.
- _____. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.
- _____. *Teoría y Crítica del derecho constitucional*, tomo 1. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *Theory of communicative action*. v. 1 e 2. Cambridge: Polity Press, 1996.
- _____. *Justification and application*. Remarks on discourse ethics. Cambridge; Massachusetts; London: MIT Press, 1995.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- LEFORT, Claude. *A invenção democrática – os limites do totalitarismo*. São Paulo: Brasiliense, 1981.
- MICHELMAN, Frank. *Excerpt from Brennan and democracy*. Nova Jersey: Princeton University Press, 1999. Paper.
- _____. *Brennan and democracy*. Nova Jersey: Princeton University Press, 1999.
- NEGRI, Antonio. *O poder constituinte – ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- NETO, Menelick de Carvalho. Entrevista com Menelick de Carvalho Neto. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 4, 2007.
- NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundación*. Madrid: Ariel, 1989.
- _____. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.
- SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa – que é o Terceiro Estado?* Trad. Norma Azeredo. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997 (Clássicos do direito).
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa – um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Vera Karam de Chueiri

Rua Conselheiro Araújo, 192, ap. 01
Centro - 80060-230
Curitiba - PR - Brasil
vkchueiri@uol.com.br

PROFESSORA DE DIREITO CONSTITUCIONAL DOS PROGRAMAS
DE GRADUAÇÃO E PÓS-GRADUAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (UFPR)
COORDENADORA DO NÚCLEO "CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA:
FILOSOFIA E DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEAS"

Miguel G. Godoy

Rua Visconde do Rio Branco, 1799, ap. 122
Centro - 80420-210
Curitiba - PR - Brasil
miguelggodoy@hotmail.com

MESTRANDO EM DIREITO DO ESTADO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL
DO PARANÁ (UFPR)
PESQUISADOR-BOLSISTA DA CAPES
MEMBRO E PESQUISADOR DO NÚCLEO
"CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: FILOSOFIA E
DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEAS"