

## Quando o poder constituinte desafia os poderes constituídos: uma abordagem filosófica sobre a confiança democrática na desobediência civil e no direito ao protesto social

### When constituent power challenges constituted powers: a philosophical approach on democratic confidence in civil disobedience and in the right to social protest

*Fernando de Brito Alves(1); Jairo Neia Lima(2)*

1 Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pelo Centro de Estudos Interdisciplinares do Séc. XX da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE / Bauru-SP. Professor adjunto da UENP (Universidade Estadual do Norte do Paraná). E-mail: fernandobrito@uenp.edu.br

2 Doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador Visitante na Universidade de Glasgow. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). E-mail: jaironlima@yahoo.com.br

**Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 13, n. 1, p. 45-59, Jan.-Abr. 2017 - ISSN 2238-0604

[Received: Mar. 07, 2017; Approved: Mar. 28, 2017]

DOI: <http://dx.doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v13n1p45-59>

Como citar este artigo: [clique aqui!](#)

How to cite item: [click here!](#)

## Resumo

Esse artigo pretende investigar como a desobediência civil no pensamento de Habermas e o direito ao protesto social na linha de Roberto Gargarella contribuem para o aperfeiçoamento democrático. A partir de uma pesquisa bibliográfica, demonstra-se que tais manifestações expressam o dissenso constitutivo da democracia e, principalmente, a soberania popular que desafia os poderes constituídos. Conclui-se que a desobediência civil e o direito ao protesto social são instrumentos que devem ser levados a sério para aprofundar a cultura democrática, pois eles representam um contínuo poder constituinte não limitado à fundação do Estado, mas que é influenciado pelos tempos atuais com o objetivo de reafirmar o compromisso constitucional.

**Palavras-chave:** Dissenso social. Soberania popular. Democracia.

## Abstract

This paper seeks to investigate how civil disobedience in Habermas's thought and the right to social protest according to Roberto Gargarella contribute to democratic improvement. From a bibliographic research, it demonstrates that these manifestations express the constitutive dissent of democracy and, mainly, the popular sovereignty that challenges constituted powers. It concludes that civil disobedience and the right to social protest are instruments to be taken seriously to deepen democratic culture, as they represent a continuous constituent power not fixed in the State foundation Act, but which is influenced by its current times with the aim to reaffirm the historical constitutional compromise.

**Keywords:** Social dissent. Popular sovereignty. Democracy.

## 1 Introdução

Os últimos anos têm sido marcados pela constante emergência de grandes manifestações populares como a Primavera Árabe, o *Occupy Wall Street*, a Revolta do Guarda-Chuva em Hong Kong, entre tantas outras. No Brasil, junho de 2013 retratou a ocupação das ruas por milhares de pessoas. Desencadeados inicialmente em São Paulo a partir do Movimento Passe Livre, os protestos ampliaram-se pelas várias capitais do país e aumentaram a pauta de demandas para incluir o foco na má qualidade dos serviços públicos. Nos últimos dois anos, a questão da corrupção e do *impeachment* levaram às ruas milhares de pessoas, seja para apoio ou discordância com as decisões políticas tomadas cada vez mais em foros afastados da participação popular.

A democracia representativa e os partidos políticos não têm sido capazes de conduzir para dentro do sistema decisório as pautas (reivindicações) que emergem da sociedade, pois ao voltarem a atenção apenas para os seus próprios interesses, viram as costas para a fonte do poder em nome do qual eles exercem suas funções. Diante de um sistema político progressivamente impermeável a saída encontrada para que a voz possa ser ouvida se dá por meio dos protestos sociais e da desobediência civil.

Historicamente no Brasil, esses atos são tratados como questão de polícia, no entanto, a repressão violenta denota um estágio democrático pouco maduro, já que bloqueia os mecanismos de expressão de desacordos. Nesse ponto, parte-se do pressuposto de que a democracia somente se torna possível a partir do momento em que as vozes discordantes possam se manifestar, principalmente quando provêm de grupos minoritários subrepresentados em um sistema de primazia majoritária.

Diante disso, nota-se a atualidade da discussão em torno das manifestações que buscam interromper o curso ordinário do processo político decisório. A inerente conexão existente entre tais ações e o compromisso com a democracia é um problema que merece ser enfrentado, principalmente quando se visualiza tal liame à luz do potencial conflito entre poder constituinte e poder constituído. Objetiva-se, assim, demonstrar a potencialidade de aperfeiçoamento do sistema democrático que a desobediência civil e os protestos sociais possuem. Para confirmar essa hipótese, opta-se por investigar a concepção de desobediência civil de Jürgen Habermas e a perspectiva de protestos sociais para Roberto Gargarella, a justificativa para tais escolhas reside no vínculo democrático que essas observações têm em relação às ações de dissenso popular.

Logo, discutir o papel da desobediência civil e dos protestos sociais significa comprometer-se radicalmente com o aprofundamento do Estado Democrático de Direito e levar a sério o papel constitutivo que o dissenso desempenha na democracia.

## 2 Desobediência Civil em Jürgen Habermas

Jürgen Habermas produziu uma reflexão a respeito da desobediência civil<sup>1</sup> como símbolo de maturidade da cultura democrática. Nesse debate, o autor objetivava repensar, de maneira crítica, a fundamentação normativa dos sistemas democráticos parlamentares, tendo em vista seu projeto mais amplo de reconstrução e resgate do espaço público.

O autor se preocupa com a forma pela qual os movimentos e protestos ocorridos na Alemanha em 1983 foram tratados pelo poder estatal, pois eram considerados tal como movimentação de tropas inimigas em estado de guerra (HABERMAS, 1988, p. 53). Essa perspectiva ocultava a percepção de que os atos de desobediência civil eram fundamentados moralmente e que “todo Estado democrático de derecho que está seguro de sí mismo, considera que la desobediencia civil es una parte componente normal de su cultura política, precisamente porque es necesaria” (HABERMAS, 1988, p. 54).

Antes de indicar a perspectiva habermasiana em torno da desobediência civil, convém ressaltar que tal expediente não é a única maneira de se justificar eticamente o descumprimento de uma norma jurídica. Giovanni Cosi elenca as seguintes: a) obediência consciente: quando os indivíduos obedecem a norma por convicção e certeza de que a obrigação jurídica corresponde a uma obrigação política e moral; b) obediência formal: aquela que ocorre por hábito e não necessariamente por temor de alguma sanção, há nessa ação certa tendência de apatia política; c) evasão oculta: o senso de obrigatoriedade é fortemente enfraquecido com eventuais descumprimentos; d) obediência passiva: aqui se inicia a não aceitação da norma, cumprimento apenas em razão da sanção; e) objeção de consciência: a negação de cumprimento da norma não implica a negação de todas as outras do ordenamento jurídico; f) desobediência civil: corresponde à forma coletiva da objeção de consciência e não tem como objetivo a subversão, mas o melhoramento da ordem constituída; g) resistência passiva: tem como alvo uma mudança política radical com exclusão de qualquer meio violento; h) resistência ativa: trata-se de ação revolucionária com uso da violência (1984, 93-95). Essa classificação corresponde a uma tradição de estudo da filosofia política sobre o direito de resistência.

Em Habermas, para que a desobediência civil possa ser justificada em um Estado Democrático de Direito é preciso que não seja fundamentada exclusivamente sobre convicções e interesses privados. Diferentemente da objeção de consciência, as razões para a ação estratégica de protesto têm como referência os princípios constitucionais e não o desejo de descumprimento da lei para si mesmo (ARROYO, 1996, p. 171).<sup>2</sup>

1 A desobediência *civil* tem esse nome não apenas para se diferenciar da desobediência criminal, mas porque se apresenta fundamentalmente enquanto ação do cidadão, do *cives* que jamais existe sozinho, mas sim em uma comunidade política (MATOS, 2016, p. 55).

2 Hannah Arendt também faz uma distinção entre desobediência civil e objeção de consciência. De

Portanto, a desobediência civil configura-se como um ato público, o qual inclui o propósito de violação de uma norma jurídica concreta, no entanto, sem colocar em xeque o próprio ordenamento jurídico. Para Habermas, a desobediência se dá dentro dos limites constitucionais e, por isso, não é uma ação revolucionária.

Nota-se, ainda, que a desobediência civil antes de ser um ato antijurídico corresponde primordialmente a uma ação política. O descumprimento da norma jurídica tem apenas um caráter simbólico e não corresponde ao objetivo principal da manifestação. Trata-se meramente de um instrumento secundário para a realização da publicidade da desobediência. Por essa razão, a desobediência é civil e não primariamente enquadrável como um ato criminoso. Portanto, não há justificativa para que as ações dos agentes desobedientes pautem-se pela violência.<sup>3</sup>

Todavia, como é possível justificar a desobediência a uma norma que é fruto de processo democrático? Para responder a essa questão, Habermas (1988, p. 58) vale-se da concepção de que o Estado Democrático de Direito não se legitima apenas sobre a pura legalidade, a qual imporá uma obediência jurídica incondicional por parte dos cidadãos. O conteúdo dos direitos mais importantes não pode ficar cristalizado exclusivamente pela razão de terem percorrido o procedimento democrático formal, isso porque a obediência às normas jurídicas precisa ser qualificada. Desse modo, há um papel importante para o exercício da dissidência consciente (ARROYO, 1996, p. 160). Por isso, é possível entender que a desobediência civil não se configura como uma contradição ao possibilitar a infringência da norma mesmo quando ela teve o aval democrático-formal do manifestante, pois a obrigação jurídica pode se revelar ilegítima, ou seja, não correspondente aos princípios que constituem o Estado. Assim, “la desobediencia civil deriva su dignidad de esa elevada aspiración de legitimidad del Estado democrático de derecho” (HABERMAS, 1988, p. 64). Portanto, a insurgência contra a lei dada pelo próprio indivíduo tem fundamento na função de aprimoramento que a desobediência civil exerce sobre o Estado Democrático de Direito. Corresponde dizer que a formação da vontade política precisa estar ligada aos processos de comunicação da esfera pública.

Na busca por maior legitimidade no Estado Democrático de Direito, a desobediência civil salvaguarda grupos de indivíduos que em determinado momento

---

acordo com a autora, a desobediência civil envolve minorias organizadas unidas mais pela opinião comum do que por interesses comuns e pela decisão de tomar posição contra a política do governo mesmo tendo razão para supor que ela é apoiada pela maioria (2010, p. 55-56).

- 3 “A exigência de não-violência é absolutamente central para o sucesso das ações desobedientes opostas ao poder constituído, dado que muitas vezes as práticas violentas de movimentos sociais que possuem causas justas são utilizadas como razões para as respostas sempre mais impiedosas do Estado. A estratégia da não-violência tem por objetivo não apenas despertar o sentido moral do adversário – como queria Gandhi –, mas também influir na opinião pública, de maneira a dirigi-la contra o Estado e em favor dos desobedientes que pretendem a instituição de novas estruturas político-jurídicas” (MATOS, 2016, p. 84-85).

da história encontram-se em posição de minoria numérica para fazer frente às suas reivindicações. A abertura à expressão dos desacordos com a opinião da maioria é vital para o aprofundamento democrático, principalmente quando se leva em consideração o fato de que os mecanismos tradicionais de representação popular nem sempre oferecem expressão e voz aos grupos minoritários em razão da supremacia dos processos majoritários de decisão. Portanto, “el desarrollo de la democracia sólo es viable si se permite la eclosión – a veces conflictiva, pero siempre enriquecedora – de la disidencia” (ARROYO, 1996, p. 174).

Além disso, a desobediência civil corresponde a um mecanismo de ação política por ensejar que as minorias coloquem na pauta de discussão da sociedade temas que não são do interesse das forças majoritárias. Força-se, assim, o debate e o enfrentamento de questões que precisam ser relidas e repensadas diante das mudanças sociais.

A justificativa habermasiana para que a sociedade civil seja um canal de propagação de novas pautas reivindicativas encontra-se na sua maior sensibilidade para a captação e identificação dos problemas em comparação aos centros da política. (HABERMAS, 2011, p. 116-117). Nesse sentido, a desobediência civil se configura como um dos meios disponíveis para que a sociedade civil realize seu papel de agente influenciador no debate político, pois “serve-se da opinião pública para atualizar os conteúdos normativos do Estado democrático de direito, e para contrapô-los à inércia sistêmica da política institucional” (HABERMAS, 2011, p. 118).

A partir dessa perspectiva, é possível afirmar que a desobediência civil expressa que a interpretação da lei não se encontra monopolizada nas instituições representativas, pelo contrário, a soberania popular que emana desses movimentos questionadores revela o protagonismo dos indivíduos na produção dos conteúdos dos direitos. A manutenção de uma interpretação aberta no tempo relaciona-se com a concepção habermasiana em torno da Constituição, pois ele a vislumbra como um projeto inacabado, frágil, sujeito a falhas e aprendizados e exigente de permanente revisão e atualização de modo a interpretar os direitos radicalizando os seus conteúdos (HABERMAS, 2011, p. 119).

Se é possível considerar a interpretação do direito um processo, as pressões populares correspondem à última oportunidade para corrigir os desvios no percurso dessa jornada. Em razão disso, a desobediência civil não merece ser tratada como “questão de polícia”, mas deve ser observada à luz da potencialidade de aprofundamento democrático que ela exterioriza em sociedades complexas.

### **3 Direito ao protesto social para Roberto Gargarella**

Além da perspectiva que relaciona as manifestações contestadoras com a desobediência civil, pode-se vislumbrá-las também a partir da óptica defendida por

Roberto Gargarella de prioridade de proteção ao direito de protesto para a preservação da democracia. Tal direito aparece como o “primeiro direito”, ou seja, o direito de exigir a recuperação de todos os demais direitos (GARGARELLA, 2005, p. 19).

A via argumentativa utilizada pelo autor parte da análise da forma pela qual o poder público e, mais especificamente, o Poder Judiciário da Argentina enfrentou o problema dos protestos sociais denominados *corte de ruta*, ou seja, o movimento de bloqueio de vias públicas com o objetivo de chamar a atenção dos governantes e da sociedade para a gravidade de um determinado problema social (GARGARELLA, 2005, p. 23). Sua hipótese relaciona-se com a afirmação de que os juízes, na maioria dos casos, oferecem uma argumentação muito restritiva sobre a democracia, baseada na desconfiança sobre a discussão pública (GARGARELLA, 2006a, p. 143). Ao investigar as decisões judiciais a respeito, Gargarella apresenta os principais argumentos utilizados para limitar o exercício das manifestações e, por consequência, restringir o conceito de democracia.

O primeiro deles corresponde à justificativa de que todos os direitos têm um limite e que a liberdade de manifestação<sup>4</sup> não pode ser entendida como um direito absoluto. Em razão disso, merece ser contida quando encontra os direitos dos afetados pelos protestos sociais. Todavia, Gargarella (2006b, p. 14-18), mesmo não discordando da ideia de que os direitos são limitáveis, afirma que tal enunciado diz muito pouco em relação ao problema, pois não informa qual é esse limite ou qual direito deve ser restringido. Portanto, o acréscimo prescritivo na forma de atuar diante do conflito é mínimo. Ainda que os defensores da concepção mais restritiva de democracia arguam que os limites dos direitos estão no interesse geral ou bem comum de todos, a interpretação de tais cláusulas abertas só pode ser feita à luz dos princípios constitucionais e, por isso, não devem servir como “cavalos de Tróia” canalizando impulsos autoritários.

A segunda escala argumentativa dessas sentenças direciona a resolução dos casos levando em conta o choque provocado pelos protestos com os direitos dos demais indivíduos, ou seja, com o direito ao trânsito livre, a uma vida pacífica, a ter as ruas limpas e com o direito de chegar ao trabalho sem atrasos, por exemplo (GARGARELLA, 2006b, p. 20). Entretanto, o problema que se encontra sob essa afirmação não tem importância em razão da justificação de choque de direitos, pois o terreno em que o Direito se apresenta é necessariamente o conflito social. A nota distintiva está na decisão a respeito de qual direito deverá prevalecer nessa disputa. Roberto Gargarella (2006a, p. 149) acredita que no choque entre o direito à crítica e os demais direitos o primeiro deles (direito à crítica) deve ser o último a ser retirado. Isso não significa dizer que se tem um cheque em branco para agir sob o pretexto de crítica

4 Nesse ponto, o texto de Tassinari e Menezes Neto (2014) discute as diversas formas de manifestação do direito da liberdade de expressão e sua relação com a democracia.

ao poder, mas que há algo muito importante no protesto que merece o máximo de amparo pelas autoridades judiciais.

A especialidade valorativa que o direito ao protesto possui relaciona-se com o fato de que tais manifestações possuem uma ligação direta com os reclames das minorias por necessidades básicas sistematicamente insatisfeitas (GARGARELLA, 2006a, p. 142). Ademais, aos juízes cumpre o cuidado em relação às vias pelas quais a expressão pública consegue se manifestar na sociedade, pois os cidadãos enfrentam inconveniências muito sérias para fazer sua voz presente no sistema político.

Outra justificativa para a preferência pelo direito ao protesto tem a ver com a questão de que as manifestações reivindicativas se dão em espaços públicos, ou seja, em locais tradicionalmente utilizados para a expressão de ideias e críticas políticas (GARGARELLA, 2006b, p. 33). A rua é o *locus* no qual a expressão da cidadania acontece. Os protestos sociais expressam sua publicidade nesse ambiente e, em razão disso, não podem ser confundidos com ações criminosas, as quais são executadas às sombras, sob o manto do sigilo e anonimato. Aquele grupo que expõe publicamente sua insatisfação com o objetivo de chamar a atenção para um problema que não tem sido presente na pauta dos debates políticos contribui decisivamente para o aprofundamento democrático por meio da ampliação dos canais de exteriorização dos desacordos.

Por fim, Gargarella considera que os protestos não são isentos de causar algum incômodo na rotina social, mas tal característica não pode ser utilizada como uma justificativa para a limitação desse direito, pois se trata justamente de um elemento essencial do protesto, já que se forem inofensivos não suspendem o curso normal das ações e passam despercebidos pelos poderes públicos (2008, p. 38). Todavia, esse fato não justifica a violência, a qual deve ensejar responsabilização do agente agressor.<sup>5</sup> Ademais, o ato repressor não pode gerar efeitos sobre os outros legítimos manifestantes ali presentes. A máxima tolerância à expressão da crítica não é um cheque em branco para que o protestante faça qualquer coisa, por outro lado, a atitude de se levar a sério os atos de violência também não é um aval para, a partir daí, estabelecer limites ao direito de se manifestar daqueles desvinculados das agressões (GARGARELLA, 2006b, p. 35).

É possível verificar, portanto, que a análise dos protestos sociais empreendida por Gargarella envolve necessariamente a reflexão em relação à forma como a democracia é concebida, pois a abertura para a expressão do dissenso revela uma maior confiança na capacidade de crítica do cidadão em relação a um Estado que falha na efetivação dos direitos fundamentais.

5 Sobre as formas de pena privativa de liberdade em cotejo com a democracia, ver Zambam e Ickert (2011).

## 4 Poder constituinte e confiança democrática nas manifestações de dissenso

A apresentação das perspectivas de Jürgen Habermas e Roberto Gargarella objetivam indicar que tanto a desobediência civil como o direito ao protesto correspondem a mecanismos de aprofundamento da democracia, principalmente pelo fato de que se revelam como meios de exteriorização da discordância com o curso ordinário das decisões políticas capitaneados por grupos minoritários que, em razão da subrepresentação política, têm dificuldade de colocarem suas reivindicações na pauta da agenda decisória. A maneira pela qual a sociedade enfrenta esses movimentos aponta para o nível de sua maturidade democrática, pois se tais ações ainda são vistas como infringência ilegais à ordem, bloqueia-se a possibilidade de manter aberta a construção dos direitos.

Deve-se levantar a advertência de que, apesar de o modelo normativo habermasiano ter pretensão consensualista, a abordagem que ele realiza em relação à desobediência civil deixa espaço para a apresentação do vínculo de legitimação democrática que tal ação desempenha na sociedade. Além disso, a consideração da valorização da desobediência civil e do protesto social como expressão do dissenso é hipótese sustentada pelos autores do presente trabalho com base na releitura da concepção habermasiana de Estado Democrático de Direito realizada por Neves.

Para o referido autor, os procedimentos deliberativos, antes de servirem à construção do consenso, prestam à intermediação do dissenso em relação aos conteúdos morais. “De acordo com essa releitura, a modernidade, em face da diversidade grupal e individual em torno de valores e conteúdos morais, implica a exigência funcional e normativa da absorção do dissenso contenedístico por meio do consenso procedimental” (NEVES, 2001, p. 126).

Marcelo Neves fundamenta sua ideia na constatação de que a complexidade social da vida moderna torna impossível “uma reconstrução racional do mundo da vida a partir da ação comunicativa no sentido estrito de uma ação orientada para o entendimento intersubjetivo. A ocorrência do consenso na interação é eventual” (2001, p. 128). Nessa visão, a consensualidade se dá em relação à continuidade das interações intersubjetivas e no respeito às divergências. Em razão disso, ela serve como garantia à expressão do dissenso.

Portanto, o dissenso político e jurídico sobre valores é suportado pelo consenso em relação aos procedimentos, ou seja, a abertura às mais diferentes opiniões e argumentos com potencialidade inclusive de transformar o conteúdo da ordem jurídico-política deve se dar dentro das regras pactuadas/consentidas. Por conseguinte, somente não são admitidos os resultados que venham a impedir a continuidade da espera pública pluralista. A legitimação do Estado Democrático de Direito ocorre não

só quando os procedimentos absorvem sistematicamente o dissenso, mas ao mesmo tempo em que fomentam sua emergência na esfera pública (NEVES, 2001, p. 144-148).

Ademais, os movimentos de desacordo e de reivindicação que a desobediência civil e o protesto social expressam tendem a revelar uma tensão entre o poder constituinte, representado pelos anseios do povo, e os poderes constituídos, ou seja, as leis e instituições que estão sendo questionadas. Tal oposição qualifica o debate principalmente quando se coteja com a concepção tradicional de poder constituinte trazida pela doutrina constitucional.

A teoria do poder constituinte para a ciência do direito funda-se nos escritos do abade francês Joseph Sieyès no contexto de eclosão da Revolução Francesa. Trata-se do poder conferido ao povo de fundar uma nova ordem constitucional, da qual os poderes constituídos retiram sua legitimidade para atuar. Ressalte-se, todavia, que o conceito em discussão não fora apresentado de maneira inédita por Sieyès, pois a ideia já estava presente durante os debates da Revolução Inglesa no século XVII, principalmente por meio das reivindicações dos Levellers por mais respeito à vontade dos comuns (LOUGHLIN, 2007, p. 27, 36).

A abordagem de Sieyès é importante pelo fato de associar o conceito de poder constituinte com o de soberania popular. Nesse ponto, Colón-Rios acrescenta outras quatro concepções que o poder constituinte assumiu na história constitucional: a) poder constituinte como soberania parlamentar, tal como se dá no constitucionalismo britânico em que o parlamento possui um contínuo poder constitucional; b) a coroa como fonte do poder constituinte, o qual se deu principalmente no caso das colônias conquistadas; c) poder constituinte como o direito de ordenar os representantes, como se os eleitores fossem corresponsáveis pela constituição; d) poder constituinte como o direito de resistência a ser exercido em situações ocasionais (COLÓN-RIOS, 2013).

O contexto histórico de surgimento da publicação do texto *Qu'est-ce que le Tiers État?* (O que é o Terceiro Estado?) de Sieyès se encontra no processo revolucionário de 1789 na França, quando Luís XVI decide convocar os Estados Gerais para a discussão de uma reforma tributária francesa diante da sua crise econômica e social. Joseph Sieyès preocupava-se com a subrepresentação política do Terceiro Estado diante das duas outras ordens e, por meio do seu texto, postulou o reconhecimento de igualdade de tratamento no processo eleitoral dos Estados Gerais. Eis seu ponto de partida: “1ª) O que é o Terceiro Estado? Tudo. 2ª) O que tem sido ele, até agora, na ordem política? Nada. 3ª) O que é que ele pede? Ser alguma coisa” (SIEYÉS, 2001, p. li). Nesse contexto, pode-se encontrar a importante contribuição de Joseph Sieyès ao constitucionalismo quando estabelece que a Constituição é o resultado da vontade do Poder Constituinte, distinto dos poderes constituídos, já que estes não podem alterar os limites de sua própria delegação.

Tal poder é aquele autêntico e capaz para romper com a ordem constitucional vigente e instaurar um Estado sob novas bases. Trata-se, assim, de manifestação da soberania popular que interpela o *status quo* e fixa o nascimento de um ciclo inédito. Por outro lado, a acolhida da teoria do poder constituinte pela ciência jurídica gerou a cristalização no tempo dessa vontade popular. Findados os trabalhos constituintes e promulgada uma nova Constituição, sua concretização ficaria a cargo dos poderes constituídos, com a manifestação apenas excepcional do poder constituinte derivado nas emendas constitucionais, por exemplo. Nesse sentido, Matos (2016, p. 68) revela o caráter limitador da ideia de poder constituinte derivado:

De fato, se a nova ordem pode ser constantemente remodelada e melhorada pelo poder constituinte derivado, se esvazia drasticamente a função do poder constituinte originário enquanto dimensão efetivamente produtora de normatividade contrafática. O poder constituinte passa então a sobreviver apenas na dimensão retórica, tendo por função ideológica indicar que um dia o Povo-sujeito teve o poder em suas mãos e, na impossibilidade de exercê-lo, o confiou a seus representantes, os quais agora podem inclusive fazer aos poucos o que os revolucionários fizeram de um só golpe: modificar a ordem constitucional e adaptá-la a seus desejos. Em uma configuração institucional como essa, qualquer expressão do poder constituinte enquanto tal é não apenas desnecessária, mas perigosa, pois atentaria contra os processos e procedimentos de autocorreção que a nova ordem criou para si mesma.

Ademais, subjacente à teoria constitucional clássica do poder constituinte como soberania popular também está a assunção da ideia de que tal poder somente pode ser legitimamente exercido por meio da democracia representativa (BAILEY; MATTEI, 2013, p. 969). Todavia, tal concepção é questionada quando se visualiza a emergência das manifestações populares de desacordo representadas pela desobediência civil e pelo protesto social, pois representam uma alta carga reivindicativa essencialmente ligada à expressão democrática. Conceber o poder constituinte restrito temporalmente ao momento de promulgação de uma nova Constituição e exercido exclusivamente pela representação parlamentar renega a expressão da soberania popular presente nesses movimentos.

Os movimentos sociais estão expandindo nosso entendimento de política como algo mais do que um conjunto de ações tomadas nas arenas políticas formais. Eles estão redefinindo “o que conta como política e quem define o que é política”, recuperando assim

a soberania popular e expondo as hipóteses ocultas e injustas e as distribuições prefiguradas do constitucionalismo liberal (BAILEY; MATTEI, 2013, p. 977, tradução nossa).<sup>6</sup>

A possibilidade de exteriorização do dissenso cada vez mais presente nas sociedades modernas reafirma a potência do poder constituinte e não a sua petrificação temporal. Ao fundar a Constituição, tal poder permanece em dinâmica com os poderes constituídos (CHUEIRI, 2013, p. 32).

A promulgação de uma nova Constituição com a constituição de uma sociedade política carrega a exigência popular de que as promessas nela presentes sejam cumpridas, pois esse documento está aberto no tempo. Tanto as ações de desobediência civil pensadas por Habermas como os protestos sociais defendidos por Gargarella fazem com que a tensão entre poder constituinte e poderes constituídos seja produtiva já que canalizada para a renovação e atualização dos compromissos constitucionais em um Estado Democrático de Direito, pois buscam que esse pacto seja satisfeito permanentemente.

Revela-se, portanto, uma forte lealdade constitucional nas ações contestadoras, porque apesar da discordância com o curso ordinário do debate político, aceitam que as decisões coletivas se dão democraticamente com vistas à concretização dos preceitos constitucionais.

A soberania popular, portanto, não reside enclausurada temporalmente no momento da formação de uma nova Constituição muito menos no monopólio parlamentar, pois é preciso que esse novo documento tenha eficácia, se não a tiver o ato constituinte não se completou. O poder constituinte está presente no contínuo processo de aprimoramento do Estado Democrático de Direito tanto pela desobediência civil como por meio do protesto social.

## 5 Considerações Finais

Se a Constituição é mais do que apenas a certidão de nascimento de um novo Estado, pois se consubstancia num processo de construção de sentido e de interpretação aberto no tempo, pode-se concluir que a democracia assume papel de destaque nesse empreendimento, já que a deliberação deve se dar em um ambiente radicalmente democrático.

Todavia, os canais institucionais nem sempre se encontram permeáveis aos reclames dos grupos com debilidade para serem ouvidos. Dessa forma, pautar a agenda

6 “Social movements are expanding our understanding of politics as something more than a set of actions taken in formal political arenas. They are redefining ‘what counts as political and who defines what is political,’ thereby reclaiming popular sovereignty and exposing the hidden and unjust assumptions and prefigured distributions of liberal constitutionalism” (BAILEY; MATTEI, 2013, p. 977).

decisória torna-se um desafio intransponível. Em consequência disso, a efetivação dos direitos fundamentais torna-se parcial, por não ter sua origem num processo democrático amplo.

Diante desse problema, a presente pesquisa revela a necessidade de se comprometer seriamente com a democracia. Entre as diversas formas pelas quais essa confiança pode se apresentar, optou-se por lançar luzes em relação à desobediência civil na perspectiva de Jürgen Habermas e aos protestos sociais tal como elaborado por Roberto Gargarella. Tais ações estão em conexão estreita com a democracia, pois representam a possibilidade de reivindicação de direitos e exteriorização do dissenso. Se a democracia envolve deliberação em conjunto, não se pode abrir mão dos mecanismos de desacordo, principalmente quando há supremacia do processo decisório majoritário. Em termos pragmáticos, isso corresponde a dizer que o tratamento jurídico dessas manifestações não pode se dar tendo como referência a negação do conflito. É justamente da essência da democracia a convivência dentro de um ambiente de permanente desacordo. Negar esse impulso é negar a própria democracia.

Além disso, por emergirem da soberania popular, esses movimentos ampliam a concepção de poder constituinte limitada no tempo, para estendê-lo a um processo permanente e contínuo de efetivação dos compromissos constitucionais. Tal como a face dupla do deus Janus que tanto olha para o passado como para o porvir, o poder constituinte é duradouro, pois reafirma o compromisso constitucional histórico ao exteriorizar a vitalidade e vigor das manifestações democráticas que se apresentam no horizonte.

## Referências

ARENDDT, Hannah. Desobediência civil. In: ARENDT, Hannah. **Crises da República**. São Paulo: Perspectiva, 2010.

ARROYO, Juan Carlos Velasco. Tomarse en serio la desobediencia civil: un criterio de legitimidad democrática. **Revista Internacional de Filosofía Política**, n. 07. Universidad Autónoma Metropolitana, Ciudad de Mexico, 1996.

COLÓN-RIOS, Joel. Five Conceptions of Constituent Power. **Social Science Research Network**, 2013.

BAILEY, Saki; MATTEI, Ugo. Social Movements as Constituent Power: The Italian Struggle for the Commons. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 20, nº 2, 2013.

COSI, Giovanni. Saggio sulla disobbedienza civile. Storia e critica del dissenso in democrazia. Milano: Giuffrè Editore, 1984.

CHUEIRI, Vera Karam. Constituição Radical: uma ideia e uma prática. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, n. 58. Curitiba: 2013.

GARGARELLA, Roberto. **El derecho a la protesta: el primer derecho**. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005.

\_\_\_\_\_. El derecho a la protesta social. **Derecho y Humanidades**. nº 12. Chile: 2006a.

\_\_\_\_\_. **Carta abierta sobre la intolerancia: apuntes sobre derecho y protesta**. Buenos Aires: Siglo XXI, 2006b.

\_\_\_\_\_. Un diálogo sobre la ley y la protesta social. **Revista de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú**, 2008.

HABERMAS, Jürgen. La desobediencia civil, piedra de toque del Estado democrático de Derecho. In: HABERMAS, Jürgen. **Ensayos Políticos**. Barcelona: Ediciones Península, 1988.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

LOUGHLIN, Martin Loughlin, 'Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice'. In: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (eds.) **The Paradox of Constitutionalism**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Estado de exceção, desobediência civil e desinstituição: por uma leitura democrático-radical do poder constituinte. **Direito e Práxis**, v. 7, nº 4, 2016.

NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso: o Estado democrático de direito a partir e além de Habermas. In: SOUZA, Jessé (Org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: UnB, 2001.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

TASSINARI, Clarissa; MENEZES NETO, Elias Jacob de. Liberdade de expressão e Hate Speeches: as influências da jurisprudência dos valores e as consequências da ponderação de princípios no julgamento do caso Ellwanger. **Revista Brasileira de Direito**, v. 9, n. 2, p. 7-37, jan. 2014.

ZAMBAM, Neuro José; ICKERT, Airton Juarez. A democracia brasileira e a pena privativa de liberdade: alternativas que preservam a dignidade humana. **Revista Brasileira de Direito**, v. 7, n. 2, p. 147-166, out. 2011.