

O PODER CONSTITUINTE NO BRASIL PÓS-1964: CONTRIBUIÇÃO À PROBLEMATIZAÇÃO DA TEORIA DO FENÔMENO CONSTITUCIONAL NO LIMAR ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

*THE CONSTITUENT POWER IN POST-1964 BRAZIL:
CONTRIBUTION TO THE QUESTIONING OF
CONSTITUTIONAL PHENOMENON THEORY ON
THE THRESHOLD BETWEEN DEMOCRACY AND
CONSTITUTIONALISM.*

MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA*
RAFAEL DILLY PATRUS**

RESUMO

O presente artigo analisa a inserção do poder constituinte em um contexto histórico-cultural, à luz de uma teoria reconstrutiva da Constituição. Tal análise implica a reapreciação da distinção clássica entre o poder constituinte originário e o poder constituinte derivado, de forma a propiciar uma releitura do fenômeno da “autoridade criadora” da Constituição no

ABSTRACT

This article analyses the assimilation of constituent power into a historical and cultural context, in light of a reconstructive theory of the Constitution. This analysis implies a reconsideration of the classical distinction between the original constituent power and the derived constituent power, in order to provide a reinterpretation of the phenomenon of the

* Professor Associado III da Faculdade de Direito da UFMG. Coordenador do Curso de Bacharelado em Ciências do Estado da Faculdade de Direito da UFMG. Bolsista de Produtividade do CNPq. Mestre e Doutor em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da UFMG. Estágio Pós-doutoral com bolsa da CAPES em Teoria do Direito na Università degli Studi di Roma III.
E-mail: mcattoni@gmail.com.

** Aluno do Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Estudante e pesquisador intercambista na Friedrich-Schiller-Universität Jena (Alemanha) e na London School of Economics and Political Science (Inglaterra).
E-mail : rdpatrus@gmail.com.

limiar entre constitucionalismo e democracia. Com base na premissa da problematização teórica da teoria do poder constituinte, reexamina-se a experiência constitucional brasileira pós-1964, com enfoque no tratamento dado ao problema constituinte durante o regime militar e no significado da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88, com vistas à redefinição de diretrizes para o pensar histórico-jurídico do processo de constitucionalização e redemocratização do Brasil. A reconstrução que se propõe envolve, em síntese, o questionamento quanto à maneira pela qual o Estado Democrático de Direito e sua existência no Brasil tornaram-se exigíveis, o rompimento com a perspectiva tradicional de acordo com a qual a problemática da legitimidade e da efetividade constitucionais é raciocinada a partir de um hiato entre um suposto idealismo da Constituição e uma realidade social recalcitrante, e a re colocação historiográfica de uma racionalidade normativa já presente e vigente nas práticas político-constitucionais cotidianas.

PALAVRAS-CHAVE: Poder constituinte. Constitucionalismo. Democracia. Regime militar. Revolução. Constituição. Assembleia Constituinte de 1987/88.

“creative authority” of the Constitution on the threshold between constitutionalism and democracy. Based on the theoretical premise of questioning the theory of constituent power, the paper examines the constitutional experience of post-1964 Brazil, focusing on the treatment given to the constituent problem during the military regime and on the meaning of the National Constituent Assembly of 1987/88, aiming to set new standards for the legal-historical thinking of the process of constitutionalization and democratization of Brazil. The (re)construction proposed involves, in short, questioning the way through which the democratic State of law and its existence in Brazil became payable, breaking with the traditional view according to which the problem of constitutional legitimacy and effectiveness is reasoned from a gap between the idealism of the Constitution and a recalcitrant social reality, and historiographically reallocating the normative rationality already present in the political and constitutional practices.

KEYWORDS: *Constituent power. Constitutionalism. Democracy. Military regime. Revolution. Constitution. Constituent Assembly of 1987/88.*

SUMÁRIO: 1 - Introdução. 2 - Revolução e Constituição no Regime Militar: O poder constituinte permanente. 3 - A Assembléia Constituinte de 1987/1988 e o significado do poder constituinte democrático. 4 - Conclusão: Um poder constituinte no limiar entre constitucionalismo e democracia.

1. INTRODUÇÃO

Conquanto carente de definição canônica, o constitucionalismo contemporâneo, segundo parcela significativa da doutrina constitucional, faz menção a “um método específico de exercício do poder político”. Trata-se, em última análise, de uma “teoria normativa da política” (CANOTILHO, 2009, p. 51), calcada na exigência do governo limitado, do Estado de

Direito e da proteção dos direitos fundamentais. Ainda que, ao longo da história, regimes autoritários tenham se valido de constituições em seu processo de institucionalização,¹ é inconcusso que a legitimidade da autoridade política nos dias de hoje depende significativamente do respeito às imposições do constitucionalismo.

A despeito disso, a concepção constitucionalista do Estado Democrático de Direito, historicamente construída ao longo de um processo de aprendizado político e social com o direito e com a política de mais de duzentos anos, refere-se normativamente à relação interna entre duas noções aparentemente contraditórias: a democracia, edificada sobre a fundação da soberania do povo e do autogoverno, e a exigência constitucional da juridicização do poder e do respeito a um cabedal de direitos. Perceber a tensão existente entre os poderes constituídos e a esfera pública e problematizá-la no campo político-institucional constituem desafios revestidos de grande atualidade. E, diferentemente do que se pode imaginar inicialmente, não se trata de um embate puramente teórico-construtivo (PALOMBELLA, 2000, p. 5).

Uma noção central para tal discussão é a do poder constituinte. Fenômeno fundante que é, a concepção tradicional do poder constituinte põe em cheque a ideia do papel exercido pelo direito face aos instrumentos de intervenção popular, extenuando a problemática relativa à apropriação histórica da Constituição, à sua legitimidade e ao reconhecimento das correlações existentes entre o pensamento político de hoje e as forças e os equilíbrios constituintes de ontem.

Partindo-se da distinção clássica entre poder constituinte e poderes constituídos, é inevitável que se conceba aquele como

1 Todo Estado, em qualquer época ou lugar, escorou-se, de alguma forma, sobre um conjunto de comandos primários atinentes à sua organização fundamental, à sua estrutura e ao desempenho das suas funções. A Constituição é pensada como o epicentro de um arcabouço organizatório inerente à qualquer comunidade política. Nesse contexto é que se afirma que “as Constituições não se desdramatizam dos sistemas políticos e sociais” (MIRANDA, 2009, p. 162).

uma força inicial (antecedente e, portanto, não pertencente ao ordenamento jurídico por ela delineado) e juridicamente desvinculada (livre para fazer tudo como se partisse do nada político, jurídico e social) com aptidão para estabelecer e organizar a ordem estatal.²

Uma indagação que tal concepção coloca salta aos olhos já à primeira vista: é possível impor limites ao poder constituinte? A partir daí, outros questionamentos, correlatos a este primeiro, exsurtem de forma não menos drástica: como um poder inicial e juridicamente desvinculado, o que o qualifica, ao menos em um primeiro momento, como ilimitado e incondicionado, pode encontrar restrições ao exercício de seu objeto sem que sua natureza reste comprometida? E mais: é realmente desejável que a vontade política de toda uma comunidade resuma-se aos desígnios de um poder delimitado, encerrado no tempo? É possível que uma Constituição fechada à reconstrução interpretativa, porquanto restrita à intenção momentânea dos constituintes, perdure, resistindo aos anos e às mudanças verificadas na identidade dos indivíduos submetidos à sua força normativa?

Ante a ingênua percepção da impossibilidade de se raciocinar o poder constituinte dentro do esquema lógico-estrutural dos regimes constitucionais contemporâneos, a alguns doutrinadores pareceu, fixados que estiveram com uma falsa promiscuidade conceitual entre a autoridade fundadora e o poder de revisão, que o poder constituinte havia se esgotado (DOGLIANI, 1995, p. 9).

No entanto, tal conclusão resulta inconsistente e contestável, como se pretende demonstrar ao longo deste trabalho, vez que se escora em uma ideia equivocada de legitimidade da Constituição, desconsiderando o processo complexo de apreensão da identidade dos “intérpretes” do ordenamento constitucional,

2 É da referida teorização que nasce a diferenciação fundamental entre o poder constituinte e os poderes constituídos, essencial ao advento das Constituições rígidas, bem como o dogma do exercício da soberania mediante instrumentos constitucionais de limitação do poder.

aqueles a ele submetidos, por ele afetados e a ele vinculados de modos múltiplos e multifacetados.³

Como não podemos estar dispostos a abrir mão do constitucionalismo ou renunciar à democracia, a articulação entre eles constitui medida impositiva à efetivação de objetivos políticos contingentes (PALOMBELLA, 2000, p. 7). Com que se mostra fundamental que a Constituição permaneça aberta à interpretação pluralista, a um projeto constituinte permanente de Estado Democrático de Direito, o que só é possível à luz da identidade do sujeito constitucional.⁴ A Constituição não é um porto seguro de estacionamento para conclusões terminativas, mas uma bandeira à deriva da tempestade, que deve se movimentar, adequando-se de forma a abraçar os mais variados e contrapostos interesses e aspirações.

Nesse contexto, a partir das particularidades da experiência brasileira, o presente estudo propõe uma abordagem nova

3 Aqui vale a ressalva de que a personificação do sujeito constitucional é de todo indesejável. Disso resulta a necessidade de nos referirmos aos “intérpretes” do ordenamento constitucional, sem delimitar a identidade constitucional com relação a qualquer segmento social ou político específico e, por conseguinte, limitado. O sujeito constitucional se forma a partir da síntese da identidade de todos os indivíduos submetidos à força normativa da Lei Fundamental, de alguma forma afetados pelos efeitos por ela produzidos. Portanto, titulares que somos dos direitos por nós a nós mesmos endereçados, estamos todos comprometidos com a releitura ininterrupta da eficácia constitucional, com o processo necessário de reconstrução da Constituição como fenômeno aberto e manifestação democrática (ROSENFELD, 2003).

4 Não se podendo permitir o enclausuramento da identidade constitucional em um determinado momento histórico, afigura-se indispensável que a Constituição se reconstrua à luz de um discurso instrumental vivificado e erigido pelo próprio sujeito constitucional, cuja identidade deve permanecer incerta e mutável. Michel Rosenfeld dissecou o processo de reconstrução de tal identidade com foco na fenomenologia hegeliana do “eu” em face do outro, posteriormente trabalhada pelas análises lacanianas a respeito da emergência do sujeito em sua carência fundamental e sua busca subsequente por identidade. Conclui o professor que o sujeito constitucional só pode adquirir identidade dentro das circunscrições do domínio do discurso, tecendo correlatos relevantes entre o construir e o reconstruir da identidade constitucional, o último levado a cabo por intermédio de um aparato instrumental baseado nos mecanismos discursivos da negação, da metáfora e da metonímia, tendo sempre em vista que o discurso constitucional reclama uma articulação própria entre a narrativa constitucional aplicável e os limites advindos do constitucionalismo (ROSENFELD, 2003).

do poder constituinte, reinterpretado frente às imposições do constitucionalismo contemporâneo, que devem se prestar, em última instância, à afirmação da democracia e não como limites à sua implementação. Para tanto, toma-se como base a profunda e meticulosa análise empreendida por LEONARDO AUGUSTO DE ANDRADE BARBOSA, em sua obra *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964* (2012). O objetivo deste estudo é, assim, promover, guardadas as limitações inevitáveis, uma leitura do trabalho mencionado, sob o enfoque de uma reformulação conceitual do fenômeno constituinte. A partir da observação histórica dos momentos de alteração nos procedimentos especiais de reforma constitucional no Brasil entre 1964 e 1985 e da experiência decorrente da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, pretende-se problematizar tanto a concepção tradicional de poder constituinte como o entendimento recente de que tal poder se encontra esgotado, de forma a apresentar, ao final, uma nova roupagem ao fenômeno.

Para os que querem cortar caminho, a resposta que se sugere é a seguinte: o Estado de Direito e os direitos fundamentais são exigências democráticas, nascidos do berço da soberania popular e da autolegislação.⁵ Por isso mesmo, o exercício do poder constituinte, que só se completa na noção da autolegislação democrática, não se pode confundir com toda e qualquer manifestação arbitrária de força extrajurídica ou potência desestabilizadora da ordem vigente. O poder constituinte só é, ele próprio, legitimamente constituinte se for democrático,

5 Como os direitos fundamentais são, em verdade, garantias democráticas, certamente que não poderão ser rotulados como limites externos à democracia. A negação da liberdade de expressão e de crença, do direito de voto e do direito às condições mínimas de subsistência constitui, como é fácil concluir, uma negativa à própria edificação democrática e à proposta da autolegislação (PALOMBELLA, 2000, p. 10). A inteligência de tal raciocínio é quase instintiva: ao indivíduo que não goza do exercício de seus direitos básicos não é dado participar efetiva e plenamente da vida social e política de sua comunidade.

e não pode haver democracia plena e efetiva sem o respeito às imposições do constitucionalismo.

A compreensão da maneira com que os poderes constituídos e o poder constituinte se separam e se relacionam no seio da democracia constitucional, principalmente a partir da apropriação da Constituição como um todo que nos impõe reconhecer, exige, contudo, que voltemos os olhos para a história. Nesse ínterim, é indispensável que releiamos a memória do período ditatorial e do processo de transição política brasileira, em prol de uma teoria constitucional reconstrutiva. É inconcusso que, para os filiados ao projeto constituinte de um Estado Democrático de Direito, na perspectiva de uma *democracia sem espera* (CATTONI DE OLIVEIRA, 2009), o tempo, na verdade, é de reconstruir.

2 REVOLUÇÃO E CONSTITUIÇÃO NO REGIME MILITAR: O PODER CONSTITUINTE PERMANENTE

Em sete de abril de 1964, dias após a queda de João Goulart, Francisco Campos, o *Chico Ciência*, autor intelectual da Constituição de 1937, chegou ao gabinete de Costa e Silva, no Ministério da Guerra, e deu a ele e ao general Castello Branco, que se faria presidente em menos de uma semana, uma aula sobre o poder constituinte revolucionário. Percebendo a inquietude dos militares, ávidos pela adoção de medidas de violência política, mas temerosos de transgredir a ordem constitucional, o jurista mineiro tentou tranquilizá-los: “Os senhores estão perplexos diante do nada!”, ele disse (GASPARI, 2002a, p. 123). A lição que apresentou está sintetizada no preâmbulo que ele redigiu ao Ato Institucional nº 1,⁶ editado quarenta e oito horas depois,

6 Foi publicado no Diário Oficial da União em 9 de abril de 1964. Inicialmente chamado de Provisório, esse Ato Institucional “não tinha número, pois seria o único” (GASPARI, 2002a, p. 136).

segundo a qual “a Revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela Revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte”.

Essa preocupação dos dirigentes do golpe evidencia o quão urgente era o problema constitucional. Já na primeira quinzena de institucionalização do regime, a despeito da decisão inicial de se manter em vigor a Constituição de 1946, os comandantes das forças armadas, ironicamente intitulados de “comando supremo da revolução”, logo perceberam a necessidade de assentar a nova ordem sobre a base legitimadora de um Ato Institucional. Como pretensos representantes do “povo”, os “chefes da revolução vitoriosa” diziam exercer em seu nome o poder constituinte. Em um contexto de marcada ambivalência, centrado na dicotomia entre exceção e normalidade, mudança e permanência, o regime se investiu de um poder fictício, a invocar os ouros da revolução⁷ e, dirigindo-se à Nação, conjugar medidas de fechamento político, essencialmente inconstitucionais, à manutenção da Constituição.⁸

A atitude a princípio contraditória dos militares, classificada por ANTHONY PEREIRA como uma “legalidade autoritária” (2010, pp. 31-77 e 237-295), traduz o marcado desassossego do autoritarismo diante da problemática da legitimidade democrática. Daí se conclui que

7 No preâmbulo do Ato Institucional nº 1 encontrava-se inscrito que “o que houve e continuará a haver neste momento, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, como na opinião pública nacional, é uma autêntica revolução”.

8 O “comando” afirma, também no preâmbulo, que não objetiva a radicalização da revolução, a saber: “Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional”.

uma das características do regime militar brasileiro foi a preocupação com a elaboração de normas jurídicas que sustentassem as medidas de arbítrio. Muitas dessas normas eram precedidas por sofisticadas exposições de motivos que procuravam legitimar a adoção de medidas de exceção (PAIXÃO, 2011, p. 158).

Em verdade, frente ao impasse constitucional, o que se pretendeu inaugurar, embora de forma deturpada, foi um momento constituinte autocrático e permanente. No preâmbulo do Ato Institucional nº 2, “certidão de nascimento da doutrina do poder constituinte permanente da revolução” (BARBOSA, 2012, p. 80), o regime afirma que “não se disse que a revolução foi, mas que é e continuará”. Mesmo a edição posterior de uma Constituição não representou o estabelecimento da normalidade constitucional.⁹ O poder constituinte revolucionário permaneceu vivo: a revolução era inexaurível, os Atos sucediam às emendas constitucionais e vice-versa, ao passo que o discurso oficial vacilava entre sublevação e reforma, levante e revisão.

Essa dicotomia repercutiu no próprio *modus operandi* da reforma constitucional. Além de enfraquecer o Congresso Nacional, centralizando o cerne político decisório nas mãos do Executivo, com intervenções excessivas no Judiciário, providências dissolutivas das agremiações partidárias e restrições às garantias e aos direitos fundamentais, as medidas adotadas pelo regime também promoveram, inúmeras vezes, alterações nos procedimentos especiais de modificação da Constituição. Mediante o estabelecimento de um rito diferenciado para a reforma constitucional, o Ato Institucional nº 2, reduzindo quóruns, permitiu, por exemplo, a introdução da representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa,

9 Interessante é a atuação do Supremo Tribunal Federal, em determinadas ocasiões, face ao problema da interpretação dos limites da validade dos Atos Institucionais diante dos dispositivos da Constituição de 1967. É um exemplo evidente de como a utilização de ferramentas e a manutenção de instituições democráticas pelo regime permitiram a sobrevivência de um núcleo interno paradoxal de resistência ao autoritarismo.

instrumento do qual se originou a atual ação direta de inconstitucionalidade. Não se pode negar que o fato histórico está carregado de ironia, eis que a ferramenta de fiscalização “abstrata” da compatibilidade das leis com a Constituição, aparelhagem própria de um sistema de proteção dos direitos fundamentais, só pôde ser instituída mediante a introdução de um procedimento simplificado para a mudança constitucional.¹⁰

O *poder constituinte permanente* foi a tônica do período ditatorial, e foram exatamente os momentos de modificação das regras especiais de reforma da Constituição que marcaram sua emergência, em nítida reformulação da relação entre direito e política. A promiscuidade entre a normalidade constitucional e as medidas de exceção, com a tintura posteriormente dada pelo Ato Institucional nº 5 e a Emenda nº 1, permitiu que o manuseio abstrato do fenômeno constituinte alcançasse o pico da deturpação conceitual, com a possibilidade de a Constituição ser excepcionada segundo a livre vontade do governante. Assim, o que se vê, em síntese, é que

(...) o regime ditatorial foi marcado pela suspensão e alteração de normas constitucionais por força de atos institucionais editados pelo governo ou de emendas à Constituição ora outorgadas, ora votadas por um Congresso rigidamente controlado. Essas medidas procuraram assegurar aos militares o controle das principais instituições republicanas, de forma a permitir o adimplemento dos “objetivos nacionais” permanentes ou conjunturais e a garantia da “paz e tranquilidade social” (BARBOSA, 2012, p. 139).

É preciso, porém, esclarecer que a manifestação legítima de um poder verdadeiramente constituinte não ocorreu. É certo que a pergunta sobre a concepção da natureza e da legitimidade do fenômeno constituinte permaneceu sempre latente, mas a

10 Sobre a inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 16/1965, LEONARDO AUGUSTO DE ANDRADE BARBOSA pondera que não se duvida “que uma jurisdição constitucional exercida por meio do controle abstrato pode representar um ganho do ponto de vista da proteção dos direitos fundamentais. Mas, em um contexto no qual a independência do Poder Judiciário estava em xeque, era provável que ela gerasse desconfiança pelos evidentes riscos de abuso” (2012, p. 89).

resposta ofertada por Francisco Campos às dúvidas de que surpreendentemente até os militares compartilhavam não passou, é claro, de uma tergiversação falaciosa. E não faltou quem denunciasse a manipulação autoritária dos conceitos. Em 1973, ao lançar sua anticandidatura à presidência da República, Ulysses Guimarães fez o seguinte pronunciamento:

Não é o candidato que vai percorrer o país. É o anticandidato, para denunciar a antieleição, imposta pela anticonstituição, que homizia o AI-5, submete o Legislativo e o Judiciário ao Executivo, possibilita prisões desamparadas pelo *habeas corpus* e condenações sem defesa, profana a indevassabilidade dos lares e das empresas pela escuta clandestina, torna inaudíveis as vozes discordantes, porque ensurdece a nação pela censura à imprensa, ao rádio, à televisão, ao teatro e ao cinema.

No manejo descriterioso das normas constitucionais, o regime reduziu o aparato da Constituição a um instrumento frágil, porquanto inteiramente disponível às intempéries momentâneas e às arbitrariedades sazonais. Sob a epígrafe dos discursos do abade SIEYÉS, para o qual “só a nação tem direito de fazê-la (a Constituição)” (2009, fl. 51),¹¹ as aspirações constituintes do governo militar resultaram em providências de inspiração profundamente autoritária. O poder absoluto corporificado na nação, esse “macro-sujeito capaz de querer e de agir e no qual residiam, ao mesmo tempo, a origem do poder e a fonte das leis” (CATTONI DE OLIVEIRA e GOMES, 2011, p. 156), consistia em ferramenta de arbítrio, apesar das contradições internas do regime, da resistência inerente à sobrevivência das instituições e dos instrumentos democráticos e da própria impressão

11 SIEYÉS inaugura a doutrina moderna do poder constituinte com a acepção de que a Constituição, produto político da autoridade por ele descrita, presta-se à conformação do poder, do governante, mas ainda assim se submete às vontades da nação. O abade sustenta o seguinte: “O poder só exerce um poder real enquanto é constitucional. Só é legal enquanto é fiel às leis que foram impostas. A vontade nacional, ao contrário, só precisa de sua realidade para ser sempre legal: ela é a origem de toda legalidade. Não só a nação não está submetida a uma Constituição, como ela não pode estar, ela não deve estar, o que equivale a dizer que ela não está” (2009, f. 56).

ambivalente dos militares com relação ao arquétipo da ditadura.

Em seguida ao governo Médici, que “não só se orgulhou de ter namorado o AI-5 desde antes da sua edição, como sempre viu nele um verdadeiro elixir” (GASPARI, 2002b, p. 130),¹² período de apogeu do aprofundamento do regime e do Estado de exceção, as “desventuras constitucionais” (BARBOSA, 2012, p. 141) do governo militar retornaram à pauta do dia, no governo do general Ernesto Geisel, desta vez para que se promovesse o rompimento gradual com a ordem autoritária. O processo de democratização e constitucionalização do Brasil, sob a ótica da manifestação constituinte, é o tema que se passa a analisar.

3 A ASSEMBLEIA CONSTITUINTE DE 1987/1988 E O SIGNIFICADO DO PODER CONSTITUINTE DEMOCRÁTICO

Com o processo de gestação, formação e desenvolvimento dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88, inaugurou-se no Brasil uma nova prática constituinte, resultado de um longo período de reformulação da mentalidade constitucional do governo e dos segmentos sociais. Para LEONARDO AUGUSTO DE ANDRADE BARBOSA,

Se observarmos as circunstâncias que cercam a reivindicação de uma nova Constituição na década de 70, seu enredamento com os movimentos pela anistia e pelo restabelecimento das eleições diretas, o processo de convocação da Assembleia Constituinte e, finalmente, o biênio de seu funcionamento, algo de novo pode ser percebido. Debatendo-se contra uma longa tradição de “transições pelo alto”, uma nova prática começa a se articular, propondo para a pergunta acerca do fundamento da autoridade da Constituição respostas ao mesmo tempo inesperadas e criativas (2012, pp. 145-146).

A Assembleia de 1987/88 é, em verdade, o resultado da confluência de situações políticas inúmeras e diversas, as quais

12 É do Presidente Médici a frase: “Eu posso. Eu tenho o AI-5 nas mãos e, com ele, posso tudo” (GASPARI, 2002b, p. 130).

culminaram na concepção de um processo constituinte ilegível aos olhos da história brasileira até então. Em ojeriza à reiteração de modelos encanecidos e falidos, o fenômeno constituinte em 87/88 foi marcado pela participação de segmentos variados da sociedade civil, traduzindo uma profusão de anseios históricos em conflito. Muitos, porém, e em muitas ocasiões, foram os que refutaram a legitimidade da Constituição de 1988, com fulcro em supostos vícios verificados na instalação, na organização e na conclusão dos trabalhos do Congresso Nacional, convertido em Assembleia Nacional Constituinte por força de emenda à Constituição de 1967/69.¹³

Entre parte da doutrina constitucional brasileira, partidária de um certo “complexo de inferioridade” pseudocrítico,¹⁴ a ilegitimidade do fenômeno constituinte de 1987/88 decorreria, entre outros aspectos, da insuficiência material de uma ruptura entre os momentos históricos compreendidos antes e após a Assembleia. O argumento, arrimado na ideia de que o fundamento de autoridade da Constituinte de 87/88 seria, em última instância, a Constituição de 67/69, leva à conclusão de que o poder em manifestação seria meramente derivado, ou reformador (FERREIRA FILHO, 2007). Deflagra-se, em grande parte, a invocação à revolução como elemento legitimador do processo de constitucionalização, à assertiva de que, em se promovendo uma transição pacífica e paulatina, sem armas, sangue ou destruição, decerto que alterações essenciais entre o modelo antecedente e o atual seriam impossíveis de se verificar.¹⁵

13 Exemplos de juristas partidários da noção de que a Constituição de 1988 não é fruto de um processo genuinamente constituinte são MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (2007) e NELSON JOBIM (2004, pp. 9-17).

14 Esse complexo de inferioridade traduz falta de compreensão hermenêutica da realidade constitucional e, por outro lado, desconfiança autoritária em relação à democracia (CATTONI DE OLIVEIRA, 2011, pp. 207-247).

15 Seria dizer que, nos limites da autoliquidação revolucionária, em que se verifica a subjugação do jurídico pelo político, o protótipo do poder constituinte, como força que irrompe e desestabiliza o equilíbrio preexistente, afigura-se impassível de se manifestar por meio de transições negociadas.

Ocorre que reduzir a natureza do poder constituinte à autoridade amparada pela violência revolucionária é negar a própria existência do conceito (SAMPAIO, 2004). A ilustração mítica de um poder ilimitado, incondicionado e absoluto atende – em um plano abstrato, frise-se – tão-somente ao quadro pintado pela distinção clássica entre poder constituinte e poderes constituídos,¹⁶ o que de forma alguma explica a complexidade irresoluta e inelutável dos movimentos humanos ao longo dos tempos. A história contemporânea confirma que mesmo as transições pacíficas comportam, no plano das ideias, o alento necessário à desestruturação do arquétipo político-jurídico antecedente. E mais: também na carnificina das revoltas sangrentas há uma noção subjacente de direito e justiça, imperativos determinantes da nova realidade institucional a se construir.

Não obstante a leitura formalista e limitadora feita por parcela dos constitucionalistas brasileiros, a longa gestação do processo constituinte de 87/88 indica o papel de destaque que a sociedade civil exerceu no estabelecimento da nova ordem constitucional (BARBOSA, 2012, pp. 149-185). Apesar das tentativas do governo de promover a transição pelo alto, de forma a impor goela abaixo uma Constituição elaborada por notáveis monopolizadores da técnica, votada nos castelos de Brasília e apresentada, fresca como numa bandeja, ao povo ávido

16 A tentativa de conjecturar a legitimidade do poder constituinte, mais evidente a partir do século XVIII, ganha alento com as reflexões racionalistas e iluministas, a concepção de contrato social e o enfraquecimento do Antigo Regime face ao advento de ideias liberal-burguesas, bem como de noções fortalecidas de liberdade individual, igualdade formal, além de um pensamento mecanicista, cientificista, anti-historicista, anti-autoritário e refratário a intervenções ideológicas de cunho religioso. Trata-se de um movimento teórico em resposta a um tempo em que a Constituição e a soberania do povo eram institutos que se temiam mutuamente. MAURIZIO FIORAVANTI aponta que as revoluções do século XVIII, em especial a americana e a francesa, representaram um momento decisivo para história do constitucionalismo, porquanto situaram novos conceitos e novas práticas com o objetivo de pôr em discussão a oposição entre a tradição constitucionalista e a soberania popular (2001, p. 103).

de democracia, o que se viu foi uma Assembleia Constituinte ativa e autônoma, cujos trabalhos contaram com a participação definitiva de inúmeros representantes dos mais diversos segmentos sociais, de entidades sindicais a associações patronais, de movimentos comunistas à Igreja Católica. Sabe-se que Ulysses Guimarães e Afonso Arinos, respectivamente como presidente do Congresso Nacional e presidente da Comissão de Sistematização, pronunciaram-se inúmeras vezes, até mesmo em face do então Presidente da República, José Sarney, no sentido da afirmação de uma Assembleia soberana e livre. Exemplo interessante dessa soberania diz respeito à amplitude do debate sobre as normas relativas ao funcionamento interno da Constituinte.

Nenhuma outra Constituinte brasileira discutiu as regras de funcionamento de forma tão aberta. Mesmo as normas atinentes ao funcionamento provisório da assembleia foram definidas com a possibilidade de participação de todos os seus membros (BARBOSA, 2012, p. 217).

Nesse ínterim, a experiência constituinte brasileira serve de laboratório histórico para o estudo da revisão conceitual do poder constituinte. Com efeito, tanto para a teoria clássica como para a parcela da doutrina constitucional contemporânea que nega a sobrevivência do poder constituinte frente às imposições inarredáveis do constitucionalismo, a Assembleia de 1987/88 teria desempenhado poder de revisão, ou poder constituinte derivado. Todavia, a reconstrução histórica é capaz de nos mostrar o que o poder comunicativo da participação popular conseguiu produzir. Um processo constituinte aberto, enriquecido pela intervenção dos mais diferentes setores sociais, detentores de interesses contrapostos: um processo constituinte democrático, um furacão revolucionário que arrastou as bases do regime autoritário e fundou uma ordem baseada na soberania popular, na justiça social e na proteção dos direitos fundamentais.

Assim, afora uma revisão indispensável de conceitos, registre-se – mormente aos adeptos da suposta ilegitimidade

da Constituinte de 1987/88 – que é impossível assimilar toda a importância da Constituição da República de 1988 para a história e para a vida institucional, política e jurídica do país sem concebê-la como um projeto que transcende o momento de sua promulgação, como um processo de constitucionalização que vinha sendo gestado há muito tempo no sentido da abertura à reconstrução democrática (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, pp. 131-154). E é exatamente esse processo que dá sentido à Constituição: é um fenômeno discursivo que ganha legitimidade no tempo, um acontecimento sem início ou fim definidos, que emerge do interregno das lutas políticas e sociais e vivifica-se com a edificação da identidade aberta, polêmica e plural do sujeito constitucional brasileiro. A semântica de tudo isso só se compreende na sua historicidade que, todavia, não se fecha em si mesma. Assim,

Numa leitura reconstrutiva, o processo constituinte de 1987-88 resgata, pois nele também se expressam os princípios da autonomia e da emancipação das grandes revoluções do final do século XVIII – a liberdade, a igualdade e a fraternidade – sobre o pano de fundo da história política brasileira: ele, assim, se faz “herdeiro sem testamento” (Arendt, 1990) de um processo de constitucionalização, perpassado por lutas por reconhecimento de atores e de direitos, que se desenvolve há pelo menos duzentos anos, todavia, de modo não linear, sujeito a tropeços e interrupções (CATTONI DE OLIVEIRA, 2011, p. 218).

4. CONCLUSÃO: UM PODER CONSTITUINTE NO LIMIAR ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

A concepção clássica do poder constituinte como uma força inicial (antecedente e, portanto, não pertencente ao ordenamento jurídico por ela delineado) e juridicamente desvinculada (livre para fazer tudo como se partisse do nada político, jurídico e social) estabelece uma distância inconveniente

entre a seara democrática e o mecanismo de acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e a política.

A experiência histórica do século XX evidencia a impossibilidade democrática de um constitucionalismo autoritário e a inviabilidade constitucional da democracia totalitária (CARVALHO NETTO, 2009). É inevitável que a tensão, apenas aparentemente paradoxal, entre democracia e constitucionalismo, seja reconstruída permanentemente no sentido de um espaço público democrático de debate político e jurídico.

Assim, diante da crença que se assenta sobre uma suposta irreversibilidade da consolidação da democracia constitucional, uma parcela da doutrina tem defendido o esgotamento do poder constituinte originário. Para tais autores, a exigência democrático-constitucional implica o esvaziamento valorativo do poder constituinte enquanto fenômeno jurídico.

Entretanto, a necessidade de uma teoria do poder constituinte que problematize a tensão entre democracia e constitucionalismo subsiste. A história nos mostra a impossibilidade de concluir que o poder constituinte se encontra esgotado frente à exigência da democracia constitucional. O poder constituinte só é constituinte de fato se for democrático. Face aos entraves semânticos à compreensão do fenômeno constituinte em sua ambivalência de poder e direito, a interpretação mais adequada é aquela segundo a qual, antes de mera limitação ao poder constituinte, a institucionalização da democracia constitucional consiste em condição da própria existência do poder constituinte.

Destaque-se que a reconstrução que ora se propõe importa consequentemente em questionar a maneira pela qual o Estado Democrático de Direito e sua existência no Brasil tornaram-se exigíveis, rompendo com a perspectiva tradicional de acordo com a qual a problemática da legitimidade e da efetividade constitucionais é pensada a partir de um hiato entre o idealismo da Constituição e uma realidade social recalcitrante e promovendo

uma realocação historiográfica da racionalidade normativa já presente e vigente nas próprias práticas político-constitucionais cotidianas (CATTONI DE OLIVEIRA, 2011, p. 40-41).

A falácia de uma identidade constitucional “autêntica” impõe a reconstrução de novas narrativas sobre a redemocratização brasileira,¹⁷ o que implica uma releitura do problema do fenômeno constituinte e da fundação moderna da legitimidade constitucional, todavia como conquista *nossa*, a partir da nossa própria experiência histórica, calcada na recuperação do sentido de ruptura democrática da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88 e no projeto constitucional do Estado Democrático de Direito entre nós, sobre o pano de fundo de um processo de aprendizado social e político com o direito e com a política de mais de duzentos anos de constitucionalismo.

17 Exemplos de reflexão a respeito do processo de constitucionalização do Estado democrático de Direito e da sua legitimidade, tendo como parâmetro crítico a experiência da chamada “transição política brasileira”, são as já mencionadas obras de MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA e LEONARDO AUGUSTO DE ANDRADE BARBOSA. Para o professor CATTONI DE OLIVEIRA, as relações que uma constituição democrática desenvolve com o tempo histórico só “podem ser compreendidas no sentido de um processo de constitucionalização, não linear e descontínuo, assim reconstruído como processo de lutas por reconhecimento e de aprendizagem social com o Direito, que se realiza ao longo da história, todavia sujeito a interrupções e a tropeços, mas que também é capaz de se auto-corrigir” (2011, p. 236). Partindo, assim, de uma concepção cairológica do tempo da Constituição, o autor rejeita o discurso da democracia possível, de forma a afirmar, a partir da tese da democracia sem espera, que a transição política brasileira constitui processo constituinte democrático a longo prazo (2011, p. 227-230). Para o professor BARBOSA, de acordo com quem mudanças nos procedimentos especiais de reforma constitucional indicam tempos de problematização da relação entre direito e política, a incontrollabilidade do fenômeno constitucional “denuncia a implausibilidade de compreender o processo de mudança constitucional como ‘engenharia’, como técnica segura que conduz a resultados previsíveis e calculados” (2012, p. 361-362).

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Leonardo Augusto de. **História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Lisboa: Almedina, 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Impossibilidade Democrática do Constitucionalismo Autoritário e a Inviabilidade Constitucional da Democracia Totalitária. In: CATTONI, Marcelo; MACHADO, Felipe. **Constituição e Processo: a resposta do Constitucionalismo às banalizações do terror**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). **Constitucionalismo e história do direito**. Belo Horizonte: Pergamum, 2011.

_____. O Projeto Constituinte de um Estado Democrático de Direito. In: SAMPAIO, José Adércio. **Quinze Anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Teoria da Constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES, David Francisco Lopes. A Constituição entre o direito e a política: novas contribuições para a teoria do poder constituinte e o problema da fundação moderna da legitimidade. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). **Constitucionalismo e história do direito**. Belo Horizonte: Pergamum, 2011.

DOGLIANI, M. **Potere Costituente e Revisione Costituzionale**. Roma: Quaderni Costituzionali, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución – de la antigüedad a nuestros días**. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

GASPARI, Elio. **A Ditadura envergonhada**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2002a.

_____. **A Ditadura escancarada**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2002b.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

JOBIM, Nelson. A Constituinte vista por dentro – vicissitudes, superação e efetividade de uma história real. In: SAMPAIO, José Adércio. **Quinze Anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Constitución y Soberania – El sentido de la democracia constitucional**. Tradução de José Calvo González. Granada, 2000.

PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. **Araucaria Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades**, ano 13, no 26, segundo semestre de 2011, pp. 146–169.

ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SAMPAIO, José Adércio. Teoria e Prática do Poder Constituinte. Como legitimar ou desconstituir 1988 – 15 anos depois. In: SAMPAIO, José Adércio. **Quinze Anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte burguesa**. Tradução de Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Recebido em 13/05/2013.

Aprovado em 31/07/2013.