

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

FÁBIO DE SOUZA DE PAULA

**O DISCURSO CONTEMPORÂNEO DO PODER
CONSTITUINTE: ENTRE CONSTITUCIONALISMO E
PARTICIPAÇÃO POPULAR**

POUSO ALEGRE - MG
2014

FÁBIO DE SOUZA DE PAULA

O DISCURSO CONTEMPORÂNEO DO PODER
CONSTITUINTE: ENTRE CONSTITUCIONALISMO E
PARTICIPAÇÃO POPULAR

Dissertação de Mestrado, área de concentração,
Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais sob
orientação do Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni da
Faculdade de Direito do Sul de Minas.

FDSM - MG
2014

FICHA CATALOGRÁFICA

P324d

Paula, Fábio de Souza de.

O discurso contemporâneo do poder constituinte: entre constitucionalismo e participação popular / Fábio de Souza de Paula. Pouso Alegre-MG: FDSM, 2014.

113 p.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni.
Dissertação (mestrado) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, mestrado em direito.

1. Discurso Contemporâneo. 2. Poder Constituinte.
3. Constitucionalismo. I. Simioni, Rafael Lazzarotto. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. III. Título.

CDU 340

FÁBIO DE SOUZA DE PAULA

**O DISCURSO CONTEMPORÂNEO DO PODER CONSTITUINTE: ENTRE
CONSTITUCIONALISMO E PARTICIPAÇÃO POPULAR**

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni
Orientador
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof.(a) Dr.(a)
Instituição

Prof.(a) Dr.(a)
Instituição

Pouso Alegre - MG
2014

DEDICO,

Para Dani, Luisa e Antonio.

AGRADECIMENTO

Agradeço a meu orientador, Prof. Simioni, que pacientemente auxiliou-me na execução deste trabalho.

*Conhecer e Pensar não é chegar a uma verdade
absolutamente certa, mas dialogar com a incerteza.*
Edgar Morin

RESUMO

PAULA, Fábio de Souza de. 2014. O Discurso Contemporâneo do Poder Constituinte: entre Constitucionalismo e Participação Popular. 115 f. **Dissertação** (Mestrado) Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre-MG, 2014.

O presente estudo teve como objetivo geral analisar os critérios de construção do discurso de legitimação do poder constituinte, de forma que, para isto elencaram-se desde os aspectos históricos até os elementos fundantes do constitucionalismo contemporâneo. Na trajetória metodológica contemplou-se a pesquisa bibliográfica em razão de sua especificidade para o tipo de pesquisa e estudo proposto, com o referencial teórico de Jürgen Habermas e com enriquecimento de temas centrais embasados na Teoria Comunicativa e na Teoria do Discurso Jurídico numa perspectiva analítica direcionada à interpretação do fenômeno do Poder Constituinte. Assim, foi feita uma abordagem qualitativa com a seguinte temática: O Problema da Transição Constitucional, O Poder Constituinte na Sociedade Moderna, O Discurso do Poder Constituinte e a Validade do Direito e, finalizando o desenvolvimento, foi dada relevância ao Poder Constituinte e Ação Comunicativa. Com essa abordagem foi possível atingir os objetivos propostos para este estudo. E ao seu término, concluiu-se que a amplitude teórica no entrelaçamento a alguns aspectos práticos encontraram fundamento na teoria lançada por Jürgen Habermas e quanto ao questionamento a respeito da existência de um discurso de legitimação que atua sobre o exercício do Poder Constituinte, foi possível verificar que essa teoria discursiva possui elasticidade suficiente para adequar-se a qualquer ambiente em que se pretenda discutir, pelas vias democráticas, o direito; em razão de possuir, como uma de suas máximas teóricas, a perfeita sincronia discursiva na participação dos sujeitos que pretendem instituir uma decisão jurídica *lato sensu*. Porém, a aplicabilidade de sua teoria no discurso no Poder Constituinte levou à reflexão sobre a dificuldade de uma viabilidade prática das ideias habermasianas, pois ela é extremamente avançada em face da realidade social, especialmente em países cultural e politicamente atrasados e existe uma distância entre a aludida teoria e a prática constituinte, um problema que se revela irrefreável, pois poderá encontrar obstáculos tanto na confecção normativa – constitucionalismo, quanto no aspecto participativo – participação popular. O constitucionalismo, mesmo que fundamentado pelas ações participativas não está imune às mazelas dos interesses aparentemente públicos.

Palavras-Chave: Discurso Contemporâneo. Poder Constituinte. Constitucionalismo. Participação Popular.

ABSTRACT

PAULA, Fábio de Souza de. *Contemporary Speech of Constituent Power: Between Constitutionalism And Popular Participation*. 2014. 115 f. **Dissertation** (Ms Degree) Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre-MG, 2014.

The present study had as main objective to analyze the criteria for the construction of the speech of legitimation of the constituent power, so that, for this, it was listed from historical aspects to the founding elements of contemporary constitutionalism. The methodological trajectory looked to literature because of its specificity for the type of research and proposed study with the theoretical framework of Jürgen Habermas and enrichment of the central themes grounded in Communicative Theory and the Theory of Legal Discourse in targeted analytical perspective to the interpretation of the phenomenon of Constituent Power. Thus, a qualitative approach with the following theme was done : The Problem of Constitutional Transition, The Constituent Power in Modern Society, Speech of the Constituent Power and Validity of Law and completing the development , importance was given to the Constituent Power and Communicative Action. With this approach it was possible to achieve the proposed objectives for this study. And at its end, it was concluded that the theoretical amplitude entanglement in some practical aspects found support in theory launched by Jürgen Habermas and as to the question about the existence of a discourse of legitimation that acts on the exercise of Constituent Power, it was possible verify that this discursive theory has enough elasticity to adapt to any environment where one wishes to discuss , by democratic means , the law ; due to own, as one of its theoretical maximum , the perfect discursive synchrony in participation of individuals who intend to establish a legal decision sensu lato. However , the applicability of his speech in the Constituent Power led to reflection on the difficulty of a practical feasibility of ideas Habermas, for the theory is extremely advanced in the face of social reality, especially in culturally and politically backward countries and there is a distance between the related theory and the constituent practice, a problem that reveals itself unstoppable, because it can find obstacles in both normative confection - constitutionalism , as the participatory aspect - popular participation . Constitutionalism, even if substantiated by participatory actions is not immune to the ills of seemingly public interests.

Keywords: *Contemporary Speech. Constituent Power. Constitutionalism. Popular Participation.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. O PROBLEMA DA TRANSIÇÃO CONSTITUCIONAL	13
1.1. O Poder Constituinte.....	13
1.2. Titularidade do Poder Constituinte	25
1.3. A transição constitucional.....	35
1.4 A Problemática dos limites do Poder Constituinte.....	43
2. O PODER CONSTITUINTE NA SOCIEDADE MODERNA	48
2.1 Motivações históricas do Poder Constituinte.....	48
2.2 A Reivindicação participativa como base do discurso do Poder Constituinte.....	54
2.3 Criação do conceito de Poder Constituinte: problemas ou soluções?	60
2.4 As motivações contemporâneas do Poder Constituinte	65
3. O DISCURSO DO PODER CONSTITUINTE E A VALIDADE DO DIREITO	70
3.1 A Validade do direito na tradição neopositivista e a Norma Hipotética Fundamental	70
3.2 O Poder Constituinte e o discurso procedimentalista	77
3.3 O Poder Constituinte como instituição: Caráter substancialista ou procedimentalista?	80
4. PODER CONSTITUINTE E AÇÃO COMUNICATIVA	89
4.1 As três dimensões de racionalidade comunicativa	89
4.2 Princípios e regras do discurso democrático.....	93
4.3 O Poder Constituinte para Além do Estado Nacional	100
5. CONCLUSÃO	107
REFERÊNCIAS	111

INTRODUÇÃO

As ordens jurídicas constitucionais da modernidade, em geral, afirmam sua legitimação com base em discursos que apontam para uma noção de Poder Constituinte. Desde o estilo de fundamentação contratualista e a vontade geral, até os esforços científicos do neopositivismo lógico de Hans Kelsen com a ideia de norma fundamental, o discurso de legitimação de uma ordem jurídica constitucional sempre precisa de algo mais além, de um fundamento exterior ao próprio direito, de um valor transcendente ao direito que se convencionou chamar de Poder Constituinte.

Mas do que é constituído esse Poder Constituinte? Para que serve esse conceito? Que finalidade esse conceito desempenha na legitimação das ordens constitucionais modernas? E que tipo de discurso de legitimação se produz quando se fala em Poder Constituinte?

Pode-se dizer que a proposta deste trabalho situa-se num campo de ação multidisciplinar. Por um lado, procura identificar algumas realidades na seara de atuação do Poder Constituinte e, por outro, busca um alinhamento entre algumas experiências jurídico-constitucionais para um melhor entendimento dos aspectos legitimadores dos discursos que cercam esse poder. Assim, a importância de se conhecer seu discurso significa, portanto, mais um mecanismo de enriquecimento da ciência jurídica e dos Estados Democráticos.

O problema proposto, portanto, cerca-se da necessidade de melhor conhecer o Poder Constituinte identificando nele um possível discurso de legitimação. Aliás, não seria pretensioso falar em *discursos* de legitimação, pois, conforme será verificado no decorrer desta pesquisa, o Poder Constituinte pode se desenvolver em comunidades distintas que, eventualmente, pretendam criar sua Constituição e sob as mais variadas justificativas.

Daí o motivo de se falar do discurso de legitimação do Poder Constituinte no plural, pois conforme se pretende demonstrar há diversos constitucionalismos, os quais são identificados de maneira individualizada – com características próprias, em cada Estado.

Então, como questionamento fundamental desta pesquisa, tem-se o objetivo de encontrar no Poder Constituinte um discurso de formação da vontade que se adapte às necessidades internas e externas de cada Estado, mesmo que, para isto, distanciem-se de (pré) conceitos capazes de inibir a melhor forma de confeccionar uma Constituição.

Nesse sentido, esta pesquisa objetiva analisar os critérios de construção do discurso de legitimação do poder constituinte, partindo-se de uma perspectiva histórica do Século XX até os elementos fundantes do constitucionalismo contemporâneo. E para serem atingidos

esses resultados, a pesquisa pretende analisar o problema das formas de transição constitucional, identificar as origens históricas do conceito de poder constituinte, ou seja, de onde surgiu e como se transformou, com a evolução social o referido conceito.

Em um segundo momento, a pesquisa analisa os critérios de construção dos discursos de legitimação e validade do poder constituinte na perspectiva do neopositivismo jurídico, traçando-se um comparativo com a Norma Hipotética Fundamental de Hans Kelsen.

E por fim, a pesquisa procurou identificar possíveis encaminhamentos para uma construção de critérios democráticos para a legitimação do Poder Constituinte, nos termos da noção de democracia deliberativa, perspectiva lançada pela Teoria do Discurso Jurídico de Jürgen Habermas em um âmbito transacional.

Para serem atingidos esses objetivos, utilizar-se-á o método analítico-reconstrutivo da perspectiva teórica de Jürgen Habermas, em especial a sua teoria dos discursos práticos gerais como estratégia ou procedimento racional de construção da legitimidade do exercício do Poder Constituinte. A técnica utilizada foi a de pesquisa bibliográfica sobre o tema, concentrando a discussão no âmbito do discurso presente na doutrina jurídica nacional e suas fontes internacionais mais diretas.

No primeiro capítulo enfrenta-se o problema da transição constitucional, oportunidade em que será examinado o Poder Constituinte em uma breve e superficial análise histórica, para fins apenas ilustrativos, englobando períodos da Idade Média até a época Contemporânea. Como forma de integrar o estudo, discorreu-se acerca da titularidade do Poder Constituinte e suas variáveis teóricas, além dos aspectos relacionados à transição constitucional e a problemática dos limites do Poder Constituinte.

Sequencialmente foram identificadas as características do Poder Constituinte como instituição, discorrendo-se sobre seus caracteres substancialista e procedimentalista.

Respectivamente, tais características identificam-se como o poder de predeterminar um conjunto de ações morais que abrangerá a edificação da Constituição e a aplicação de formalidades na confecção da norma constitucional.

Mais a diante, procurou-se analisar o Poder Constituinte sob o aspecto da Teoria da Ação Comunicativa de Jürgen Habermas, elencando-se as três dimensões da racionalidade comunicativa, quais sejam, as razões instrumental, normativa e expressiva. No mesmo capítulo analisam-se as condições ideais de discussão pública e racional, consubstanciadas nos princípios e regras dos discursos práticos gerais.

Por fim, um possível encaminhamento futuro à noção de Poder Constituinte fica por conta de sua apreciação para além do Estado nacional, oportunidade em que se pretendeu

desenvolver uma análise crítica de aplicação da noção de Poder Constituinte num nível transnacional.

Com esta pesquisa, portanto, pretende-se, contribuir com uma sistematização dos critérios jurídicos tradicionais utilizados na construção dos discursos de legitimação do Poder Constituinte, identificando, uma discussão a respeito de possíveis encaminhamentos para a construção de um sistema de discursividade mais legítimo para o Poder Constituinte, baseado em condições ideais de discussão pública e racional, adequado aos planos do Estado Democrático de Direito.

1. O PROBLEMA DA TRANSIÇÃO CONSTITUCIONAL

1.1. O Poder Constituinte

O problema de se conhecer o Poder Constituinte representa um dos mais intrigantes temas do direito. Muito além da ciência jurídica, seus reflexos geram consequências no mundo prático e são capazes de extrapolar os limites territoriais de determinado Estado, fazendo com que os olhos de várias nações do planeta passem a analisar, mesmo que por mera curiosidade, os acontecimentos ali desencadeados.

Falar do Poder Constituinte significa levantar questionamentos de ordem secular nos quais se misturam objetivos, ora francamente democráticos, ora veladamente totalitários.

Nesse emaranhado histórico, portanto, o cruzamento de tais experiências faz com que o Poder Constituinte revele seu caráter finalístico, pelo qual se projeta – especialmente em se tratando de um Estado Democrático, um regramento para o povo que participa do seu *discurso* de formação, mostrando-se incensurável que “os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também como autores do direito.”¹ Parece até que esta ideia amenizaria a tensão existente entre Constitucionalismo e Democracia.

Sem que se objetive adiantar qualquer conteúdo deste trabalho, é válido esclarecer que o fenômeno denominado Poder Constituinte possui características variadas conforme se possa preferir, a cada Estado. Para cada constituinte realizada, há um formato que melhor se adequa. Nesse sentido, é válido reproduzir as palavras de Cotrim Neto a respeito dessa ocorrência e utilizando-se de uma analogia, esclarece:

O que é uma Constituinte? A partir do conceito institucional de Constituição quiçá dever-se-ia dizer que a Constituinte, o poder de onde surgiu a positividade informal e fundamental, terá sido aquele que assentou na tradição e no costume vivencial de um povo, amadurecido pelo transcurso dos séculos. A propósito, é oportuno lembrar o registro de antigo chanceler britânico, John Simon, em conferência que a cerca de 50 anos proferiu em Paris, sobre a Constituição da Inglaterra. Nessa ocasião, Simon iniciava sua fala contando a história de um milionário americano, desses que compram castelo na Europa para desmontá-lo e removê-lo para seu País, a fim de lá reerguê-lo nas condições anteriores: um dia, esse magnata visitava Cambridge ou Oxford, onde, impressionado com as belezas dos gramados de seus parques, chamou o paisagista e perguntou-lhes como seria possível criar algo similar nos Estados Unidos. É simples, respondeu o homem: prepara-se o terreno, planta-se a gramínea, e, depois, resta apenas tratar o plantio durante uns 300 anos, que fica igual ao que ora o encanta... Assim, concluía o chanceler, é a Constituição inglesa. Neste caso,

¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre facticidade e validade*, 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003 v.1, p. 157.

portanto, Constituinte foi todo um povo, que elaborou suas instituições e a elas devotou culto pluricentenário.²

O tema, desde já, parece chamar a atenção. Ao se falar de Poder Constituinte e o discurso de legitimação necessariamente sobrevém o aspecto histórico-formador de cada constituição. Ou seja, por mais que se pretenda construir um texto constitucional inovador, livre de conceituações (ultra) passadas, os dogmas, as construções culturais e a política representam elementos intrínsecos ao referido fenômeno. Por meio das análises teóricas, expostas no decorrer deste trabalho, é que se pretende descobrir um pouco mais a respeito do acontecimento que cria a constituição de um Estado.

Nesse primeiro momento, pretende-se abordar o Poder Constituinte numa breve análise histórica, abrangendo a sua possível percepção compreendida a partir da Era Medieval até a Era Moderna, buscando identificar, antes disso, o que ele significa e também seu surgimento para só então concluir se suas experiências, entre o passado e o presente, se comunicam, realizando-se uma breve prognose sobre o tema.

José Joaquim Gomes Canotilho diz que “o Poder Constituinte, entendido como soberania constituinte do povo, ou seja, o poder de o povo através de um acto constituinte criar uma lei superior juridicamente ordenadora da ordem política, parece hoje uma evidência”.³ Tal evidência é comprovada pelos inúmeros momentos de transição constitucional pelos quais passam os mais diversos países do globo.

Mas como é possível a existência de um poder capaz de criar uma ordem política para o Estado e, ao mesmo tempo, estabelecer limites de ação para aqueles que a instituíram?

Canotilho salienta:

Nada de menos exacto se com isto pretendermos dizer que não existem momentos de tensão entre um poder incondicionado, permanente e irrepitível - o Poder Constituinte -, e um poder constituído pela constituição (ou poder legislativo constituído) caracterizado pela estabilidade e vinculação a formas.⁴

Ele acrescenta que Jean Jacques Rousseau questiona: “como pode uma constituição colocar-nos perante um dilema contra maioritário ao dificultar deliberadamente a vontade das gerações futuras nas mudanças das suas leis”? Revelar-se-á, assim, uma antidemocracia básica impondo à soberania do povo “cadeias para o futuro”.⁵

² COTRIM NETO, A. B. *Doutrinas Essenciais – Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, v.1, p. 326.

³ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 72.

⁴ *Ibidem*, p. 74.

⁵ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Martin Claret, 2007.p. 95.

É por isso que se torna imprescindível atentarmos ao surgimento da ideia de um poder capaz de criar uma Constituição, ou seja, do Poder Constituinte.

Mas o que é o Poder Constituinte? Apesar de suas múltiplas feições, Canotilho expõe um caráter elementar ligado especialmente às características de força, poder e autoridade suficientemente capazes de criar, garantir ou eliminar uma constituição.⁶

Sem dúvidas de que o papel exercido pelo Poder Constituinte, ente criador da constituição possui relevância prática incomensurável, de forma que Jorge Miranda, explicando o papel assumido pelo Poder Constituinte, explica que:

É verdade que a atuação do Poder Constituinte na sua expressão inicial e mais elevada de poder de auto-ordenação, o poder constituinte material entremostra-se de exercício raro, ainda que permaneça latente em toda a existência do Estado, pronto a emergir e a actualizar-se em qualquer instante. Não é, com efeito, todos os dias que uma comunidade política adopta um novo sistema constitucional, fixa um sentido para a acção do seu poder, assume um novo destino; é apenas em tempos de “viragem histórica”, em épocas de crise, em ocasiões privilegiadas irrepetíveis em que é possível ou imperativo escolher. E estas ocasiões não podem ser previstas, nem catalogadas *a priori*; somente podem ser apontados os seus resultados típicos – a formação de um Estado *ex novo*, a sua restauração, a transformação da estrutura do Estado, a mudança de um regime político.⁷

Isso quer dizer que fatores de ordem social, econômica, política, dentre outros, poderão influenciar o regramento constitucional que pretende nascer. Trata-se verdadeiramente de campo propício ao surgimento de dúvidas e críticas a respeito dos efeitos desse acontecimento, fazendo com que as notícias de seu surgimento alcancem facilmente o lado oposto do globo.

Mesmo que seja difícil apontar o momento exato do surgimento do Poder Constituinte, pretende-se demonstrar o seu surgimento a partir da Era Medieval.

Para verificarmos tais características, temos que nos desvincular, ainda que temporariamente, da ideia e das particularidades sobre o Poder Constituinte da atualidade.

Portanto, com uma volta ao pensamento de Platão, alicerçado na citação de Fioravanti, é possível verificar que:

Para aspirar a una verdadera constitución que represente auténticamente de manera estable la unidad política, lo que el mismo Platón llama ‘una buena constitución política’ es necesario plantear de manera distinta su origen. La máxima fundamental

⁶CANOTILHO, op. cit., 2003. p. 65.

⁷MIRANDA, J. *Momentos constitucionais e mudança política*. 2009. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/jorgeMIRANDASevilha.pdf. Acesso em: 18 mai. 2013.

para ello puede formular se del siguiente modo: La constitución, a la que se debe tener um origen violento.⁸

Canotilho explica que, na Era Medieval, a ideia de um Poder Constituinte, criador de uma lei básica com força e competência para estabelecer o modelo político de um povo não era aceita pelos homens livres. O que se pretendia nos modos específicos e próprios de garantir os direitos (*jura et libertates*) e estabelecer limites aos *poderes de imperium*, não era criar uma lei fundamental, mas sim confirmar a existência de privilégios e liberdades já existentes em velhas leis de direito (*the good old laws*).⁹

As Constituições dessa fase são apontadas como um possível início do constitucionalismo; eram contrárias à dimensão de criar uma nova ordem política centrada na ideia de povo, de nação, dando preferência para manter as estruturas políticas já tradicionalmente enraizadas.

Portanto, a ideia reinante na Idade Média era da constituição mista, ou seja, “más bien una constitución que se había formado en el tiempo, y que se remontaba en el tiempo (...).”¹⁰

Ou seja, nas palavras de Fioravanti:

Así, la constitución medieval es mixta porque se refiere a una realidad política y social compuesta y plural, opuesta a todo intento de uniformización, dispuesta a reconocerse em una ley fundamental com ún sólo porque es consciente del hecho de que esaley no viene de arriba, sino que por el contrario es la síntesis de la pluralidad de pactos y acuerdos que las distintas partes, las distintas realidades territoriales, los distintos órdenes, han estipulado entre ellos. E sos pactos y acuerdos no sustituyen a la ley fundamental. Por el contrario, están comprendidos em esaley y por ello – em definitiva – son confirmados por esaley.¹¹

Mesmo assim é arriscado afirmar, com clareza, um poder capaz de orientar a criação de uma constituição, nos moldes individualizados, no século XVIII, como ocorreu na França

⁸ FIORAVANTI, M. *Constitución: De La antigüidad a nuestros días*, Madrid: Trotta, Tradução de Manuel Martínez Neira. 2011, p. 21: “para se pleitear uma verdadeira constituição que represente autenticamente de maneira estável a unidade política o que o mesmo Platão denomina ‘uma boa constituição política’, é necessário verificar sua origem de maneira distinta. Sua máxima fundamental baseia-se no seguinte: a constituição, a que se deve entender, não é jamais a constituição dos vencedores, não pode e não deve ter uma origem violenta”. (trad. livre)

⁹CANOTILHO, op. cit., 2003 p. 69.

¹⁰...mais uma constituição que tinha se formado no tempo, e voltava no tempo FIORAVANTI, 2011. op. cit., p.56.(trad. livre).

¹¹FIORAVANTI, op. cit., p. 63: assim a constituição medieval é mista porque se refere a uma realidade política e social composta e plural, que opõe-se a todo intento de uniformização, disposta a reconhecer-se numa lei fundamental comum pois é consciente do fato de que essa lei não vem de cima, senão pelo contrário é a síntese da pluralidade de pactos que as distintas partes, as distintas realidades territoriais, as distintas ordens que foram estipuladas entre eles. Esses pactos e acordos não substituem a lei fundamental. Pelo contrário, estão compreendidos nessa lei e por ela – e definitivamente – são confirmados por essa lei. (trad. livre).

com a doutrina das *Leis Fundamentais do Reino*. Tais leis somente eram modificáveis, respeitando-se uma espécie de processo legislativo especial constituído pelo Clero, pela Nobreza e pelo Povo.

Nesse mesmo aspecto, Canotilho explica que “a ideia de um ‘Poder Constituinte’ criador de uma lei básica mereceria sérias suspeitas aos ‘homens livres’ da idade média”¹², até porque, qualquer mudança ou o estabelecimento de um novo ordenamento constitucional deveria ter como objetivo confirmar a existência de direitos, liberdades e privilégios, portanto, o direito escrito, posto, colocado na forma de *estatuto* não era bem recepcionado.

“Neste sentido, cumpre afirmar que ao ‘constitucionalismo histórico’ repugna a ideia de um ‘poder’ constituinte com força e competência para, por si mesmo, desenhar e planificar o modelo político de um povo.”¹³

Apesar de que toda autoridade política deveria ser limitada, na época, entendia-se que o ato do rei não poderia ser anulado, como afirma Diderot: ...“El verdadero e legítimo poder tiene necesariamente límites, derivados del hecho de que El príncipe no puede casar el acto o el contrato que está em el fundamento de su autoridad.”¹⁴

Conforme deixou claro Fioravanti, em meados do século XVIII, e até mesmo depois, o constitucionalismo era capaz de expressar-se de maneira forte e justificada. A ideia dominante da época não era o pensamento de Rousseau e seu contrato, mas sim a de um contrato entre o povo, a nação e o príncipe (administrador).¹⁵

Assim sendo, o Poder Constituinte não possuía condições de determinar uma forma de garantir direitos e limitar poderes, além de não se dispor de meios para criar um corpo rígido de regras garantidoras de direitos e limitadoras de poder, ou melhor, de fixar as regras necessárias para equilibrar as relações democráticas entre poderes constituídos e sociedade na busca do bem comum.

De acordo com os ideais participativos experimentados atualmente, entende-se que no nascimento de uma nova Constituição - e estamos supondo uma constituição que nasce pelos meios democráticos, o povo - ou como prefere Sieyès, “a nação - se renova de modo

¹²CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 69.

¹³Ibidem, p.69.

¹⁴“O poder verdadeiro e legítimo necessariamente tem limites, resultantes do fato de que o príncipe não pode se casar como ato ou contrato que está na base de sua autoridade.” (trad. livre).

¹⁵FIORAVANTI, op. cit., 2011. p.71.

positivo, especialmente em decorrência da participação popular na construção desse novo instrumento jurídico.”¹⁶

Avançando nesse complexo histórico, Fioravanti ressalta que o modelo norte-americano de Poder Constituinte se apoiava numa ideia política central cujo objetivo era criar uma Constituição para registrar, num documento escrito, um conjunto de regras invioláveis no qual contivesse a ideia de povo.¹⁷

Projetava-se, assim, o pensamento de um Poder Constituinte democrático, contendo as seguintes características:

- (1) ideia de "povo" dos Estados Unidos como autoridade superior;
- (2) subordinação do legislador e das leis que ele produz às normas da Constituição;
- (3) inexistência de poderes "supremos" ou "absolutos", sobretudo de um poder soberano supremo, afirmação de poderes *constituídos e autorizados* pela constituição colocados em posição equiordenada e equilibrada (*checks and balances*);
- (4) garantia de modo estável de um conjunto de direitos plasmados em normas constitucionais, que podem opor-se e ser convocados perante o arbítrio do legislador e de outros poderes constituídos¹⁸.

O Poder Constituinte, no pensamento americano, torna-se, portanto, a alma do constitucionalismo. Dele parte o poder de dizer e criar uma nova Constituição. Daí, sua relevância em ser um poder construído e constituído democraticamente, surgindo uma nova fase do Poder Constituinte.

Já na atualidade, o nascimento de uma constituição, bem como seu processo de formação, está intimamente relacionado à evolução dos mecanismos que identificaram e instituíram o Poder Constituinte, de modo que alguns autores salientam que “os processos de criação da constituição sempre ocorreram na história, como forma de expressão mais ou menos difusa de normas fundamentais de uma comunidade ou de sua organização concreta.”¹⁹

Paralelamente, até mesmo para os modernos, a metodologia de se estabelecer uma Constituição por meios pacíficos era vista com inúmeras reservas, ao passo que:

Os modernos não imaginavam um Poder Constituinte que não fosse revolucionário. A imagem do Estado ou de sua legitimidade estava associada a uma sociedade

¹⁶SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa – Qu'est-ce que letiers État?* 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. p. 49.

¹⁷FIORAVANTI, M. *Stato e costituzione*. Materiali per una Storiadelle Dottrine Costituzionali, Giappichelli Editore, Torino, 1993, p. 230.

¹⁸CANOTILHO, op. cit., 2003, p.70.

¹⁹SAMPAIO, J. A. L. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte. Del Rey. 2002. p.343.

estamental e de privilégios, que só seria alterada por processos violentos, por rupturas e descontinuidades que produzissem modificações não apenas na realidade, na modificação do regime ou de seus titulares, mas, sobretudo, no imaginário ou no mundo simbólico da população que se projetava na instauração de um novo Estado, na promulgação de uma Constituição.²⁰

Como se vê, não é suficientemente clara a afirmação categórica da existência de um poder que pudesse instituir uma norma superior (Constituição), mas somente apontar alguns identificadores capazes de individualizar normas de estruturação política capazes de evitar, por exemplo, que monarcas se transformassem em tiranos, que a aristocracia se transformasse numa oligarquia fechada e que o povo desse ouvidos a demagogos, situações capazes de gerar instabilidade política e jurídica.

Nesse sentido, José Luiz Quadros de Magalhães que explica que:

Segundo a visão de diversos constitucionalistas, a diferenciação entre Poder Constituinte e Poder Legislativo ordinário ganhou ênfase e concretização na Revolução Francesa, quando os Estados Gerais, por solicitação do Terceiro Estado se proclamaram como Assembleia Nacional Constituinte, sem nenhuma convocação formal.²¹

Assim, o Poder Constituinte moderno é justamente fruto do Constitucionalismo moderno – já diferenciado do Poder Legislativo e que se encontra num patamar inferior ao poder que institui uma Constituição. Ele consiste, portanto, na ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político, pois, segundo Rogério Soares:

As liberdades preconizadas se desdobram em conceitos de dimensões fundamentais que se incorporam aos seguintes elementos associados: ordenação jurídico-política, embasada num documento escrito; declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; organização do poder político segundo esquemas com tendências a torná-lo um poder limitado e moderado.²²

É visível que as características do Poder Constituinte estão desvinculadas de outros poderes constituídos – Poder Legislativo e Poder Executivo, por exemplo. Com as pretensões constituintes, o Estado estabelece um regramento, de ampla ruptura com o sistema constitucional antigo, estando vinculado a compostos sociais, históricos e jurídicos variáveis de Estado para Estado.

²⁰ SAMPAIO, op. cit., 2002.p.350.

²¹ MAGALHÃES, J.L.Q. de. Democracia e Poder Constituinte. 15 Anos de Constituição. In: SAMPAIO, J. A. L. (Coord.) *Quinze anos de constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 115.

²² SOARES, R. O conceito ocidental de constituição. *Revista de Legislação e Jurisprudência, RLJ*, 1986, p. 36.

Canotilho explica que:

O movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Em termos rigorosos, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Pode-se afirmar que existem diversos movimentos constitucionais com corações nacionais, mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural. E dizemos ser mais rigoroso falar de vários movimentos constitucionais do que de vários constitucionalismos porque isso permite recortar desde já uma noção básica de constitucionalismo.²³

Apesar disso, as características apontadas, apesar de relevantes, não conduzem a um espectro garantidor dos caracteres que cercam o Poder Constituinte, especialmente por que sua simbologia advém de concepções que, às vezes, escapam da seara jurídica e, inevitavelmente, apontam outras interrogações: seria, então, o Poder Constituinte um poder jurídico ou um poder de fato?

A discussão é apontada por Canotilho, explicando acerca dos debates que o envolvem:

O poder constituinte suscita ainda intrincados problemas de natureza dogmático-constitucional que começam na debatida questão (também jurídico-filosófica e teórico-constitucional) de saber se o poder constituinte é um “poder jurídico” ou um “poder de facto” e termina nos tópicos, não menos debatidos, da “reserva de constituição” (os assuntos devem ser tratados por uma lei básica), da revisão ou alteração da lei constitucional e da identificação de um “núcleo duro irrevisível” de normas e princípios.²⁴

Para o autor acima referenciado, o Poder Constituinte pode ser identificado como um “poder de fato”²⁵, explicitando que ele “seria, em rigor, não uma competência ou faculdade juridicamente regulada mas sim uma força extrajurídica, um ‘puro facto’ fora do direito” e, mesmo que se reconheça o Poder Constituinte como uma ocorrência abstrata, ou seja, um fato com representação de força fora do mundo jurídico e com caracteres não palpáveis, não deixa de ser juridicamente relevante, pois tanto política quanto juridicamente seus reflexos serão verificados nos planos do pressuposto democrático e de legitimação, respectivamente.

Marcelo Cattoni de Oliveira aponta que o Poder Constituinte possui pressupostos jurídicos e extrajurídicos (legalidade e legitimidade):

²³CANOTILHO, op. cit., 2003, p.46.

²⁴Ibidem, p. 67.

²⁵Ibidem, p. 67.

Afinal, qual é o fundamento de legitimidade do projeto constituinte do Estado Democrático de Direito, senão a própria construção e projeção a um futuro aberto dessa legitimidade? E de uma legitimidade por meio da legalidade, do reconhecimento segundo o qual se deve, inclusive, rever a concepção francesa e tradicional de poder constituinte como ato de força e de violência e compreender que, hoje, após mais de dois séculos de constitucionalismo, o poder constituinte ‘requer mais do que a simples e bruta tomada de poder ou manipulações palacianas para obter apoio do povo’.²⁶

Sob o ponto de vista da concepção clássica, o Poder Constituinte é um poder político de fato, dotado de três atributos principais em que se fundamentam as análises propostas em seu estudo às quais se inserem, assim, como características intrínsecas desse Poder: a ilimitabilidade, a incondicionalidade e a inicialidade que lhes permitem agir de forma autônoma e sem nenhum vínculo ou amarração anterior.

Percebe-se assim, que a ilimitabilidade pode ser entendida como a desvinculação de qualquer outro direito anterior, traduzindo-se em ausência de limites, ditados pelo direito positivo anterior²⁷.

Este poder ilimitado está relacionado não só ao procedimento, mas especialmente à matéria constitucional abordada, pois pode o Poder Constituinte criar regras, inclusive as que direcionarão seu trabalho independentemente de qualquer modelo preexistente ou preordenado.

Ferreira Filho posiciona-se diante dessa afirmativa e aduz:

Observe-se que esta ideia ainda hoje está presente, em discussões contemporâneas: entre os autores franceses há um debate, em nossos dias, sobre se o Poder Constituinte de revisão, ou seja, o poder previsto na Constituição para rever, eventualmente, a própria Constituição, está, ou não, adstrito aos limites postos pela mesma Constituição à sua Atividade. Ressalte-se, por outro lado, que Sieyès é expresso em afirmar que o Poder Constituinte da nação está limitado pelo Direito Natural. É ele um adepto do Direito Natural, à moda, é claro, da Escola da Direito das Gentes, e de Rousseau²⁸.

Essa ideia de ilimitabilidade ao Poder Constituinte merece ressalvas. Afirmar categoricamente que o Poder Constituinte está ilimitado a quaisquer possibilidades significaria, sem exagero, denegar validade a institutos de proteção humana adquiridos ao custo de muito sangue derramado.

²⁶CATTONI DE OLIVEIRA, op. cit., 2006. p.61.

²⁷SIEYÈS, op. cit., 2001. p. 49-51.

²⁸FERREIRA FILHO, op. cit., 1999. p. 14.

Ignorar a existência de direitos humanos fundamentais – os quais não encontram inseridos somente em âmbito interno, equivaleria a abafar não só uma realidade mundial, mas sim e especialmente, uma necessidade conquistada pelos povos.

Sieyès, adepto da teoria de que o Poder Constituinte pertence à nação, explica: “a nação existe antes de tudo, é a origem de tudo, sua vontade é sempre legal, ela é a própria lei; antes dela e acima dela somente existe o direito natural”²⁹. A ideia proposta por Sieyès faz referência a uma espécie de ilimitabilidade do Povo – terceiro Estado, o que, para aquela época, seria uma necessidade intrínseca à necessidade de se estabelecerem propostas igualitárias.

O Poder Constituinte da nação não está sujeito a qualquer condicionamento para manifestar a sua vontade. Sieyès salienta ainda que: “De qualquer maneira que a nação queira, é preciso que ela queira. Todas as formas são boas, e sua vontade é sempre a lei suprema”³⁰.

O pensamento de Sieyès não impede que ele “veja na reunião de ‘representantes extraordinários’ da nação a forma ideal de manifestação do Poder Constituinte” nesse formato ilimitado de poder.³¹

Como adiantado acima, a posição sustentada por Sieyès é por vezes fortemente criticada, pois ao apontar que a sustentação do Poder Constituinte se dá pela nação e, ocorrendo a dissolução desta última desaparecer-se-ia o Poder Constituinte.

Se bem que a concepção de nação ofertada por Sieyès representava um objeto diferenciado. Para Sieyès, a nação era composta pelos membros identificados como pertencentes ao terceiro estado.

Paralelamente, não é supérfluo esclarecer que às características acima expostas, o constitucionalista espanhol Jorge Xifras Heras, acrescenta de modo bastante oportuno, adjetivos peculiares acerca do Poder Constituinte, afirmando que tal poder:

a) é um poder originário, isto é, alheio a toda competência prévia, a toda regulamentação predeterminada, diferente dos poderes constituídos. Não existe dentro, mas fora do Estado. É um poder extra-estatal que transcende a ordem jurídica positiva. Por cima dele não existe nenhum outro poder político, desde que é a autoridade suprema, incondicionada livre de toda formalidade ou coação; b) é unitário e individual, serve previamente a todos os poderes constituídos; c) é permanente e inalienável, seu exercício o exterioriza, subsiste acima da ordem que cria; d) é portador de eficácia atual, com força histórica efetiva, apta para realizar os seus fins.³²

²⁹SIEYÈS, op. cit., 2001. p. 49-51.

³⁰Ibidem, p.51.

³¹Ibidem, p.51.

³²HERAS, Jorge Xifra. *Curso de Derecho Constitucional*. 2.ed. Barcelona: Bosch, Tomo I, 1957, p.143.

Importante salientar que opostamente ao que sustenta Sieyès, o Supremo Tribunal Federal, na ADI 815-DF, com relatoria do então Ministro Moreira Alves, fixou entendimento contrário à natureza de *jus naturale* ou de direito suprallegal.³³

Outra característica do Poder Constituinte é o incondicionamento: este significa que “a nação não está sujeita a qualquer forma prefixada para manifestar a sua vontade; não tem ela que seguir qualquer procedimento determinado para realizar a sua obra de constitucionalização”.³⁴

Cumprir dizer que o Poder Constituinte francês, do século XVIII, fundou suas bases práticas e teóricas numa espécie de poder divino, onipotente e de vontades ilimitadas. Deve-se salientar que atualmente essa concepção perdeu espaço, pois os experimentos humanos, especialmente após a Segunda Grande Guerra Mundial, provaram que a ilimitabilidade de poderes é um risco à própria estabilidade e à dignidade da vida humana.

Quanto à inicialidade, é possível afirmar que o Poder Constituinte edita atos juridicamente iniciais, pois estes dão origem, iniciam a ordem jurídica, e não estão fundados em quaisquer ordenamentos constitucionais já inicializados. Nesse diapasão, o título que justifica a Constituição “é a vontade da nação, ao passo que é a Constituição, por assim dizer, o título em que se baseiam todos os poderes constituídos”.³⁵

A afirmativa, apesar de clássica, merece ser analisada com reservas. Diga-se isso pelo fato de que a nação, na concepção de Sieyès, compreende o círculo de sujeitos pertencentes ao terceiro estado.

O Poder Constituinte detém o poder de criar uma constituição, de dar novos contornos para a vida política de uma nação representada pela classe tradicionalmente oprimida e espoliada, reduzida a nada pelas classes dominantes, como o clero e a nobreza, e os poderes constituídos, de natureza legislativa, executiva e judicial, criados pela constituição.

Noutra vertente, a inicialidade, poderia sim, estar coligada ao povo. Friedrich Müller esclarece tal fato explicando que:

segundo a doutrina mais em voga, o povo atua como sujeito de dominação nesse sentido por meio da eleição de uma assembleia constituinte e/ou da votação sobre o

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RTJ v. 163, t. 3, p. 872-881. “As cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores (...) como normas cuja observância se imponha ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas.”

³⁴SIEYÈS, op. cit. 2001, p.56.

³⁵Ibidem, p.56.

texto de uma nova constituição; por intermédio de eleições e, em parte, por meio da iniciativa popular.³⁶

Como consequência disso, o Poder Constituinte passou por experimentos evolutivos que trouxeram a ele as características atuais de caráter majoritariamente democráticas. Três exemplos marcantes para o Poder Constituinte podem ser verificados, segundo Canotilho, resumidamente tem-se que:

Três palavras resumirão os traços caracterizadores de três experiências histórico-constituintes: os ingleses compreendem o poder constituinte como um processo histórico de *revelação* da constituição de Inglaterra; os americanos *dizem* num texto escrito, produzido por um poder constituinte “the fundamental *and paramount Law of the nation*”; os franceses *criam* uma nova ordem jurídico-política através da destruição do antigo e da construção do novo, traçando a arquitetura da nova “cidade política” num texto escrito – a constituição. Revelar, dizer e criar uma constituição são os *modus operandi* das três experiências constituintes.³⁷

A influência de tais ocorrências, para o Poder Constituinte, podem ser verificadas também nas palavras de José Adércio Leite Sampaio, ao explicar que:

a experiência norte-americana influenciou a distinção entre o poder constituinte e os poderes constituídos, desenvolvidas pelos revolucionários franceses, especialmente pelo abade Emmanuel Siéyès. De acordo com Siéyès, a nação tinha um poder constituinte distinto dos poderes constituídos, cujo exercício haveria de ser feito por seus representantes comissionados para elaboração das leis fundamentais. Essa distinção vinculava ao poder constituinte o ato de soberania, *de ligibussolutus*, ao tempo que preservava essa soberania, uma, indivisível e inalienável contra a usurpação dos poderes constituídos que haveriam de ser divididos e limitados. Desde então se fala em poder constituinte como aquele poder de originariamente elaborar uma Constituição.³⁸

Alicerçado no pensamento de Friederich Müller pode-se afirmar que:

a teoria do poder constituinte corresponde, no fundo, ao objetivo central (*core objective*) do constitucionalismo; a primeira função de uma ordem político-constitucional que foi e continua sendo realizada através de um sistema de limites impostos àqueles que exercem o poder político.³⁹

Tem-se, nesse sentido, a ideia de que o resultado do Poder Constituinte é a Constituição que passa a ser o centro de onde flui a legitimidade para a organização de todo o

³⁶ MÜLLER, F. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 45.

³⁷ CANOTILHO, op. cit., 2003. p. 68 e 69.

³⁸ SAMPAIO, op. cit., 2002, p.343.

³⁹ MULLER, op. cit., 2009. p. 48.

ordenamento jurídico que nasce, pela iniciativa popular, válida e condizente com as aspirações democráticas.

1.2. Titularidade do Poder Constituinte

Se o início do capítulo centrou-se no que seria o Poder Constituinte, sua evolução histórica e sua força capaz de invocara assembleia nacional constituinte, o momento é de buscar elementos que possam comprovar sua titularidade.

Com os atributos do Poder Constituinte em mente é possível avançar um pouco mais em suas características subjetivas, sendo imprescindível questionar sobre a titularidade desse poder, ou seja, a quem ele pertence? Estaria a titularidade nas mãos de um presidente ou de um rei? Seria o titular uma assembleia nacional constituinte? Seria o povo? Seria a nação?

José Alfredo de Oliveira Baracho salienta que “o ato constituinte supõe uma vontade em condições de produzir uma decisão eficaz. O titular dessa vontade é também a do Poder Constituinte.”⁴⁰

É nesse sentido, que a titularidade do Poder Constituinte transparece como base de várias discussões. Desde Sieyès em sua obra clássica, *Qu'est-ce que letiers état?*, até à atualidade, onde procuram-se descobrir as minúcias sobre a possível titularidade do fenômeno constitucional.

Tal titularidade, segundo apontam os estudos de Paulo Bonavides, representa fator de altíssimo questionamento e:

Se nos afastarmos da indagação de legitimidade, que abrange considerações valorativas, deixando, portanto, de lado o fundamento ou a justificação da pessoa investida nesse poder, a resposta se simplifica, visto que uma fácil consulta aos fatos políticos nos mostrará, numa dimensão exclusivamente histórica, que a titularidade vem atribuída ora a Deus, ora a um príncipe ou monarca, bem como ao povo, à nação, a um parlamento ou a uma classe.⁴¹

Portanto, veja-se que a titularidade do Poder Constituinte pode ser analisada sob vários aspectos, evidenciando-se muito importantes, dois deles: a titularidade do Poder Constituinte da *nação* e do *povo*, incluindo-se, em ambos os casos, a função da assembleia constituinte.

⁴⁰ BARACHO, J. A. de O. Teoria Geral do Poder Constituinte: O Projeto Constituinte de uma República – 15 Anos de Constituição. In: SAMPAIO, J. A. L. (Coord.) *Quinze anos de constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.74

⁴¹ BONAVIDES, P. *Direito constitucional*. Forense: Rio de Janeiro, 1980, p. 153-154.

Alexandre de Moraes afirma que:

O titular do poder constituinte, segundo o abade Emmanuel Sieyès, um dos precursores dessa doutrina, é a nação, pois a titularidade do Poder liga-se à ideia de Soberania do Estado, uma vez que mediante o exercício do poder constituinte originário se estabelecerá a sua organização fundamental pela Constituição, que é sempre superior aos poderes constituídos, de maneira que toda manifestação dos poderes constituídos somente alcança plena validade se se sujeitar à Carta Magna.⁴²

A teoria alavancada por Sieyès estabelece, portanto, um Poder Constituinte capaz de constituir a partir da nação, especialmente porque o Poder Constituinte, seria um precedente lógico para a existência da constituição. Nesse sentido, Sieyès sustenta que a titularidade do Poder Constituinte é pertencente à nação.⁴³

Ferreira Filho melhor esclarece o sentido de nação ao explicar:

Que é *nação*, porém? É preciso ter presente que, no ensinamento de Sieyès, nação não pode ser confundida com o conjunto de homens que a compõem, num determinado momento histórico. Para ele a *nação* encarna a permanência de uma comunidade. Por isso, contrapõe Sieyès os interesses da *nação* aos interesses que os homens possam ter num determinado momento. Há interesses de uma comunidade que não se resumem nos interesses dos homens que em determinado instante a compõem e pode mesmo haver contradição entre as duas ordens de interesses. O poder constituinte, portanto, pertence à *nação*, e manifesta a vontade dela, logicamente no estabelecimento das instituições que vão governar a comunidade.⁴⁴

Baracho, por sua vez, afirma que:

A nação como titular do Poder Constituinte não está ligada a qualquer regra preestabelecida. Ela é independente de qualquer forma. A nação detém, de maneira absoluta, o direito de troca a constituição, sem se importar pelo processo a ser empregado, desde que sua vontade é lei suprema.⁴⁵

Ferreira Filho acrescenta, fazendo referência a Sieyès, que:

Seria ridículo supor a nação ligada, ela própria, pelas formalidades ou pela Constituição com a qual ela subordinou os seus mandatários. Se fosse preciso esperar que ela para se tornar uma nação tivesse u'a maneira de ser positiva, ela não teria jamais sido organizada. A nação se forma pelo único direito natural.⁴⁶

Na verdade, a ideia acima perdurou por algum tempo. Assim, nessa evolução, Baracho com referência a Jorge Xifra Heras acrescenta que:

⁴² MORAES, A. de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.28.

⁴³ SIEYÈS, op. cit., 2001, p.49-51.

⁴⁴ FERREIRA FILHO, op. cit., 1999, p. 12.

⁴⁵ BARACHO, op. cit., 2004, p. 84.

⁴⁶ FERREIRA FILHO, op. cit., 1999, p. 13.

A atribuição do poder constituinte ao povo, não foi unânime em todas as épocas, conforme podemos confirmar pelo exame da titularidade: La atribución del poder constituyente al pueblo no há sido unânime en todo momento. Es más e nel plano real, és uno de los frutos políticos tardíos que no se implanta hasta fines del siglo XVIII em Americadel Norte y en Francia. Em la antigüedad pre clásica, e la Edad Media y em la literatura protestante era general la creencia que Dios era el único titular del poder constituyente. Em las monarquias absolutas esta titularidad pasó al Rey, quien la iustificaba a su vez em um derecho divino.⁴⁷

A teoria de Sieyès é justificada em razão do momento que a França atravessava naquela época. O Antigo Regime representava um momento fechado da sociedade francesa que, basicamente, compreendia o indivíduo a partir de seu nascimento.

Portanto, o indivíduo que nascera numa determinada casta social, ali permanecia até o fim dos seus dias. Tais indivíduos faziam parte do denominado Terceiro Estado, ou seja, aqueles que, por exclusão, não pertenciam nem ao primeiro – Rei e família real; e nem ao segundo – composto pelo Clero e pela Nobreza, esses dois últimos uma parcela mínima da sociedade francesa da época.

Sieyès, explica que:

Para que o Terceiro Estado possa chegar a ser alguma coisa ele precisa entender, que, na verdade, o Terceiro Estado não apenas representa a maior parte da sociedade francesa; o Terceiro Estado corporifica e, portanto, pode deliberar e decidir em nome dos franceses o destino da nação francesa.⁴⁸

Isso mostra que Sieyès, aparentemente, pretendia resgatar do esquecimento a sociedade (nação) francesa justificando que sua existência é pretérita à existência de qualquer ato formal que, aqui denominamos Constituição. O Terceiro Estado, portanto, pré-constituído, poderia, inevitavelmente, instituir um texto constitucional, pois era detentor dessa titularidade.

Desta maneira, verifica-se que o conceito de povo, para o abade francês é um mero aglomerado de pessoas, uma multidão, um conjunto de indivíduos que se sujeitam a um poder, enquanto a nação representa uma determinada coletividade. A nação, portanto, ofertava identidade aos indivíduos franceses da época. No caso, parece estar excluído do conceito de nação os componentes do clero e da nobreza.

⁴⁷ A atribuição do poder constituinte ao povo nem sempre foi unânime em todos os momentos. Na realidade é um dos frutos políticos atuais que não foram implementadas até o final do século XVIII na América do Norte e na França. Na Antiguidade pré-clássica, na Idade Média e na literatura protestante se acreditava que Deus era o único titular do poder constituinte. Nas monarquias absolutas essa titularidade foi passada ao rei que, por sua vez representava um direito divino. HERAS, op. cit., 1957, p.143.

⁴⁸ SIEYÈS, Emmanuel. *Escritos y Discursos de La Revolución*. Madrid: Centro de Estudios y Constitucionales, 2007. p.67.

Se o entendimento de Sieyès procede ou não, não vem ao caso. Para cumprir o papel científico, vale lembrar que, na prática, a Lei Fundamental da República da Alemanha que entrou em vigor em 1949, curiosamente, não foi instituída, exclusivamente, pela nação alemã.

Ingo Wolfgang Sarlet esclarece a respeito, explicando que:

Curiosamente, embora, em certo sentido, de modo compreensível, não foram os políticos alemães da época os protagonistas do processo constituinte, mas sim os governos de ocupação aliados, com destaque para os Estados Unidos, que, no lado ocidental e em virtude da crescente polarização em relação à União Soviética, que havia assumido o controle do lado oriental (o qual, como apontado, seguiu seu próprio caminho, inclusive em matéria constitucional), julgavam ser imprescindível a criação de um Estado alemão ocidental, o que, por sua vez, implicava a necessidade da elaboração de uma constituição.⁴⁹

Mais curioso ainda é o que ocorreu mais tarde, quarenta anos depois, quando da queda do muro de Berlim. O Estado alemão, que era dividido em duas partes - Alemanha Oriental e Alemanha Ocidental- passou a ser um só, mas veja-se que a Lei Fundamental da Alemanha aderiu, quase que automática e mais que curiosamente, à Alemanha Oriental.

Sarlet acrescenta que:

A Lei Fundamental, outrora vista como símbolo da própria divisão, seguiu em vigor, assumindo o papel de Constituição da Alemanha unificada, muito embora tal processo tenha sido objeto de alguma controvérsia, visto que não faltaram vozes clamando pela convocação de uma Assembleia Constituinte ou, pelo menos, propondo a realização de uma consulta popular.⁵⁰

No mínimo, o caso alemão é peculiar, pois, o País destruído pelas forças aliadas, sob o comando dos EUA, foi dividido em dois. Logo depois, uma das alas divisórias ganhou uma constituição encabeçada pelas forças militares vencedoras. Mais tarde, com a união das repúblicas alemãs, e sem que se convocasse uma assembleia nacional constituinte, a Alemanha Oriental *ganhou* uma Constituição, qual seja, a constituição instituída pelos vencedores da Guerra.

A dificuldade de identificação do titular que exerceu o Poder Constituinte na Alemanha Oriental é gigantesca e, mais do que isso, mesmo tendo a Lei Fundamental previsto a adesão de outros Estados, torna-se quase impossível identificar um processo constituinte válido para a Alemanha Oriental.

⁴⁹ SARLET, I. W. A Lei Fundamental da Alemanha: breves notas sobre sua formação e evolução e seu papel para o constitucionalismo brasileiro. Publicado na coletânea: *Constituição, Política e Cidadania*. Porto Alegre: GWI, 2013, p. 244.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 248.

Sem dúvidas de que o conteúdo que justifica tal ocorrência pode estar ligado a enorme desigualdade social que assolava as duas alemanhas. Significativamente, pode-se afirmar que os aspectos sociais e culturais derrotaram as diferenças políticas, talvez aí motivo de uma adesão da Alemanha Oriental ao ordenamento jurídico-constitucional da Alemanha Ocidental.

Apesar disso, é possível ver estampado na Constituição da República alemã, especificamente em seu preâmbulo, os seguintes dizeres, segundo salienta Friedrich Müller:

A Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*, doravante citada pela sigla GG) invoca no seu preâmbulo o fato de que o povo Alemão, por força de seu poder constituinte teria outorgado esse texto; a República Federal da Alemanha seria um Estado federativo democrático e de bem estar social”, no qual “todo o poder do Estado emanaria do povo e deveria ser exercido pelo povo em eleições e votações”, bem como “por meio” da atividade dos clássicos órgãos públicos divisores dos poderes (GG Art. 20, §§1 e 1, declarada intocável (cláusula pétrea) por meio de alteração da constituição em GG Art. 79, §3).⁵¹

O caso norte-americano não deixa de ser curioso. A Constituição Norte Americana de 1787 fez constar que o povo estabelecia uma nova ordem constitucional para aquele Estado, fato evidenciado pelo preâmbulo da Constituição que estabeleceu aquela organização política que, justifique-se, está até hoje vigente:

We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.⁵²

A análise desse preâmbulo demonstra especialmente em sua disposição final, que a Constituição norte americana foi ordenada e estabelecida *para* os Estados Unidos da América. Portanto, na mesma época em que Sieyès estampava em seu panfleto que a titularidade do Poder Constituinte pertencia à nação, o *povo* norte americano criava sua constituição para a nação. E não o contrário.

⁵¹ SARLET, op. cit., 2013, p. 248.

⁵² AMERICA, United States of. Disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html. Acesso em: 31 mai. 2013: “Nós, o povo do Estado Unidos, com o objetivo de formar uma união mais perfeita, estabelecer a justiça, assegurar a tranquilidade doméstica, garantir a defesa comum, promover o bem-estar geral, afiançar as graças da liberdade para nós e para a posteridade, ordenamos e estabelecemos esta constituição para os Estados Unidos da América.” (trad. livre).

Pouco antes disso, entre os séculos XVII e início do século XVIII, John Locke, no Segundo Tratado Sobre o Governo Civil, já salientava sobre a importância do povo na participação no governo:

Se nos reportamos o mais longe que os registros nos permitam encontrar um relato do povoamento do mundo e da história das nações, veremos que em geral o governo está nas mãos de um só homem; mas isso não anula o que eu afirmo, ou seja, que o início da sociedade política depende do consentimento dos indivíduos de se unir e compor uma sociedade; e que, quando estão assim associados, podem instituir a forma de governo que melhor lhes convier.⁵³

Nesse sentido, Canotilho acrescenta que:

Embora a expressão ‘poder constituinte’ não surja de forma clara na obra de John Locke, considera-se que este sugeriu a distinção entre *poder constituinte* do povo, reconduzível ao poder de o povo alcançar uma nova forma de governo, e o poder originário do governo e do legislativo encarregados de prover à feitura e à aplicação das leis.⁵⁴

Com o passar dos séculos e com abertura de novos rumos para a democracia, a indicação da titularidade do Poder Constituinte mudou. A doutrina avançou com novas evidências e o povo passou a figurar na qualidade de titular do Poder Constituinte.

Evidencia-se que Friederich Müller identificou, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, uma exemplificação da força do povo para invocar e dirigir o poder político de um estado.

O preâmbulo da constituição brasileira (CB) de 1988 foi promulgado juntamente com o documento integral pelos “representantes do povo brasileiro”, “para instituir um Estado Democrático”. No título I, Art. 1º constitui-se a República Federativa do Brasil como “Estado Democrático de Direito”, no qual “(t)odo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição” (CB art. 1º, parágrafo único).⁵⁵

O Poder Constituinte e o povo se encontram em mundos inseparáveis, e Leônidas Rangel Xausa, que esclarece sobre a importância da participação popular na Constituinte de 1988:

⁵³ LOCKE, J. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. Clube do Livro Liberal, 2006, p. 63. Disponível em: http://search.4shared.com/postDownload/J66LDROH/John_Locke_-_Segundo_Tratado_S.html. Acesso em: 01 jun. 2013.

⁵⁴ CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 72.

⁵⁵ MÜLLER, op. cit., 2009, p.39.

No ano de 1987, a sociedade brasileira depositava sua confiança e sorte nas mãos dos deputados e senadores constituintes eleitos no ano anterior. Embora existissem 23 senadores que haviam sido eleitos no já então distante 1982, tema que trazia as primeiras desconfianças sobre a soberania da constituinte, o sentimento de renovação e de início de um tempo democrático e social estava na atmosfera das águas de Manaus e da secura do Planalto Central; da Fortaleza do encantos aos encantos de Porto Alegre O horizonte nunca fora tão Belo, nem tão vibrante Rio de todos os meses e, de todos os santos a Bahia, nem tão agitada São Paulo, nem tão tórrida Cuiabá. Os satélites norte-americanos que a tudo vigiam, registraram um mapa que se elevava sobre o globo na extremidade leste da América do Sul, estranho fenômeno de recomeço de um povo que se achava diante de um recorrente projeto de nação Mas quem eram tais homens e tais mulheres que representavam esse entusiasmo e esperança?⁵⁶

A opinião de Ferreira Filho acerca da titularidade do Poder Constituinte pode significar o chamado para um momento de reflexão:

O reconhecimento de que o povo é o titular do poder constituinte pouco esclarece que quanto ao exercício deste mesmo poder. Quer dizer, o povo pode ser reconhecido como titular do Poder Constituinte mas não é jamais quem o exerce. É ele um titular *passivo*, ao qual se imputa uma vontade constituinte sempre manifestada por uma *elite*.⁵⁷

Ao contrário da opinião lançada por Ferreira Filho, a verdade é que o povo foi o grande motivador da constituinte de 1988, fato que reforça o pensamento de que a titularidade do Poder Constituinte está representada por quem personifica o Estado: o povo, mesmo que se diga que seu exercício seja ou esteja sendo usurpado por um grupo o que, na realidade, corresponde a uma exceção.

Como mais bem explicado no capítulo quarto, o Poder Constituinte pode se submeter a um discurso de legitimação pelo qual, inevitavelmente, sujeitos alheios à sistemática democrática prestam-se a agir em desconformidade com a vontade da maioria, de forma que os pressupostos pragmáticos do discurso do Poder Constituinte podem não ser totalmente alcançados.

Outro exemplo pode ser destacado quanto ao estado plurinacional. A constituição boliviana que, apesar de oscilar entre o extremamente moderno e o retrógrado, dispõe, não só em seu preâmbulo – mas especialmente na prática, de lições de que a titularidade do Poder Constituinte pode ser exercido pelas maiorias:

Em tiempo sin memoriales se erigie ron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles

⁵⁶ XAUSA, Leônidas R. *A constituinte questionada*. Porto Alegre: L&PM, 1986, p.18.

⁵⁷ FERREIRA FILHO, op. cit., 1999, p. 31.

se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces La pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia. El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado em las luchas del pasado, em la sublevación indígena anticolonial, em la independencia, em las luchas populares de liberación, em las marchas indígenas, sociales y sindicales, em las guerras del agua y de octubre, em las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado. Un Estado basado em el respeto e igualdad entre todos, com principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad em la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; em convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos⁵⁸.

Neste exato sentido, o professor Agustín Grijalva, citado por Henrique Weil Afonso e José Luiz Quadros de Magalhães, salienta sobre a importância do povo no constitucionalismo democrático, aqui representado pelo estado plurinacional:

O constitucionalismo plurinacional deve ser um novo tipo de constitucionalismo baseado em relações interculturais igualitárias, que redefinam e reinterpretem os direitos constitucionais e reestruturam a institucionalidade proveniente do Estado Nacional. O Estado plurinacional não é e não deve ser reduzido a uma Constituição que inclua um reconhecimento puramente culturalista, às vezes somente formal, por parte de um Estado em realidade instrumentalizado para o domínio de povos de culturas distintas, senão um sistema de fóruns de liberação intercultural autenticamente democrático.⁵⁹

Noutra vertente, a Constituição da República Popular da China de 1982 traz um paradoxo: ao mesmo tempo em que, em seu art. 1º, situa a China como um país subordinado à ditadura, afirma que todo o poder pertence ao povo:

Artigo 1.º A República Popular da China é um Estado socialista subordinado à ditadura democrático-popular da classe operária e assente na aliança dos operários e

⁵⁸DALMAU, R. M. *Refundar o Estado: O Novo Constitucionalismo Latino-Americano*. Disponível em: http://www.direito.ufg.br/uploads/12/original_24243799-UFRJ-Novo-Constitucionalismo-Latino-Americano.pdf?1352146239. Acesso em: 31 mai. 2013. “Nos tempos antigos montes foram erguidos, mudaram-se rios, lagos foram formados. A nossa Amazônia, nossa Chaco, nossas montanhas e nossas planícies e vales foram cobertos com folhagens e flores. A sagrada Mãe Terra nos preencheu com rostos diferentes, e desde então a pluralidade foi compreendida pela força de todas as coisas e seres por nossa diversidade e cultura. Assim foi formado o nosso povo, e nunca se entendeu o racismo que sofreram nos tempos coloniais desastrosos. O povo boliviano, a composição plural, a partir das profundezas da história, inspirados pelas lutas do passado, pela revolta anticolonial indígena na independência na libertação popular, pela luta em marchas indígenas, sociais e sindicais e pela Guerra das Águas e de Outubro, nas lutas pela terra e território, e com a memória de nossos mártires, nós construimos um novo estado. Um estado com base no respeito e igualdade entre todos, com os princípios de soberania, dignidade, complementaridade, solidariedade, harmonia e igualdade na distribuição e redistribuição do produto social, que representa a busca de viver bem, com respeito para a pluralidade econômica, social, jurídica, política e cultural dos habitantes desta terra; com a água coletiva, convivência com acesso, ao trabalho, à educação, à saúde e à habitação para todos.

⁵⁹MAGALHÃES, J. L. Q.; AFONSO, H. W. O Estado Plurinacional da Bolívia e do Equador: Matrizes para uma Releitura do Direito Internacional Moderno. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, n. 17. Jan./jun. 2011. p. 272.

camponeses. O sistema socialista é o sistema básico da República Popular da China. É proibida a sabotagem do sistema socialista por qualquer organização ou indivíduo. Artigo 2.º Na República Popular da China todo o poder pertence ao povo. Os órgãos através dos quais o povo exerce o poder político são o Congresso Nacional Popular e os congressos populares locais dos vários níveis. O povo dirige os assuntos do Estado e administra os assuntos económicos, culturais e sociais através de diversos canais e de várias formas, em conformidade com a lei.⁶⁰

Tal incoerência é, sob certo aspecto, compreensível, considerando que a revolução que deu origem a essa constituição teve alento das classes operária e camponesa pela qual se pretendia estabelecer um regime ditatorial baseado na participação do proletariado que, em prol de uma aposta em dias melhores, se submeteu à ditadura estranhamente denominada “democrático-popular”.

Veja-se então que Müller explica que o problema da titularidade do Poder Constituinte só pode ter hoje uma resposta democrática, baseada na participação das várias camadas sociais que compõem o Estado. Povo, porém, não é um conceito unívoco, mas plurívoco. Só o povo, entendido como um sujeito constituído por pessoas - homens e mulheres – pode decidir ou deliberar sobre a conformação da sua ordem político-social⁶¹, daí estarmos diante de uma titularidade real para o Poder Constituinte, titularidade que possui plenas condições de, inclusive, restar personificada.

Poder Constituinte significa, portanto, Poder Constituinte do povo. O povo, nas democracias atuais, é concebido como uma grandeza pluralística, ou seja, como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de opiniões, vontades, correntes ou sensibilidades políticas nos momentos pré-constituintes e nos procedimentos constituintes⁶².

É verdade que o Poder Constituinte, revelado com predominância democrática, explicita uma íntima vinculação com o povo, sendo isto verificável, ainda, nas palavras de Jorge Miranda:

Só quando a ideia de Direito é democrática e a Constituição é aprovada pelo povo, directamente ou por assembleia representativa, tem o órgão da Constituição formal uma autoridade que entronca, só por si, na própria legitimidade da Constituição material ou que com ela se confunde; não nos outros casos, em que avulta uma necessária mediatização; Aliás, mesmo se a ideia de Direito é de democracia pluralista, o órgão encarregado de fazer a Constituição formal não goza de uma margem de liberdade plena; não adstrito, decerto, a um determinado e único sistema

⁶⁰CONSTITUIÇÃO de 4 de Dezembro de 1982 da República Popular da China. *Revista Administração* n.º 48-Edição SAFF. Disponível em: <<http://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/constituicao/index.asp>>. Acesso em: 01 jun. 2013.

⁶¹MÜLLER, F. op. cit., 2009, p. 40.

⁶²CANOTILHO, op. cit., 2003, p.78

de direitos fundamentais, de organização econômica, de organização política ou de garantia da constitucionalidade, está sujeito a um limite – o da coerência com o princípio democrático e da sua preservação (não pode estabelecer uma Constituição não democrática).⁶³

A titularidade, registre-se, deve estar amparada por um órgão – Assembleia Constituinte, capaz administrar os trâmites dos trabalhos na qualidade de agente do Poder Constituinte. Assim, a titularidade do Poder Constituinte não se confunde com o grupo de pessoas que irão conduzi-lo.

Ferreira Filho, no complemento da leitura de Jorge Miranda, salienta que:

Não se confunde o titular do Poder Constituinte com o seu agente. Este é o homem, ou o grupo de homens, que em nome do titular do Poder Constituinte, estabelece a Constituição do Estado. Assim, por exemplo, o ente coletivo, Assembleia Constituinte, costuma ser o agente do Poder Constituinte do povo.⁶⁴

Por tudo isso, é importante lembrarmos que o povo é o real destinatário da obra realizada pelo Poder Constituinte lembrando que Jean Jacques Rousseau, ainda no século XVIII, salientava sobre a relevância do povo no destino político de uma nação:

Assim como um grande arquiteto, antes de construir, observa e sonda o solo para ver se este tem condições de sustentar o peso, o sábio instituidor não começa por redigir boas leis em si mesmas; mas examina anteriormente se o povo está apto para as aceitar. Foi por isso que Platão se recusou a dar leis aos árcades e aos cirenaicos, sabendo que esses dois povos eram ricos e não podiam admitir a igualdade; foi por isso também que se viram em Creta leis perfeitas e homens perversos, porque Míno só havia disciplinado um povo sobrecarregado de vícios.⁶⁵

Paralelamente, há casos em que as constituições são decretadas de forma ainda mais atípica. Isso ocorre quando determinados países adotam uma constituição que não teve, necessariamente, a participação exclusiva de seu povo – mas sim de povos e de governos, e são chamadas de *heteroconstituições*. Tais hipóteses poderiam representar a titularidade do Poder Constituinte *dos povos*? Jorge Miranda explica:

Não são muitas as *heteroconstituições* ou Constituições decretadas de fora do Estado por outro ou outros Estados ou, nos últimos tempos, por uma organização internacional. Incluem-se nelas algumas das Constituições, ou das primeiras Constituições, dos países da *Common wealth* aprovadas por leis do Parlamento

⁶³ MIRANDA, op. cit., 2009 (*on line*)

⁶⁴ FERREIRA FILHO, op. cit., 1999, p. 33.

⁶⁵ ROUSSEAU, op. cit., 2007. p. 145.

britânico (Canadá, Nova Zelândia, Austrália, Jamaica, Maurícia, etc.), a primeira Constituição da Albânia (obra de uma conferência internacional, de 1913) ou a Constituição cipriota (procedente dos acordos de Zurique, de 1960, entre a Grã-Bretanha, a Grécia e a Turquia)⁵ ou a Constituição da Bósnia-Herzegovina (após os chamados acordos de Dayton de 1995). Levantam, contudo, *in primis* algumas perplexidades acerca da sua natureza.⁶⁶

A análise da titularidade do Poder Constituinte é tema de grande discussão. É certo que seu processo auxilia no sentido de uma melhor demonstração sobre a existência de um poder capaz de criar a lei fundamental de um estado, especialmente no que concerne à fixação de normas fundamentais nos Estados democráticos. Seja pela nação, seja pelo povo, o que se verifica é que a figura humana é sempre destinatária da norma constitucional, refletindo exatamente a finalidade da norma constitucional nas democracias constitucionais.

1.3. A transição constitucional

A questão da transição constitucional - momento em que determinado Estado substitui a constituição então vigente por outra - é cheia de nuances. Não são poucos os autores que abordam o tema de maneira segura e profunda e, sem dúvidas, estar-se-á de frente a um desafio a ser superado, pois, diante de tão vasta doutrina, torna-se difícil desenvolver o tema citando somente alguns desses títulos.

Nesse tópico, pretende-se discorrer sobre a transição constitucional, buscando identificar o significado prático de algumas das variadas formas de transição e, ao mesmo tempo, apresentar uma breve análise do termo revolução, bem como sua relevância ou não para o Poder Constituinte, analisando-se os conceitos trazidos pela doutrina e os experimentos de diversos países, especialmente o Brasil.

Como parte dessa análise, há um contexto de transição e de mecanismos pré-constituintes que fazem parte das mudanças no sistema constitucional vindouro.

Canotilho explica que:

O desencadeamento de procedimentos constituintes tendentes à elaboração de constituições anda geralmente associado a momentos constitucionais extraordinários (revolução, nascimento de novos estados, transições constitucionais, golpes de Estado, “quedas de muros”). Nesses factos complexos, situados ainda a montante do procedimento constituinte propriamente dito, vão geralmente implícitas decisões de natureza pré-constituinte. Estas decisões reconduzem-se, em geral, a dois tipos: (1) decisão política de elaborar uma lei fundamental – (constituição); (2) Edição de leis constitucionais provisórias destinadas a dar uma primeira forma jurídica ao “novo

⁶⁶MIRANDA, op. cit., 2009. (on line)

estado de coisas” e a definir as linhas orientadoras (procedimento constituinte propriamente dito).⁶⁷

O que se percebe é que os momentos para efetivação da transição entre sistemas constitucionais podem se estender e desdobrar em inúmeras atividades e, é justamente essa característica que se mostra essencial para incremento das análises pretendidas.

Paralelamente, vêm as discussões acerca das diferenças entre as mudanças intrínsecas do sistema constitucional vigente e a entrada de um novo sistema constitucional, fazendo-se necessária a realização de uma breve análise. Um dos mecanismos de alteração da Constituição que não devem ser confundidos com a transição constitucional é o da mutação constitucional.

Na atualidade, especialmente em se tratando do sistema constitucional Pátrio são vários os motivos que levam os juristas a tratarem do assunto. Alguns, incentivados pela enxurrada de julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo modismo da aplicação de princípios de interpretação constitucional⁶⁸.

Atualmente, muitos são os autores que sustentam teses a respeito da mutação constitucional que significa, segundo Ommati uma:

mudança informal da constituição formal e rígida, ou seja, é uma mudança do Texto Constitucional sem a necessidade de se utilizar os mecanismos de alteração formal existentes no próprio Texto Constitucional. Essa mudança informal da Constituição é possível apenas pelo fato de que a Constituição é um texto e, enquanto tal, pode ser lida e interpretada de várias maneiras. Dessa forma, a mutação constitucional ocorre pela modificação de leitura do Texto Constitucional ao longo do tempo, produzindo uma mudança de entendimento e compreensão do Texto Constitucional em decorrência dessa mudança de leitura. Através desse mecanismo, é possível se produzir uma mudança constitucional informal, ou seja, que não necessita passar pelo processo mais rigoroso de mudança constitucional estabelecido no próprio Documento Constitucional.⁶⁹

O autor salienta que é necessário um tempo razoável para que a mutação constitucional ocorra. Assim, a nova interpretação do texto Constitucional deve encontrar suporte social, por meio dos órgãos com a função de interpretar e aplicar a própria Constituição. Refere-se aos poderes, Legislativo e o Judiciário. “Essa mutação constitucional

⁶⁷CANOTILHO, op. cit., 2003. p. 77.

⁶⁸ Friedrich Müller: sobre os princípios de interpretação constitucional explica que “na sua maior parte eles configuram subcasos dos aspectos linguístico, histórico, genético, sistemático e ‘teleológico’ da concretização. (...). O autor faz referência aos seguintes princípios: praticabilidade, interpretação a partir do nexo da história das ideias, Critério de aferição do efeito integrante, princípio da unidade da constituição, quadro global de direito pré-constitucional, nexo de normas de direitos fundamentais e de normas de competência, concordância prática, força normativa da constituição. MÜLLER, op. cit. 2000, p. 81.

⁶⁹OMMATI, J. E. M. *Teoria da Constituição*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p.67.

pode decorrer tanto de uma interpretação nova do Texto Constitucional proveniente da sociedade, como também dos próprios órgãos encarregados de interpretar a Constituição”.⁷⁰

Aliás, esse tema, apesar de ter sido infiltrado nas explicações acerca transição constitucional, pressupõe a existência de uma constituição em vigor.

O tema central, porém, como se referiu, pretende abordar a transição constitucional pelas vias do Poder Constituinte originário, ou seja, um pressuposto de derrogação de um sistema constitucional então vigente que dará espaço a outro.

Jorge Miranda assinala que: “a modificação das Constituições é um fenômeno inelutável da vida jurídica, imposta pela tensão com a realidade constitucional e pela necessidade de efetividade que as tem de marcar. Mais do que modificáveis, as Constituições são modificadas.”⁷¹

Desta maneira, torna-se insustentável para os dias atuais pensar numa Constituição imodificável. A conjuntura cibernética de fácil acesso às informações do mundo atual proporciona, ou pelo menos, ajuda a consagração de mudanças constitucionais.

De fato, a análise da transição (ou mudança) constitucional traz apontamentos muito sutis, pois, enquanto alguns elencam que o Poder Constituinte revela-se por meio de revolução, outros sustentam que ele poderá surgir com características menos alarmantes, estar-se-ia a falar da transição constitucional.

Nesse aspecto, as rupturas (ou supressões) entre momentos constitucionais representam importância de cunho quase que genético, pois é justamente nesse crivo que se decide pelo novo e, para que o novo se desdobre materialmente (muito mais que a mera formalização de um texto), o Poder Constituinte originário coordena tanto a saída da antiga quanto a chegada da nova Constituição.

Jorge Miranda acrescenta que as novas constituições podem surgir, portanto, de duas formas (dentro de um quadro amplo e genérico denominado pelo jurista português: *vicissitudes constitucionais*) sendo que “o modo mais frequente de mudança de regime é a revolução; o outro é a passagem sem ruptura, a mudança na continuidade, a reforma política (*stricto sensu*) ou transição constitucional.”⁷²

Ainda alicerçado em Jorge Miranda, pode-se ressaltar a respeito da mudança constitucional por meio da revolução que:

⁷⁰ OMMATI, op. cit., 2013, p.67.

⁷¹ MIRANDA, op. cit., 2009. p.8 (on line)

⁷² Ibidem, p.9.

Nada se afigura, na verdade, mais gerador de Direito do que uma revolução, nada há talvez de mais eminentemente jurídico do que o facto ou acto revolucionário. A revolução não é o triunfo da violência; é o triunfo de um Direito diferente ou de um diverso fundamento de validade do sistema jurídico positivo do Estado. Não é antijurídica; é apenas anticonstitucional por oposição à anterior Constituição – não em face da Constituição *in fieri* que, com ela, vai irromper⁷³.

Inicialmente, cumpre apresentar alguns aspectos do termo revolução, segundo a doutrina kelseniana. A revolução, segundo Kelsen, pode ser analisada, especialmente, sob dois aspectos: revolução no âmbito jurídico e revolução no âmbito social. Segundo kelseniana revolução, *lato sensu*, significa ferimento à ordem constitucional vigente, portanto, pode ser vista como uma mudança ilegítima:

Uma revolução no sentido amplo da palavra, compreendendo também o golpe de Estado, é toda modificação ilegítima da Constituição, isto é, toda modificação da Constituição, ou sua substituição por uma outra, não operadas segundo as determinações da mesma Constituição.⁷⁴

Kelsen explica que não importa a forma de manifestação de alteração da constituição, de maneira que, o que vale, realmente, é verificar se a constituição foi ou não alterada pelos meios nela previstos:

dum ponto de vista jurídico, é indiferente que esta modificação da situação jurídica seja produzida através de um emprego da força dirigida contra o governo legítimo ou pelos próprios membros deste governo, através de um movimento de massas populares ou de um pequeno grupo de indivíduos. Decisivo é o fato de a Constituição vigente ser modificada ou completamente substituída por uma nova Constituição através de processos não previstos pela Constituição até ali vigente.⁷⁵

No caso acima, pode-se identificar que a revolução enquanto fenômeno jurídico representa uma espécie de rompimento com a continuidade da ordem jurídica em vigor, podendo parte do sistema constitucional permanecer valendo. Trata-se de uma anormalidade, ou seja, uma mudança constitucional que não atendeu aos preceitos previstos na própria norma constitucional revogada. Costuma-se equiparar a esse acontecimento, os golpes de Estado, as tomadas de poder por determinados grupos, dentre outros.

José Afonso da Silva exemplifica, historicamente, o fenômeno:

⁷³ MIRANDA, op. cit., 2009. p.9 (*on line*)

⁷⁴ KELSEN, H. op. cit., 2012, p. 233.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 233.

Durou pouco a Constituição do Brasil de 1967. As crises não cessaram. E veio o AI-5 de 13.12.1968. Dia 13, uma sexta-feira, que na credence popular é dia aziago, de muito azar. E foi um dos piores dias do Brasil, por que este ato institucional foi, sem dúvida, o instrumento mais duro, mais cruel, que este País na sua longa vida antidemocrática, jamais teve. Com ele rompe-se a ordem constitucional (...).⁷⁶

A revolução entendida como fenômeno social difere-se, portanto, da revolução em termos jurídicos. Nesse tipo de revolução os revolucionários alcançam o poder de modo efetivo. Trata-se de um movimento social que gloria-se, geralmente, por meio de força, porém, com o objetivo de resguardar uma ordem jurídica superior.

Ferreira Filho salienta que “é legítima a tomada de poder para a realização da ideia de direito que tem por si o *consensus*; ou seja, a legitimidade se mede em relação ao *consensus*, não em relação ao direito positivo”.⁷⁷

Exemplo brasileiro é dado, novamente, pelo professor José Afonso da Silva no tocante à Revolução de 1930 que, conforme se mostra abaixo, resultou numa tomada de poder, inicialmente, caracterizada pelo *consensus*:

A revolução de 1930 iniciou-se no Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Paraíba, que formaram a aliança liberal, sob a liderança civil de Getúlio Vargas, que tinha sido candidato das oligarquias divergentes à Presidência da República, contra o candidato das oligarquias dominantes do poder, Júlio Prestes, indicado pelo então presidente Washington Luiz. Julio Prestes venceu as eleições, como sempre acontecia com os candidatos apoiados pelo sistema de poder dominante. (...) Vitoriosa a candidatura de Julio Prestes, as forças da Aliança Liberal passaram a Revolução que irrompeu no dia 3.10.1930 em Porto Alegre, Capital do Rio Grande do Sul. A adesão ao movimento foi rápida. O sucesso das forças revolucionárias desenhou-se logo. Um junta Militar Governativa adiantou-se e depôs Washington Luiz no dia 24.8.1930, assumindo o poder, mas as forças revolucionárias não concordaram, e a Junta teve que entregá-lo a Getúlio Vargas.⁷⁸

Com este e outros exemplos, alguns autores sustentam que as mudanças de regimes constitucionais são, majoritariamente, aquelas ocorridas por meio de rupturas social-revolucionárias, às vezes caracterizadas por mecanismos de tomada de poder.

Fioravanti faz lembrar o seguinte:

Las revoluciones delfin del siglo XVIII, primero la americana y después la francesa, representan em este sentido un momento decisivo em la historia Del contitucionalismo, porque sitúan, en primer plano um nuevo concepto y uma nueva práctica que están destinados a poneren discusión la oposición entre la tradición constitucionalista y la soberania popular. Se trata, em poças palabras, del poder constituyente que los colonos americanos ejercieron primero en 1776, com

⁷⁶ SILVA, J. A. da. *O Constitucionalismo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 80.

⁷⁷ FERREIRA FILHO, op. cit., 1999. p. 48.

⁷⁸ SILVA, op. cit. 2011.p.62.

finalidad de declarar su independencia de la madre patria inglesa y, después, em los años siguientes, com La finalidad de poner em vigor lãs onstituciones de los distintos Estados y la constitución federal de 1787. Poder constituyente que los mismos revolucionarios franceses ejercitaron a partir de 1789, con la finalidad de destruir lãs instituciones de la ntiguorégimen y de generar uma nueva forma política.⁷⁹

Afirmar que os meios sociais revolucionários ou violentos representam caráter fundamental para alavancar o Poder Constituinte seria equivalente a esquecer a constituinte nacional de 1988 e a França de 1958, por exemplo.

O professor Afonso Arinos de Melo Franco citado por Baracho explica que:

o poder constituinte originário surge na oportunidade de organização do Estado, no caso de uma antiga Colônia que conquista a independência e elabora sua lei constitucional ou nos Estados existentes, por ocasião de revolução, guerra externa ou outros fatos que acarretam a reordenação jurídica fundamental.⁸⁰

Apesar disso, é importante lembrar que não somente por meio da revolução social se estabelece uma nova constituição. Jorge Miranda aponta que, não só no caso brasileiro, mas em vários outros países, é possível verificar hipóteses de mudança constitucional por meio de transição constitucional pacífica salientando que:

Mais recentemente ainda deparam-se transição de regimes militares, ou de base militar, para regimes constitucionais democráticos no Peru, de 1977 a 1979, na Argentina, de 1982 a 1983, no Brasil, de 1985 a 1988, e no Chile, de 1988 a 1990; a transição de regimes marxistas-leninistas para regimes pluralistas na Hungria, na Polónia e na Bulgária, de 1989 a 1990; a transição na Nicarágua em 1990; a abertura ao pluralismo político em S. Tomé e Príncipe, Cabo Verde, Moçambique e Guiné-Bissau no início dos anos 90; a passagem do *apartheid* ao regime democrático multi-racial na África do Sul; a passagem, na Venezuela, da Constituição de 1961 à Constituição de 1999.⁸¹

Paralelamente, realizando-se uma leitura do tema sob um aspecto mais ampliativo, alguns autores fundamentam que, na atualidade, o Poder Constituinte poderia estar ligado, essencialmente, a aspectos de direcionamento revolucionário. Indaga-se: uma revolução poderia redundar no surgimento de uma Constituição? Seria a revolução a forma motivadora

⁷⁹FIORAVANTI, op. cit. 2011. p.103. “As revoluções do fim do século XVIII, primeiro a americana e depois a francesa, representam um momento decisivo na história do constitucionalismo, porque estabelecem, em primeiro plano, um novo conceito e uma nova prática que estão destinados a colocar em discussão a oposição entre a tradição constitucionalista e a soberania popular. Trata-se, em poucas palavras, do poder constituinte que os colonos exerceram primeiro em 1776, com a finalidade de declarar sua independência da pátria mãe inglesa e, depois, nos anos seguintes, com a finalidade de colocar em vigor a constituição dos estados e a Constituição Federal de 1787. Poder constituinte que os mesmos revolucionários franceses exercitaram a partir de 1789, com a finalidade de destruir as instituições do antigo regime e de gerar uma nova forma política”. (trad. livre).

⁸⁰BARACHO, op. cit., 2004. p 91.

⁸¹MIRANDA, op. cit. 2009.(on line)

do Poder Constituinte ou a revolução representa uma forma de expressão? Ou seja, seria a revolução uma resposta ou estrutura logística do Poder Constituinte?

Ferreira Filho explica que:

Os que escrevem a propósito do Poder Constituinte, apontam relação entre Poder Constituinte e revolução, mas raramente descem até pormenores para demonstrar qual a ligação que existe verdadeiramente entre Poder Constituinte e revolução, entre o poder que estabelece a Constituição e o *fenômeno social*, com reflexos jurídicos, que é a revolução. É necessário que o Poder Constituinte se manifeste pela revolução, ou seja, que o estabelecimento da Constituição se faça (como se faz frequentemente) em decorrência do fenômeno social revolução? Este fenômeno é que tem como uma de suas etapas decisivas, se não a definitiva, o estabelecimento de uma nova organização política, uma nova organização fundamental, ou seja, uma nova Constituição. Isto revela que a revolução, fenômeno social é o veículo do Poder Constituinte, o transportador, por assim dizer, o instrumento pelo qual se concretiza a manifestação do Poder Constituinte.⁸²

Apesar de o fator revolução fazer parte da análise do Poder Constituinte, deve-se verificar que a melhor adequação deste fenômeno é no sentido de identificar-se como um fio condutor para os anseios e vontades previamente externados.

Ou seja, o Poder Constituinte necessita de um mecanismo que transporte as vontades exteriorizadas, não correspondendo a um fator ou elemento isolado e capaz de transformar a realidade constitucional de um Estado.

Em resumo, a revolução simplesmente funciona como meio condutor, justificada por fatos jurídico-sociais que, de forma mais intrínseca, capacitam e alimentam o escopo revolucionário.

Apesar disso, e como melhor explicado mais a frente, haverá demonstrações de que o meio revolucionário pode ter dado espaço a uma nova maneira de atribuir a Estados soberanos suas constituições em pretensões democráticas e pacíficas.

Sobre a transição constitucional, ou seja, aquela que agrega alteração no sistema constitucional de Estado, sem apelo a meios violentos, Jorge Miranda explica o seguinte:

Menos estudado do que a revolução vem a ser o fenômeno que apelidamos de transição constitucional. Menos estudado, não só por até há poucos anos ser muito menos frequente mas também por ser mais difícil de registrar (ou de fixar, com todo o rigor) o momento da mudança de regime ou de Constituição material. Não deve, no entanto, ter-se por pouco relevante. A evolução política inglesa do Estado estamental para a monarquia constitucional e da predominância da Câmara dos Lordes para a da Câmara dos Comuns reconduz-se, no fundo, a uma prolongada transição⁶. E talvez mais sugestivas, porque ocorridas em períodos breves, são, entre outras, a outorga da Carta Constitucional por D. Pedro IV em 1826; a

⁸²FERREIRA FILHO, op. cit., 1999. p. 33 e 34.

instauração do fascismo na Itália de 1922 a 1925; a passagem da IV à V República em França em 1958; a consagração de regimes de partido único em África nos anos 60 e 70; a restauração da democracia na Grécia em 1974; a “reforma política” espanhola de 1976-1978.⁸³

E isso pode ser verificado na Constituinte brasileira entre 1986 - 1988 que, em que pese as inúmeras críticas, passou por um crivo que fez observar os principais anseios populares, como se tem notícia pelo movimento das Diretas Já, o que fez com que a metodologia clássica fosse, sob certo aspecto, mitigada em favor de uma maior participação do povo.

Menelick de Carvalho Netto, no prefácio da obra de Marcelo Cattoni ilustra tal ocorrência, explicando que:

o procedimento tradicional foi atropelado pela grande força popular já mobilizada no movimento das Diretas Já, e que diante da frustração decorrente da aprovação da Emenda Dante de Oliveira e da morte do presidente eleito pelo Colégio Eleitoral como símbolo da transição para a democracia, Tancredo Neves, exigiu a formulação de um novo procedimento iniciado com a coleta de sugestões populares, ocasionando a abertura e a total democratização do processo constituinte.⁸⁴

Essa abertura democrática trouxe reflexos e desafios para uma nova realidade no País. Criou-se, um novo modo de pensar que, antigamente – leia-se, no sistema constitucional de 1967 e em razão do fechamento das caixas de diálogos pelo regime militar, eram praticamente inimagináveis.

Recusar o caráter constituinte aos processos que não resultem de revoluções ou de violência é negar a existência real do conceito. Da França de 1958 ao Brasil de 1988. Ou, como afirma Duchacek, é não ver que até mesmo a Constituição norte-americana foi resultado de um golpe de Estado legalista e sem sangue (revolução na conceituação jurídica)⁸⁵, pois a única missão da elite política que se reunira na Filadélfia em 1787, era a de reformar os Artigos da Confederação.⁸⁶

No entanto, elaboraram uma Constituição que, por sua vez exigia o voto ratificador das convenções de nove Estados, contrariando também aí os Artigos da Confederação, que somente admitia emendas que fossem aprovadas pelas legislaturas (e não convenções exclusivas) de todos os treze Estados.⁸⁷

⁸³ MIRANDA, op. cit., 2009. p.16.

⁸⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, op. cit., 2006, p.78.

⁸⁵ KELSEN, op. cit., 2012. p. 233.

⁸⁶ SAMPAIO, op. cit., 2002. p. 351.

⁸⁷ SAMPAIO, J. A. L. (Coord.) *Quinze anos de constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.25

Pode-se verificar, portanto, que os meios para substituição das constituições não estão gravados numa cartilha ou tenham que obedecer a um plano formal e previamente estabelecido – daí a incondicionalidade do Poder Constituinte – para que se efetive a mudança da constituição de determinado Estado.

Muito pelo contrário, o que se verifica é uma ampla, irrestrita e infinita estrada que direciona o povo ao núcleo da democracia, ou pelo menos, tenta direcioná-lo.

1.4 A Problemática dos limites do Poder Constituinte

É possível apontar a existência de limites para o Poder Constituinte? O questionamento é válido, pois as possíveis condições e limites que eventualmente compreendem o Poder Constituinte, podem redundar em situações práticas capazes de influenciar o texto final de uma constituição. Daí surgirem outras perguntas: o poder ilimitado do constituinte originário não depara com aspectos de tensão entre constitucionalismo e democracia? Serão os aspectos de inicialidade, ilimitabilidade e incondicionalidade tão relevantes e, de certo modo intocáveis para a construção democrática e harmônica num Estado de direito? De que forma os adjetivos acima podem influenciar negativamente na construção de um novo sistema constitucional?

Canotilho explica a aparente confusão existente entre Poder Constituinte e o estabelecimento de seus limites:

Aparentemente a teoria do poder constituinte, tal como foi desenvolvida pelas teorias setecentistas, estabelece uma relação lógica entre “criador” e “criatura”, ou seja, entre poder constituinte e constituição. Nada de menos exacto se com isso pretendemos dizer que não existem momentos de tensão entre um poder incondicionado, permanente e irrepitível – o poder constituinte -, e um poder constituído pela constituição (ou “poder legislativo constituído”), caracterizado pela estabilidade e vinculação de formas.⁸⁸

A problemática dos limites do poder político já era apresentada por Locke de maneira muito enfática. Como tivemos a oportunidade de referenciar, apesar de o filósofo inglês não falar claramente sobre o Poder Constituinte e seus limites, nas suas entrelinhas demonstrava-se uma incisiva preocupação com os limites a serem postos ao poder político:

⁸⁸ CANOTILHO, op. cit., 2003. p. 74.

O poder legislativo é o poder supremo em toda comunidade civil, quer seja ele confiado a uma ou mais pessoas, quer seja permanente ou intermitente. Entretanto, Primeiro: ele não é exercido e é impossível que seja exercido de maneira absolutamente arbitrária sobre as vidas e sobre as fortunas das pessoas. Sendo ele apenas a fusão dos poderes que cada membro da sociedade delega à pessoa ou à assembleia que tem a função do legislador, permanece forçosamente circunscrito dentro dos mesmos limites que o poder que estas pessoas detinham no estado de natureza antes de se associarem em sociedade e a ele renunciaram em prol da comunidade social.⁸⁹

Refere-se Locke às imposições de limites que possivelmente seriam depositados por um direito natural e que conseqüentemente deveriam ser seguidos independentemente de quaisquer outras regras estabelecidas pelo homem:

Para compreender corretamente o poder político e traçar o curso de sua primeira instituição, é preciso que examinemos a condição natural dos homens, ou seja, um estado em que eles sejam absolutamente livres para decidir suas ações, dispor de seus bens e de suas pessoas como bem entenderem, dentro dos limites do direito natural, sem pedir a autorização de nenhum outro homem nem depender de sua vontade.⁹⁰

Há autores que sustentam que o Poder Constituinte estaria submetido, quanto aos seus limites, ao direito natural. Como explica Paolo Grossi:

Digamos logo com franqueza: salvo os juristas de inspiração declaradamente católica, o jurista moderno sempre teve uma boa dose de pudor ao falar de direito (lei) natural, provavelmente por que aquele certo mau cheiro de metafísica que inevitavelmente comportava; no fundo, a referência repetida à “natureza dos fatos” também tinha o significado de revesti-lo, por assim dizer, de terrenidade, e torná-lo desse modo mais aceitável.⁹¹

Por outro lado, cumpre-nos questionar: se fosse acatada a tese de que o Poder Constituinte estaria limitado ao direito natural, quais seriam os limites deste àquele? José Adércio Leite Sampaio explica sobre os referidos fatos, salientando que:

O paradoxo moderno do poder constituinte democrático dá margem à multiplicação de teorias explicativas da natureza desse poder, ora como fato, às vezes reduzido à uma vontade política ; ora como direito e, portanto, sendo uma emanção do direito

⁸⁹ LOCKE, op. cit., 2006, p.76 (*on line*)

⁹⁰ *Ibidem*, p. 76.

⁹¹ GROSSI, P. *Primeira lição sobre direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 77.

natural ou encontrando amparo, por exemplo, nas exigências do bem comum, de um governo justo e honesto, numa intencionalidade jurídico-valorativa (...).⁹²

No mesmo sentido Ferreira Filho explica que:

é óbvio que, dentro de uma perspectiva jusnaturalista, dentro de qualquer das doutrinas do direito natural, o Poder Constituinte originário é limitado. É limitado pelo direito natural. Ou, se preferir, pelos direitos humanos fundamentais universalmente reconhecidos.⁹³

Não importa a que doutrina jusnaturalista se faça referência, fato é que existirá a limitação imposta ao Poder Constituinte. Tomando por base a escola jusnaturalista da escolástica tomista, Antônio Manuel Hespanha explica algumas características do direito natural:

Encontramo-nos com o direito natural, por exemplo, quando nos referimos a São Tomás de Aquino. Na esteira de Aristóteles, São Tomás aceitava a existência de ordem natural das coisas, tanto físicas (*entia physica*) como humanas (*entia moralia*), ordem já constatada pelos clássicos e que era confirmada pela crença cristã num Deus inteligente e bom, criador e *ordenador* do mundo. Pelo menos, a teoria escolástica das “causas segundas” era neste sentido. A cada espécie assinou Deus (como causa primeira) uma lei natural (causa segunda) – o fogo sobe, por natureza, os corpos pesados caem, etc. – salvo caso de milagre (*i.e.* salvo intervenção *extraordinária* de Deus). Estas naturezas das várias espécies de seres estão sujeitos a uma regulação cósmica. E o mesmo se diga do homem. Também a espécie humana tem uma certa natureza, ou seja, está integrada de certo modo na ordem e no destino cósmicos. A ideia de direito natural parte precisamente daqui.⁹⁴

Percebe-se que o direito natural encontrava explicações bastante divergentes em relação ao positivismo. Não é à toa que Kelsen traça um paralelo entre o direito positivo, por ele pensado, e o direito natural fundado num ordenamento preestabelecido:

A nenhuma ordem jurídica positiva pode recusar-se a validade por causa do conteúdo das suas normas. E este um elemento essencial do positivismo jurídico. Precisamente na sua teoria da norma fundamental se revela a Teoria Pura do Direito como teoria jurídica positivista. Ela descreve o Direito positivo, quer dizer, toda ordem de coerção globalmente eficaz, como uma ordem normativa objetivamente válida e constata que esta interpretação somente é possível sob a condição de se pressupor uma norma fundamental por força da qual o sentido subjetivo dos atos criadores de Direito é também o seu sentido objetivo.⁹⁵

⁹² SAMPAIO, op. cit., 2002, p.343.

⁹³ FERREIRA FILHO, op. cit., 1999, p. 76.

⁹⁴ HESPANHA, A. M. *Panorama histórico da cultura jurídica Europeia*. Portugal: Ed. Fórum da História. Mira-Sintra, 1997, p. 143.

⁹⁵ KELSEN, op. cit., 2012. p.242.

Kelsen deixa bastante claro que é permanente a contradição entre direito natural e direito positivo:

Uma doutrina consequente do Direito natural distingue-se de uma teoria jurídica positivista pelo fato de aquela procurar o fundamento da validade do Direito positivo, isto é, de uma ordem coerciva globalmente eficaz, num Direito natural diferente do Direito positivo e, portanto, numa norma ou ordem normativa a que o Direito positivo, quanto ao seu conteúdo, pode corresponder mas também pode não corresponder; por tal forma que, quando não corresponda a esta norma ou ordem normativa, deve ser considerado como não válido. Segundo uma genuína doutrina do Direito natural, portanto, não pode - ao contrário do que se dá com a Teoria Pura do Direito como teoria jurídica positivista - toda e qualquer ordem coerciva globalmente eficaz ser pensada como ordem normativa objetivamente válida.⁹⁶

Fato é que, na atualidade, as constituições têm quebrado paradigmas. Os constitucionalismos recém experimentados, como vêm mostrar, apesar da ilimitabilidade dos poderes constituintes diversos, é visível a ordenação de constituições que se permitem não ultrapassar correspondências de direito internacional. Sem dúvidas de que isso se deve, em parte, pelos experimentos humanos capitaneados pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial.

Isso, porém, não significa apontar para uma espécie de limitação objetiva do Poder Constituinte, até porque as disposições ou acordos internacionais não estão acima da soberania de cada Estado ou, de cada povo – vale lembrar que a autodeterminação dos povos é fato incontroverso.

José Adércio Leite Sampaio esclarece a respeito de fatos que nortearam o pós- guerra de 1945 que dizem respeito à ilimitabilidade daqueles textos constitucionais, pois “muitas constituições nascidas após 1945, foram, em parte, resultados de imposições das forças de ocupação, o que, a rigor, nega decisão constituinte como soberana levando efetivamente à terra a natureza ilimitada do processo e do seu resultado.”⁹⁷

É possível encontrar em Canotilho exemplo interessante acerca da vinculação jurídica do Poder Constituinte, explicando que:

O poder constituinte era considerado como um poder autônomo, incondicionado e livre. Em toda sua radicalidade, o poder constituinte concebia-se como poder juridicamente desvinculado, podendo fazer tudo como se partisse do nada político, jurídico e social (*omnipotência do poder constituinte*). Tudo isto estaria na lógica da “teologia política” que envolveu a sua caracterização na Europa da Revolução

⁹⁶ KELSEN, op. cit., 2012. p.243.

⁹⁷ SAMPAIO, op. cit., 2004. p. 27.

Francesa (1789). Ao poder constituinte foram reconhecidos atributos divinos: *potestas constituens*, *normas normans*, *creatio ex nihil*, ou seja, o poder de constituir, o poder de editar normas, o poder de criação a partir do nada. A associação de poder soberano a poder constituinte – “soberano é aquele que decide sobre a constituição” – concorria para o alicerçamento da ideia de poder constituinte.⁹⁸

O constitucionalista português é enfático ao repelir essa versão ilimitada do Poder Constituinte e acrescenta que:

A doutrina atual rejeita esta compreensão. Desde logo, se o poder constituinte se destina a criar uma constituição concebida como organização e limitação do poder, não se vê como esta “vontade de constituição” pode deixar de condicionar a vontade do criador. (...) Além disso, as experiências humanas vão revelando a indispensabilidade de observância de certos **princípios de justiça** que, independentemente da sua configuração (como princípios suprapositivos ou como princípios supralegais mas intra-jurídicos) são compreendidos como limites da liberdade e onipotência do poder constituinte. Acresce que um sistema jurídico interno (nacional, estadual) não pode, hoje, estar *out* da comunidade internacional. Encontra-se vinculado a princípios de direito internacional (princípio da independência, princípio da autodeterminação, princípio da observância de direitos humanos).⁹⁹

Os limites de direito impostos ao Poder Constituinte representam longa polêmica, por isso, vale lembrar os ensinamentos de José Adércio Leite Sampaio:

Imaginá-lo sempre incondicional e absoluto é reforçar o seu lado mítico inescapável, mas não sobressalente. Absoluto talvez seja o momento da violência enquanto violência o saldo de sangue e carnificina, esse espetáculo da sordidez humana, mas até nesse instante de desvario há sempre uma ideia de direito e de justiça subjacente à luta. Um direito como direito *continuum*, agora dominado por um projeto de nova sociedade e de recomeço. Eis o limite do absoluto. Pouco a pouco, no entanto, as regras técnicas de estratégia de luta e guerra começam a dar lugar às normas de procedimento, à constituinte formal e à nova Constituição, a refletirem limitações axiológicas, jurídicas e pragmáticas de seu contexto de nascimento.¹⁰⁰

Pela análise, os limites supostamente impostos ao Poder Constituinte, apesar de não estabelecidos de forma expressa em nenhum texto representam, em sua maioria, retalhos de um emaranhado de experimentos jurídico-sociais acumulados durante séculos.

Isso se deu em razão de que a humanidade passou, e ainda passa, por momentos de tensão provocados por conflitos dos mais variados tipos. Daí, condizente com esta situação, que os textos constitucionais procuram, cada vez mais, amoldar formas de proteção das minorias, a exemplo da Constituição Boliviana.

⁹⁸ CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 81.

⁹⁹ CANOTILHO, op. cit. 2003, p. 81.

¹⁰⁰ SAMPAIO, op. cit., 2004. p. 25.

2. O PODER CONSTITUINTE NA SOCIEDADE MODERNA

2.1 Motivações históricas do Poder Constituinte

O Poder Constituinte na sociedade moderna encontra-se amparado por uma série de acontecimentos históricos que justificam algumas de suas características na modernidade. Tais acontecimentos, de uma forma ou de outra, influenciam de maneira tão decisiva na sociedade que se faz necessário corrigir determinadas rotas, evitando-se com que as motivações, no calor dos acontecimentos, entremostrem-se distorcidas da realidade e provoquem, ou indiretamente autorizem, a tomada de poder por mecanismos escusos, arbitrários ou totalitários, fazendo-se com que o Poder Constituinte acabe por camuflar regimes desvirtuados do ambiente democrático.

Veja-se, portanto, que é prudente identificar as motivações históricas do Poder Constituinte de forma a abranger o seu próprio conceito e, ademais, para a defesa da própria constituição. É imprescindível, então, demonstrar que o conceito de Poder Constituinte está intimamente ligado ao seu discurso de formação ou elaboração.

Surgem questionamentos que poderão direcionar a análise pretendida: O conceito de Poder Constituinte foi inventado em razão de quê ou contra o quê? Há ligação entre as motivações históricas da criação do Poder Constituinte e sua conceituação com justificativas da viragem histórica na modernidade? Quais ocorrências históricas e quais justificativas teóricas podem ser apontadas para justificar a existência de um Poder Constituinte? Uma breve análise pretérita se faz necessário para que se apontem possíveis respostas aos questionamentos levantados. Nesse sentido, não se pode afirmar que as tarefas aqui pretendidas sejam de fácil operação.

Hamilton da Cunha Iribure Júnior explica que

É sempre uma árdua missão estudar o conceito e a classificação de um parâmetro revestido de um conteúdo de direito. Isso se deve à variedade metodológica que pode ser invocada nessa empreitada. Nisso já se vislumbram dificuldades de compreender a cidadania e a justiça como valores únicos, estáticos e delimitados. Daí outro desafio, qual seja, o de demarcar-lhes seus contornos constitucionais.¹⁰¹

¹⁰¹ IRIBURE JUNIOR, Hamilton da Cunha. As dimensões de justiça e cidadania no sistema constitucional brasileiro. Publicado na coletânea: *Constituição, Política e Cidadania*. Ed. GWI, Porto Alegre, 2013. p. 206.

Para que se obtenham as respostas acima, imprescindível que sejam feitas análises históricas abrangentes como forma de entrelaçar os contornos conceituais do poder constituinte.

É possível verificar, ainda, que a abrangência das dúvidas conceituais do Poder Constituinte é geral, chegando a transformações políticas e de idealização, conforme explicado por Alexander Somek abaixo:

The use of the concept, hence, necessarily involves an idealization. One needs to see a nation or a people at work, preferably at a founding moment. Hence, the constituent power cannot be captured by a mere narrative account of the political formation or reformation of a nation. Rather, the concept refers to some special type of collective agency. Subject to certain normative constraints, which are notoriously difficult to specify, an existing constitution can be attributed to the constituent power. This is, evidently, a matter of interpretation.¹⁰²

Tempos antes de surgirem as pretensas teorias do Poder Constituinte almejava-se justificar a existência de uma ordem ou poder soberano à ideia do direito divino, como se fosse o responsável pela manutenção dos poderes imperiais.

Em parte, isto é evidenciado por Antônio Manuel Hespanha que, explicando sobre a influência do direito Canônico na Idade Média, sustenta o seguinte:

Num plano superior, está o direito canônico que, como direito directamente ligado à autoridade religiosa, pretende um papel de critério último de validação das outras normas jurídicas, em obediência ao princípio da subordinação do governo terreno aos fins sobrenaturais de salvação individual. Embora, como já vimos, esta superioridade dos cânones não fosse automática, antes se regulando pelo critério do pecado.¹⁰³

Na verdade, pode-se afirmar que as discussões acerca de um poder superior que orientava de forma suprema determinado Estado vão além de explicações divinas, ocorrências antes impossíveis de serem dissolvidas do direito e que, a partir do século XVII vinham ganhando espaço.

¹⁰²A utilização do conceito, por isso, necessariamente envolve uma idealização. É preciso ver uma nação ou um povo no trabalho, de preferência em um momento fundador. Assim, o poder constituinte não pode ser capturado por uma mera narrativa da formação política ou reforma de uma nação. Em vez disso, o conceito refere-se a algum tipo especial de ação coletiva. Sujeito a certas limitações normativas, que são notoriamente difíceis de especificar, uma constituição existente pode ser atribuída ao poder constituinte. Isto é, evidentemente, uma questão de interpretação. SOMEK, Alexander. *The Constituent Power in a National and in a Transnational Context*. University of Iowa, College of Law, 2012. p. 4.

¹⁰³HESPANHA, op. cit., 1997. p. 93.

Sobre a importância da modernidade para superação da origem divina do poder, José Luiz Quadros de Magalhães explica que:

Na França revolucionária (1789) foram superadas as velhas teorias que determinavam a origem divina do poder, afirmando a partir de então que a nação, o povo (seja diretamente ou através de uma assembleia representativa), era o titular da soberania, e, por isso, titular do Poder Constituinte.¹⁰⁴

Tanto é assim que José Afonso da Silva expõe que a sustentação da justificativa de um poder supremo, criador de uma Constituição, e baseado numa realidade jurídico-social, estabelece suas bases na doutrina de Emmanuel Joseph Sieyès:

A construção doutrinária de Sieyès não precisou polemizar com a teoria do direito divino, pois isso já havia sido feito por Rousseau. Assim, pôde ela ser simplesmente afirmativa. É extraordinário que, sendo basicamente afirmativa da concepção revolucionária da soberania do povo, construída por Rousseau, acabou possibilitando o desenvolvimento da teoria da *soberania nacional*, de corte conservador, que mereceu severa crítica de Duguit, porque dela de modo algum poderia derivar o sufrágio universal. Ao contrário, podemos dizer: até condicionou o sufrágio restrito e censitário do Constitucionalismo do século XIX, inclusive no Brasil¹⁰⁵.

Pois bem, nessa esteira, alguns autores sustentam a ideia de que as primeiras fagulhas do conceito de Poder Constituinte na Idade Moderna teria sido iniciado pelas teorias de Rousseau e Hobbes que, inicialmente, teriam sido classificadas como impossíveis de prosseguirem e de se sustentarem, pois pregavam a divisão do poder soberano, caracterizado pela retirada de poderes absolutos por muito tempo blindados pela monarquia e que resultariam, por fim, nas garantias gerais dos indivíduos e, conseqüentemente, na retirada de poderes da nobreza e das regalias do clero.

Fioravanti explicita essa característica afirmando o seguinte:

Sin embargo, em la constitución moderna prefigurada e sostenida por Hobbes y Rousseau resultaban absolutamente imposibles, sin lugar a dudas, dos operaciones. La primera consistía en La división del poder soberano, es decir, en la individualización de una pluralidad de poderes públicos contrapesados entre ellos y, por ello, limitados reciprocamente. Como sabemos, la primera característica del poder soberano era precisamente la de su indivisibilidad. La segunda operación consistía en La posibilidad de individualizar un límite legal a La extensión de los ,

¹⁰⁴ MAGALHÃES, op. cit., 2004. p. 116.

¹⁰⁵ SILVA, op. cit., 2011. p. 44.

poderes del soberano, de poder oponera e sos poderes de una norma fundamental, quizá para garantía e tutela de los derechos de los individuos.¹⁰⁶

Verifica-se, portanto, que a ideia pretendida por Hobbes e Rousseau distanciava-se da pretensão prevalente na Idade Média pela qual uma constituição somente seria útil se repetisse os direitos da arraigados à monarquia e adquiridos por séculos e, mais do que isso, que tais direitos fossem perpetuados em textos que os evidenciassem.

Nesse sentido, era necessário que se estabelecesse uma condição que privilegiasse, portanto, o povo ou a nação – na preferência de Sieyès. E é exatamente nesse sentido que o abade francês aponta o caminho em *A Constituinte Burguesa*.

A obra de Sieyès foi escrita em momentos de viragem histórica e de profunda crise econômica e social na França do século XVIII, pré-revolução francesa, época em que se destacava profunda desigualdade social, o que se sustenta ter sido fator motivante para o surgimento do conceito de Poder Constituinte.

De toda forma, vale explicar que o formato de uma pretensa constituição a que se quer referenciar é uma constituição rígida: que tenha ao menos exposta em suas características alguns componentes do controle de constitucionalidade; e escrita: codificada, física.

José Emílio Meaduar Ommati, explica que:

A Constituição formal e rígida nasce em decorrência de uma série de transformações sociais e em decorrência do aumento de complexidade da sociedade que, a partir daquele momento, se colocava como uma sociedade moderna. O nascimento desse instrumento jurídico e político fundamental, denominado de Constituição formal e rígida, contou com uma formulação teórica com o intuito de justificar e fundamentar o nascimento desse instrumento jurídico novo e desconhecido até então na história da humanidade. Essa teoria ficou conhecida como a Teoria do Poder Constituinte Originário e contou com a formulação do abade francês Emmanuel-Joseph Sieyès, com forte inspiração do pensamento de Jean-Jaques Rousseau¹⁰⁷.

Naquele contexto, verificava-se que o denominado *Terceiro Estado* apesar de representar a esmagadora parcela da população francesa, em termos numéricos, sobrevivia em detrimento do clero e da nobreza, respectivamente denominados, *Segundo e Primeiro Estados*.

¹⁰⁶FIORAVANTI, op. cit., 2011, p. 86. “No entanto, na constituição moderna, sustentada por Hobbes e Rousseau provou ser absolutamente impossível, sem dúvidas, duas coisas. A primeira foi a divisão do poder soberano, isto é, a identificação de uma pluralidade de representantes no governo e, por conseguinte, limitado mutuamente. Como sabemos, a primeira característica do poder soberano era precisamente a sua indivisibilidade. A segunda consistiu na possibilidade de identificar um limite legal para a extensão dos poderes do soberano para se opor a essas forças a partir de uma regra fundamental, ao menos para garantir e proteger os direitos dos indivíduos.” (trad. livre).

¹⁰⁷ OMMATI, op. cit., 2013. p. 24 e 25.

Os direitos e privilégios exacerbados, distribuídos de forma desigual entre clero e nobreza ocasionaram forte conflito entre as três ordens, fazendo com que se criassem formas de restabelecer uma ordem participativa igualitária e proporcional que, segundo previsto, seria possível de ser alcançada somente pela chamada de uma constituinte capaz de canalizar os interesses do *Terceiro Estado* para uma norma superior definidora de direitos.

Sieyès explicita o seguinte, acerca do *Terceiro Estado*: O plano deste trabalho é muito simples. Devemos responder a três perguntas: 1^a) O que Terceiro Estado? – Tudo. 2^a) O que tem sido ele, até agora, na ordem política? – Nada. 3^a) O que é que ele pede? – Ser alguma coisa.¹⁰⁸

O que se percebe na obra do abade francês é um profundo aborrecimento. Uma insatisfação no que tange a forma de direcionamento dos interesses públicos na França do século XVIII pelo Primeiro e Segundo Estados, situação que fortalece a necessidade de se desencadear uma conceituação sólida de Poder Constituinte, primeiro passo para desconstituir os benefícios escusos dos soberanos da época.

É justamente neste aspecto que Sieyès vem esclarecer o seguinte:

(...) a pretensa utilidade de ordens privilegiadas para o serviço público não passa de uma quimera, pois tudo o que há de difícil nesse serviço é desempenhado pelo Terceiro Estado. Sem os privilegiados, os cargos superiores seriam infinitamente melhor preenchidos. Eles deveriam ser o lote e a recompensa dos talentos e serviços reconhecidos. Mas os privilegiados conseguiram usurpar todos os postos lucrativos e honoríficos; isto é, ao mesmo tempo, uma injustiça muito grande com relação a todos os cidadãos e uma traição para com a coisa pública. Quem ousaria assim dizer que o Terceiro Estado não tem em si tudo o que é preciso para formar uma nação completa? Ele é o homem forte e robusto que está ainda com um braço preso. Se se suprimisse as ordens privilegiadas isso não diminuiria em nada a nação. Pelo contrário, lhe acrescentaria. Assim, o que é o Terceiro Estado? Tudo, mas um tudo entravado e oprimido. O que seria ele sem as ordens de privilégios? Tudo, mas um tudo livre e florescente.¹⁰⁹

Os argumentos trazidos por Sieyès representavam, à época, fortíssima crítica ao quadro político francês, ao passo que a timidez participativa do Terceiro Estado era fator preponderante para sacramentar a falibilidade estatal.

Isso decorria da carência de participação efetiva de representantes eleitos do Terceiro Estado, elemento preponderante para desenvolvimento de argumentos válidos para instituição

¹⁰⁸ SIEYÈS, op. cit., 2001, p. 45.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 45.

de um poder capaz de criar uma constituição e redirecionar os interesses gerais daquele povo (ou daquela nação).

Eis aqui o problema da representatividade. Para Sieyès, havia a necessidade crucial de que os 25 milhões de franceses da época efetivamente participassem daquelas decisões políticas:

Neste estado de coisas, o que pode fazer o Terceiro Estado se quer adquirir os seus direitos políticos de uma forma útil para a nação? Há dois meios para se chegar lá. De acordo com o primeiro, o Terceiro Estado deve se reunir à parte, não vai cooperar com a nobreza e o clero, não vai votar com eles por ordem, nem por cabeças. Peço que se preste atenção à enorme diferença que existe entre a assembleia do Terceiro Estado e das duas outras ordens. A primeira representa vinte e cinco milhões de homens e delibera sobre os interesses da nação. As outras duas, mesmo quando reunidas, têm poder unicamente de uns duzentos mil indivíduos que só pensam em seus privilégios. Não dizer que o Terceiro Estado sozinho não pode formar os Estados Gerais. Ainda bem! Ele comporá uma assembleia nacional. Um conselho desta natureza deve ser justificado por tudo que os bons princípios oferecem de mais claro e de mais certo. Afirmo que os deputados do clero e da nobreza não têm nada em comum com a representação nacional, que nenhuma aliança é possível entre as três ordens dos Estados Gerais, e que, não podendo votar em comum, não podem fazê-lo por ordem nem por cabeças.¹¹⁰

Ainda assim, não basta alegar que as pretensões almejadas pelo Terceiro Estado representavam alegações de cunho temporário, uma espécie de febre que passaria com o tempo. E isso pode ser afirmado por vários motivos: um deles, em especial, entremostra-se historicamente assinalado pela total ausência de vontade dos governantes em modificar a estrutura representativa das três ordens e, especialmente, direcionando as vontades constituintes para um novo modelo de liberdade participativa.

Sieyès aponta os referidos predicados da seguinte maneira:

Em toda nação livre – e toda nação deve ser livre – só há uma forma de acabar com as diferenças, que se produzem com respeito a Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer, é a própria nação. Se precisamos de constituição, devemos fazê-la. Só a nação tem direito de fazê-la. Se temos uma constituição, como alguns se obstinam em afirmar e que por ela a assembleia geral é dividida, de acordo com o que pertencem, em três câmaras de três ordens de cidadãos, não podemos, por isso deixar de ver que existe da parte de uma dessas ordens uma reclamação tão forte, que é impossível avançar sem julgá-la.¹¹¹

Talvez aqui haja um indicativo dos motivos que evidenciaram a necessidade de se criar o conceito de Poder Constituinte: A vontade de mudança frente aos abusos do Primeiro e Segundo Estados em detrimento do Terceiro Estado.

Ommati menciona Rials, explicando sobre a estrutura dos três Estados e salienta que

¹¹⁰SIEYÈS, op. cit., 2001. p. 62.

¹¹¹Ibidem, p. 45.

Havia uma estrutura de representação política dessas ordens sociais: os chamados Estados Gerais. Ao contrário do Poder Legislativo Moderno, que se figura como independente do Poder Executivo e funciona permanentemente, sem interrupções, os Estados Gerais, para funcionarem, necessitavam de uma convocação do Poder Real, ou seja, os Estados Gerais somente existiam quando o Rei assim o desejava. Para se ter uma ideia, na França, os Estados Gerais somente foram convocados em 1614 e, depois, em 1788, isto é, ficaram mais de 150 anos sem serem convocados. Antes de 1614, os Estados Gerais foram convocados por volta de 1300, ou seja, ficando mais uma vez, um longo período sem serem convocados.¹¹²

É nesse sentido que se deve observar uma característica elementar das ocorrências narradas por Sieyès: a procura de um mecanismo que estabelecesse uma constituição escrita poderia servir como meio de obtenção da democracia plena, dispersa do devaneio democrático da época e condizente com as pretensões claras e concretas do Terceiro Estado.

Buscava-se, portanto, igualdade participativa e garantias constitucionalmente estabelecidas e a mera convocação dos Estados Gerais, no formato aplicável naquela época, parecia estar longe de patrocinar tais objetivos.

É aí que surge um dos maiores questionamentos: é possível que a vontade popular ou as reivindicações participativas sejam meios condutores para a instauração de uma Constituinte? Até que ponto a liberdade pretendida pela instauração de um regime constitucional entra em conflito com a implantação de limites na futura Constituição? Ou, os pontos de tensão entre o constitucionalismo e a democracia identificados representariam óbices aos anseios populares?

2.2 A Reivindicação participativa como base do discurso do Poder Constituinte

A questão da participação popular já era explicada por Rousseau. Tal afirmação é admissível pelo fato de que a vontade geral, ensinada por Rousseau, mesmo que indiretamente, representava uma forma de sustentar a existência de participação popular nas deliberações estatais. Ou seja: O que seria a vontade geral senão uma forma mínima de expressão da vontade?

Nesse sentido Rousseau explica que:

Enquanto numerosos homens reunidos consideram-se como um corpo único, sua vontade também é única e se relaciona com a comum conservação e o bem estar geral. Todas as molas do Estado são vigorosas e simples e suas sentenças são claras e luminosas. Não há interesses embaraçados, contraditórios. O bem comum mostra-se por toda parte e apenas demanda bom senso para ser percebido. (...) Eu teria

¹¹²OMMATI, op. cit., 2013. p. 26.

nesta altura muitas reflexões a fazer sobre o simples direito de votar em todo ato de soberania, direito que ninguém pode subtrair do cidadão, e sobre o direito opinar, de propor, de dividir que o governo, com grande cuidado, sempre procura reservar apenas a seus membros; (...).¹¹³

Apesar de suas ideias representarem uma estranha novidade para a época, mais a frente poderia ser entendida como um mecanismo precursor para umas das bases do Poder Constituinte.

O fato é que, o conceito de Poder Constituinte, na modernidade, necessitava de uma sustentação prática que, conforme se notará pela obra de Sieyès, repousava na necessária participação popular, ou seja, na participação de uma massa de aproximadamente vinte e cinco milhões de franceses, representantes do Terceiro Estado que, até aquele momento, eram tudo, pois representavam a esmagadora maioria nacional e, ao mesmo tempo, nada, pois nada podia fazer. Seus anseios eram sempre preteridos pelos interesses do Primeiro e Segundo Estados.

A crítica que se poderia fazer às colocações de Sieyès versam sobre sua posição democrática puramente majoritarista que, esquecendo-se da necessidade de implantação de uma política co-participativa entre as Três Ordens, vem estabelecer em seu panfleto, tratar-se o Terceiro Estado, de uma nação completa e pronta ao exercício soberano de suas pretensões, o que a tornaria apta a tomar suas próprias decisões.

Mas seria possível aplicar essa conceituação de democracia àquela época? De certa forma, torna-se importante salientar que o termo democracia pode ser explicado de diversas formas, e aqui se explicitam duas delas, quais sejam: a democracia majoritarista, a qual parece adequar-se àquilo que Sieyès apontava como uma necessidade suprema dos franceses e a democracia co-participativa.

Segundo Ronald Dworkin a análise do conteúdo democrático de cada povo poderá ser feita da seguinte maneira:

A democracia, dizemos todos, significa governo exercido pelo povo, e não por alguma família, classe social, tirano ou general. Mas pode entender “governo exercido pelo povo” de duas maneiras radicalmente distintas. Em uma delas – a concepção “majoritarista” – significa o governo exercido pelo maior número de pessoas. Nessa visão majoritarista, o ideal democrático repousa na compatibilidade entre a decisão política e a vontade da maioria, ou pluralidade de opinião. Podemos elaborar diversas versões dessa teoria geral da democracia. Uma delas é a versão populista: O Estado é democrático, segundo esta versão, até o ponto em que o governo aprova as leis ou procura exercer a política que tenha, na época, a

¹¹³ ROUSSEAU, op. cit., 2007, p. 142-145.

aprovação do maior número de cidadãos. Uma versão mais sofisticada da concepção majoritarista, porém, afirma com veemência que a opinião da maioria não conta como sua vontade, a não ser que os cidadãos tenham tido a oportunidade adequada de se informar e deliberar sobre os assuntos.¹¹⁴

Tratando-se da situação francesa da época, inegável que as justificativas de participação se sustentassem no anseio popular de transformar os componentes do Terceiro Estado, efetivamente, em sujeitos de direito perante as duas outras ordens.

O teor desse anseio participativo, o conteúdo das reivindicações populares e a sua ligação com o desenvolvimento do conceito de Poder Constituinte, conforme se viu representam formas de alcançar uma resposta ao surgimento da construção do discurso que justifica sua inauguração conceitual.

Para isto, mostra-se válida a análise acerca do conteúdo de legitimidade de tais pretensões, inclusive utilizando-se de parte da teoria do discurso jurídico para alcance de tais justificativas.

Rafael Lazzarotto Simioni, tratando das dimensões de validade do direito explica que:

Nessa perspectiva, Habermas identifica três dimensões da validade do direito: a) a legitimação por um processo legítimo; b) que no direito moderno vai exigir a participação de cidadãos no processo legislativo; e c) para só assim conquistar uma validade social sempre provisória, onde a pretensão de validade do direito fica constantemente submetida à crítica.¹¹⁵

E complementa seu pensamento da seguinte forma:

A justificação pressupõe a participação de toda a comunidade do direito nos processos políticos. Nessa segunda dimensão da validade do direito a sua legitimidade não se satisfaz mais somente com sua validade social baseada na facticidade das sanções jurídicas, nem mesmo com justificações realizadas unilateralmente. A união, no direito, entre coerção fática e a validade (legitimidade) pressupõe, agora, um processo legislativo onde os cidadãos devem poder participar “como sujeitos do direito que agem orientados não apenas pelo sucesso”.¹¹⁶

E mais, “o pensamento democrático, segundo pretensões de validade e legitimidade de uma ordem jurídica, só pode ser justificado pela força de integração social da vontade livre de todos os cidadãos.”¹¹⁷ Tal situação era visível àquela época.

Desta forma, é possível verificar que a pretensão fundamental que sustentava a construção conceitual do Poder Constituinte, baseava-se na participação popular, ou seja, num

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: a teoria e a prática*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.502

¹¹⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba. Juruá Editora, 2007. p. 133.

¹¹⁶ Ibidem, p. 133.

¹¹⁷ Ibidem, p. 135.

sentido mais abrangente, nas perspectivas democráticas e isto é visível quando levado em consideração os documentos históricos, especialmente na França pré-revolucionária, berço do constitucionalismo moderno.

Sobre o isso, Jorge Miranda explica que:

I – Por democracia entende-se a forma de governo em que o poder é atribuído ao povo, à totalidade dos cidadãos (quer dizer dos membros da comunidade política) e em que é exercido de harmonia com a vontade expressa pelo povo, nos termos constitucionalmente prescritos.¹¹⁸

As observações do professor português demonstram que a criação do Poder Constituinte – representado por uma assembleia nacional, poderia fortalecer o ambiente democrático e ajudar o Terceiro Estado no alcance precípuo de seus interesses: diminuir a representatividade das demais ordens e aumentar a participação do Terceiro Estado nas decisões públicas.

No século XVIII, o Poder Constituinte era contemplado por uma série de preceitos que, se hoje são de difícil observância – como uma unidade de participação popular, na época representava o principal meio reivindicativo, o que fortalece a ideia de que a reivindicação popular era a mola propulsora do Poder Constituinte.

Magalhães detalha tais explicações:

Entendia-se então que a Constituição deveria ser a expressão da vontade do povo nacional, a expressão da soberania popular. Ideias que podem parecer um pouco românticas ou artificiais em uma construção teórica transdisciplinar contemporânea. Podemos dizer que as dificuldades (ou impossibilidades) contemporâneas para afirmar a existência de uma (única) vontade popular, em sociedades de extrema complexidade, é bem maior hoje que no passado, entretanto, sempre estiveram presentes no Estado Moderno. Por mais democrático que tenha sido qualquer poder constituinte vamos encontrar no complexo jogo de poder por traz da constituinte aqueles que têm capacidade ou possibilidade de impor seus interesses com mais força do que outros.¹¹⁹

Além disso, para a inauguração de um conceito de Poder Constituinte, era necessário combater uma série de males incrustados na sociedade francesa do século XVIII, especialmente, a ausência do vigor democrático da maioria esmagadora do povo francês.

E, na verdade, as exigências da época não se ilustravam como meras expectativas. Havia realmente o anseio por uma melhor divisão de poderes que representava uma autonomia suficientemente sólida para sustentar uma mudança política praticamente imediata.

¹¹⁸ MIRANDA, Jorge. *Os princípios da democracia*. Publicado na coletânea: Constituição, Política e Cidadania. Porto Alegre: GWI, 2013. p. 255.

¹¹⁹ MAGALHÃES, op. cit., 2004, p. 116.

Jorge Miranda esclarece que:

Não basta declarar que o poder em abstrato pertence ao povo, ou que já lhe pertenceu num momento pretérito e que ele o exerceu de uma vez para sempre – donde uma legitimidade de tipo democrático. Nem que o Poder Constituinte, a aprovação da Constituição positiva, compete ao povo, quando manifestada nas formas constitucionais, deve ser o critério de ação dos governantes. Democracia exige exercício do poder pelo povo, pelos cidadãos, em conjunto com os governantes; e esse exercício deve ser actual, e não potencial, deve traduzir a capacidade dos cidadãos de formarem uma vontade política autónoma perante os governantes. Democracia significa que a vontade do povo, quando manifestada nas formas constitucionais, deve ser o critério de acção para os governantes.¹²⁰

A necessidade de se instituir um sistema constitucional na França daquela época, sem embargo, representava uma resposta robusta aos abusos da monarquia e do clero, daí ser impossível deixar vincularem esses fatores a um conceito válido para esse fenómeno revolucionário.

Porém, será possível falar em participação popular de forma ampla? Ou, o que seria de fato essa participação? Se a análise que se pretende fazer é baseada na ideia de democracia moderna, torna-se preciosa a análise que Norberto Bobbio faz a respeito:

A diferença entre a democracia dos antigos e a democracia dos modernos tornou-se um tema curricular, não menos do que o tema célebre de Benjamin Constant sobre a liberdade. E tal como ocorre com a liberdade, refere-se ao uso descritivo da palavra quanto ao uso valorativo. Entre a democracia dos antigos e a democracia dos modernos, despontam de fato duas diferenças, uma analítica, outra axiológica. No seu uso descritivo, por democracia os antigos entendiam a democracia direta, os modernos, a democracia representativa.¹²¹

O ideal democrático da época representava-se pelo anseio de participação geral. Não somente uma participação maquiada, disfarçada, mas real e que, de preferencia, se distanciasse de uma mera representação pelo Soberano, o que, pode-se dizer, aproximaria de um ideal constituinte.

Até sob a perspectiva procedimentalista há de se apontarem algumas ocorrências que apresentam indícios sobre a importância da participação popular e, de certo modo, sua influência na construção constituinte.

É justamente nessa perspectiva que Cattoni de Oliveira explica acerca das características sobre a jurisdição constitucional e participação popular, sob outra perspectiva:

¹²⁰ MIRANDA, op. cit., 2013. p. 255.

¹²¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. A Filosofia Política e a Lição dos Clássicos. São Paulo: Elsevier Editora, 20. tiragem. 2000, 371.

a da garantia do devido processo constitucional, especialmente no que toca a imparcialidade e adequação nos discursos de aplicação constitucional:

Nessa perspectiva, a jurisdição constitucional deve garantir, de forma constitucionalmente adequada, a participação, nos processos constitucionais de controle judicial de constitucionalidade da lei e do processo legislativo, dos possíveis afetados pela decisão em matéria constitucional, por meio de uma interpretação construtiva que compreenda o próprio Processo Constitucional como garantia das condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos. Ao possibilitar a garantia dos direitos fundamentais processuais jurisdicionais, nos próprios processos constitucionais de controle judicial de constitucionalidade das leis e do processo legislativo, a Jurisdição Constitucionais também garantirá as condições para exercício da autonomia jurídica dos cidadãos, pela ação *reflexiva* do princípio do devido processo legal, compreendido aqui como “*modelo constitucional do processo*” (para utilizar a expressão de Andolina-Vignera), a si mesma.¹²²

Não há dúvidas de que os aspectos de participação popular na confecção de textos constitucionais podem ser objeto de análise nos mais diversos segmentos de estudos constitucionais.

Já Canotilho, numa expectativa material da formação constituinte, explicita aspectos sobre a confecção da constituinte norte-americana e salienta a respeito das características e importância daquele povo quando dos preparativos deste fenômeno:

A epígrafe sugere aquilo que, na realidade, marcou o constitucionalismo americano: um povo (mas não uma “nação”) que reclamou, como na França, o direito de escrever uma lei básica e na qual ele fez diferentes usos da história. Fez “diferentes usos da história” sob vários pontos de vista. Através da Revolução, os americanos pretenderam reafirmar os *Rights*, na tradição britânica medieval e da *Glorious Revolution*. Não se tratava, porém de um movimento reestruturador dos antigos direitos e liberdades e da *English Constitution*, porque, entretanto, no corpus da constituição britânica, se tinha alojado um tirano um tirano – o parlamento soberano que impõe impostos sem representação (*taxation without representation*). Contra esta “omnipotência do legislador”, a constituição era ou devia ser inspirada por princípios diferentes dos da *ancientconstitution*. Ela devia garantir os cidadãos, em jeito de lei superior, contra as leis do legislador parlamentar soberano. Aqui vem entroncar o momento *wethepeople*, ou seja, o momento em que o povo toma decisões. Aos olhos dos colonos americanos ganhava contornos a ideia de democracia que um autor recente designou por democracia dualista. Existem decisões – raras – tomadas pelo povo; existem decisões, frequentes – tomas pelo governo (*government*). As primeiras – as decisões do povo – são típicas dos “momentos constitucionais”.¹²³

As decisões típicas dos momentos constitucionais mais relevantes, portanto, representam aqueles que o povo tem relevante participação.

¹²² CATTONI DE OLIVEIRA, op. cit., 2006. p.82.

¹²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 58.

Para Norberto Bobbio “na democracia moderna, o soberano não é o povo, mas são todos os cidadãos. O povo é uma abstração, cômoda, mas também, como já dissemos, falaciosa; os indivíduos com seus defeitos e seus interesses são uma realidade.”¹²⁴

De toda maneira, se o objetivo dessa nova concepção de Poder Constituinte era realmente reivindicar a ordenação sistemática e racional do novo modelo político de uma nação, por meio de um texto escrito, fica demonstrado que a participação e vontade política foram fundamentais para o alcance de uma constituinte.

Canotilho explica que:

O constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da chamada constituição moderna. Por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática da comunidade política através de um documento escrito nos qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.¹²⁵

Outro contorno de indispensável abordagem pode ser direcionado às formas e aos limites impostos por uma Constituição, do que surge o inegável questionamento, sempre presente, sobre a tensão existente entre constitucionalismo e democracia.

Esse fenômeno sinaliza um dos fatores mais paradoxais temas a serem abordados quando se fala em participação popular e o exercício do Poder Constituinte e, conseqüentemente, poderá sinalizar problemas e soluções aos destinatários do poder.

2.3 Criação do conceito de Poder Constituinte: problemas ou soluções?

É natural e inerente às pessoas que se promovam resistências às novidades. A criação de um conceito que, para do século XVIII em diante, se pretendesse limitar regramentos aos governantes, instituir direitos e impor deveres aos cidadãos, enfim, difundir direitos como a igualdade formal entre os cidadãos e o estado parecia fazer parte de uma mudança de paradigma dificilmente aceita especialmente dentre as classes beneficiárias das regalias estatais.

Portanto, quem se beneficiaria com a instituição deste conceito? Mais objetivamente: quais seriam os beneficiários de uma constituinte? Se intimamente ligado ao espírito democrático, não se estaria abrindo espaço para uma das construções mais paradoxais do

¹²⁴BOBBIO, op. cit., 2003, p. 380.

¹²⁵CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 51.

direito? Ou seja: uma implícita contradição entre princípios que completam. Liberdade *versus* constitucionalidade. Portanto, estaríamos diante de problemas ou soluções?

Ronald Dworkin explica que “a democracia requer que as autoridades sejam eleitas pelo povo, e não escolhidas por meio de herança ou por um pequeno grupo de famílias ou eleitores proeminentes”, porém, quando essa democracia serve para deliberar acerca de uma Norma Maior, ou seja, quando a democracia, mesmo representativa, delibera sobre o nascimento de uma Constituição, não se mostra paradoxal o fato de que o próprio exercício da democracia restar predestinado a ser confinado num texto limitado?¹²⁶

Sem dúvidas de que a participação do povo quando da confecção de uma constituição ou, além disso, quando do surgimento do Poder Constituinte, mostra-se dividida entre o indispensável – elaboração de uma nova ordem constitucional e o necessário – estabelecimento de limites como forma de blindar o próprio exercício desse poder.

Lênio Streck explicando sobre o paradoxo existente entre constitucionalismo e democracia, salienta que:

A discussão do constitucionalismo implica o enfrentamento de um paradoxo, representado pelo especialíssimo modo como esse fenômeno é engendrado na história moderna contemporânea. Com efeito, a constituição nasce como um paradoxo, porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção de poder das maiorias. É, pois, no encontro de caminhos contraditórios entre si que se desenha o paradoxo do constitucionalismo. E é na construção de uma fórmula abarcadora desses mecanismos contramajoritários que se engendra a própria noção de jurisdição constitucional, percorrendo várias etapas até o advento do Estado Democrático de Direito.¹²⁷

Justamente, por isso que, a participação popular que engendrava formas de contenção do poder soberano no século XVIII merecia ser pensada com as cautelas necessárias pois, ao mesmo tempo que se pretendia regar e limitar os poderes soberanos, com vistas ao argumento da isonomia, disponibilizava argumentos suficientes para sua auto limitação. Ou seja: a mesma isonomia utilizada para conter os poderes do Rei podia ser utilizada para, contramajoritariamente, autorizar o constituinte a estabelecer os limites da própria nação.

Por isso, conforme explicado, no início, afirma-se que a transição constitucional é sempre perigosa. Imaginando-se que ela parta de um sistema totalitário para um sistema democrático especialmente, o que preocupa são as consequências jurídicas do instrumento que irá reger a sociedade democrática que acaba de nascer.

¹²⁶DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 254.

¹²⁷STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 74.

A respeito disso quem aponta as possíveis consequências desse fenômeno é Miguel Lera ao explicitar que:

O rompimento da ordem produziria, do ponto de vista sociológico, câmbios estruturais como a redistribuição de riquezas e do *status* na sociedade, acompanhados, nos domínios políticos, de transformações institucionais significativas e, no direito, de violação da lógica dos antecedentes.¹²⁸

A respeito da tensão entre os interesses de liberdade almejados pelo Poder Constituinte moderno e o estabelecimento de limites ao exercício dos poderes constituídos, Sampaio salienta o seguinte:

Seu braço mais radical vê uma oposição plena entre constitucionalismo (reino dos limites) e atos constituinte (reino da liberdade). A Constituição, como a culminância do processo, é sempre um instante de predomínio de uma fração dos insurretos sobre outras com exigência de equilíbrio e desarmamento. É uma fratura mistificadora da revolução em favor de um grupo que se beneficiará, desde então, do *status quo*.¹²⁹

Canotilho, explicando o Poder Constituinte na modernidade, apresenta possíveis momentos de tensão a serem experimentados com a aprovação de um texto constitucional que, ao retirar os poderes da nobreza e do clero, estabelece limites à nação que o instituiu:

Se em Locke a sugestão de um poder constituinte aparecia associada ao *direito de resistência* reclamado pelo radicalismo *whig*, em Sieyès a fórmula *pouvoir constituant* surge necessariamente associada à luta contra a monarquia absoluta. Os momentos fundamentais da teoria do poder constituinte em Sieyès são os seguintes: (1) recorte de um poder constituinte da nação entendido como poder *originário e soberano*; (2) plena liberdade da nação para criar uma constituição, pois a nação ao “fazer uma obra constituinte”, não está sujeita a formas, limites ou condições preexistentes.¹³⁰

Canotilho salienta que a constituinte moderna saciada pelo panfleto de Sieyès não se limita a constituir um novo ordenamento jurídico-constitucional. Vai além. O que existe por trás dessa concepção constituinte é uma visão desconstituinte e reconstituinte. Desconstituinte pois é capaz de retirar a monarquia os poderes constituídos e grudados naquela nação há séculos. Reconstituinte pois pretendia reorganizar a nação francesa por meio de uma chamada geral da nação para instituir um sistema constitucional novo.

Os autores modernos salientam que, no fundo, a teoria do poder constituinte de Sieyès é, simultaneamente, desconstituinte e reconstituinte. O poder constituinte

¹²⁸ LERA, Miguel H. Repertorio Bibliográfico Sobre La Transición Socio política Española, Revista del Departamento de Derecho Publico de la UNED, n. 4, 1979, p. 279-297.

¹²⁹ SAMPAIO, op. cit., 2004.p. 22.

¹³⁰ CANOTILHO, op. cit., 2003. p. 73.

antes de ser constituinte é desconstituinte porque dirigido contra a “forma monárquica” ou “poder constituído pela monarquia”. Uma vez abolido o poder monárquico, impõe-se uma “reorganização”, um “dar forma”, uma reconstrução da ordem jurídico-política. O **poder constituinte** da Nação entende-se agora como poder reconstituente informado pela ideia criadora e projectante da instauração de uma nova ordem política plasmada numa constituição.¹³¹

Por óbvio que as cautelas e preocupações decorrentes de mudanças tão profundas são inevitáveis, ao passo que é sempre difícil identificar as consequências decorrentes dessas transformações, exemplo: na constituinte que culminou com a elaboração do texto original da Constituição de 1988 a questão participativa representou técnica intrínseca aos procedimentos para promoção do novo texto.

José Afonso da Silva explica que:

A metodologia adotada incluiu duas técnicas importantes: *audiências públicas* e *participação popular* no processo de elaboração constitucional. Foram apresentadas 122 emendas populares, num total de 12 milhões de assinaturas. A proposta sobre os direitos da criança foi apoiada por 1.200.000. Outra sobre a educação obteve apoio de 750.077 eleitores. Outra, pleiteando a introdução na Constituição de institutos de participação popular, conseguiu apoio de 336.047 assinaturas. Esses exemplos mostram o quanto o processo foi bem-recebido pelo povo que procurou estar presente e discutir interesses e direitos – o que certamente influiu sobre os constituintes na construção de uma democracia de conteúdo social.¹³²

Não são poucos os autores que apontam a importância de problemas relacionados à conceituação e aos efeitos do Poder Constituinte, especialmente no âmbito do constitucionalismo democrático.

Apesar de parecer estranho para alguns o apontamento de problemas com a criação de uma constituição democrática, não são poucos os autores que se prestam a desafiar o tema. Lênio Streck e José Luis Bolzan de Moraes indagam acerca da intrínseca tensão existente entre o Poder Constituinte – criador da constituição – e a imposição de limites de poderes e estabelecimento de regras aos destinatários da norma, na própria constituição:

Se o Estado Democrático de Direito tem o seu berço no constitucionalismo nascido no segundo pós-guerra, a pergunta que é: ainda é possível sustentar que a constituição específica “o que fazer”, e o governo – *latu sensu* – estabelece o “como fazer”? A vontade geral popular, representada por maiorias eventuais, pode alterar substancialmente o conteúdo da Constituição naquilo que é seu núcleo político? Ainda é possível falar em soberania dos Estados? Quais os limites do “constituir” da Constituição?¹³³

¹³¹ CANOTILHO, op. cit. 2003. p. 73.

¹³² SILVA, op. cit., 2011. p. 87.

¹³³ STRECK, Lênio Luiz ; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 106.

A percepção que se faz presente, obviamente, é que a participação popular nos preparativos de uma nova constituição é fundamental para sua sobrevivência ao longo prazo. São inúmeros os exemplos.

Não importa, para isto, que a tensão existente entre constitucionalismo e democracia traga questionamentos referentes às formas de controle de participação popular ou de modificação da própria constituição. Profundamente, é isso que se espera de uma constituição democrática: a formatação de regras que valem para todos, inclusive para o povo que a instituiu.

A questão do contramajoritarismo ganha espaço na discussão, inclusive, sobre o papel das Cortes Constitucionais quanto aos aspectos democráticos trazidos com o Poder Constituinte:

Marcelo Novelino salienta que:

A base tradicional para se conferir um poder político a um órgão composto de membros não-eleitos, segundo as teorias normativas, consiste na *proteção das minorias contra o excesso democrático*, o que pressupõe, ao menos até certo ponto, uma atuação independente da influência da opinião pública. Os defensores da chamada *resposta madisoniana* consideram como principal razão para existência da jurisdição constitucional o controle dos excessos de maiorias legislativas. O papel contramajoritário revelar-se-ia especialmente relevante naqueles casos em que direitos básicos não são respeitados pela maioria legislativa e teria por finalidade evitar que esta se transforme em uma maioria “tirânica”. O princípio democrático, segundo esta concepção, não se esgotaria nesta no princípio majoritário, sendo desejável que algumas decisões políticas sejam tomadas por uma instituição relativamente isolada de pressões políticas.¹³⁴

Dessa perspectiva surge um questionamento inversamente proporcional ao que expôs até o momento: Com a instituição ou criação do conceito de Poder Constituinte pôde-se observar soluções? Ou seja, a criação do conceito, mesmo diante da problemática, acima apontada, trouxe consigo recursos positivos que justificam sua defesa na quase que unânime comunidade jurídica internacional? Em resumo: medindo-se os prós e os contras, o constitucionalismo da modernidade enfrentaria menos problemas jurídicos e, em contrapartida, teria mais motivos para vibrar com a criação do Poder Constituinte?

Veja-se que, com a inauguração de uma constituição democrática, autorizada pelo Poder Constituinte, uma série de problemas são solucionados, dentre eles, a abertura democrática com maior probabilidade de participação popular.

Lênio Streck explica que:

¹³⁴ NOVELINO, Marcelo. In: *Constituição, Política e Cidadania*. Coletânea, Porto Alegre: GWI, 2013. p. 342.

Nesse contexto, e levando em conta o forte conteúdo contramajoritário presente nas decisões advindas da jurisdição constitucional, é que sustento a tese da absoluta possibilidade de convivência entre democracia e constitucionalismo. Mais do que isso, a Constituição, nessa quadra histórica, a partir da Constituição copernicana que atravessou o direito público depois do segundo pós-guerra, *passa a ser* – em determinadas circunstâncias – *condição de possibilidade do exercício do regime democrático, naquilo que a tradição* (no sentido que Gadamer atribui a essa expressão) *nos legou*.¹³⁵

Certamente, existem mais motivos para comemorar do que para desmerecer o Poder Constituinte. Seus aspectos positivos, ao menos até o momento, parecem ser capazes de suplantar seus defeitos. Streck ainda salienta:

Afinal, a Constituição não obstrui a democracia, questão que já estava bem clara nas críticas de James Madison e Thomas Jefferson. Pelo contrário: regras contramajoritárias não são necessariamente ataduras, mas podem, sim, vir a promover a liberdade, dizia ele. A tese de que, pela regra contramajoritária – e a explicação vem nas palavras de Holmes –, os vivos passam a ser governados pelos mortos igualmente já encontrava em Madison a necessária crítica. Com efeito, por uma parte o repúdio ao passado é uma espécie de espada com dois fios. As decisões atuais, tomadas tendo em mente o futuro, logo pertencerão ao passado. E o mesmo Madison pergunta: se podemos estabelecer que gerações subsequentes tratarão com soberano desprezo nossas escolhas feitas pensando no futuro, por que haveríamos de pensar mais no futuro do que no passado? Desejamos atuar de maneira responsável acerca das gerações sucessivas enquanto tendemos a rechaçar o conceito de que as gerações anteriores são por nós responsáveis. Porém, é congruente adotar essa atitude? A resposta é dada por Jon Elster, em forma de paradoxo: cada geração deseja ser livre para obrigar suas sucessoras, sem estar obrigado por suas predecessoras.¹³⁶

As experiências vividas num passado não muito distante, representam memória viva no sentido e na medida exata de possuir um Poder Constituinte atuante pelos meios democráticos e regulamentadores. É melhor possuir uma constituição que estabeleça a regra da maioria, mesmo que detentora de mecanismos contramajoritários, do que não possuí-la, e submeter-se a conteúdos totalitários, com regras contraminoritárias.

2.4 As motivações contemporâneas do Poder Constituinte

Afirmar que o Poder Constituinte contemporâneo se apresenta inalterado em relação às suas motivações e aspectos passados, pode soar, no mínimo, estranho. Mesmo assim, pode-se dizer que algumas características passadas permanecem em sua essência, na atualidade. A sociedade contemporânea é possuidora de exigências típica e igualmente, contemporâneas, ao

¹³⁵ STRECK, op. cit., 2012., p. 77.

¹³⁶ Ibidem, p. 77.

passo que tais exigências podem significar uma espécie de *mudança de roupa* do Poder Constituinte. Sua essência e sua individualidade, porém, continuam as mesmas.

A sociedade contemporânea, segundo verificável pelas incontáveis experiências já vividas, apresenta-se numa incansável busca pela liberdade e por outros direitos essenciais ao bem-estar social. Aliás, nada de muito novo há nisso, mas mesmo assim, é incontroverso que os mecanismos democráticos ou a mera possibilidade participativa, correspondam a fatos que sempre farão parte do cotidiano jurídico-social na abrangência do estudo sobre o Poder Constituinte.

As manifestações populares, especialmente as reivindicativas de mudanças profundas na política e no seio social representam alternativa de revelação das liberdades públicas, de forma que a sociedade contemporânea procura manter-se abastecida desse combustível.

Daniel Sarmento explica que:

A teoria constitucional moderna vem buscando equilibrar-se em torno de duas ideias diferentes de liberdade: a liberdade do cidadão, de participar na formação da vontade do Estado, tornando-se co-autor do destino de sua coletividade, e a liberdade do burgês, equivalente à “fruição pacífica da independência individual ou privada” (Benjamin Constant).¹³⁷

Complementando o raciocínio, Sarmento ainda explica o seguinte:

Para um democrata, “ser livre” significa essencialmente, poder ter voz ativa no espaço público, participando, igualmente, aos demais membros da comunidade, do seu autogoverno. *Liberdade* – segundo a definição de Rousseau – ‘significa obediência à lei que nós nos prescrevemos’. Os democratas mais radicais vêm com reticência os constrangimentos impostos à autonomia da popular pelas liberdades constitucionais, que retiram certas questões do espaço de deliberação da sociedade.¹³⁸

Nesse ponto, é indiscutível a existência de motivações contemporâneas do Poder Constituinte ligadas ao aspecto democrático e participativo de sua nova construção. Ou seja, o Poder Constituinte contemporâneo pode ser diferenciado do Poder Constituinte do passado pois as histórias do mundo fizeram com que os seus benefícios viessem contemplar toda uma diversidade de direitos – do meio ambiente aos direitos humanos fundamentais, sem distinção e angariados pelo princípio da igualdade.

¹³⁷ SARMENTO, Daniel. *Dos Princípios Constitucionais* – Consideração em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p.297 e 298.

¹³⁸ *Ibidem*, p.298.

Paralelo a isto a questão participativa inevitavelmente vem à tona quando o assunto central é a construção de uma Constituição, especialmente quando o assunto em debate é a estabilidade do conjunto normativo estatal e o estabelecimento de limites ao administrador público, características essas, integrantes das motivações para construção do Poder Constituinte.

Sob este aspecto Hannah Arendt explica que:

No governo constitucional, as leis positivas destinam-se a erigir fronteiras e a estabelecer canais de comunicação entre os homens, cuja comunidade é continuamente posta em perigo pelos novos homens que nela nascem. A cada nascimento, um novo começo surge para o mundo, um novo mundo em potencial passa a existir. A estabilidade das leis corresponde ao constante movimento de todas as coisas humanas, um movimento que jamais pode cessar, enquanto os homens nasçam e morram. As leis circunscrevem cada novo começo e, ao mesmo tempo asseguram sua liberdade de movimento, a potencialidade de algo inteiramente novo e imprevisível; os limites das leis positivas são para a existência política do homem o que a memória é para sua existência histórica: garantem a preexistência de um mundo comum, a realidade de certa continuidade que transcende a duração individual de cada geração, absorve todas as novas origens e delas se alimenta.¹³⁹

Não se pode perder de vista, porém, que a questão participativa encontrou forte resistência por forças e massas contrárias aos movimentos democráticos, ou seja, mecanismos de governos totalitários se empenharam fortemente para instalação e manutenção de regimes centralizadores de poder, contrários aos princípios participativos ligados ao Constitucionalismo e que buscam aprimorar técnicas de manutenção de poder por meio da força.

Especificamente, os regimes totalitários necessitam, em igual sentido, de segurança e estabilidade suficientes para que permaneçam no poder, fazendo-se com que as determinações por eles estabelecidas sejam silenciosas e obedientemente cumpridas sob pena de uso da força.

Nessa perspectiva, segundo Arendt ajuda a esclarecer:

O governo totalitário só se sente seguro na medida em que pode mobilizar a própria força de vontade do homem para força-lo a mergulhar naquele gigantesco movimento da História ou da Natureza que supostamente usa a humanidade como material e ignora nascimento ou morte.¹⁴⁰

¹³⁹ ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 3ª reimp, 1998, p. 517.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 517.

Na época contemporânea, os princípios ou mecanismos norteadores e fundamentais ao desenvolvimento do Poder Constituinte estão carregados de ideais participativos que justificam sua manutenção.

Um aspecto curioso e, de certa forma, motivador do Poder Constituinte, na época contemporânea, diz respeito ao silêncio. Não o silêncio mórbido, estático; e sim, a um silêncio motivador, capaz de inovar e incitar o nascimento desse Poder.

A percepção desse posicionamento está intimamente relacionada à análise do discurso, conforme explica Eni Puccinelli Orlandi:

Desenvolvendo então essa reflexão podemos chegar a algo que, a meu ver, coloca em estado de questão a própria história da reflexão sobre a linguagem, com respeito tanto à gramática quanto à retórica. Chegamos então a uma hipótese que é extremamente incômoda para os que trabalham com a linguagem: *o silêncio é fundante*. Quer dizer, o silêncio é a matéria significante por excelência, um *continuum* significante. O real da significação é o silêncio. E como o nosso objeto de reflexão é o discurso, chegamos a uma outra afirmação que sucede a essa: o silêncio é o real do discurso.¹⁴¹

Dessa concepção, poder-se-ia afirmar que o Poder Constituinte forma-se no silêncio de um estado totalitário? Que ele se forma diante das dificuldades de alcance da expressão e de liberdades públicas? Por óbvio que uma análise mais aprofundada do tema é merecedora de maior atenção. Porém, de maneira um pouco mais objetiva, não é difícil perceber que o silêncio fundante citado por Puccinelli pode significar, dentre outras coisas a necessidade iminente de mudança.

Da análise referenciada, poder-se-ia abrir espaços infinitos para encontrar as justificativas contemporâneas para o Poder Constituinte, de forma que os fundamentos que justificam a existência ou aparecimento deste fenômeno encontram-se difusas na sociedade e manifestam-se como anseios preliminares de maior participação e abertura política, para que, especialmente, se obtenha um texto constitucional que agrade as massas destinatárias desse regramento.

A manutenção de mecanismos participativos, tanto no âmbito político quanto no âmbito social, destinados ao povo, mesmo que sabidamente sejam objeto de regramento específico em condições contramajoritárias configuram elemento essencial ao Poder

¹⁴¹ ORLANDI, Eni Puccinelli. *As Formas do Silêncio*. 6.ed.Campinas: Unicamp, 2011, p.29.

Constituinte e são, contemporaneamente, base para uma possível reivindicação constituinte.
142

Para Friedrich Muller, tais características podem ser visualizadas a partir de análises pretéritas capazes de ofertar legitimidade histórica ao Poder Constituinte:

O sentido histórico-político de *uma constituição* reside no fato de ela ser o ordenamento fundante de uma determinada sociedade, incluídas suas forças divergentes. O direito constitucional diz respeito à fundamentação da sociedade estatalmente organizada e do seu ordenamento jurídico global. Suas prescrições não estão garantidas por normas hierarquicamente superiores. Seus âmbitos de regulamentação são como rendas, malhas com pontos largos, fundamentais, “políticos”, expostos em graus mais elevado à transformação histórica.¹⁴³

Pelo exposto, mesmo que se tenha conhecimento da existência de características relevantes quanto aos caracteres atuais do Poder Constituinte, é inegável que ele possui forte vinculação histórica que, interligado aos mecanismos fundantes de uma sociedade, constitui-se de forte referência participativa, logicamente, adequada às necessidades e características de cada época.

De toda forma, pode-se até afirmar que o Poder Constituinte estaria distanciado dos conceitos tradicionais e formais de norma no sentido positivado, objetivo, de forma a estar mais relacionado a caracteres inovadores e de autoconstrução.

¹⁴² Interessante notar que o termo adotado por Sieyès para caracterizar um montante de pessoas envolvidas ou ligados a determinado *é nação*.

¹⁴³ MÜLLER, F. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 67.

3. O DISCURSO DO PODER CONSTITUINTE E A VALIDADE DO DIREITO

3.1 A Validade do direito na tradição neopositivista e a Norma Hipotética Fundamental

O Poder Constituinte possui características ligadas a um ideal de vínculo participativo, como meio disponível para compor um novo sistema constitucional, dispondo de mecanismos diversos que autorizam e justificam o seu surgimento, especialmente em virtude da vontade daqueles que fazem parte do conjunto de cidadãos de uma sociedade que almeja sua organização por meio de uma nova Constituição.

Por isso, seria possível traçar uma visão comparativa entre o discurso de legitimação e o discurso de validade do direito numa perspectiva neopositivista? Afinal, é possível identificar características, em termos de uma análise do discurso, entre o Poder Constituinte e a Norma hipotética Fundamental de Kelsen?

Muito além de querer respostas exatas a esses questionamentos, um feito importante é projetar esse raciocínio num aspecto geral que, de certo modo, se balizará pelo esclarecimento dos pontos centrais a serem discutidos: a imaginável influência do discurso na formação da teoria do Poder Constituinte.

Neste ponto, a discussão ter-se-á como base dois momentos distintos. Em primeiro lugar, o discurso de validade do direito, baseado na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen e, em segundo, o discurso de legitimação do direito, baseado no procedimentalismo discursivo de Jürgen Habermas.

Como forma inicial, cumpre reproduzir as palavras de Lênio Streck a respeito do discurso neopositivista:

O neopositivismo, fonte para a construção de metalinguagens (veja-se a teoria da norma fundamental kelseniana, que é uma metalinguagem sobre o direito, que é assim, a linguagem-objeto) e discursos analíticos, centrou suas críticas às insuficiências da linguagem natural, propondo, como contraponto, a construção de uma linguagem artificial, para assegurar, assim, a neutralidade científica.¹⁴⁴

A questão da validade do direito na tradição neopositivista atrai discussões que abrangem variados temas que, conforme verificado acima, baseia-se numa identidade de neutralidade científica, ou seja, a construção de uma teoria cuja tendência fosse rebater as debilidades enraizadas por uma teoria do direito natural.

¹⁴⁴STRECK, op. cit., 2012, p. 61.

Os questionamentos centram-se, portanto, no binômio: validade e eficácia do direito que, segundo Kelsen, abrange basicamente o seguinte:

Um dos extremos é representado pela tese de que, entre validade como um dever-ser e eficácia como um ser, não existe conexão de espécie alguma, que a validade do Direito é completamente independente de sua eficácia. O outro extremo é a tese de que a validade do Direito se identifica com sua eficácia.¹⁴⁵

Para uma melhor análise, é importante frisar sobre os fatores ligados entre validade e eficácia do direito e, para tanto, salienta que:

A afirmação de que uma norma é válida e a afirmação de que é eficaz são, é verdade, duas afirmações diferentes. Mas, apesar de validade e eficácia serem dois conceitos inteiramente diversos, existe, contudo, uma relação muito importante entre os dois. Uma norma é considerada válida apenas com a condição de pertencer a um sistema de normas, a uma ordem que, no todo, é eficaz. Assim, a eficácia é uma condição de validade.¹⁴⁶

A tese de Kelsen é fortemente atestada ao afirmar que:

Eficácia é uma condição de validade, desde que uma norma isolada e toda uma ordem normativa perdem sua validade, deixam de valer, quando elas perdem sua eficácia, ou a possibilidade de uma eficácia; tanto quanto interessem normas gerais, se habitualmente cessam de ser cumpridas e se não cumpridas deixam de ser aplicadas.¹⁴⁷

Sobre a validade da norma, Kelsen expõe seu pensamento:

Qual é a natureza da validade do Direito, considerada distinta de sua eficácia? A diferença pode ser ilustrada por um exemplo: uma regra jurídica proíbe o roubo, prescrevendo que todo ladrão deve ser punido pelo juiz. Essa regra é “válida” para todas as pessoas, para todos os indivíduos que têm de obedecer à regra, os “sujeitos” aos quais, desse modo, o roubo é proibido. A regra jurídica é “válida” até mesmo nos casos em que lhe falta “eficácia”. É precisamente nesse caso que ela tem de ser “aplicada” pelo juiz. A regra em questão é válida não somente para os sujeitos, mas também para os órgãos que aplicam a lei. No entanto, a regra conserva sua validade mesmo que o ladrão consiga fugir, e o juiz se veja na impossibilidade de puni-lo, de aplicar a regra jurídica.¹⁴⁸

Na concepção kelseniana, é incorreto afirmar que “uma ordem jurídica como um todo, tal como uma norma jurídica singular, perde a sua validade quando deixa de ser eficaz.”¹⁴⁹

¹⁴⁵ KELSEN, op. cit., 2012, p. 235.

¹⁴⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 58.

¹⁴⁷ Ibidem, 2012, p. 178.

¹⁴⁸ Ibidem, 2000, p. 42.

¹⁴⁹ Ibidem, 2012, p. 236.

Kelsen explica ainda que há “numerosos casos nos quais as normas jurídicas são consideradas como válidas se bem que não sejam, ou não sejam ainda, eficazes.”¹⁵⁰

Como resposta às possibilidades de identificação da validade do direito, Kelsen oferece uma alternativa:

A solução proposta pela Teoria Pura do Direito para o problema é: assim como a norma de dever-ser, como sentido de ato-de-ser que a põe, se não identifica com este ato, assim a validade de dever-ser de uma norma jurídica não se identifica com sua eficácia da ordem do ser; a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são – tal como o ato que estabelece a norma – condição de validade.¹⁵¹

É justamente isso que se verifica quando da análise da Teoria Pura do Direito, em que Kelsen apresenta fundamentos genuinamente jurídicos de validade do direito:

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como ele deve ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria designa como “pura” teoria do Direito, isso significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.¹⁵²

O que se percebe é que o discurso de validade do direito está relacionado a uma fundamentação teórica, livre de quaisquer objetos estranhos a ciência puramente jurídica e que o jurista austríaco aplica à validade do direito a sobreposição de uma norma superior, hipotética, ou seja: “uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*grund norm*).”¹⁵³

Portanto, para Kelsen, existe uma fonte universal normativa, de natureza puramente formal, que fundamenta a existência e a validade de tais normas, sendo que a última fonte de validade será sempre a norma fundamental:

A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa, baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental

¹⁵⁰KELSEN, op. cit. , 2012, p. 236.

¹⁵¹Ibidem, p. 236.

¹⁵²Ibidem, p.236.

¹⁵³Ibidem, p. 217.

que constitui a unidade de pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.¹⁵⁴

Nesse sentido, a norma fundamental representa pressuposto ou fundamento de validade do direito, de forma que todo o conteúdo normativo de determinado Estado valha em razão de se ter obedecido a forma ditada pela norma fundamental pressuposta, de forma a se verificar o seguinte:

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Um norma jurídica não vale porque tem determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta.¹⁵⁵

Tais considerações mostram-se necessárias, pois trarão subsídios à análise central do trabalho, ou seja: a norma hipotética fundamental fornece suporte de validade à formação da Constituição? Qual seria o suporte de validade para o Poder Constituinte, considerando que este não se enquadraria, objetivamente na qualidade de norma?

Explicando melhor: Kelsen diferencia as normas jurídicas das normas morais. Assim ele sustenta que, pela teoria pura do direito, somente as normas jurídicas possuem validade objetiva, pois as normas morais só possuem validade subjetiva, ou seja, estão fora do espectro de amplitude do direito.

Nessa perspectiva, a norma hipotética fundamental equivaleria ou substituiria a ideia do Poder Constituinte?

Pelo fato de se sustentar que o Poder Constituinte encontra-se fundado em perspectivas ideológicas e até mesmo éticas – como melhor explicado no capítulo quarto – e, ao mesmo tempo, sustentadas, muitas das vezes, por reivindicações de tempos passados além de estarem intimamente ligadas aos anseios populares e participativos, de regramentos ampliativos que se misturam com discursos fortemente ligados a aspectos morais de cada povo, uma resposta positiva àquele questionamento permanece distante.

Diga-se isto, pois a norma fundamental traduzida por Kelsen possui uma característica fictícia e “não corresponde a realidade”¹⁵⁶, hipótese que dificulta sua ligação prática com o Poder Constituinte:

¹⁵⁴ KELSEN, op. cit., 2012. p. 228.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 236.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 329.

a norma fundamental de ordem jurídica ou moral positivas - como evidente do que precedeu – não é positiva, mas meramente pensada e isso significa uma norma fictícia, não no sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato meramente pensado.¹⁵⁷

Somente sob o aspecto teórico, seria possível identificar indícios de que a *grundnorm* possuiria um mecanismo com força suficientemente ampla para *autorizar* o surgimento do Poder Constituinte. A *grundnorm*, portanto, não é o Poder Constituinte, mas pressuposto dele.

Sobre isto, Kelsen salienta:

Se por Constituição de uma comunidade se entende a norma ou as normas que determinam como, isto é, por que órgãos e através de que processos – através de uma criação consciente do direito, especialmente o processo legislativo, ou através do costume – devem ser produzidas as normas gerais da ordem jurídica que constitui a comunidade, a norma fundamental é aquela norma que é pressuposta quando o costume, através do qual a constituição surgiu, ou quando o ato constituinte (produtor da Constituição) posto conscientemente por determinados indivíduos são objetivamente interpretados como fatos produtores de normas; quando – no último caso – o indivíduo ou a assembleia de indivíduos que instituíram a Constituição sobre a qual a ordem jurídica assenta são considerados como autoridade legislativa. Neste sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para distinguir da Constituição no sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo.¹⁵⁸

No mesmo sentido, é de se verificar que, paralelamente, a validade do direito encontra-se fundamentada no próprio direito, jamais em fatos, circunstâncias ou ocorrências extrínsecas.

Simioni explica tal situação da seguinte forma:

Desse modo Kelsen coloca a validade do direito no próprio direito. A validade de uma norma jurídica não fica mais em uma instância transcendente ao direito. A validade da norma e dos atos jurídicos em geral passa a circular dentro do próprio direito. Norma válida é aquela que uma norma válida hierarquicamente superior diz que é válida.¹⁵⁹

A tratativa se conduz, portanto, num círculo fechado de raciocínio, pois Kelsen sustenta que o fundamento da ordem jurídica posta é um pressuposto de validade prévio, ou seja, a norma fundamental:

Se se pergunta pelo fundamento de validade de uma norma pertencente a uma determinada ordem jurídica, a resposta apenas pode consistir na recondução à norma

¹⁵⁷ KELSEN, op cit., 2012, p. 328.

¹⁵⁸ KELSEN, op cit., 2012, p. 221 e 222.

¹⁵⁹ SIMIONI, op. cit., 2010, p. 30.

fundamental desta ordem jurídica, quer dizer: na afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental.¹⁶⁰

Tratando-se do Poder Constituinte de um determinado Estado, ou seja, aquele que inicia a criação ou estabelecimento de normas caseiras, Kelsen explica que os fundamentos normativos que orientam a validade das referidas normas para combater ilegalidades, crimes, etc. encontra fundamento elementar na Constituição. Mas o que historicamente ofertou validade àquela Constituição?

Se se pergunta pelo fundamento de validade da Constituição Estadual, na qual se funda a validade de todas as normas gerais e a validade das normas individuais produzidas com base nestas normas gerais, quer dizer, se se pergunta pelo fundamento de validade das normas que regulam a criação das normas gerais enquanto determinam através de que órgãos e de que processos as normas gerais devem ser criadas, seremos talvez conduzidos a uma Constituição Estadual mais antiga.¹⁶¹

Kelsen explica que, apesar de se fazerem referências a respeito da pré-existência constitucional, ou seja, de normas constitucionais pretéritas naquele estado e que seriam fundamento de sua validade, a única resposta possível e imediata – retirando-se a hipótese de que Deus ou a natureza teriam sido precursores da construção válida do referido texto – é a de que sua validade é pressuposta por um ordenamento superior, ou seja, implicada por uma norma fundamental.

Dado que o fundamento de validade de uma norma somente pode ser uma outra norma, este pressuposto tem de ser uma norma: não uma norma posta por uma autoridade jurídica, mas uma norma pressuposta, quer dizer, uma norma que é pressuposta sempre que o sentido subjetivo dos fatos geradores de normas postas de conformidade com Constituição é interpretado como o seu sentido objetivo.¹⁶²

Assim, apesar de não se achar clara a ideia de um Poder Constituinte validado pela norma hipotética fundamental, Kelsen apresenta um teor de validade do direito Estatal que serve de fundamento para as próximas passagens: a questão da hierarquia constitucional que, mais profundamente, provém de um Poder Constituinte:

Como essa norma é norma fundamental de uma ordem jurídica, isto é, de uma ordem que estatui atos coercitivos, a proposição que descreve tal norma, a proposição fundamental da ordem jurídica estadual em questão, diz: devem ser postos atos de coerção sob os pressupostos e pela forma que estatuem a primeira Constituição

¹⁶⁰ KELSEN, op cit. 2012, p. 222.

¹⁶¹ Ibidem, p. 223.

¹⁶² Ibidem, p. 224.

histórica e as normas estabelecidas em conformidade com ela. (Em forma abreviada: devemos conduzir-nos conforme a Constituição prescreve.)¹⁶³

Por meio desse processo silogístico de validade, surge, portanto o conceito de que o Poder Constituinte seria autorizado pela norma fundamental a estabelecer os regramentos futuros de um Estado. Mas não que se deva obedecer às ordens de quem confeccionou a Constituição e assim entender que:

A norma fundamental é a condição sob a qual o sentido subjetivo do ato constituinte e o sentido subjetivo dos atos postos de acordo com a Constituição podem ser pensados como o seu sentido objetivo, como normas válidas, até mesmo quando ela própria o pensa desta maneira.¹⁶⁴

Tais conclusões fazem mais sentido se extrairmos de seu contexto um diagnóstico paralelo. Para isto, será utilizada a famosa teoria de Bertrand Russel, publicada em 1910 e que ficou mais conhecida como *O paradoxo do barbeiro*, que, resumidamente, diz o seguinte: Em determinada cidade, imagine-se que um só barbeiro faz a barba de todos os homens; além disso, todos os homens naquela cidade *não se barbeiam*; se o barbeiro é homem e mora também naquela cidade em que ninguém se barbeia, pergunta-se: quem faz a barba deste barbeiro?

Trazendo a discussão para dentro da análise do Poder Constituinte, pode ser verificado que as disposições procedem, sob o ponto de vista lógico, ao passo que se questiona o seguinte: Qual norma autoriza a criação da norma que irá servir de fundamento a todo o sistema normativo de um estado?

Rafael Lazzarotto Simioni explica a respeito:

E para isso foi importante um desenvolvimento prévio, que iniciou especialmente com a semântica lógica de Gottlob Frege, passando pela lógica de Bertrand Russel até a virada linguística de Wittgenstein. Aqui começa o neopositivismo lógico do Círculo de Viena. Gottlob Frege partiu de uma análise das representações do conteúdo de conceitos por meio de funções proposicionais. A sua conclusão foi a de que tanto o signo de uma classe quanto a extensão de um conceito podem ser abreviados por uma expressão que contenha a função proposicional. (...) Mas essa lógica proposicional cujo fundamento de validade apontava para a sua rigorosa coerência formal logo apresentou problemas de antinomia, contradição e paradoxo. Bertrand Russel foi quem encontrou a contradição nesse sistema lógico de Frege que ficou conhecida como o paradoxo de Russel: o conjunto de símbolos que contém todos os conjuntos contém também a si mesmo? Ou numa versão analógica: quem faz a barba do barbeiro que faz a barba de todos os homens da cidade?¹⁶⁵

¹⁶³KELSEN, op cit., 2012, p. 224.

¹⁶⁴Ibidem, p. 228.

¹⁶⁵SIMIONI, op. cit., 2010. p. 12.

Percebe-se, portanto, que Poder Constituinte e a Norma Hipotética Fundamental possuem características parecidas, especialmente no que se refere a sua inicialidade. De toda forma, constata-se que o Poder Constituinte, segundo Kelsen, seria autorizado pela norma hipotética fundamental, objeto da Teoria Pura do Direito.

3.2O Poder Constituinte e o discurso procedimentalista

É possível verificar que as formas de percepção do direito, tomando por base sua compreensão, podem variar, pois, ao contrário de Kelsen, Habermas propõe uma teoria comunicativa do direito, superando, portanto, a ideia lançada pelo teórico antecessor que visava somente a validade do direito fundada numa norma hipotética fundamental, de natureza puramente formal.

Habermas canaliza a discussão para a análise do discurso jurídico, utilizando-se de mecanismos mais contemporâneos no que se refere aos fundamentos ligados ao Poder Constituinte, valendo-se de um discurso procedimentalista.

Por isso, adentrar-se-á na questão ligada à tensão entre facticidade e validade que é tratada por Habermas em inúmeros níveis, um deles representa ponto fundamental para este trabalho: a formação legítima do direito, especialmente, por meio do Poder Constituinte do povo.

Então, no pano de fundo desta discussão, pode-se encontrar fundamentalmente a importância comunicativa da teoria de Habermas para identificação do Poder Constituinte de um Estado. Ou seja, que o Poder Constituinte encontra como fundamento elementar a gênese participativa, conjuntamente com a teoria procedimentalista da comunicação para formação legítima do direito.

Habermas explica esse fenômeno:

Os direitos de participação política remetem à institucionalização jurídica de uma formação pública de opinião e da vontade, a qual culmina em resoluções sobre leis e políticas. Ela deve realizar-se em formas de comunicação, nas quais é importante o princípio do discurso em dois aspectos: o princípio do discurso tem inicialmente o princípio cognitivo de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho têm a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito. Entretanto, o caráter discursivo da formação da opinião e da vontade na esfera pública política e nas corporações parlamentares, implica, outrossim, o sentido

prático de produzir relações de entendimento, as quais são isentas de violência, no sentido de H. Arendt, desencadeando a força produtiva da liberdade comunicativa.¹⁶⁶

Assim, fica demonstrado que as teorias externadas por Kelsen e Habermas, inicialmente, não se comunicam, perfazendo-se de elementos estruturantes diametralmente diferentes, ou seja, possuem fundamentos opostos, podendo-se afirmar que, para a análise do discurso, a legitimidade do Poder Constituinte representa fator preponderante.

Nesse sentido, Cotrim Neto explica que:

È de ser reconhecido que todos os elementos tomados como ingredientes de uma teoria do Poder Constituinte são os mesmos ingredidos na temática do Poder Legítimo: como este, que tem um conceito factual, indefinível, porque apenas se verifica historicamente sua presença, assim acontece com o outro, cuja natureza e oportunidade de manifestação ocorrem frequentemente ao sabor de circunstâncias históricas.¹⁶⁷

Extrai-se da análise que, nessa perspectiva, há de se resgatar o conteúdo máximo de manifestação popular *lato sensu*, avaliando-se que o discurso em torno do Poder Constituinte delega a si próprio, validade.

Para que isto se torne possível, portanto, faz-se necessário avaliar o conteúdo participativo-discursivo que envolve o Poder Constituinte, e assim Cotrim Neto salienta que:

Como quer que seja elaborada a Teoria do Poder Constituinte ou melhor dito, as teorias – eis que elas são inumeráveis – uma conclusão há de ser estabelecida: o exercício desse Poder estará sempre dependente de uma força suficientemente capaz de obter o apoio da *maiestaspopuli*, ainda que tendo origem uma ação subversiva. E, então, nós entrarmos na área de perquirição da legitimidade da Constituição elaborada.¹⁶⁸

Habermas, portanto, explica que o discurso encontra-se associado a questões técnicas, impossibilitadas de lançar mão do ambiente democrático ao qual ele descreve como *práxis discursiva*, conforme se reproduz:

De acordo com essa ideia, o discurso associa primeiro as condições técnicas, econômicas, sociais e políticas a rede funcional de práticas, que servem, em seguida, a sua reprodução. No entanto, esse discurso que se tornou completamente autônomo e se desprendeu das restrições de contexto e condições funcionais, ou seja, o discurso que *comanda* as práticas subjacentes, padece de uma dificuldade conceitual. As regras arqueologicamente acessíveis que possibilitam a respectiva praxis discursiva são

¹⁶⁶ HABERMAS, op. cit., 2003, p. 191.

¹⁶⁷ COTRIM NETO, op. cit., 2012, p. 330.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 330.

consideradas fundamentais. Mas essas regras podem tornar compreensível um discurso somente no que diz respeito às condições de sua possibilidade não bastam para explicar a praxis discursiva em seu funcionamento efetivo.¹⁶⁹

Justamente, neste aspecto, é que se percebe a importância do procedimento discursivo nas justificativas constituintes, exatamente no sentido de aproximar as pretensões políticas das pretensões verdadeiramente populares.

Simioni explica o fenômeno da seguinte forma:

O projeto habermasiano de reconstrução do direito implica uma mudança radical na fundamentação dos direitos. Implica a substituição da forma do direito, baseada em leis gerais e abstratas por uma forma procedimental de gestação discursiva da opinião e da vontade. Só assim é possível uma mediação entre os interesses individuais da autonomia privada de cada um dos cidadãos. Enquanto que na tradição essa tensão entre autonomia privada e pública era resolvida pela forma geral e abstrata da lei, para Habermas, essa tensão só pode ser resolvida satisfatoriamente por um procedimento discursivo de formação da vontade e da opinião.¹⁷⁰

E ainda, o autor referenciado acrescenta:

Nessas condições, Habermas propõe um novo modelo de forma do direito, onde as liberdades privadas e a “vontade da maioria” podem ser compatibilizadas discursivamente, pela força dos melhores argumentos. E isso significa: sem a força da repressão.¹⁷¹

É de se verificar, portanto, que o conteúdo procedimental-discursivo de Habermas aproxima-se da realidade participativa contida no seio do Poder Constituinte especialmente pelo fato de administrar, em si próprio, uma formatação democrática mais atenta às necessidades plurissignificativas da sociedade contemporânea.

O caráter discursivo das proposições jurídicas representa um conteúdo basilar no estado democrático de direito ao passo que o procedimento discursivo, por óbvio, não ameaça a democracia, pelo contrário, fortalece os planos democráticos, possibilitando o fortalecimento do Poder Constituinte e da Constituição vindoura.

Em um mundo multicultural e globalizado, não há mais padrões de moralidade ou valores éticos com capacidade de universalização. O estágio de evolução da sociedade contemporânea exige um estilo de fundamentação pós-metafísico de criação e institucionalização de direitos. Isso não significa conferir razão à solução positivista do Poder Constituinte, que apostou todas as fichas em uma validade lógico-formal.

¹⁶⁹ HABERMAS, op. cit., 2000, p. 375.

¹⁷⁰ SIMIONI, op. cit., 2007, p. 159.

¹⁷¹ Ibidem, p. 159.

Significa que essa fundamentação precisa ir além, tanto dos critérios formais tradicionais, quanto dos critérios materiais de legitimidade. Nessa perspectiva, o procedimentalismo discursivo de Habermas apresenta-se como uma possível solução.

Suplementarmente, isso equivale a dizer que os atores do processo constituinte – especialmente os representados na Assembleia Nacional Constituinte – podem e devem alavancar discussões que ultrapassam a mera aceitação dos atos constituintes, fato que representaria uma atenuação prévia da tensão existente entre o constitucionalismo e a democracia, situação que é melhor condicionada pela busca do sucesso na participação no exercício do Poder Constituinte.

3.3 O Poder Constituinte como instituição: Caráter substancialista ou procedimentalista?

Para realização das análises substancialista e procedimentalista do Poder Constituinte, surge um questionamento elementar: Considerando que o direito também é composto de normas gerais e abstratas e que o Poder Constituinte possui uma abstratividade ainda mais intensa, questiona-se: seria possível examinar o Poder Constituinte em seu aspecto institucional?

Uma possível resposta pode ser encontrada em Sieyès, ao passo quês e extrai de seu pensamento um formato institucionalizado do Poder Constituinte. Sieyès aponta o que deveria ter sido feito quanto a busca das garantias da Nação em relação a instituição de direitos que garantissem os interesses da Nação francesa, apontando o que seria um formato ideal para instituir o Poder Constituinte francês, pré-revolucionário:

É hora de voltar ao título deste capítulo: o que deveria ter sido feito em meio às dificuldades e brigas sobre os próximos Estados Gerais? Chamar os notáveis? Não. Manobrar junto às partes interessadas para que cada uma delas ceda um pouco? Não. Seria preciso recorrer a uma representação extraordinária. A nação é que deveria ser consultada. Respondamos a duas perguntas que ainda se colocam. Onde consultar a nação? Caberia a quem interroga-la?¹⁷² onde consultar a nação? Onde ela está? Nas quarenta mil paróquias que abrangem todo o território, todos os habitantes e todos os contribuintes da coisa pública. Aí está, sem dúvida, a nação. Deveria ser indicada uma divisão territorial para facilitar a formação de circunscrições de vinte ou trinta paróquias, pelos primeiros deputados. Em um plano semelhante, as circunscrições teriam formado províncias; e estas teriam enviado à metrópole verdadeiros representantes extraordinários com poder especial de decidir a constituição dos Estados Gerais.¹⁷²

¹⁷²SIEYÈS, op. cit., 2001, p. 54.

Percebe-se que, na concepção de Sieyès, a execução dos planos constituintes engendrava-se numa cadeia de ações que envolviam algumas camadas sociais essenciais da época, como o caso da igreja católica, por meio de suas paróquias.

O que se denota, portanto, é um formato organizacional do Poder Constituinte, viabilizado, especialmente, pela consulta popular do povo francês. Nessa hipótese, portanto, talvez seja possível encontrar no Poder Constituinte um atributo institucional, distribuindo-se essa análise específica nas correntes substancialistas e procedimentalistas.

Para realizar uma análise sob o aspecto substancialista surgem alguns questionamentos elementares: seria possível estabelecer no Poder Constituinte uma ligação com a moralidade política no sentido desenvolvido por Ronald Dworkin? Em outras palavras: encontrar-se-ia no Poder Constituinte um conteúdo substancialista, sustentado pelos calorosos debates de moralidade política em torno do nascimento de uma Constituição?

A análise que deve ser realizada centraliza-se entre o Poder Constituinte e a formação do direito. Dworkin afirma que a formação de uma Constituição, partindo de um Poder Constituinte sustentado pela participação da sociedade, em forma de moralidade política, transmite a vontade ou o comando de determinada ala social majoritária:

John Austin, advogado e acadêmico inglês do século XIX, dizia que uma proposição jurídica é verdadeira no interior de uma determinada sociedade política, desde que transmita, corretamente, o comando precedente de alguma pessoa ou grupo que ocupe uma posição soberana em tal sociedade.¹⁷³

A esse respeito, Dworkin descreve a situação, exemplificando de duas formas. A primeira diz que as proposições jurídicas não seriam válidas ou verdadeiras em razão, somente, de uma pseudo submissão daqueles que a devem obedecer. A segunda complementa o raciocínio acima indicando, fundamentalmente, que as aspirações do povo é que fazem daquela proposição uma proposição válida e aceitável.

Assim, as proposições jurídicas não são verdadeiras em razão da autoridade de pessoas que costumam ser obedecidas, mas, fundamentalmente, em virtude de convenções sociais que representam a aceitação, pela comunidade, de um sistema de regras que outorga a tais indivíduos o poder de criar leis válidas. Para Austin, a proposição de que o limite máximo de velocidade na Califórnia é 90 quilômetros é verdadeira apenas porque os legisladores que promulgaram tal lei estavam então no poder; para Hart, é verdadeira porque o povo da Califórnia aceitou, e continua aceitando, o sistema de autoridade usado nas constituições estaduais e nacionais.¹⁷⁴

¹⁷³ DWORKIN, op. cit., 2007. p. 41.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 425.

A aceitabilidade popular citada por Dworkin pode ser facilmente encontrada no espaço de formação do Poder Constituinte, ao passo que as transformações sociais produzem, também, transformações no direito trazendo em seu núcleo basilar uma aspiração de moralidade política, retratando a vontade dos destinatários gerais da norma.

Nessa perspectiva, surge a necessidade de se estabelecerem mecanismos de maior aproveitamento dos benefícios democráticos, como abertura da informação e das manifestações pacíficas e da moralidade legislativa na adequação do texto infraconstitucional, os quais se mostram são indispensáveis para uma maior anuência das novas regras expostas no texto constitucional.

Sobre a questão da moralidade legislativa, quando da regulamentação constitucional, é fundamental que se tenha por base a sua reivindicação por meio de mecanismos válidos e pacíficos, sem o uso da força e de forma ordenada, evitando-se que aquela determinada sociedade queira fazer valer seus direitos por meio da desordem.

Nesse sentido, Dworkin se manifesta:

se adotamos uma definição artificial de sociedade, tal como a de que uma sociedade consiste no complexo particular de ideias e atitudes morais que ocorre serem defendidas por seus membros em um determinado momento, torna-se intolerável que cada um desses *status quo* morais deve ter o direito de preservar sua existência precária pela força.¹⁷⁵

Portanto, há de se demonstrar que um dos possíveis sentidos para a moralidade externada por Dworkin seja direcionado para um elemento de ordem e tolerância recíprocas, tanto por parte dos órgãos responsáveis pela boa redação legislativa – pós-constituinte, como por parte da massa social, destinatária daquelas normas. Aqui pode residir um aspecto de tensão entre dois polos fundamentais da democracia que, evidentemente, desdobram-se no binômio constitucionalismo e democracia.

Disso se deduz que o Poder Constituinte, visto sob o aspecto institucional, atua como elemento fundamental no paradigma alinhado entre o Constitucionalismo e a Democracia, ao passo que buscam-se instituir regramentos no presente, destinados a alcançar o futuro, sempre se baseando num conjunto de moralidade política, atual, ou seja, pensado quando da elaboração do texto constitucional.

Dworkin esclarece acerca disto, citando como exemplo a redação dada a Constituição Norte Americana:

¹⁷⁵ DWORKIN, op. cit., 2010. p. 377.

A Constituição confere poderes limitados a essas instituições e estabelece importantes vedações a cada uma delas. Recusa ao Senado o poder de propor leis envolvendo matéria financeira e nega ao comandante-em-chefe o poder de alojar soldados em residências particulares em tempo de paz. Outras restrições são notoriamente abstratas. A Quinta Emenda insiste em que o Congresso não tome “a vida, a liberdade ou a propriedade sem o devido processo legal”, a Oitava Emenda proscribe as penas “cruéis e iníquas”, e a Décima Quarta Emenda, que dominou o nosso exemplo do caso Brown, exige que nenhum estado negue a qualquer pessoa “a igualdade perante lei”.¹⁷⁶

Outro exemplo ofertado pelo jurista norte-americano diz respeito à imoralidade das campanhas eleitorais fomentadas, em grande parte, por arrecadações milionárias, prejudicando uma boa percepção da realidade política por parte dos eleitores.

Nossos políticos são uma desgraça e o dinheiro é a raiz do problema. Nossos políticos precisam, levantam e gastam mais e mais dinheiro a cada campanha eleitoral. O candidato que tem ou levanta mais dinheiro, como as eleições de 1998, demonstram mais uma vez, quase sempre vence.¹⁷⁷

Tal fato certamente representa enorme prejuízo aos aspectos democráticos, enfraquece a soberania popular e conseqüentemente, distancia-se de decisões políticas infraconstitucionais almejadas pela uma moralidade política pré-constituente, ou seja, pelo Poder Constituinte.

O Poder Constituinte enquanto instituto, se analisado substancialmente, agrega o poder de predeterminar um conjunto de ações morais que abrangerá a edificação de normas infraconstitucionais, ou seja, o Poder Constituinte enquanto moralidade influencia, positiva ou negativamente a regulamentação da futura Constituição.

Assim, para se compreender o Poder Constituinte como instituto é prudente perceber que sua atuação poderá servir como mecanismo corretivo buscando a integridade e, nesse sentido, Dworkin explica que:

Na vida política, nos habituamos a discutir de um certo modo sobre as instituições sociais e políticas: atacando-as ou defendendo-as com base na justiça ou na equidade. Mas não podemos esperar defender a equidade de maneira normal, pois sabemos que às vezes a integridade entrará em conflito com aquilo que recomendam a equidade e a justiça.¹⁷⁸

É curioso verificar que a questão da moralidade política encontra espaço nos discursos que precedem a confecção da constituição. Sob o argumento de que o país merece um novo

¹⁷⁶ DWORKIN, op. cit., 2007.p. 425.

¹⁷⁷ DWORKIN, op. cit., 2011. p.493.

¹⁷⁸ DWORKIN, op. cit., 2007. p. 228.

texto constitucional, necessariamente, o Poder Constituinte encontrar-se-á cercado de discursos que envolvem e desenvolvem a necessidade de reformar retórica e politicamente o sistema constitucional antigo. Geralmente, tais discursos buscam formar uma identidade moral-constitucionalista.

Para se afirmar que essa nova perspectiva constitucional é boa ou ruim, dependerá de uma análise multidisciplinar envolvendo desde análises sociológicas, jornalísticas, mercadológicas etc. até perenes discursos político-jurídicos na Assembleia Nacional Constituinte a que corresponde o desenvolvimento do Poder Constituinte.

Vejamos que o instituto Poder Constituinte, enquanto moralidade política, amplia suas divisas, pois caracteriza-se como necessidade premente daqueles que dele dependem, sem esquecer, logicamente, que cada Constitucionalismo é capaz de desenvolver seus méritos, conforme a história requer.

Apesar disso, José Luiz Quadros de Magalhães expõe sua preocupação quanto a preceitos perigosos que nascem conjuntamente com o Poder Constituinte e que, muitas vezes, representam o oposto da moralidade política pretendida:

Retornamos à antiga discussão para compreendermos o perigo que reside por detrás dos rótulos, que são teorias que ao oferecer muita força ao legislativo ordinário para mudar a Constituição pode retirar o que há de essencial no constitucionalismo moderno, ou seja, a busca da segurança, inclusive contra maiorias qualificadas no parlamento, que podem estabelecer uma espécie de absolutismo da maioria, ou ditadura da maioria, que como um rolo compressor desmonta a Constituição.¹⁷⁹

A visão elucidada por Quadros não representa, exclusivamente, uma opinião negativista do Poder Constituinte enquanto moralidade política em sua substância, sua natureza, mas sim e especialmente uma visão herdada dos experimentos atuais e passados, onde experimenta-se, a cada momento, uma nova modalidade de burla ao tão almejado projeto constituinte.

Já que se falou das oportunidades obscuras ofertadas ao Poder Legislativo para gerenciar alterações negligentes à constituição, nos momentos pré-constitucionais, não se pode olvidar dos atuais, e muito utilizados, mecanismos judiciais de fricção Constitucional: O ativismo judicial.

Suas conseqüências, às vezes não sentidas e indevidamente conhecidas pela massa, são deveras tão ameaçadoras, quanto às alterações da Constituição realizadas por meio de

¹⁷⁹ MAGALHÃES, op. cit., 2004, p. 119.

emendas constitucionais, hipótese em que a moralidade política pretendida pelo Poder Constituinte, permanece refém de sua criatura, o Poder Judiciário.

Dworkin explica a ilustração:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que esteja próxima. Insiste que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la.¹⁸⁰

Na perspectiva substancialista, portanto, pode ser verificada uma ligação entre moralidade política, como conteúdo do Poder Constituinte. Por outro lado, na vertente procedimentalista, o Poder Constituinte encontra-se unido a um procedimento discursivo de formação da vontade e livre de coações comunicativas.

Nessa perspectiva, valeria questionar: seria possível entender o Poder Constituinte como um poder comunicativo? Habermas apresenta algum aspecto capaz de apontar elementos que caracterizam o Poder Constituinte como poder comunicativo? O que seria poder comunicativo e quais seriam os requisitos para que ele surja de forma legítima?

A busca pela conceituação de poder comunicativo não é das mais fáceis, especialmente porque Habermas utiliza-se de disposições conceituais genéricas do termo *poder* ofertadas por Hanna Arendt a qual, para realizar tal conceituação, salienta sobre a importância de se diferenciar *força* de *poder*.

Para Arendt, “enquanto a força é a qualidade natural de um indivíduo isolado, o poder passa a existir entre os homens quando eles agem juntos, e desaparece no instante em que eles se dispersam”.¹⁸¹ Nessa concepção, o poder comunicativo encontra respaldo, especialmente “no uso público de liberdades comunicativas” dos sujeitos em conjunto.¹⁸²

Assim, pode-se afirmar que o poder comunicativo pode ser conceituado como “as convicções produzidas através do discurso e compartilhadas intersubjetivamente.”¹⁸³ Nas palavras de Habermas, o poder comunicativo é traduzido como “a convicção comum entre

¹⁸⁰ DWORKIN, op. cit., 2007. p. 452.

¹⁸¹ ARENDT, op. cit., 1997, p. 212.

¹⁸² HABERMAS, op. cit., 2003, p. 186.

¹⁸³ HABERMAS, op. cit., 2003, p. 186.

falante e ouvinte, que é produzida ou simplesmente reforçada através do reconhecimento intersubjetivo de uma pretensão de validade”.¹⁸⁴

Habermas defende que a criação legítima do direito, por meio do poder comunicativo, depende situações específicas e com exigências próprias, sempre resultantes do processo comunicativo:

E minha teoria do direito descreve essa política como um processo que envolve negociações e formas de argumentação. Além disso, a criação legítima do direito depende de condições exigentes, derivadas dos processos e pressupostos da comunicação, onde a razão, que instaura e examina, assume uma figura procedimental.¹⁸⁵

Quanto ao Poder Constituinte, se analisado em seu aspecto procedimental, poderia ser visto como uma forma tipicamente comunicativa, ao passo que a contribuição de cada cidadão nas deliberações constituintes, a exemplo do ocorrido com a Constituição de 1988, mostra-se fundamental ao avanço da democracia.

Em verdade, os aspectos procedimentais que se desenvolvem na fruição do Poder Constituinte abrangem inúmeros mecanismos nos quais o poder comunicativo encontra-se sempre presente, inclusive na busca de elementos de sustentação de legitimidade da máquina estatal.

Habermas explica o fenômeno da seguinte forma:

Assim como o poder em geral se manifesta na superioridade empírica do interesse mais forte, o poder do Estado se manifesta na estabilidade da ordem por ele mantida. A estabilidade vale como medida para a legitimidade. Pois a legitimidade do Estado mede-se objetivamente no reconhecimento fático por parte dos que estão submetidos a sua autoridade. Ela pode ir da simples tolerância ao assentimento.¹⁸⁶

Tomando-se por base a Constituição de 1988, os aspectos que envolviam o discurso da necessidade de uma nova Constituição para o País organizavam-se frente a uma proposta democrática e participativa a qual reuniu inúmeras alas sociais, inclusive mediante pesquisas e consultas populares, de forma a se buscar a estabilidade política, mediante o *reconhecimento fático* acima citado.

Esse procedimento representa um conteúdo elementar ao desenvolvimento válido não só do Poder Constituinte, mas sim, e especialmente, de sua permanência como estrutura constitucional, como Constituição.

¹⁸⁴ HABERMAS, op. cit., 2003, p. 186.

¹⁸⁵ Ibidem, p.186.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 186.

Daí, poder-se afirmar que as deliberações populares – visto aqui em forma de poder comunicativo, representa um elemento essencial na teoria do Poder Constituinte, sendo capaz de habilitar o intuito participativo gerando a estabilidade política pretendida.

De acordo com o resultado de nossas considerações sobre a teoria do direito, o processo da política deliberativa constitui o âmago do processo democrático. E esse modo de interpretar a democracia tem consequências para o conceito de uma sociedade centrada no Estado, do qual procedem os modelos de democracia tradicionais.¹⁸⁷

As demonstrações alinhadas acima demonstram, portanto, que o poder comunicativo explicitado por Habermas pode influenciar o Poder Constituinte. Mas, além das influências citadas, essa estrutura comunicativa do Poder Constituinte é capaz de organizá-lo e procedimentalizá-lo institucionalmente?

O entendimento é que a comunicação desempenhada entre os agentes do Poder Constituinte e os demais participantes do processo constituinte – o povo, pode produzir elementos sólidos para viabilizar o processo democrático, porque, segundo Habermas: “a força legitimadora reside em processos que institucionalizam o caminho para seu resgate argumentativo. Além disso a fonte de legitimação não deve ser procurada apenas na legislação política ou na jurisdição.”¹⁸⁸

Paralelamente, pode-se extrair dessa força legitimadora do poder comunicativo uma destinação visivelmente finalística ao Poder Constituinte. Ali, denota-se que algumas formalidades podem deixar de ser aplicadas na confecção da norma constitucional, pois o poder comunicativo possui condições de suprir a ausência de eventuais formalidades, desde que levadas a cabo no debate democrático.

No que diz respeito aos críticos jurídico-positivistas, parece que eles deixam de dar conta das peculiaridades do processo de formação do documento constitucional, apegando-se às formalidades mais que ao produto das decisões tomadas em seu conjunto (...).¹⁸⁹

No aspecto prático, portanto, vale lembrar que a confecção do texto Constitucional não deve estar atrelada a formas estanques, engessadas num formalismo compenetrado, de modo a possibilitar que as deliberações voltem-se para aquilo que realmente interessa: um texto constitucional balanceado pelo Poder Constituinte livre, autônomo e atento aos discursos que

¹⁸⁷ HABERMAS, op. cit., 2003, p. 18.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 214.

¹⁸⁹ SAMPAIO, op. cit., 2004, p. 42

o delineiam pela vontade de seu povo e, especialmente, considerando-se aí os processos de racionalização, conforme pretende-se explicar na primeira parte do quarto capítulo desse trabalho.

4. PODER CONSTITUINTE E AÇÃO COMUNICATIVA

4.1 As três dimensões de racionalidade comunicativa

O Poder Constituinte do povo dispõe de inúmeros mecanismos para voltar-se à confecção de um texto constitucional democrático. Mas, para fins de análise do discurso, e para possibilitar o avanço efetivo da democracia para dentro do Poder Constituinte é importante que se realize uma aproximação entre a noção de Poder Constituinte e a ação comunicativa, mesmo sabendo que as condições de cada povo e de cada cultura poderão influenciar positiva ou negativamente a aplicação da teoria de Habermas, conforme se explica mais a diante.

A discussão, portanto, está nas condições materiais de fundamentação do Poder Constituinte, seguindo-se a linha de uma análise do discurso capaz de demonstrar as razões que sustentam essa pragmática de fundamentação.

Como exemplo, na constituinte brasileira, realizada entre 1987 e 1988, os fatores comunicativos em torno das necessidades democráticas aspiradas, há décadas, foram preponderantes ao surgimento de ambiente propício para desenvolvimento válido de um constitucionalismo democrático.

Objetiva-se, então, constatar que entre a teoria de Habermas – que explicita a racionalidade comunicativa, e o discurso do Poder Constituinte, existem elementos que se identificam, permitindo a realização de uma prognose entre tais ocorrências.

Como exemplo, Rodrigo de Oliveira Kaufmann explica que as manifestações populares influenciaram e levantaram elementos discursivos na constituinte de 1988:

Entretanto, é o movimento das “Diretas Já” que melhor representou o processo de redemocratização e restrição aos poderes do Regime Militar. Em um misto de insatisfação, paixão e esperança, as “Diretas Já” deixaram como legado a ideia subliminar — fundamental em uma democracia — de que o povo se organiza e se manifesta quando a situação chega a um limite político-econômico (o estado de “*calamidade total*” de que falou Teotônio Vilela na famosa entrevista ao programa *Canal Livre* em novembro de 1982).¹⁹⁰

¹⁹⁰ KAUFMANN, R. de O. Observatório Constitucional. *O movimento das “Diretas Já” e a construção do STF*. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-fev-22/observatorio-constitucional-movimento-diretas-construcao-stf>, Acesso em: 25 fev. 2014.

Assim, manifestações como as “Diretas Já” podem refletir um discurso de legitimidade política imprescindível ao desenvolvimento de um trabalho democrático-constitucional, realizando-se uma ligação direta com a teoria da racionalidade comunicativa.

Neste sentido, portanto, é oportuno reproduzir os esclarecimentos de Habermas acerca da tensão existente entre racionalidade e saber, disposições que podem ofertar algumas características ao Poder Constituinte, especialmente no tocante às condições das ações social-democráticas, que o influenciam:

Sempre que usamos a expressão “racional” supomos uma estreita relação entre racionalidade e saber. A estrutura de nosso saber é proposicional: opiniões podem ser representadas explicitamente sob forma de enunciados. Pretendo assumir como pressuposto esse conceito de saber, sem maiores explicações, pois racionalidade tem menos a ver com a posse do conhecimento do que com a maneira pela qual os sujeitos capazes de falar e agir adquirem e empregam o saber.¹⁹¹

Do ponto de vista da análise do discurso, portanto, racionalidade comunicativa e Poder Constituinte, integrar-se-iam ao emaranhado de situações fáticas que poderão fundamentar a necessidade de uma constituição a determinado Estado.

Isso se deve ao fato de que os cidadãos, racionalmente, possuem condições de entender e comunicar entre si sobre a importância e o imperativo de uma Constituição, apesar de eventualmente não atenderem e entenderem os critérios científicos e as consequências políticas acerca do fenômeno.

Simioni explica que:

A ação comunicativa passa então a constituir um tipo de racionalidade abrangente e ao mesmo tempo sensível às dinâmicas de coordenação e das ações sociais, capaz de servir de base para um entendimento orientado a pretensões universais de validade, onde a única coação admitida é a força do melhor argumento.¹⁹²

Para a viabilização fática das aspirações democráticas, surgem os caminhos traçados pela teoria da ação comunicativa, os quais indicarão as condições ideais para um avanço democrático-constitucional, incluindo o que tange ao Poder Constituinte.

Nesse sentido, Habermas introduz explicações acerca das dimensões da racionalidade comunicativa e sua estrutura moderna, explicando que:

¹⁹¹ HABERMAS, op. cit., 2003.p. 215.

¹⁹² SIMIONI, op. cit., 2007, p. 11.

Las estructuras modernas de consciencia se filtran desde el plano de la cultura al plano del sistema de la personalidad y, en términos típico-ideales, se encarnan, en el tipo de acción racional con arreglo a valores y, simultáneamente, racional con arreglo a fines, que se expresa en el “modo metódico de vida”.¹⁹³

Partindo-se deste aspecto, portanto, a viabilização dos ideais democráticos para confecção do texto constitucional podem ser explicados, segundo a teoria discursiva do direito, em algumas dimensões de racionalidade, as quais são conhecidas como razão instrumental, razão normativa e razão expressiva.

Os três formatos de racionalidade significam mecanismos de justificação dos interesses ou comportamentos, estariam eles relacionados às transformações ocasionadas pelo Poder Constituinte?

Na racionalidade normativa, Habermas explica que os sujeitos cumprem as determinações legislativas pois existe razão ou sentido para que ajam desta maneira. Comparativamente, portanto, pode-se afirmar que o Poder Constituinte está unido juridicamente, a argumentos normativos formais, especialmente pelo fato de a cultura, a moralidade política as tradições e os costumes representarem, amplamente, formas de racionalidade normativa.

Ou seja, num ambiente de análise do discurso é possível identificar no Poder Constituinte uma ação orientada a normas, pelas quais o discurso prevaiente seria, teoricamente, o do cumprimento de uma norma ou regramento traçado por um ambiente moral e cultural.

A racionalidade expressiva pode ser identificada nas ações que expressam estados de ânimo, estando presentes ações relacionadas a sentimentos: bom, ruim, interessante, estranho etc. Não significa dizer que a presença de tais sentimentos reflitam a ausência de racionalidade. Ao contrário, “a pretensão de validade nessa racionalidade expressiva, é medida então por um critério de sinceridade”¹⁹⁴, sendo possível afirmar “que uma ação é racional ainda que se utilize de expressões subjetivas”¹⁹⁵

Ou seja, ela interage entre aspectos extremamente subjetivos – racionalidade expressiva e – como explicado abaixo, de racionalidade instrumental, hipótese em que pode ser freada pelas vontades e medos da primeira, permitindo-se afirmar que a racionalidade

¹⁹³ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. 6. ed. Anzós: Editora Catedra, 2011.p. 377. As estruturas de modernas de consciência se filtram desde o plano de cultura até o plano da personalidade e, em termos de ideais-típicos, são incorporados no tipo de valores de ação racional e intencional simultaneamente racional que se expressam na "forma metódica da vida" .

¹⁹⁴ SIMIONI, op. cit. 2007, p. 29.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 28 - 29.

expressiva poderá servir de fonte geradora de tensão e contrapeso argumentativo ao Poder Constituinte.

Por outro lado, seria possível acomodar o discurso do Poder Constituinte num âmbito de discurso de racionalidade instrumental? Se para Habermas¹⁹⁶ a racionalidade instrumental corresponde a um mecanismo pelo qual se busca pelo consenso o alcance de determinado fim, “e também se pode chamar de racional uma ação comunicativa que resultou em um consenso (entendimento mútuo) a respeito de algo no mundo, motivado intersubjetivamente por boas razões”¹⁹⁷, poder-se-á concluir que o Poder Constituinte enquadra-se nesse contexto de assistência mútua quando da participação dos atores deste fenômeno.

Nota-se que num universo de racionalidade instrumental, os procedimentos constituintes compõem-se, necessariamente, do papel participativo em busca de uma nova ordem constitucional pelo qual se enquadram ideais unidos entre os sujeitos participantes e os objetivos traçados pelo consenso.

Habermas “então observa uma racionalidade em comum a esses três tipos de racionalidade (instrumental, normativa e expressiva), que é a capacidade de um ator de justificar a racionalidade de seu comportamento”¹⁹⁸, ou seja, ele explica a existência de uma característica comum fundamental aos três tipos de racionalidade: a justificação como fator de verificação de validade da racionalidade.

Segundo Simioni:

A racionalidade pode ser avaliada conforme as boas razões de uma determinada ação social, nas três dimensões da validade universal: para a validade de uma ação instrumental, a verdade; para a validade de uma ação normativa, a correção; para a validade de uma ação expressiva, a sinceridade.¹⁹⁹

Realizando-se uma análise teórica entre a racionalidade comunicativa e o Poder Constituinte, os institutos encontram-se num emaranhado teórico entre racionalidade instrumental, normativa e expressiva, uma fonte, sem dúvidas, propícia ao desenvolvimento de um discurso verdadeiramente democrático, do qual o poder comunicativo desenvolve papel fundamental.

Apesar disso, a simples análise ou aplicabilidade teórica dos tipos de racionalidade seriam suficientes para garantir a efetividade participativa na confecção da Constituição?

¹⁹⁶ HABERMAS, op. cit., 2011.p. 377.

¹⁹⁷ SIMIONI, op. cit., 2007. p. 28.

¹⁹⁸ HABERMAS, op. cit., 2011, 377.

¹⁹⁹ SIMIONI, op. cit., 2007, p. 29.

Seria possível contar, cegamente, com a verdade, a correção e a sinceridade dos agentes envolvidos no discurso ou haveria a necessidade de utilização de mecanismos suplementares? É aí que surgem os princípios e regras no discurso jurídico, como elemento vital na teoria comunicativa do direito.

4.2 Princípios e regras do discurso democrático

Para que o Poder Constituinte alcance sua amplitude democrática mostra-se importante que o poder comunicativo seja construído numa esfera de entendimento recíproco, ou seja, no compartilhamento intersubjetivo com aqueles que participam dos processos democráticos.

É nesse sentido que Habermas procura ampliar a teoria da ação comunicativa, utilizando-a como ponte para o desenvolvimento da teoria discursiva do direito, de forma a abrir espaço para discussões de amplitude democrática que se aproximam dos aspectos intrínsecos do Poder Constituinte:

O discurso, portanto, é uma ética comunicativa formal e procedimental, baseada em pressupostos pragmáticos universais de argumentação que garantem, contra faticamente (normativamente), as condições ideais sob as quais os participantes de uma interação podem chegar a um consenso como resultado do assentimento do grupo a respeito das pretensões de validade levantadas na argumentação.²⁰⁰

A teoria discursiva do direito, se analisada na perspectiva da formação do Poder Constituinte, pode demonstrar identidades participativas quanto a efetivação da democracia? Os cidadãos possuem condições fáticas de administrar, mutuamente, as aspirações democráticas?

Habermas esclarece que:

As constituições modernas devem-se a uma ideia advinda do direito racional, segundo a qual os cidadãos, por decisão própria, se ligam a uma comunidade de jurisconsortes livres e iguais. A constituição faz valer exatamente os direitos que os cidadãos precisam reconhecer mutuamente, caso queiram regular de maneira legítima seu convívio com os meios do direito positivo.²⁰¹

Por isso, para que se alcance a legitimidade do processo de formação da Constituição é indispensável que as opiniões e as vontades sejam canalizadas para um ambiente de ideais

²⁰⁰ SIMIONI, op. cit., 2007. p. 87.

²⁰¹ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*- estudos de teoria política. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 237.

comuns de maneira a se afirmar que “os direitos de participação política remetem à institucionalização jurídica de uma formação pública da opinião e da vontade, a qual culmina em resoluções sobre leis e políticas.”²⁰²

Uma alternativa para se alcançar a plenitude participativa e democraticamente aceita seria a aplicação da teoria discursiva do direito, a qual deve se desenvolver por meio de um procedimento. “A ideia do discurso, em Habermas, é a ideia de um procedimento.”²⁰³

Segundo a teoria discursiva do direito, para que este quadro discursivo se estabeleça de forma plena e suficientemente legítima para validar os trabalhos do Poder Constituinte, surge a necessidade de se aplicarem aos trabalhos constituintes o princípio do discurso em dois sentidos, qual seja, o sentido cognitivo pelo qual:

se busca filtrar contribuições e temas, argumentos, e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho tenham a seu favor a suposição de aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito.²⁰⁴

E o sentido prático, pelo qual o discurso de formação legítimo deve “produzir relações de entendimento, as quais são ‘isentas de violência’” (...).²⁰⁵

Portanto, na formação legítima do Poder Constituinte, o poder comunicativo exerce papel vital, ao passo que se torna condição para a formação legítima da Constituição o entrelaçamento dos sentidos cognitivo e prático do discurso.

Habermas esclarece que “esse estabelecimento da vontade política horizontal, voltada ao entendimento mútuo ou ao consenso almejado por via comunicativa, deve gozar até mesmo de primazia.”²⁰⁶. Então, o que se pretende é demonstrar que o poder comunicativo depende de práticas e regras fundadas numa comunidade de entendimentos, fatos tipicamente ligados aos aspectos de um constitucionalismo democrático.

É aí que surge a importância dos princípios e regras do discurso. Mas, de acordo com a teoria habermasiana, o que seriam esses princípios de regras do discurso? Quais seriam esses princípios e regras? E como visualizá-los nos procedimentos constituintes?

²⁰² HABERMAS, op. cit., 2003, v.1, p. 190.

²⁰³ SIMIONI, op cit. 2007, p. 87.

²⁰⁴ HABERMAS, op cit., 2003, p. 191.

²⁰⁵ Ibidem, p. 191.

²⁰⁶ HABERMAS, op. cit., 2007, p. 278.

De forma geral, os princípios e regras do discurso equivalem a estruturas que visam garantir algumas condições comunicativas, ou seja, são ferramentas que buscam otimizar “as condições ideais de fala”²⁰⁷.

Habermas, portanto, identifica dois princípios para desenvolver a teoria discursiva do direito. Tais princípios podem ser identificados como: princípios da universalização e da ética no discurso.

Segundo Simioni:

Vários aportes da teoria da ação comunicativa são resgatados e incrementados na teoria do discurso. Por isso, para entendimento do horizonte aberto por Habermas no direito, torna-se necessário entender os pressupostos de universalidade (U) e de ética discursiva (D) em discursos práticos para depois observar como Habermas realizou a aplicação desses pressupostos no direito, bem como por que, depois ele modificou sua perspectiva para a construção da sua teoria discursiva do direito.²⁰⁸

Segundo o princípio da universalização (U), “as normas válidas têm que merecer o reconhecimento por parte de todos os concernidos”²⁰⁹, de forma que o “consenso deve, portanto, assegurar que somente sejam aceitas como válidas as normas que expressem a vontade universal.”²¹⁰

Em outras palavras, significa dizer que:

A formulação indicada do princípio da universalização visa a realização cooperativa da argumentação de que se trata em cada caso. Por um lado, só a efetiva participação de cada pessoa concernida pode prevenir a deformação de perspectiva na interpretação dos respectivos interesses próprios pelos demais. Nesse sentido pragmático, cada qual é ele próprio a instância última para a avaliação daquilo que é realmente de seu próprio interesse. Por outro lado, porém, a descrição segundo a qual cada um percebe seus interesses deve também permanecer acessível à crítica pelos demais.²¹¹

A ideia externada pelo princípio da universalização, portanto, traduz a necessidade de que todos os participantes da sociedade sejam e estejam compartilhando de suas decisões políticas fundamentais que, como numa via de mão dupla, circulam de um lado para o outro, fortalecendo os aspectos democráticos numa concepção participativa.

Habermas explica o seguinte:

²⁰⁷ SIMIONI, op. cit. 2007, p. 97.

²⁰⁸ Ibidem, p. 89.

²⁰⁹ HABERMAS, op. cit., 2003, p. 86.

²¹⁰ Ibidem, p. 84.

²¹¹ Ibidem, p. 88.

o princípio da universalização obriga os participantes do discurso a examinar normas controversas, servindo-se de casos particulares *previsivelmente típicos*, para descobrir se elas poderiam encontrar o assentimento refletido por todos os atingidos.²¹²

A utilização do princípio da universalização (U), na formação do Poder Constituinte, poderá significar uma ferramenta fornecedora de oportunidade ampliativa das vontades, capaz de refletir os anseios na descrição da futura constituição. Assim, por meio da teoria discursiva do direito o princípio “U”, poderia cumprir uma tarefa de conexão de opiniões nos debates em torno do Poder Constituinte, especialmente num caráter ampliativo-discursivo.

Como elemento essencial da teoria de Habermas, o princípio da ética no discurso remete-se a necessidade de traçar “argumentos que se apoiam numa explicação de autocompreensão de nossa forma de vida historicamente transmitida e que limitam as decisões axiológicas ao fim, *para nós* absoluto, de uma conduta de vida autêntica.”²¹³

Ou seja, significa dizer que pelo princípio da ética no discurso (D):

Ao entrarem numa argumentação moral, os participantes prosseguem seu agir comunicativo numa atitude reflexiva com o objetivo de restaurar um consenso perturbado. As argumentações morais servem, pois, para dirimir consensualmente os conflitos da ação.²¹⁴

Por este princípio, então, o discurso democrático deve formar-se num emaranhado de opiniões da qual precede a vontade independente dos sujeitos que, expressando suas pretensões pautadas por elementos vivenciais e de ideais de vida, fortalecem e legitimam a força normativa que pretendem compor.

Habermas explica que as “questões ético-políticas se colocam na perspectiva de membros que procuram obter clareza sobre a forma de vida que estão compartilhando e sobre as ideias que orientam seus projetos comuns de vida.”²¹⁵

Aproximando-se do constitucionalismo, portanto, o princípio da ética no discurso reflete a vontade de se constituir um regramento composto por um ideal de vida pelo qual “o modo como nós nos apropriamos das tradições e formas de vida nas quais nascemos e como as continuamos seletivamente decide sobre quem nós somos e queremos ser enquanto cidadãos.”²¹⁶

De acordo com Habermas:

²¹² HABERMAS, op. cit., 2003, p. 203.

²¹³ Ibidem, p. 202.

²¹⁴ Ibidem, p. 87.

²¹⁵ Ibidem, p. 201.

²¹⁶ Ibidem, p. 201.

o princípio da ética no discurso refere-se a um procedimento, a saber, o resgate discursivo de pretensões de validade normativas; nessa medida a ética do Discurso pode ser corretamente caracterizada como formal. Ela não indica orientações contedísticas, mas um processo: o Discurso prático.²¹⁷

Tendo em vista os esclarecimentos sobre os princípios “U” e “D”, cumpre observar as regras do discurso são desdobramentos destes princípios e buscam viabilizar o franco desenvolvimento da liberdade comunicativa e da busca do consenso na formação constituinte.

As implicações dos princípios da universalização e da ética no discurso são complementados pelas regras do discurso jurídico, os quais podem ser identificados pelas seguintes pragmáticas: publicidade; direitos comunicativos iguais; exclusão dos enganos e regra da não coação. De acordo com Habermas, cada uma dessas regras servirá de amparo para a efetivação ou aplicação prática da teoria discursiva do direito.

Segundo Habermas:

Essa práxis repousa nos pressupostos idealizantes de: (a) publicidade e total inclusão de todos os envolvidos, (b) distribuição equitativa dos direitos de comunicação, (c) caráter não violento de uma situação que admite somente a força não-coercitiva do melhor argumento e, (d) a probidade dos proferimentos de todos os participantes.²¹⁸

Habermas esquematiza os pormenores das pragmáticas da teoria discursiva, explicando que pela regra da publicidade e inclusão “ninguém que, à vista de uma exigência de validade controversa, possa trazer uma contribuição relevante, deve ser excluído”²¹⁹ do discurso; já pela distribuição equitativa dos direitos de comunicação, “a todos são dadas as mesmas chances de se expressar sobre as coisas”²²⁰ e as regras do caráter não violento e da probidade dos proferimentos significam, respectivamente, que a “comunicação deve estar livre de restrições que impedem o melhor argumento”²²¹ e “os participantes devem pretender o que dizem.”²²²

Logo, realizando-se uma imbricação entre a teoria do discurso e o Poder Constituinte visualiza-se uma série de ações capazes de legitimar a confecção de um texto constitucional alinhado pelas perspectivas participativas e para que se alcance efetivamente as aspirações

²¹⁷ HABERMAS, op. cit., 2003, p. 201.

²¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação* – Ensaio Filosófico. São Paulo: Edições Loyola, 2004. P. 46.

²¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e razão destrancendentalizada*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 67.

²²⁰ Ibidem, p. 67.

²²¹ Ibidem, p. 67.

²²² Ibidem, p. 67.

democráticas na prática discursiva de Habermas é condição elementar a aplicação dos princípios e regras do discurso.

Pode-se afirmar, portanto, que no discurso democrático pioneiro na formação do Poder Constituinte “o consenso não é obtido nem pela ditadura da maioria, tampouco pela minoria com poder. O consenso pressupõe a exigente condição de que todos os participantes do discurso possam assentir com as proposições.”²²³ Por óbvio que tais reflexões merecem um exame de conformidade com as realidades sociais de cada Estado, conforme se discorrerá mais abaixo.

Com a análise acima, surge a necessidade de se avaliar as espécies de discurso a que se pretende avaliar, ou seja, se está a se tratar de discursos de fundamentação (ou justificação) e aplicação do direito, dependendo do contexto a que se vê inserida respectiva discussão.

Mas o que são os discursos de fundamentação e aplicação? É possível sincronizar as ideias do Poder Constituinte com os discursos de fundamentação e aplicação e como poderiam minimizar os eventuais efeitos nefastos da corruptibilidade das pessoas?

Nessa tratativa, é fundamental que se tenha uma noção de *contextualização* existente entre os discursos de justificação e aplicação. Significa dizer: tanto para o discurso de fundamentação quanto para o discurso de aplicação, o caráter diferenciador entre eles será alinhado pela *contextualidade* de sua abrangência.

Habermas explica que: “nos discursos de fundamentação não se pode levar em conta o *ex ante*”²²⁴ ou seja, uma característica do discurso de fundamentação é a argumentação genérica sem identificar “as possíveis constelações de casos singulares futuros”, enquanto na “aplicação da norma exige-se um esclarecimento argumentativo-normativo *sui generis*”²²⁵, caso a caso.

De acordo com Habermas para “que uma norma valha *prima facie* significa apenas que ela foi fundamentada de modo imparcial”²²⁶, mesmo sabendo que “nos discursos de aplicação, a imparcialidade do juízo não é garantida”²²⁷.

Comparativamente: o Poder Constituinte, enquanto na sua fase organizacional-institutiva, alinha seus caminhos a um discurso de justificação para atender a necessidades

²²³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea*. Curitiba: Editora Juruá. 2014. p. 515.

²²⁴ HABERMAS, op. cit., 2003, p. 203.

²²⁵ Ibidem, p. 203.

²²⁶ Ibidem, p. 203.

²²⁷ Ibidem, p. 203.

amplas e genéricas para formação da Constituição, ou seja, buscam-se “argumentos para o resgate discursivo da validade de normas.”²²⁸

Com a Constituição formada e cessados os trabalhos do Poder Constituinte, o texto constitucional se submeterá a análises do caso concreto, de forma que em “tais discursos de aplicação, a imparcialidade do juízo não é garantida através de um novo princípio de universalização, e sim através de um princípio da adequação”.²²⁹ Neste caso, tem-se no discurso de aplicação a procura de “argumentos para o resgate discursivo da adequação de normas a uma situação concreta.”²³⁰

O entrelaçamento dos discursos de fundamentação e aplicação do Poder Constituinte representariam um *status* integrador à formação constitucional-democrática e, para Habermas, “na formação discursivamente estruturada da opinião de vontade de um legislador político, há uma interligação entre a normatização jurídica e a formação do Poder Comunicativo.”²³¹

Apesar disso, vale realizar um exame crítico no que se refere à aplicabilidade da teoria discursiva do direito em países de “modernidade tardia”²³², especialmente no tocante à efetivação da legitimação da vontade do povo e das nuances políticas que cercam cada realidade social.

Habermas explica que:

Uma crise de legitimação, então, precisa ser baseada numa crise de motivação – isto é uma discrepância entre a necessidade de motivos declarados num Estado, pelo sistema educacional e pelo sistema ocupacional de um lado, e a motivação apresentada pelo sistema sócio-cultural por outro lado.²³³

Ou seja, a sistemática almejada pela teoria de Habermas pode encontrar obstáculos de nível cultural e educacional em cada povo? Tal fato dificultaria o alcance da plenitude de sua aplicação?

Numa perspectiva realista do Poder Constituinte não seria equivocado afirmar pela existência de fatores externos à teoria habermasiana. A corruptibilidade humana, os interesses políticos impessoais e as práticas eleitoreiras que visam benefícios pessoais são exemplos. Nesse sentido, o próprio Habermas salienta que:

²²⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea. Curitiba: Juruá. 2014. P. 543.

²²⁹ HABERMAS, op. cit., 2003, p. 203.

²³⁰ SIMIONI, op. cit., 2014. p. 543.

²³¹ HABERMAS, op. cit., 2003, p. 204.

²³² STRECK, op. cit., 2012, p. 74.

²³³ HABERMAS, Jürgen. *A Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio*. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 98.

No processo democrático os “votos” significam duas coisas: juízos e decisões. Mas disso não resulta que a participação inclusiva no processo decisório seja regulamentado sob um ponto de vista da justiça e honestidade (...)²³⁴

Portanto, o tangenciamento de discussões políticas efetivamente públicas acerca de temas de alta relevância – como no caso de uma constituinte, traz consequências calamitosas à democracia, de forma a potencializar problemas de efetivação participativa e, como consequência, comprometem “a acessibilidade ou inclusão de todos os implicados aos discursos”²³⁵ gerando, também, “frustração de expectativas comportamentais conforme as exigências normativas definidas no discurso”.²³⁶

Desta forma, mesmo justificando que “os membros das sociedades modernas partilham a expectativa de que possam cooperar uns com os outros de forma pacífica, justa e honesta”²³⁷ na formação constituinte, “os participantes de um discurso não podem esperar ingenuamente que serão cumpridos todos esses pressupostos pragmáticos necessários para o entendimento mútuo”²³⁸ de forma que suas pretensões estão condicionadas às realidades que acompanham cada sociedade.

Ou seja, mesmo que se afirme que “quem participa seriamente de uma argumentação procede realmente a partir destes pressupostos”²³⁹ não é de se olvidar do oportunismo de algumas partes envolvidas no discurso que envolve a formação do Poder Constituinte.

4.3 O Poder Constituinte para Além do Estado Nacional

No mundo atual e globalizado, a afirmação de que o Poder Constituinte é um fenômeno supranacional, não causa maior estranheza. Como se viu, seu atributo intranacional há muito é discutido e sua atuação, em que pese sua singular importância, mostra-se majoritariamente inserida num restrito campo territorial, ou seja, nos limites do Estado para o qual é destinada sua obra.

E se o Poder Constituinte fosse analisado num aspecto global, pretendendo-se verificar sua atuação para além do estado nacional e em termos globalizados? Como seria possível visualizá-lo universalmente, em face da infinita diversidade de povos, culturas e,

²³⁴ HABERMAS, op. cit., 2007, p.351.

²³⁵ SIMIONI, op. cit. 2014. p. 531 e 532.

²³⁶ Ibidem, p. 532.

²³⁷ HABERMAS, op. cit. 2007, p.97.

²³⁸ SIMIONI, op. cit. 2014. p. 531.

²³⁹ HABERMAS, op. cit., 2012, p. 68.

especialmente, de políticas e interesses públicos? Teria o Poder Constituinte *características comuns* em Estados soberanos distintos? Seria ele o indicativo de uma *crise* de soberania ou a *solução* para se atingir uma democracia globalizada?

A ideia de Poder Constituinte encontra-se espalhada pelo globo terrestre. Seus sinais são verificáveis tanto quando se pretende *restabelecer* um estado de democracia, quanto no momento em que se almeje *manter* o estado democrático, até por que “nas próprias democracias estabelecidas, as instituições existentes da liberdade não são mais inatacáveis mesmo que a democracia continue sendo o ideal das populações.”²⁴⁰

É verdade que as liberdades e os direitos fundamentais estão sempre na mira de oportunismos políticos e anseios estritamente particulares. E esse não é um problema isolado ou tipicamente característico de países de terceiro mundo. Trata-se de um risco inerente aos Estados democráticos como um todo, pois não existe ambiente democrático imune a golpes totalitários.

Como forma de se instituir uma blindagem democrática seria este o momento de expandir a ideia do Poder Constituinte para um patamar amplificado, extraterritorial, como forma de minimizar os efeitos negativos dos discursos totalitários?

Para dizer se seria possível enxergar o Poder Constituinte como uma força globalizada e multicultural, Habermas explica que:

a existência de sociedades multiculturais, tais como a Suíça e os Estados Unidos, revela que uma cultura política, construída sobre princípios constitucionais, não depende necessariamente de uma origem étnica, linguística e cultural comum a todos os cidadãos.²⁴¹

Para Habermas, somente o fato de se conviver em realidades sociais, culturais e jurídicas diversas não representaria obstáculo ao desenvolvimento de um discurso para produção de um texto constitucional transnacional.

Partindo-se do princípio de que o Poder Constituinte pretenda trabalhar de maneira global “a própria tradição tem que ser assimilada numa visão relativizada pelas perspectivas dos outros para que possa ser introduzida numa cultura constitucional transnacional.”²⁴²

Logicamente que, para o atingimento das pretensões constitucionais transnacionais, os povos terão de se submeter a processos de consentimentos recíprocos que, no discurso do Poder Constituinte, despontam como pontos de tensão entre a glória e o apego às conquistas

²⁴⁰ HABERMAS, op. cit., 2003, p. 13.

²⁴¹ Ibidem, p. 289.

²⁴² Ibidem, p. 289.

antigas - que terão de ser divididas ou mitigadas, e os melhoramentos que podem advir com uma possível constituinte transnacional.

Por óbvio que os medos externados pelas sociedades envolvidas, nesse processo, possuem fundamento. Afinal, o direcionamento constituinte depende de atos e fatos que, às vezes, fogem da alçada de decisões da grande massa popular, ficando a cargo de uma assembleia constituinte que direcionará grande parte dos trabalhos.

Mais do que isso, tratando-se de uma constituinte transnacional, os aspectos práticos e teóricos teriam características profundamente diferentes daquelas que tradicionalmente ocorrem em um só território.

Mesmo assim, diante de um mundo social e economicamente globalizado, as amarras contidas pelo medo e pela incerteza não têm o condão de prevalecer diante da necessidade de se estabelecerem regramentos complexos destinados a sociedades igualmente complexas.

Sob necessidades políticas iminentes, portanto, os Estados devem se abrir para um novo conceito de Poder Constituinte: aquele que seja capaz de ultrapassar os limites do Estado e, ao mesmo tempo, garanta a legitimidade de seu texto.

Logicamente, as práticas para se alcançar tal objetivo são verdadeiramente complexas, tanto em razão da diversidade social e das características jurídicas de cada povo, podendo caracterizar-se, por exemplo, pela influência da cultura jurídica daquele povo nas decisões constituintes, e de dificuldades de escolha do processo de aprovação do texto constitucional transnacional.

Mesmo assim, Habermas salienta que:

da perspectiva de um aumento incontrolado de complexidade política da sociedade mundial, a qual limita sistematicamente cada vez mais o espaço de ação dos Estados nacionais, cria-se a exigência de expandir as capacidades de ação política para além das fronteiras nacionais a partir do sentido normativo da própria democracia.²⁴³

Mas, as pretensões do Poder Constituinte, em atravessar as fronteiras externas do Estado, e buscar alento supranacional, esbarram também, no aspecto da legitimação. Ou seja, como forma de dirimir eventuais dificuldades de origem cultural ou política, surge como ponto formador deste fenômeno, o fator *legitimação*.

Isso pode ser explicado, pois:

a legitimidade de um procedimento democrático, para Habermas, não está somente na participação popular. Ela exige como condição de validade, a inclusão de todos os cidadãos – e nesse caso, a acessibilidade dos cidadãos do mundo – em um

²⁴³ HABERMAS, op. cit., 2011, p. 52.

procedimento discursivo capaz de garantir as condições ideais de discussão, pois somente sob condições ideais essa estrutura procedimental pode justificar para cada um dos participantes, a aceitabilidade racional do próprio resultado do discurso.²⁴⁴

Tais considerações permitem levantar, ao menos, uma conclusão: que o discurso jurídico, desde que cumpridas as condições ideais de discurso, sinalizam-se como guia para superação dos obstáculos culturais, sociais e políticos, ao passo que o objetivo maior é atingir um estágio de plena aceitabilidade jurídico-constitucional.

Nesse ínterim, tem-se a percepção de que os participantes do discurso são capazes de mitigar algumas condições impostas pelo direito interno de seu Estado – soberania, territorialidade legislativa, características políticas, dentre outras, objetivando a promoção de melhorias universais para um melhor atendimento aos direitos fundamentais do homem. É nesse aspecto que se verifica que algumas decisões jurídicas tomadas pelos povos – de maneira geral, enfrenta a necessidade de superação de dogmas intraestatais.

Isso pode ser explicado, pois “no passado, o Estado nacional guardou de forma quase neurótica suas fronteiras territoriais e sociais. Hoje em dia, processos supranacionais irrefreáveis malogram esses controles em diversos pontos.”²⁴⁵

Como reflexo desse entendimento, tem-se que o Poder Constituinte não mais pode ser entendido como um mecanismo raso de criação da Constituição. Muito além disso, portanto, está o Poder Constituinte transnacional inserido numa ordem de fatores em que “há, assim, um direito fundamental de que a Constituição seja cumprida”²⁴⁶ pelos povos que pretendem sustentar uma legitimidade globalizada da Constituição.

Como possível explicação para este fenômeno, há o entendimento global pelo imperativo de se combater “o alargamento das grandes diferenças sociais e contra a exclusão de grupos inteiros do circuito integral da cultura e da sociedade” em prol do bem-estar democrático e da efetivação geral dos direitos fundamentais.²⁴⁷

Sem querer almejar uma volta a justificativas puramente morais do direito:

a ideia da dignidade humana é a dobradiça conceitual que conecta a moral do respeito igual por cada um com o direito positivo e com a legislação democrática de tal modo que, na sua cooperação sob circunstâncias históricas favoráveis, pôde emergir uma ordem política fundamental nos direitos humanos.²⁴⁸

²⁴⁴ SIMIONI, op. cit., 2007, p. 240.

²⁴⁵ HABERMAS, op. cit., 2007, p. 144.

²⁴⁶ STRECK, op. cit., 2012, p. 619.

²⁴⁷ Ibidem, p. 16.

²⁴⁸ HABERMAS, op. cit., 2011, p. 16-17.

Se há dúvidas de que a fundamentação de um Poder Constituinte, nos preceitos dos direitos humanos fundamentais são suficientes, revela-se ao menos interessante o fato de que são tais direitos que inspiraram várias constituições promulgadas contemporaneamente. Que isso é verdadeiro, ninguém discute.

O que se pretende demonstrar, além do mais, é que os direitos fundamentais representariam um dos mecanismos facilitadores de aceitação e legitimação universal do Poder Constituinte transnacional, pois eles já possuem uma característica consensual amplamente majoritária dentre os destinatários e, além disso, “com a positivação dos primeiros direitos humanos, criou-se uma *obrigação jurídica* de realizar o conteúdo moral transcendente que se impregnou na memória da humanidade.”²⁴⁹ Por meio de um ambiente aberto ao discurso, o Poder Constituinte transnacional seria viabilizado.

“Fica claro que uma comunicação sem constrangimento nem distorção pressupõe uma sociedade definitivamente emancipada, com indivíduos autônomos.”²⁵⁰ Ou seja, pode-se afirmar que os mesmos mecanismos aplicados pela teoria do discurso jurídico, seriam aplicáveis ao discurso do Poder Constituinte, num âmbito supra estatal.

É verdade, também, que a ideia de um regramento transnacional parece ser uma realidade e que “os governos nacionais se enredam, cada vez mais, em malhas transnacionais, tornando-se, por isso, cada vez mais dependentes de resultados políticos que são negociados sob condições de distribuição assimétrica do poder.”²⁵¹

Habermas, explicando sobre a possibilidade de se enxergar um Estado transnacional europeu esclarece que

as deficiências democráticas só podem ser eliminadas a partir do momento em que se formar um espaço público europeu. Em sociedades complexas, a legitimação democrática surge do jogo conjunto de processos institucionalizados de deliberação, de decisão e de formação informal da opinião através dos meios de comunicação nas arenas da comunicação pública.²⁵²

Mas como alcançar tais objetivos se a grande maioria dos povos encontra dificuldades de exigir e alcançar a igualdade? É sério que tal problemática representa um grande desafio – talvez a maior barreira a ser transposta e, conseqüentemente um objeto de análise apartada.

E não é só isso, Habermas explica que:

²⁴⁹ HABERMAS, op. cit., 2011, p. 31.

²⁵⁰ STRECK, op. cit., 2012, p. 157.

²⁵¹ HABERMAS, op. cit., 2003, p. 95.

²⁵² Ibidem, p. 95.

No árduo caminho que leva à União Europeia, os Estados nacionais constituem um problema, não tanto devido a pretensões de soberania intransponíveis, mas porque até hoje os processos democráticos só funcionam mais ou menos no interior de suas fronteiras. Numa palavra: nos Estados a esfera pública permaneceu até hoje fragmentada.²⁵³

Tem-se aqui uma barreira – talvez até transponível, a ser superada. O entendimento, neste caso, é que os Estados podem sentir-se realizados com um *casamento* global-constitucionalista.

Não se trata, porém, de uma crise da soberania, e tão somente uma readaptação deste arcaico e bélico conceito de poder dos Estados, pois é inegável que a sociedade avança para necessidades globalizadas que, a cada momento, tomam um rumo diferente. Desta forma, impossível manter a conceituação – ou aplicação do conceito de soberania desenvolvido em épocas pretéritas. Lado outro, denota-se que o Poder Constituinte transnacional poderia restringir sua eficácia se os próprios Estados nacionais não estiverem amplamente seguros de seus objetivos e engajados na solução de seus problemas internos.

E mais: os Estados nacionais, antes de se aventurarem numa global-constitucionalização devem realizar uma autoavaliação para saber se estão realmente preparados para doar parte de sua soberania - ainda que de forma limitada.

Veja-se, portanto, que os cuidados com as respostas aos questionamentos do início dessa exposição merecem especial atenção, pois, somente uma cultura jurídica satisfatoriamente evoluída é capaz de admitir – no sentido mais amplo da palavra, as consequências da globalização constitucional.

Não se quer dizer que tais críticas representem um negativismo global-constitucionalista, mas significa que sua aplicação para países como o Brasil está longe de ser praticada. E este posicionamento vale para as aspirações habermasianas da teoria discursiva do direito.

Num sentido prático, os problemas sociais são elementares: da falta de saneamento básico ao lixo arremessado de dentro dos veículos; da saúde precária aos monumentos olímpicos; do ativismo judicial à judicialização dos direitos. Os problemas que cercam o país giram em torno da ausência de estrutura, educação e honestidade de alguns e do excesso de pseudo-poder de outros.

Nesse diapasão, Streck questiona: “como ter cidadãos plenamente autônomos como Habermas propugna, se o problema da exclusão social não foi resolvido? Mais: como ter

²⁵³HABERMAS, op. cit., 2003. p. 140.

cidadãos plenamente autônomos se suas relações estão colonizadas pela tradição que lhes conforma o mundo da vida?”²⁵⁴

A aplicabilidade de um Poder Constituinte transnacional, portanto, está sujeito, primeiramente, a condições intraestatais capazes de lhe fornecer amadurecimento suficiente para almejar sua aplicabilidade em conjunto com outros países. Caso se alcance tamanha virtude estatal, poder-se-ia dizer que o Poder Constituinte, para fora do território de um Estado, representaria um meio para tentar garantir a sobrevivência democrática.

A justificativa de que “os próprios processos de legitimação fluem através de níveis diferentes de comunicação”²⁵⁵ como tentativa de aproximar de uma solução, aparentemente não se sustenta, especialmente em se tratando de países subdesenvolvidos, pois a teoria de Habermas, apesar de muito sofisticada “não se destina a países como o Brasil, em que condições para formulação dos requisitos para emancipação dos sujeitos sociais são absolutamente precárias.”²⁵⁶

Mesmo assim, há de se reforçar a ideia de que, num futuro não muito distante, a solução para problemas de ordem humanitária ou social sejam – ou possam ser resolvidos por decisões jurídicas transnacionais.

Sob a perspectiva habermasiana:

O objetivo de uma constituição democrática da sociedade mundial exige – já a partir das razões conceituais que orientavam a formação das ordens jurídicas modernas baseadas nos direitos subjetivos- a constituição de uma comunidade de cidadãos do mundo (Weltbürgergemeinschaft).²⁵⁷

Finalmente, os ideais transnacionais do Poder Constituinte se revezariam entre a confecção de uma norma jurídica fundamental capaz de abranger interna e externamente os Estados partidários e paralelamente instituir-se-ia um parlamento abrangendo “representantes dos cidadãos e dos Estados”²⁵⁸ o que, segundo Habermas proporcionaria “que as perspectivas correntes sobre a justiça fossem levadas em consideração pelos cidadãos do mundo, por um lado, e pelos cidadãos do Estado, por outro, alcançando assim um equilíbrio.”²⁵⁹

²⁵⁴ STRECK, op. cit., 2012, p. 157.

²⁵⁵ HABERMAS, op. cit., 2003, p. 163.

²⁵⁶ STRECK, op. cit., 2012, p. 158.

²⁵⁷ HABERMAS, op. cit., 2003, p.163.

²⁵⁸ HABERMAS, op. cit., 2011, p.95.

²⁵⁹ Ibidem, p. 95.

5. CONCLUSÃO

O desafio de se conhecer melhor o Poder Constituinte proporcionou a realização de uma pesquisa de amplitude teórica e, sob alguns aspectos, prática, que buscou entrelaçar elementos da teoria do discurso jurídico com o fenômeno Poder Constituinte.

Portanto, como forma de atender à necessidade de um futuro encaminhamento do tema, a pesquisa centrou-se no cruzamento das informações gerais acerca do Poder Constituinte, seu surgimento, seus limites, suas formas de manifestação para possibilitar uma aproximação, ao menos inicial, com a teoria habermasiana do discurso jurídico.

Com tais disposições, o trabalho alcançou o objetivo inicial de, dentro de suas limitações procedimentais, responder à principal indagação: Há um discurso de legitimação que atua sobre o exercício do Poder Constituinte?

Obviamente, a resposta a este questionamento encontrou fundamento na teoria lançada por Jürgen Habermas, ao passo que a pretensão foi demonstrar que sua teoria discursiva possui elasticidade suficiente para adequar-se a qualquer ambiente em que se pretenda discutir, pelas vias democráticas, o direito. Isso é possível em razão da teoria do discurso possuir, como uma de suas máximas teóricas, a perfeita sincronia discursiva com a participação dos sujeitos que pretendem instituir uma decisão jurídica *lato sensu*.

Por outro lado, a aplicabilidade da teoria do discurso jurídico, no Poder Constituinte, proporcionou igualmente uma análise crítica que refletiu sobre a dificuldade de uma viabilidade prática das ideias habermasianas, pois a teoria é extremamente avançada em face da realidade social, especialmente em países cultural e politicamente atrasados.

A viabilidade teórica do discurso de Habermas, entretanto, é indiscutível. Por meio dela, demonstrou-se que o Poder Constituinte, instituto caracterizado pela necessária participação popular, amolda-se à teoria do discurso jurídico, uma vez que a formação do aludido poder, depende de alinhamentos comunicativos sintonizados com as necessidades sociais e os aspectos jurídicos pelos quais vence a força do melhor argumento.

Pôde-se concluir que o formato de trabalho escolhido proporcionou uma reflexão qualitativa positiva do Poder Constituinte, em face de sua inegável importância para a manutenção da democracia – em países que podem caracterizar-se como democráticos; e para a instituição democrática – em países que dela ainda não comungam.

Nesse aspecto, é que se deu preferência a uma análise do Poder Constituinte, desde o seu surgimento. Assim, por meio da transição constitucional, foi possível verificar que o

Poder Constituinte faz parte de um quebra-cabeça, envolvendo desde a identificação de seu titular: o povo, até a identificação dos seus possíveis limites.

No que respeita à titularidade do Poder constituinte, pôde-se concluir que, na atualidade, o povo é identificado como seu titular. As conclusões demonstram, ainda, que a ideia de uma titularidade do Poder Constituinte deferido à nação, como preferia Sieyès, não está distante de tais conclusões, pois o conceito isolado e finalístico de *nação* aproxima-se do conceito atual de povo. Daí, poder se afirmar pela titularidade do Poder constituinte ser ordenada ao povo.

Já os aspectos referentes à transição constitucional mostraram-se importantes nesse estudo, pois por meio dessa análise, foi possível verificar as formas pelas quais o Poder Constituinte inicia a busca pelas suas pretensões. Apesar de grande parte da doutrina identificar a revolução como mecanismo propulsor de uma constituinte, poucos são os que explicam acerca do real significado do termo e seu sentido prático.

Constatou-se, portanto, que a revolução concernente ao Poder Constituinte não é necessariamente aquela derivada da disputa sangrenta. Uma especial forma de revolução que pode originar o Poder Constituinte transita entre a insatisfação política e as reivindicações pacíficas por direitos, ou seja, não significa dizer que o termo revolução encerra um significado de rebeldia aguda.

No tocante aos limites possivelmente impostos ao Poder Constituinte, conclui-se que a doutrina se divide entre o pensamento de Sieyès – pregando a inicialidade, ilimitabilidade e incondicionalidade do aludido poder.

O pensamento de um Poder Constituinte inicial pode até parecer mais realista – pois atende ao preceito de novidade e rompimento com os parâmetros anteriores, ao passo que não se pode negar que a ilimitabilidade e a incondicionalidade – justificadas eventualmente pela soberania de um Estado, compõem-se de elementos perigosos para a atualidade. Significa dizer que o Poder Constituinte, tido como ilimitado e incondicionado, pode permitir a possibilidade de retrocessos no âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

Os estudos do Poder Constituinte, na sociedade moderna, procuraram observar as motivações históricas de sua formação, especialmente, no que respeita a um questionamento fundamental: contra o que se desenvolveu um conceito de Poder Constituinte? Apesar de tratar-se de assunto pouco abordado pela doutrina, percebeu-se que a formação de seu conceito pode contribuir para ajudar na identificação da necessidade de *participação* popular no poder.

Paralelamente, tal situação auxiliou no sentido de demonstrar que participação popular no poder pode ganhar força e estabilidade quando praticada a *igualdade*.

Outro aspecto importante foi identificar que, para possibilitar a conceituação do Poder Constituinte, ter-se-ia que realizar as discussões existentes entre constitucionalismo e democracia. O que se percebe é que a viabilização do conceito de Poder Constituinte foi fortalecido por aquele binômio, podendo-se afirmar que o constitucionalismo (enquanto positividade) e a democracia (enquanto manifestação) fazem gerar, na prática, a ocorrência do Poder Constituinte, provocando o desenvolvimento conceitual.

Uma característica interessante diz respeito às motivações contemporâneas do Poder Constituinte pela qual se pode observar, principalmente que as reivindicações transformam-se em meios condutores para viabilização do Poder Constituinte, sendo que, inclusive o *silêncio* representa uma forma de *dizer* o Poder Constituinte.

Quanto aos aspectos do discurso do Poder Constituinte e a validade do direito, o tema central de discussão procurou levantar questionamentos conectados entre a Norma Hipotética Fundamental da teoria kelseniana e o Poder Constituinte. Ou seja: haveria relação entre a ideia de Poder Constituinte e a Norma Hipotética Fundamental de Kelsen?

A conclusão dos estudos forneceu subsídio para dizer que a Norma Fundamental poderia servir de sustentação para a ideia fundamental do Poder Constituinte. Não significa dizer que se tratam da mesma coisa, mas somente, em razão do caráter de inicialidade de ambos os conceitos, que há uma correlação teórica entre os institutos.

A análise do Poder Constituinte enquanto instituição pôde demonstrar que os reflexos morais representam um aspecto fundamental para o desenvolvimento retilíneo de uma constituinte, porém, como o objetivo principal da pesquisa foi identificar o Poder Constituinte no plano discursivo do Direito, pôde-se concluir que o caráter procedimental do fenômeno manifestou-se mais adequado aos objetivos lançados nesta pesquisa.

O Poder Constituinte, quando analisado em conjunto com a teoria da ação comunicativa, apresentou-se conjuntamente com a três dimensões de racionalidade comunicativa: normativa, instrumental e expressiva. Pôde-se demonstrar que, quanto aos aspectos normativos, o Poder Constituinte encontra-se acoplado, a contextos normativos formais de ordem cultural e de moralidade política, de tradições e costumes fazendo parte, portanto, das transformações constituintes.

À mesma conclusão se chegou a respeito da dimensão instrumental a qual demonstrou que o Poder Constituinte se manifesta instrumentalmente, pois nele existe a busca pelo consenso e o alcance de determinado fim, objeto da instrumentalidade constituinte.

A racionalidade expressiva atendeu às expectativas de aplicabilidade no Poder Constituinte, pois quando da participação dos sujeitos no discurso, as opiniões a respeito do que seria bom ou ruim, melhor ou pior, válido ou inválido são externadas como forma de participação.

Com a realização dessas análises, foi possível conduzir o estudo para uma arena discursiva mais avançada. A aplicabilidade dos princípios da universalização (U) e da ética no discurso (D), oportunizando concluir que tais princípios conferem ao discurso do Poder Constituinte um caráter legitimador, desde que seguido das pragmáticas da publicidade, dos direitos comunicativos iguais, da exclusão dos enganos e da não coação.

Os motivos que levaram a finalizar as pesquisas considerando o Poder Constituinte para além do Estado nacional se deram em razão da importância atual da temática. Inspirado pelo caráter global do referido poder, seus atributos quase *nômades*, adaptáveis em quaisquer circunstâncias e em quaisquer Estados; o fenômeno pode emergir a qualquer momento e, na análise transnacional, sua importância pode ser vista como uma realidade, pois encontra-se alinhada aos direitos fundamentais do homem.

De uma maneira geral, portanto, as pesquisas puderam identificar no Poder Constituinte uma característica fundamental: o sucesso de seus objetivos possui relação direta com a participação dos sujeitos envolvidos nos trabalhos constituintes.

Não se pode negar, ademais, que tal participação seja efetiva no sentido de viabilizar o ideal democrático pretendido que, de acordo com Habermas, pode ser também traduzido pelos princípios e regras do discurso jurídico.

De toda forma, há de se lembrar que a distância existente entre a teoria habermasiana e a prática constituinte é um problema que se revela, talvez, irrefreável. Nesse caso, o discurso contemporâneo do Poder Constituinte poderá encontrar obstáculos tanto na confecção normativa – constitucionalismo, quanto no aspecto participativo – participação popular. O constitucionalismo, mesmo que fundamentado pelas ações participativas não está imune às mazelas dos interesses aparentemente públicos.

REFERÊNCIAS

AMERICA, United States of. Disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html. Acesso em: 31 mai. 2013.

ARENDR, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 3^a reimp, 1998, p. 517.

BARACHO, J. A. de O. Teoria Geral do Poder Constituinte: O Projeto Constituinte de uma República – 15 Anos de Constituição. In: SAMPAIO, J. A. L. (Coord.) *Quinze anos de constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. A Filosofia Política e a Lição dos Clássicos. São Paulo: Elsevier Editora, 20. tiragem. 2000, 371.

BONAVIDES, P. *Direito constitucional*. Forense: Rio de Janeiro, 1980.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RTJ v. 163, t. 3.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. *Poder constituinte patriotismo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CONSTITUIÇÃO de 4 de Dezembro de 1982 da República Popular da China. *Revista Administração* n.º 48-Edição SAFF. Disponível em: <<http://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/constituicao/index.asp>>. Acesso em: 01 jun. 2013.

COTRIM. NETO, A. B. *Doutrinas Essenciais – Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, v.1, p. 326

DALMAU, R. M. *Constituição da República Popular da China*. Disponível em: http://www.direito.ufg.br/uploads/12/original_24243799-UFRJ-Novo-Constitucionalismo-Latino-Americano.pdf?1352146239. Acesso em: 31 mai. 2013.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. Martins Fontes, São Paulo, 2007.

_____. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *A Virtude Soberana: a teoria e a prática*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Poder Constituinte Originário*. São Paulo: Saraiva 1999.

FIORAVANTI, Maurizio. *Stato e costituzione: Materiali per una Storia delle Dottrine Costituzionali*, Giappichelli Editore, Torino, 1993.

_____. *Constitución: De La antigüedad a nuestros días*, Madrid: Trotta, Tradução de Manuel Martínez Neira. 2011.

_____. *Constitución: De La antigüedad a nuestros días*, Madrid: Trotta, 2011.

GROSSI, P. *Primeira lição sobre direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *A Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. *Direito e Democracia – Entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Verdade e Justificação – Ensaio Filosófico*. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

_____. *A Inclusão do Outro- estudos de teoria política*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

_____. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. 6. ed. Anzoátegui: Editora Catedra, 2011.

_____. *Agir Comunicativo e razão destrancendentalizada*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HERAS, Jorge Xifra. *Curso de Derecho Constitucional*. 2. ed. Barcelona: Bosch, Tomo I, 1957.

HESPANHA, A. M. *Panorama histórico da cultura jurídica Europeia*. Portugal: Ed. Fórum da História. Mira-Sintra, 1997.

IRIBURE JUNIOR, Hamilton da Cunha. *As dimensões de justiça e cidadania no sistema constitucional brasileiro*. Constituição, Política e Cidadania. Porto Alegre: GWI, 2013.

KAUFMANN, R. de O. Observatório Constitucional. *O movimento das “Diretas Já” e a construção do STF*. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-fev-22/observatorio-constitucional-movimento-diretas-construcao-stf>, Acesso em: 25 fev. 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LERA, Miguel H. Repertorio Bibliográfico Sobre La Transición Socio política Española, *Revista del Departamento de Derecho Publico de la UNED*, n. 4, 1979.

LOCKE, J. *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. Clube do Livro Liberal, 2006. p. 72. Disponível em: http://search.4shared.com/postDownload/J66LDROH/John_Locke_-_Segundo_Tratado_S.html. Acesso em: 01 jun. 2013.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Democracia e Poder Constituinte. 15 Anos de Constituição. In: SAMPAIO, J. A. L. (Coord.) *Quinze anos de constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MAGALHÃES, J. L. Q.; AFONSO, H. W. O Estado Plurinacional da Bolívia e do Equador: Matrizes para uma Releitura do Direito Internacional Moderno. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, n. 17. Jan./jun. 2011.

MIRANDA, J. *Momentos constitucionais e mudança política*. 2009. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/jorgeMIRANDASevilha.pdf. Acesso em: 18 mai. 2013.

_____. *Os princípios da democracia*. Publicado na coletânea: *Constituição, Política e Cidadania*. Porto Alegre: GWI, 2013.

MORAES, A. de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MÜLLER, F. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonadp. 2000.

_____. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOVELINO, Marcelo. *Constituição, Política e Cidadania*. In: Coletânea, Porto Alegre: GWI, 2013.

OMMATI, J. E. M. *Teoria da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

SAMPAIO, J. A. L. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte. Del Rey. 2002.

_____. Teoria e Prática do Poder Constituinte. Como legitimar ou desconstruir 1988 – 15 anos depois. In: SAMPAIO, J. A. L. (coord). *Quinze anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Dos Princípios Constitucionais – Consideração em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SARLET, I. W. A Lei Fundamental da Alemanha: breves notas sobre sua formação e evolução e seu papel para o constitucionalismo brasileiro. Publicado na coletânea: *Constituição, Política e Cidadania*. Ed. GWI, Porto Alegre, 2013.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa – Qu'est-ce que letiersÉtat?* Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

_____. *Escritos y Discursos de la Revolución*. Madrid: Centro de Estudios y Constitucionales, 2007.

SILVA, José Afonso da. *O Constitucionalismo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa*. Curitiba. Juruá Editora, 2007.

_____. Interpretação, argumentação e decisão jurídica no neopositivismo de Hans Kelsen. *III seminário de Teorias da Interpretação e da Decisão Jurídica (PPGD/FDSM)*. Pouso Alegre, 2010.

_____. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea*. Curitiba: Editora Juruá. 2014.

SOARES, R. O conceito ocidental de constituição. *Revista de Legislação e Jurisprudência, RLJ*, Coimbra, 1986.

SOMEK, Alexander. *The Constituent Power in a National and in a Transnational Context*. University of Iowa, College of Law, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lênio Luiz ; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 106.

XAUSA, Leônidas R. *A constituinte questionada*. Porto Alegre: L&PM, 1986, p.18.