

**EDIÇÃO 25** ESPECIAL AGO – SET/2024

ISSN 2675-9403

**MULHERES JURISTAS**



**TJPR**

# GRALHA AZUL

PERIÓDICO CIENTÍFICO DA EJUD/PR



**EJUD-PR**

ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ

## PODER CONSTITUINTE COM (O) DIREITO DE RESISTÊNCIA: ALTERNATIVAS TEÓRICAS E PRÁTICAS DA CRISE DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL



Vera Karam de Chueiri<sup>1</sup>

O artigo parte da fundamental relação entre constitucionalismo e democracia, da ideia de Constituição radical como, também, do contexto de crise da democracia constitucional para trabalhar uma particular noção de poder constituinte com(o) direito de resistência. Neste sentido, o poder constituinte é investigado não apenas como produto de uma revolução ou desordem/desordenação, mas também como ordem ou ordenação, isto é, como fator necessário para estabilidade democrática constitucional em circunstâncias de abuso governamental. Isto, pois, em situações de enfraquecimento e crise destrutiva/degenerativa da democracia constitucional, em situações de abuso governamental (de maneira geral), a (re)ativação do poder constituinte pode se dar como exercício do direito de resistência (por meio da Constituição radical).

**Palavras-chave:** Poder constituinte, direito de resistência, constituição radical.

---

<sup>1</sup> Professora titular de Direito Constitucional da UFPR. Pesquisadora do CNPQ e do CONS/PPGD/UFPR. lattes: <http://lattes.cnpq.br/6091643712340626> orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7069-5272> E-mail: [vkchueiri@ufpr.br](mailto:vkchueiri@ufpr.br)

The article starts from the fundamental relationship between constitutionalism and democracy, from the idea of a radical Constitution as well as from the context of the crisis of constitutional democracy to work on a particular notion of constituent power as the right of resistance. In this sense, constituent power is investigated not only as a product of a revolution or disorder/disorder, but also as order or ordering, that is, as a necessary factor for constitutional democratic stability in circumstances of government abuse. That is, in situations of weakening and destructive/degenerative crisis of constitutional democracy, in situations of government abuse (in general), the (re)activation of constituent power can occur as an exercise of the right of resistance (through the Radical Constitution).

**Keywords:** constituent power, right of resistance, radical constitution.

## INTRODUÇÃO

As crises pelas quais as democracias constitucionais têm sido afetadas no mundo são urgentes e relevantes, tanto do ponto de vista da sua investigação teórica, quanto do ponto de vista prático. Compreendê-las para delas assimilar o que for produtivo ou pedagógico ou combatê-las e superá-las é fundamental para a saúde (conceitual e efetiva) da democracia constitucional. Países como Brasil (poderia citar, ainda, Chile, Argentina, Egito, Israel, Turquia, África do Sul, Itália, Hungria, Polônia, Venezuela, Estados Unidos, Espanha, Tailândia, entre outros) ou experimentaram ou estão experimentando crises que afetaram ou tem afetado as suas estruturas democráticas-constitucionais. As causas são variadas e precisam ser pesquisadas em seus diferentes contextos, não obstante, a premissa de salvaguardar a democracia constitucional se aplique, genericamente, a todos os contextos de crise pelos valores que ela (a democracia-constitucional) agrega e preserva. Daí a pertinência de discutir o poder constituinte como um dos conceitos e das práticas necessárias de ser ativadas em contextos de ataques às democracias-constitucionais. Eis o recorte deste artigo.

Neste sentido, pretendo discutir o conceito de poder constituinte como direito de resistência diante da crise e da instabilidade das democracias constitucionais. Vale dizer, o poder constituinte será investigado não apenas como produto de desordem ou desordenação, mas também como ordem ou ordenação, isto é, como fator necessário para estabilidade democrática constitucional em circunstâncias de crise que redundam em abuso governamental. Isto, pois, em situações de enfraquecimento e crise destrutiva da democracia constitucional, em situações de abuso governamental (de maneira geral), a (re)ativação do poder constituinte pode se dar como exercício do direito de resistência.

Historicamente, no Brasil e fora dele, o conceito de poder constituinte tem sido forjado em situações de crise, conflito e transformação e tem se dirigido à resistência e à revolução democrática contra a fixidez e a permanência do poder abusivo do governo. Não por acaso, este conceito foi apropriado, estrategicamente, e

utilizado, distorcidamente, no caso da ditadura civil-militar brasileira, para justificar os atos institucionais e o constitucionalismo de exceção que vigorou após o golpe civil-militar de 1964.<sup>1</sup>

Ainda, é importante sublinhar que o poder constituinte não pode ser pensado e praticado de maneira divorciada dos poderes constituídos. Isto é, o poder constituinte experimenta desde sempre uma certa ambiguidade. Assim, a discussão que proponho neste artigo, vai de encontro à simplificação e ao senso comum que envolve o conceito e a prática do poder constituinte e pretende responder as seguintes questões: como se articula o poder constituinte com o poder soberano desde um ponto de vista horizontal, isto é, de uma relação que não é de comando-obediência, mas de participação coletiva; de co-(i)nstituir? Como o poder constituinte com(o) direito de resistência invoca antes o 'poder de' ao invés do 'pode sobre'? Como lidar com a ambiguidade que há na ideia do poder constituinte como direito de resistência, isto é, como o direito de resistência pode ser ativado no espaço e tempo que há entre o poder constituinte e os poderes constituídos?

### 1 PODER CONSTITUINTE COMO 'PODER DE' AO INVÉS DE 'PODER SOBRE'

O constitucionalismo progressista liberal<sup>2</sup>, de uma maneira geral, não se interessa pelo poder constituinte<sup>3</sup> e sua relação com o poder constituído para pensar o arranjo constitucional democrático. Da mesma maneira, não prestigia o tipo de relação que valoriza a tensão e a crise que caracteriza esse arranjo. A filosofia política crítica, ao contrário, prestigia e investiga o poder constituinte. Este artigo segue na confluência destes dois campos, a teoria constitucional progressista e a filosofia política crítica, com os respectivos recortes de temas e autores para discutir o poder constituinte - em sua ambivalência - e demonstrar a pertinência e necessidade dessa discussão para (re)pensar e praticar a democracia constitucional nestes tempos da segunda década do século vinte.

Andreas Kalyvas (2012) afirma que os conceitos, a partir da sua espacialidade, tem histórias e geografias e, assim, acontece com o poder constituinte.

desestabilidade interpretativa que relativiza a pretensão de que tais conceitos são pressupostamente incontestáveis ou que não se tenha concepções sobre tais conceitos que sejam paradoxais.

<sup>3</sup> Ver a observação que faz Bercovicci (2013, p. 305) em seu artigo O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte: A doutrina jurídica tradicional entende que o povo e o poder constituinte não têm lugar no direito público, por não serem "categorias jurídicas".

<sup>1</sup> Ver os preâmbulos dos Atos institucionais.

<sup>2</sup> A disputa de sentidos sublinha a controvérsia que pode há ver entre concepções diferentes acerca do constitucionalismo, da democracia e do seu vínculo e da possível contradição entre elas, não obstante os liberais assumam que se trate de concepções racionalmente convincentes. Compatibilizar a exigência de racionalidade para justificação do regime político em bases legítimas e admitir que há vários argumentos em disputa, em torno de diferentes e divergentes concepções sobre dado conceito é um dos fatores que faz com que os autores liberais contemporâneos sejam progressistas. Isto, pois, provoca uma interessante

Neste sentido, o poder constituinte na América do Sul, na experiência do constitucionalismo da região, recolou na agenda do estudo e da prática do direito constitucional a questão da fundação, re-fundação e manutenção do poder democrático sempre a partir da democracia, pensada desde os movimentos anticoloniais que marcaram a região até os movimentos contra o autoritarismo e as ditaduras no século passado e os movimentos mais recentes contra as novas práticas desconstituintes e erosivas das democracias constitucionais da região (Paixão, 2020a, p. 04).

Assim, o poder constituinte não se esgota nos arranjos governamentais estabelecidos, nem mesmo quando estes restam estáveis, permanecendo ativo como impulso próprio das democracias por meio da aplicação da Constituição (radical)<sup>4</sup>. O gatilho para a ação política (não só extraordinária, mas, também, ordinária) está na Constituição, cuja fundamentalidade (que a distingue das leis infra-constitucionais) pressupõe o poder constituinte do povo, isto é, o povo é soberano em função do seu poder de constituir, da sua autonomia para tanto, do quão livre e igualitária é sua participação. Co-constituir prestigia antes a participação igualitária do que a obediência e é o poder constituinte que o faz ao articular autonomia e auto-governo, participação e igualdade. O poder de constituir pressupõe e estimula relações de associação, isto é, o sujeito constituinte tem uma existência coletiva e sua identidade se forja neste contexto.

Os contextos de mudança constitucional são ativados por ações que tem em seu início o inconformismo, o desconforto e a insatisfação com a ordem a posta, exigindo, ao mesmo tempo, um tipo de resistência diante dela.

A luta anticolonial e antiautoritária, assim como o direito de resistência invocam esse 'poder de', que se diferencia de um 'poder sobre'. Este 'poder de' está na base e opera horizontalmente. A democracia constitucional está mais do nunca na mira, seja para atingi-la e erodi-la, seja para, ao contrário, afirmá-la por meio da recuperação do poder do povo de decidir sobre o que lhe afeta e de como decidir, de maneira a prestigiar conteúdos e procedimentos democráticos. Para isso, a ativação do poder constituinte como revisão das regras do jogo político (da constituição) e como resistência é uma possibilidade e alternativa interessante.

Conforme Kalyvas (2012) este poder constituinte veicula os atributos coletivos e impessoais da soberania, sua dimensão pública associativa e suas inclinações federativas. Este poder está na fundação, na re-fundação e na manutenção do poder democrático. Como? A partir do compartilhamento de algumas concepções que implicam o conceito de poder

constituinte: práticas coletivas e pluralidade de atores no ato de co-constituir algo. Isto requer igualdade, participação igualitária, isto é, co-constituir é um ato de cooperação de todos. Isto que é mais evidente no ato de fundação do poder, reaparece em atos de re-fundação do poder e, também, da sua manutenção, na medida em que estes atos apontam para uma estrutura federativa e associativa do poder público que tenciona, a todo momento, com a centralização, a concentração e a hierarquização do poder. A soberania popular institui e constitui; é um impulso produtivo e generativo do poder constituinte e segue nos poderes constituídos.

Em momentos de crise destrutiva do arranjo democrático-constitucional, o poder constituinte, em sua ambivalência, age no interior e no exterior dos poderes constituídos, no sentido de reconstituir a existência política do povo e renovar sua identidade constitucional. Daí o vínculo do poder constituinte com o direito de resistência e a revolução democrática, as quais, por sua vez, são constitucionais, ou seja momentos de soberania popular são de genuína construção constitucional.

O poder constituinte faz a dialética entre a política e o direito e, ao fazê-lo, mostra como é equivocada a distinção entre aquela como campo exclusivo do poder de fato e este como campo exclusivo da pura normatividade. Nas democracias, a legitimidade depende de quão inclusiva, livre e igualitária é a participação na constituição e preservação da ordem constituída. O respeito à esta decorre da participação em sua fundação e nos atos de re-fundação e não da mera obediência. Vale dizer, o poder constituinte evoca o valor geral da autonomia política: ser livre é viver sob suas próprias leis (autogoverno).

Como sustento na ideia de Constituição radical, o poder constituinte não pode ser consumido pela ordem constitucional, ao contrário, nela permanece e a radicaliza, tornando-a um gatilho para a ação política democrática. "A ideia do poder constituinte como excesso de constitucionalismo é um lembrete de que a política não pode ser reduzida à legalidade abstrata e que a democracia excede suas formas constitucionais". (Kalyvas, 2017, posição 299) Isto porque, tanto o poder constituinte quanto a democracia dizem respeito a atos coletivos de autolegislação e a eventos públicos de mudança e transformação. Ambos pressupõem que o povo, digo, as pessoas de carne e osso de uma dada coletividade, constituem, por meio das suas decisões, as formas políticas da autoridade com a finalidade de organizar e institucionalizar a sua vida comum.

Daí a inferir que o poder constituinte é antes um 'poder de' e não um 'poder sobre'; de que o poder constituinte e a soberania popular estão, desde

<sup>4</sup> Ver Chueiri, Vera Karam de. *Constituição radical*. Arraes: Belo Horizonte, 2024.

sempre, ligados e articulados. "De fato, ao longo da história do pensamento político ocidental moderno, a soberania como poder constituinte foi sistematicamente eclipsada pela doutrina da soberania entendida como 'o mais alto poder comando'" (Kalyvas, 2017, posição 299)

Conforme afirmei anteriormente, a democracia refere-se à vontade soberana do povo (ou das maiorias populares), enquanto o constitucionalismo significa a limitação dessa vontade, na medida em que oferece as formas institucionais de limitação, como também, os conteúdos que justificam a autoridade que maneja estas formas, por meio da tomada de decisões institucionais. Tomando o vínculo do poder constituinte com a soberania popular desde essa compressão que os articula como um 'poder de' e não um 'poder sobre' e desdobrando-os na forma e no conteúdo da democracia constitucional, o resultado é um de um arranjo no qual o constitucionalismo tenciona com a democracia, porém, não a aniquila. Ao contrário, ele garante que o poder da maioria não seja abusivo, arbitrário e concentrado. Neste sentido, o constitucionalismo exige uma forma e impõe um desenho institucional, em que as funções de governo são separadas e interdependentes; ele organiza seu funcionamento, distribui competências, garante direitos, impõe deveres, propõe diretrizes públicas, ajusta territorialmente o poder, entre outras coisas e, assim, viabiliza a vontade soberana do povo ou das maiorias. Jeremy Waldron (2016, p. 23-44) dá um passo a frente e nos provoca a pensar numa forma e num conteúdo do constitucionalismo que, a partir das Constituições, não apenas se trate de limitar o poder, mas sim, de empoderar as pessoas comuns nas democracias e permitir que elas controlem as fontes do direito e aproveitem o aparato do governo para as suas legítimas aspirações. Tal compreensão pende mais para o viés democrático das constituições, segundo o autor, do que para o seu viés constitucionalista.

Segundo Colón-Ríos (2013, p. 23) é preciso levar o debate sobre constitucionalismo e democracia para um terreno menos seguro e mais democrático, onde as perguntas básicas sobre o poder constituinte do povo, da participação popular na reforma da constituição e das formas em que uma Constituição pode frustrar o autogoverno democrático, sejam centrais. (Chueiri, 2024, p. 31). Para o autor, o constitucionalismo pressupõe que a Constituição esteja permanentemente aberta à mudança com gatilhos que acionem o poder constituinte

de tempos em tempos. Constitucionalismo fraco e democracia forte afetam a noção liberal de autoridade e legitimidade realocando-as em um lugar menos liberal e mais democrático. A ordem constitucional deve não apenas aspirar, mas satisfazer os princípios da participação e deliberação popular, no sentido da abertura democrática e, para tanto, o poder constituinte deve ser reativado para efetivar tais princípios (por meio da Constituição ou dos poderes constituídos). Vale dizer, o poder constituinte não se constitui numa ameaça, mas sim numa oportunidade para que a Constituição não careça de legitimidade seguindo aberta para sua renovação de maneira fortemente democrática. Isto, mostra, como o poder constituinte e a Constituição (os poderes constituídos) experimentam essa ambivalência.

Andrew Arato, num trabalho que sintetiza a teoria do poder constituinte e da soberania com a análise comparativa de processos constituintes, diferente dos cientistas políticos e assumindo um ponto de vista normativo<sup>5</sup>, propõe o que ele chama de paradigma multifásico, pós-revolucionário para pensar o poder contituente pós-soberano, ou seja, um poder constituinte pensado não mais a partir da ideia de povo, como uma ficção filosofica que implica unidade e coesão e pressupõe uma vontade, para o autor, supostamente democrática, mas de um povo que é diverso, plural, múltiplo (de uma sociedade civil reflexiva, aberta e autolimitada) e que se reconhece na própria Constituição (Arato, 2016, p. 76).

Arato, afirma sua posição normativa ao propor uma reflexão crítica sobre as experiências negativas marcadas pelo encerramento de um povo pré-constitucional num órgão soberano capaz de expressar sua vontade. Neste ponto, ele se diferencia das posições normativas mais radicais (mais especificamente, da de Colón-Ríos) que, segundo ele, ignoram o aprendizado que a observação empírica pode fornecer. Mesmo propondo uma ideia de poder constituinte pós-soberano, este é tanto mais um 'poder de' ao invés de um 'poder sobre'. Isto é, a leitura que faço da proposta de Arato acerca do poder constituinte arrisca dizer que sua premissa coincide com a que venho defendendo de um 'poder de' em detrimento de um 'poder sobre'. No entanto, se há coincidência nesta premissa, há divergência nos seus desdobramentos. Nestes, reside a importante diferença entre a proposta de Arato, a de Colón-Ríos e, também, a que faço sobre a constituição radical. Isto,

<sup>5</sup>As against most of the comparative and large N literature, e.g., the work of Tom Ginsburg and his collaborators (*The Endurance of Constitutions*), I stress normative theory. Yet my work differs from the works of Negri (*Insurgencies: Constituent Power and the Modern State*) and Kalyvas (*"Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power," Constellations, 2005*), by combining theory with case studies, and through a more consistent critique of the

framework of Carl Schmitt than is to be found either in their work or in Colón-Ríos' *Weak Constitutionalism*. While closer to the approach adopted by the authors in the edited volume by Loughlin and Walker, *The Paradox of Constitutionalism*,<sup>1</sup> I introduce a new paradigm that is not found in the work of any of their contributors. I take law and politics in the life of constitutions equally seriously, and I reduce constitutions to neither, taken alone (Arato, 2017, p. vii-ix).

porque, Colón-Rios ((2012, p. 152-153) potencializa a soberania popular em detrimento dos limites impostos pelo constitucionalismo que, por isso, deveria ser fraco. Assim, para Colón-Rios, episodicamente, a vontade soberana e constituinte do povo deve ser ativada, para além dos limites institucionais, questionando a Constituição posta e apostando, caso necessário, na criação de uma nova. As travas formais e matérias que uma Constituição impõe à sua reforma, como por exemplo, as que decorrem do poder de emenda, são, para o autor, uma maneira de mitigar a democracia e o poder constituinte.

Ao contrário dele, Arato entende que, desde uma perspectiva pós-soberana, pós-revolucionária e multifásica do poder constituinte, não há uma identificação do povo, em teoria e na prática, com uma coletividade coesa, cuja vontade é desde sempre orientadora e orientada pela forma e pelo conteúdo democrático, na manifestação do poder constituinte. Ele acha ficcional esta ideia. "Entre os casos que se propõe a estudar, Arato identifica o episódio constituinte da África do Sul como o caso de sucesso mais próximo do ideal pós-soberano de poder constituinte. Neste modelo não há necessidade de justificar a autoridade de um povo unitário, pré-constitucional e monolítico. A própria constituição pode ser a fonte do significado de povo como uma entidade legal múltipla, diversa e plural, pavimentando uma concepção baseada na sociedade civil reflexiva, aberta e autolimitada (Arato, 2016, p. 76)." (Silva, 2018) Ou seja, o poder constituinte é pós-soberano porque dissolve nas forças políticas da sociedade civil o poder de sentar à mesa para discutir sobre uma Constituição transitória, sobre como se dará a forma de eleição e deliberação dos/das constituintes para elaborar a Constituição definitiva e, assim, rejeita a ideia forte de um povo soberano, coeso e unido como seu titular, a qual pode servir bem, também, para processos constituintes autoritários. Vale dizer, Arato parte de uma análise descritiva da realidade, na qual os poderes constituídos não foram totalmente destituídos, como também da existência e da exigência de um certo grau de institucionalidade, para o exercício do poder constituinte e seus procedimentos.

Entre Colón-Rios e Arato defendo a ideia e a prática da constituição radical também no sentido de um poder constituinte como 'poder de' ao invés de 'poder sobre'. A Constituição radical acontece e, como evento, se coloca no tempo e no espaço das ações que prometem (poder constituinte) e comprometem (constituição) o passado e o futuro no presente. A democracia (e com ela o poder constituinte) e o constitucionalismo (e com ele a Constituição) são enunciados nessa promessa. "Para o constitucionalismo é a promessa da efetivação da Constituição (sua sala de máquinas, os direitos fundamentais, as políticas públicas, etc.) e, para a democracia é a promessa como

a sempre presente possibilidade de renovação daqueles compromissos constitucionais e de abertura — eis que a democracia pressupõe a possibilidade de sua própria desconstrução"(Chueiri, 2024, p. 97).

Ao me referir à Constituição radical falo tanto da norma fundamental quanto da decisão fundamental e da sua não redutibilidade total aos poderes constituídos, na medida em que retém o poder constituinte. Assim compreendida, a Constituição faz a mediação da ação política em momentos de altíssima temperatura (política), como os que reivindicam o poder constituinte. Tais eventos, portanto, não são apenas prestigiados, mas acelerados pela Constituição, até mesmo para acusar seus limites (que podem ser ultrapassados). Assim, a Constituição radical se aplica tanto ao poder constituinte (potência) quanto ao poder constituído (ato) e um não predomina sobre o outro. Daí ela implicar um poder constituinte que é antes um 'poder de' e não um 'poder sobre'. Isto me permite afirmar que o poder constituinte (potência) e os poderes constituídos (ato) são duas faces do mesmo fenômeno, qual seja, a fundação soberana da comunidade política, a qual se vale de uma autoridade que resulta, antes, de engajamento ao poder do que de submissão a ele. Do francês medieval, *engagier*, significa sob compromisso ou sob promessa, daí *en gage*, é estar nesse estado ou agir para que ele aconteça.

Ao dizer que o poder constituinte e os poderes constituintes são duas faces do mesmo fenômeno eu sublinho a ambiguidade que os caracteriza, porém não como um defeito, mas sim como uma qualidade deste tipo de relação. Aliás, é importante explorar essa ambiguidade, pois o direito de resistência (e aqui passo ao segundo tópico deste artigo) pode (essa é um hipótese) operar nesse espaço e tempo entre o poder constituinte e os poderes constituídos, na medida em que ele invoca antes o 'poder de' ao invés do "pode sobre". Neste ponto não haveria uma genuína ruptura entre o constituído e o constituinte e a transformação se daria pela articulação ou movimento entre ambos. A considerar que desde os modernos (do século dezesseis) o poder de criar um novo regime constitucional é exercido nas situações em que o governo age abusivamente quebrando a confiança do povo, nada mais oportuno e contemporâneo, do que tratar do poder constituinte e dos poderes constituídos, em sua dinâmica, como exercício da resistência pela comunidade diante de governos arbitrários.

## 2 RESISTIR COMO RE(CO)INSTITUIÇÃO: PODER CONSTITUINTE E DIREITO DE RESISTÊNCIA

Na segunda parte do artigo pretendo explorar a ideia de poder constituinte (em sua dinâmica com os poderes constituídos) com(o) direito de resistência. O direito de resistência remete a teorias e eventos que

historicamente se relacionam à violação de direitos por parte de quem, ao contrário, deveria protegê-los, garanti-los e efetivá-los, isto é, situações e circunstâncias de abuso de poder que exigem resistência por parte de quem sofre o abuso e a injustiça. O que eu pretendo explorar, nesta segunda parte, diz respeito às situações e circunstâncias de violações de direitos que tem ocorrido nesta última década do século vinte e um, isto é, da crise degenerativa das democracias constitucionais que ocorrem pela desaplicação da Constituição ou por sua aplicação contra ela mesma. Ou seja, quero pensar o poder constituinte como direito de resistência em circunstâncias em que a Constituição é golpeada sem tanques nas ruas, isto é, sem uma clássica ruptura constitucional e institucional.

Tipicamente o direito de resistência é exercido em situações de violações de direitos por uso abusivo do poder (ditaduras, governos totalitários, autoritários etc.). Pois bem, o cenário contemporâneo no mundo é diferente. Golpes sem tanques nas ruas, sem suspensão da Constituição, violação de direitos por medidas institucionais legislativas, por reformas da Constituição, isto é, sob sua vigência. A Constituição sendo aplicada antagonizando com ela mesma a todo momento; sendo aplicada na medida da sua desaplicação. Neste cenário o que significa resistir e ter um direito de resistir: significa re-ativar a Constituição (radical); significa re-constituí-la horizontalmente. Aqui o poder se exerce numa relação não vertical de obediência, mas de chamamento à participação coletiva. Eis o momento em que isso que venho chamando de poder constituinte como direito de resistência entra para (re)aplicação da Constituição. Isso chama a um novo evento constituinte? Não necessariamente. Essa hipótese pode ser levada em conta, mas o artigo quer pensar na re-co-(i)stituição da democracias constitucional como um ato de resistência. A crise degenerativa do arranjo em vários lugares do mundo e, também, no Brasil, especialmente no período de 2016 a 2022, e o conseqüente estrago causado na casa de máquinas da Constituição é uma questão de urgência, emergência e uma questão de ou para (re)estabilização da democracia constitucional no seu "long run".

O direito de resistência sempre é oponível ao Estado e ao governo, mas não à Constituição. Ele não impede a crise degenerativa, a erosão, mas a combate. Tanto teórica, quanto historicamente, o poder constituinte se manifesta de diversas formas e esta é uma delas.

Este artigo coloca, teórica e normativamente, para a teoria constitucional contemporânea questões urgentes não sem estar voltado para o Brasil, e para os desafios que a nossa democracia constitucional vem experimentando. O que parecia ser a melhor opção disponível (e por isso a mais desejada e disputada), passa a ser substituída por outros tipos de regime, mais

fechados, pouco ou nada democráticos que, assim, comprometem o exercício dos direitos fundamentais (em todos os sentidos), a separação de poderes, as eleições livres e justas, a participação popular na tomada de decisão, o controle ou a fiscalização das instituições, o pluralismo etc. Neste cenário (mas não só) importa retomar a pesquisa (reflexão e discussão) sobre o poder constituinte na conjugação com o direito de resistência. Não se trata tão somente de recuperar uma antiga discussão de mais de três séculos atrás, mas recuperar a ideia em um cenário diverso e partir de conceitos e concepções que disputam a compreensão desse cenário. Neste sentido, este artigo é tanto relevante pelas suas premissas normativas quanto pela intervenção que ele propõe nas instituições para salvaguardar as democracias constitucionais.

É da tradição liberal a possibilidade de se insurgir contra um governo abusivo, de se opor a uma ordem injusta e, no limite, até mesmo desobedece-la. Desde Locke, o direito de resistência é pautado, no entanto, sob o fundamento da liberdade que é inerente à natureza humana e, por isso mesmo, deve ser intocável pelo governo. Daí o direito de resistência ser pensado a partir dessa tradição liberal, como um tipo de ação política contra os ataques institucionais que precisamente minam aquilo que se quer preservar. Contemporaneamente, eu diria que, minam, precisamente, o arranjo constitucional democrático.

Lembremos dos regimes de exceção como o que o Brasil viveu na ditadura do Estado Novo e na ditadura civil-militar de 1964 nos quais, apesar do funcionamento das instituições do judiciário, do executivo e do legislativo, estas serviam tanto mais aos interesses do governo autoritário da época quanto aos interesses de seus apoiadores internos e externos, de forma que, os expedientes de governabilidade, se pautavam em medidas de exceção, como os atos institucionais, a Lei de Segurança Nacional, a Lei de Imprensa entre outras que criminalizam os que se opunham ao regime. Diante desse estado de coisas, é que resistência com(o) direito surge como alternativa, isto é, a resistência é uma alternativa contra o esgarçamento das democracias constitucionais e uma das formas de exercitá-la é por meio da ativação do poder constituinte. Isto porque a resistência exige reflexão e ação crítica em relação a não ser governado de uma determinada maneira.

A resistência e o poder constituinte se articulam no limiar entre o dentro e o fora, entre o político e o jurídico, em situações em que, o poder constituinte já produz uma normatividade suficiente, estando ou não estando formalmente em vigor. A resistência exige, assim, movimentos re-co-(i)stituintes, os quais, por sua vez, podem (1) ativar a Constituição que existe mas que, diante das medidas de exceção, deixa de ser aplicada, ou (2) a Constituição



que ainda não existe, senão como como potência constituinte, e, assim, se aplica com um mínimo de vigência formal.

A resistência que ativa o poder constituinte acusa e denuncia os abusos governamentais, isto é, os excessos do poder, e nos coloca a paradoxal situação de que o poder constituinte com(o) direito de resistência opera neste limiar, entre o dentro e o fora da ordem (constitucional democrática). Da perspectiva exclusiva do direito de resistências, sem atrelá-lo ao poder constituinte, há quem, como Roberto Gargarella (2005a, p. 39-41), que afirme a necessidade de haver critérios para o seu exercício. Tais critérios permitem diferenciar a resistência, precisamente como exercício de direitos, do descumprimento do direito por razões autoritárias, criminosas, em geral, fora da legalidade democrática. Segundo o autor, as condições para o exercício do direito de resistência são as seguintes: 1. deve haver um nexo causal entre o Estado e a violação ou abuso do direito; 2. Deve, assim, a ação de resistência ter um nexo com a violação ou abuso de direito e 3. por fim, deve haver proporcionalidade na demanda por parte de quem resiste. Para Gargarella, a resistência ao direito é um daqueles casos limites do constitucionalismo, cujo exercício é fundamental nas democracias constitucionais (Gargarella, 2007, p. 225). Vale dizer, o direito de resistência deve ser exercido em circunstâncias em que o direito "não representa uma expressão mais ou menos fiel da nossa vontade como comunidade", mas sim, "um conjunto de normas alheias aos nossos projetos e controle, que afeta os interesses mais básicos de uma maioria da população, mas frente à qual esta está submetida"(Gargarella, 2007, p. 205).

Novamente aparece a ambiguidade do direito de resistência ao exigir, por um lado, um certo grau de pertencimento e de limitação à ordem para ser legítimo e, por outro, uma certa rebeldia a esse pertencimento e limitação, na medida em que mitiga a sua potência. O outro lado da resistência pode ser um tipo de ação violenta, como se vê nos eventos revolucionários, desde o século dezoito até o século vinte, ou na mobilização das pessoas, seus corpos, nos movimentos de protesto mais recentes, diante do colapso das democracias constitucionais nestas duas décadas do século vinte e um.

Para a proposta deste artigo, a resistência refere-se ao ato de co(i)nstituir. Significa resistir, concretamente, aos abusos do governo e aqui, exemplificativamente, cito as diversas medidas executivas e legislativas tomadas durante o governo do ex-presidente Jair Bolsonaro que se enquadram nessa categoria de abusivas ou atentatórias à ordem constitucional e infraconstitucional. Vou me valer de

exemplos aleatórios, mas que são elucidativos dos abusivos do governo. Começo pelo decreto n. 9759 de 11/04/2019 que extinguiu os grupos de trabalho, comitês e conselhos criados até o final de 2018 que tinham caráter consultivo e se constituíam em importante ferramenta de aproximação entre a sociedade civil e o governo, relativamente às principais políticas públicas, seu planejamento, elaboração e execução. Outro exemplo é a diminuição dos investimentos nas políticas públicas de proteção à mulher<sup>6</sup> que em 2020 foi de apenas dois milhões de reais, representando um subinvestimento. "Para a Casa da Mulher Brasileira, ao longo do ano, o ministério gastou somente R\$ 66 mil". (...) De janeiro de 2019 a julho de 2021, o Planalto não gastou R\$ 376,4 milhões dos R\$ 1,1 bilhão disponíveis para 10 rubricas que têm as mulheres como público alvo no Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos e no Ministério da Saúde" (Fachin, Bonatto, Ramos, 2022, p. 55). Também, a alteração do rito constitucional de tramitação e votação das medidas provisórias por meio do ato conjunto n.01/2020 da Câmara e do Senado (Godoy, Chueiri, 202, p.). Ainda, o furo do teto de gastos do governo que somaram R\$ 794,9 bilhões de 2019 a 2022, representando a soma de autorizações que a gestão obteve no Congresso para gastar acima do limite constitucional e outras manobras que driblaram o teto, como o adiamento do pagamento de precatórios (dívidas do governo reconhecidas judicialmente) e a mudança do cálculo para definir o teto em 2022 (Schreiber, 2022). Por fim, esse, talvez, o mais trágico exemplo de todos, diz respeito às medidas de gestão da pandemia da COVID-19 que resultaram em, aproximadamente, setecentas mil

<sup>6</sup> Ver. Fachin, Melina; Bonatto, Marina; Ramos, Catarina M. V. . "O Brasil é a virgem que todo tarado quer". Populismo e retrocesso nas

políticas de gênero. In: Cruz; Cabral; Horsth; Chueiri, *Erosão Constitucional*(2022, p. 55).

mortes no Brasil.<sup>7</sup> É neste sentido que re(co)instituir a ordem significa, de um lado, ações políticas de resistência, que convoquem a todos e todas que compartilham o pertencimento a uma comunidade fundada nas promessas e nos compromissos democráticos e constitucionais, -a começar pelo igual respeito e consideração- e, de outro, ações institucionais de resistência que reapliquem a Constituição, significando-a.

Na passagem abaixo, Adreas Kalyvas (2013, p. 50-51) desdobra, essa re(co)instituição que enreda poder constituinte e direito de resistência:

“A resistência ativa e até violenta é tratada como uma legítima força extralegal de mudança política, corretamente exercitada pelo povo ou por seus representantes em casos excepcionais de autodefesa. (...) (A) multidão pode depor governantes injustos e suspender a lei em tempos de crise, os monarcômacos foram adiante ao explorar os efeitos desobedientes e indisciplinados da política constituinte e repensar a natureza conflituosa e revolucionária da soberania popular.

De fato, essa reavaliação antecipa o direito à revolução democrática. O direito de um povo à desobediência, à resistência, a depor ou matar seus governantes (tirânicos), deriva de seu poder soberano para determinar as formas políticas de sua vida comum (Friedrich, 1950, pp. 129-31). Resistência contra governo tirânico é uma manifestação da política constituinte e uma afirmação da soberania popular (Franklin, 1993, pp. 47-53). Os monarcômacos apresentam uma nova justificativa baseada em uma lógica democrática distinta segundo a qual “aqueles que constituem uma

Forma, podem anulá-la”, ou seja, baseada sobre o princípio da soberania popular, segundo o qual o povo, como poder constituinte, é superior e anterior às formas que eles constituem, inclusive reis<sup>14</sup>. Esse direito coletivo que prevalece sobre a legalidade monárquica se apoia no poder de muitos para constituir. Oferece validade política e normativa ao recurso excepcional para legitimar a resistência por parte do povo. Para os monarcômacos, o povo soberano é que decide a respeito

da extrema situação de tiranicídio. Dessa maneira, eles podem ganhar o crédito corretamente por terem inventado a primeira teoria democrática moderna de resistência.

A ênfase no excesso revolucionário do poder constituinte carrega um duplo sentido. De um lado, revela a existência condicional e autorizada de todos os poderes constituídos (Allen, [1922] 1977, pp. 311-2, 316-8; Jászi e Lewis, 1957, pp. 52). Formas políticas são desnaturalizadas a ponto de serem tidas como criações humanas históricas, o resultado de uma ação coletiva, provisional e revogável, a ser emendada, transformada, e/ou substituída. Por outro lado, argumenta em favor de uma checagem extraconstitucional sobre as autoridades constituídas, um dispositivo imparcial para a manutenção do reino da lei e limitando os perigos da arbitrariedade e da tirania. Assim, governantes são responsabilizáveis, sujeitos a limitações e obrigações estabelecidas por muitos com sua própria capacidade constituinte. Aqui, a noção de um governo constitucional liderado por lei parece inerente à doutrina democrática de resistência ativa, ou seja, intrínseca ao poder radical para constituir (Franklin, 1969, pp. 37, 42-5).”

O direito de resistência pode se manifestar de várias maneiras, mas o que este artigo quer sublinhar é um tipo de manifestação que responda às crises das democracias constitucionais e que coincida com a re(co)instituição da ordem e a ressignificação da Constituição em sua radicalidade. Isto pode se dar por meio de decisões que acontecem com os corpos na rua, isto é, no calor dos eventos, ou de decisões institucionais executivas, legislativas e judiciais que re(co)instituem a ordem democrática constitucional.

<sup>7</sup> Ver Kozicki; Chueiri; Silva; Bonatto (2020, p. 144-145). “De acordo com um levantamento do Tribunal de Contas da União publicado em julho de 2020, há 6.157 militares da ativa e da reserva em cargos civis no governo de Bolsonaro, mais que o dobro do que havia em 2018 no governo de Michel Temer (Lis, 2020). Consta no levantamento que do total de militares, 2.643 estão em cargos comissionados do governo, o que representa cerca de 43% do total. Quando o general Walter Souza Braga Netto assumiu a Casa Civil em fevereiro de 2020, o próprio presidente afirmou: “Ficou completamente militarizado o meu terceiro andar”. Informações do Tribunal de Contas da União revelam outro fato extremamente preocupante. Conforme análise de gastos pela auditoria do órgão, o Ministério da Saúde gastou apenas 1/3 da verba emergencial prevista para o enfrentamento da pandemia de Covid-19. A partir de março de 2020, quando a OMS anunciou a existência de uma

pandemia, dos R\$ 38,9 bilhões prometidos, apenas R\$ 11,4 bilhões saíram dos cofres federais até 25 de junho, quando já havia no Brasil 55 mil mortos e 1,2 milhão de infectados no Brasil (Fabrini; Wiziack, 2020). Tampouco atingiram o valor total prometido os pagamentos efetivamente feitos por meio de transferência a estados e municípios, que teriam recebido, respectivamente, 39% e 36% do dinheiro anunciado. O relatório do TCU ainda chama atenção para o fato de não haver qualquer relação entre o dinheiro enviado aos gestores locais e os indicadores locais da doença, conforme consta no relatório, a título exemplificativo, os estados do Pará do Rio de Janeiro, que teriam, à época, a segunda e a terceira maior taxa de mortalidade por Covid-19, ou seja, “duas das três unidades da federação que menos receberam recursos em termos per capita para a pandemia” (Fabrini; Wiziack, 2020).

Nesta hipótese que o direito de resistência com(o) poder constituinte aparece com alternativa, numa articulação que prestigia a democracia e o constitucionalismo e retorna a uma ideia e a uma prática potente de constituição, cuja principal característica é ser radical e radicada, faz todo sentido a distinção entre 'poder sobre' ou soberania como comando e 'poder de' ou soberania como co-instituir conforme sugere Martin Loughlin (com o que Kalyvas concorda e reitera): o "Poder Constituinte como 'poder de' é diferente de 'poder sobre'" (1992, p. 112). Neste sentido, destaco a passagem abaixo:

"(É) muito diferente, de fato. No paradigma do Estado a ênfase está no momento do comando (coercitivo) enquanto a versão constituinte privilegia o ato

de estabelecer e de ordenar. Um é repressivo e estático quando contrastado com a dimensão dinâmica e produtiva do outro. O primeiro objetiva a continuidade e permanência enquanto o segundo deseja mudança e renovação.

Conseqüentemente, enquanto o princípio de comando é baseado no modelo de governo, o princípio de comando da soberania constitucional evoca um evento fundador. O soberano não é um governante, mas um legislador. Então, no lugar de se fixar em um comando superior emanado do topo, a noção de soberano constituinte redireciona a atenção para as fontes subjacentes da realidade instituída localizada na parte mais baixa. O primeiro confia na estrutura vertical enquanto o segundo opera verticalmente. Além do mais, ao contrário do paradigma do comando soberano que convida à personificação – do antigo imperatore, passando pelo rei, ao moderno executivo – o poder constituinte carrega os atributos coletivos e impessoais da soberania, sua dimensão pública associativa e de suas inclinações

federativas" (Kalyvas, 2013, p. 63)

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de poder constituinte se relaciona a situações de crise, conflito, transformação e revolução. Não significa que sempre ou necessariamente haverá essa sequência. Ao contrário, há eventos constituintes que implicam em transformação sem revolução, há outros que ocorrem sem participação direta do povo mas por seus representantes eleitos, enfim, tanto do ponto de vista teórico quanto prático, há diferentes sentidos sobre o poder constituinte. Neste artigo, pretendi relacioná-lo ao direito de resistência. Isto é, como o poder constituinte pode ser dirigido à resistência em circunstâncias de crise da democracia constitucional, em sua ambivalência ou em sua dialética com os poderes constituídos. É dizer que os sentidos da Constituição (radical) podem ser restabelecidos por ações e decisões populares e rebeldes e por ações e

decisões institucionais, diante dos abusos governamentais que, sistemática e precisamente, se prestam à aniquilá-la.

Havia, inicialmente, o desejo de discutir neste artigo também o poder de reforma da Constituição e os poderes decorrentes (poder constituinte estadual) nas alternativas da resistência, na medida em que se colocam no limite da relação entre o constituinte e o constituído e podem operar no sentido reconstituente de que falo. Isto, porque, quando se pensa em resistência e (re)constituição da ordem, tem-se que levar em consideração, para além do uso radical da Constituição (fincando suas raízes no poder popular), também seus outros usos (formais, procedimentais) como por exemplo, o poder de emendar. Ou seja, as emendas constitucionais (suas possibilidades – potencialidades e limites) também podem ser fundamentais para resistir, reconstituir e restabilizar.

No entanto, o artigo se limitou à ideia geral do poder constituinte com(o) direito de resistência deixando para o futuro, como seu desdobramento, a questão do poder de reforma e os poderes decorrentes como práticas de resistência por meio do poder constituinte.

As ideias aqui apresentadas são, de certa forma, provisórias e precisam ser teóricas e praticamente testadas. Não obstante, o que as motivou, não tem nada de provisório, isto é, a necessidade de oferecer alternativas diante das crises das democracias constitucionais. Isso é tanto mais necessário e urgente, diante da crise como a que a República Federativa do Brasil experimentou na última década deste século vinte em que, praticamente, desde 2006 até 2022, não

houve um dia se quer sem ataques sistemáticos à Constituição e ao que ela constitui.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARATO, Andrew. Construção constitucional e teorias da democracia. *Lua Nova*, São Paulo, n. 42, p.5-51, 1997.

ARATO, Andrew. *Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

ARATO, Andrew. *The Adventures of the Constituent Power: Beyond Revolutions?* Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

BERCOVICI, Gilberto. O Poder Constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 305-325, 2013.

BRAVER, Joshua. *Constituent Power as Extraordinary Adaptation* (Não publicado) 2018. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3022221> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3022221>.

CHUEIRI, Vera Karam de. Constituição radical: uma ideia e uma prática. *Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba*, n. 58, p. 25-36, 2013.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Constituição radical. Percursos de constitucionalismo e democracia*. 1ª edição, Belo Horizonte: Arraes, 2024.

CHUEIRI, Vera Karam de; CÂMARA, Heloísa Fernandes. (Des)ordem constitucional: engrenagens da máquina ditatorial no Brasil pós-64. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 95, p. 259-288, 2015.

CHUEIRI, Vera Karam de; FONSECA, Angela Couto Machado; HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro. A constituição (in)corporada. *Católica Law Review*, v. 4, n. 1, p. 81-97, jan. 2020.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de. Breve ensaio sobre o judiciário e o executivo na pandemia: a exceção, a regra ou a exceção como regra. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho (Org.). *A pandemia e seus reflexos jurídicos*. Belo Horizonte: Arraes, 2020. p. 361-372.

CHUEIRI, Vera Karam de; KOZICKI, Katya; SILVA, Rick Daniel Pianaro da; BONATTO, Marina. Militarização da saúde: crise e as relações civis-militares no governo Bolsonaro. *Revista Direito Público*, v. 17, n. 96, p. 123-151,

2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4618>.

COLÓN-RÍOS, Joel I. The End of the Constitutionalism-Democracy Debate. *Windsor Review of Legal and Social Issues*, v.28, 2010. (CLPE Research Paper n.3/2009; Victoria University of Wellington Legal Research Paper n.19/2011). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1330636>.

COLÓN-RÍOS, Joel I. *La constitución de la democracia*. Trad. Graciela Muñoz. Bogotá: Universidade de Externado, 2013.

COLÓN-RÍOS, Joel I. Five conceptions of constituent power. 7 *VUWLRP* 127/2007.

COLÓN-RÍOS, Joel I. *Weak Constitutionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*. New York, Routledge, 2012.

ELSTER, J., GARAGARELLA, R.; NARESH, V., RASCH, B.E. *Constituent Assemblies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

FACHIN, Melina G.; BONATTO, Marina; RAMOS, Catarina M. V. . "O Brasil é a virgem que todo tarado quer". *Populismo e retrocesso nas políticas de gênero*. In: Cruz; Cabral; Horsth; Chueiri, *Erosão Constitucional*, 2022.

GARGARELLA, Roberto. *Constitution Making in the Context of Plural Societies*. *Constituent Assemblies*. Cambridge University Press: Cambridge, p. 13-30, 2018. GARGARELLA, Roberto. *La derrota del derecho en América Latina: Siete Tesis*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2020. Edição do Kindle.

GARDBAUM, Stephen. Revolutionary constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 1, p. 173-200, 2017.

GRABER, Mark, LEVINSON, Sanford, TUSHNET, Mark. *Constitutional Democracy in Crisis?* Oxford University Press. Edição do Kindle, 2018.

KALYVAS, Andreas. Poder constituinte: Una breve historia conceptual. In: BUSTAMANTE, Gonzalo. *Democracia y poder constituyente* (Spanish Edition). [S. l.] Fondo de Cultura Económica, 2017. Edição do Kindle.

KALYVAS, Andreas. *Constituent power*. Political concepts. 2012.

KALYVAS, Andreas. *Democracia constituinte*. *Lua Nova*, São Paulo, 89: 37-84, 2013.

LOUGHLIN, Martin. On Constituent Power. In M. Dowdle & M. Wilkinson (Eds.), *Constitutionalism beyond Liberalism* (pp. 151-175). Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

LOUGHLIN, Martin. *Public law and political theory*. Oxford/New York: OUP/Clarendon, 1992.

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

PAIXÃO, Cristiano. *Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014)*. In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno: Autonomia Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento*, 2014. v. 43. Tomo I.

PAIXÃO, Cristiano. *Captura da constituição e manobras desconstituintes: crônica do Brasil contemporâneo*. GGN, 6 nov. 2020a. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/artigos/captura-da-constituicao-e-manobras-desconstituintes-cronica-do-brasil-contemporaneo-por-cristiano-paixao/>. Acesso em: 6 jul. 2024.

PAIXÃO, Cristiano. *Destruindo "por dentro": práticas desconstituintes do nosso tempo*. GGN, 13 jul. 2020b. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/artigos/destruindo-por-dentro-praticas-desconstituintes-do-nosso-tempo-por-cristiano-paixao/>. Acesso em: 9 jul. 2024.

SCHREIBER, Mariana. <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-63653642>

SILVA, Rick Daniel Pianaro. *Aventuras constituintes: Venezuela e a ditadura soberana do povo*. Trabalho de conclusão de curso. UFPR, 2018.

SULTANY, Nimer. *The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification*. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* volume 47: 373-455).

WALDRON, Jeremy. *Political political theory: Essays on institutions*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2016.