

PODER CONSTITUINTE (E) PODER CONSTITUÍDO

CONSTITUENT POWER (AND) POWER CONSTITUTED

Rene Toedter*

RESUMO

Na esfera do constitucionalismo, sobretudo na seara judicial, o direito procura mitigar a tensão entre poder constituinte e poder constituído, almejando uma estabilidade mínima necessária ao funcionamento da própria democracia. Ocorre que essa relação de conflito entre constitucionalismo e democracia não pode ser completamente ignorada. Nesse sentido, oportuno desmistificar a estrutura do modelo constitucional liberal, o qual procura a todo momento ocultar esse tema. A democracia, entendida em toda a sua radicalidade, deve ser mantida na forma de potência, em que pese a consolidação do constitucionalismo, pois, somente assim, se permite uma constante revisão do direito constitucional, de maneira atenta à identidade do sujeito constitucional em questão.

Palavras-chave: Poder constituído; Poder constituinte; Constitucionalismo; Democracia.

ABSTRACT

In the constitutionalism the law seeks to mitigate the tension between constituent power and constituted power, wants a minimum stability necessary for the functioning of democracy itself. Perhaps the relationship of conflict between constitutionalism and democracy can not be completely ignored. We should demystify the structure of the liberal constitutional model, which seeks to hide every time this subject. Democracy should be understood in all of its radicalism, should be maintained in the form of power, even in the constitutionalism, only in this way should provides a constant review of constitutional law, worried with the constitutional identity.

Keywords: Power constituted; Constituent power; Constitutionalism; Democracy.

* Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor da Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil. Correspondência para/Correspondence to: Rua Ivo Leão, n. 711, apto. 202, 80.030-180, Curitiba-PR, Brasil. E-mail: rene_toedter@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

As instituições democráticas contemporâneas encontram-se viciadas de escândalos, da mesma forma que a crença na liberdade econômica e as flagrantes violações aos direitos humanos ensejam a precariedade normativa enfrentada pelo conceito de democracia. Portanto, torna-se oportuno (re)discutir o tema, de modo que (re)avaliar a democracia, seus fundamentos e sentidos, bem como seus delimitadores, implica repisar a discussão sobre a relação existente entre o poder constituinte e o poder constituído.

Nesse sentido, o constitucionalismo encontra-se em pura tensão com a democracia. Esse conflito tende a figurar como permanente e insolúvel, pois eis que um, teoricamente, limita o outro. Ademais, essa relação, além de conflituosa, apresenta-se também de maneira ambígua, eis que as forças revolucionárias, aqui entendidas como representações do poder constituinte, após a consolidação do texto legislativo, procuram estagnar a si próprias no poder constituído. Esse convívio conturbado e impreciso põe em risco o próprio sistema democrático, motivo pelo qual, na esfera do constitucionalismo, sobretudo no âmbito judicial, o direito procura mitigar essa tensão, almejando uma estabilidade mínima necessária ao funcionamento da própria democracia.

230

Toda essa discussão poderá certamente implicar a conclusão quanto à fragilidade do constitucionalismo como meio estanque à democracia. Contudo, realçar os limites do direito constitucional, ou seja, desmascará-lo como fonte inesgotável de respostas aos anseios sociais deve ser encarado de modo positivo, principalmente por possibilitar para a Constituição melhor refletir a respeito da identidade do sujeito constitucional em questão, no que a democracia, ou o poder constituinte, exsurge como melhor meio dessa constante e atenta revisão do constitucionalismo.

O reconhecimento dessas linhas de conflito entre democracia e constitucionalismo é a forma mais produtiva para manter viva a chama do poder constituinte, mesmo consolidado o texto constitucional. Por sua vez, essa manutenção permite uma melhor reflexão da identidade do sujeito constitucional na Constituição em si, atenuando as fragilidades do direito constitucional que, bem ou mal, encontra-se fadado a responder aos anseios sociais que lhe são trazidos.

O PODER CONSTITUINTE

Antonio Negri relaciona poder constituinte com a ideia de democracia. Para o autor, na modernidade, o poder constituinte não é considerado apenas a fonte onipotente e expansiva produtora das normas constitucionais de todos os ordenamentos jurídicos, mas também o sujeito dessa produção, quando então tende a se identificar com o próprio conceito de política. “Portanto, 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, regular a política democrática”¹. De sorte que o conceito de poder constituinte identifica-se com a noção de crise, eis que resiste à integração total a um sistema de normas, assim como a democracia também se esquia à constitucionalização.

Pela ótica da ciência jurídica, o poder constituinte é a fonte de produção de normas constitucionais, ou seja, o poder de instaurar um novo ordenamento jurídico e, a partir daí, regular as relações jurídicas no seio de uma nova comunidade.

No fundo, o poder constituinte se revela sempre como uma questão de “poder”, de “força” ou de “autoridade” política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política².

Negri, contudo, critica essa maneira de interpretar o poder constituinte. Para o autor, se o poder constituinte é onipotente, não pode ser temporalmente limitado, tampouco detido e confinado às categorias jurídicas. Da mesma forma, por ser expansivo, não há que se coadunar com essa limitação não apenas temporal, mas também espacial. Assim, sob o ponto de vista objetivo, o autor aduz “uma fortíssima parafernália jurídica” que cobre e desnatura o poder constituinte³. Essa crise quanto à conceituação do poder constituinte, segundo Negri, torna-se ainda mais evidente a partir do prisma do direito subjetivo, no qual as características singulares da originariedade e da inalienabilidade são dissolvidas, além de haver a supressão do nexó que historicamente conecta o poder constituinte ao direito de resistência. “Absorvido pelo conceito de nação, o poder constituinte parece manter, é certo, alguns aspectos de originariedade; mas é sabido que se trata de um sofisma e o conceito de poder constituinte é antes sufocado que desenvolvido no conceito de nação”⁴.

Negri continua sua avaliação crítica, ao afirmar que após ser desnaturado sob os prismas objetivo e subjetivo, quando então o poder constituinte originário opõe-se ao poder constituinte em sentido próprio, ocorre uma secção do paradigma pela ciência jurídica, eis que ambos os conceitos opõem-se ao poder constituído. Nas palavras do autor: “a ideia de poder constituinte é juridicamente pré-formada quando se pretendia que ela formasse o direito, é absorvida pela ideia de representação política quando se almejava que ela legitimasse tal conceito”⁵.

¹ NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 7.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 65.

³ NEGRI, 2002, p. 9-10.

⁴ *Ibid.*, p. 10.

⁵ *Ibid.*, p. 11.

O poder constituinte não emana do poder constituído ou é uma instituição do poder constituído, *ele é ato de escolha, a determinação radical que abre um horizonte, o dispositivo radical de algo que ainda não existe, e cujas condições de existência pressupõem que o ato criador não perca suas características na criação*. Embora a ciência jurídica reconheça no poder constituinte a sua onipotência, expansividade e a sua não limitação, ela acaba sacrificando-o quando tenta de várias e diversas formas domesticá-lo⁶.

Na tentativa de identificar o meio pelo qual o poder constituinte deve de algum modo ser mantido, evitando sua irredutibilidade do fato constituinte, dos seus efeitos e dos valores que exprime, Antonio Negri analisa três soluções propostas pela doutrina, quais sejam: o poder constituinte como transcendente ao sistema do poder constituído, sendo sua dinâmica imposta a partir do exterior; o poder constituinte como imanente, sendo sua presença íntima; e, por fim, o poder constituinte como fonte integrada, coextensiva e sincrônica do sistema constitucional positivo. Após o que conclui que “transcendente, imanente ou coextensiva, a relação que a ciência jurídica (e, através dela, o ordenamento constituído) quer impor ao poder constituinte atua de modo a neutralizá-lo, a mistificá-lo, ou melhor, de esvaziá-lo de sentido”⁷.

Negri ainda contrapõe o poder constituinte ao constitucionalismo, para identificar naquele uma expressão radical da vontade democrática:

232

... o paradigma constitucionalista é sempre o da “constituição mista”, da mediação da desigualdade e na desigualdade, portanto um paradigma não democrático (...) o paradigma do poder constituinte, ao contrário, é aquele de uma força que irrompe, quebra, interrompe, desfaz todo equilíbrio preexistente e toda continuidade possível. O poder constituinte está ligado à ideia de democracia, concebida como poder absoluto. Portanto, o conceito de poder constituinte, compreendido como força que irrompe e se faz expansiva, é um conceito ligado à pré-constituição da totalidade democrática⁸.

Portanto, Antonio Negri diferencia poder constituinte e poder constituído pelo prisma do tempo; enquanto esse se trata de uma doutrina jurídica atrelada apenas ao tempo transcorrido, aquele, ao contrário, refere-se sempre ao tempo forte e futuro, pelo que o autor conclui que não é o enfoque constitucionalista o meio hábil a resolver o problema da crise do conceito de poder constituinte⁹.

⁶ CHUEIRI, Vera Karam de. Nas trilhas de Carl Schmitt (ou nas teias de Kafka): soberania, poder constituinte e democracia radial. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 370.

⁷ NEGRI, 2002, p. 11-19.

⁸ *Ibid.*, p. 21.

⁹ *Ibid.*, p. 21-22.

Ademais, o Estado de Direito, como representação do poder acomodado, opõe poder constituinte à soberania. Nesse diapasão, “não há política democrática onde quer que o poder (soberano, constituinte) não seja ausência, vazio, suspensão do direito e que, por isso mesmo, seja possível: a lei mantém-se na sua própria privação, aplica-se, desaplicando-se”¹⁰.

Ante as dificuldades de se aferir um melhor conceito ao poder constituinte, o autor sugere que se aceite tal dilema, tentando assim melhor compreender a natureza do conceito. “Ora, aceitar a crise do conceito significa desde logo negar que o conceito de poder constituinte possa de algum modo ser fundado e, com isto, privado da sua natureza de fundamento”¹¹. Dessa forma, Negri aduz que o poder constituinte se define surgindo do vazio como uma necessidade totalmente aberta, motivo pelo qual a potência constitutiva não se esgota no poder, ou seja, poder constituinte como força que se projeta para além da ausência de finalidade¹²:

É assim que a potência se forma como poder constituinte, não para ser institucionalizada, mas para construir mais ser – ser ético, ser social, comunidade. Eis-nos aqui a descobrir novamente o nexó estreitíssimo e profundo existente entre poder constituinte e democracia. O desejo de comunidade é o espectro e a alma do poder constituinte – desejo de uma comunidade tão real quanto ausente, trama e motor de um movimento cuja determinação essencial é a exigência de ser, repetida, premente, surgida de uma ausência. “O que é potente pode ser e não ser”¹³.

233

Antonio Negri trabalha o poder constituinte como algo inesgotável, entendendo que esse vive em busca do seu próprio devir na crise contínua que decorre do confronto entre o trabalho da sociedade com o trabalho morto acumulado pelo poder.

A potência é ao mesmo tempo irremediável e aleatória (...) o poder constituinte transfere a sua potência da possibilidade para a concretização da vontade (...) O projeto já não consiste em fazer com que o político corresponda ao social, mas em inserir a produção do político na criação do social. A democracia é o projeto da multidão enquanto força criadora, enquanto deus vivo...¹⁴.

O autor, ora em companhia de Michael Hardt, ainda defende que a democracia se apresenta como poder constituinte, poder este expresso pela multidão

¹⁰ CHUEIRI, op. cit., p. 372.

¹¹ NEGRI, 2002, p. 24.

¹² Ibid., p. 26.

¹³ Ibid., p. 38.

¹⁴ Ibid., p. 423-425.

dos sujeitos singulares que exclui qualquer transferência de poder. O poder constituinte, nesse sentido, exclui o fato de qualquer fonte externa ao que é conscientemente definido pela multidão, ou seja, trata-se de uma democracia sem fundamento, sem limite e sem teleologia.

O poder constituinte exclui o fato de qualquer fonte externa ao que é conscientemente definido pela multidão na experiência possa ser imposto à liberdade da ação humana histórica e construtiva. É uma democracia, portanto, sem fundamento, sem limite real ou lógico, sem teleologia (...) O poder constituinte é comunicação democrática dentro da qual as instituições da reprodução social se formam e reformam continuamente (...) O poder constituinte é a única forma na qual a democracia pode ser compreendida, se não quisermos negá-la na sua própria definição¹⁵.

Giorgio Agamben destaca como Negri pensa o poder constituinte em toda sua radicalidade, quando então deixa de ser um conceito político em sentido estrito e se apresenta necessariamente como uma categoria da ontologia. Nas palavras do autor,

o problema do poder constituinte se torna então aquele da “constituição da potência” (...), e a dialética irresolvida entre poder constituinte e poder constituído deixa lugar a uma nova articulação da relação entre potência e ato, o que exige nada menos que repensar as categorias ontológicas da modalidade em seu conjunto¹⁶.

234

Quer dizer, o autor pensa a relação entre poder constituinte e soberania a partir das concepções de ato e potência¹⁷. Dessa forma, Agamben alerta que o senso comum acostumou-se a pensar e agir entendendo que a potência sempre acaba quando resulta em um ato. Todavia, ressalta o autor que a passagem ao ato não anula, tampouco esgota a potência, mas a conserva no ato como tal e, principalmente, na sua forma eminente de potência de não (ser ou fazer):

What is potentiality? For Agamben, an adequate grasp of this concept will not be attained if one does not also consider impotentiality, or the potentiality not to, which at first sight seems to be potentiality's negative counterpart but in truth is something altogether different. It is not potentiality's

¹⁵ NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. *O trabalho de Dionísio*: para a crítica ao Estado pós-moderno. Tradução de Marcello Lino. Juiz de Fora: UFJF – Pauzulin, 2004. p. 199.

¹⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 51.

¹⁷ “Daí, a convicção de Agamben de que a única possibilidade de se pensar o poder constituinte totalmente livre do *bando* soberano, rompendo com o nó que os ata, é pensar, para além da filosofia política e de forma diferente (na esfera da filosofia primeira, no campo da ontologia destas categorias), a relação entre potência e ato”. CHUEIRI, op. cit., p. 372.

negative counterpart because impotentiality is not the absence of potentiality, but that without which the essence of potentiality itself cannot be thought. The potentiality not to is still a potentiality; it indicates the possibility of a positive withdrawal from the act, as in ‘Bartleby, the Scrivener,’ to which Agamben’s dedicates an essay on contingency¹⁸.

Agamben afirma que a “potência perfeita” seria aquela que “se mantém em relação com o ato na forma de sua suspensão, *pode* o ato podendo não realizá-lo, pode *soberanamente* a própria impotência”¹⁹. Nesse sentido, a potência pode ser identificada na soberania: “a potência (no seu dúplice aspecto de potência de e potência de não) é o modo através do qual o ser se funda *soberanamente*, ou seja, sem nada que o preceda e determine (*superiorem non recognoscens*), senão o próprio poder não ser”²⁰. Assim, um ato é definido como soberano quando “se realiza simplesmente retirando a própria potência de não ser, deixando-se ser, doando-se a si”²¹. A passagem da potência à soberania é realizada por meio da estrutura da exceção²².

Agamben desenvolve ainda a sua ideia de potência a partir da análise das cartas de Paulo²³. O autor aduz que *promessa* e *fé* são entendidos por Paulo em oposição à lei. Contudo, o que aparentemente apareceria como uma antinomia é, de fato, uma crítica à lei mundana e uma redefinição da lei para uma ordem maior, a qual decorre da unidade da fé e da promessa: a lei messiânica. “La ley mesiánica es la ley de la fe, y no simplemente la negación de la ley: pero ello no significa que se trate de sustituir las antiguas *miswoth* por nuevos preceptos, se trata más bien de oponer un aspecto no normativo de la ley a otro normativo”²⁴. Ou seja, a questão não é trocar uma lei por outra, mas, sim, opor uma figura não normativa da lei a uma normativa.

Para responder à pergunta sobre o que seria uma figura não normativa da lei, o autor analisa o conceito de *katargeín*, que significa desativar, “como muestra con claridad la oposición etimológica con *energéo*, *katargéo* indica la acción de

¹⁸ GULLI, Bruno. The ontology and politics of exception: reflections on the work of Giorgio Agamben. In: CALARCO, Matthew; DECAROLI, Steven (Ed.). *Giorgio Agamben: sovereignty and life*. California: Stanford University Press, 2007. p. 221.

¹⁹ AGAMBEN, 2002, p. 53.

²⁰ *Ibid.*, p. 54.

²¹ *Id.*

²² GULLI, *op. cit.*, p. 225.

²³ As dez primeiras palavras das cartas de Paulo, quais sejam, “Paulo, servo de Jesus Cristo, chamado para ser um apóstolo, separado para o evangelho de Deus” (no original em latim: *Paulos doulos Christou iesou, kletos apostolos aphorismenos eis euaggelion theou*), são utilizadas para trabalhar a ideia do tempo que resta, do tempo messiânico, como paradigma do tempo histórico (AGAMBEN, Giorgio. *El tiempo que resta*: comentario a la carta a los romanos. Tradução de Antonio Piñero. Madrid: Trotta, 2006. p. 15 e 18).

²⁴ AGAMBEN, 2006, p. 97.

salir del ámbito de la *enérgeia*, del acto²⁵. Desativação, portanto, implica inversão na qual “la potencia pasa a acto y alcanza su fin (*telos*) no en la forma de fuerza o *ergon*, sino en la de debilidad, en la *asthénéia*”²⁶. Essa inversão da relação entre potência e ato também enseja implicações na seara da lei, a qual não é simplesmente abolida ou anulada, mas precisamente desativada: “como la potencia ejerce su efecto en la esfera de la ley y sus obras no simplemente negándolas o aniquilándolas, sino desactivándolas, haciéndolas inoperantes, no-ya-en-obra”²⁷. O que está sob análise do autor é o conceito de impotência, da potência de não:

What is at work here is the concept of impotentiality, the potentiality not to, which is a fundamental figure in Agamben’s work. It indicates the neutrality of the act, or better the neutrality of potency with respect to the act, and thus the contingency of causality: that which has been let out of the act, and certainly also that which has not yet entered the act²⁸.

Agamben afirma que somente é possível levar a lei ao seu cumprimento, quando se a restitui ao estado de inoperabilidade da potência. De sorte que, o que se encontra desativado, livre de *enérgeia*, não está anulado, mas conserva e afirma para o seu próprio cumprimento²⁹.

Como observa Gulli³⁰, Agamben trabalha o plano do poder constituinte contra o do poder constituído a partir das cartas de Paulo, sobretudo na divisão desse a respeito da seara da fé e da *nomos*. Quando o pensamento messiânico aparece como uma luta dentro da lei, na qual os elementos do pacto e do poder constituinte possuem a tendência de se opor e de se emancipar ao elemento da norma estrito senso. As concepções de soberania e de poder constituinte devem ser abandonadas ou ao menos amplamente revistas:

If there is today a social power (*potenza*), it must see its own impotence (*impotenza*) through to the end, it must decline any will to either posit or preserve right, it must break everywhere the nexus between violence and right, between living and language that constitutes sovereignty³¹.

O modelo constitucional liberal, posto nas sociedades atuais, alicerça-se em uma estrutura que não fomenta o antagonismo existente entre democracia e

²⁵ AGAMBEN, 2006, p. 98.

²⁶ Id.

²⁷ Ibid., p. 99.

²⁸ GULLI, op. cit., p. 232-233.

²⁹ AGAMBEN, 2006, p. 98.

³⁰ GULLI, op. cit., p. 234.

³¹ AGAMBEN, Giorgio. *Means without end: notes on politics*. Translated by Vincenzo Binetti and Cesare Casarino. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2000. p. 113.

poder, o que lhe cega com relação à categoria do político, sacrificando a democracia na radicalidade que se defendeu até aqui³². Assim, colocada a digressão ora realizada sobre o poder constituinte, oportuno verificar a seguir o modo de esse dialogar com o poder constituído.

DIÁLOGOS COM O PODER CONSTITUÍDO

Pretendeu-se até aqui desmistificar a estrutura do modelo constitucional liberal que oculta a tensão entre democracia e constitucionalismo. Há de se destacar que esse debate entre poder constituinte e poder constituído, por ser insolúvel, tende a permanecer, apesar de eventual estabilização de um sistema de normas. Nesse sentido, o constitucionalismo apresenta-se como a teoria da limitação do poder democrático do povo, plasmado na figura do poder constituinte. Esse, por sua vez, conserva-se no seio do constitucionalismo, mesmo que seja na condição de potência. Na esfera do constitucionalismo, sobretudo no âmbito judicial, o direito mitiga a tensão entre poder constituinte e poder constituído no intento de oportunizar uma estabilidade mínima necessária para o próprio funcionamento do sistema democrático.

A preocupação de reler o constitucionalismo, a partir do prisma do poder constituinte, inicia-se pela questão de definição da identidade do sujeito constitucional. Nesse sentido, Michel Rosenfeld aduz que o ponto principal diz respeito a como a identidade constitucional pode se distanciar o suficiente das demais identidades contra as quais ela precisa forjar a sua própria imagem, enquanto, concomitantemente, incorpora elementos suficientes dessas identidades para continuar viável no interior de seu próprio ambiente sociopolítico³³:

Em última instância, a identidade constitucional é problemática porque além de permanecer distinta e oposta a outras identidades relevantes, é inevitavelmente forçada a incorporá-las parcialmente para que possa adquirir sentido suficientemente determinado ou determinável. Ainda que os constituintes tivessem podido escrupulosamente evitar se referir a essas outras identidades deixadas de fora indubitavelmente se esgueiriam de volta ao *corpus* constitucional, como um subproduto da interpretação e da elaboração das normas constitucionais³⁴.

A identidade constitucional, portanto, surge como algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto, em especial se confrontada a partir de uma *living*

³² CHUEIRI, op. cit., p. 372.

³³ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 23.

³⁴ ROSENFELD, 2003, p. 22.

constitution, quando então essa identidade torna-se o produto de um processo dinâmico sempre aberto à maior elaboração e revisão³⁵. Aqui se demonstram os contornos do poder constituinte como potência em relação ao constitucionalismo, eis que o conteúdo desse se encontra predestinado à incompletude, sempre em busca de uma maior determinação.

Essa carência permanente da identidade constitucional, a qual jamais poderá ser totalmente representativa de todos que se encontram sob sua guarda, torna-se a “alternativa que deve fornecer o ponto de partida contrafactual para a avaliação crítica”³⁶. Contudo – ao contrário dos autores explorados na primeira parte desse trabalho, Antonio Negri e Giorgio Agamben, que desconfiam do constitucionalismo – Michel Rosenfeld sustenta que a busca da identidade do sujeito constitucional é feita mediante a avaliação das alternativas com base no potencial de integração do *outro interno* pelo *eu* dentro dos limites do constitucionalismo e sempre respeitando a sua integridade³⁷.

Caberia ao judiciário minimizar essa carência de representatividade da identidade constitucional em relação às demais identidades presentes no seio social. Michel Rosenfeld observa que Carlos Nino, ao trabalhar a dificuldade contramajoritária do controle judicial, aponta uma justificativa filosófica a partir da tensão dialética entre constitucionalismo e democracia, ou seja, entre poder constituinte e poder constituído.

238

The relationship between constitutionalism and democracy is problematic if not downright contradictory. Sometimes, constitutionalism and democracy are conceived as being antagonistic, while at other times, as being essentially mutually dependent and mutually reinforcing³⁸.

Michel Rosenfeld aduz que a análise proposta por Nino revela que a correlação entre controle de constitucionalidade e a tensão entre democracia e constitucionalismo não é tão aparente. Por conta dessa dificuldade, o autor defende que a decisão final sobre a Constituição não pode ser restringida única e exclusivamente ao Judiciário – pelo controle de constitucionalidade –, mas deve decorrer também de normas extralegais, as quais decorrem do processo de deliberação democrática.

Accordingly, we seem to have come full circle, with the ultimate meaning of the constitution depending somehow on democracy, thus apparently

³⁵ ROSENFELD, 2003.

³⁶ *Ibid.*, p. 114.

³⁷ *Ibid.*, p. 114-115.

³⁸ ROSENFELD, Michel. Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity. In: ROSENFELD, Michel (Ed.). *Constitutionalism, identity, difference and legitimacy*. Durham and London: Duke University Press, 1994. p. 26-27.

negating the legitimacy of judicial review. Nonetheless, by a further twist of the dialectic, it turns out that deliberative democracy itself depends for its survival on the operation of certain nondemocratic constraints designed to bolster the integrity of the democratic process and individual autonomy. Judicial review happens to be appropriate vehicle for the implementation of the constraints designed to save democracy from its tendency towards self-destruction³⁹.

Quer dizer, a própria democracia deliberativa necessita de limitações contramajoritárias para fins de assegurar a integridade do processo democrático e a autonomia individual. Assim, para Nino, o controle de constitucionalidade – leia-se a atuação judiciária – deve ser tratado como uma exceção à deliberação democrática. Ademais, a sua justificação seria a tentativa de equilibrar os três prismas do constitucionalismo, que, segundo Nino, são a deliberação democrática, o respeito aos direitos individuais e a adesão ao Estado de Direito. Quando nenhum desses focos for identificado no controle de constitucionalidade, conclui-se então que esse não desempenha um papel fundamental na formação da identidade constitucional⁴⁰.

Para Carlos Nino, o constitucionalismo parece requerer claramente o reconhecimento da importância mútua de suas dimensões democrática e liberal, essa última fundada nos direitos dos indivíduos. Devido à variedade de combinações institucionais que podem ocorrer entre esses valores, é importante, para o autor, um marco normativo para poder entendê-los. Nesse sentido, Nino defende a democracia como um instrumento para alcançar essa estabilidade normativa⁴¹.

Assim, para o autor dois elementos alicerçam o constitucionalismo, *direitos e democracia*, e essa combinação enseja seus próprios problemas. Em primeiro lugar, não é fácil identificar concepções normativas congruentes com esses dois ideais. A democracia significa a regra da maioria, quando então os direitos individuais supõem uma aceitação unânime ou decisões tomadas por funcionários não eleitos democraticamente, tais como os juizes ou outras instituições minoritárias. Em segundo lugar, a tarefa de combinar os dois ideais, democracia e direito, não é em si suficiente para explicar a noção de constitucionalismo. O constitucionalismo deve também incluir o ideal de respeitar a constituição histórica e o sistema jurídico que dela deriva⁴².

³⁹ ROSENFELD, 1994, p. 27.

⁴⁰ Ibid., p. 27-28.

⁴¹ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, Espanha: Gedisa Editorial, 1996. p. 21-22.

⁴² NINO, op. cit., p. 25.

Nesse sentido, Nino busca identificar duas dialéticas da democracia que derivam do meio em que ela se encontra implantada dentro de uma Constituição complexa. Uma delas, localizada entre o aspecto ideal da Constituição, que reflete a dimensão constitucional da democracia e a dimensão dos direitos, e a Constituição real, que reflete a dimensão histórica do constitucionalismo. O autor defende a posição de que ambos os componentes de uma Constituição, o ideal e o real, formam a fonte de argumentos válidos, e mostra de que maneira esses se combinam. O autor ainda examina a dialética entre a constituição dos direitos e a constituição da democracia, na busca de identificar uma forma em que os direitos e a democracia combinem-se de modo coerente⁴³.

Para Carlos Santiago Nino, “o teorema fundamental da teoria jurídica” consiste no ato de que as ações e decisões não podem ser justificadas sobre a base de normas positivas, mas apenas a partir de razões autônomas, que são, ao final, princípios morais. Presumivelmente esses princípios morais estabelecem um grupo de direitos fundamentais. As convenções ou as práticas constitucionais não são premissas do raciocínio justificatório, mas objeto de justificação no primeiro estágio desse raciocínio. Essas práticas servem como base para a justificação de ações e decisões concretas em um segundo estágio⁴⁴. O autor ainda valora as bases e implicações dos princípios que estabelecem direitos no raciocínio prático, pois entende que somente quando respondida essa inquietude será possível determinar o contrapeso que o reconhecimento de direitos exerce sobre o alcance legítimo do processo democrático. Esse alcance pode ser maior ou mais restrito, de acordo com os fundamentos e implicações do reconhecimento de direitos morais⁴⁵.

O autor propõe a si o desafio prático de conceber epistemologicamente a democracia, na medida em que, a partir das características das sociedades hodiernas, não existe um desenho institucional possível que satisfaça as condições subjacentes desses valores epistemológicos da democracia⁴⁶. Nesse sentido, a representação política surge como um “mal necessário”, eis que, na comunidade política atual, a democracia direta via de regra nem sempre é factível. A partir dessa concepção deliberativa, a existência de um reduzido grupo de indivíduos que decidem pelos demais enseja um hiato no processo deliberativo, que certamente influencia de maneira negativa a confiabilidade do processo:

⁴³ NINO, op. cit., p. 26-27.

⁴⁴ Ibid., p. 70.

⁴⁵ Id.

⁴⁶ Ibid., p. 204.

Si la democracia es un sucedáneo de la discusión moral, la representación consistiría en una delegación producida a fin de hacer posible la continuación de la discusión que los ciudadanos han comenzado. Esta discusión debería partir del consenso alcanzado en el proceso electoral para poder alcanzar conclusiones más detalladas con respecto al proceso de implementación. Pero es necesario enfatizar que la representación es un mal necesario, y que la democracia directa debe ser obligatoria siempre que sea posible. Esta última incrementa la calidad epistémica de la democracia y colabora en lograr que la constitución histórica se aproxime a la ideal⁴⁷.

Em que pese o autor concordar com as peculiaridades da democracia direta, ele tem como certa a dificuldade de implantação desse sistema nos modelos de sociedades atuais. Inclusive entende que eventual descentralização no processo decisório e de discussão política não é suficiente para o funcionamento da democracia direta, pois não chega a permitir discussões “cara a cara”. Nesse sentido, o autor sustenta a necessidade de implementá-la tanto em unidades muito pequenas como também nas de grande magnitude⁴⁸.

O que se mostra imprescindível, ao se conciliar todos os autores debatidos até aqui, é reconhecer que a democracia excede aos limites tradicionalmente atribuídos pelo constitucionalismo. E que é essa potência revolucionária inscrita nos ditames legais que permite a revisão constante do direito constitucional, ao passo de torná-lo da melhor maneira possível coerente e atento às demandas sociais, possibilitando, assim, que o direito não se cale diante da tensão ora demonstrada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A complexidade das sociedades modernas não permite que se concretizem todas as condições subjacentes dos valores epistemológicos da democracia. Ocorre que o poder democrático do povo, ou seja, o poder constituinte, deve se manter na forma de potência dentro do constitucionalismo. Somente assim as fraquezas do direito constitucional poderão ser evidenciadas. Com esses vícios expostos, e com a chama do constituinte mantida no seio do constitucionalismo, possibilita-se um texto constitucional mais atento às peculiaridades do sujeito constitucional em questão.

O constitucionalismo deve se alicerçar sobre a combinação de direitos e democracia, uma vez que, inevitavelmente, se encontra obrigado a decidir e a

⁴⁷ NINO, op. cit., p. 205.

⁴⁸ Ibid., p. 213-214.

responder às demandas que lhe são postas. De certo que há divergências entre esses ideais basilares, pois enquanto a democracia significa a regra da maioria, os direitos individuais supõem uma aceitação unânime ou até decisões contra decisões majoritárias. Nesse sentido, apenas a combinação dessas características não é em si suficiente para explicar o constitucionalismo. Ainda se faz necessário incluir o ideal de respeito à constituição histórica e ao sistema jurídico que dela deriva. Nesse sentido, Nino examina a dialética entre a constituição dos direitos e a constituição da democracia, na busca de identificar uma forma em que esses se combinem de modo coerente.

Mostra-se oportuno aliar as lições de Nino à exegese de Negri, para quem o poder constituinte é onipotente e expansivo, não podendo ser temporalmente limitado, tampouco detido e confinado às categorias jurídicas. E é nessa radicalidade democrática de Negri que se deve buscar a ideia de Nino acerca da democracia como instrumento para alcançar a estabilidade normativa do constitucionalismo. Nesse sentido, em razão dessa tensão entre democracia e constitucionalismo, não se pode permitir, por exemplo, que a decisão final sobre a Constituição seja restrita apenas ao Judiciário. Ao contrário, deve-se recorrer também às normas extraleais decorrentes do processo de deliberação democrática para definição do texto constitucional.

242 Com cuidado, para não se cair na tênue linha de pensamento totalitário, mas se deve ter a democracia para além do Estado de Direito, em que pese corriqueiramente se pensar que algo exterior a esses limites (algo, portanto, “fora da lei”) seja por isso ilegal. Em outras palavras, é nítido que a democracia transborda aos limites impostos pelo constitucionalismo, sendo que apenas a potência constituinte inscrita no seio do constitucionalismo permite a revisão constante e atenta do direito constitucional aos olhos e à busca da identidade do sujeito constitucional. Assim se mostra imprescindível não ignorar essa tensão entre poder constituído e poder constituinte, o que infelizmente muitas vezes é feito pelo direito.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *El tiempo que resta: comentario a la carta a los romanos*. Tradução de Antonio Piñel. Madrid: Trotta, 2006.
- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- AGAMBEN, Giorgio. *Means without end: notes on politics*. Translated by Vincenzo Binetti and Cesare Casarino. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CHUEIRI, Vera Karam de. Nas trilhas de Carl Schmitt (ou nas teias de Kafka): soberania, poder constituinte e democracia radial. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 347-377.

GULLI, Bruno. The ontology and politics of exception: reflections on the work of Giorgio Agamben. In: CALARCO, Matthew; DECAROLI, Steven (Ed.). *Giorgio Agamben: sovereignty and life*. California: Stanford University Press, 2007. p. 219-242.

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

NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. *O trabalho de Dionísio: para a crítica ao Estado pós-moderno*. Tradução de Marcello Lino. Juiz de Fora: UFJF – Pauzulin, 2004.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, Espanha: Gedisa Editorial, 1996.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSENFELD, Michel. Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity. In: ROSENFELD, Michel (Ed.). *Constitutionalism, identity, difference and legitimacy*. Durham and London: Duke University Press, 1994. p. 3-35.

Data de recebimento: 08/10/2010

Data de aprovação: 20/12/2010

