



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA  
FILOSOFIA POLÍTICA, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA**

**A TEORIA DO PODER CONSTITUINTE:  
UMA ANÁLISE DAS CRÍTICAS DA COMUNIDADE JURÍDICA ÀS PROPOSTAS  
DE REFORMA EXCEPCIONAL DA CONSTITUIÇÃO**

**BRASÍLIA  
2015**

**EDUARDO BORGES ARAÚJO**

**A TEORIA DO PODER CONSTITUINTE:  
UMA ANÁLISE DAS CRÍTICAS DA COMUNIDADE JURÍDICA ÀS PROPOSTAS  
DE REFORMA EXCEPCIONAL DA CONSTITUIÇÃO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo

**BRASÍLIA  
2015**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**EDUARDO BORGES ARAÚJO**

**A TEORIA DO PODER CONSTITUINTE:  
UMA ANÁLISE DAS CRÍTICAS DA COMUNIDADE JURÍDICA ÀS PROPOSTAS  
DE REFORMA EXCEPCIONAL DA CONSTITUIÇÃO**

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, pela seguinte banca examinadora:

---

**Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo**  
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília  
Presidente

---

**Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Eneida Desiree Salgado**  
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná  
Membro externo

---

**Prof. Dr. Alexandre Araújo Costa**  
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília  
Membro

---

**Prof. Dr. Leonardo Augusto Andrade Barbosa**  
Centro de Formação da Câmara dos Deputados  
Membro

Brasília/DF, 09 de setembro de 2015

*À minha mãe, Valéria,  
certamente mais preocupada do que eu:  
terminei!*

## AGRADECIMENTOS

Aqueles que acompanharam o desenvolvimento deste trabalho sabem até melhor do que eu que não foi nada fácil. Não devido à dissertação em si, vez que sempre contei com ajuda e paciência irrestrita de todos, mas em razão de desafios que a vida repentina e paulatinamente impõe a cada um. Conta Hannah Arendt que “é nos ‘tempos sombrios’ que a humanidade mais frequentemente manifesta-se sob a forma de fraternidade”<sup>1</sup>. Não agradecer a todos que tomaram parte desses momentos seria muito pior do que egoísmo. Seria ingratidão pela humanidade que dispensaram a mim quando dela precisei.

À minha mãe, Valéria, com uma admiração que não cabe em mim, e ao meu pai, Rodrigo, com uma saudade que também transborda. Simplesmente não consigo colocar em palavras tudo o que sinto por vocês dois, então apenas direi que sou muito grato pelo amor recebido e pelo amor ainda a receber, seja na forma de olhares, gestos e memórias. Sei que irão me entender porque sempre nos entendemos – agora mais do que nunca.

À Luíza, minha irmã. Quis o destino que crescêssemos para enfrentarmos juntos a vida, que ultimamente está mais esquentando do que esfriando, mais apertando do que afrouxando e mais desinquietando do que sossegando. Sorte a minha em manter contigo laços que vão para muito além do sangue.

À Larissa, minha namorada, que coloriu a minha vida quando menos esperava e coloriu ainda mais forte quando mais precisava. A você, todos os meus lápis aquarela.

Aos meus tios, tias, primos e primas, cuja companhia torna tudo mais leve.

Aos meus avôs João e Antônio e às minhas avós Helena e Zilá, com muito afeto desse neto por vezes esquecido, mas nunca relapso.

A Evandro, Letícia, Luiz e todos os amigos de Curitiba, por tornarem acolhedora essa cidade tão fria, nunca deixando transparecer que não nos encontrávamos por meses – mais parecia ter sido ontem.

Ao Juliano, pela amizade (mais ainda pelas piadas). Bom contar contigo aqui.

Ao Smailey, quem injustamente esqueci de agradecer na monografia.

A João Gabriel, Kelton, Nunes, Karol e todos os amigos de Brasília, por fazerem daqui uma cidade mais aconchegante, em meio a tanto concreto e estudo.

Aos professores Juliano e Alexandre, pelos questionamentos e enfrentamentos.

Aos chefes de hoje e de ontem, Dr. Marcus Vinicius, Dr. Cláudio e Dra. Beatriz, por compartilharem das angústias e das ansiedades desse advogado ainda inexperiente.

---

<sup>1</sup> ARENDT, Hannah. **Homens em tempos sombrios**. Lisboa: Relógio D’Água, 1991. p. 22.

*Quando os meu ouvintes saibam que um partido político tem por bandeira o grito angustioso de “cerrar fileiras em torno da Constituição!”, que devemos achar?*

*Pondo essa questão, não trago um apelo ao vosso desejo e nem me dirijo à vossa vontade. Pergunto simplesmente como a homens conscientes: que devemos achar de um fato desses?*

*Estou certo de que, sem serdes profetas, respondereis de pronto: tal Constituição está nas últimas; já podemos considerá-la morta e sem existência: mais uns anos e terá deixado de existir.*

*Ferdinand Lassale*

## **RESUMO**

A presente dissertação ocupa-se de analisar a limitação operada pelo constitucionalismo moderno – liberal por excelência – sobre a originariamente revolucionária categoria do poder constituinte, que voltaria ao epicentro da discussão pública brasileira em razão da proposta da Presidência da República de, como resposta às manifestações populares do mês de julho de 2013, instalar uma assembleia constituinte específica para a reforma do sistema político brasileiro. Somente uma entre várias outras propostas em igual sentido, a proposta de 2014 recorreria a procedimentos excepcionais de reforma constitucional a fim de contornar os impasses políticos que, tornando quase impossível chegar à maioria qualificada exigida no parágrafo segundo do artigo 60 da Constituição Federal de 1988, atravancam a realização da reforma política por décadas. Novamente, assim como fizera nas ocasiões anteriores, a comunidade jurídica não tardaria para manifestar suas críticas à proposta nos mais variados veículos de comunicação. Analisar as declarações emitidas por advogados, magistrados e acadêmicos traria à tona uma série de argumentos básicos que, reiteradamente empregados para afastar as propostas de convocação de assembleias exclusivas, evidenciaria a influência do constitucionalismo na compreensão dos juristas em torno do fenômeno político e, sobretudo, da categoria do poder constituinte. Pensado inicialmente como elemento de legitimação da quebra da ordem vigente através da ação legiferante de uma assembleia soberana, a categoria seria esvaziada até poder prestar-se como elemento legitimador da manutenção da ordem. No que o poder constituinte seria confinado no direito, que passaria a regular os modos, meios e tempos de sua expressão, seu potencial criador tornar-se-ia simplesmente reformador, devendo observar os limites que o texto constitucional lhe imporia. Em vez de estimular a discussão efetiva em torno da legitimidade e conveniência de inovações constitucionais, o discurso jurídico calcado na teoria liberal do poder constituinte consagraria a primazia do princípio liberal sobre o princípio democrático. Observados os itinerários da genealogia do poder constituinte, da criação do constitucionalismo liberal e da naturalização do discurso jurídico, evidenciar-se-ia uma cultura jurídica cuja filiação à doutrina liberal conduziria à submissão, em vez da articulação, do direito à política mediante fetichização, naturalização e neutralização de conceitos jurídicos situados no projeto antidemocrático do liberalismo.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Soberania; Poder Constituinte; Constitucionalismo; Emenda; Discurso Jurídico

## **ABSTRACT**

The present dissertation deals with analyzing the current limitation operated by modern constitutionalism – liberal by excellence – on the originally revolutionary category of constituent power, which would return to the epicenter of Brazilian public debate since the Presidency of the Republic's proposal, in response to popular demonstrations in July of 2013, to convene a constituent assembly to promote political reform in Brazil's system. Another one amongst several other proposals in the same sense, the 2014 proposal resorts to exceptional procedures for a constitutional reform in order to circumvent such political impasses that, making it nearly impossible to reach the qualified majority required in the second paragraph of Article 60 of the Federal Constitution of 1988, have been hindering the achievement of a political reform for decades. Once again, just as it had done on previous occasions, the legal community soon expressed severe criticism regarding the proposal in various means of communication. Analysis of statements issued by lawyers, judges and academics would bring to the fore a number of basic arguments, which are repeatedly used to fend off calls for exclusive assemblies, indicates the influence of constitutionalism in the understanding of lawyers concerning the political phenomenon and, above all, the category of constituent power. Initially seen as an element to legitimate the shattering of the current order through the legislating action of sovereign assembly, the category would be emptied until it is able to render itself as a legitimizing element of maintaining order. With the confinement of the constituent power to the law, regulating ways, means and times of expression, its creating potential would become simply reforming, watching for the limits that the Constitution would impose. Rather than stimulating an effective discussion on the legitimacy and convenience of constitutional innovations, the legal discourse, underpinned by the liberal theory of the constituent power, would enshrine the primacy of the liberal principle over the democratic principle. Subject to the itineraries of the genealogy of constituent power, the creation of liberal constitutionalism and the naturalization of legal discourse would evidence a legal culture whose membership in the liberal doctrine would lead to the submission, rather than the liaison, of the law to the politics, by fetishization, naturalization and neutralization of legal concepts located in the antidemocratic project of liberalism

## **KEYWORDS**

Sovereignty; Constituent Power; Constitutionalism; Amendment; Juridical Discourse

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
1 DA SOBERANIA POLÍTICA AO PODER CONSTITUINTE .....	14
1.1 A AFIRMAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE.....	16
1.2 A REALIDADE DO PODER CONSTITUINTE.....	36
2 DO PODER CONSTITUINTE AO TEXTO CONSTITUCIONAL .....	56
2.1 A DERROCADA DO PODER CONSTITUINTE .....	58
2.2 A NEGAÇÃO DO PODER CONSTITUINTE .....	78
3 DO TEXTO CONSTITUCIONAL À REFORMA CONSTITUCIONAL .....	98
3.1 A RIGIDEZ DA REFORMA CONSTITUCIONAL .....	100
3.2 A NATURALIZAÇÃO DO DISCURSO JURÍDICO.....	120
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	139
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	142

## INTRODUÇÃO

Desde a Independência do Brasil, em 7 de setembro de 1822, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, em 5 de outubro, a trajetória constitucional traçada até então apresentar-se-ia como “a melancólica história do desencontro de um país com sua gente e com seu destino”<sup>2</sup>. Sem considerar os dezessete atos institucionais baixados pelo regime civil-militar de 1964 a 1969, inobstante a circunstância de gozarem de hierarquia supraconstitucional a fim de revestirem o golpe de Estado com as roupagens de legítima revolução, seriam sete os textos constitucionais promulgados ou outorgados ao longo de aproximadamente duzentos anos de soberania. Apenas com a Constituição de 1988, que seria “a melhor das constituições brasileiras de todas as nossas épocas constitucionais”<sup>3</sup>, o País colocaria termo a “quase dois séculos de ilegitimidade renitente de poder, de falta de efetividade das múltiplas constituições e de uma infundável sucessão de violações da legalidade constitucional”<sup>4</sup> para ingressar em uma fase onde supostamente imperariam a democratização do poder, o respeito à legalidade e a efetividade da constituição. Com a chegada das comemorações pelos vinte e cinco anos da promulgação da “Carta Cidadã”, mais do que nunca receberia atenção a sua contribuição à emergência de uma sociedade cada vez mais participativa, democrática e igualitária. Mas, sem desmerecer os avanços conquistados, seriam encontradas promessas ainda não concretizadas, de maneira que o desafio imposto pela carta seria “tornar integralmente efetiva a sua normatividade”<sup>5</sup>.

O problema da efetividade da constituição reivindicaria uma “nova interpretação constitucional”, que enfatizaria a normatividade dos princípios, ponderação de valores e teoria da argumentação em detrimento do método de subsunção, da forma da regra e dos elementos tradicionais da hermenêutica. A deflagração da suposta reviravolta no campo da interpretação teria como causa a constatação em nada trivial, embora estivesse longe de exatamente inédita, de que as normas jurídicas em geral e as normas constitucionais em particular não carregariam consigo um sentido unívoco e válido para todas possíveis situações. A ausência de um significado objetivo seria ainda mais gritante em relação às disposições constitucionais, em virtude da sua natureza principiológica e da sua redação

---

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: a nova Interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003. p. 25.

<sup>3</sup> BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. **Estudos Avançados [online]**, São Paulo, v. 14, n. 40, set./dez. 2000. p. 174.

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: a nova interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. p. 25.

<sup>5</sup> CLÉVE, Clèmerson Merlin. **25 anos da Constituição Federal: há o que comemorar?** Disponível em: <<http://bit.ly/1GK9YKV>>. Acesso em 21 de junho de 2015.

aberta tornarem sua aplicação direta à realidade concreta dependente das circunstâncias subjacentes ao caso. Logo, as regras jurídicas necessitariam de intérpretes que pudessem atravessar a vagueza do significante para aferir o significado. No Brasil, a proeminência da Constituição Federal, com a decorrente expansão dos campos do direito, provocaria a emergência de uma classe de atores responsável exclusivamente por produzir, difundir e consolidar a interpretação de sentidos das regras constitucionais: os constitucionalistas<sup>6</sup>.

Não fosse suficiente o campo de atuação estender-se para bem além da leitura da constituição, dada a inserção no texto dos principais ramos do direito infraconstitucional e a reinterpretção pelos seus prismas do ordenamento jurídico em sua integralidade<sup>7</sup>, os intérpretes da constituição logo ocupariam posições-chave nas instâncias de tomada das decisões políticas – fossem como ministros de cortes superiores e supremas, professores das principais faculdades de direito e advogados representantes da classe. Mais do que isso, amparados tanto pela sua *expertise* jurídica, legitimada na ilusão da adequação das disputas políticas às regras jurídicas, quanto pela excepcional personalidade dos juristas, considerada pressuposto à tomada de decisões racionais e justas<sup>8</sup>, os constitucionalistas desempenhariam, com a consolidação da democracia, papel fundamental na legitimação das concepções jurídicas da vida pública e, mais do que isso, das concepções políticas da vida pública – entre elas, da concepção política apta a extinguir os parâmetros legais que deveriam nortear a conduta dos constitucionalistas: o poder constituinte.

Uma análise do discurso desenvolvido, consolidado, neutralizado, naturalizado e fetichizado pelos constitucionalistas e juristas em geral em torno da categoria forneceria importantes subsídios à compreensão do tratamento dispensado pelo constitucionalismo moderno, fiel à sua gênese liberal, ao poder que inadmitiria *ab initio* qualquer disciplina à sua manifestação justamente por ser fundante, ilimitado, indivisível, incondicionado e permanente. A interpretação predominante da constituição como norma exclusivamente jurídica descolaria o texto do seu fundamento último de validade, que não seria recebido pelo direito público por não ser considerado um conceito propriamente jurídico. Assim, sendo um poder de fato, não de direito, o poder constituinte não receberia maior atenção da doutrina jurídica contemporânea, que se concentraria desproporcionalmente sobre as

---

<sup>6</sup> ENGELMANN, Fabiano; PENNA, Luciana. Política na forma da lei: o espaço dos constitucionalistas no Brasil democrático. **Lua Nova [online]**, São Paulo, n. 92, abr./mai. 2014. p. 178.

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 43.

<sup>8</sup> MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos**, São Paulo, n. 58, CEBRAP, 2000. p. 186.

controvérsias em torno da jurisdição constitucional. Na medida em que seria o controle judicial de constitucionalidade o papel “politicamente mais impactante do Tribunal, por trazer à tona a clássica tensão entre constitucionalismo e democracia”<sup>9</sup>, quase que 25% - ou seja, um a cada quatro – dos grupos de pesquisa inscritos no Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico trabalharia com o assunto<sup>10</sup>.

Seria a um só tempo sintomático e revelador que a teoria do poder constituinte, mesmo na posição de “máxima expressão do princípio democrático e questão central da problemática constitucional”<sup>11</sup>, tornasse-se um assunto de menor importância à doutrina constitucional, que, nas poucas vezes em que se ocupa do poder constituinte, trataria do poder constituinte derivado de reforma e dos seus limites. Ao lado dessa desatenção em nível teórico, existiria a atenção em nível prático a toda e qualquer proposta de convocar o poder constituinte originário para reformar por inteiro ou por partes seu texto. Na base de ambos os comportamentos, residiria a teoria liberal do poder constituinte. Concebido inicialmente como fator de legitimação da ruptura da ordem vigente mediante a atuação legiferante de uma assembleia soberana, a categoria seria esvaziada até prestar-se como agente de legitimação da preservação da ordem. No que seria restringido ao direito, que passaria a disciplinar modos, meios e tempos de sua manifestação, o poder constituinte perderia o potencial criador para se tornar simplesmente reformador, na medida em que deveria observar os limites que o texto constitucional lhe colocaria. Em vez de estimular a discussão efetiva em torno da legitimidade e conveniência da inovação constitucional, o discurso jurídico calcado na teoria liberal do poder constituinte consagraria a primazia do princípio liberal sobre o princípio democrático.

Para abordar a teoria liberal do poder constituinte, desde a sua construção teórica até a sua reprodução discursiva, seria necessário cumprir os itinerários da genealogia do poder constituinte, do desenvolvimento do constitucionalismo liberal e da naturalização do discurso jurídico, com cada um dos itinerários correspondendo a um capítulo de dois subcapítulos. Ao fim do primeiro, deseja-se fornecer instrumentos tanto teóricos quanto históricos necessários à crítica à concepção liberal do poder constituinte que será trazida no segundo capítulo do trabalho. Intimamente atrelada à categoria da soberania política, que remeteria a uma autoridade que desconhece limites à sua expressão, que a categoria

---

<sup>9</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direito fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 39.

<sup>10</sup> ENGELMANN, Fabiano; PENNA, Luciana. Política na forma da lei: o espaço dos constitucionalistas no Brasil democrático p. 198.

<sup>11</sup> BERCOVICI, Gilberto. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. **Lua Nova [online]**, São Paulo, n. 88, 2013. p. 305.

do poder constituinte impor certa dificuldade a juristas, condicionados a trabalhar com direitos – ou seja, limites. O direito constitucional moderno, de matriz liberal, preocupasse em assegurar teoricamente a soberania popular, ao tempo em que, na prática, desloca a soberania a um texto – eis que emergiria o paradoxo da soberania limitada.

Enquanto o primeiro capítulo ocupou-se da soberania, resgatando sua função de legitimar o exercício da autoridade e a criação da ordem, o segundo cuidará unicamente da categoria do poder constituinte – para ser mais preciso, da chamada “teoria liberal do poder constituinte”. Ao tempo em que celebra a existência do poder soberano criador da ordem, condiciona sua manifestação aos procedimentos delineados pelo direito positivo – sob o desígnio de poder constituinte reformador e decorrente. Ao término do segundo itinerário, deseja-se fornecer subsídios à análise do discurso jurídico sobre a categoria, especialmente quando sob discussão a reforma da constituição por formas outras que as estipuladas em seu texto. Como será desvelado no terceiro e último capítulo, o triste fim da teoria constituinte foi prestar-se não à criação do novo, mas à manutenção do velho.

No terceiro e último capítulo, após a análise das características tradicionalmente atribuídas ao poder constituinte pela teoria constitucional contemporânea e das tentativas de reforma excepcional do texto constitucional, revela-se que, subjacente à categoria do poder constituinte, tal como empregada recorrentemente pelos juristas quando da crítica a propostas de constituinte exclusiva e específica, a noção liberal do constitucionalismo faz as vezes de teoria normativa da política, reduzindo questões de legitimidade política para questão de adequação constitucional e resultando em uma teoria conservadora. Em vez de estimular o debate sobre legitimidade e oportunidade de emendas constitucionais destinadas a enfrentar as limitações da ordem jurídica, a doutrina impediria o debate ao privilegiar a teoria liberal frente à teoria democrática, tomando como neutras categorias cujo fim seria cercear a manifestação da soberania popular para garantir o *status quo*.

Ao final dessa trajetória, chegar-se-ia a uma cultura jurídica cuja adesão à teoria liberal conduziria à submissão, em vez da articulação, da política ao direito por meio da fetichização, naturalização e neutralização de categorias jurídicas embutidas no projeto antidemocrático do liberalismo. O fetichismo jurídico a conceber as estruturas políticas liberais como “patrimônio institucional da humanidade”, conduziria à naturalização de arranjos políticos conservadores, supostamente imutáveis e universais, e à neutralização de pressupostos filosóficos, desconsiderados em seus fundamentos antidemocráticos.

## 1.1 DA SOBERANIA POLÍTICA AO PODER CONSTITUINTE

Embora a sua origem remeta à Idade Média, fazendo-se igualmente presente nos discursos revolucionários da breve porém intensa experiência republicana da Inglaterra de Oliver Cromwell, a categoria “poder constituinte” viria a ser abertamente empregada apenas pelo discurso revolucionário francês, com a publicação da obra *Qu'est-ce que le Tiers-État?*, de Emmanuel-Joseph Sieyès. Ao utilizá-la, seria intenção do Abade garantir legitimidade à convocação de assembleia nacional competente para refundar as bases da sociedade política do país, ainda disciplinada por um conjunto de regras que, inobstante a reconhecida natureza constitucional, compunha-se basicamente dos usos e costumes<sup>12</sup>. Alerta à fronteira entre poder constituinte e poder constituído, Emmanuel-Joseph Sieyès inadmitiria a impossibilidade do poder instituído alterar as regras instituidoras da forma política<sup>13</sup>. Devido à ausência dos mecanismos que permitissem aos poderes constituídos modificar a constituição, fosse ela um texto escrito ou não, a categoria emergiria como fator de legitimidade de transformações no cerne normativo da sociedade política.

No calor da revolução francesa, a inovação constitucional receberia justificação diretamente da soberania, interpretada por Sieyès enquanto uma potência constituinte de titularidade da nação e, a partir dessa inédita articulação, o constitucionalismo moderno tomaria por idênticos os conceitos de poder constituinte e soberania política. Portanto, o adequado entendimento do primeiro perpassa pelo adequado entendimento do segundo, fazendo-se fundamental, neste início de trabalho, analisar as transformações conceituais sentidas desde a elaboração da soberania em contraponto à constituição mista medieval, que, com os propósitos de multiplicar as instâncias decisórias e escapar da centralização política, seria considerada a principal culpada pelos conflitos políticos que assolariam o continente europeu a partir da segunda metade do século XVIII. Ao contrário da ordem moderna, em que a preocupação com a unidade revela-se na especificação de uma única autoridade política e no estabelecimento de um único ordenamento normativo, a ordem medieval recusava-se a aceitar qualquer tendência de centralização política e normativa, caracterizando-se por uma multiplicidade de autoridades e de ordenamentos.

Introduzida no discurso da filosofia política a partir de contribuições da Grécia e Roma antigas precisamente para legitimar o processo de concentração do poder político na pessoa do monarca, a soberania logo seria objeto do mais ferrenho embate filosófico

---

<sup>12</sup> COSTA, Alexandre Araújo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania. **Teoria & Sociedade**, Universidade Federal de Minas Gerais, v. 19, 2007. p. 186.

<sup>13</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers état?** Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 53.

e, sobretudo, político. Ao longo dos séculos XVII e XVIII, estaria em discussão a última titularidade do poder soberano, com pensadores a atribuí-la ora ao monarca, ora ao povo e ora à nação, até que finalmente viesse a definir-se o consenso quanto à supremacia do povo. O primeiro subcapítulo cuidará da categoria da soberania política, analisando qual o seu papel no discurso político e as transformações sofridas desde a sua introdução nos debates por Jean Bodin, ainda que sob uma roupagem não exatamente moderna, com as posteriores intervenções de Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau até a articulação entre soberania e nação operada por Emmanuel-Joseph Sieyès que permitiria o emprego do poder constituinte do povo na redefinição dos pilares da sociedade política francesa.

Ainda que de maneira não tão explícita, a categoria também se faria presente na experiência revolucionária norte-americana, que, bem ao contrário da francesa, lograria encerrar suas conquistas em um texto constitucional. Ambas as revoluções constituiriam momentos fundamentais em razão da erupção do poder constituinte e seu encerramento posterior no texto positivo, pelo que serão objeto de análise no segundo subcapítulo, de modo a evidenciar os desafios que foram atacados e as conquistas que foram alcançadas por revolucionários tanto na França quanto nos Estados Unidos. Enquanto os franceses se colocariam a derrubar antigas fundações para construir novas, os americanos teriam apenas realizado a ruptura política com a metrópole, herdando modelos de organização política, cujas raízes, por sua vez, remeteriam aos conflitos entre a coroa e o parlamento no século XVII. Com a consagração da supremacia parlamentar, seriam obscurecidos os princípios básicos de uma ordem constitucional fundamentada na soberania popular – e seria esse o paradigma a ser reproduzido pela constituição norte-americana de 1789, que serviria de modelo a todos textos constitucionais do século XVIII e XIX por ter abafado as desordens revolucionários e ter protegido os direitos individuais.

Ao fim deste primeiro itinerário, espera-se providenciar os aportes tanto teóricos quanto históricos necessários à crítica à concepção liberal do poder constituinte que será trazida no segundo capítulo do trabalho. É por estar intimamente atrelada à categoria da soberania política, que remete à uma autoridade que desconhece limites à sua expressão, que a categoria do poder constituinte impõe tamanha dificuldade de análise e utilização pelos juristas, condicionados a operar em termos de juridicização e, conseqüentemente, de limitação. Assim, o direito constitucional moderno, de matriz essencialmente liberal, preocupa-se em assegurar, na teoria, a soberania popular, ao tempo em que, na prática, desloca a soberania a um texto – eis que emergiria o paradoxo da soberania limitada.

## 1.1 A afirmação do poder constituinte

No discurso da filosofia política, o poder político apenas seria reputado legítimo caso possuísse um fundamento aceitável frente à sociedade em que exercido. A partir do instante em que a justificação do poder pelo próprio poder seria inadmissível, vir-se-iam os filósofos políticos obrigados a recorrer a discursos de legitimação que justificassem a aceitabilidade do poder político em um segundo poder que lhe fosse superior. Levada às últimas consequências, essa linha de raciocínio conduziria a uma cadeia *ad infinitum* de justificação, fadada a repetir-se para todo o sempre na medida em que o reconhecimento da existência de uma autoridade política implica a existência de outra autoridade que, ao tempo em que lhe fundamenta, exige um para si e assim por diante<sup>14</sup>. Para interromper com a infinidade da cadeia, far-se-ia necessário conceber o poder cuja legitimidade não mais estivesse atrelada a um fundamento.

Em *Ética a Nicômaco*, Aristóteles desenharia um curioso paralelo entre a justiça dos homens e a mensuração dos objetos a fim de explicar a legitimidade dos modelos políticos, por mais distintos que fossem entre si: “as coisas que são justas em virtude da convenção e da conveniência assemelham-se às medidas, pois as medidas para o vinho e para o trigo não são iguais em toda a parte, contudo maiores nos mercados por atacado e menores nos varejistas”<sup>15</sup>. Como a medida, que não seria igual em todos os comércios, também não seria a justiça idêntica em todas as sociedades. Muito embora reconheça a natureza efêmera dos critérios convencionados e, portanto, humanos de justiça, existiria um sistema político que, sendo naturalmente superior a todos, deveria ser racionalmente perseguido pelos homens<sup>16</sup>. O ideal regulativo, a guiar os homens na construção de um sistema político que conduzisse à retidão, encontraria fundamento nas leis naturalmente justas a serem deduzidas a partir da realidade das *pólis* gregas.

Antes de inverter e direcionar a sua análise do direito não enquanto instrumento de veiculação e aplicação de relações de soberania, mas como de veiculação e aplicação de relações de dominação, alertaria Michel Foucault que a Idade Média cedera espaço a uma teoria do direito preocupada sobretudo com a determinação de critérios de aferição da legitimidade do poder político, de tal forma que a questão da soberania surge como o “problema maior, central, em torno do qual se organiza toda a teoria do direito”<sup>17</sup>. Como

---

<sup>14</sup> COSTA, Alexandre Araújo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania. p. 183.

<sup>15</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*: poética. 4 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 112.

<sup>16</sup> GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín. La justicia natural y el mejor régimen en Aristóteles. **Ideas y Valores**, Bogotá, n. 148, v. 61, abril 2012. p. 15.

<sup>17</sup> FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 31.

na antiguidade, a natureza apresentar-se-ia na modernidade como fundamento primeiro da autoridade política. O papel de poder fundante infundado, “primeiro motor imóvel da legitimidade política”<sup>18</sup>, seria por ela desempenhado, cujos preceitos o intelecto humano primeiramente deduziria para que as sociedades políticas posteriormente perseguissem. Ao contrário do jusnaturalismo e do jusracionalismo, que se voltariam à fundamentação do poder, a categoria da soberania apareceria como invenção teórica voltada à estrutura, especificando nada mais e nada menos do que o poder de comando em última instância. Nessa função, seria encarregada de promover a racionalização jurídica do poder político no objetivo de revesti-lo de legitimidade – transformar em de direito um poder até então de fato<sup>19</sup>. Uma autoridade política poderia arrogar-se suprema caso exercesse seu poder absoluta e perpetuamente, pouco ou sequer importando o teor do discurso que lhe daria legitimidade. Logo, a soberania coloca-se antes como indagação de procedimento, a ser respondida com a determinação do sujeito ou sujeitos responsáveis por tomar decisões, do que uma indagação de substância, a ser respondida com a determinação do conteúdo responsável por informar decisões – na expressão tornada célebre por Thomas Hobbes, *auctoritas non veritas facit legem*<sup>20</sup>.

A teorização sobre a soberania esteve intimamente relacionada com a teorização sobre o Estado moderno territorial, nascendo profundamente marcada pela instituição de mecanismos de controle sobre os indivíduos, as coletividades e os territórios. Não é por outro motivo que a ciência política tradicionalmente vislumbra na soberania, ao lado do povo e território, um dos três elementos constitutivos do Estado<sup>21</sup>. Com a circunscrição do espaço físico onde a soberania incide, torna-se possível enxergar as duas dimensões do seu *modus operandi*. Na dimensão internacional, ao assegurar à mais alta autoridade política idêntico *status* jurídico perante as autoridades do estrangeiro, estabeleceria entre todas elas uma situação de igualdade, ao menos no plano formal. No plano nacional, seu mérito está em conferir à autoridade posição de absoluta supremacia, havendo abaixo de si tão somente súditos a lhe deverem obediência<sup>22</sup>.

Ainda que a soberania seja uma questão tipicamente moderna, os seus contornos primeiros podem ser percebidos no Império Romano, período em que a instância última

---

<sup>18</sup> COSTA, Alexandre Araújo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania. p. 183.

<sup>19</sup> MATTEUCCI, Nicola. **Lo Stato Moderno**: Lessico e Percorsi. Bologna: Società editrice Il Mulino, 1993. p. 81.

<sup>20</sup>

<sup>21</sup> MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998. p. 23.

<sup>22</sup> MATTEUCCI, Nicola. **Lo Stato Moderno**: Lessico e Percorsi. p. 83.

do poder seria chamada por *summa potestas*, *summum imperium*, *majestas* e, sobretudo, *plenitudo potestatis*<sup>23</sup>. Por mais que ignorasse a categoria da soberania, o direito público romano exerceu forte influência sobre seu desenvolvimento ao atribuir tais designações aos *populus romanus*, que estava representado no conjunto formado pelo Príncipe e pelo Senado. Com um papel primordialmente consultivo, era atribuído ao Senado *auctoritas*, devido à sua atribuição de verificar a sintonia entre a decisão popular e o ordenamento jurídico<sup>24</sup>. Caso constatasse a incompatibilidade das decisões frente às leis, os usos e os costumes romanos, seria lícita a sua anulação pelo Senado sob o fundamento de estarem o povo e seus representantes igualmente vinculados à legislação e à tradição, muito bem denotando os limites jurídicos encontrados pela vontade do *populus romanus*, por mais determinante que fosse a categoria no imaginário filosófico romano.

Quando o Senado investiu Otaviano no poder supremo do Império, conferindo-lhe o título de *princeps* – o primeiro dos Senadores –, a teoria jurídica romana avançou em algumas categorias que seriam depois aproveitadas na feitura da categoria moderna, a exemplo de *princeps legibus solutus est* e *quod principi placuit, legis habet vigorem*, que foram de extrema valia a Jean Bodin, quem apresentou a primeira teoria sistemática sobre soberania, não obstante os consideráveis resíduos da tradição jurídica medieval, e a Thomas Hobbes, quem apresentou a primeira teoria verdadeiramente moderna sobre a soberania. Pensadas pelo jurista Ulpiano e transcritas pelo imperador Justiniano, ambas as expressões viabilizariam a concepção de um poder imperial acima da legislação por ser seu privilégio elaborá-la. Este mesmo *corpus iuris*, entretanto, defendia a submissão do imperador à lei, de maneira que seu governo encontrava limites de natureza jurídica. Não trabalhando propriamente com qualquer categoria que inferisse a prática ilimitada e perpétua do poder político, era suficiente ao pensamento jurídico romano vislumbrar no governante todas as virtudes e perfeições possíveis, como fosse ele a *lex animata*<sup>25</sup>. As qualidades do Príncipe seriam a garantia de que nenhum ato seu seria contrário à lei ou às tradições do seu reino e do seu povo<sup>26</sup>.

Fundando-se nos princípios do direito romano e na gramática da teologia cristã, a teoria política medieval permitiu os primeiros passos do desenvolvimento da categoria da soberania, embora não lhe concedesse espaço autêntico para reflexão na medida em

---

<sup>23</sup> MATTEUCCI, Nicola. **Lo Stato Moderno: Lessico e Percorsi**. p. 85.

<sup>24</sup> SOLON, Ari Marcelo. **Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 21.

<sup>25</sup> SOLON, Ari Marcelo. **Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão**. p. 22.

<sup>26</sup> SOLON, Ari Marcelo. **Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão**. p. 22.

que tinha por pressuposto inafastável a existência de limites naturais à soberania terrena. O conflito deflagrado ao longo dos séculos XI e XII entre a Igreja e o Império em razão da ingerência do imperador no preenchimento dos cargos eclesiásticos, que apenas seria colocado a termo com a solução conciliadora de a Igreja realizar a investidura espiritual e o Império realizar a investidura temporal, colocou em crise o pressuposto fundamental do pensamento político medieval: a existência de uma harmonia divina a guiar o mundo mediante a Igreja e o Império, como pregado pela teoria político-eclesiástica do *corpus mysticum*. Progressivamente, a noção de que o papa deveria ser reconhecido como ápice e centro do sistema jurídico foi ganhando força, auxiliando a concentração de poder em sua pessoa o reiterado emprego de categorias jurídicas romanas, a exemplo da *plenitudo potestatis*. “A supremacia do bispo de Roma aparecia na liberdade de que gozavam os pontífices para alterar as leis ditadas por qualquer de seus predecessores: nenhum papa podia, na qualidade de detentor do cargo, obrigar seu sucessor”<sup>27</sup>.

Os juristas encontrariam espaço para atuar justamente nos enfrentamentos reais entre autoridades eclesiásticas e governantes seculares pela afirmação de soberania. As reivindicações de universalidade e onipotência do poder do papa, no que se apropria do título de *vicarius Christi*, não tardariam a ser rebatidas por imperadores medievais<sup>28</sup>. Anteriormente, ambas as instituições eram pensadas como ordenamentos distintos, mas interdependentes devido à igual origem divina. Todavia, deflagrada a crise na doutrina do *corpus mysticum*, tanto os adeptos da soberania temporal quanto da soberania secular preocuparam-se em defender a prevalência de um sobre o outro<sup>29</sup>. De toda maneira, por um extenso período de tempo, o papado saiu-se vencedor na disputa pela universalidade do poder. Mas, a derrocada do império bizantino no século XIII e a conseqüente lacuna causada pelo enfraquecimento do imperador não consagraria a supremacia do pontífice, já que os reinos nacionais europeus em consolidação logo entrariam na disputa<sup>30</sup>.

Não poderia ser relevado, portanto, que algumas das categorias mais elementares do direito moderno, dos quais a soberania representaria um dos vários exemplos, seriam concebidos a partir de uma conjuntura jurídico-política exclusivamente eclesiástica<sup>31</sup>. A doutrina jurídica da onipotência papal sobre todas e cada uma das coisas colocadas por Deus na superfície da terra não seria esquecida pelos poderes seculares que adentrariam

---

<sup>27</sup> KRITSCH, Raquel. **Soberania**: a invenção de um conceito. São Paulo: Humanitas, 2002. p. 153.

<sup>28</sup> KRITSCH, Raquel. **Soberania**: a invenção de um conceito. p. 153.

<sup>29</sup> SOLON, Ari Marcelo. **Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão**. p. 29

<sup>30</sup> KRITSCH, Raquel. **Soberania**: a invenção de um conceito. p. 154.

<sup>31</sup> KRITSCH, Raquel. **Soberania**: a invenção de um conceito. p. 154.

a disputa, que, pelo contrário, aos seus princípios recorreriam para angariar legitimidade com relativa facilidade. Desse modo, ao longo dos séculos XI a XIII, a Igreja consistiria em um importante paradigma para a teoria política moderna, que nela se socorreria para adquirir autonomia diante da esfera religiosa, de onde viria a afirmação de Carl Schmitt sobre os conceitos mais importantes da teoria do Estado resultarem de secularização das categorias da Igreja por força do progresso histórico da teoria e estrutura sistemática das próprias categorias<sup>32</sup>. A plenitude da supremacia seria, com isso, imaginada em analogia à plenitude de Deus, sem que houvesse, contudo, a sua dessacralização. “A concepção ordenadora e normativa do poder soberano se revela, por extensão, como a transposição para o mundo político do conceito teológico do *summa potestas*”<sup>33</sup>.

Na Idade Média, a condição de soberano denotaria não mais do que uma posição de proeminência, mas não de supremacia, na complexa e hierárquica cadeia de relações. Seriam soberanos o barão no baronato, o visconde no viscondado, o senhor no feudo e assim por diante<sup>34</sup>. Pouco importando o quão onipotente fosse, o monarca consideraria a multiplicidade de ordenamentos e incorporaria ao ordenamento jurídico real, que muitas vezes se pulverizaria em diversos outros microordenamentos, justamente o bom e antigo direito cultivado no desordenado entrelaçamento de regras consuetudinárias, naturais e divinas obedecidos desde tempos imemoriáveis<sup>35</sup>. Logo, seria a primeira característica da ordem jurídica medieval a ausência de um poder efetivamente soberano<sup>36</sup>. Independentemente da sua maneira de exercício ou de legitimação, todos os poderes – fosse da Igreja ou do Império, do senhor feudal ou do prefeito cidadão – compartilhavam da característica de não serem poderes soberanos e nem terem pretensões universalizantes sobre os sujeitos, as coisas, as forças e os estamentos em sua jurisdição. A vida corriqueira, especialmente em relação aos fatos de importância econômica e patrimonial, aconteceria para além dos ordenamentos jurídicos e em adequação à força normativa autônoma e primária de usos e hábitos. A falta de um agente totalizante afastaria o direito do poder e o reaproximaria de circunstâncias naturais, sociais e econômicas a fim de ordenar a sociedade medieval em total respeito à

---

<sup>32</sup> SCHMITT, Carl. **Political theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty**. Cambridge and London: The MIT Press, 1985. p. 36.

<sup>33</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 169.

<sup>34</sup> MATTEUCCI, Nicola. **Lo Stato Moderno: Lessico e Percorsi**. p. 86.

<sup>35</sup> SCHIERA, Pierangelo. Absolutismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 3.

<sup>36</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: De la Antigüedad a nuestros días**. p. 35.

sua natureza<sup>37</sup>.

A mesma força que atuaria na determinação dos limites da capacidade legislativa dos poderes nem tão soberanos assim atuaria com igual efetividade sobre os indivíduos, que não poderiam deixar de seguir as regras das ordens jurídicas sob qualquer hipótese. A rede, que organizava “em ordem vertical as diferentes categorias e as diversas classes, do rei, passando por uma infinita série de mediações, até o mais humilde súdito”<sup>38</sup>, conferia um *status* jurídico determinado aos seus respectivos graus, reservando-lhes um conjunto de direitos e deveres que não poderia ser afrontado unilateralmente. Além da intrínseca limitação entre as autoridades públicas, a ordem jurídica do medievo também apresentaria como particularidades a extrema fragmentação e o profundo particularismo que encontrariam razão de ser justamente na estruturação social por meio de intrincados pactos e vínculos<sup>39</sup>. A ordem medieval revelaria a diversidade da sociedade ao mostrar-se “na imensidão dos seus particularismos, em um pluralismo que tende a valorizar as microentidades, do momento em que as germinações consuetudinárias, impregnadas de factualidade, nascem no particular, o afirmam e o garantem”<sup>40</sup>.

Por remeter a essa realidade sociopolítica diversa e plural, contrária a tentativas de uniformização e tendente a reconhecer-se em uma lei fundamental só na medida em que certa do seu fundamento estar “na síntese da pluralidade de pactos e acordos que as distintas partes, as distintas realidades territoriais e as distintas ordens estipularam entre elas”<sup>41</sup>, apresentaria a Idade Média uma constituição de natureza mista, cujo plano seria defender a pluralidade e o equilíbrio da sociedade medieval e interromper o surgimento de um poder político com pretensões de centralização e domínio – razão por que o ideal da constituição mista seria defendido por pensadores contrários à monarquia absoluta e criticado por pensadores favoráveis à afirmação da soberania. Guardadas as respectivas particularidades, o debate entre a limitação dos poderes e a afirmação dos poderes ainda iria em muito prolongar-se na filosofia política e constitucional, estendendo-se para bem além do século XVII até chegar ao século XXI.

Com sua gênese remetendo à Grécia Antiga, onde Heródoto e Platão colocar-se-iam a refletir sobre o mais reto modo de organização do poder político, a teoria clássica

---

<sup>37</sup> GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Editora Forense, 2006. p. 43.

<sup>38</sup> MATTEUCCI, Nicola. **Lo Stato Moderno: Lessico e Percorsi**. p. 87.

<sup>39</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: De la Antigüedad a nuestros días**. p. 37.

<sup>40</sup> GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e o ordenamento**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 29.

<sup>41</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: De la Antigüedad a nuestros días**. p. 63.

constitucional teria forte impacto no pensamento político até meados do século XVIII<sup>42</sup>. Entre as contribuições da filosofia grega ao constitucionalismo, destacam-se as ideias de Aristóteles, cuja obra, quando redescoberta no século XIII, oportunizaria aos teóricos da baixa idade média superar uma teoria constitucional calcada em metáforas organicistas, a exemplo do *corpus mysticum* e *vicarius Christi*<sup>43</sup>. Aristóteles, com relação ao governo misto, proporia uma articulação entre elementos oligárquicos e democráticos com o fim de apaziguar disputas entre proprietários e despossuídos, maior razão das instabilidades constitucionais vivenciadas pelas *polis* gregas. A filosofia política aristotélica seria lida à luz da revelação cristã por São Tomás de Aquino, principal teórico do medievo tardio a refletir sobre constitucionalismo a partir da teoria clássica das formas de governo, que embutiria no imaginário do governo misto a finalidade de concretização terrena do reino de Deus, mantendo em sua estrutura a representação de todos os segmentos sociais, cujo consentimento seria imprescindível à tomada de decisão pelo rei<sup>44</sup>.

Surgindo na Grécia Antiga e passando por Roma, o ideário da constituição mista ultrapassaria o medievo para alcançar a modernidade, continuando a pautar a realidade e a cultura políticas da sociedade europeia com seu objetivo de equilibrar e harmonizar os diferentes segmentos medievais. Consolidar-se-ia, portanto, como um firme contraponto às pretensões de centralização política. Todavia, a escalada de guerras e epidemias que assolariam a Europa ocidental e central no desfecho da idade média reclamaria dos reis, em ordem de satisfazer as necessidades extraordinárias, a derrogação dos compromissos de convivência de natureza vassálica<sup>45</sup> e, logo em seguida, com os conflitos deflagrados na segunda metade do século XVII, a constituição mista deixaria de ser o arquétipo que as sociedades deveriam perseguir rumo ao estabelecimento da paz e ordem pública para tornar-se o modelo que deveriam abdicar de uma vez por todas<sup>46</sup>. O conflito religioso na França e a guerra civil na Inglaterra não mais seriam interpretados como extravios deste ideal, mas como fraquezas próprias à divisão do poder como meio para sua limitação.

Seria exclusivamente à constituição mista que as teorias da soberania atribuiriam a responsabilidade pelos embates, fossem de ordem política ou natureza religiosa. Seria

---

<sup>42</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** De la Antigüedad a nuestros días. p. 64.

<sup>43</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. Entre o Leviatã e o Beemote: Soberania, Constituição e Excepcionalidade no Debate Político dos Séculos XVII e XVIII. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 53, n. 1, 2010. p. 58.

<sup>44</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. Entre o Leviatã e o Beemote: Soberania, Constituição e Excepcionalidade no Debate Político dos Séculos XVII e XVIII. p. 60.

<sup>45</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. Entre o Leviatã e o Beemote: Soberania, Constituição e Excepcionalidade no Debate Político dos Séculos XVII e XVIII. p. 59

<sup>46</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** De la Antigüedad a nuestros días. p. 72.

alegado que os conflitos teriam início justamente por força da hesitação da constituição mista em especificar a titularidade final do poder político, resistência essa que conduziu à perda do centro de gravidade do sistema. Para Jean Bodin, por exemplo, a divisão da soberania não passaria de um disparate, cujo resultado não seria outro que a aniquilação do próprio poder e, conseqüentemente, a proliferação da anarquia<sup>47</sup>. Igual consideração faria Thomas Hobbes, para quem a constituição mista vigoraria enquanto permanecesse intacto o delicado acordo entre seus integrantes e, tão logo fosse quebrado, retornaria a sociedade civil “à guerra civil e ao direito do gládio privado”<sup>48</sup>. A pulverização do poder político impediria a emergência de uma autoridade forte o suficiente para arrogar-se da prerrogativa de tomar decisões vinculantes sobre toda a coletividade, passando por cima das demais autoridades medievais.

As primeiras teorias políticas da modernidade interpretaram o gradual processo de concentração do poder na pessoa do monarca a partir da categoria da soberania, que, ao concentrar em si o fundamento do Estado, expressaria e operacionalizaria, no direito político moderno, a sua independência e onipotência<sup>49</sup>. Dessa maneira, a concepção moderna da soberania provocaria uma revolução na tradição filosófica herdada da idade média, quando competia à Coroa somente incorporar ao seu ordenamento o direito que fora sedimentado pelos usos e costumes ao longo dos tempos. Ao invés do “bom direito antigo”, introduziu-se a ideia da lei instituída e aplicada pelo príncipe em conformidade com as necessidades do contexto político e com as técnicas de governo à sua disposição. Surge “um direito concreto, adequado a seus fins, mas também mutável, não vinculado, ao qual o príncipe que o criou pode subtrair-se em qualquer caso”<sup>50</sup>. Antigamente dado, o direito passara a ser instituído pelo soberano, que seria elevado à posição privilegiada frente às demais fontes jurídicas, como o costume e a tradição.

Para tanto, far-se-ia preciso aos juristas estender a categoria romana de *princeps* à monarquia, a fim de garantir a supremacia real no âmbito do respectivo território, com o acréscimo de duas novidades: a secularidade do ofício e a categoria de necessidade<sup>51</sup>. Em oposição à doutrina político-elesiástica do *corpus mysticum*, ancilar do pensamento político medieval, o rei abandonaria a responsabilidade de reproduzir em seu território o

---

<sup>47</sup> BARROS, Alberto Ribeiro de. O conceito de soberania no ‘Methodus’ de Jean Bodin. p. 145.

<sup>48</sup> HOBBS, Thomas. **Do cidadão ou Rudimentos de Filosofia Concernentes ao Governo e à Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 122.

<sup>49</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. p. 115.

<sup>50</sup> SCHIERA, Pierangelo. Absolutismo. p. 3.

<sup>51</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. Entre o Leviatã e o Beemote: Soberania, Constituição e Excepcionalidade no Debate Político dos Séculos XVII e XVIII. p. 60.

direito divino para dedicar-se à garantia da integração social: “o bom rei é antes aquele que conhece os meios de manter a coesão social do que os de submeter os cristãos à lei divina”<sup>52</sup>. Contudo, sua prerrogativa de renunciar às normas consuetudinárias e legislar discricionariamente estaria condicionada à finalidade da salvação do reino, não podendo praticá-lo com outro objetivo. Resgatar-se-ia o adágio latino *necessitas non habet legem* e, com ele, a noção do estado de exceção, quando o direito suspende o próprio direito: a excepcionalidade do momento, a imperiosidade da medida e o objetivo de preservação do Estado. Ao situar a soberania na autoridade que decide sobre o estado de exceção, a teoria permitiria que o rei, jurídica e unilateralmente, superasse os vínculos de suserania e vassalagem e afirmasse a sua autoridade por todo o território com a aplicação das suas leis. A recorrência das guerras ao longo do século XV e XVI terminaria por naturalizar a exercício da exceção pelos monarcas, que passariam a considerar tal prerrogativa como incluída nas competências reais, em detrimento dos outros sujeitos do governo misto<sup>53</sup>. Para auxiliar a centralização da autoridade na pessoa do rei, os juristas articulariam duas teorias que, não obstante as divergências, se entrelaçariam por serem ainda mais fortes as convergências: a razão de Estado e a soberania monárquica.

As teorias da razão de Estado seriam influenciadas sobremaneira pela concepção protomoderna da soberania formulada por Jean Bodin. Ainda que definida por Giovanni Botero como “o conhecimento dos meios próprios para fundar, conservar e ampliar um domínio”<sup>54</sup>, a razão de Estado seria voltada não tanto à fundação e ao engrandecimento do Estado. Tratando-se de um paradigma de sobrevivência e de estabilidade, formulado diante das instabilidades europeias do século XVI e XVII, a razão de Estado orientar-se-ia sobretudo à sua conservação. Diante da recorrente possibilidade de esfacelamento da autoridade estatal, estaria o príncipe autorizado a desprezar normas jurídicas, morais, políticas e econômicas vigentes. “A autoridade política será mais forte quanto maior for sua capacidade de manter o equilíbrio e a continuidade do Estado”<sup>55</sup>. Críticas profundas à organização institucional do governo misto, cuja insistência em repartir o desempenho da autoridade afrouxaria laço de coerência social<sup>56</sup>, seriam proferidas pelas doutrinas da

---

<sup>52</sup> SAINT-BONNET, François. *L'État d'Exception*. Paris: Press Universitaires de France, 2011. p. 118.

<sup>53</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. *Entre o Leviatã e o Beemote: Soberania, Constituição e Excepcionalidade no Debate Político dos Séculos XVII e XVIII*. p. 61.

<sup>54</sup> BOTERO, Giovanni. ***Della ragion di Stato***. Roma: Donzelli Editore, 1997. p. 3.

<sup>55</sup> BERCOVICI, Gilberto. ***Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo***. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 73.

<sup>56</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. *Entre o Leviatã e o Beemote: Soberania, Constituição e Excepcionalidade no Debate Político dos Séculos XVII e XVIII*. p. 61.

soberania. A superioridade do bem da vida, protegida pela entrada na sociedade política, sobre o bem da liberdade, mantida ilesa no estado de natureza, reclamaria a obediência da população a uma exclusiva e indivisível autoridade, feita absoluta e perpétua<sup>57</sup>.

Porém, até encontrar espaço para florescer em sua plena potência e radicalidade em Thomas Hobbes, a doutrina da soberania encontrou dificuldades para manifestar-se por conta do seu contundente repúdio ao ideal da constituição mista, conseguindo fazê-lo apenas com a publicação dos *Seis Livros da República* de Jean Bodin, no século XVI. Consciente das dificuldades por que passava a monarquia francesa, Jean Bodin recorreu à noção romana de *imperium*, que dispunha do poder de comando unitário do príncipe, a fim de proporcionar alguma estabilidade ao reinado de Catarina de Médicis, conturbado pelos confrontos entre católicos e protestantes e entre monarquistas e monarcômacos. O conceito de *imperium* era assimilado ao conceito de *plenitudo potestatis* para privilegiar a pedra de toque da república, no que traria consigo as qualidades da independência e da onipotência do Estado: a soberania<sup>58</sup>.

A soberania seria a “potência absoluta e perpétua de comando”<sup>59</sup>. Por perpétua, Jean Bodin defenderia que a soberania transcende a figura do príncipe, não mais sendo exclusividade de sua pessoa física ou atributo de sua vontade subjetiva. Foi importante para a concepção de transcendentalidade da soberania, que imprime no poder político as marcas da inalienabilidade e imprescritibilidade para separá-la da propriedade privada, o desenvolvimento da doutrina dos dois corpos do rei a partir da deslocação da doutrina dos dois corpos de Cristo à organização política<sup>60</sup>. Conforme a sua variante religiosa, os *corpora naturale e mysticum*, respectivamente percebidos na hóstia consagrada em altar e no quadro social e administrativo da Igreja, compreenderiam uma organização social dotada de essência mística e eterna. Quando transposta aos arranjos políticos, a doutrina dos dois corpos de Cristo transmutou-se na doutrina dos dois corpos do rei. Enquanto o seu corpo físico não resistiria à morte, o seu corpo místico perduraria para além da sua morte por representar a dignidade e a justiça do sistema político. Nasceria, dessa forma, a distinção entre a figura física do rei e a figura política da coroa<sup>61</sup>.

Antes de transcendente, a perpetuidade remeteria a uma autoridade irrevogável,

---

<sup>57</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. Entre o Leviatã e o Beemote: Soberania, Constituição e Excepcionalidade no Debate Político dos Séculos XVII e XVIII. p. 61.

<sup>58</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** De la Antigüedad a nuestros días. p. 72.

<sup>59</sup> BODIN, Jean. **Six books of the Commonwealth.** p. 24.

<sup>60</sup> Cf. KANTOROWICZ, Ernst. **Os dois corpos do Rei:** um estudo sobre teologia política medieval. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

<sup>61</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** De la Antigüedad a nuestros días. p. 72.

que estaria acima de todos porque não foi por nenhum estabelecido. Jean Bodin, aqui, se oporia à tradição medieval do rei como *summus magistratus*, cujas prerrogativas seriam concessões da comunidade sob a promessa de que seu exercício dar-se-ia em adequação a diversidade e particularidade de ordenamentos locais. Uma vez que não seria perpétuo em si, mas delegado por outrem, paira constantemente sob o rei o risco do seu poder ser revogado, motivo pelo qual o rei medieval certamente não poderia afirmar-se enquanto soberano<sup>62</sup>. Apenas o seria caso o seu poder fosse fundante e, portanto, independente de todos os demais agentes políticos. Ao destacar a natureza originária da soberania, Jean Bodin pretendia formular um critério hábil para diferenciar o poder do rei do poder dos magistrados, bem como de todos que exerciam poder de *imperium* no território francês em virtude de títulos, comissões ou nomeações. Por serem produto de delegações, esses poderes estariam abaixo do poder do rei, que poderia revogá-los se desejasse. Assim, na hierarquia medieval de poder, seria possível encontrar uma autoridade qualitativamente diferenciada, apto, “por seu traço inerente, de expressar a necessidade de uma dimensão fixa e constante na vida concreta da *res publica*”<sup>63</sup>.

Sendo absoluta, a soberania constituiria um poder absoluto e ilimitado – “acima da lei, dos magistrados e dos cidadãos”<sup>64</sup>. Propondo sua infinitude, intende-se qualificar a soberania como incondicionada e firmar sua lugar frente aos teóricos da constituição mista. Ao monopolizar a autoridade estatal, a soberania termina por concentrá-la com o fim de evidenciá-la principalmente mediante a atividade legiferante do governo, distinta da atividade jurisdicional dos reis na idade média<sup>65</sup>. Contudo, essa faculdade não estaria restrita à instituição de leis, também abarcando sua ab-rogação e alteração. Se estivesse vinculado às decisões prévias, deixaria a soberania de estar investida com o governante para estar com o conjunto de suas ordens, na medida em que a soberania se manifestaria justamente na independência da autoridade de mando<sup>66</sup>. A sociedade política organizada que pretende resolver pacificamente os conflitos internos, minimizando assim os riscos de sua dissolução, deveria centralizar em uma única autoridade as prerrogativas que não deveriam ser divididas. Logo, seria absoluta a autoridade que, “por sua natureza, escapa da dimensão constitucional do controle e do contrapeso por parte dos outros poderes”<sup>67</sup>.

Concedido ao príncipe mediante encargos e condições, continuaria Jean Bodin, o

---

<sup>62</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** De la Antigüedad a nuestros días. p. 73.

<sup>63</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** De la Antigüedad a nuestros días. p. 73.

<sup>64</sup> BODIN, Jean. **Six books of the Commonwealth.** Oxford: Basil Blackwell, 1955. p. 92.

<sup>65</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno.** p. 133.

<sup>66</sup> BODIN, Jean. **Six books of the Commonwealth.** p. 30.

<sup>67</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** De la Antigüedad a nuestros días. p. 74.

poder deixaria de ser soberano ou absoluto, “a não ser que as condições de concessão sejam apenas as inerentes às leis de Deus e da natureza”. Com isso, a sua teoria acusaria o teologismo que coexiste em si com a modernidade. A república buscaria a inspiração para suas leis nos mandamentos divinos e naturais, agindo o seu governante na condição de emissário divino na terra já que sua soberania haveria de refletir a soberania de Deus. Existiria, portanto, uma relação de hierarquia entre *potestas* secular e *potestas* temporal a enquadrar a soberania da república no conjunto do ordenamento da natureza universal divina<sup>68</sup>. Com isso, à soberania seriam associados ao menos dois requisitos de natureza moral que deveriam ser observados pelo soberano para que não incorresse em tirania e em iniquidade<sup>69</sup>. O primeiro requisito, concebido a partir da separação traçada entre rei e coroa, impediria o monarca de modificar as regras da sucessão do trono e de alienar os bens da fazenda pública. Ao excluir da discricionariedade legislativa soberana o direito dos particulares, o segundo requisito exigiria obediência ao conjunto de leis responsável por regular as relações de propriedade entre indivíduos, grupos e comunidades.

Enquanto Jean Bodin, por mais que lesse na soberania o primeiro fundamento da República, continuaria em débito com o pensamento jurídica medieval, Thomas Hobbes seria responsável pelo novo direito político ao promover a quebra com o cosmologismo naturalista e o teologismo providencialista na edificação do poder político com alicerces na faculdade racional do homem<sup>70</sup>. Ao conceder aptidões racionais à natureza humana, a sociedade política emergiria como associação entre indivíduos cuja vontade seria início e princípio da ordem. Cada um dos celebrantes do contrato social colaboraria em igual medida com a formação e institucionalização do poder político, uma vez que possuiriam igual interesse na preservação de sua sobrevivência, que é colocada em risco constante no estado de natureza justamente por serem os homens iguais entre si não somente em intelecto, mas também na ameaça que cada um representa ao outro. “A guerra primitiva, a guerra de todos contra todos é uma guerra de igualdade, nascida na igualdade e que se desenrola no elemento dessa igualdade”<sup>71</sup>.

Fosse na ideia medieval da constituição mista ou na ideia moderna da soberania de Jean Bodin, a ordem seria uma realidade dada e imutável em que os aspectos social e político estariam indissolúvelmente conjugados. Em ambas, a sociedade compreenderia uma rede hierarquizada de classes e categorias, em cujo ápice estaria situado o rei. Não

---

<sup>68</sup> BODIN, Jean. **Six books of the Commonwealth**. p. 29.

<sup>69</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: De la Antigüedad a nuestros días**. p. 74.

<sup>70</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. p. 28.

<sup>71</sup> FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**. p. 103.

seria por outra razão que Jean Bodin admitira que, na monarquia francesa, não obstante soberano fosse, o rei não prescindia do consentimento dos três estamentos da sociedade – nobreza, clero e povo – para realizar alterações em lei, uso ou costume<sup>72</sup>. Na teoria de Thomas Hobbes, por outro lado, a liberdade e a igualdade seriam as duas características fundamentais da realidade prévia ao contrato social e motivadoras de sua pactuação, na medida em que produtores de tensões e conflitos infundáveis entre os homens. Somente em um segundo momento surgiria a ordem social, quando cada um dos indivíduos cede o seu direito-poder ao soberano, que, fortalecido pela cessão de todos, gozaria de força suficiente para acabar com a anarquia e promover a ordem.

Enquanto o soberano não fosse instituído e seus poderes determinados, a ameaça de dissolução da sociedade persiste. A condição para extirpá-la, assim, seria especificar o soberano e delinear suas faculdades – realização essa considerada por Thomas Hobbes a única e verdadeira lei fundamental, cujo condão seria fazer todos súditos respeitarem o poder que os próprios concederam ao soberano na pactuação do contrato social<sup>73</sup>. Não haveria Estado sem soberano, bem como não haveria soberano sem lei fundamental. Ao encadear nessa ordem sua doutrina da soberania, Thomas Hobbes colocaria fim no ideal da constituição mista ao substituir a pluralidade da lei, cada uma encarregada de atribuir específicos papéis aos integrantes da sociedade medieval, por uma única e exclusiva lei, encarregada de preservar a integridade do poder soberano. A lei fundamental seria a lei que, anulada, levaria consigo o Estado, “como um prédio cuja fundação é destruída”<sup>74</sup>.

Seria celebrado o contrato que supera o estado de natureza e instala a sociedade política com a seguinte solenidade: “Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações”<sup>75</sup>. A conturbada multidão realizaria a passagem à ordeira sociedade civil, em que podem viver todos em tranquilidade e segurança, com a celebração do contrato social, instante em que seriam criados o soberano e o corpo político. Na multidão residiria o fundamento da associação política, uma vez que dela brotaria a decisão originária de escapar do estado de natureza e adentrar à sociedade civil. Somente desse momento em diante que o todo transformar-se-ia em uno, dando constituição a uma única e exclusiva pessoa civil, cuja vontade será representativa da vontade da comunidade: “uma multidão de homens se torna uma única

---

<sup>72</sup> BARROS, Alberto Ribeiro de. O conceito de soberania no ‘Methodus’ de Jean Bodin. p. 147.

<sup>73</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** De la Antigüedad a nuestros días. p. 78.

<sup>74</sup> HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Oxford: Oxford University Press, 1909. p. 222.

<sup>75</sup> HOBBS, Thomas. **Leviathan**. p. 132.

pessoa quando esses homens são representados por um só homem ou uma só pessoa”<sup>76</sup>.

A representação, em conjunto da autorização, seriam as ferramentas teóricas que Thomas Hobbes empregaria para escapar do impasse que a si mesmo teria imposto. Ao reconhecer os pactuantes na base da sociedade política, emergiria na teoria da soberania hobbesiana um dilema que naturalmente não se fizera presente em seu antecessor, Jean Bodin, que, tivesse necessitado de qualquer base para o poder soberano, comprometeria a mais elementar das suas condições: a originalidade<sup>77</sup>. Desse modo, tornar-se-ia preciso pensar em um tipo específico de vontade que fosse forte o suficiente para criar o poder soberano, mas que, cumprido esse propósito, fosse por ele absorvido para que deixasse de representar um risco de oposição ao soberano. A autorização remete ao momento em que os homens, iguais entre si no estado de natureza, escolheriam por abandoná-lo para criar a sociedade civil. Com isso, a autorização colocaria em funcionamento o segundo instrumento teórico, responsável por converter a multidão em sociedade.

Desde que concebida, a representação política enredar-se-ia em mitos e ficções, não carregando um sentido unívoco intrínseco e comportando diversas interpretações<sup>78</sup>. Na dimensão teórica, a representação despontaria como mecanismo indispensável para dar voz ao povo soberano, em toda sua coletividade, ao mesmo tempo em que permitiria aos indivíduos, em toda sua personalidade, manifestar sua vontade particular e competir para a formação da vontade geral<sup>79</sup>. De Thomas Hobbes em diante, inúmeros seriam os pensadores e inúmeras seriam as teorias sobre os significados da representação política, cujos mais importantes poderiam ser classificados entre os que veriam na representação a ação parametrizada por critérios específicos ou reprodução das prioridades e angústias dos representados<sup>80</sup>. Ambas convergiriam no sentido de uma relação regular de controle entre os governantes e os governados<sup>81</sup>, muito embora, na prática, a representação fosse convertida de governo do povo a governo autorizado pelo povo.

À representação política, pensada ainda na tradição medieval de delegação, seria dispensado um lugar privilegiado na teoria hobbesiana, que a revestiria de uma acepção e a atribuiria uma função radicalmente distintas da até então compreensão tradicional da

---

<sup>76</sup> HOBBS, Thomas. *Leviathan*. p. 126.

<sup>77</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: De la Antigüedad a nuestros días*. p. 79.

<sup>78</sup> SALGADO, Eneida Desiree. A representação política e sua mitologia. *Paraná Eleitoral*, Curitiba, v. 1, n. 1, 2012. p. 26.

<sup>79</sup> DUSO, Giuseppe. *La rappresentanza politica: Genesi e crisi del concetto*. 2 ed. Milano: Franco Angeli, 2003. p. 10.

<sup>80</sup> COTTA, Maurizio. Representação Política. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. p. 1102.

<sup>81</sup> COTTA, Maurizio. Representação Política. p. 1102.

categoria<sup>82</sup>. Bem distinta da leitura medieval do instituto, que lhe incumbia da tarefa de colocar em contato as várias partes do corpo político existente, a representação moderna daria vez a um sujeito político até então inexistente. O nascimento da sociedade política simbolizaria a superação do paradigma medieval de coordenação entre os governantes e os governados relacionados por vínculos de suserania e de vassalagem e a consolidação do paradigma moderno de subordinação dos súditos ao soberano uno titular da decisão política, inexistindo entre eles qualquer poder intermediário.

Seriam os súditos nada mais do que autores de uma peça que confiam a um ator a representação de um papel teatral e que saem de cena para que possa o ator interpretá-los e representá-los. Os subordinados existiriam politicamente, na condição de membros da sociedade civil, apenas enquanto representados e unificados na pessoa do soberano<sup>83</sup>. Assim, no que cederiam o direito do governo de si sobre si, os homens terminariam por entregar ao soberano muito mais do que uma fração dos seus direitos, na medida em que há, na celebração do pacto social, a transmissão ao soberano do direito de representá-los total e integralmente. Constituído, o soberano passaria a governar em substituição aos súditos, de modo que “não terá, pura e simplesmente, uma parte do direito deles; estará verdadeiramente no lugar deles, com a totalidade do poder deles”<sup>84</sup>.

Bem diverso da conclusão alcançada por leituras apressadas e superficiais sobre a teoria de Thomas Hobbes, reduzida à concepção de um poder político individualizado e irresponsável, o vínculo intrínseco entre Estado e sociedade civil encontraria sua base na democracia originária do contrato social, com a relação inevitável entre governante, titular da soberania, e súdito, fundamento da soberania, sendo intermediado através da representação política, um dos traços da democracia moderna. Recebendo interpretações diversas conforme o contexto em que aplicada, a fórmula da representação apresentaria como núcleo a superação das fragilidades e das conflitualidades dos antigos estados e a permissão do governo de poucos no nome de muitos<sup>85</sup>. Se fosse de haver acordo quanto à harmonia entre representação e modernidade, o mesmo não poderia ser aplicado à sua relação com o ideal democrático e os seus elementos informadores: o protagonismo do povo e o princípio da igualdade – seria precisamente a partir destes dois elementos que Jean-Jacques Rousseau formularia taxativa crítica à prática moderna de representação, cujo mérito exclusivo não seria outro que erodir a indivisibilidade da soberania.

---

<sup>82</sup> COSTA, Pietro. **Poucos, muitos, todos**: lições de história da democracia. p. 76.

<sup>83</sup> COSTA, Pietro. **Poucos, muitos, todos**: lições de história da democracia. p. 75.

<sup>84</sup> FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**. p. 108.

<sup>85</sup> COSTA, Pietro. **Poucos, muitos, todos**: lições de história da democracia. p. 146.

As controvérsias embutidas na definição de soberania esboçada por Jean Bodin e aprimorada por Thomas Hobbes manter-se-iam restritas somente a aspectos teóricos até o instante em que o conceito fosse aplicado a uma conjuntura em que, mesmo não sendo voluntariamente militante, revelar-se-ia potencialmente ideológica e, conseqüentemente, suscetível à crise que se instalaria em torno de sua origem, titularidade e extensão<sup>86</sup>. Por mais que fosse um político a serviço da causa da monarquia francesa, Jean Bodin em nada seria desviado pela militância do seu objetivo de chegar a uma doutrina sistemática da soberania. Por outro lado, Thomas Hobbes nem compartilharia do ativismo, fazendo questão de alertar de antemão no prefácio do *Leviatã* que não estaria a tratar de homens em específico, mas sim do poder em abstrato<sup>87</sup>. A crise que se abateria sobre a categoria da soberania possuiria traços mais políticos que filosóficos, mais práticos que teóricos, não obstante tenha provocado no pensamento jurídico-político sensível repercussão.

Não tardaria para que, na tumultuada passagem do século XVII ao século XVIII, a soberania fosse alvo de acirradas controvérsias e a carga polêmica até então alojada na sua teoria fosse transportada para o terreno da prática, com a origem, a titularidade e a extensão da soberania sendo objeto de constantes indagações – e assim sendo hoje. Por isso, em abril de 1762, com a publicação do *Contrato Social* de Jean-Jacques Rousseau, “o escândalo foi grande e, sobretudo, foram fortes os temores frente ao poder soberano, que, agora, logo ao centro da obra de Rousseau, conferia-se imediatamente ao povo”<sup>88</sup>. Como fizera Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau situaria a origem da soberania – e as conseqüentes superação do estado de natureza e constituição da sociedade política – na celebração de um pacto social. Entretanto, rechaçaria o deslocamento promovido no que o exercício da soberania era atribuído a um sujeito distinto daquele que celebrara o contrato. A atribuição do exercício da soberania a outro que não o seu titular resultaria o estabelecimento de uma relação entre senhor e escravos, mas não entre o governante e seus governados: “é, talvez, uma agregação, mas não uma associação; não há nela nem bem público nem corpo político”<sup>89</sup>.

O ato pelo qual o povo tornar-se-ia povo consistiria no “verdadeiro fundamento da sociedade”<sup>90</sup> e possuiria dinâmica exatamente igual e inversa à dinâmica do contrato em Thomas Hobbes. Congregados em uma assembleia, os indivíduos imersos no estado

---

<sup>86</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. p. 158-159.

<sup>87</sup> HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Oxford: Oxford University Press, 1909. p. 2.

<sup>88</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: De la Antigüedad a nuestros días**. p. 82.

<sup>89</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 19.

<sup>90</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. p. 19.

de natureza celebrariam o contrato mediante a seguinte declaração, que bem refletiria a essência da filosofia política rousseaniana: “cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, coletivamente, cada membro como parte indivisível do todo”<sup>91</sup>. Como bem acontecera na constituição do Leviatã, a formação da vontade geral reivindica dos contratantes a alienação integral de todos os direitos. Porém, distinto do exigido à constituição da soberania hobbesiana, esses direitos são alienados à própria comunidade, não a um terceiro que, não obstante a ausência no pacto, torna-se competente para representar exclusivamente os contratantes.

Pactuado o contrato social, o conjunto das pessoas individualmente consideradas abriria lugar a uma entidade moral e coletiva composta por tantos quantos fossem seus pactuantes. Seria constituído, dessa forma, um soberano que não mais se colocaria como uma potência externa e contraposta aos constituintes, mas que passaria a coincidir com a totalidade e aceitar as individualidades como parte indivisível do todo que o contrato social organizaria. A soberania, em Jean-Jacques Rousseau, encontraria seu fundamento no igual “procedimento contratual segundo o qual a multidão, unanimemente, substitui as vontades particulares pela vontade geral: a essência da soberania se identifica, então, com a vontade geral”<sup>92</sup>. Na sociedade política rousseaniana, nada mais seria a soberania do que o exercício desta vontade-geral pelo corpo político.

Em Thomas Hobbes, o elemento popular encontrar-se-ia na origem da soberania, na medida em que responsável por contrair a sociedade civil. Porém, seu protagonismo político encerrar-se-ia ali, no que passaria o soberano recém-constituído a representá-los para todos os fins da vida política. Em Jean-Jacques Rousseau, o povo permaneceria na titularidade da soberania, que preservaria as características que lhe concederam Thomas Hobbes e Jean Bodin: inalienabilidade, indivisibilidade e ilimitação. As duas primeiras, a inalienabilidade e a indivisibilidade, seriam reputadas obstáculos à fatal concretização do projeto moderno da representação política. Por ser o desempenho da vontade geral, a soberania não admitiria a representação porque a vontade geral também não admite: “ou é a mesma, ou é outra – não existe meio termo”<sup>93</sup>. A soberania revelar-se-ia apenas com o soberano, em toda sua natureza coletiva. Sua alienação ou divisão entre representantes levaria à desintegração do corpo político – seria essa a crítica de Jean-Jacques Rousseau à tradição constitucional inglesa. O traço absoluto da soberania, por fim, se expressaria

---

<sup>91</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. p. 20.

<sup>92</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. p. 180.

<sup>93</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. p. 114.

na circunstância de ser impossível obrigar o soberano a obrigar-se consigo mesmo, pelo argumento de ser “contra a natureza do corpo político impor-se o soberano uma lei que não possa infringir”<sup>94</sup>. A existência do Estado não se deveria às leis, mas à prerrogativa legislativa. Via de regra, presumir-se-ia o consentimento tácito do Estado para com a lei que não fosse por ele revogada, ainda que pudesse fazê-lo caso assim entendesse: “tudo quanto declarou querer uma vez, ele o quer sempre, a menos que a revogue”<sup>95</sup>.

Portanto, “as leis constitutivas de todos os governos parecem sempre revogáveis, não reconhecem nenhum compromisso recíproco entre governantes e governados”<sup>96</sup> e, com este argumento defenderia o Procurador-Geral de Genebra a urgência de censurar a divulgação e a reprodução do *Contrato Social*. Em suas conclusões, o Procurador-Geral ultrapassaria os lugares comuns da crítica à Jean-Jacques Rousseau, que encontraria um risco às autoridades constituídas na soberania popular que, mobilizada por assembleias periódicas, colocaria as estruturas governamentais em suspenso para decidir se deveria ou não conservar sua forma<sup>97</sup>. Mais do que uma ameaça ao governo, o Procurador-Geral sustentaria existir na soberania popular uma ameaça à constituição. A cruzada contra as ideias revolucionárias de Jean-Jacques Rousseau iria além de resguardar a estabilidade das autoridades constituídas, preocupando-se principalmente em resguardar da potência absoluta do povo soberano as leis responsáveis por alocar cada indivíduo na sociedade, atribuindo-lhe uma classe e uma função específicas, e por estipular regras de obediência devidas aos governantes e também as regras de obediência devidas pelos governantes<sup>98</sup>.

Em Jean-Jacques Rousseau, a lei fundamental estaria integralmente decomposta na soberania, operando apenas no plano inferior do conjunto das instituições concebidas para facilitar a adequada efetivação da vontade geral. Como fora em Thomas Hobbes, a lei fundamental passível de ser extraída da teoria de Jean-Jacques Rousseau seria aquela que comanda a manutenção da onipotência do poder soberano<sup>99</sup>. Ao colocar para fora da constituição o legislador, encarregado de constituir a república, a intenção seria limitar o escopo do texto constitucional aos poderes derivados que, constituídos pelo legislador soberano, se encontrariam em seu controle pelo sempre presente espectro da soberania popular. Enquanto o legislador seria o mecânico responsável por inventar a máquina, o

---

<sup>94</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. p. 23.

<sup>95</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. p. 110.

<sup>96</sup> Conclusioni del Procurator Generale. In: ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Il Contrato Sociale*. Torino: [s. l.], 1994. p. 188. Apud: FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: De la Antigüedad a nuestros días**. p. 82.

<sup>97</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. p. 111.

<sup>98</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: De la Antigüedad a nuestros días**. p. 83.

<sup>99</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: De la Antigüedad a nuestros días**. p. 85.

príncipe – para ser mais exato, o poder executivo – seria o simples operário responsável pela montagem e operação<sup>100</sup>. A ele, bastaria ater-se ao modelo previsto pelo legislador. Assim como não estaria o inventor condicionado por sua invenção, seria impossível que a constituição condicionasse o legislador soberano rousseaniano, cuja vontade originária consentiria com a existência dos poderes constituídos.

A constituição ocupar-se-ia tão somente do arranjo dos poderes derivados, ciente da sempre presente possibilidade do legislador e do povo soberano, colocados acima da ordem constituída, revogarem sua estrutura<sup>101</sup>. Por trás da incisiva defesa da plenitude da soberania, Jean-Jacques Rousseau buscaria o resultado específico, qual seja, retardar a intrínseca tendência à degeneração e à morte do corpo político, valendo-se, para tanto, do fortalecimento do ramo legislativo, alçado à condição de *leitmotiv* da vida política<sup>102</sup>. A presença perene do soberano faria as vezes de contraponto às energias do governo em fazer prevalecer sua vontade particular em detrimento da vontade coletiva. Seria esse “o vício inerente e inevitável que desde o nascimento do corpo político tende sem trégua a destruí-lo, tal como a velhice e a morte destroem o corpo do homem”<sup>103</sup>. Ao deixar de guardar consigo a universalidade da vontade e do objeto, a lei escaparia do domínio do povo para tornar-se mero instrumento de desejos parciais que minariam a vontade geral.

“Os representantes podem, caso constituídos insatisfatoriamente, criar interesses próprios, sendo essa principal razão pela qual foi demonstrado que, em última instância, o poder constituinte precisa ser diferente do poder constituído”<sup>104</sup>. Na conjuntura política da revolução francesa, em que a categoria poder constituinte seria pela primeira vez, ao menos de modo explícito, evocada por Emmanuel-Joseph Sieyès no esforço de angariar legitimidade a uma assembleia popular convocada especificamente para trazer abaixo a velha ordem para levantar uma nova, a vontade geral de Jean-Jacques Rousseau seria a referência teórica dos deputados incumbidos de talhar uma nova forma política à França em uma época em que o poder político insistia em fundar a sua legitimidade na trindade romana da tradição, religião e autoridade, em crise desde o término da idade média.

Não mais sendo possível localizar o fundamento da autoridade e das leis em uma concessão divina, um mito fundador ou uma narrativa histórica, “os franceses, inimigos

---

<sup>100</sup> Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. p. 50.

<sup>101</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: De la Antigüedad a nuestros días**. p. 85.

<sup>102</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: De la Antigüedad a nuestros días**. p. 85.

<sup>103</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. p. 103.

<sup>104</sup> SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **Délibérations à prendre dans les assemblées de bailliages**. Paris: EDHIS, 1989. p. 39.

do despotismo e regenerados por sua Revolução, lançariam tudo por terra: a monarquia, a Igreja, o tribunal, a jurisprudência, a sociedade de ordens, o senhorialismo, a servidão, a corporação, o direito de primogenitura, a subordinação da mulher”<sup>105</sup>. Assim tornara-se a revolução francesa o acontecimento revolucionário mais significativo da sua difícil tumultuada época, particularmente por três circunstâncias. Em primeiro lugar, por ter acontecido no mais populoso e poderoso Estado da Europa, com a exceção da Rússia. Segundo, por ter sido um movimento popular certamente mais drástico do que qualquer outro movimento contemporâneo e, terceiro, por ter sido um ato efetivamente universal, cujas ideias foram difundidas por todos os continentes. “A Revolução Francesa é assim a revolução do seu tempo, não apenas uma, embora a mais proeminente, do seu tipo”<sup>106</sup>.

Porém, exercer influência sobre os ideais revolucionários não implicaria exercer idêntica influência sobre os cursos de uma revolução que nunca pretendeu pôr fielmente em prática os princípios trazidos por Jean-Jacques Rousseau para atribuir legitimidade à autoridade política<sup>107</sup>. A inerente inalienabilidade e indivisibilidade da soberania popular terminaram por configurar uma inadequação incontornável entre o arquétipo teórico do *Contrato Social* e as necessidades pragmáticas da revolução francesa, na medida em que de ambas as incompatibilidades decorriam ao menos três consequências problemáticas a qualquer revolução que pretendesse ser inspirada por Jean-Jacques Rousseau: atrelar à agitação popular a manifestação da soberania e a consequente suspensão das estruturas constituídas, estipular periodicamente a realização de assembleias populares soberanas e, por último, recusar a possibilidade da vontade geral ser objeto de representação<sup>108</sup>. O conceito rousseauiano de soberania, com isso, revelou-se inadequado à consumação das aspirações – particularmente, com relação à representação da soberania. Foi ao conciliar os postulados da teoria às exigências da práxis que Emmanuel-Joseph Sieyès construiria a ideia que permitiria refundar as estruturas da sociedade política: o poder constituinte.

---

<sup>105</sup> HIGONNET, Patrice. O advento da modernidade: 1789. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (org.). **Democracia**. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 49.

<sup>106</sup> HOBBSAWM, Eric. **A Era das revoluções: Europa, 1789-1848**. 20 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 86. Grifo no original.

<sup>107</sup> MINEAU, André. La révolution française et la souveraineté selon Rousseau. In: ROY, Jean (ed.). **Jean-Jacques Rousseau et la Révolution/Jean-Jacques Rousseau and the Revolution**. Ottawa: Pensée libre n. 3, 1991. p. 91.

<sup>108</sup> MINEAU, André. La révolution française et la souveraineté selon Rousseau. p. 94.

## 1.2 A prática do poder constituinte

Em um contexto político em que as desordens poderiam escapar do controle dos líderes revolucionários e expor a um continente refratário à revolução as fragilidades da França, seria importante falar e, mais do que isso, atuar em nome do povo com rapidez e eficiência. Por mais que a recusa de Jean-Jacques Rousseau em assentir à representação da vontade geral fosse um obstáculo à concretização dos interesses revolucionários, sua teoria da soberania repercutiu sensivelmente na doutrina revolucionária, que preservaria consigo influências rousseaunianas nos seus mais vários níveis<sup>109</sup>. Seria correto supor que nem todos os revolucionários, ao contrário de Maximilien de Robespierre, que guardara sempre na sua mesa de trabalho um fascículo de *Contrato Social*, leram ou concordaram com os princípios de Jean-Jacques Rousseau, mas seria igualmente correto supor que as muitas correntes de pensamento representadas na Assembleia Constituinte encontrariam neles inspiração para, superando regionalismos e classicismos, pôr em novos termos os problemas franceses<sup>110</sup>.

Entre os protagonistas da revolução francesa que, mesmo não estando de acordo com todos os pontos, recorreriam ao pensamento de Jean-Jacques Rousseau para refletir acerca dos desafios, destacar-se-ia Emmanuel-Joseph Sieyès, para quem a soberania do povo consubstanciava-se na soberania da nação – conceito esse amplamente circulante na teoria política francesa do século XVII e XVIII<sup>111</sup>. No limiar da revolução francesa, o conceito denotaria a estrutura da sociedade organizada e hierarquizada em três classes, em cujo topo, o primeiro estado, estaria tanto o alto clero, integrado por bispos e abades, quanto o baixo, integrado por padres e monges. No segundo estado, estariam membros da nobreza provincial, proprietária de terras, e da nobreza togada, burgueses adquirentes de títulos de nobreza. Por último, o terceiro estado congregaria a substantiva maioria da população, igualmente dividida por estamentos. No ápice do terceiro estado, estariam a alta, média e baixa burguesias. Em sua base, restaria a classe trabalhadora francesa.

Seria frontalmente contra a concepção medieval de nação que Emmanuel-Joseph Sieyès mobilizaria seus esforços, por ser alicerçada na desigualdade entre os indivíduos mediante a manutenção de privilégios a poucos em detrimento da riqueza de todos e, em específico, do terceiro estado. Fizera-se imprescindível, portanto, redefinir a categoria a

---

<sup>109</sup> MINEAU, André. *La révolution française et la souveraineté selon Rousseau*. p. 95.

<sup>110</sup> BIGNOTTO, Newton. *Revolução Francesa e constitucionalismo*. p. 180.

<sup>111</sup> COSTA, Pietro. **Poucos, muitos, todos: lições de história da democracia**. p. 133.

partir de uma operação simultânea de inclusão e exclusão<sup>112</sup>. Sua nova acepção excluiria aqueles poucos juridicamente distinguidos, já que seriam juridicamente privilegiados, e incluiria aqueles muitos juridicamente igualados, já que seriam juridicamente afetados. Ao utilizar como critério de pertencimento a igualdade jurídica, a nação confundir-se-ia com o terceiro estado em uma manobra que instrumentalizaria o arquétipo contratualista de Thomas Hobbes, até então limitado à teoria, no planejamento político-constitucional da sociedade. Por ser o contrato pactuado por indivíduos em total situação de igualdade, a sociedade que dele adviria somente poderia ser integrada por indivíduos juridicamente iguais<sup>113</sup>. Com isso, a nação identificar-se-ia com os vinte e cinco milhões de franceses incluídos no terceiro estado: “O que é o terceiro estado? – tudo”<sup>114</sup>.

Existiria concordância entre Emmanuel-Joseph Sieyès e Jean-Jacques Rousseau ao atribuir a titularidade da soberania ao povo: “Nós não podemos ser livres se não com o povo e pelo povo”<sup>115</sup>. Seria a breve Constituição de 1791, no artigo 1º do seu título 3, que daria à soberania popular a sua redação definitiva ao determinar que “a Soberania é una, indivisível, inalienável e imprescritível. Ela pertence à Nação; nenhum segmento do povo, nem indivíduo algum, pode atribuir-se com o seu exercício”. Seria consolidada uma importante alteração conceitual na categoria de soberania, que não mais admitiria o reconhecimento do rei como seu titular<sup>116</sup>. Uma admissão dessa natureza apenas poderia ser objeto de uma formulação antiquada de soberania, cujo último reduto fora o regime tornado história pelo acontecimento revolucionário. De 1789 em diante, existiria espaço apenas para formulações da soberania que atribuíssem ao corpo público o pertencimento de uma soberania inalienável e indivisível. Mais do que uma revolução na sua trajetória, a mutação seria marca do amadurecimento da consciência política no que simbolizaria o triunfo do racionalismo iluminista sobre o irracionalismo teológico-político, articulando soberania e cidadania em “um par cujos termos são indissociáveis: na ‘nação-contrato’, uma é construída graças ao envolvimento da vontade livre que a outra exige”<sup>117</sup>.

Emmanuel-Joseph Sieyès, entretanto, iria mais além. Frente à incompatibilidade entre os axiomas teóricos de Jean-Jacques Rousseau e as exigências práticas do episódio revolucionário, o Abade teria o cuidado de atrelar ambos os aspectos em seu folheto *O que é o terceiro estado?*, cuja repercussão seria definitiva sobre os desdobramentos dos

---

<sup>112</sup> COSTA, Pietro. **Poucos, muitos, todos:** lições de história da democracia. p. 133.

<sup>113</sup> COSTA, Pietro. **Poucos, muitos, todos:** lições de história da democracia. p. 134.

<sup>114</sup> SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers état?** Paris: Éditions du Boucher, 2002. p. 1.

<sup>115</sup> SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers état?** p. 34.

<sup>116</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno.** p. 180.

<sup>117</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno.** p. 185.

eventos desde a convocação da Assembleia dos Estados Gerais até a instalação do reino do terror<sup>118</sup>. Muito influenciado pela teoria rousseaniana, empregando seus conceitos na articulação de uma estrutura comparável às suas ideias, Sieyès acomodaria sua doutrina política às necessidades de imediata ação ao conceder à representação da vontade do soberano, “uma vez que uma grande nação não pode, em realidade, reunir-se todas as vezes em que circunstâncias fora do comum possam exigir”<sup>119</sup>. Seria “necessário que ela confie a representantes extraordinários os poderes necessários a essas ocasiões”<sup>120</sup>.

Em momentos de tamanha gravidade, a nação estaria no exercício do seu poder constituinte, que nada mais seria senão “uma indestrutível expressão da soberania, com a qual todo um sujeito coletivo pretendia reconstruir toda uma nova forma política”<sup>121</sup>. O *status* constitucional da ordem então vigente no *ancien régime* não fora esquecida por Emmanuel-Joseph Sieyès, reputando a ordem medieval cristalizada na distinção entre os três estados-gerais como autêntica, ainda que ultrapassada, expressão soberana da nação francesa. No contexto jurídico-política da revolução francesa, em que o terceiro estado manifestaria seu repúdio em permanecer sendo “nada” na ordem política e sua intenção em ser “algo”, não deveria o corpo constituído dos estados gerais manifestar-se sobre as controvérsias constitucionais. “A quem, portanto, cabe decidir? À nação, independente, como ela necessariamente é, de toda forma, positiva”<sup>122</sup>.

Como bem lhe proporcionaria o atributo de soberana, a nação seria independente de toda e qualquer estruturação positiva, sendo suficiente a manifestação de sua vontade para que todo o direito político desapareça. Caso abrisse mão de sua posição de “mestre supremo de todo o direito positivo”<sup>123</sup>, restringindo-se a estruturas constitucionais antes colocadas, a inércia da nação remeteria ao típico impasse das constituições mistas sobre o poder responsável pela decisão que colocaria fim aos conflitos internos. Caso a nação estivesse condicionada a regra e forma constitucional, a constituição cessaria de existir e a anarquia substituiria a ordem. “Não só a nação não está submetida a uma constituição, como ela não pode e nem deve estar, o que significa dizer que ela não está”<sup>124</sup>. Os vinte e cinco milhões de franceses, contudo, não teriam como reunirem-se ao mesmo tempo e lugar para deliberar e determinar sobre a nova estrutura política da comunidade. Fez-se,

---

<sup>118</sup> MINEAU, André. *La révolution française et la souveraineté selon Rousseau*. p. 95.

<sup>119</sup> SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers état?** p. 56-7.

<sup>120</sup> SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers état?** p. 57.

<sup>121</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: De la Antigüedad a nuestros días**. p. 85.

<sup>122</sup> SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers état?** p. 56.

<sup>123</sup> SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers état?** p. 55.

<sup>124</sup> SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers état?** p. 54.

preciso introduzir no paradigma contratualista um primeiro corretivo no que diz respeito a todos os cidadãos, que apenas poderiam agir no espaço público através do mecanismo representativo<sup>125</sup>. A inovação constitucional, que precisava ser amparada diretamente na soberania da nação, apresentava-se possível na medida em que o poder constituinte da nação materializava-se, por meio da representação, no poder constituinte da assembleia.

Na assembleia constituinte, um corpo de representantes extraordinários exerceria a soberania em substituição à nação, desde que observadas as condições de deliberar só acerca de um assunto específico e por um tempo determinado – justamente para impedir possíveis excessos da sua parte. Assim, por legislarem em representação ao soberano, os deputados estariam igualmente desobrigados de atentar a qualquer forma constitucional anteriormente organizada no momento de sua decisão sobre qual forma estabelecer para dali adiante<sup>126</sup>. A total liberdade no ato de legislar deve-se a três argumentos, justificaria Emmanuel-Joseph Sieyès<sup>127</sup>. Primeiro, porque submetê-los às antigas organizações não passaria de um contrassenso em razão de, nos momentos em que a constituição entrasse em crise e suas formas precisassem ser redefinidas, caberia a eles discipliná-las. Depois, porque os deputados constituintes possuiriam nenhuma relação com a razão pela qual as velhas formas foram estabelecidas e, por último, por fazerem as vezes da própria nação, “são independentes como ela”<sup>128</sup> e soberanos como ela.

A representação extraordinária apresentaria três sensíveis diferenças com relação à representação ordinária. Primeiro, quanto à extensão das suas iniciativas, os deputados ordinários encontram na forma constitucional criada pelos deputados extraordinários um limite às suas atuações, que seriam reputadas legítimas apenas enquanto se adaptarem à lei, considerada fundamental “não no sentido de que possam tornar-se independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e atuam por elas não podem tocá-la”<sup>129</sup>. Em segundo lugar, no que diz respeito à finalidade, não seria autorizado ao poder constituído modificar a lei fundamental porque não seria possível que o poder delegado alterasse as condições de delegação de poderes que a própria lei lhe fizera. Caberia a ele somente cumpri-la. Nesse sentido, o papel das estruturas constituídas seria concretizar a vontade popular inculpada na constituição. Seria nesse esquema que a nação soberana “faz exercer por seus representantes tudo o que é necessário para a sua conservação e da

---

<sup>125</sup> COSTA, Pietro. **Poucos, muitos, todos:** lições de história da democracia. p. 134.

<sup>126</sup> SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers état?** p. 57

<sup>127</sup> SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers état?** p. 57.

<sup>128</sup> SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers état?** p. 57.

<sup>129</sup> SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers état?** p. 57.

ordem na comunidade”<sup>130</sup>. Em terceiro e último lugar, quanto a seu lócus na sociedade, a representação ordinária apresentaria maior constância na medida em que constituída a partir de leis que possuem a pretensão de serem estáveis. Por outro lado, a representação extraordinária far-se-ia presente apenas em função de casos de crise.

Ao fim de traçar as diferenças entre as representações ordinária e extraordinária, Sieyès atentara à condição de que “não são essas diferenças inúteis”<sup>131</sup>. Seriam todos os critérios que permitiriam distinguir as representações imprescindíveis à preservação da ordem social, que se tornaria incompleta se enfrentasse uma situação cuja resposta não pudesse ser provida através da forma constitucional posta. Ao insistir na perfeição do contraste entre as representações, Sieyès consolidaria a estratégia de isolar o momento e o sujeito responsáveis pela feitura da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e a Constituição da França de 1791 para reafirmar posteriormente a superioridade das leis fundamentais sobre as leis ordinárias, vez que, desconstituída a assembleia constituinte, deputados seriam eleitos com a finalidade específica de promover a realização do texto constitucional dentro dos seus próprios limites<sup>132</sup>.

Cientes da impossibilidade de realização do projeto revolucionário de sociedade pela mera modificação no sistema de governo, os deputados constituintes encontrariam, na Declaração dos Direitos e na Constituição, ferramentas necessárias para cristalizar as fortes transformações provocadas pela revolução no seio de relações familiares, sociais, profissionais, econômicas e políticas. Dessa maneira, “confiantes no direito, na escrita, na natureza solene do texto, os homens da revolução inscreveram detalhadamente tudo o que lhes parecesse indispensável de consagrar: a constituição é a tradução do contrato social”<sup>133</sup>. Refletindo novamente a influência de Jean-Jacques Rousseau, aos deputados constituintes seria politicamente necessário suceder a constituição costumeira do *Ancien Régime*, composta basicamente pelo conjunto de costumes, usos e decisões judiciais, por um estatuto fundamental registrado no papel e sancionado pela autoridade no intuito de organizar as normas de convivência entre governantes e governados<sup>134</sup>.

---

<sup>130</sup> SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers état?** p. 54.

<sup>131</sup> SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers état?** p. 57.

<sup>132</sup> JAUME, Lucien. Constituent Power in France: The Revolution and its Consequences. In: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (ed.). **The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form.** p. 69.

<sup>133</sup> ARDANT, Philippe. Le contenu des Constitutions: variables et constants. **Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques**, n. 50, sept. 1989, p. 32-33.

<sup>134</sup> JAUME, Lucien. Constituent Power in France: The Revolution and its Consequences. p. 69.

Logo depois da promulgação da Constituição Francesa de 1791, a relação entre os poderes executivo e legislativo viria a deteriorar-se com a eleição de uma Assembleia Legislativa ainda mais voltada à esquerda caso comparada à Assembleia Constituinte de 1789<sup>135</sup>. Mas, antes disso, as relações entre o legislativo dedicado a refundar os pilares políticas da comunidade e o executivo preocupado em sobreviver à ordem ultrapassada não seriam as melhores. Somados às contingências do episódio constituinte, os conflitos entre a coroa, a nobreza e o povo exigiriam à Assembleia Constituinte a promulgação de leis enquanto ainda estava em redação o novo texto constitucional. O poder constituinte despertado em junho de 1789 atuaria como poder constituído por mais de dois anos, até setembro de 1791, quando promulgada a constituição. A apropriação da soberania pela Assembleia Constituinte, oportunizada pelo movimento que atribuíra ao mesmo tempo seu exercício aos representantes e sua titularidade aos representados, levaria o trabalho de elaboração do texto a conflitos partidários que terminariam por sublimar as fronteiras entre poder constituinte e poder constituído<sup>136</sup>.

Frente ao desdobramento do processo revolucionário, os deputados constituintes mais moderados não tardariam a perceber na onipotência do poder constituinte um risco à novíssima ordem constitucional, logo atuando para, na medida do possível, domesticar e limitar sua força<sup>137</sup>. Assim fariam de imediato quando, redigido o texto constitucional, seria colocada em pauta a necessidade de colocá-lo ou não a um processo de ratificação que abrisse à nação francesa a chance de expressar a sua opinião sobre a Constituição de 1791 ser ou não a expressão real do poder constituinte que lhe pertencia<sup>138</sup>. Inobstante o protesto de Sieyès, cujo esboço inicial da Declaração condicionaria a vigência definitiva da constituição à aprovação por uma segunda assembleia constituinte instalada para este fim em particular, e do protesto de deputados mais moderados, a maioria da Assembleia se negaria a colocar o texto à ratificação popular, promulgando-o assim que concluído.

Mais do que nesta matéria em específico, a reticência dos constituintes para com o poder constituinte evidenciar-se-ia no Título VII da Constituição de 1791, responsável

---

<sup>135</sup> “Repetidas vezes veremos moderados reformadores da classe média mobilizando as massas contra a resistência obstinada ou a contra-revolução. Veremos as massas indo além dos objetivos moderados rumo a suas próprias revoluções sociais, e os moderados, por sua vez, dividindo-se em um grupo conservador, daí em diante fazendo causa comum com os reacionários, e um grupo de esquerda, determinado a perseguir o resto dos objetivos moderados, ainda não alcançados, com o auxílio das massas, mesmo com o risco de perder o controle sobre elas”. Cf. HOBBSAWM, Eric. **A Era das revoluções**: Europa, 1789-1848. p. 95.

<sup>136</sup> JAUME, Lucien. *Constituent Power in France: The Revolution and its Consequences*. p. 70.

<sup>137</sup> JAUME, Lucien. *Constituent Power in France: The Revolution and its Consequences*. p. 70.

<sup>138</sup> JAUME, Lucien. *Constituent Power in France: The Revolution and its Consequences*. p. 70.

por reger a revisão dos decretos constitucionais, cuja normas tornaram-na teoricamente complicada e praticamente impossível<sup>139</sup>. Seu artigo primeiro muito bem representaria a desconfiança da Assembleia com relação à potência que poderia escapar das limitações insculpidas no texto que promulgara e, a fim de impedir expressões soberanas do poder constituinte, revestiria os procedimentos na condição de cláusula pétrea: “A Assembleia nacional constituinte declara que a Nação possui o direito imprescritível de modificar a sua Constituição e, não obstante, considera que está em maior adequação ao interesse nacional exercê-lo somente pelos meios previstos pela própria Constituição”. Exigir-se-ia a decisão unânime de três legislaturas consecutivas para revisar determinado artigo da Constituição que, na prática, tivesse se revelado inconveniente. Cumprido esse primeiro requisito, seria convocada uma assembleia de revisão constituída pela quarta legislatura, com número de membros dobrado para tanto e com trabalho condicionado ao juramento de restringir-se às intenções de revisão manifestadas pelas legislaturas antecessoras. À população não seria oportunizada qualquer pronunciamento sobre as iniciativas, sobre o objeto ou sobre o cronograma da revisão constitucional.

Determinado a entrincheirar a iniciativa e a limitar a extensão das prerrogativas de revisão, a Assembleia Constituinte entenderia não mais existir espaço à expressão do poder constituinte junto à ordem constituída, uma vez que não mais haveria injustiça ou preconceito a ser superado<sup>140</sup>. Considerariam os deputados constituintes que o texto por eles escrito seria definitivo por estar fundamentado nos direitos intrínsecos do homem, quando, na realidade, o trabalho desenvolvido pelos moderados terminaria por fomentar agitações populares de todas as espécies, que seriam conduzidas por clubes e suscitadas por petições. Por meio desses canais, o povo soberano assumiria a sua forma concreta e criaria a oportunidade de retomar as bandeiras mais radicais da revolução francesa. As manifestações concretas e exteriores do povo francês, como grêmios e petições, seriam consideradas uma ameaça ao politicamente prudente princípio da representação política. Contudo, a limitação imposta ao poder constituinte provocaria resultado diametralmente contrário ao desejado, qual seja, esgotar a deliberação pública na arena parlamentar por meio de um regime de representação desprovido de elementos de democracia direta e de iniciativa popular e reduzir a opinião pública à circulação de artigos jornalísticos<sup>141</sup>. Sob

---

<sup>139</sup> JAUME, Lucien. *Constituent Power in France: The Revolution and its Consequences*. p. 71.

<sup>140</sup> JAUME, Lucien. *Constituent Power in France: The Revolution and its Consequences*. p. 71.

<sup>141</sup> JAUME, Lucien. *Constituent Power in France: The Revolution and its Consequences*. p. 72.

a influência de Jean-Jacques Rousseau, os agentes mais ousados da revolução francesa leriam na representação um instrumento de alienação da vontade soberana do povo<sup>142</sup>.

Quando combinadas com a resistência do poder executivo frente a iniciativas do poder legislativo, críticas à falta de legitimidade da representação e ao parlamentarismo monárquico terminariam por fomentar as condições que implicariam o acirramento das divergências partidárias e instabilidades institucionais. As agitações populares lideradas pelos clubes e associações radicais, bem como os reiterados atritos com o Rei Luís XVI, só fariam aprofundar o abismo entre os congressistas e os movimentos democráticos ou entre esses movimentos e aqueles com orientações subversivas. A monarquia francesa, mesmo apoiada por relevante segmento da burguesia revolucionária, que, triunfante em 1789, promoveria por meio da Assembleia Constituinte a racionalização e a reforma da França para em seguida deslocar-se às fileiras conservadoras, não se conformaria com o novo regime plebeu<sup>143</sup>. Ao lado da coroa, a nobreza desejaria a intervenção dos aliados estrangeiros para destituir o parlamentarismo e restituir o absolutismo. O clero, devido à malfadada Constituição Civil do Clero, cujo objetivo seria garantir a lealdade da Igreja Católica para com Paris, não Roma, também adentraria às fileiras da oposição, inclusive chegando a ajudar Luís XVI a escapar do país. Sua recaptura faria da causa republicana uma bandeira popular: o rei que abandonasse os seus súditos perderia o direito de exigir lealdade. A esse descontentamento somar-se-ia a inflação nos preços dos alimentos que fora causada pela economia de livre empresa consagrada pela Constituição de 1791<sup>144</sup>.

Em breve a Constituição de 1791 chegaria ao seu final quando os procedimentos de reforma inviabilizassem que suas disposições fossem recolocadas em conformidade com os anseios populares, que, diante da imobilidade do texto, optariam por reabrir a lacuna entre a constituição e a revolução<sup>145</sup>. Logo, terminaria o primeiro e começaria o segundo momento da revolução francesa, cujo desafio seria assegurar a nova república uma carta adequada à nova configuração de forças políticas que, entre si, disputavam o monopólio sobre o direito de falar em nome do povo francês. Essa fase intermediária da revolução, que chegaria ao fim com a Constituição de 1795, que, por sua vez, também não tardaria a ser destruída com o surgimento de Napoleão Bonaparte no cenário, seria caracterizada por conflitos entre girondinos, que nada mais seriam do que republicanos moderados, e jacobinos, membros da pequena burguesia, em promulgar o novo texto.

---

<sup>142</sup> JAUME, Lucien. *Constituent Power in France: The Revolution and its Consequences*. p. 72.

<sup>143</sup> HOBBSAWM, Eric. **A Era das revoluções: Europa, 1789-1848**. p. 98.

<sup>144</sup> BIGNOTTO, Newton. *Revolução Francesa e constitucionalismo*. p. 183.

<sup>145</sup> BIGNOTTO, Newton. *Revolução Francesa e constitucionalismo*. p. 183.

No Reinado do Terror, os jacobinos relegariam a segundo plano o imbricamento entre direito e política para sustentar a absoluta prioridade da ação revolucionária a fim de aprofundar reformas sociais, arriscando a alcançar e até mesmo ultrapassar os limites de uma revolução antiburguesa<sup>146</sup>. Ao recorrerem em todos os momentos ao argumento da vontade popular, assimilada à vontade geral de que falara Jean-Jacques Rousseau, os jacobinos e, em especial, Maximilien de Robespierre, desobrigaram-se de procurar base institucional às suas ações e fizeram da revolução uma prática permanente por meio da eterna luta entre as correntes que reivindicavam legitimidade para falar exclusivamente em nome e no lugar do povo<sup>147</sup>. Ao recusarem-se a colocar em prática uma constituição pelo receio de vê-la fracassar da igual maneira que fracassara a constituição girondina, os jacobinos conduziram a experiência revolucionária à derrota ao falharem em encerrar as vitórias da revolução em um texto constitucional<sup>148</sup>.

Para os revolucionários moderados, o êxito da revolução seria alcançado através do traçado inflexível da linha entre constituição e revolução e entre poder constituído e poder constituinte de forma a assegurar a legitimidade das instituições governamentais e os direitos individuais a um só tempo. Logo, a categoria do poder constituinte mostrou-se chave para a identificação e compreensão dos dois aspectos primeiros do movimento do ano de 1789: revolução e fundação, inovação e proteção<sup>149</sup>. “A coincidência da ideia de liberdade e aquela de um novo começo é, portanto, capital para toda compreensão da revolução moderna”<sup>150</sup>. Seria bem-sucedido o movimento revolucionário cujo desfecho fosse a consagração da liberdade pela redação de um texto constitucional e malsucedido aquele cuja herança fosse arbitrariedade – justamente o desenlace da revolução de 1789. Logo, teria sido vitoriosa a revolução americana, que, ao lado da francesa, inclui-se nas revoluções liberais do final do século XIX que foram em muito responsáveis pelo condicionamento do desenvolvimento do constitucionalismo ao trazer ao primeiro plano a categoria e prática inéditas do poder constituinte e, com elas, a difícil articulação entre a soberania popular e a tradição constitucionalista – que se apresentavam já de maneira divergente e excludente nos debates políticos do século XVII.

A teoria do poder constituinte seria, em sua essência, uma teoria da legitimidade do poder que viria a desempenhar na conjuntura das revoluções liberais um papel muito

---

<sup>146</sup> HOBBSAWM, Eric. **A Era das revoluções**: Europa, 1789-1848. p. 95.

<sup>147</sup> BIGNOTTO, Newton. *Revolução Francesa e constitucionalismo*. p. 184.

<sup>148</sup> ARENDT, Hannah. **On Revolution**. New York: Penguin Books, 1990. p. 141.

<sup>149</sup> JAUME, Lucien. *Constituent Power in France: The Revolution and its Consequences*. p. 69.

<sup>150</sup> ARENDT, Hannah. **On Revolution**. New York: Penguin Books, 1990. p. 29.

equivalente ao desempenhado pela teoria da soberania na consolidação das monarquias absolutistas<sup>151</sup>. Como nenhuma sociedade jamais deixaria de instituir os fundamentos da sua organização política, o fenômeno do poder constituinte existiria desde bem antes da articulação em uma teoria própria – esta sim a novidade trazida no fim do século XVIII, “cuja aparição configura um traço de todo original, ou seja, uma particularidade digna de justificar o pasmo e a vaidade do orador constituinte”<sup>152</sup>. Emergiria, então, a doutrina do poder constituinte para deslocar a titularidade da soberania, que não mais residiria no poder decadente e despótico das monarquias do direito divino, para a coletividade e dar expressão jurídica à categoria da soberania popular de maneira a justificar os irrupções revolucionárias que extinguiriam as respectivas ordens políticas constituídas para, logo em seguida, elaborar o novo direito. Assim, seriam ambas as revoluções ilegais em seu ponto de partida e legais em seu ponto de chegada<sup>153</sup>.

Enquanto que, no levante francês, a inovação institucional fez-se acompanhar de uma inovação teórica, com a soberania popular sendo instrumentalizada com o escopo de atribuir legitimidade à convocação de uma assembleia com potência constituinte para reorganizar politicamente a sociedade, a soberania popular seria misticamente utilizada no levante americano como fundamento para referendar uma constituição previamente elaborada pela comissão dos representantes de cada um dos treze estados confederados. Antes do texto constitucional que entraria em vigência em setembro de 1788, os Estados Unidos eram regidos pelos Artigos da Confederação, que refletiriam em primeiro lugar a experiência constitucional vivenciada no nível estadual logo após a independência do país, marcada principalmente pela desconfiança no Poder Executivo e pela supremacia do Poder Legislativo<sup>154</sup>. No todo, seus treze dispositivos reservariam aos estados parcela substantiva do poder político-econômico, cabendo à União deliberar somente acerca de matérias muito gerais, relacionadas sobretudo à diplomacia.

Em virtude do objetivo dos Artigos de proteger a autonomia dos estados e coibir a ingerência da União, ao governo central não seriam permitidas ferramentas suficientes para enfrentar as dificuldades administrativas e econômicas que assolavam todo o país, bem como os partidarismos e as rivalidades presentes na política local. Em um contexto de crise e de impotência, não tardariam a aparecer propostas de reforma constitucional

---

<sup>151</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. p. 142.

<sup>152</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. p. 142.

<sup>153</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo**. p. 95.

<sup>154</sup> PINTO, Cristiano Otávio Paixão Araújo; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2011. p. 135.

que advogariam pelo fortalecimento do governo central, encarregando-o a instituição de uma dívida pública e um banco nacional, além de políticas públicas de cooperação entre os estados confederados. Porém, as tentativas de propostas encontrariam empecilhos no difícil processo de emenda previsto nos Artigos da Confederação, que condicionavam a introdução de emendas ao texto à aprovação por todos os treze estados confederados. A Convenção Constitucional de 1786, responsável pela redação do texto até hoje vigente, instalar-se-ia de início a partir do conflito entre os estados de Maryland e Virgínia para expandir os seus trabalhos e incluir os demais estados interessados. Quando concluído, seria deliberada a realização de uma assembleia com a objetivo de “emendar os Artigos da Confederação para constituir um governo federal compatível com as necessidades da União”<sup>155</sup>. Somente depois de concluída a sua redação, a Constituição seria submetida à ratificação dos estados para entrar em vigência caso aprovado por três quintos deles.

Os trabalhos da Convenção seriam orientados por três distintas concepções sobre como garantir a legitimidade do novo texto constitucional a partir da articulação de seus dois fundamentos: a justeza da norma constitucional e a expressão do povo soberano<sup>156</sup>. Fosse em maior ou menor grau, as três concepções compartilhariam do pressuposto de ser a representação a característica principal das repúblicas modernas em comparação às antigas, caracterizadas sobretudo pela instabilidade política. A primeira seria vocalizada pelos escritos políticos de Thomas Paine, para quem cada geração deveria ser governada por seus governantes e não por seus ancestrais. O direito a que os americanos deveriam jurar lealdade não seria o direito comum desvelado por magistrados ou ao direito natural desvelado por uma autoridade superior, mas sim ao direito que seria “manifestado pelos representantes realizando a vontade do povo e atuando no interesse de todos”<sup>157</sup>. Similar seria a concepção representada por Thomas Jefferson, com a particularidade de advogar fervorosamente pela adoção de uma carta de direitos à constituição, sob o argumento de a *Bill of Rights* ser “o que a população possui direito à contra qualquer governo na terra, geral ou particular, e o que nenhum governo justo deveria recusar ou desprezar”<sup>158</sup>.

Ainda que a forma republicana de governo, organizada a partir da ideia moderna da representação política, devesse sobreviver à vontade de sucessivas gerações, Thomas Jefferson defenderia que o texto constitucional deveria responder aos anseios da geração

---

<sup>155</sup> PINTO, Cristiano Otávio Paixão Araújo; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana**: do surgimento à estabilização da forma constitucional. p. 142.

<sup>156</sup> AVRITZER, Leonardo. Revolução americana e constitucionalismo. p. 172.

<sup>157</sup> WEST, Robin. Tom Paine’s Constitution. **Virginia Law Review**, v. 89, 2003. p. 1416.

<sup>158</sup> THE FOUNDERS’ CONSTITUTION. v. 1. Chicago: The University of Chicago Press, 2000. Disponível em: <<http://bit.ly/1EoY4bA>>. Acesso em 17 de setembro de 2014.

por ela governada no tempo presente. Em correspondência trocada com James Madison, sustentaria que “nenhuma sociedade pode estabelecer uma Constituição perpétua ou, até mesmo, uma lei perpétua. A terra pertence sempre à atual geração. Portanto, eles podem administrá-la, e o que dela advier, durante o seu usufruto. Eles são senhores também de si mesmos e, conseqüentemente, podem governar-se como quiserem”<sup>159</sup>. Contudo, seria justamente a James Madison, principal representante da terceira e triunfante corrente na Convenção, que Thomas Jefferson escreveria tais palavras. Para James Madison, a mera circunstância de uma geração ser a maioria não justificaria a constante revisão da carta. Muito pelo contrário, o frequente apelo ao povo subtrairia do governo a veneração que o tempo depositaria em todas as coisas e sem a qual o mais sábio e livre dos governos não poderia encontrar estabilidade<sup>160</sup>.

A estabilidade seria exatamente o elemento ausente na experiência democrática das repúblicas antigas, cuja história revelar-se-ia trágica porque seus cidadãos atuariam na esfera política *in persona*, sem recorrerem a qualquer estrutura de mediação. James Madison não pouparia críticas ao regime da democracia direta, que, não fosse suficiente sua incapacidade para assegurar a segurança e a propriedade a cada cidadão, “foram em geral tão curtos na sua vida quanto violentos na sua morte”<sup>161</sup>. A razão, para tanto, seria a equivocada leitura do princípio da igualdade que terminou por minimizar a relevância e o perigo das alianças que são estabelecidas entre cidadãos em virtude das divergências e convergências existentes na sociedade, principalmente devido à desigual distribuição de propriedade. Os providos e os desprovidos sempre possuiriam interesses conflitantes, razão por que deveria a república ocupar-se de neutralizar as conseqüências provocadas, no cenário político, pelas facções, entendidas por James Madison como um conjunto de indivíduos, seja maioria ou minoria, unido e animado por uma vontade ou um interesse contrário aos direitos dos demais indivíduos ou aos interesses gerais da sociedade<sup>162</sup>.

Duas seriam as ferramentas à disposição da república moderna que, em oposição à democracia antiga, permitiriam neutralizar as facções: a grande dimensão do Estado e o filtro da representação política<sup>163</sup>. Distinta da democracia direta praticada nas cidades-

---

<sup>159</sup> THE FOUNDERS’ CONSTITUTION. v. 1. Chicago: The University of Chicago Press, 2000. Disponível em: < <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch2s23.html>>. Acesso em 17 de setembro de 2014.

<sup>160</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. Raleigh, NC: Sweetwater Press, 2007. p. 386.

<sup>161</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. p. 74.

<sup>162</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. p. 70.

<sup>163</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. p. 74.

estados, em que a ação de cada indivíduo atingiria diretamente a base de sustentação do governo devido à ausência de intermediações e em que a chance de candidatos indignos e parciais serem eleitos seria maior devido à menor base eleitoral, a extensão territorial continental e o modelo representativo das repúblicas modernas aumentariam a distância entre o governo e o cidadão e, por consequência, entre o governo e a facção. Repúblicas de maior extensão e maior população possuem, proporcionalmente, maior probabilidade de elegerem candidatos interessados na promoção do bem comum por oferecerem maior opção de voto aos eleitores e dificultarem a utilização de práticas ilícitas de captação de voto. Dessa maneira, “sendo o sufrágio das pessoas mais livre, será mais provável de elas centrarem-se em indivíduos que possuam os mais atraentes méritos e as mais gerais e firmes características”<sup>164</sup>.

A percepção pessimista de James Madison sobre o pluralismo político, que traria consigo o inevitável risco da opressão de uns sobre outros, naturalmente não conduziria à noção do governo dos vivos, como defenderiam Thomas Paine e Thomas Jefferson. A constituição consagraria um pré-compromisso celebrado entre todas as gerações com o fim de garantir o direito das minorias, sempre colocadas em risco quando maiorias formam-se em torno de um interesse em comum<sup>165</sup>. As inconveniências de perturbar a paz social através da incitação das paixões públicas seria a mais contundente entre as críticas ao frequente chamado ao povo para responder as controvérsias de natureza constitucional. Chamar sucessivamente as gerações no intuito de reformular os direitos individuais e as formas de governo estabelecido por seus predecessores seria não só improdutivo, como também conflituoso, de modo que, embora seja reconhecido como “única fonte legítima de poder”<sup>166</sup>, deveria o povo manifestar-se apenas em ocasiões extraordinárias. Mais do que isso, deveria expressar-se nos canais institucionais previstos no texto constitucional.

O resultado do duplo condicionamento colocado à manifestação espontânea do poder popular, que tão somente irromperia em oportunidades extraordinárias e por meio de canais institucionais, seria o difícil processo de emenda constitucional, cujo principal desdobramento seria o modelo auto-extinguível de soberania: o corpo coletivo somente seria soberano para redigir a constituição, deixando de sê-lo a partir do instante em que desse a sua promulgação<sup>167</sup>. Entrando em vigência a constituição, as paixões e atenções do povo encontrar-se-iam canalizadas e limitadas pelas instituições por ele constituídas

---

<sup>164</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. p. 75.

<sup>165</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. p. 398.

<sup>166</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. p. 385.

<sup>167</sup> AVRITZER, Leonardo. *Revolução americana e constitucionalismo*. p. 172.

no momento constituinte. Ao final desta operação, restaria erradicada a prática do poder constituinte do cenário do constitucionalismo americano, com sua consequente redução ao procedimento formal das emendas constitucionais: “o poder constituinte do povo não desempenha nenhuma função direta no constitucionalismo americano que não seja pelo processo de emenda”<sup>168</sup>. De acordo com o artigo 5º da Constituição de 1788, o seu texto poderia ser alterado a partir da proposta de dois terços de ambas as Casas do Congresso dos Estados Unidos, a Câmara dos Representantes e o Senado, ou mediante Convenção convocada por dois terços das legislaturas estaduais. Para ser incluída na Constituição, a proposta deveria ser ratificada por três quartos das legislaturas estaduais ou três quartos de convenção especificamente chamada pelo Congresso<sup>169</sup>. Desde a promulgação do seu texto, 27 emendas foram acrescentadas e, deste total, as dez primeiras seriam promulgadas em 1791, constituindo a chamada *Bill of Rights*, e a última, em 1992, embora tenha sido proposta originariamente no ano de 1789.

No fundo, a revolução americana promoveria tão somente a ruptura política com o sistema inglês, não rompendo em definitivo com o modelo de organização social que importara da metrópole. Ao lado da novidade prática do poder constituinte popular, cuja dimensão teórica foi muito menos desenvolvida pelos *founding fathers* caso comparada à relevância que o conceito tomou no debate constituinte francês a partir da contribuição de Emmanuel-Joseph Sieyès, a base intelectual da constituição norte-americana assentava-se em igual medida na tradicional constituição da Inglaterra<sup>170</sup>. Ao mesmo tempo em que a ordem brotaria da soberania do *we the people of the United States*, exercida pelos delegados dos estados interessados na celebração de um pacto federativo, não existindo classes ou estamentos sociais a serem equilibrados, a organização institucional do texto, responsável por desenhar o padrão de interação entre poderes e estabelecer seus limites, seria concebida a partir da tradição inglesa do sistema de freios e contrapesos. O próprio texto constitucional seria contraposto pelos constituintes americanos como mecanismo de imposição de limite e proteção da liberdade a desmandos praticados pelo Parlamento inglês, cujo absolutismo seria “o último e perverso produto da tradição da constituição

---

<sup>168</sup> GRIFFIN, Stephen M. Constituent Power and Constituent Change in American Constitutionalism. In: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (ed.). **The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form**. p. 65-66.

<sup>169</sup> LEVINSON, Sanford. How Many Times Has the United States Constitution Been Amended? (A) < 26; (B) 26; (C) 27; (D) > 27. In: LEVINSON, Sanford (ed.). **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment**. Princeton: Princeton University Press, 1995. p. 4.

<sup>170</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: De la Antigüedad a nuestros días**. p. 106.

mista”<sup>171</sup>. Para enfrentar o poder constituído que não observa limites, os revolucionários americanos recorreriam ao poder constituinte popular, cuja manifestação soberana daria vazão a uma lei superior à lei do Parlamento.

Enquanto os revolucionários franceses confiariam ao poder legislativo, legítimo *locus* de representação do povo porque para além de facções e acima de particularismos, os direitos por ele conquistados na batalha contra as desigualdades do antigo regime, os revolucionários norte-americanos utilizariam uma estratégia muito diferente justamente por conta do receio a possíveis abusos do poder legislativo, cujo histórico inglês levaria James Madison a constatar a inconveniência da autoridade legislativa necessariamente predominar em governos republicanos em razão dos seus poderes constitucionais serem mais amplos e menos limitáveis: “o departamento legislativo está por todos os lugares a estender a esfera de suas atividades e a atrair todos os poderes dentro de seu impetuoso vórtex”<sup>172</sup>. Logo, os direitos seriam confiados não ao poder legislativo ou ao executivo, mas à Constituição, em que definida a forma e o conteúdo do Estado de Direito através da adoção do princípio da separação de poderes e de uma lista de direitos<sup>173</sup>. Na França, se o legislativo continuava soberano enquanto responsável pelos direitos, na América, o soberano responsável pela lista de direitos era o povo manifestado na constituição.

Antes de 1776, as colônias norte-americanas seriam administradas segundo leis vigentes na metrópole inglesa, que dispunha dos aparatos e procedimentos específicos para garantir sua observância: revogação da lei, Ato do Parlamento, anulação da lei pela Coroa, procedimento judicial e apelo ao Conselho Privado<sup>174</sup>. A superioridade do direito inglês e a autoridade da Coroa e do Parlamento da Inglaterra era reconhecida através de uma organização própria e devidamente preparada para, em situações de desobediência, fazer valer os termos da sua própria lei. Com a revolução, os americanos livraram-se da Coroa inglesa para colocar em seu lugar o povo americano, não mais existindo espaço a um soberano externo ao país. Inobstante a realização de tal substituição, as instituições existentes foram deixadas intocadas pela revolução, que se ocupou de traduzir o nome e estilo do velho ao novo soberano<sup>175</sup>. Após a exteriorização nas convenções constituintes federal e estaduais, o povo soberano retirar-se-ia de cena sem deixar abertura a qualquer

---

<sup>171</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** De la Antigüedad a nuestros días. p. 106.

<sup>172</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers.** p. 378.

<sup>173</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales:** apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Trotta, 2003. p. 83

<sup>174</sup> THAYER, James Bradley. The origin and scope of american doctrine of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 7, n. 3, oct., 1893. p. 130-131.

<sup>175</sup> THAYER, James Bradley. The origin and scope of american doctrine of constitutional law. p. 130.

órgão para fazer valer seus desejos, a não ser aqueles para os quais as suas ordens foram dirigidas<sup>176</sup>. Ao fim da revolução, o constitucionalismo americano manteve a arquitetura do sistema político consagrado pela revolução inglesa, alterando apenas o fundamento místico de sua autoridade, que passara do legado da tradição à manifestação do povo<sup>177</sup>.

Antes da revolução na França e nos Estados Unidos, as condições políticas para a concepção de um poder que, titularizado pelo povo, estaria autorizado a reorganizar os fundamentos da sociedade política foram experimentadas pela primeira vez justamente na Inglaterra, por ocasião do conflito travado no correr do século XVII entre partidários do Rei Carlos I e partidários do Parlamento. Porém, assim como faria a revolução norte-americana e fariam os movimentos constitucionalistas posteriores, o caráter renovador do poder constituinte popular seria esvaziado pelos filtros institucionais e reduzido aos poderes constituídos. Ao mesmo tempo em que incubaria para logo em seguida extirpar a noção de um poder constituinte popular, o triunfo da revolução gloriosa simbolizaria a derrocada da constituição dos antigos e o limiar da constituição dos modernos, não mais voltada exclusivamente a preservar o equilíbrio entre hierarquias sociais, mas assegurar as liberdades e os direitos do cidadão contra possíveis violações por parte do Estado”<sup>178</sup>.

A participação da Inglaterra nos conflitos armados da França e da Espanha levou a coroa a exigir crescentes recursos financeiros, cuja liberação seria condicionada pelo Parlamento a contrapartida de reparação pelos ataques sofridos ou contingenciada a fim de instituir controles sobre as ações reais. Frente à resistência da Câmara dos Comuns, a monarquia encontrou-se forçada a procurar novas fontes de recursos, não sem levantar os protestos dos parlamentares. O contexto tornava-se ainda mais conturbado porque, ao lado de disputas políticas, o Parlamento creditava ao Rei Carlos I simpatia em demasia à religião católica por ser casado com uma princesa católica e por ter envolvido o país nas cruzadas católicas – os conflitos religiosos na França e Espanha. A partir do momento em que Coroa e Parlamento reivindicam com exclusividade a supremacia na resolução das disputas constitucionais, instala-se o conflito entre poderes até então em harmonia e equilíbrio na imemorial ordem política sedimentada na constituição mista inglesa. Não mais existindo margens para a conciliação nos termos da tradição do governo misto, que provou funcionar adequadamente tão somente em período de normalidade institucional,

---

<sup>176</sup> THAYER, James Bradley. The origin and scope of american doctrine of constitutional law p. 131.

<sup>177</sup> DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 25.

<sup>178</sup> BARROS, Alberto de. Revolução Inglesa e constitucionalismo. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; FILGUEIRAS, Fernando; STARLING, Heloísa (org.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 159-160.

o confronto tornou-se inevitável diante das duas possíveis alternativas: o absolutismo da Coroa ou o governo do Parlamento<sup>179</sup>.

Por mais que a doutrina do direito divino do rei consistisse em um lugar comum no debate político inglês do século XVII, a crescente divulgação de doutrinas contrárias à monarquia tornaria necessária sua promoção com maior agressividade, como se fosse a teoria do direito divino suficiente para solucionar *per se* todas as controvérsias sobre a estrutura da autoridade do Estado inglês. Porém, a doutrina revelava-se ambígua quando conduzida à dimensão do discurso político, podendo ser instrumentalizada tanto a favor da supremacia da coroa quanto a favor da supremacia do parlamento<sup>180</sup>. Pelos reis, seria resgatado o papel cumprido pela doutrina do direito divino do rei à época do surgimento do Estado moderno e, pelo parlamento, seria resgatada a necessária comunhão entre rei e parlamento consolidada na doutrina do *King-in-Parliament*. De acordo com a tradição constitucional inglesa, a mais alta autoridade legislativa do país seria desempenhada em conjunto pela coroa e pelo parlamento. Em época de normalidade institucional, as ações do rei encontrar-se-iam dependentes do conselho e do consentimento de ambas as casas parlamentares. Porém, instalado o conflito, primeiro restaria esgotado o meio tradicional de legitimação da autoridade política, que acabaria por ser insuficiente para satisfazer as reivindicações dos parlamentares. A ruptura com a ordem recebida da constituição mista seria promovida com a defesa de que a mais alta autoridade política, não importando se conferida à coroa ou ao parlamento, estaria em última análise na vontade do povo<sup>181</sup>.

O argumento da soberania popular, como o argumento do direito divino dos reis, não advogava automaticamente a favor de uma específica estrutura de governo, embora fosse utilizado para corroborar as pretensões parlamentares. Para tanto, foram essenciais as práticas representativas dos seus integrantes, que, apesar do fato de serem escolhidos para representar as respectivas localidades, estavam autorizados pelo princípio da *plena potestas* a pronunciarem-se em nome de toda comunidade<sup>182</sup>. A interpretação do *plena potestas*, a partir da associação entre povo e soberania, sofreria forte transformação com a apropriação da prática da soberania pelos representantes, diante da impossibilidade do

---

<sup>179</sup> PINTO, Cristiano Otávio Paixão Araújo; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana**: do surgimento à estabilização da forma constitucional. p. 86.

<sup>180</sup> LOUGHLIN, Martin. *Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice*. p. 31.

<sup>181</sup> LOUGHLIN, Martin. *Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice*. p. 31.

<sup>182</sup> LOUGHLIN, Martin. *Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice*. p. 33.

povo exercê-la. Na teoria, entretanto, a soberania pertenceria sendo atributo titularizado pelo povo. O resultado dessa cooptação, ao menos sob o viés do exercício da autoridade política, foi o despontar do parlamento na arena política, que transcenderia a sua função consultiva, que lhe seria atribuída pela Coroa ao tempo da sua criação, para exercer uma função criativa – do ponto de vista legislativo<sup>183</sup>.

A prerrogativa do parlamento seria construída com base na indispensabilidade de responsabilização da coroa por suas ações contrárias ao bem comum<sup>184</sup>. Curiosamente, a consagração da supremacia do parlamento na conjuntura institucional, com um conjunto restrito de indivíduos a representar o povo soberano no exercício da autoridade política, deixou em suspenso o ponto da responsabilização do próprio parlamento por suas ações. Logo, tomaria corpo nas discussões revolucionárias a questão de como poderia o povo, titular da soberania, responsabilizar o Parlamento, exercente da soberania, com diversos grupos políticos a apresentarem propostas de arranjos institucionais e formações sociais a fim de instituir mecanismos de fiscalização dos representados sobre os representantes. Grande parte desses grupos exerceu reduzida ou nenhuma influência sobre as discussões constitucionais, sendo o grupo do *levellers* um caso à parte devido à repercussão de suas ideias no discurso político inglês.

Longe de formarem um coletivo organizado e, muito menos, um partido político, os *levellers* atuavam de maneira dispersa e convergiam num projeto estruturado em três diretrizes, das quais apenas a primeira contemplaria o projeto político dos partidários do parlamento<sup>185</sup>. A primeira linha *leveller* atentaria à atribuição do comando da autoridade suprema aos representantes populares em prejuízo do monarca: “esse poder dos comuns no parlamento foi o objeto contra o qual o rei lutou e o qual o povo defendeu com a sua vida e, por isso, deve ser cobrado como preço do seu sangue”<sup>186</sup>. As diferenças ficariam evidentes com as diretrizes segunda e terceira, nas quais os *levellers* aprofundariam a sua análise sobre o fundamento popular da soberania para criticar a representação política e imaginar novas alternativas pelos quais o povo pudesse manifestar sua autoridade final. Enquanto o projeto parlamentarista não questionava a relação de representação por dar

---

<sup>183</sup> LOUGHLIN, Martin. *Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice*. p. 33.

<sup>184</sup> LOUGHLIN, Martin. *Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice*. p. 35.

<sup>185</sup> YOSHIHARU, Ozaki. *The land struggles in english revolution (2) – what the parties aimed in 1640-49*. *Kyoto University Economic Review*, Kyoto, v. 35, n. 2, 1965. p. 56.

<sup>186</sup> The case of the army truly stated. In: **Puritanism and liberty**, being the Army Debates (1647-9) from the Clarke Manuscripts with Supplementary Documents. Chicago: The University of Chicago Press, 1951. p. 434.

como certa a congruência entre decisões políticas tomadas pelo parlamento e intenções populares expressadas pelo voto, o projeto *leveller* não reduzia a soberania à atribuição de legitimidade parlamentar, conferindo-lhe hierarquia superior.

Nesse sentido, o segundo princípio *leveller* não localizava a autoridade suprema no parlamento porque encontrava a soberania popular no conjunto do organismo social: “Todo o poder reside original e essencialmente no todo do corpo do povo desta nação e a sua livre escolha ou consentimento pelos seus representantes é a exclusiva origem ou fundamento de todo governo justo”<sup>187</sup>. Ao tempo em que afirma seu compromisso com o governo representativo, a ser exercido soberanamente pelo Parlamento, é igualmente afirmada a vinculação à vontade popular: “O poder destes e dos futuros representantes desta nação é inferior apenas aqueles que os escolhem”<sup>188</sup>. A terceira e última diretriz, no que o grupo evidenciaria a necessidade da soberania popular expressar-se para além das estruturas postas, traçava a distinção entre governo constituído e povo constituinte.

Se a deflagração de conflitos constitucionais ao longo do século XVII originou o ambiente jurídico e político que permitiria o surgimento da noção de poder constituinte, seu desfecho, com a derrocada da república e a restauração da monarquia, abriu espaço para iniciativas voltadas à sublimação da potência revolucionária da soberania popular. Com a vitória das tropas parlamentaristas, lideradas por Oliver Cromwell, a monarquia desaba e a república emerge. Após a execução do rei Carlos I, condenado por traição, o parlamento criaria um conselho de estado para exercer funções executivas, extinguiria a Casa dos Lordes e reprimiria os setores mais radicais da revolução – entre esses setores, os *levellers*. Com a morte de Oliver Cromwell e a assunção do filho Richard ao cargo de *Lord Protector*, o sistema político inglês novamente colapsaria, com a monarquia sendo reinstituída e, assim, as práticas da constituição mista<sup>189</sup>. Seria somente com a deposição de Jaime II, primogênito de Carlos II que fora levado ao trono com a restauração e logo praticaria arbitrariedades, e a abertura do trono a Guilherme, príncipe da Holanda, que a Inglaterra passaria por seu “momento constitucional”: a declaração da *Bill of Rights*<sup>190</sup>.

A meticulosa deposição de um monarca e a prudente invitation de um outro abriu à Inglaterra a oportunidade de retrazar os seus fundamentos políticos, mas sem romper

---

<sup>187</sup> The case of the army truly stated. p. 433.

<sup>188</sup> The case of the army truly stated. p. 434.

<sup>189</sup> LOUGHLIN, Martin. *Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice*. p. 43.

<sup>190</sup> PINTO, Cristiano Otávio Paixão Araújo; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. p. 87.

com a ordem estabelecida imemorialmente pela constituição mista. Tomou-se o cuidado de preservar suas instituições e seus processos ao tempo em que se abandonava a lacuna decisória deixada pela constituição mista. Mesmo depois da *Bill of Rights*, grande parte da organização política inglesa permaneceria sendo não escrita e tradicional. Contudo, tornava-se urgente determinar textualmente as fronteiras entre os poderes da legislatura e do monarca. Ainda que observasse as heranças do governo misto e do regime de freios e contrapesos, a *Bill of Rights* reconhecia a titularidade do Poder Executivo ao monarca, mas reduzia substancialmente seus poderes, negando-lhe taxativamente as prerrogativas de legislar, instituir tributos, declarar guerra e organizar exército em tempo de paz sem o consentimento do parlamento<sup>191</sup>. Em suma, “o *Bill of Rights* é um ato que estipula uma determinada forma política – que consagra a soberania do Parlamento”<sup>192</sup>.

Para consagrá-la, fez-se necessário abafar reivindicações subjacentes à noção do povo como base da autoridade política e repercutir intenções aristocráticas da população como beneficiária e fiscalizadora da autoridade. Tal substituição de funções poderia ser realizada ao lado da progressiva assimilação do poder constituinte dos representados ao poder constituído dos representantes, cujo maior reflexo seria conferir ao parlamento o monopólio do *vox populi* na medida em que o *locus* do povo no discurso político seria o de representado<sup>193</sup>. A reinstituição da velha organização política, com a consolidação da autoridade final do Poder Legislativo nos momentos de crise constitucional, terminaria por sepultar os princípios de uma ordem amparada sobre a soberania popular – dentre os princípios, o poder constituinte popular. Ao final, nada mais faria a revolução inglesa do que inaugurar a tendência que seria, a partir da ruína da revolução francesa e do êxito da revolução americana, consagrada pelo constitucionalismo: situar o povo no fundamento mítico da constituição para excluí-lo da prática efetiva da política.

---

<sup>191</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** De la Antigüedad a nuestros días. p. 90.

<sup>192</sup> PINTO, Cristiano Otávio Paixão Araújo; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. p. 87.

<sup>193</sup> LOUGHLIN, Martin. *Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice.* p. 43.

## 2 DO PODER CONSTITUINTE AO TEXTO CONSTITUCIONAL

Se, naquela que seria a primeira sistematização da categoria “soberania”, embora muito contaminada pela cosmologia e teologia medieval, Jean Bodin revestiria o sujeito soberano – no caso, o monarca – com marcas de absolutismo e perpetuidade<sup>194</sup>, a teoria constitucional moderna e contemporânea logo recepcionaria e desenvolveria os mesmos atributos como se fossem próprios do poder constituinte. Esta apropriação em momento algum causaria estranhamento, que não seria o poder constituinte outra coisa que não “a caracterização que a soberania toma ao fazer-se dinâmica e criadora de instituições”<sup>195</sup>. Após a articulação de Joseph-Emmanuel Sieyès entre os conceitos de soberania e nação para legitimar a fundação de uma nova ordem, não tardaria a se estabelecer consenso na teoria quanto às “três características básicas que se reconhecem ao poder originário. Ele é inicial, ilimitado (autônomo) e incondicionado”<sup>196</sup>. De lá para cá, passar-se-ia das três para cinco características, com o poder constituinte logo assumindo as características da indivisibilidade e permanência, apresentando-se nas discussões como o poder capaz de: i) fundar uma nova ordem jurídica; ii) livrar-se de qualquer limitação jurídica anterior à sua manifestação; iii) expressar-se segundo procedimentos próprios; iv) afastar qualquer fracionamento em seu momento ou em seu veículo; e v) despontar na ordem instituída a qualquer momento. Ao final, soberania política e poder constituinte compartilhariam de todas as cinco características porque, em última análise, seriam a mesma coisa: “o poder constituinte nacional é nesse caso a soberania a serviço do sistema representativo”<sup>197</sup>.

Concebido no paradigma liberal, cuja preocupação principal seria a de fracionar para frear os poderes do Estado a fim de resguardar as liberdades do indivíduo, o direito constitucional moderno logo tomaria o cuidado teórico necessário para limitar na prática cada um de seus atributos. Poderia fundar a nova ordem, mas inevitavelmente deveriam ser trazidas leis da ordem abolida. Poderia romper com limitações jurídicas prévias, mas não com os valores ali protegidos. Poderia ocorrer por procedimentos próprios, mas não fora do sistema representativo. Poderia recusar fracionamentos e divisões, mas aceitaria revisões. Poderia surgir a qualquer momento, mas apenas seria considerado legítimo em alguns. Ao final deste exercício, o constitucionalismo liberal terminou por domar a fera indócil que estaria sempre pronta a colocar em risco à segurança jurídica tão importante

---

<sup>194</sup> BODIN, Jean. **Six books of the Commonwealth**. p. 24.

<sup>195</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. p. 143.

<sup>196</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 104.

<sup>197</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. p. 143.

à ordem burguesa. Para tanto, as relações do poder constituinte com seu tempo, com sua forma e com o seu espaço seriam rescritas de modo que pudesse o poder constituinte ser submetido à fiscalização do poder constituído. Quanto ao tempo, o irromper constituinte seria reduzido a categorias jurídicas seletivamente utilizadas na interpretação da história constitucional, apenas importando os denominados “momentos constituintes”, quando haveria de fato o sujeito constituinte irrompido de maneira legítima por meio dos canais reputados legítimos – sempre mediante representantes populares. Quanto à expressão, o sujeito constituinte restaria consubstanciado pelo sujeito constituído, com sua expressão sendo canalizada à arena política e protagonizada pelos atores políticos. Especialmente, o poder constituinte somente encontraria lugar para manifestar-se na instrumentalização das formas de produção, interpretação e aplicação do direito pelos poderes constituídos.

Concluído o rito de submissão da força revolucionária do poder constituinte, que será pormenorizadamente analisado no segundo subcapítulo deste capítulo, o fenômeno constituinte seria esgotado ao episódio histórico de promulgação do texto constitucional e de fundação da nova ordem constitucional, com o exercício da soberania pelo seu real titular sendo reiteradamente obstaculizado pelo direito constitucional sob os argumentos de ilegitimidade e invalidade. Enquanto o primeiro capítulo ocupou-se com a soberania, buscando resgatar o seu papel na filosofia de legitimar o exercício da autoridade e o seu papel na política de legitimar a criação da nova ordem, este capítulo cuidará unicamente da categoria do poder constituinte – para ser mais preciso, da chamada “teoria liberal do poder constituinte”. Ao tempo em que celebra a existência do poder soberano criador da ordem, condiciona sua manifestação aos procedimentos delineados pelo direito positivo – sob o epíteto de poder constituinte “reformador” e “decorrente”. Antes de examinar os contornos atribuídos pelo liberalismo ao fenômeno, é importante repisar sua gênese, que não remete à revolução americana, mas à revolução inglesa. Mais do que a consagração do liberalismo como doutrina política, a revolução gloriosa traria o constitucionalismo como doutrina jurídica vitoriosa. Em seu seio, seria possível encontrar os primórdios de uma práxis que confinaria a soberania popular à representação política, isolando o poder constituinte ao ato de fundação da nova ordem e, assim, preservá-la.

Chegando ao fim deste segundo itinerário, pretende-se fornecer os subsídios que serão fundamentais à análise do discurso que os juristas desenvolvem sobre a categoria, especialmente quando sob discussão a reforma da constituição por formas outras que as estipuladas em seu texto. Como será desvelado no terceiro e último capítulo, o triste fim da teoria constituinte foi prestar-se não à criação do novo, mas à manutenção do velho.

## 2.1 A derrocada do poder constituinte

Com a afirmação da soberania na passagem do século XVI ao século XVIII, por meio do gradual processo de concentração de poder na pessoa do monarca, o modelo de relação entre governantes e governados vigente na idade média, baseado nos laços e nos vínculos de suserania e vassalagem, seria substituído por um padrão de subordinação de todos os súditos a um único governante, detentor exclusivo da decisão política. Porém, o modelo de concentração política continental não encontraria na Inglaterra igual espaço para deitar raízes devido à valorização dos critérios jurídicos tradicionais sedimentados na imemoriáveis leis e tradições do reino inglês, que inviabilizaria o argumento de que o rei estaria acima da tradição, assim como inviabilizaria em igual medida o argumento de que assim estariam, mesmo após o fim da revolução gloriosa, a Câmara dos Comuns e a dos Nobres. Assim, bem diferente da Europa continental, na Inglaterra, “na melhor das hipóteses, o conceito de soberania era pensado como soberania parlamentar, o que era o mesmo que dizer que, por detrás da fachada da unidade soberana, estava a fragmentária realidade da constituição mista”<sup>198</sup>.

A particularidade da experiência constitucional inglesa residiria na translação da constituição mista a um plano propriamente jurídico-normativo e a consequente fixação de um conjunto de leis que estariam à disposição dos magistrados para controlar os atos do Parlamento e as ações do Rei contrárias à história do reino inglês e suas articulações sociais e institucionais<sup>199</sup>. Desta operação, resultaria o *common law*, que desempenharia uma importante função na conjuntura de transição política inglesa ao fornecer inúmeros elementos ao processo de formação do constitucionalismo moderno ao longo do século XVII<sup>200</sup>. Seria justamente nesse século em que a expressão *common law* encontraria seu espaço na Inglaterra, embora sua origem fosse encontrada nas práticas medievais, para “afirmar a igualdade dos cidadãos ingleses perante a lei e para combater todo o arbítrio do Governo que lesasse seus direitos legais”<sup>201</sup>. Para tanto, far-se-ia necessário reabilitar e adaptar o *common law* à controvérsia constitucional travada entre o rei e parlamento – tarefas essas que seriam cumpridas com brilhantismo por Edward Coke na sua disputa

---

<sup>198</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. Entre o Leviatã e o Beemote: Soberania, Constituição e Excepcionalidade no Debate Político dos Séculos XVII e XVIII. p. 69.

<sup>199</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** De la Antigüedad a nuestros días. p. 67.

<sup>200</sup> PINTO, Cristiano Otávio Paixão Araújo; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana:** do surgimento à estabilização da forma constitucional. p. 61.

<sup>201</sup> MATTEUCCI, Nicola. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** p. 252

com o rei Jaime I devido a seus esforços em fundamentar juridicamente a superioridade da coroa inglesa na doutrina do direito divino dos reis.

Três foram as circunstâncias que levaram ao desprestígio da prática do *common law* sobretudo a partir da segunda metade do século XVI, quando a Inglaterra adentraria um período de transformações profundas em sua vida econômica, política e cultural<sup>202</sup>. Primeiro, a crise dever-se-ia à falta de maleabilidade para ajustar-se satisfatoriamente às mudanças econômicas alavancadas pela distribuição das terras desocupadas, o que seria viabilizado com o fechamento de monastérios e a modernização dos meios de produção. A dinamização econômica refletir-se-ia no despontar do reino no cenário internacional, desafiando a hegemonia espanhola com o aumento da sua frota e a posição estratégica do seu território. Neste contexto de fortes mudanças, o rigor e hermetismo do *common law* torná-lo-iam incapaz de responder aos problemas que lhe eram apresentados. Instalava-se, com isso, um processo de esvaziamento das leis e tradições em razão da valorização de outras ferramentas de jurisdição, a exemplo da *equity*, que foi instrumentalizada pela coroa para permitir o julgamento de crimes que diziam respeito à figura do rei de forma maneira mais célere e menos garantista, e de tribunais especiais, que foram amplamente utilizadas para garantir os privilégios e monopólios que eram concedidos pelo rei. Em terceiro e último lugar, a ausência de reflexão e compilação dos precedentes refletir-se-ia na obsolescência do *common law*, cuja natureza seria essencialmente argumentativa e casuística, não sendo publicada qualquer obra de doutrina e deixando de ser publicada a coleção anual de decisões ao longo do século XVI. Com isso, os julgados mais recentes deixariam de circular entre operadores do direito que, em época de forte modernização, recorreriam aos precedentes tornados obsoletos.

No exercício da função de *Chief Justice* de *Common Pleas*, Edward Coke valer-se-ia de um caso concreto, que se discutia a prisão e proibição do exercício de profissão impostas a Thomas Bonham pelo colegiado inglês de médicos, para contrapor e afirmar a superioridade do *common law* diante de decisões tomadas pelos tribunais especiais por meio de processos de *equity*<sup>203</sup>. Para tanto, seria necessário não mais aplicar os atos do parlamento que fossem contrários às leis e tradições imemoriais do reino, o que seria de responsabilidade dos magistrados. Para justificar o afastamento das leis parlamentares e a sobreposição do direito consuetudinário, deveriam os juízes desenvolver um trabalho

---

<sup>202</sup> PINTO, Cristiano Otávio Paixão Araújo; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional.** p. 63.

<sup>203</sup> PINTO, Cristiano Otávio Paixão Araújo; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional.** p. 67.

de interpretação para reconduzir os atos “a uma dimensão e a um significado conforme às *ancient common laws and customs of the realm*”<sup>204</sup>, que compreenderiam o complexo de usos e costumes enraizadas na história da sociedade inglesa, bem como nos acordos e compromissos celebrados entre os vários estamentos do reino. Não estava Edward Coke a argumentar pelo primado de uma lei abstrata que, por razões misteriosas, estivesse um degrau acima da lei do parlamento. Seriam privilegiadas as leis consagradas pelo direito consuetudinário que o parlamento, em sua função típica de tribunal superior de justiça, deveria manter em equilíbrio por meio da promulgação de atos justos que conferissem a cada indivíduo o seu devido direito, sem privilégios ou arbitrariedades<sup>205</sup>.

Assim como Edward Coke, James Harrington reservaria similar cuidado teórico à elaboração de uma ordem constitucional equilibrada e harmônica. Contudo, enquanto Edward Coke destacaria a indispensabilidade de preservar a histórica constituição mista, cujo ponto de partida da segmentação social imporiam a cada pessoa um específico papel segundo conveniências do complexo de vínculos da sociedade feudal, James Harrington dedicou-se à concepção de uma sociedade civil integrada por cidadãos independentes e à concepção de uma sociedade política regida por eleições diretas<sup>206</sup>. A redação de uma constituição equilibrada não dispensaria uma comunidade também equilibrada, em que os bens fossem repartidos de forma razoável e igualitária no intuito de restabelecer o equilíbrio entre poder e propriedade que entrara em crise junto da monarquia inglesa. A distribuição equânime de terras, feita possível com o fim do feudalismo, estabeleceria um *status* de igualdade entre os cidadãos que anularia qualquer soberania com pretensão de dominação, mas não anularia a soberania em si – muito pelo contrário<sup>207</sup>.

A soberania, distinta da concepção elaborada por Thomas Hobbes, não seria um poder uno e indivisível capaz de ela e apenas ela, colocar fim à anarquia da constituição mista. Seria a soberania encontrada por James Harrington junto aos indivíduos eleitores e aos seus representantes parlamentares. Contudo, muito embora o inglês passasse a ser visto como cidadão ao invés de súdito<sup>208</sup>, sua intervenção direta na vida política restaria inviabilizada pela impossibilidade fática de reunir-se com todos os seus pares no mesmo espaço e ao mesmo tempo. Para driblar essa inconveniência, recorrer-se-ia a um sistema representativo de governo que permitisse ao povo a escolha dos indivíduos mais aptos a

---

<sup>204</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** De la Antigüedad a nuestros días. p. 67.

<sup>205</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** De la Antigüedad a nuestros días. p. 67.

<sup>206</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** De la Antigüedad a nuestros días. p. 87.

<sup>207</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** De la Antigüedad a nuestros días. p. 87.

<sup>208</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição:** Para Uma Crítica do Constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 103.

governarem em seu nome<sup>209</sup>. Assim, à representação política seria atribuída a missão de selecionar os cidadãos mais virtuosos e ponderados e, conseqüentemente, mais capazes de legislar em benefício de toda a coletividade. Por ser “o interesse do indivíduo em ter seus objetivos atendidos juntamente com o interesse geral”<sup>210</sup> o substrato da autoridade do governo, James Harrington terminou por conceituá-lo enquanto a técnica pela qual a sociedade civil seria instalada e preservada sob o signo do interesse e direito comum<sup>211</sup>.

Além de uma Lei Agrária que possibilitasse a redistribuição das propriedades ao limitar a extensão e ao facilitar a aquisição, seriam os dois outros pilares de uma ordem harmônica o Senado, formado pelos cidadãos mais virtuosos e encarregado de iniciativa legislativa, e a Assembleia, formada pelos cidadãos comuns e encarregado da aprovação ou rejeição das propostas encaminhadas. Entre a organização das instituições e o arranjo dos interesses haveria uma imbricação necessária que estaria desde pronto insculpida na própria natureza humana, caracterizada primeiro pelo domínio de interesses próprios do que pela desejo ao bem coletivo. Era deslocada ao centro da engenharia institucional, no intuito de assegurar a predominância do interesse comum, a diferenciação entre decisão e fiscalização e, com ela, a necessária diferenciação das funções de governo – seria essa a condição à boa performance e à longa duração de um regime político verdadeiramente soberano<sup>212</sup>. Seria dessa maneira que James Harrington distinguiria a constituição mista, que persiste no plano de fundo de sua teoria, ainda que a considere obsoleta, do governo misto, que garantiria uma ordem estável e duradoura ao dividir os poderes políticos<sup>213</sup>.

Respeitadas suas respectivas particularidades, Edward Coke e James Harrington foram somente dois dos principais teóricos convenientemente resgatados pelas correntes políticas que se sagrariam vitoriosas com a queda de Jaime II e a ascensão de Guilherme de Orange ao trono inglês. O partido situacionista dos *whigs*, que congregava tendências liberais em oposição ao partido dos *tories*, que defendia o fortalecimento do Rei Carlos II à frente da Coroa como contraponto à expansão do poder do Parlamento, inicialmente havia instrumentalizado teorias contratualistas para justificar a mudança constitucional a partir do argumento da soberania popular. Contudo, após viabilizar a obtenção dos seus objetivos mais imediatos, quais sejam, a consolidação da supremacia do Parlamento e em detrimento da supremacia da Rei e a redução dos representados aos representantes, o

---

<sup>209</sup> COSTA, Pietro. **Poucos, muitos, todos:** lições de história da democracia. p. 68.

<sup>210</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição:** Para Uma Crítica do Constitucionalismo. p. 103.

<sup>211</sup> HARRINGTON, James. **The Oceana and Other Works.** London: Becket and Cadell, 1771. p. 284.

<sup>212</sup> COSTA, Pietro. **Poucos, muitos, todos:** lições de história da democracia. p. 68.

<sup>213</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** De la Antigüedad a nuestros días. p. 88.

contratualismo colocar-se-ia como potencialmente perigoso ao *status quo* pós-revolução gloriosa na medida em que, assim como foi apropriado pelos *whigs*, poderia muito bem ser apropriado pela oposição *tory* com a intenção de fundamentar uma nova ruptura com a ordem constitucional a partir da categoria da soberania do povo<sup>214</sup>.

Seria por consideração de conveniência política que a corrente *whig* privilegiaria autores do calibre de Edward Coke e James Harrington, que, companheiros de Matthew Hale e Algernon Sidney, fantasiariam a constituição inglesa enquanto instituidora de um paradigma de governo submetido a um sistema de freios e contrapesos que possibilitaria a limitação dos poderes públicos através de leis oponíveis tanto aos governantes quanto aos governados<sup>215</sup>. O representante mais acabado deste modelo que, exportado à Europa ao longo dos séculos XVIII e XIX como ideal de ordem verdadeiramente constitucional, condicionaria o pensamento de gerações e mais gerações de *constitutional designers* foi John Locke<sup>216</sup>, cuja ideia do direito de resistência seria igualmente utilizada pelos *whigs* para defender a ruptura do rei James II com a antiga constituição inglesa e a necessidade da população constituir um novo governo. A relação entre a revolução gloriosa e a obra de John Locke, muito embora os *Dois tratados sobre o governo* não tenham sido escrito originariamente para tanto, serviu para justificar a ruptura promovida pela revolução de 1688, de modo que “parte do texto foi sem dúvida escrita em 1689, visando aplicar-se à situação corrente, e o seu autor deve ter tido a intenção de que o conjunto da obra fosse lido como um comentário acerca de tais acontecimentos”<sup>217</sup>.

Muito longe de conceber a soberania popular como força originária e incessante que manteria viva a constituição, antes pensando-a como o ponto em que a constituição mostra-se imperfeita, cessando de cumprir para com o seu dever de garantir a separação dos poderes e, por consequência, garantir o respeito aos direitos: “se tratava, de fato, de indicar um risco, um ponto em que a constituição parecia como algo que tendia a morrer mais do que nascer”<sup>218</sup>. Seria neste momento, quando dissolvidos os laços de governo, que deveria o povo recorrer à lei da natureza para resistir aos abusos – assim acontecera ao final de 1680, com o rei Jaime II. Sua tirania teria rompido com a velha constituição,

---

<sup>214</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. Entre o Leviatã e o Beemote: Soberania, Constituição e Excepcionalidade no Debate Político dos Séculos XVII e XVIII. p. 65.

<sup>215</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. Entre o Leviatã e o Beemote: Soberania, Constituição e Excepcionalidade no Debate Político dos Séculos XVII e XVIII. p. 66.

<sup>216</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** De la Antigüedad a nuestros días. p. 91.

<sup>217</sup> LASLETT, Peter. **Introdução.** In: LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo.** São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 67.

<sup>218</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** De la Antigüedad a nuestros días. p. 94.

destituindo o governo e restituindo o poder ao povo, que estaria liberado para constituir uma nova forma política<sup>219</sup>. Logo, fizera-se necessário ao povo ultrapassar a crise e criar o novo ordenamento por meio da utilização de suas faculdades racionais, que o levariam naturalmente a recusar de maneira abrupta suas constituições antigas e, no caso do povo inglês, a doutrina tradicional do *King-in-Parliament*: o modelo legislativo formado pelo rei, pelos nobres e pelos comuns<sup>220</sup>. Mesmo assim, a teoria de John Locke seria afastada pelos *whigs* em sua base contratualista para refrear que fosse posteriormente empregado pelos seus opositores o argumento da soberania popular, porém sendo valorizada em seu desdobramento institucional para estabelecer limites aos poderes do Estado e, com isso, afirmar os direitos naturais dos cidadãos.

A preocupação em subtrair as liberdades individuais da esfera de disponibilidade do Estado surgiria em primeiro plano na revolução inglesa, marco histórico do advento liberalismo, para consolidar-se pela revolução americana e difundir-se pelos posteriores movimentos constitucionais, incorporando-se por definitivo à tradição política e jurídica ocidental<sup>221</sup>. Bem distinta da prioridade conferida pela filosofia medieval à comunidade, cuja complexa rede de relacionamentos condicionava o papel a ser exercido pelo sujeito no seio social muito antes do nascimento, a filosofia moderna privilegiará o indivíduo, elevando à condição de valor fundamental a liberdade<sup>222</sup>. O liberalismo possuiria quatro pressupostos – dois de índole teórica e outros dois de índole institucional. Os primeiros diriam respeito à sua desconfiança para com o poder coercitivo estatal e à sua confiança na capacidade de cada indivíduo em escolher seu projeto de vida. Os segundos, à escrita de uma declaração de direitos e à instituição de um sistema de freios e contrapesos<sup>223</sup>.

O liberalismo traçaria uma área legítima de ação individual que restaria excluída da ingerência do Estado ou de terceiros, sendo assegurado ao indivíduo o livre direito de pensar, agir e dispor de sua propriedade como bem lhe convier, desde que não infligisse danos aos demais membros da comunidade. Deveriam os sujeitos serem respeitados nas suas necessidades e exigências mais básicas e considerados como um fim em si mesmo, de tal maneira que nada nem ninguém poderia sacrificá-lo em nome de outro sujeito ou

---

<sup>219</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: Para Uma Crítica do Constitucionalismo. p. 110.

<sup>220</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: De la Antigüedad a nuestros días. p. 94.

<sup>221</sup> Cf. GARGARELLA, Roberto. **Los fundamentos legales de la desigualdade**: el constitucionalismo en América (1776-1860). Buenos Aires: Siglo XXI, 2008. p. 01-09.

<sup>222</sup> OSTRENSKY, Eunice. Liberalismo clássico. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; FILGUEIRAS, Fernando; STARLING, Heloísa (org.). **Dimensões políticas da justiça**. p. 49.

<sup>223</sup> GARGARELLA, R. El contenido igualitario de constitucionalismo. In: GARGARELLA, Roberto (Coord.). **Teoría y crítica del derecho constitucional**. v. 1. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. p.07.

grupo<sup>224</sup>. A preocupação central do movimento liberal, com isso, seria a salvaguarda da condição do indivíduo como um sujeito possuidor de liberdades e titular de direitos e à contenção do Estado como proteção dos cidadãos contra arbitrariedade e violência<sup>225</sup>. A forma usada para tanto, mais do que uma declaração de direitos individuais inalienáveis, seria a instituição de um sistema de freios e contrapesos que limitasse e disciplinasse os poderes do Estado e, com isso, garantisse e promovesse os direitos. A radical dicotomia que residiria na base do liberalismo manifestar-se-ia, em um primeiro momento, em sua luta com os regimes absolutistas, em toda sua irresponsabilidade, para posteriormente se voltar, quando criados os regimes democráticos, contra a chamada “tirania da maioria”, gerada pelo ideal da soberania popular e viabilizada pela ampliação do sufrágio<sup>226</sup>.

Ao pôr-se a refletir sobre a revolução gloriosa, John Locke proporia o exercício moderado do poder através do regime de governo em que a autoridade legislativa não se confundisse com as autoridades executiva ou judiciária. Seria essa a condição essencial para que restassem asseguradas as liberdades cuja preservação motivaria os indivíduos a deixarem o estado de natureza e adentrarem a sociedade civil com a celebração do pacto social. Ausentes os vínculos de governo, os homens experimentariam um estado de total liberdade, dispondo de independência para tomar as decisões que bem quisessem sobre suas atitudes e propriedades, e também de total igualdade, usufruindo de direitos iguais frente a seus pares<sup>227</sup>. Entretanto, assim poderia ser desde que, sob o risco da liberdade e igualdade tornarem-se licenciosidade, fosse seguida a lei natural responsável por dirigir o estado de natureza. Fundado no intelecto humano e oponível a todos, esta lei “ensina a todos aqueles que consultem que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deveria prejudicar a outrem em sua vida, saúde, liberdade ou posse”<sup>228</sup>. Por conta da ausência de um poder que centralize consigo a prerrogativa de criar e aplicar o direito para preservar os direitos naturais, cada um dos homens possuiria o dever de executar a lei da natureza, punindo os transgressores e protegendo os inocentes.

A responsabilidade executiva individual tornar-se-ia perigosa na medida em que a aplicação da lei pelos próprios homens muito dificilmente seria proporcional ao crime praticado porque cada cidadão faria as vezes de juiz e de executar apenas nas causas que dissessem respeito a si ou a seus próximos. Em razão do seu interesse direto na punição

---

<sup>224</sup> GARGARELLA, R. El contenido igualitario de constitucionalismo. p. 12.

<sup>225</sup> OSTRENSKY, Eunice. Liberalismo clássico. p. 49.

<sup>226</sup> OSTRENSKY, Eunice. Liberalismo clássico. p. 51.

<sup>227</sup> LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. p. 384.

<sup>228</sup> LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. p. 384.

do infrator, era certo que “a natureza vil, a paixão e a vingança os levarão longe demais na punição dos demais, da qual nada resultará além de confusão e desordem”<sup>229</sup>. Marcas intrínsecas ao estado da natureza, a instabilidade e insegurança deveriam ser superadas mediante a construção de um poder político central autorizado por todos a criar e aplicar as regras – *standards* – que disciplinariam as relações sociais, proporcionando harmonia à comunidade ao tutelar a vida, a liberdade e as propriedades – *property*<sup>230</sup>. A entrada na sociedade civil mediante um pacto que reclamaria de cada indivíduo a abdicação da sua liberdade natural em ordem de poder viver em harmonia e segurança no completo gozo de sua propriedade ofereceria uma arquitetura institucional impossível de ser encontrada na estado de natureza: um poder legislativo, responsável por compor os conflitos sociais com uma lei imparcial e razoável, um poder judiciário, responsável por aplicar a lei aos casos concretos, e um poder executivo, responsável por certificar o devido cumprimento das sentenças<sup>231</sup>.

A separação de poderes consistiria justamente no primeiro fundamento da teoria constitucional, identificando-se corriqueiramente o constitucionalismo com a divisão do poder ou, “de acordo com a fórmula jurídica, com a separação dos poderes”<sup>232</sup>. A leitura conservadora da constituição inglesa promovida pelo partido dos *whigs*, concentrada em um governo misto cujo equilíbrio seria mantido pela limitação recíproca entre as partes, tornar-se-ia predominante no correr do século XVIII e XIX, influenciando fortemente as teorizações colocadas por políticos e filósofos contrários aos governos despóticos ainda presentes na Europa Continental sobre um governo limitado pelas leis e respeitador dos direitos<sup>233</sup>. Na medida em que o consenso político acerca da origem histórica do poder prescindira do recurso à categoria da soberania, utilizando-se quando muito da duvidosa soberania parlamentar, permeada por elementos típicos da constituição mista, os debates travados no restante do continente europeu em torno da natureza absoluta e ilimitada do poder não repercutiram na Inglaterra, cuja discussão sobre a natureza do poder orientar-se-iam pelo *modus operandi* de instituições política ora existentes, ao invés de utilizá-lo como parâmetro normativo para conceber novos órgãos de governo.

---

<sup>229</sup> LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. p. 391-392.

<sup>230</sup> Cf. LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. p. 405-429.

<sup>231</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: De la Antigüedad a nuestros días**. p. 91-92.

<sup>232</sup> MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. p. 248.

<sup>233</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. Entre o Leviatã e o Beemote: Soberania, Constituição e Excepcionalidade no Debate Político dos Séculos XVII e XVIII. p. 69.

Assim o faria o Barão de Montesquieu, cuja influência na França revolucionária colocaria aos deputados constituintes, durante os trabalhos de elaboração da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, o difícil dever de conciliar ideais tão antagônicos quanto a soberania popular de Jean-Jacques Rousseau e a separação de poderes de Jean-Louis de Secondat, que, diferente do autor do *Contrato Social*, “não é, em absoluto, um doutrinário da igualdade, menos ainda da soberania popular”<sup>234</sup>. A distância entre ambos seria percebida nas interpretações radicalmente diferentes sobre a representação política na democracia moderna. Enquanto Jean-Jacques Rousseau recusaria a representação sob o argumento de ser uma forma de alienar a soberania do seu real titular, o povo, o Barão de Montesquieu reputaria ser a representação um instrumento de escolha dos mais aptos a criar leis<sup>235</sup>. Ao tempo em que atribuiria ao povo a titularidade da soberania, condição essa que seria a particularidade da democracia, defenderia sua incapacidade de exercê-la *per se* devido a duas particularidades suas. Por ser lenta e impetuosa, a multidão que é o povo seria inapta para decidir com autonomia e, por ser perspicaz e venturoso, o eleitor que integra o povo acertaria na escolha do responsável pela formulação e execução das leis<sup>236</sup>. A representação funcionaria, assim, como mecanismo de inclusão e exclusão ao incluir o cidadão enquanto eleitor para delegar exclusivamente ao eleito a decisão<sup>237</sup>.

Concluída a sua redação, chegar-se-ia a um texto longo e detalhado cuja matéria primordial não seriam os direitos naturais e civis, dos quais somente cuidariam o título primeiro e segundo da constituição de 1791. A maior parte dos títulos da Declaração iria voltar-se à separação de poderes, a fim de realizar o que seria de antemão determinado pelo artigo 16: “toda sociedade em que a garantia de direitos não seja assegurada, nem a separação dos poderes traçada, não possui Constituição”. As garantias fundamentais que estavam inscritas no texto da lei, quer fosse na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na constituição francesa de 1791 ou em qualquer carta constitucional, somente poderiam ser concretamente experimentadas por cidadãos em um regime politicamente moderado, cujo modelo mais fiel seria o regime sedimentado pela histórica constituição inglesa. Somente lá poderia o Barão de Montesquieu vislumbrar a consumação do ideal da representação política no governo do povo conduzido pelas assembleias organizadas em observância ao princípio da separação de poderes. A liberdade não seria resguardada mediante a formulação e a positivação dos direitos individuais, mas por uma engenharia

---

<sup>234</sup> ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 49.

<sup>235</sup> COSTA, Pietro. **Poucos, muitos, todos**: lições de história da democracia. p. 123.

<sup>236</sup> COSTA, Pietro. **Poucos, muitos, todos**: lições de história da democracia. p. 123.

<sup>237</sup> MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 171.

institucional que contrapusesse poder a poder e, com isso, contivesse aquele que seria a maior responsável por violências à liberdade dos indivíduos: o aparato estatal. “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”<sup>238</sup>. Dessa forma, far-se-ia imperativa a distribuição das prerrogativas legislativa, executiva e judiciária a instâncias orgânicas distintas, porém capazes de auxiliarem-se e complementarem-se no exercício da autoridade política em estrita adequação às formas constitucionais. Caso contrário, “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”<sup>239</sup>.

Quando esboçou a sua teoria da separação dos poderes, o Barão de Montesquieu encontrava-se sob a influência imediata de doutrinas antigas como do governo misto, do governo moderado e do governo da lei<sup>240</sup>. A primeira, de inspiração britânica, advogaria pela coexistência, no plano do Estado, de elementos monárquicos, aristocráticos e democráticos a serem alojados em específicos órgãos de acordo com a afinidade entre a finalidade destas entidades e a índole do estrato social a exercê-lo. Sendo cada órgão o lócus de um estrato social, estariam no seu conjunto incentivados a fiscalizarem-se entre si, levando desse modo a sociedade ao bem comum e estabilizando as relações políticas. Semelhantes objetivos seriam buscados pela teoria do governo moderado, cujo desenho institucional comporia uma estrutura da qual só adviriam decisões moderadas devido à existência dos controles mútuos que preveniriam os radicalismos. Por último, o governo das leis prezaria pela promoção das atividades estatais dentro de critérios reconhecidos imemorialmente pela sociedade, quais sejam, o direito natural – e, posteriormente, com a consolidação do paradigma jusracionalista, a doutrina do governo das leis converter-se-ia no princípio da legalidade. Dentre estas três concepções, ganhou especial força o governo moderado, que veio a manifestar-se sob as visagens do governo limitado<sup>241</sup>.

No capítulo de *O Espírito das Leis* dedicado à análise da Constituição inglesa, os diversos pontos problematizados pelo Barão de Montesquieu girariam em torno de uma única linha de argumentação: a salvaguarda das liberdades individuais pela transposição

---

<sup>238</sup> MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 166.

<sup>239</sup> MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. p. 168.

<sup>240</sup> MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Revisitando o debate sobre a doutrina da separação de poderes: Montesquieu republicano e a exegese de A Constituição da Inglaterra. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 4616.

<sup>241</sup> MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Revisitando o debate sobre a doutrina da separação de poderes: Montesquieu republicano e a exegese de A Constituição da Inglaterra. p. 4616.

e consagração do equilíbrio entre as potências sociais ao texto constitucional. Contudo, a literatura tradicional da separação de poderes faria uma interpretação um tanto quanto seletiva da sua exposição, ocupando-se somente de alguns detalhes seus, cuja relevância no conjunto da doutrina seria superestimada. Assim o faria ao apropriar-se da passagem secundária em que sustentada pelo Barão de Montesquieu a imperiosidade da autoridade encarregada da produção das leis não se confundir com a autoridade encarregada da sua aplicação para, superdimensionada a sua relevância, sedimentar o fundamento da teoria que prescreveria a separação estanque entre as faculdades do Estado<sup>242</sup>. Ao superestimar este ponto em particular do capítulo *Da Constituição da Inglaterra*, restaria em segundo plano o primeiro objetivo da obra, qual seja, defender um governo moderado concebido nos moldes do governo misto inglês.

Muito mais fundamental do que a compartimentalização dos poderes *per se* seria a divisão e distribuição do poder em conformidade a um princípio de equilíbrio. O cerne da doutrina do Barão de Montesquieu não diria respeito a uma concepção jurídica sobre a separação de poderes, que reivindicaria a igualdade formal entre poderes e proibiria a ingerência de um sobre o outro. Tratava-se de assegurar o equilíbrio entre as potências sociais – essa sim seria a efetiva condição da liberdade política<sup>243</sup>. O governo moderado concebido por Charles-Louis de Secondat equilibraria os segmentos do rei, da nobreza e do povo ao mesmo tempo em que insculpiria no Estado as vantagens da monarquia, da aristocracia e também da democracia. O equilíbrio entre as instâncias governamentais, permitido pelas tradições constitucionais e viabilizado pelas formas legais, preveniria as condutas que implicariam invasões de competência e os desvios de poder.

Charles-Louis de Secondat jamais utilizar-se-ia, ao dissertar acerca do equilíbrio entre as forças sociais, da expressão “separação dos poderes”. Quando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão vale-se dela em seu artigo 16, deixaria evidente a sua filiação à interpretação feita majoritária do princípio, consolidando a separação taxativa entre os poderes do Estado, com a concentração da prerrogativa legislativa na figura do parlamento, a subordinação da coroa à lei e a redução da prerrogativa judicial a simples aplicação mecanicista e automática da legislação. Estruturado no texto constitucional de 1791, o princípio daria espaço à divisão inflexível entre poderes executivo e legislativo, cujo consequência não seria outra que não a paralisia e a inação das autoridades quando,

---

<sup>242</sup> MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Revisitando o debate sobre a doutrina da separação de poderes: Montesquieu republicano e a exegese de A Constituição da Inglaterra. p. 4617.

<sup>243</sup> ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. p. 29.

“pelo movimento necessário das coisas”, eles seriam obrigados a avançar e, mais do que isso, seriam obrigados a avançar concertadamente<sup>244</sup>. Não era previsto pela constituição qualquer meio de resolução dos desacordos mais incisivos entre a coroa e o parlamento, a exemplo da inexistência de previsão expressa do veto do Rei à decisão da Assembleia em declarar guerra. A incapacidade da constituição francesa em fornecer meios de saída aos impasses entre os poderes contribuiria com sua curta sobrevivência e sua trágica morte, embora estivesse sacramentada a tripartição dos poderes como fundamento primeiro da doutrina constitucional moderna.

Assim, as teorias e práticas da separação de poderes garantiriam o espaço dentro do paradigma contemporâneo do constitucionalismo que fora inaugurado pela revolução inglesa. No arcabouço teórico do constitucionalismo moderno, a organização dos freios e contrapesos somar-se-ia aos ideais da soberania popular, que reportaria à coletividade o fundamento do ordenamento constitucional, e dos direitos individuais, que conceberia o indivíduo como detentor de liberdades e titular de garantias. Logo, com a perpetuação do dogma da tripartição dos poderes, o arcabouço normativo do governo misto estender-se-ia para além da constituição típica dos antigos, sendo incorporada à constituição dos modernos na condição do mais importante instrumento de guarda de direitos individuais frente a arbítrios estatais<sup>245</sup>, de tal maneira que a sociedade política em que estabelecida a coexistência prudente e equilibrada entre os poderes bastante para prevenir e remediar o desgarramento de uma das forças estatais para fora do círculo vicioso da tripartição e sua inclinação por violar os direitos dos cidadãos tornar-se-ia o *locus* por excelência da constituição<sup>246</sup>. Se o equilíbrio fosse rompido e o direito fosse abusado, com os poderes legislativo e executivo escapando dos seus respectivos limites, a constituição esvair-se-ia, restando ao povo soberano a missão de instituir uma nova ordem apta a preservar o equilíbrio e promover os direitos.

A relevância de John Locke na história do constitucionalismo moderno creditar-se-ia à primeira formulação clara e precisa da distinção essencial entre poder absoluto e poder moderado<sup>247</sup>. Muito embora consentisse à condição soberana do poder legislativo, uma vez que seria a lei a ferramenta primária de consecução da finalidade principal pela qual adentraram os homens na sociedade civil, que seria desfrutar em paz e segurança a

---

<sup>244</sup> MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 176.

<sup>245</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. Entre o Leviatã e o Beemote: Soberania, Constituição e Excepcionalidade no Debate Político dos Séculos XVII e XVIII. p. 69.

<sup>246</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: De la Antigüedad a nuestros días. p. 94.

<sup>247</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: De la Antigüedad a nuestros días. p. 91-92.

sua propriedade, tratar-se-ia de prerrogativa cujo exercício encontraria limites, devendo o soberano governar através de leis conhecidas, dedicar-se à promoção do bem comum, não impor tributos sem o consentimento do povo e não ceder a terceiro a prerrogativa de editar leis: “tais são os limites que o encargo a ele confiado pela sociedade e pela lei de Deus e da natureza *impuseram ao poder legislativo* de cada sociedade política”<sup>248</sup>. Após John Locke, não foram poucos os doutrinadores que, ao longo do século XVIII e XIX, debruçar-se-iam sobre o projeto constitucionalista por ele inaugurado para aperfeiçoá-lo e desenvolvê-lo no intuito de atingir uma constituição semelhante à inglesa, que melhor do que qualquer outra limitara poderes do Estado e preservara direitos do cidadão<sup>249</sup>.

O constitucionalismo do século XVIII promoveria a conflituosa articulação entre tradição liberal, cujo representante maior fora John Locke, e tradição democrática, cujo representante maior fora Jean-Jacques Rousseau, através da teoria e da prática do poder constituinte<sup>250</sup>. Na medida em que a primeira se ligava ao constitucionalismo enquanto a segunda ligava-se à soberania, ambas se apresentavam no debate político em campos não só divergentes, como também excludentes. A tradição constitucional encontraria na soberania popular uma ameaça à previsibilidade da ordem constituída e aos vínculos de subordinação política entre os governantes e os governados. O eterno espectro do povo soberano a rondar o sistema político enfraqueceria a natureza normativo da constituição e, assim, afrouxaria os limites e perturbaria as relações entre os poderes. Dessa maneira, o chamado à soberania colocaria a perder a arquitetura institucional que, na experiência inglesa, consistiria na melhor ferramenta de contenção de abusos do Estado e promoção dos direitos do cidadão. Lida sob o prisma da soberania, esta arquitetura não passaria de ficção para entrincheirar privilégios de estamentos que não precisavam prestar contas ao povo, como a monarquia e aristocracia parlamentar inglesas, sendo inevitável refundar as instituições políticas com a vontade popular como ponto de partida para assegurar um ordenamento igualitário e democrático.

Ainda mais extraordinária que o surgimento a um só tempo da categoria e *práxis* do poder constituinte foi a inclinação imediatamente apresentada pela vontade soberana em associar-se à lógica da constituição, logo cedendo a anseios sociais por estabilidade: “o poder constituinte das revoluções pode ser interpretado como o ponto em que as duas distintas e contrárias tradições, da soberania e da constituição, tendem a confluir-se e a

---

<sup>248</sup> LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. p. 513.

<sup>249</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: De la Antigüedad a nuestros días. p. 95.

<sup>250</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: De la Antigüedad a nuestros días. p. 103.

relacionar-se”<sup>251</sup>. Seja na revolução americana, seja na revolução francesa, a revolução e a constituição convergem em um primeiro momento para logo em seguida divergirem por conta do prolongamento de uma implicar inevitavelmente a interrupção da outra<sup>252</sup>. Frente a desordem causada por ambas as revoluções, os atores políticos interessados em pôr um fim à revolução e garantir suas conquistas socorrer-se-iam na função ordenadora e estabilizadora da constituição para promover a transição de um estado revolucionário a um estado ordinário – de um estado constituinte a um estado constituído. Nos Estados Unidos e também na França, colocar termo as conturbações revolucionárias tornar-se-ia necessidade de primeira grandeza a fim de guardar a tranquilidade e a ordem da tradição liberal consagrada na constituição contra o excesso e o absurdo da tradição democrática incorporada na soberania<sup>253</sup>.

Enquanto o exercício da soberania política fosse concebido em termos absolutos, não existiam paradoxos no âmbito da sua doutrina. O deslocamento da sua titularidade, primeiro do monarca ao Estado – de Thomas Hobbes a John Locke –, depois do Estado ao povo – de John Locke a Jean-Jacques Rousseau – e finalmente do povo à nação – de Jean-Jacques Rousseau a Joseph-Emmanuel Sieyès – não resultaria necessariamente em transformações nas características da mais alta instância decisória da sociedade política, que se manteria em sua essência desde sua sistematização protomoderna por Jean Bodin no século XVI. A exemplo da sua formulação pelo contratualismo de Thomas Hobbes, a soberania preservou-se intacta em suas superioridade, inviolabilidade e sacralidade no contratualismo de Jean-Jacques Rousseau e nas doutrinas contratualistas posteriores. Na medida em que a soberania se associa à prerrogativa de criar a legislação que organiza a comunidade política, “as várias perspectivas contratualistas apresentam-se como teorias da *soberania*”<sup>254</sup>. O poder político advindo da celebração do contrato social emergiria sempre na qualidade de um poder absoluto, fosse a sua titularidade conferida ao Estado, como feito por John Locke, ou ao povo, como por Jean-Jacques Rousseau.

A constituição dos modernos assimilaria a natureza absoluta da soberania estatal de John Locke, cuja atividade legiferante não encontraria limite no direito positivo, mas apenas no direito natural, à onipotência da vontade-geral de Jean-Jacques Rousseau. Ao promover a identificação, o constitucionalismo moderno submeteria a soberania popular a uma drástica transformação em sua substância, que deixa de traduzir-se na capacidade

---

<sup>251</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: De la Antigüedad a nuestros días. p. 104.

<sup>252</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: Para Uma Crítica do Constitucionalismo. p. 158.

<sup>253</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: Para Uma Crítica do Constitucionalismo. p. 158.

<sup>254</sup> COSTA, Alexandre Araújo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania. p. 184.

de autogoverno do povo para apresentar-se apenas como fundamento da legitimidade do poder do Estado<sup>255</sup>. Diante da forte tensão interna causada pelo concerto entre soberania popular de matriz democrática e soberania da tradição de matriz constitucional, o direito constitucional moderno operaria um corte que isolaria a soberania do povo ao primórdio da sociedade política. A partir do instante em que a soberania popular inaugurara a nova ordem, insculpindo seus princípios no documento constitucional, ela deixaria de exercer qualquer papel significativo na condução da vida pública, que seria agora governada por um Estado autorizado pela lei suprema e administrado pelos representantes populares. A soberania abriria mão de sua supremacia no campo legislativo através da positivação de uma legislação que, superior a todas as demais, desenharia uma organização de poderes reciprocamente limitados com o intuito de proteger as liberdades e garantias individuais reconhecidas no seu texto. Assim, surgiria o constitucionalismo liberal, que, amparado nos princípios da democracia, da soberania constitucional e da separação dos poderes<sup>256</sup>, permitiria a substituição da supremacia legislativa do povo soberano pela supremacia de uma lei instituída pela própria soberania popular para limitar a si mesma<sup>257</sup>.

A transformação no significado do revolucionário conceito da soberania popular, que deixaria de consistir no poder popular de autogoverno para reduzir-se a fundamento do exercício do poder político pelas autoridades constituídas, não seria concretizada por contratualistas, mas sim por constitucionalistas comprometidos com a instituição de um governo limitado fundado por uma lei suprema legitimada por uma soberania ilimitada. A raiz do paradoxo liberal da soberania limitada do poder constituinte residiria na dupla submissão que o constitucionalismo imporia ao Estado: soberania popular e supremacia constitucional<sup>258</sup>. Apenas seria possível escapar desse paradoxo se o constitucionalismo fizesse das duas soberanias uma só, o que conseguiria fazer positivando e enclausurando a manifestação do povo soberano em um texto normativo. Essa estratégia argumentativa mostrar-se-ia suficiente para livrar o constitucionalismo de contradições na dimensão da lógica, na medida que a afirmação da supremacia da constituição implicaria a afirmação da soberania do povo ali cristalizada. Contudo, na prática, a afirmação da supremacia da constituição levaria à supressão da soberania do povo, cuja manifestação estaria a partir de então aos rígidos procedimentos estabelecidos pela própria soberania na lei<sup>259</sup>. “Com

---

<sup>255</sup> COSTA, Alexandre Araújo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania. p. 186.

<sup>256</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. p. 17.

<sup>257</sup> COSTA, Alexandre Araújo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania. p. 181.

<sup>258</sup> COSTA, Alexandre Araújo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania. p. 184.

<sup>259</sup> COSTA, Alexandre Araújo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania. p. 184.

efeito, a distinção fundamental entre poder constituinte e poderes constituídos consentiu o advento de Constituições rígidas, bem como, desde aí, o dogma de uma soberania que se exercitava mediante instrumentos constitucionais de limitação de poder”<sup>260</sup>.

Na leitura contemporânea, a constituição abarcaria a ordem jurídica fundamental de uma determinada sociedade política em um determinado período histórico, regulando os pressupostos de validade, eficácia e efetividade do restante do ordenamento jurídico, bem como condicionando e circunscrevendo seu conteúdo<sup>261</sup>. Seria de responsabilidade da constituição determinar os princípios e as diretrizes sob os quais seriam construídas a identidade e a função do Estado, muito embora não se restringisse a disciplinar somente a vida estatal. O texto constitucional só encontraria autorização para dispor sobre a vida não-estatal com a superação do Estado de Direito formal pelo Estado Social de Direito e a consequente transição do *government by law* pelo *government by policies*, preocupado em fomentar não só a igualdade formal, frente à lei, como também a igualdade material, através da lei<sup>262</sup>. Assim, justificada a intervenção do Estado no domínio social por meio da execução de políticas públicas, a necessária racionalização técnica do aparato estatal colocaria em evidência a inadequação das instituições típicas do Estado liberal com uma ordem jurídico-político fundamentada sob a concretização da igualdade na liberdade. Os mecanismos de freios e contrapesos, ao mesmo tempo em que protegeria as liberdades e garantias do cidadão de possíveis arbitrariedades e abusos do Estado, também impediria a consecução de políticas de promoção da igualdade material entre os indivíduos.

Até que fosse realizada a transição do paradigma formal ao paradigma social do Estado de Direito, a constituição seria engendrada sob uma ordem política conservadora cujo interesse exclusivo seria a instituição do governo das leis – o *government by law*. O conceito clássico de constituição na segunda metade do século XIX, cunhado por Georg Jellinek, designaria a lei fundamental como sendo o conjunto de princípios jurídicos que fundariam os órgãos estatais e desenhariam o padrão de suas interações, determinando as respectivas esferas de atuação e as respectivas posições frente ao poder do Estado<sup>263</sup>. O texto constitucional, repercutindo a separação taxativa que à época entendia-se existir entre ordem jurídica e ordem social, seria um documento essencialmente estatal, que se

---

<sup>260</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. p. 142.

<sup>261</sup> BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 142, abr./jun. 1999, p. 35.

<sup>262</sup> BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. p. 37.

<sup>263</sup> BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova**, São Paulo, n. 61, 2004, p. 6.

tornaria possível com e pelo Estado, que “é pressuposto pela Constituição, cuja função é regular órgãos estatais, funcionamento e esfera de atuação, o que irá, conseqüentemente, delimitar a esfera da liberdade individual do cidadão”<sup>264</sup>. Ao definir o direito, o Estado colocaria para si obrigações, tornando-se sujeito de direitos e deveres.

A compreensão da constituição como um instrumento de legitimação e limitação da autoridade política que se fizera predominante nos meados do século XIX decorreria diretamente da compreensão que triunfara das revoluções liberais do século XVIII e que predominara nos movimentos constitucionalistas do século XVIII. Seria a constituição a manifestação da vontade política de um povo canalizada e transposta por procedimentos específicos a um texto escrito que seria alçado ao patamar de lei superior no conjunto do ordenamento jurídico, voltando-se à tutela e à promoção da dignidade humana por meio da determinação dos direitos e dos deveres fundamentais do indivíduo, da coletividade e do Estado<sup>265</sup>. Nesta interpretação, uma constituição de verdade carregaria consigo cinco elementos necessários: soberania popular, ritual solene, supremacia normativa, proteção e efetivação da dignidade humana e imposição de direitos e de deveres<sup>266</sup>.

Em primeiro lugar, a constituição seria a declaração da organização social que a comunidade, não um ou outro integrante seu ou parcela maior ou menor sua, pretenderia experimentar no seio do convívio social. Em segundo lugar, a externalização da vontade popular deveria acontecer por meio das formalidades estipuladas previa e publicamente a fim de impedir que apareçam indivíduos ou facções reivindicando exclusividade sobre a representação popular e impondo unilateralmente uma nova constituição. Obedecer às formalidades necessárias à redação e à promulgação do texto alertaria os cidadãos sobre a extraordinariedade do momento vivido, podendo acompanhar os trabalhos e fiscalizar as atuações dos deputados. Terceiro, por ser um documento político recepcionado sob as formas de um documento jurídico elevado à mais alta posição dentro do ordenamento, a constituição afastaria normas que pretendessem dispor em contrariedade às suas ordens ou vigorar em superioridade às suas disposições: “onde vigora uma Constituição não há lugar para regras jurídicas que sejam superiores a ela ou que de algum modo contrariem as regras constitucionais”<sup>267</sup>. A mais importante finalidade do texto seria a promoção e a proteção da dignidade da pessoa humana, de forma que se fizessem ausentes relações de dominação e condições de desigualdade entre concidadãos. Enquanto o quarto elemento

---

264

<sup>265</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 21-22.

<sup>266</sup> Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**, p. 22-30.

<sup>267</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. p. 24.

consistiria no propósito maior do texto, o quinto elemento compreenderia os meios para efetivá-lo: os direitos fundamentais. As liberdades e garantias fundamentais permitiriam a cada um dos indivíduos satisfazer suas mais básicas necessidades, fossem materiais ou espirituais, podendo assim viver em liberdade sem sofrer ingerência do Estado – seriam os direitos individuais tradicionais, os “direitos de primeira geração” dos quais Norberto Bobbio trataria, que consistiriam nas liberdades individuais e que exigiriam de terceiros, sejam eles outros indivíduos ou órgãos públicos, obrigações puramente negativas, quais sejam, abstenção de determinados comportamentos<sup>268</sup>.

A sacração do quinto elemento como integrante da noção de constituição adviria diretamente do paradigma constitucional prevalente depois da revolução francesa, que havia elegido a soberania política como instrumento promotor de liberdade. Mas, ao ser assimilada pelos revolucionários à vontade geral de Jean-Jacques Rousseau, a soberania popular seria seduzida pelo ímpeto da sua potência ilimitada, terminando por se mostrar tão perigosa à liberdade e à ordem públicas quanto a soberania monárquica, considerada anteriormente o real instrumento de violência<sup>269</sup>. Antes da revolução francesa, portanto, o problema não residia na soberania em si, mas sim no seu qualificativo. Enquanto fosse monárquica, a soberania supostamente se prestaria apenas à manutenção de privilégios e desigualdades entre os franceses. Caso fosse popular, colocar-se-ia como instrumento de efetivação da igualdade – ao menos jurídica – entre todos os cidadãos franceses. Ao fim das revoluções liberais do século XVIII, com fundamentos nas particularidades de cada um dos adventos, duas possibilidades de constituição abrir-se-iam ao constitucionalismo moderno: constituição dirigente e constituição garantia<sup>270</sup>. A primeira convocaria a todas as autoridades públicas e todos os cidadãos a concretizarem um projeto coletivo de sociedade justa e igualitária, enquanto a segunda, orientada à necessidade de criar limites ao poder político, permitiria cada um eleger por si os próprios objetivos, desde que dentro de uma estrutura institucional mínima em comum. Em resumo, ter-se-ia o projeto constitucional dos franceses e, do outro, a proposta dos americanos inspirados pelos ingleses.

Aos anseios liberais, a constituição do tipo dirigente apresentaria uma ameaça ao apoiar-se nos preceitos da soberania popular, do voto universal e do poder constituinte – princípios esses que exerceriam importante papel na malfadada experiência jacobina. O Estado de Direito liberal preocupar-se-ia com a estabilidade ameaçada pela soberania do

---

<sup>268</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 15.

<sup>269</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. p. 187.

<sup>270</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo**. p. 167.

povo e almejada pela sociedade de mercado que despontava ao término do século XVIII para afirmar-se em meados do século XIX. Natural, logo, que fosse a soberania do povo receada por proprietários e nobres, que receberiam com pânico e reprimiriam com força a ameaça jacobina para fora da França<sup>271</sup>. Na Inglaterra, a legislação de 19 de dezembro de 1785 punia severamente incitações populares e manifestações contrárias à coroa ou à constituição, suspendendo o emprego do *habeas corpus* e determinando a pena de morte a quem se reunisse em mais de cinquenta pessoas sem a permissão de um juiz. Portanto, a constituição garantia e sua interpretação do constitucionalismo como meio de moderar o poder político colocar-se-ia como a escolha política natural aos liberais para erradicar a ameaça do poder constituinte da soberania popular<sup>272</sup>.

A consagração da constituição-garantia seria decorrência do rumo tomado pelas discussões constitucionais no período depois da revolução francesa, que se voltariam a duas características até então consideradas inerentes a qualquer poder que pretendesse ser soberano na sociedade política: extensão e unidade<sup>273</sup>. Anteriormente, se a soberania fora pensada em termos absolutos, tal perspectiva seria profundamente modificada pelo acontecimento revolucionário de 1789, a partir do qual seria a soberania considerada um risco à liberdade política que deveria ser sufocado pela delimitação dos limites ao poder estatal no texto constitucional, assegurando a obediência dos governantes aos princípios republicanos da liberdade, da ordem e da felicidade. No plano da prática, por mais que o princípio universal da política fosse a soberania popular, somente seria possível pensá-la de “maneira limitada e relativa”<sup>274</sup>. Quanto à unidade do poder soberano, o monismo do político seria recusado para ceder lugar à uma organização constitucional de poderes em que a unidade da soberania fosse inferida da harmonia entre todos os poderes do Estado, cujas funções seriam especializadas e distribuídas. As controvérsias que se abateriam ao longo dos séculos sobre a extensão e unidade da soberania passariam ao largo da sua titularidade, que restara assentada de uma vez por todas quando conferida em definitivo ao povo por Jean-Jacques Rousseau no século XVIII.

Emergiria para consolidar-se de vez no direito constitucional moderno a doutrina do poder constituinte na condição de ferramenta de afirmação de uma filosofia do poder que não poderia e não deveria ser entendida fora das conotações ideológicas próprias<sup>275</sup>.

---

<sup>271</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: Para Uma Crítica do Constitucionalismo. p. 161.

<sup>272</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: Para Uma Crítica do Constitucionalismo. p. 161.

<sup>273</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. p. 187.

<sup>274</sup> CONSTANT, Benjamin. **Escritos de política**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 11.

<sup>275</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. p. 143.

A teoria liberal do poder constituinte, cumprindo seu papel de revestir com legitimidade os regimes liberais emergentes após a queda das monarquias absolutas do direito divino, tomaria o cuidado de cristalizar em seu núcleo um conjunto de virtudes e de valores que se tornariam inseparáveis do ideal de poder constituinte popular, posteriormente vindo a confundir-se com ele. A tese advogada pelos constitucionalistas ao longo do século XIX e XX, até chegar ao presente século XXI, de que as manifestações do poder constituinte estariam obrigadas a realizar os princípios da democracia liberal inscreveria a marca do jurídico em valores que seriam intrinsecamente políticos, ainda que o *status quo* persista em defender o contrário, com isso assimilando a constituição, na condição de fenômeno juridicamente condicionado, ao constitucionalismo, no papel de filosofia política típica do liberalismo. A burguesia revolucionária generalizaria seus interesses para estendê-los a todo o gênero humano, assim acontecendo inicialmente com os valores da liberdade, da igualdade, da democracia e do estado de direito e, com o sucesso inicial da revolução de 1789, o valor do poder constituinte popular. Em comum, todos trariam consigo “nada menos do que o ascendente privilegiado e governante da burguesia, classe já convertida em classe dominante”<sup>276</sup>. A percepção a-histórica da constituição decorreria diretamente da consequência direta da pretensão de eternidade do constitucionalismo liberal<sup>277</sup>.

O direito constitucional liberal, criado no século XVIII e erguido no século XIX sobre o binômio da proteção dos direitos individuais e da limitação dos poderes estatais, imperaria sem um concorrente ideológico sequer desde o término do século XX, quando do esfacelamento do Estado Soviético, que terminou por unificar a teoria constitucional sob o signo do liberalismo ao levar abaixo o direito constitucional marxista, interessado na manutenção do direito de raiz liberal somente enquanto imprescindível à transição do socialismo ao comunismo<sup>278</sup>. No modelo atual, embora todo poder decorra do povo, há permissão para exercê-lo apenas “por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Através de mecanismos de democracia direta, que intendem proporcionar aos cidadãos iniciativa política e influência decisória<sup>279</sup> ou de mecanismos da representação política, a soberania encontraria espaço para expressar-se pelos canais de antemão fixados pela constituição, apresentando-se na mera condição de instrumento de legitimação do poder político.

---

<sup>276</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. p. 144.

<sup>277</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo**. p. 33.

<sup>278</sup> PASHUKANIS, Evgeny. **Teoria geral do Direito e Marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

<sup>279</sup> COSTA, Pietro. **Poucos, muitos, todos: lições de história da democracia**. p. 300.

## 2.2 A negação do poder constituinte

O conceito do poder constituinte apresentar-se-ia como a solução formulada pelo constitucionalismo para responder indagações em torno dos meios de conquistar e gerar autoridade política. Se somada às estratégias de institucionalização e exercício do poder, seriam estes as três principais questões que a modernidade levantaria ao direito público. Mas, enquanto a resolução da segunda e a terceira questões ficaria sob responsabilidade de institutos próprios do direito – em específico, dispositivos de direito constitucional e de direito administrativo – a primeira encontraria a sua resposta em uma categoria tanto jurídica quanto política, cuja feição híbrida conduziria a doutrina jurídica tradicional ao absurdo de defender que o direito público não lhe reservaria espaço exatamente por não consistir em uma categoria verdadeiramente jurídica<sup>280</sup>. Ao esquivarem-se do problema, os juristas acabariam por esquecer que as questões constitucionais mais urgentes seriam questões políticas, de sorte que forçar a desarticulação entre os conceitos de constituição e poder constituinte levaria à ocultação da origem popular da validade da constituição – por si, uma controvérsia bem mais política do que jurídica. Portanto, surgiria a categoria do poder constituinte como resultado lógico do desejo liberal de afirmar a especialidade e excepcionalidade da autoridade responsável por criar a constituição em contraposição às autoridades responsáveis por concretizar suas ordens através da atividade legislativa, governamental e judiciária. A razão dos poderes constituídos estarem adstritos às regras da constituição remeteria à “origem distinta, provindo de um poder que é fonte de todos os demais, pois é o que constitui o Estado, estabelecendo seus poderes, atribuindo-lhes e limitando-lhes a competência: o Poder Constituinte”<sup>281</sup>.

Localizando-se no limite entre o que seria jurídico e o que seria político, o poder constituinte far-se-ia no conceito limite do direito constitucional, tornando mais visível do que qualquer outro conceito a tensão intrinsecamente inscrita na articulação moderna entre soberania popular e direito individual e entre democracia e constitucionalismo, em razão da sua hibridez afastar qualquer disjunção entre as áreas da política e do direito<sup>282</sup>. Assim, no interstício do discurso jurídico, a categoria do poder constituinte auxiliaria no entendimento das características da forma constitucional assumida pelo regime político: “o constituinte não apenas foi considerado a fonte onipotente e expansiva que produz as

---

<sup>280</sup> BERCOVICI, Gilberto. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. p. 305-306.

<sup>281</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. p. 21.

<sup>282</sup> BERCOVICI, Gilberto. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. p. 306.

regras constitucionais de cada ordem jurídica, como também o responsável da produção, atividade igualmente poderosa e expansiva”<sup>283</sup>. Estando o campo político sob fortíssima contestação, logo passaria o poder constituinte a ser também objeto de conflitos entre os agentes políticos, de modo que, além de conceito limite, estar-se-ia frente a um conceito disputa, “cujo significado estaria enraizado em disputas mais profundas sobre a natureza dos ordenamentos jurídico, político e constitucional”<sup>284</sup>, razão pelo qual seria tão difícil destrinchá-lo em maior profundidade teórica sem incorrer nas controvérsias ideológicas ou nas controvérsias terminológicas que lhe caracterizariam.

Consistindo em uma categoria carente de limite e insuscetível de juridicização, o poder constituinte apresentaria ao jurista uma dificuldade de abordagem que se refletiria no tratamento acrítico, formalista e repetitivo que lhe dispensaria a doutrina majoritária do direito constitucional, incrédula quanto à plausibilidade, legitimidade e cientificidade de sua manifestação por força de uma visão política e filosófica que, deitando raízes nas pré-compreensões dos pensadores do direito, responsabilizaria a soberania popular pela ascensão de regimes totalitários, tornada possível e plausível a partir do instante em que a democracia fora feita absoluta na experiência revolucionária francesa com a realização da soberania popular em sua matiz rousseauniana pelos jacobinos<sup>285</sup>. O direito revelaria certo embaraço para compreender a criação de regras constitucionais como resultado da expressão de um poder de fato, extraordinário e incondicionado na determinação de sua vontade, cuja soberania apenas admitiria autolimitação de natureza procedimental e não material, de modo que poderiam ser opostas ao fenômeno constituinte disposições sobre o processo de formação, mas não sobre o conteúdo da externalização<sup>286</sup>. O reiterado uso da metáfora na teorização sobre o fenômeno refletiria a dificuldade experimentada pelos juristas em trabalhar com o poder constituinte em termos conceituais<sup>287</sup>, tornando usuais afirmações no sentido de que a sua origem remeteria a “um conto de fadas para crianças e uma crença cristã”<sup>288</sup> ou que seu poder seria absurdo ao ponto de “fazer do círculo um quadrado”<sup>289</sup> e que seu rompante ocorreria como o raio que “atravessa a nuvem, inflama

---

<sup>283</sup> NEGRI, Antonio. **Il Potere Costituente**: saggio sulle alternative del moderno. Roma: manifestolibri srl, 2002. p. 11.

<sup>284</sup> LOUGHLIN, Martin. The Concept of Constituent Power, **European Journal of Political Theory**, v. 13, n. 2, 2014. p. 219.

<sup>285</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: Para Uma Crítica do Constitucionalismo. p. 31.

<sup>286</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 75.

<sup>287</sup> COSTA, Alexandre Bernardino. Poder Constituinte no Estado Democrático de Direito. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, Escola Superior Dom Helder Câmara, n. 5, v. 3, jan./jun. 2006. p. 32.

<sup>288</sup> KLEIN, Claude. **Théorie et pratique du pouvoir constituant**. Paris: PUF, 1996. p. 204.

<sup>289</sup> BURDEAU, George. **Traité de Science politique**. v. 1. Paris: LGDJ, 1969. p. 581.

a atmosfera, fere a vítima e desaparece”<sup>290</sup>. Figuras de linguagem dessa natureza seriam amplamente empregadas a tratar do fenômeno dada sua ambivalência jurídica e política.

Decorridos mais de dois séculos das revoluções liberais do século XVIII, quando os fundamentos do poder constituinte seriam primeiro esboçados na prática constituinte norte-americana e posteriormente sistematizados ao longo da experiência revolucionária francesa, a temática permaneceria no centro das discussões de politólogos, sociólogos e juristas, muito embora sua teoria e sua práxis não mais repercutissem maiores polêmicas acerca da sua potência fundante no ordenamento, transformando-se em verdadeiro senso comum constatações do poder constituinte como a “manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizados”<sup>291</sup> e a “energia inicial que funda esse poder [político], dando-lhe forma e substância, normas e instituições”<sup>292</sup>. A distância que se abriria entre a modernidade e a contemporaneidade não seria bastante para alterar significativamente o cerne da teoria do poder constituinte, que permaneceria íntima da pretensão racional iluminista ao afirmar a possibilidade da criação *ex novo* da ordem jurídica em rompimento com o passado e em inauguração do futuro mediante ato de ruptura política<sup>293</sup>. A preservação da sua essência não obstacularizaria a promoção de modificações convenientes ao liberalismo no que diz respeito ao direito que o fenômeno constituinte deveria deitar – portanto, modificações no que diz respeito ao próprio cerne do ideal de poder constituinte popular, cujas características o liberalismo logo trataria de fragilizar. Sua ilimitação, incondicionalidade e originariedade não seriam afastadas pelo constitucionalismo, mas em sua gramática receberiam um novo significado que afastaria a sua onipotência para confiná-la aos canais do poder constituído.

A doutrina constitucional tradicional, desde a formulação teórica apresentada por Emmanuel-Joseph Sieyès, convergiria em dar ao poder constituinte cinco características em comparação com o poder constituído: inicial, ilimitado, indivisível, incondicionado e permanente<sup>294</sup>. Em primeiro lugar, o poder constituinte seria retratado como inicial por força da sua capacidade em, sendo manifestação soberana da vontade nacional, romper com o passado, fundar uma nova ordem jurídica e instalar o Estado. Caso traduzido para linguagem normativa, o argumento político desenvolvido para legitimar a ruptura com o

---

<sup>290</sup> SANCHES AGESTA, Luís. **Princípios de teoria política**. 6 ed. Madrid: Nacional, 1976. P. 363.

<sup>291</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 21.

<sup>292</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 95.

<sup>293</sup> COSTA, Alexandre Bernardino. Poder Constituinte no Estado Democrático de Direito. p. 32

<sup>294</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 250-261.

*ancien régime* significaria a hierarquização das normas que pertencem ao ordenamento jurídico, na medida em que a inicialidade do poder constituinte levaria a constituição ao topo do ordenamento jurídico, desenhado como conjunto hierarquizado em que a norma inferior encontraria seu fundamento de validade em uma norma que lhe fosse superior. Portanto, a inicialidade do poder constituinte refletir-se-ia antes na natureza estruturante da constituição, de maneira que deveriam as regras hierarquicamente inferiores observar os conteúdos e procedimentos estabelecidos pelo texto, do que em uma natureza inicial, sob o pretexto de que o poder constituinte dificilmente seria suscitado em uma realidade de ruptura tão radical quanto a revolução francesa e, mesmo sendo, não seria deflagrado do nada. Sua manifestação traria consigo elementos do passado, do presente e do futuro, no que seria resultado de um processo histórico influenciado pelas tradições políticas e que culminaria num projeto político a ser seguido pela sociedade<sup>295</sup>.

Em segundo lugar, seria um poder reputado ilimitado, independente de qualquer limitação de ordem jurídica, especialmente de regras ditadas pelo ordenamento jurídico anterior. Mas, desde a sua concepção, condições seriam colocadas sobre o aparecimento do poder constituinte, começando pelo direito natural, cuja derrocada levaria à ascensão do positivismo e decisionismo jurídicos, que afastariam limites normativos anteriores ao episódio constituinte. Para o positivismo<sup>296</sup>, a categoria estaria compreendida no mundo mitológico, como mito político que legitima a constituição, ou no mundo político, como pura expressão de poder. De todo jeito, seria “conceito político, metafísico ou teológico desprovido de significação jurídica”<sup>297</sup>. Excluir o poder constituinte do direito no intuito de relegá-lo à política estaria em completa sintonia com a Escola, cujo núcleo, a receber sua mais acabada sistematização em Hans Kelsen, giraria em torno de um entendimento do direito como um sistema completo, carente de lacuna e dotado de autonomia, em que não existiria espaço para juízos valorativos, morais ou políticos. Já para o decisionismo, preocupado em explorar as condições políticas que sustentariam a ordem constitucional e a enfrentar o problema da produção de autoridade legal no contexto da ordem política, a constituição decorreria de uma decisão política contingente, responsável por atribuir à manifestação do poder constituinte uma forma jurídica. Antes de guiar-se por uma regra objetiva, o decisionismo socorrer-se-ia primeiro na vontade da lei ou do legislador para

---

<sup>295</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. p. 251.

<sup>296</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. **Positivismo jurídico contemporâneo**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 13-14.

<sup>297</sup> LOUGHLIN, Martin. The Concept of Constituent Power, p. 223.

situar o fundamento jurídico último das validades e dos valores do direito<sup>298</sup>. Instituindo o ordenamento enquanto tal, a potência da vontade originária não poderia ser retirada de um conjunto de regras jurídicas de decisão<sup>299</sup>. Porém, doutrinadores voltariam a colocar em discussão a natureza ilimitada do sujeito constituinte, vislumbrando balizas aos seus comandos nos direitos reconhecidos em tratados e convenções internacionais de direitos humanos e princípios suprapositivos de justiça consagrados pela cultura constitucional, orientados à garantia de um nível básico de democracia e da dignidade humana. Apenas poderiam ser discutidos os atos do poder constituinte que criassem situações de extrema injustiça, a serem constatadas a partir dos critérios internos ao constitucionalismo<sup>300</sup>.

Em terceiro lugar, convencionar-se-ia de inscrever no poder constituinte o signo da incondicionalidade, no sentido de que caberia somente ao sujeito constituinte definir a forma de sua manifestação, não devendo observância a nenhum procedimento que lhe fosse definido de antemão<sup>301</sup>. Porém, seria comum a processos constituintes a edição de normas anteriores à confecção do texto no intuito de organizar procedimentalmente seus trabalhos. Quando julgada necessária a elaboração de um novo texto constitucional sem que fosse promovida a ruptura com a normalidade da vida social, poderia ser convocada a assembleia constituinte pelo mesmo órgão encarregado de emendar o texto ora vigente através da aprovação de uma emenda constitucional de natureza transitória que versasse sobre a convocação e a normativa garantidora da liberdade de organização dos eleitores e da discussão da plataforma dos candidatos, deixando aos constituintes a determinação da regravativa de trabalho da assembleia<sup>302</sup>. A incondicionalidade do processo constituinte residiria na sua prerrogativa de livrar-se de regras procedimentais predeterminadas para funcionar de uma outra maneira sem incorrer, com isso, na invalidação do seu produto – a constituição, cuja juridicidade, sendo fundamento de validade da ordem instituída, não dependeria da observância de regras de elaboração do novo texto, ditadas anteriormente.

Não faltariam precedentes na história moderna de assembleias que, inicialmente convocadas para deliberar e decidir a partir de regras predeterminadas, terminariam por pô-las de lado para trabalhar a partir de regra própria. Assim acontecera nas convenções

---

<sup>298</sup> LOUGHLIN, Martin. *The Concept of Constituent Power*, p. 223.

<sup>299</sup> MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 33-38.

<sup>300</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. p. 253.

<sup>301</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. p. 256.

<sup>302</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. p. 37.

que sucederam as revoluções liberais do século XVIII, cujos membros seriam chamados por autoridades outras do que o povo americano ou a nação francesa – respectivamente, o Congresso Continental e o Rei Luís XVI. Mas, uma vez instalados, ambas romperiam com os termos colocados na convocação para arrogar-se com exclusividade na condição de representante exclusivo e autêntico do povo e da nação<sup>303</sup>. No episódio americano, os posteriormente constituintes seriam *a priori* convocados para discutir na Convenção da Filadélfia a reforma dos Artigos da Confederação, que apenas poderiam ser modificados com a consentimento de todas as legislaturas dos Estados confederados.

Ao longo das discussões, porém, decidiriam por livrarem-se das regras para confeccionar uma constituição que iria substituir os Artigos da Confederação assim que fosse aprovada por nove entre os trezes Estados em convenções estaduais especialmente reunidas para tal propósito. Na França, o Rei Luís XVI chamaria reunião da Assembleia Geral dos Estados para tratar da crise fiscal que assolava o país, mas, no que sugeriria a alta de impostos para sustentar as benesses do primeiro e segundo estado, o terceiro iria encarnar-se no conceito de nação para se autoproclamar, com vestes de legitimidade, em Assembleia Nacional Constituinte autorizada a instituir uma nova ordem constitucional. Mais tarde denominado pelos cientistas políticos como *constitucional bootstrapping*<sup>304</sup>, o processo por meio de que a assembleia constituinte romperia as vinculações mantidas com o poder que lhe constituiria, ao usurpar para si algumas ou todas as competências, encontraria razão de ser no paradoxal desejo de cada geração em vincular sua sucessora sem vincular-se à antecessora – quando, na verdade, “a terra pertenceria por completo e por direito a cada uma dessas gerações durante seu curso”<sup>305</sup>.

Embora não estejam juridicamente limitadas a métodos de confecção delineados pela ordem a ser derogada, as atividades constituintes não poderiam desenvolver-se de modo legítimo sem que determinados critérios fossem observados, sendo certo que sua validade não deveria ser tomada como indiscutível somente pela circunstância de serem atividades constituintes<sup>306</sup>. Por mais crucial que fosse a redação dos artigos, parágrafos e incisos da carta, cujo conteúdo deveria ser escrito de modo correto, claro e harmônico,

---

<sup>303</sup> ELSTER, Jon. Constitutional Bootstrapping in Philadelphia and Paris. **Cardozo Law Review**, v. 14, 1994. p. 549.

<sup>304</sup> ELSTER, Jon. Constitutional Bootstrapping in Philadelphia and Paris. p. 549.

<sup>305</sup> THE FOUNDERS' CONSTITUTION. v. 1. Chicago: The University of Chicago Press, 2000. Disponível em: < <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch2s23.html>>. Acesso em 22 de janeiro de 2014.

<sup>306</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. p. 258.

evitando-se cair em equívocos linguísticos, expressões ambíguas e contradições lógicas, não seria a redação o desafio principal dos constituintes, o que em nada desautorizaria a retidão da assertiva de que “escrever uma boa constituição não é trabalho para curiosos ou improvisadores”<sup>307</sup>. O primeiro desafio a ser enfrentado na proximidade do momento constituinte seria determinar os agentes legitimados a elaborar o teor dos dispositivos da constituição ou, em outras palavras, determinar os agentes dotados do poder constituinte autêntico. Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que declamaria de uma vez por todas a igualdade entre todos os seres humanos em dignidade e direitos, a chave para encerrar a busca por legitimidade residiria na noção de poder constituinte popular: ele e tão somente ele seria legítimo. Uma vez que a legitimidade da constituição firmar-se-ia sobre o poder constituinte da soberania popular, tornar-se-ia imprescindível que os trabalhos constituintes fossem executados por meio de processos democráticos hábeis a captar e traduzir a vontade popular em regras constitucionais, sem que exista para tanto um procedimento certo que deva ser reproduzido por todos os constituintes. Muito do contrário, a pluralidade entre os possíveis meios de conduzir o trabalho em nada afetaria a legitimidade de cada um deles, que encontraria respaldo nas circunstâncias e tradições históricas dos respectivos países<sup>308</sup>.

As possíveis maneiras de redação da constituição variariam em torno do instituto da assembleia constituinte, considerado o mais “próximo do ideal do exercício do poder constituinte pelo próprio povo”<sup>309</sup> por oportunizar ao cidadão a palavra e ao constituinte o conhecimento do desejo popular de modo mais acabado e completo desde que fossem seguidos os requisitos que norteariam o trabalho desde sua instalação até a promulgação do seu resultado pela assembleia, incluindo a eventual ratificação popular por meio de plebiscito – ao final, seria todo o processo conduzido por um único sujeito em um único momento na medida em que, assim como a soberania, da qual seria apenas uma das suas manifestações, o poder constituinte seria pensado como uno e indivisível, não aceitando a sua divisão entre agentes distintos ou a sua fragmentação em momentos distintos<sup>310</sup>. A indivisibilidade adviria da defesa de Joseph-Emmanuel Sieyès da indispensabilidade de assegurar unidade à atuação do poder constituinte, que, em face da pluralidade existente entre seus cotitulares e suas respectivas concepções de vida, selecionaria uma específica

---

<sup>307</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. p. 33.

<sup>308</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. p. 258.

<sup>309</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. p. 33.

<sup>310</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. p. 259.

“ideia de Direito” em detrimento de todas as demais, estando autorizado para fazê-lo na medida em que não haveria poder constituinte pela metade, estando-se ou diante de ato constituinte, em toda sua plenitude, ou constituído, em toda sua limitação.

Por último, a teoria constitucional ainda assinalaria ao poder constituinte o traço da constância, estando sempre presente a possibilidade da sua irrupção no ordenamento jurídico estabelecido para erradicá-lo. Todavia, por mais permanente que fosse, a teoria defenderia que a prerrogativa de extinguir uma constituição para instituir a nova deveria ser reservada apenas aos momentos em que acontecesse mobilização popular suficiente para romper com a ordem instituída – os célebres “momentos constitucionais” – a partir do reconhecimento de que o texto não mais corresponderia às necessidades da realidade social devido a deficiências intrínsecas à sua estrutura ou acrescidas em sua reforma<sup>311</sup>. Do contrário, a manifestação em demasia do poder constituinte produziria instabilidades políticas que comprometeriam a criação de uma consciência constitucional que somente poderia ser consagrada mediante a prática da constituição, condição para que as pessoas tomassem conhecimento da sua existência e de suas vantagens, agindo conscientemente em conformidade ou contrariedade às suas regras. Não deveria, logo, ser a permanência do poder constituinte concebida como a extensão indefinida ao longo do tempo daquele contexto excepcional que caracterizaria a política nos episódios constituintes, “pois essa não tem como conviver com o constitucionalismo, que persegue a limitação jurídica”<sup>312</sup>.

O direito, especialmente o direito constitucional concebido no paradigma liberal, não trabalharia em termos absolutos, vez que sua principal finalidade seria o controle e a relativização do exercício da autoridade política<sup>313</sup>. A plenitude do poder constituinte ameaçaria a aspiração do ordenamento jurídico burguês por estabilidade, continuidade e previsibilidade, de modo que a principal inconveniência a ser enfrentada em relação ao poder constituinte como conceito a ser recepcionado pela ciência jurídica seria submetê-lo à fiscalização dos poderes constituídos com a circunscrição do fenômeno constituinte ao direito positivo, colocando a democracia constitucional diante da contraditória tarefa de impor freios e limites sobre aquilo que reivindicaria ser a razão da sua legitimidade política<sup>314</sup>. Para enquadrar o poder constituinte aos critérios fixados dentro da legalidade democrática sem a omissão do ciclo vicioso e da realidade contraditória existentes entre

---

<sup>311</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. p. 36-37.

<sup>312</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. p. 261.

<sup>313</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 75.

<sup>314</sup> NEGRI, Antonio. **Il Potere Costituente: saggio sulle alternative del moderno**. p. 14.

os poderes constituinte e constituído, mantendo-se em aberto – ao mesmo tempo em que sob controle – a origem da vitalidade do ordenamento jurídico, três seriam as vertentes teóricas sobre o poder constituinte desenvolvidas pela doutrina constitucional a partir do século XIX<sup>315</sup>. Segundo a primeira, seria o fenômeno estranho ao ordenamento jurídico, de modo que sua dinâmica seria condicionada em última análise por elementos externos ao direito. De acordo com a segunda corrente, existiria uma relação de fundação entre o poder constituinte e a ordem constituída. Por último, a terceira corrente não conceberia o poder constituinte como fundamento transcendente ou imanente da ordem constituída, mas como fundamento sincrônico. Estas mesmas concepções sobre poder constituinte poderiam ser categorizadas diversamente, a exemplo de teorias naturalistas, positivistas, historicistas, sociológicas, institucionalistas, axiológicas, decisionistas e estruturalistas, todas a contar com os seus respectivos expoentes<sup>316</sup>.

De acordo com a primeira das correntes sobre poder constituinte, esse consistiria em um fenômeno tanto exterior quanto anterior ao direito – seria um poder de fato, livre de qualquer limite jurídico que lhe contenha e de qualquer parâmetro normativo que lhe identifique. Enquanto que os poderes constituídos atuariam na dimensão do *dever-ser*, o poder constituinte, por ser um poder de fato, atuaria no plano do *ser*, de forma que seria objeto de interesse da sociologia, especificamente das sociologias jurídica e política<sup>317</sup>. Muito embora fosse o segundo elemento fundante do primeiro, não haveria entre ambos os planos qualquer intersecção em razão da ruptura que seria promovida nonexo causal entre a política e o direito a fim de assegurar a autonomia do sistema jurídico<sup>318</sup>. Pensar o poder constituinte como um poder de fato levaria a abandonar todo e qualquer critério jurídico que permitisse verificar a autenticidade da sua manifestação e a legitimidade da constituição resultante, sendo importante “analisar se os comportamentos adotados pela comunidade – especialmente, mas não exclusivamente, pelos seus operadores do Direito – partem ou não da aceitação daquele ato [de fratura da antiga ordem e criação do novo ordenamento] como nova Constituição”<sup>319</sup>. Assim se manifestaria Hans Kelsen, que, ao lado de Georg Jellinek, seria o maior teórico da primeira teoria do poder constituinte.

Defenderia Georg Jellinek que a distinção a ser traçada entre jurídico e político no estudo do direito do Estado sequer deixaria espaço para a política dentro da definição

---

<sup>315</sup> NEGRI, Antonio. **Il Potere Costituente**: saggio sulle alternative del moderno. p. 15

<sup>316</sup> MIRANDA, Jorge. **Direito constitucional**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Ed.,1991. p. 53-54.

<sup>317</sup> DANTAS, Ivo. **Constituinte e Revolução**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1978. p. 40-41.

<sup>318</sup> NEGRI, Antonio. **Il Potere Costituente**: saggio sulle alternative del moderno. p. 16

<sup>319</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. p. 262.

de constituição, que desempenharia o papel de instrumento de governo ao legitimar sob um prisma procedimental o exercício da autoridade política. Admitir-se-ia, no máximo, estudos jurídicos complementares aos estudos políticos<sup>320</sup>. Motivado pelo seu desejo de regular e limitar a própria força e condicionado pela contingência dos fatores empíricos da arena política em que irromperia, o sujeito constituinte fixaria as regras prescritivas da esfera jurídica, assim criando obrigações ao Estado, que a partir de então colocar-se-ia na condição de sujeito de direitos e deveres<sup>321</sup>. O poder constituinte, assim, carregaria consigo as próprias limitações no que se manifestaria em uma realidade inevitavelmente permeada por circunstâncias históricas e éticas. Ao passo que, diria Georg Jellinek, teria a positivação do direito o mérito de suspender e encerrar em definitivo com o fenômeno político do poder constituinte, Hans Kelsen iria mais além para, desenhando como fonte transcendente absoluta, excluir o ato constituinte da lógica de produção característica da regra jurídica. A particularidade do direito estaria justamente em delinear, por meio de uma primeira, o procedimento da produção da segunda norma e assim adiante: “a ordem jurídica é um sistema de normas gerais e individuais que estão ligadas entre si pelo fato da criação de toda e qualquer norma que pertence ao sistema ser determinada por outra norma do sistema e, em última linha, pela norma fundamental”<sup>322</sup>. O poder constituinte aconteceria de maneira distinta da lógica de produção do ordenamento jurídico, estando condicionada pela totalidade do sistema a ponto da legitimidade do produto vincular-se à observância dos seus comandos por todos cidadãos. Assim, não seria comum a ambos autores apenas a colocação de o poder constituinte ser a origem transcendente e exterior do direito, mas também reputá-lo condicionado – eticamente, no caso de Georg Jellinek, ou sociologicamente, no caso de Hans Kelsen. Ao fim, embora o positivismo aparente não colocar condições à manifestação, sobraria pouco ou nada do poder constituinte em qualquer de suas perspectivas<sup>323</sup>.

Ao contrário da primeira doutrina, identificada majoritariamente com os autores pertencentes à grande escola alemã de direito público da segunda metade do século XIX e início do século XX, responsável pela teorização tradicional do positivismo jurídico, a segunda doutrina congregaria juristas das mais diversas raízes teóricas, desde Ferdinand Lassale, passando por Max Weber e Carl Schmitt, até chegar a John Rawls. Em comum, compartilhariam mais do que a simples afirmação de ser o poder constituinte um sujeito

---

<sup>320</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*. p. 6.

<sup>321</sup> NEGRI, Antonio. **Il Potere Costituente**: saggio sulle alternative del moderno. p. 16

<sup>322</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 260.

<sup>323</sup> NEGRI, Antonio. **Il Potere Costituente**: saggio sulle alternative del moderno. p. 17.

imane a ordem jurídico-constitucional, não obstante seja possível verificar diferenças no nível de imanência que cada um dispensa ao fenômeno com base em sua intensidade imediata da sua expressão. Independente do grau de força, “se a efetividade do princípio constituinte fosse dada, seria no intuito de restringi-lo e regulá-lo”<sup>324</sup>. Avançar a questão sobre como fatores históricos repercutiriam sobre a manifestao constituinte, que seria ignorada nas teorizaes de Georg Jellinek e Hans Kelsen, não impediria que a segunda vertente incorresse na neutralizao do fato constituinte nos seus mais diversos aspectos mediante abstraes transcendentais, com o elo umbilical entre jurídico e político sendo sublimado ao longo de um horizonte providencial, e concentraes temporais, com o elo umbilical entre jurídico e político sendo resumido a um único momento de ruptura<sup>325</sup>.

Dificilmente algum autor conseguiria conceder grau de intensidade tão reduzido ao poder constituinte quando o grau que lhe seria concedido por John Rawls ao longo de sua teoria da justiça. No esquema do contratualismo rawlsiano, o aparecimento do poder constituinte sucederia a um primeiro momento em que sujeitos racionais e livres reunir-se-iam para, em p de igualdade, escolher os princípios morais de justiça que norteariam a sociedade política. Colocados em uma situao inicial por ele denominada de “posio original”, em que todos imersos sob o “véu da ignorância” para que pudessem deliberar com imparcialidade, os indivíduos consensuariam quanto a dois princípios básicos<sup>326</sup>. O primeiro garantiria a cada igual direito ao mais amplo conjunto de garantias básicas que fosse compatível com conjunto semelhante de garantir a todos, enquanto que o segundo princípio asseguraria a distribuio equânime dos recursos e a estruturao democrática das instituies revestidas de autoridade e responsabilidade. Somente após a escolha dos dois princípios de justiça aplicáveis  estrutura básica da sociedade haveria lugar para o poder constituinte manifestar-se em antecipao a terceira e quarta fases de estruturao das ferramentas de formulao e aplicao da lei. Ao condicionar os atos constituintes  baliza fixada por seus princípios de justiça, John Rawls encerraria o fenômeno na ordem constituinte, despidendo-o de sua identidade originária e ilimitada<sup>327</sup>.

Não obstante o fizessem em menor nível de intensidade, tbm incorreriam na neutralizao do poder constituinte Ferdinand Lassale, Herman Heller e Rudolf Smend, cada qual de sua forma<sup>328</sup>. Na busca pelo verdadeiro conceito de constituio, Ferdinand

---

<sup>324</sup> NEGRI, Antonio. **Il Potere Costituente**: saggio sulle alternative del moderno. p. 17.

<sup>325</sup> NEGRI, Antonio. **Il Potere Costituente**: saggio sulle alternative del moderno. p. 17.

<sup>326</sup> Cf. RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971. p. 54-117.

<sup>327</sup> NEGRI, Antonio. **Il Potere Costituente**: saggio sulle alternative del moderno. p. 17.

<sup>328</sup> NEGRI, Antonio. **Il Potere Costituente**: saggio sulle alternative del moderno. p. 17.

Lassale vincularia a validade normativa do sistema constitucional ao grau de adequação dos comandos do poder constituinte à realidade jurídica e política em que atuaria o texto constitucional, que não poderia *per se* atuar para transformar o mundo do *ser* na medida em que “os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas de poder”<sup>329</sup>. A expressão constituinte, sob risco de cair no vazio, deveria levar em consideração a força ativa e eficaz que determinaria a substância das leis e das instituições jurídicas vigentes. Se consideradas as resistências apresentadas pela realidade e os consequentes limites do fenômeno constituinte, “o processo constitucional pode ser imaginado e estudado como determinação intermediária entre duas ordens de realidade [política e jurídica]”<sup>330</sup>.

Em complemento à doutrina de Ferdinand Lassale, Hermann Heller inicialmente deixaria o poder constituinte fora da ordem constituída, encarregando-o de dinamizar o seu interior, embora posteriormente admitisse que o poder constituinte fosse subtraído e configurado pela constituição. Estar-se-ia diante de uma vontade política superior com poder e autoridade suficientes para determinar a existência da unidade política como um todo, mas que, para tanto, deveria ser normatizada, sob pena dos indivíduos ficarem sem potência para agir: “todo poder constituinte deve estar vinculado aos princípios jurídicos comuns, sob pena de não ser poder nem autoridade, tampouco ter existência”<sup>331</sup>. Rudolf Smend, por último, interpretaria o poder constituinte como processo de concretização de fins inerentes ao imaginário do Estado moderno, cujo ordenamento jurídico promoveria “a ligação entre fatores espirituais e sociais, individuais e coletivos”<sup>332</sup>. Ao final, os três teóricos acabariam por incluir o fenômeno constituinte na ordem que por ele deveria ser constituída *ex-nihilo*, vinculando sua expressão a princípios ou a objetivos anteriores<sup>333</sup>.

Pertencendo a esta segunda corrente sobre o poder constituinte, que consideraria o fenômeno imanente à ordem constitucional, Max Weber e Carl Schmitt dedicar-se-iam a rechaçar a equiparação feita por Ferdinand Lassale, Hermann Heller e Rudolf Smend, ainda que implicitamente ao defenderem a realização progressiva de regras constituintes pela evolução do Estado, entre história constitucional e história natural. Defenderia Max Weber que o ato constituinte estaria na convergência dos poderes carismático e racional, dos quais respectivamente tomaria a violência própria da inovação e a instrumentalidade

---

<sup>329</sup> LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 40.

<sup>330</sup> NEGRI, Antonio. **Il Potere Costituente**: saggio sulle alternative del moderno. p. 18.

<sup>331</sup> ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. O poder constituinte e sua expressão política. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano IV-V, n. 4-5, 2003-2004. p. 13.

<sup>332</sup> KORIOTH, Stefan. Rudolf Smend: Introduction. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (eds.). **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**. Berkeley: University of California Press, 2000. p. 209.

<sup>333</sup> NEGRI, Antonio. **Il Potere Costituente**: saggio sulle alternative del moderno. p. 18.

própria da razão a fim de forçar o espaço necessário à criação de um direito positivo que possuiria um projeto revolucionário calcado sobre um paradigma de racionalidade<sup>334</sup>. As considerações de Max Weber, contudo, falhariam ao ler o fenômeno constituinte a partir de tipologias específicas ao campo da sociologia que, se deslocadas ao campo do direito e do estado, tornam-se inadequadas por força das contingências históricas características de ambos os conceitos. Instrumento básico da doutrina epistemológica weberiana criado com base na seleção arbitrária de características de um fenômeno a partir das inúmeras qualidades presentes na realidade<sup>335</sup>, seria impossível apreender por meio de tipos ideais o poder constituinte, que seria “definido por práticas cambiantes (embora extremamente importantes) ao invés de determinações concretas”<sup>336</sup>. A concretude constituinte haveria sido devidamente apreciada por Carl Schmitt no que a decisão fundamental que traçaria a distinção entre amigo e inimigo fora considerada condição de possibilidade da própria ordem jurídica<sup>337</sup>. Por mais que a diferenciação conferisse ao poder constituinte um quê de poder originário historicamente condicionado por um conjunto muito determinado de necessidades, desejos e contingências, a drástica imanência subtrai do poder constituinte sua essência constitutiva para pintá-lo como mera ocorrência voluntária de força.

A terceira e última teoria, que de início seria vocalizada pelos grandes autores da escola institucionalista para em seguida espalhar-se pela dogmática constitucional como um todo, localizaria o poder constituinte como integrado e sincrônico à ordem colocada, como se dela fosse o princípio vital<sup>338</sup>. Desse maneira, convertia-se em conservadora a potência revolucionária do poder constituinte mediante uma operação primeiro dedutiva e posteriormente indutiva: a categoria apareceria como necessidade lógica decorrente da noção de poder constituído, como fizera Emmanuel-Joseph Sieyès para dar legitimidade a uma assembleia autorizada a recriar a ordem constitucional. Seria o poder constituído legítimo devido ao poder constituinte que lhe daria lugar. Feita a dedução, o liberalismo ignoraria a afirmação deontológica de que todo poder político exigiria fundamentação para – através do método indutivo – prender o poder constituinte ao momento histórico em que a ruptura constitucional fosse promovida. Ao reduzir a soberania ao poder constituinte e circunscrever o poder constituinte ao ato de instalação da constituição, o discurso liberal faria da categoria mero ato fundador e legitimador para isolá-lo da práxis constitucional,

---

<sup>334</sup> NEGRI, Antonio. **Il Potere Costituente**: saggio sulle alternative del moderno. p. 18.

<sup>335</sup> MUNCH, Richard. A teoria parsoniana hoje: a busca de uma nova síntese. In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan (Orgs.). **Teoria social hoje**. São Paulo: Editora UNESP, 1999. p. 193.

<sup>336</sup> NEGRI, Antonio. **Il Potere Costituente**: saggio sulle alternative del moderno. p. 19.

<sup>337</sup> Cf. SCHMITT, Carl. **The concept of the political**. Chicago: Chicago University Press, 2007. p. 30.

<sup>338</sup> NEGRI, Antonio. **Il Potere Costituente**: saggio sulle alternative del moderno. p. 20.

despindo-o das suas características tradicionais para retratá-lo como o fenômeno de cujo desenvolvimento o ordenamento se originaria<sup>339</sup>.

Ao diálogo dinâmico entre constituído e constituinte Santi Romano dispensaria o menor grau entre os integrantes da escola institucionalista, igualmente interessados com a criação de uma teoria que vinculasse o direito às bases sociais, analisando-o a partir de elementos fáticos, e superasse o paradigma individualista moderno, enfatizando o papel da coletividade na construção do direito<sup>340</sup>. Colocando-se em oposição diametral a Hans Kelsen, cuja ideia do ordenamento jurídico positivo esgotaria a própria noção de direito, Santi Romano afirmaria existir entre instituição, compreendida como conjunto de meios materiais e formais que conformam o corpo social dotado de autonomia, e ordenamento jurídico positivo uma perfeita unidade<sup>341</sup>. Em Santi Romano, porém, a interação dar-se-ia em grau mínimo na medida em que consideraria suficientes à determinação da ordem jurídica as circunstâncias consuetudinárias em que o fato jurídico seria concebido e, nos demais doutrinadores da escola institucionalista, a interação estaria por demais limitada pela positividade do direito público, como no caso da doutrina contemporânea do direito constitucional, ou por demais influenciada por ideologias, como no caso de Constantino Mortati, para quem o fenômeno constituinte consistiria na expressão de um grupamento de forças comprometidas com a manutenção de um *status quo* específico, de sorte que a constituição formal devesse ser alterada e lida à luz da constituição material<sup>342</sup>. Ao final, o poder constituinte acabaria reduzido a comportamentos mecânicos e repetições inertes de uma base social pré-constituída.

Fosse interpretando o poder constituinte como potência transcendente, imanente ou coextensiva ao ordenamento, o direito constitucional desenharia o poder constituinte com traços que permitissem sua neutralização, sua mistificação ou seu esvaziamento<sup>343</sup>. Cada com qual à sua maneira, as três correntes convergiriam no equívoco de ler o poder constituinte a partir de lentes condicionadas pelo constitucionalismo, ou seja, a partir da preocupação em limitar a prática do poder político: a primeira ao concebê-lo como força exterior que criaria a ordem, mas que por ela seria posteriormente absorvida; a segunda, como força imanente à dinâmica normativa do processo de desenvolvimento do direito, que estaria fadado a concretizar objetivos previamente determinados; a terceira e última,

---

<sup>339</sup> COSTA, Alexandre Araújo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania. p. 197-198.

<sup>340</sup> HESPANHA, António Manoel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 403.

<sup>341</sup> ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 34.

<sup>342</sup> NEGRI, Antonio. **Il Potere Costituente: saggio sulle alternative del moderno**. p. 20.

<sup>343</sup> NEGRI, Antonio. **Il Potere Costituente: saggio sulle alternative del moderno**. p. 21.

como mecânica de desenvolvimento e produção do direito, que seria condicionada pelos elementos da base social. Nem tão distintas entre si, todas as três leituras suprimiriam o poder constituinte ao poder constituído, enquadrando sua potência aos limites colocados pelo direito mesmo frente ao testemunho histórico cristalizado nas revoluções burguesas do final do século XVIII acerca de ser o fenômeno constituinte potência que rompe com a ordem pública instituída pelo direito para promover uma mudança radical<sup>344</sup>.

Seria com essa estratégia que o constitucionalismo liberal se colocaria à filosofia política, que buscava por séculos e mais séculos critérios de determinação da autoridade legítima, como doutrina política que ocuparia para deixar desocupada a posição máxima de poder<sup>345</sup>. Sua grande novidade não consistiria exatamente em sujeitar os governantes a uma lei hierarquicamente superior que por isso escapasse de seu controle. A afirmação do direito sobre a política fizera-se presente anteriormente, durante o constitucionalismo medieval, com os muitos poderes que concorriam no seu âmbito, independentemente do seu raio de influência sobre as pessoas ou sobre as terras e da sua forma de legitimação, cientes da subordinação à força centrípeta dos compromissos e das relações tradicionais entre os homens e suas propriedades<sup>346</sup>. Seria na conjuntura político de consolidação de um poder limitado que o constitucionalismo encontraria espaço para desabrochar no que deixaria de restringir os poderes estatais a partir de remissões ao direito consuetudinário e natural para organizá-los a partir de uma lei revestida de autoridade superior. Assim, a sua grande novidade estaria na estratégia política adotada para a um só tempo limitar os poderes e proteger os direitos: a determinação de regras jurídicas positivas supraestatais produzidas diretamente pela soberania popular e, por força da sua origem, subtraídas da esfera de livre disposição das autoridades políticas<sup>347</sup>.

Para tanto, o constitucionalismo rescreveria as relações do poder constituinte em três aspectos: tempo, expressão e espaço. Quanto ao seu tempo, seria ele fechado, preso e confinado a categorias jurídicas que seriam empregadas pela doutrina na interpretação seletiva da história constitucional, entendida como um encadeamento de acontecimentos qualitativamente distintos<sup>348</sup>. Em raros e especiais momentos, que não necessariamente reivindicariam a promulgação formal de uma outra carta política<sup>349</sup>, perceber-se-ia uma

---

<sup>344</sup> NEGRI, Antonio. **Il Potere Costituente**: saggio sulle alternative del moderno. p. 21.

<sup>345</sup> COSTA, Alexandre Araújo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania. p. 184.

<sup>346</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: De la Antigüedad a nuestros días. p. 37.

<sup>347</sup> COSTA, Alexandre Araújo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania. p. 184.

<sup>348</sup> Cf. ACKERMAN, Bruce. **We the people**: Foundations. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

<sup>349</sup> Cf. ACKERMAN, Bruce. **We the people**: Transformations. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

mobilização popular comprometida com a construção e ressignificação do ordenamento constitucional, que respectivamente ocorreriam através de um novo texto constitucional e da aprovação de emendas ao texto vigente ou de legislação infraconstitucionais dotada de distinta importância substantiva e simbólica. Seriam estes momentos constitucionais, cujo pressuposto seria o de que os compromissos firmados pelo povo “especial” seriam eternamente renovados e experimentados pelo povo “cotidiano”. Do outro lado, haveria momentos políticos, em que as decisões do governo observariam as decisões feitas pelo povo no sempre distante momento constitucional. Ao subordinar os episódios fundantes do ordenamento a explicações de natureza normativa, a democracia constitucional seria pensada como realização de uma entidade mística, fosse ela o povo ou o constituinte<sup>350</sup>.

Os momentos constitucionais quando escritos novos textos teriam acontecido ao longo das sete ondas de constitucionalização que varreriam o mundo a partir do final do século XVIII, entre 1780 e 1791, com documentos sendo confeccionados em vários dos estados norte-americanos, bem como nos próprios Estados-Unidos, França e Polônia<sup>351</sup>. Mais de cinquenta Estados, caso contabilizados os menores que posteriormente viriam a formar a Itália e Alemanha, viveriam momentos constitucionais no calor das revoluções da Primavera dos Povos e das contrarrevoluções reformadoras que as sucederiam. Após, a terceira onda realizar-se-ia com o término da Primeira Guerra Mundial e a quarta, com o término da Segunda-Guerra Mundial. A descolonização e a emancipação políticas das até então colônias europeias na África e Ásia daria ensejo à quinta torrente de processos constituintes, sobretudo após 1960. A penúltima e última ondas seriam respectivamente percebidas no final de década de 70 do século XXI, com a queda das ditaduras do sul da Europa, e no início da década de 90, com a desintegração da União Soviética. Depois de detalhar as circunstâncias em que vividos momentos constituintes a doutrina arriscar-se-ia a sugerir seus contextos mais frequentes, quais seriam, o encerramento de revoluções vitoriosas, fundação de Estados, colapso de regimes, profundas crises, golpes de Estado e processos de transição pacífica entre regimes<sup>352</sup>.

---

<sup>350</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden. *The Seeds of Change: Popular Protests as Constitutional Moments*. *Legal Marketing Law Review*. No prelo, 2015. p. 4.

<sup>351</sup> ELSTER, Jon. Forces and mechanisms in the constitution-making process. *Duke Law Journal*, v. 45, 1995. p. 368-369.

<sup>352</sup> “Estes modelos correspondem a tipos ideais weberianos. Alguns casos não se encaixam bem em nenhum deles, e outros podem se situar em algum ponto intermediário entre modelos diferentes”. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. p. 265.

Ao deixar para trás as instituições sociais e políticas passadas, os revolucionários dispor-se-iam a cindir o tempo entre o antes, quando se refletia ou procedia-se de forma censurável, e o depois, quando se criava a chance de começar a vida em sociedade livre de toda e qualquer preconceção<sup>353</sup>. No contexto da revolução vitoriosa, a elaboração da carta tornaria jurídico o novo regime, não só finalizando o processo com a consagração de seus valores, mas principalmente impondo um rigoroso leque de testes institucionais antes de assentir que uma nova revolução alterasse os princípios políticos fundamentais. Desse modo, a constituição francesa de 1791 bem representaria os textos resultantes de revoluções, na medida em que positivaria os valores burgueses e instituiria complicados processos de emenda constitucional. Por sua vez, a constituição americana simbolizaria o nascimento dos Estados Unidos a partir da aliança indissolúvel pactuada entre os nove primeiros estados “para formar uma união mais perfeita”<sup>354</sup>. Fosse devido a agregação e emancipação políticas, a promulgação de uma nova carta caracterizaria os momentos de fundação do novo Estado, simbolizando o nascimento de uma nova nação e de um novo governo. Colapsos políticos e, em específico, derrotas militares oportunizariam em igual medida momentos constituintes ao demandar que fossem reconstruídos os fundamentos do Estado, no mais das vezes em completa negação ao modelo passado, como o seria no caso da Lei Fundamental de Bonn.

Por mais grave que sejam, “nas situações de crise política e social é que se torna mais importante a prática da Constituição”<sup>355</sup>. Sob risco de um poder despótico instalar-se, afastando as garantias constitucionais e aplicando a lei do mais forte, seu texto traria consigo as regras de ação em casos de emergência, sendo sempre possível e conveniente recorrer à solução constitucional. Ainda assim, o poder constituinte por vezes antecipar-se-ia à queda eminente do regime para evitar que fossem consumadas as graves ameaças provocadas pelas instabilidades sociais e políticas. Em sua manifestação, seriam levados em consideração os problemas institucionais vividos no regime substituído: “Quando se elabora a Constituição, o problema das possíveis crises é dos que recebem a atenção dos constituintes”<sup>356</sup>.

No mais das vezes, o eventual risco de colapso seria manejado como argumento para justificar a ruptura com a ordem vigente e a imposição de uma nova carta, sem que

---

<sup>353</sup> ACKERMAN, Bruce. **The Future of Liberal Revolution**. New Haven and London: Yale University Press, 1992. p. 14-15.

<sup>354</sup> NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. p. 265.

<sup>355</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. p. 57.

<sup>356</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. p. 58.

haja qualquer desejo por mudanças profundas nas relações sociais, havendo tão somente desejo por poderes daqueles que ainda não estão no governo ou desejo por mais poderes daqueles que já estão no governo, mas que não intendem obtê-los pelos meios legítimos delineados no sistema jurídico<sup>357</sup>. Em geral, os golpistas apresentar-se-iam na qualidade de representantes populares, mas que, uma vez imbuídos no poder, instalariam governos autoritários que, fossem de esquerda ou de direita, governariam em interesse próprio ou das elites a que vinculados: “a história tem demonstrado com muita evidência como são ingênuos os que acreditam que um poder arbitrário ponha em primeiro lugar o interesse comum e não dos poderosos”<sup>358</sup>. Portanto, não existiria aqui um momento propriamente constituinte. Por última, a sexta e predominante – ao menos no último quartel do século XXI – conjuntura em que colocadas as condições para um momento constituinte seria a transição pacífica entre regimes políticos<sup>359</sup>. Por mais visíveis que fossem, as diferenças percebidas entre o novo e o velho regimes não decorreriam de um simples imposição de força, resultando muito antes de uma longa e extenuante negociação entre as forças que deixam e as forças que conquistam o poder – “o papel do direito nas transições políticas é sempre um papel de longo prazo”<sup>360</sup>, assegurando que o sistema de direito funcionasse de maneiras prospectiva, ao assegurar a legalidade e a democracia futuras, e restitutiva, ao sanar e reparar as violações pretéritas aos direitos fundamentais.

Após redefinir as relações entre o poder constituinte e o tempo, a doutrina liberal ocupar-se-ia de redesenhar as formas de expressão do poder constituinte para, diluindo-o no mecanismo representativo, conseguir canalizar a soberania constituinte a arenas da política<sup>361</sup>. Embora decorresse do povo soberano, o poder constituinte nunca poderia ser diretamente exercido pelo seu titular, devendo ser instrumentalizado sempre de maneira mediada pelos representantes populares. Ainda que a utopia democrática continuasse na condição de “palavra mágica dos regimes políticos”<sup>362</sup>, o instituto da representação faria do governo do povo o governo autorizado pelo povo no que colocaria em movimento os ideais modernos da cidadania e da soberania na democracia contemporânea. O povo, de sujeito ativo autorizado a (re)determinar as regras de convívio social, passaria a ser lido

---

<sup>357</sup> NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. p. 271.

<sup>358</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. p. 58.

<sup>359</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 102.

<sup>360</sup> TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 136-137.

<sup>361</sup> NEGRI, Antonio. **Il Potere Costituente: saggio sulle alternative del moderno**. p. 21.

<sup>362</sup> SALGADO, Eneida Desiree. A representação política e sua mitologia. p. 26.

como instância comum de atribuição de legitimidade ao exercício da autoridade política por agentes públicos que chegariam aos seus cargos por meios outros que não o sufrágio popular, como concurso público e livre nomeação – “é nesse sentido que são proferidas e prolatadas decisões judiciais [e administrativas] ‘em nome do povo’”<sup>363</sup>. Longe de ser uma distorção do ideal representativo, a redução do papel cumprido pelo povo dentro da sociedade política a elemento legitimador não só de decisões administrativas e judiciais, como também das decisões políticas feitas pelos seus representantes, seria consequência de um sistema que, não exatamente para atenuar o impacto do crescimento populacional sobre o regime democrático, foi pensado para garantir o exercício de fato do poder por uma elite que reconhecia o poder do povo, mas que o considerava inapto a exercê-lo<sup>364</sup>.

Com isso, soberania e representação assumiriam uma função central na estrutura política pensada pelo constitucionalismo liberal, na medida em que se articulariam para legitimar e limitar a plenitude do poder constituinte, simplificado à “soberania a serviço do sistema representativo”<sup>365</sup>. Uma vez reescrita a sua relação com o tempo por meio de táticas que bloqueiam a permanência do ato constituinte para retratá-lo como fenômeno excepcional, que irromperia apenas em determinados “momentos” com o objetivo único de estabelecer o novo ordenamento jurídico, o poder constituinte encontraria espaço sob o manto do discurso de atualização da constituição proferido pelos agentes responsáveis pela produção, interpretação e aplicação do direito, prestando-se unicamente ao fardo de legitimar a ação de poderes constituídos. “Assembleias ou tribunais cujas decisões serão sempre justificadas pelo chamamento à proteção do espírito da constituição”<sup>366</sup>, pintada como entidade etérea que apenas poderia ser compreendida na sua vontade pelos poucos agentes que deteriam o saber suficiente para tanto – por coincidência, seriam os mesmos agentes autorizados a decifrar sua vontade. Chegar-se-ia a uma justificação tautológica: os autorizados seriam suficientemente sábios justamente porque autorizados.

A redução das formas de expressão do poder constituinte a atividades de agentes constituídos incumbidos da interpretação daquilo que seria o único e exclusivo produto da sua irrupção, qual seja, o texto constitucional, logicamente conduziria à limitação dos espaços do poder constituinte aos espaços do poder constituído, restando “travestido em

---

<sup>363</sup> MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2006. p. 60.

<sup>364</sup> RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia.** São Paulo: Boitempo, 2014. p. 70.

<sup>365</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. p. 144.

<sup>366</sup> MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. p. 65.

atividades de cortes supremas ou em poder de iniciativa de outros órgãos do Estado”<sup>367</sup>. Em sua dimensão espacial, o poder constituinte seria diminuído a dispositivos jurídicos de produção do direito, de modo que a sua potência somente encontraria permissão para irromper sob o contorno de interpretação constitucional, controle de constitucionalidade e revisão constitucional<sup>368</sup>. A redução do poder constituinte ao poder constituído levaria à ampliação da influência exercida por juristas na resolução de questões sobre validade, legalidade e legitimidade, sobretudo no último quarto do século XX, devido à crescente tendência em reduzir o papel cumprido pelo Estado junto à sociedade<sup>369</sup>. Neste cenário, ao direito caberia estabelecer as permissões e interdições a serem impostas à revisão das normas constitucionais pelos poderes constituídos. A preocupação dos juristas, portanto, voltar-se-ia antes às atividades de revisão e reforma do que às atividades de confecção e promulgação do texto constitucional, privilegiando um poder constituinte já constituído.

Qualquer argumento que, com amparo na soberania popular, questionasse regras constitucionais para além de fóruns políticos constituídos seria considerado insuficiente ou inválido pelo direito constitucional liberal para legitimar modificações significativas no texto ou ainda a refundação da ordem. A promulgação da constituição reclamaria do soberano a renúncia do exercício de sua prerrogativa legislativa, quando muito podendo desempenhá-la em adequação aos instrumentos de emenda insculpidos no próprio texto constitucional. Incorporada e regulada pelo poder constituído, a emenda constitucional apresentar-se-ia como institucionalização da soberania popular. Naturalmente, ao tempo em que a institucionalizaria, o filtro da emenda condicionaria a expressão da soberania a procedimentos legislativos rígidos, em primeiro lugar, e, depois, a dispositivos materiais supostamente eternos e imutáveis que retirariam da apreciação da soberania as bases do constitucionalismo liberal: os direitos fundamentais e a separação dos poderes. Seria tão somente em emendas que o poder constituinte popular encontraria, por mais ínfimo que fosse, espaço para irromper junto à ordem constituída – ainda assim, sob a denominação poder constituinte “decorrente” e “reformador”. Com as limitações impostas à soberania popular, o poder constituinte ficaria represado no passado, no momento de promulgação do novo texto constitucional e de fundação da nova ordem, de forma que, “no presente, sua invocação é sempre considerada inconstitucional e, portanto, inválida”<sup>370</sup>.

---

<sup>367</sup> NEGRI, Antonio. **Il Potere Costituente**: saggio sulle alternative del moderno. p. 13.

<sup>368</sup> NEGRI, Antonio. **Il Potere Costituente**: saggio sulle alternative del moderno. p. 13.

<sup>369</sup> MACHADO, Sidnei. Há Lugar para o Poder Constituinte no Mundo Moderno? **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, 2001. p. 290.

<sup>370</sup> COSTA, Alexandre Araújo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania. p. 198.

### 3 DO TEXTO CONSTITUCIONAL À REFORMA CONSTITUCIONAL

Entre 1º de fevereiro de 1987 e 5 de outubro de 1988, período de funcionamento da Assembleia Nacional Constituinte, estaria o poder constituinte do povo brasileiro a se manifestar na feitura de um novo ordenamento jurídico por seus representantes. Porém, no exato instante em que promulgada a Constituição Federal, a soberania popular seria encerrada no texto constitucional, podendo seu poder constituinte ser exercido somente por meio dos procedimentos constitucionalmente previstos. A partir do ano de 1988, não haveria espaço no ordenamento jurídico para a invocação direta do poder constituinte como justificativa para realização de mudanças nos dispositivos constitucionais que não fosse pelo procedimento de emenda constitucional previsto no artigo 60 da Constituição de 1988. Por ser inconstitucional qualquer reforma que desobedecesse ao rito, causaria comoção na comunidade jurídica a proposta da Presidência da República de instalar processo constituinte específico para reformar o sistema político brasileiro.

Não seria a primeira vez, e tudo levaria a crer que não seria a última, que a tática de instalar um órgão revestido de poderes constituintes somente para reformar um ponto delimitado do texto constitucional – geralmente um ponto sobre o qual agentes políticos dificilmente alcançam o elevado nível de consenso necessário para emendar o texto da constituição por meio do mecanismo estabelecido pelo artigo 60 da Constituição – seria ao menos sugerida como meio de promover as mudanças controvertidas após o fracasso da revisão constitucional prevista pelo artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. No ano de 2003, o ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso sugeriria que a reestruturação do pacto federativo e da segurança pública deveria ser discutida através de uma mini-constituente<sup>371</sup>. Em seguida, no ano de 2007, a convocação de um processo constituinte voltaria aos debates, mas, dessa vez, não por conta da questão de federação ou segurança, mas por conta da reforma política. Posteriormente, em 2009 e em 2013, a proposta retornaria: realizar reforma política mediante processo constituinte específico.

Em nenhum desses momentos, a “mini-constituente” ou “assembleia constituinte exclusiva” ou “processo constituinte específico” entrou em funcionamento. Em parte, as mesmas causas que levaram a revisão constitucional a fracassar em 1993 impediram sua instalação: “o conluio pela inércia, pois todos os setores satisfeitos agiam para que nada se alterasse, e o desinteresse da Presidência da República, que move em grande parte o

---

<sup>371</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. **Pacto por ações concretas**. Disponível em: <<http://bit.ly/1HWi19V>>. Acesso em 23 de junho de 2015.

Legislativo”<sup>372</sup>. Um terceiro e não menos importante fator que contribuiria ao insucesso de propostas de constituinte seria a sua quase unânime rejeição pelos juristas – incluídos membros da magistratura, advocacia e academia, para quem um processo dessa natureza seria desnecessário, uma vez que as cláusulas pétreas não inviabilizariam a promoção das reformas através de emenda ou constituição ou de leis complementares e ordinárias, perigoso, uma vez que poderia colocar em risco as conquistas trazidas pela Constituição Federal de 1988, inconstitucional, uma vez que ausente previsão expressa para realizá-lo e incapaz o plebiscito de saneá-la e impossível, e impossível, uma vez que a natureza do poder constituinte seria absoluta.

Ao término deste terceiro e último capítulo, pretende-se demonstrar que subjaz à categoria do poder constituinte, tal como seria empregada recorrentemente pelos juristas quando da crítica às propostas de constituinte exclusiva ou específica, a noção liberal do constitucionalismo como a teoria normativa da política<sup>373</sup>. Por detrás de uma definição aparentemente neutra, propositadamente neutralizada e ideologicamente fetichizada do fenômeno constituinte como o “poder do povo através de um acto constituinte criar uma lei superior juridicamente ordenadora da ordem política”<sup>374</sup> residiria a pressuposição de que, ainda que fosse capaz de extirpar a ordem política vigente para instituir a nova, o poder constituinte encontraria limites constituídos por princípios cuja necessidade seria revelada pela experiência humana e cuja natureza seria jurídica – fossem normas suprapositivas ou supraleais<sup>375</sup>. Logo, em última análise, o poder constituinte não seria mais do que poder constituído, já que teria como finalidade reproduzir os valores políticos do constitucionalismo liberal, traduzidos como regra jurídica – mesmo que não positivada.

Assim, o discurso jurídico contemporâneo, de vertente constitucional, termina por reduzir questões de legitimidade política em questões de adequação constitucional, resultando em uma teoria cuja função seria conservadora. Em vez de estimular o debate sobre a legitimidade e conveniência das inovações constitucionais destinadas a enfrentar as limitações da ordem jurídica, a doutrina impediria o debate ao privilegiar o discurso liberal frente ao discurso democrático, tomando como neutras e naturais categorias cuja finalidade seria – desde a concepção – cercear a manifestação da soberania popular para assim garantir o *status quo*.

---

<sup>372</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. **Pacto por ações concretas**.

<sup>373</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 51.

<sup>374</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 71.

<sup>375</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 74.

### 3.1 A rigidez da reforma constitucional

Na passagem do século XVIII ao século XIX, quando gestadas as instituições a serem posteriormente inscritas na constituição norte-americana de 1787, encontrar-se-ia consolidado o princípio da mutabilidade dos dispositivos constitucionais por vontade do povo soberano, desde que devidamente procedimentalizada pelos mecanismos jurídicos que o próprio texto constitucional tomaria o cuidado em disciplinar<sup>376</sup>. Nos trabalhos da convenção constitucional, restaria a um delegado do Estado da Virgínia, George Mason, suscitar as discussões sobre a necessidade de serem estipulados mecanismos de emenda constitucional a partir da incapacidade dos Artigos da Confederação em proporcionar os instrumentos bastantes a sanar as insuficiências contidas em seu texto que efetivamente contribuíram ao acirramento da crise. As sugestões de reforma em conformidade ao rito previsto pelos Artigos esbarrariam na resistência de alguns dos Estados ou no intrincado processo de reforma, levando à burla dos mecanismos de emenda a fim de que um texto apto a atacar as causas da crise fosse promulgado<sup>377</sup>. Embora fosse exigência da própria ideia de constituição maior estabilidade, proporcionada pela maior dificuldade que seria imposta à sua modificação, o malgrado dos Artigos da Confederação tornara evidente o quão desastroso poderia ser uma carta que, sob o argumento de resguardar os princípios fundantes da sociedade, fosse praticamente imutável. Impedindo que as gerações futuras fizessem as escolhas sobre seu destino ou impedindo que a constituição correspondesse a necessidades sociais e concepções hegemônicas, “sem a possibilidade de adaptar-se às novas demandas, a Constituição acabaria perecendo antes da hora”<sup>378</sup>.

Assim, ao lado da soberania popular e da rigidez constitucional, os processos de emenda encontrariam amparo em outras duas premissas: a falível, porém aperfeiçoável, natureza humana e a eficácia do processo deliberativo<sup>379</sup>. O procedimento para alteração remeteria à premissa de ser a constituição instrumento para alcançar decisões coletivas não só sob a perspectiva quantitativa, interessada no maior número possível de decisões, mas também sob a perspectiva qualitativa, interessada em alcançar as melhores decisões possíveis sobre o que seria o bem comum sob a signo da soberania popular. Ao permitir uma maior participação popular, o processo deliberativo abriria os canais necessários

---

<sup>376</sup> LUTZ, Donald S. *Toward a Theory of Constitutional Amendment*. In: LEVINSON, Sanford (ed.). **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment**. p. 239.

<sup>377</sup> PINTO, Cristiano Otávio Paixão Araújo; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. p. 141.

<sup>378</sup> NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. p. 280.

<sup>379</sup> LUTZ, Donald S. *Toward a Theory of Constitutional Amendment*. p. 239.

para determinar com maior veracidade a substância do bem comum, que em instante algum se confundiria com interesses de uma classe social ou uma parcela populacional específicas. Além, instituições e práticas de governo seriam consideradas experimentos conduzidas pelo intelecto humano que, caso incorresse em equívocos, com suas criações caindo em erros e causando externalidades ao longo do tempo, possuiria condições para aprender com eles. Portanto, a disciplina da reforma da constituição seria necessária em razão de compensar os limites intrínsecos a compreensão e virtude humanas.

Na medida em que necessário, far-se-ia salutar prever os mecanismos de reforma de modo fácil, regular e constitucional em vez de deixar mudanças sob responsabilidade da conveniência e impetuosidade<sup>380</sup>. Com tal justificação, a doutrina constitucional faria não só possível, mas também plausível, a coexistência de dois poderes idênticos porém diferentemente constituintes – “um se manifesta em ocasiões de relativa normalidade e paz, sempre abraçado aos preceitos jurídicos vigentes; o outro, pelo contrário, chega na crista das revoluções de Estado e se exercita quase sempre nas ruínas da ordem jurídica esmagada”<sup>381</sup>. Assim, criar-se-ia espaço a um poder constituinte que, em verdade, seria constituinte só em sua designação, consistindo em um poder instituído, que, assim como todos os poderes de igual natureza, traria consigo as marcas da derivação, subordinação e condicionamento. O legislador constituinte não economizaria ao determinar limites ao poder de reforma, que encontraria óbices formais, circunstanciais, temporais e materiais ao seu exercício<sup>382</sup>.

Presentes em todas constituições rígidas, servindo de parâmetro para aferir o grau de dificuldade do processo de modificação, os limites formais estipulariam os agentes autorizados à propositura, os órgãos competentes para promulgação e os ritos necessários para tramitação – turnos, intervalos e quóruns para votação. Circunstanciais seriam os limites que disporiam sobre as interdições temporais ao exercício do poder de reforma, geralmente envolvendo momentos de grave crise institucional em que emendas dificilmente seriam apresentadas, processadas e aprovadas com a cautela recomendável. De menor frequência nos textos constitucionais, limites temporais seriam impostos para impedir e dificultar mudanças prematuras, antes de transcorrer prazo bastante à aferição da performance do sistema constitucional, ou para definir intervalos mínimos entre elas,

---

<sup>380</sup> FERRAND, Max. **The Records of the Federal Convention of 1787**. New Haven: Yale University Press, 1937. p. 202-203.

<sup>381</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 150.

<sup>382</sup> NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. p. 281.

de modo a evitar uma frequência excessiva de mudanças constitucionais. Por último, os limites materiais excluiriam da apreciação do poder reformador específicas decisões do poder originário, sendo “o máximo grau de entrincheiramento das normas jurídicas”<sup>383</sup>.

Como se não bastassem os limites expressamente previstos pelas constituições, a doutrina se ocuparia em encontrar ainda mais limites a partir da valorização das técnicas hermenêuticas voltadas a revelar não mais o sentido do enunciado isolado da disposição constitucional, mas sim o espírito inteiro do texto constitucional, de forma a assegurar a longevidade do sistema e a articular a normatividade constitucional com a normalidade social<sup>384</sup>. Seria pela via hermenêutica que técnicos do direito conseguiriam extrair, para além daqueles expressamente cristalizados no texto, limites implicitamente previstos. A celebração de tratados internacionais de direitos humanos e a consagração de princípios suprapositivos de justiça apresentaria à ordem constitucional, em um segundo momento, limites chamados “transcendentes” por encontrarem sede em um outro plano normativo. Em um terceiro momento, seriam ainda criados os “limites relativos”, em contraposição aos “limites absolutos”, superáveis apenas com a ruptura da ordem. Os limites relativos, seriam superáveis mediante procedimentos ainda mais inflexíveis que os procedimentos de emenda, que já estariam dotados de alguma inflexibilidade.

Ao término do trabalho na Convenção Constitucional da Filadélfia, a reforma do texto constitucional recebeu regrativa em seu artigo 5º, que preveria três procedimentos distintos. Primeiro, emenda poderia ser apresentada e aprovada por dois terços de ambas as casas do Congresso dos Estados Unidos – Senado e Casa dos Representantes. O texto também poderia ser alterado mediante proposta de convenção especialmente convocada por dois terços das legislaturas dos estados. Para tanto, a proposta deveria ser aprovada por três quartos dos poderes legislativos estaduais ou três quartos da convenção por eles convocadas, decisão essa que caberia ao poder legislativo federal<sup>385</sup>. Ao lado dos limites formais, que prescreveriam os agentes competentes e os ritos observáveis à inserção das alterações, o artigo 5º afirmaria ainda condicionantes de natureza material e temporal. O texto não poderia – até o ano de 1888 – ser modificado na cláusula primeira e quarta da seção nona do seu artigo primeiro, que respectivamente disporiam sobre a importação e comercialização de escravos e a criação de impostos diretos. Semelhante prazo não seria

---

<sup>383</sup> NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. p. 291.

<sup>384</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 150.

<sup>385</sup> LEVINSON, Sanford. Introduction: Imperfection and Amendability. In: LEVINSON, Sanford (ed.). **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment**. p. 5.

colocado com relação ao sufrágio igualitário entre os Estados no Senado Federal, que da apreciação do poder constituinte reformador seria simplesmente retirado. Distante de ser “produto da teoria constitucional, de um princípio elevado ou de um *design* institucional nobre”<sup>386</sup>, a igual representação adentraria o texto constitucional por exigência absoluta dos Estados menos populosos, que apenas ratificariam a constituição nesses termos.

Em resumo, o processo de reforma previsto na Constituição dos Estados Unidos consistiria em um procedimento decisório público, formal e altamente deliberativo, cujo rigor teria o condão de desenhar a distinção entre as questões constitucionais e questões ordinárias: “as pressuposições que subjazem à noção de emenda exigem que o processo não seja nem muito fácil e nem muito difícil”<sup>387</sup>. Fosse simples demais, o procedimento assimilaria as matérias constitucionais às matérias ordinárias, com isso comprometendo o nível da deliberação pública e fragilizando a natureza rígida do texto. Do contrário, se complicada demais, inviabilizaria a indispensável correção das imperfeições, ignorando a falibilidade da natureza humana. Ao apresentar os processos de emenda como resposta à pergunta sobre como assegurar continuidade à ordem política inaugurada pelo advento revolucionário, o ato fundante fora revestido de estabilidade por meio do empréstimo da categoria romana de autoridade, que, no contexto norte-americano, não seria “nem mais nem menos do que uma espécie de ‘argumentação’ necessária, em virtude da qual todas as inovações e as alterações permanecem ligadas à fundação, que ao mesmo tempo elas aumentam e desenvolvem”<sup>388</sup>. A autoridade da constituição remeteria à possibilidade de modificações que a um só tempo promovessem o aperfeiçoamento e prolongamento das fundações originais da ordem instituída, atualizando e renovando seus sentidos.

Entretanto, desde a sua ratificação e vigência, na data de 21 de junho de 1788, o texto da Constituição receberia apenas 27 emendas. Deste total, as dez primeiras seriam promulgadas logo em seguida, no ano de 1791, compondo a chamada *Bill of Rights*, e a última seria promulgada mais de 200 anos depois, em 1992 – muito embora seu projeto tenha sido apresentado em 1789. O pífio número de emendas constitucionais refletiria a burocracia exigida pelos protocolos do artigo 5º, cuja complexidade possuiria o condão de torná-lo difícil instrumento de adaptação<sup>389</sup>. Não fosse por meio do processo formal de reformas, seria através da interpretação das normas constitucionais que os princípios

---

<sup>386</sup> DAHL, Robert. **How Democratic is the American Constitution?** New Haven: Yale University Press, 2001. p. 15.

<sup>387</sup> LUTZ, Donald S. *Toward a Theory of Constitutional Amendment*. p. 240.

<sup>388</sup> ARENDT, Hannah. **Sobre a Revolução**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 260.

<sup>389</sup> STRAUSS, David A. **The living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010. p. 115.

fundacionais sofreriam a indispensável ressignificação, tornada mais fácil pelo emprego de uma linguagem abstrata na redação da carta. No que concederia maior liberdade aos intérpretes, a abstração autorizaria emendas mediante interpretação a fim de determinar, frente a possíveis ambiguidades textuais, o sentido da disposição, que dificilmente traria consigo um único significado, mas sim em um conjunto de interpretações plausíveis<sup>390</sup>. Na célebre decisão no caso *Marbury v. Madison*, o *Chief-Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos ressaltaria a relevância de uma Constituição escrita, considerada a mais importante herança institucional da revolução americana, ao textualmente circunscrever os poderes de Governo. “O problema, claro, seria como decidir discussões sobre o que a 'escrita' de fato significaria”<sup>391</sup>.

A possibilidade de decidir as discussões sobre o significado da escrita – de dar a “palavra final” nas controvérsias constitucionais – remeteria em última análise à própria questão da autoridade, na medida em que a sua função consistiria na interpretação da lei maior<sup>392</sup>. Por mais corriqueira a declaração de que a autoridade da constituição residiria na simples possibilidade da modificação do seu corpo, no que permitiria a verticalização e a horizontalização dos princípios basilares da república americana, não seria seu lócus o poder legislativo, mesmo que monopolizasse os procedimentos de emenda, ou o poder executivo, mesmo que aplicasse os dispositivos constitucionais. Colocar a autoridade no primeiro não seria recomendável, na medida em que este “não apenas comanda a bolsa, como também prescreve as regras pelas quais deveres e direitos de todos cidadãos serão regulados”<sup>393</sup>, assim como também não seria fazê-lo no segundo, que “não só confere as honras, como também segura a espada da comunidade”<sup>394</sup>. Pela primeira vez, promover-se-ia a transferência da autoridade ao poder judiciário, com a criação de uma instituição responsável exclusivamente pela elaboração constitucional permanente imprescindível à revitalização do momento fundante. Ao contrário dos demais poderes, o poder judiciário não possuiria outra arma que seu juízo, pelo que seria o mais fraco e menos perigoso: “o Poder Judiciário não possui influência sobre a espada ou sobre a bolsa”<sup>395</sup>.

Aliada à falta de poder, a disposição da autoridade no ramo judiciário explicaria, em termos institucionais, a vitaliciedade de juízes em suas funções – ao menos enquanto

---

<sup>390</sup> LUTZ, Donald S. *Toward a Theory of Constitutional Amendment*. p. 241.

<sup>391</sup> LEVINSON, Sanford. *How Many Times Has the United States Constitution Been Amended? (A) < 26; (B) 26; (C) 27; (D) > 27*. p. 23.

<sup>392</sup> ARENDT, Hannah. **Sobre a Revolução**. p. 258.

<sup>393</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. p. 592.

<sup>394</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. p. 592.

<sup>395</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. p. 592-593.

demonstrassem “bom comportamento”. Assegurar a independência dos magistrados, de maneira que pudessem aplicar as leis contra todo e qualquer governo continua, íntegra e imparcialmente, tornar-se-ia um entre os mais importantes avanços modernos na prática de governo. No objetivo de construir um poder judiciário independente da cidadania, os *founding fathers* acabariam por construir um poder isolado da cidadania, ao acreditarem que conquistariam a independência judicial através do isolamento e da falta de controles democráticos<sup>396</sup>. Desenhado sob pressupostos elitistas, descuidar-se-ia da eventualidade do *judicial review* permitir que o poder judiciário inviabilize e modere as iniciativas da sociedade – como descuidariam da possibilidade de o procedimento de emenda permitir que o poder legislativo o fizesse em idêntico nível. Ambos os institutos surgiriam como desdobramentos da desconfiança dos *founding fathers* às maiorias, que necessariamente decidiriam não de acordo com a razão, mas com a paixão: “quanto mais numerosa possa ser uma assembleia, não importando a composição, maior será a ascendência da paixão sobre a razão”<sup>397</sup>. Pensado como necessário e superior em virtude da impossibilidade da democracia direta e, mais do que isso, da inaptidão do povo para exercê-la<sup>398</sup>, o modelo representativo americano seria reproduzido mundo afora, sobretudo na América Latina, frente à extraordinária influência que sua carta exerceria, conformando e direcionando o caminho do constitucionalismo desde a sua promulgação ao final do século XVIII<sup>399</sup>.

Embora sustente retoricamente a tese da soberania popular, o constitucionalismo praticamente eliminaria a esperança dos movimentos populares, ainda que majoritários, modificarem legitimamente a ordem instituída. Porém, ao contrário do Poder Judiciário, que carregaria no seu âmago a marca da contramajoritariedade, o Poder Legislativo, por sua vez, traria consigo as credenciais democráticas. Seria através de seus representantes no Poder Legislativo que o povo poderia manifestar as suas preferências e reivindicar as suas demandas – e, entre elas, por alterações no texto constitucional. Entretanto, mesmo no caso das regras passíveis de reforma, a complexidade do processo tornaria possível a sua instrumentalização somente mediante um elevado grau de consenso ou, pelo menos, uma mobilização hercúlea de influência política capaz de superar os óbices às emendas, como petrificação absoluta das leis, adoção de maioria qualificada, exigência de quórum

---

<sup>396</sup> GARGARELLA, Roberto. Crisis de representación y constituciones contramayoritarias. **Isonomia: Revista de teoría y filosofía del derecho.**, n. 2, 1995. p. 104.

<sup>397</sup> HAMILTON, Alexander, James; JAY, John. **The Federalist Papers.** p. 448.

<sup>398</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers.** p. 74.

<sup>399</sup> GARGARELLA, Roberto. Crisis de representación y constituciones contramayoritarias. p. 91.

maior, descontos temporais, ratificação pelos entes federados e por referendo popular<sup>400</sup>. A dificuldade na promoção de reformas na constituição não decorreria de uma distorção ou um subproduto do regime constitucional, mas do funcionamento regular da estrutura constitucional pensada para acoplar a noção de governo da maioria com o poder de veto de minorias. Sob a teoria da soberania popular, estaria a *práxis* do elitismo democrático: “em nenhum dos regimes hoje considerados democráticos, o povo realmente governa. As decisões políticas são tomadas por uma minoria, via de regra mais rica e instruída do que os cidadãos comuns, e com forte tendência à hereditariedade”<sup>401</sup>.

Frente à capacidade de organização e de mobilização das elites políticas, o rigor dos procedimentos de reforma possuiria o condão de impedir a introdução de alterações que implicassem modificações substantivas no sistema político. No Brasil, a dificuldade manifestar-se-ia sobretudo quando em discussão a legislação eleitoral e, com ainda mais intensidade, as disposições constitucionais sobre matéria eleitoral. Por força do quórum de aprovação das emendas ao texto constitucional, a saber, três quintos dos membros de cada casa do Congresso Nacional em dois turnos<sup>402</sup>, facilitar-se-ia a grupos minoritários inviabilizarem as mudanças reivindicadas. As várias iniciativas legislativas terminariam por gerar pouquíssimos resultados, vez que a convergência quanto ao diagnóstico sobre a realidade do modelo político brasileiro não se faria acompanhada por um consenso em torno dos métodos terapêuticos a serem utilizados devido à força conservadora que atua tanto no nível dos congressistas quanto no nível dos agremiações e coligações políticas. Não encontrariam outro fim que o arquivamento as Propostas de Emenda à Constituição n° 193/2007, n° 383/2009 e n° 276/2013, respectivamente apresentadas pelos deputados Flávio Dino (PCdoB/MA), Marco Maia (PT/RS) e Leonardo Gadelha (PSC/PB) – todas com base no artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que estabelece o arquivamento de todas proposições que, submetidas à deliberação, permaneceriam em trâmite ao final da legislatura em que apresentadas.

Cada agremiação ou indivíduo geralmente apresentaria uma proposta de reforma política que ampliasse ou preservasse o seu poder, mas inviabilizaria toda iniciativa que pudesse negativamente impactar a sua influência política. Com isso, observar-se-ia uma forte tendência inercial, compatível com a circunstância de que as regras constitucionais

---

<sup>400</sup> ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrição. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 135.

<sup>401</sup> MIGUEL, Luis Felipe. A Democracia Domesticada: Bases Antidemocráticas do Pensamento Democrático Contemporâneo. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 3, 2002. p. 484.

<sup>402</sup> Conforme disposto no parágrafo segundo do artigo 60 da Constituição Federal de 1988.

que disporiam sobre o sistema político permanecessem na sua redação original. A busca por um arranjo político que conseguisse convencer três quintos do parlamento brasileiro de que a sua implantação traria benefícios parece ser um desafio quase que insuperável no que diz respeito a elementos constitucionalmente determinados, como exemplificam as propostas de extinção do Senado Federal e instituição do voto facultativo. Entretanto, ao contrário do que se faz crer nos debates corriqueiramente travados, o sistema político brasileiro não é disfuncional por inteiro, não obstante todos os conhecidos problemas<sup>403</sup>. Cada característica contém tanto uma face positiva quanto negativa que, na dinâmica da política, conduz a uma estrutura complexa que se equilibra a partir do funcionamento de todas elas, acontecendo uma anulação entre distorções que operam em sentido contrário de maneira que o sistema termine por funcionar, a exemplo da autoridade constitucional do Presidente da República e da difusão política do Congresso Nacional, “que, até certo ponto, se neutralizam”<sup>404</sup>. A estabilidade do sistema político causaria na opinião pública um sentimento de insatisfação que conduziria ao erro de considerar a reforma um dever jamais honrado pela sociedade e pelo congresso – “e, conseqüentemente, como símbolo de suposta letargia institucional que explicaria, em boa medida, as nossas mazelas”<sup>405</sup>.

A despeito da percepção coletiva sobre a inércia das instituições, quando se tem um impasse entre os seus membros, seriam infundáveis as tentativas de alterar o modelo político com a adoção de um amplo conjunto de medidas sociais, econômicas e políticas necessárias ao equilíbrio das parcelas de participação entre os vários segmentos sociais, com o intuito de corrigir as distorções, promover o bem comum, fomentar a paz social e distribuir justiça<sup>406</sup>. Atualmente, o Congresso Nacional discute inúmeras propostas, com destaque ao sistema eleitoral e ao modelo de financiamento de campanha política. Junto à Câmara, tramitam as Propostas nº 352/2013 e nº 344/2013, de autoria dos Deputados Cândido Vaccarezza (PT/SP) e Mendonça Filho (DEM/PE) e apensadas à Proposta de nº 182/2007 – a “PEC da Fidelidade Partidária” –, apresentada pelo Senador Marco Maciel (DEM/PE) e ainda espera parecer do Relator na Comissão Especial<sup>407</sup>. A primeira delas,

---

<sup>403</sup> AMORIM NETO, Octavio; CORTEZ, Bruno Freitas; PESSOA; Samuel de Abreu. Redesenhando o Mapa Eleitoral do Brasil: uma proposta de reforma política incremental. **Opinião Pública**, Campinas, v. 17, n. 1, jun. 2011. p. 52

<sup>404</sup> AMORIM NETO, Octavio; CORTEZ, Bruno Freitas; PESSOA; Samuel de Abreu. Redesenhando o Mapa Eleitoral do Brasil: uma proposta de reforma política incremental. p. 51.

<sup>405</sup> AMORIM NETO, Octavio; CORTEZ, Bruno Freitas; PESSOA; Samuel de Abreu. Redesenhando o Mapa Eleitoral do Brasil: uma proposta de reforma política incremental. p. 46.

<sup>406</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 418.

<sup>407</sup> De acordo com o sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, estão apensadas à Proposta nº 182/2007 mais de 150 Propostas de Emenda Constitucional apresentadas desde 1995 até 2015.

fruto de decisões do Grupo de Trabalho de Reforma Política da Câmara dos Deputados, propõe modificações no que diz respeito a reeleição para os cargos do Poder Executivo, financiamento das campanhas, sistema eleitoral, coligações políticas, filiação partidária, cláusula de desempenho, entre outros. A Proposta n° 344/2013 dispõe sobre o acesso de partidos políticos ao fundo partidário e ao uso gratuito do rádio e da televisão, enquanto a terceira proposta assegura aos partidos a titularidade sobre os mandatos parlamentares. No Senado, mal completos os três primeiros meses da 55ª legislatura, em 2 de março de 2015, seus integrantes apresentariam 17 Propostas de Emenda à Constituição, para não falar dos 16 projetos de lei, que se somariam às oito anteriormente submetidas<sup>408</sup>. Trata-se essencialmente dos mesmos aspectos que a Câmara dos Deputados: financiamento da campanha eleitoral, rateio do fundo partidário e acesso ao tempo de televisão e rádio.

Somada à inquietude quanto ao descontentamento popular, a apreensão diante da inércia das instituições em razão do impasse entre seus agentes tornaria uma constante a incitação para superar a letargia mediante duas diferentes estratégias<sup>409</sup>. A primeira seria sugerida nos termos de uma revisão constitucional, como bem preveria o constituinte no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Controvertida tanto sob o ponto de vista jurídico quanto político, a revisão constitucional possuiria um regramento procedimental próprio, que não coincidiria com o regramento da emenda constitucional, definido pelo artigo 60 da Constituição Federal de 1988<sup>410</sup>. Entretanto, ambas deveriam observar aos limites materiais impostos pelo legislador constituinte ao poder de reforma no parágrafo quarto do mesmo artigo, quais sejam, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e as garantias individuais. Por mais horizontal que fosse a revisão constitucional, haveria “de respeitar os limites impostos pela Lei Maior, sob pena de ruptura dessa ordem”<sup>411</sup>. Pelo delineado no artigo terceiro, “a revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral”. Recorrendo-se à noção de revisão em vez de emenda, reforçar-se-ia à necessidade do fortalecimento do princípio majoritário para contornar o poder de veto minoritário e oportunizar mudanças no sistema político.

---

<sup>408</sup> ALTAFIN, Iara Guimarães. **Mais seis propostas de reforma política chegam ao Plenário**. Disponível em: < <http://bit.ly/1GA0q4K>>. Acesso em: 28 de abril de 2015.

<sup>409</sup> BARBOSA, Leonardo A. de Andrade. **História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. p. 323-348.

<sup>410</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A Revisão Constitucional no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 29, n. 114, abr./jun. 1992. p. 15-16.

<sup>411</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A Revisão Constitucional no Brasil. p. 19.

Assim que observado o prazo mínimo de cinco anos, em 13 de outubro de 1993, os parlamentares trabalhariam para revisar o texto constitucional até 31 de maio do ano seguinte. Nesse estreito lapso, seriam promovidas 80 sessões, relatadas 17 mil emendas, votadas 19 mudanças, rejeitadas 12 propostas e aprovadas 6 emendas – das quais seria a mais relevante a de nº 16, de 04 de junho de 1994, que reduziu o mandato do Presidente da República de cinco para quatro anos. Na medida em que o artigo 3º do Ato falaria de uma e apenas uma revisão constitucional, possíveis propostas que suspendam as normas disciplinadoras de emenda constitucional encontrariam resistência da doutrina nacional, que consideraria inconstitucional “outra revisão nos termos ali previstos, simplesmente porque, como norma transitória, foi aplicada, esgotando-se em definitivo”<sup>412</sup>. Contrapor a atipicidade da revisão e a tipicidade da emenda indicaria a intenção do constituinte em instituir somente um sistema de reforma do texto, insculpindo o processo de reforma no artigo 60 ao tempo que prescrevendo outro. Recorrer à revisão para fazê-la um processo regular de mudanças, dividi-la em distintas fases ou realizá-la de tempos em tempos não encontraria fundamento na Constituição, cujo procedimento do artigo 60 seria um limite implícito ao poder de reforma<sup>413</sup>. Propostas de Emenda serão subscritas por, no mínimo, um terço dos integrantes da Câmara dos Deputados ou Senado Federal, pelo Presidência da República ou por metade ou mais de Assembleias Legislativas, manifestando-se cada uma delas pela maioria relativa dos seus membros. Apresentada, a Proposta será votada em dois turnos por ambas as casas e, caso obtenha o voto de três quintos dos respectivos membros, será aprovada e promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e Senado Federal, sem sujeitar-se a sanção ou veto presidencial. Somente poderiam ser admitidas reformas constitucionais nesses termos e em nenhum outro.

A segunda estratégia giraria em torno da instalação de uma assembleia exclusiva ou específica para atravessar aquele que seria o principal problema do Brasil: o sistema político<sup>414</sup>. Indicar-se-ia precisamente os títulos, capítulos, artigos, parágrafos e incisos que poderiam ou não ser objeto de deliberação. Não haveria esperança de que, integrado por agremiações e parlamentares que representariam interesses particulares e obstarium reformas potencialmente prejudiciais, o próprio Poder Legislativo reunisse as condições políticas de reformar-se. “A necessidade de tal exclusividade da Constituinte decorre da

---

<sup>412</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 62.

<sup>413</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites da revisão constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, v. 5, n. 21, out./dez. 1997. p. 80-81.

<sup>414</sup> DIAS, Roberto. **Atual Congresso brasileiro deveria ser dissolvido, diz sociólogo espanhol**. Disponível em: <<http://bit.ly/1zc9ywA>> . Acesso em 29 de abril de 2015.

percepção de que reforma política não aconteceria caso dependesse exclusivamente dos políticos”<sup>415</sup>, pelo que seria preciso chamar a um congresso integrado por representantes que não tenham interesses imediatamente subjetivos em questão e que não possam usar a constituinte como trampolim carreirista, sendo frequentemente sugerida a proibição de concorrer a mandatos eletivos por um prazo certo<sup>416</sup>. Propostas no sentido da instalação de um congresso exclusivo e constituinte deparar-se-iam com resistências na medida em que delegariam poder de reforma a instituições que não encontraria previsão no texto da constituição. Para a doutrina constitucional, a delegação legislativa seria “excepcionante do princípio da separação dos poderes constitucionais”<sup>417</sup> e ao Poder Legislativo estaria autorizado transferir a atribuição de legislar, de promulgar normas gerais e abstratas, em hipóteses taxativamente eleitas na Constituição Federal de 1988. Não existindo hipótese nesse sentido, seriam inconstitucionais tais propostas.

Sobretudo a partir da percepção do fracasso que sucedeu à malfadada revisão de 1993, seja pelo baixo interesse do Poder Executivo, pelo alto constrangimento eleitoral, pelo baixo interesse do Poder Legislativo ou pela alta polarização política<sup>418</sup>, surgiram diversas tentativas de alteração simplificada do texto constitucional em que confundidas as ideias de revisão constitucional e de constituinte específica – ou exclusiva. Por vezes, ambas viriam combinadas em propostas de instalação de uma assembleia constituinte ou revisora que pudesse modificar as balizas do sistema político por maioria absoluta e não qualificada de seus membros. Por vezes, viriam separadas para ou resguardar o poder de veto dos congressistas, através de propostas que investiriam o Congresso Nacional com poderes de revisão, desde que observado o quórum de maioria absoluta, ou resguardar o poder de veto das minorias, através de propostas que vincularia a introdução de emenda à observância de maioria qualificada pela assembleia constituinte específica e exclusiva. De uma maneira ou outra, as duas vertentes dificilmente promoveriam qualquer reforma substancial. A primeira, na medida em que protagonizada justamente pelos beneficiados pelo *status quo*, e a segunda, na medida em que obstada pelo poder de veto das minorias preservado pela exigência de maioria qualificada.

---

<sup>415</sup> COUTO, Cláudio Gonçalves. **Alarmismo infundado**. Disponível em: <<http://goo.gl/JcIISY>>. Acesso em: 28 de junho de 2015.

<sup>416</sup> COUTO, Cláudio Gonçalves. **Alarmismo infundado**.

<sup>417</sup> TOURINHO, Arx da Costa. A delegação legislativa e a sua irrelevância no Direito brasileiro atual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 14, n. 54, abr./jun. 1977. p. 69.

<sup>418</sup> MELO, Marcus André. **Reformas constitucionais no Brasil**: instituições políticas e processo decisório. Rio de Janeiro: Revan; Brasília: Ministério da Cultura, 2008. p. 62.

No correr dos últimos vinte anos, propostas de emenda constitucional em um ou em outro molde tornar-se-iam regulares na arena política nacional. Entre as propostas de atribuição de poderes específicos de revisão ao Congresso Nacional, especial alarde fora causado pela Proposta n° 554/1997, submetida pelo Deputado Miro Teixeira (PDT/RJ), que autorizaria alterações absolutas nos artigos 14, 16, 17, 21 a 24, 30, 145 a 162 e nos conexos. Posteriormente, essa proposição primeira seria apensada à de n° 157/2003 e de n° 447/2005, respectivamente submetidas pelo Deputado Luiz Carlos Santos (PFL/SP) e Deputado Alberto Goldman (PSDB/SP). Ambas, cuja submissão por Deputados ligados à oposição evidenciaria que as sugestões de mudança excepcional da carta não estariam sempre na pauta da base governista, persistiriam na implementação de ampla e profunda revisão pelos próprios parlamentares. Mesmo caminho trilharia a Proposta n° 193/2007, do Deputado Flávio Dino (PCdoB/MA), cuja especificidade entre todas as outras estaria na realização da revisão mediante a autorização por um plebiscito e na circunscrição de seus poderes a temas de Organização dos Poderes, Tributação e Orçamento. De autoria do Deputado Marco Maia (PT/RS), a Proposta n° 384/2009 colocaria em andamento a proposta publicamente sustentada pelo seu partido no ano de 2007, por oportunidade do Terceiro Encontro Nacional do PT, onde fora colocado que “a reforma política não pode ser um debate restrito ao Congresso Nacional, que já demonstrou ser incapaz de aprovar medidas que prejudiquem os interesses dos seus integrantes”<sup>419</sup>. Com isso, a agremiação defenderia a promoção da reforma política pela assembleia constituinte exclusiva, livre, soberana e democrática<sup>420</sup>. O deslocamento do fórum de decisão para fora do Congresso Nacional resguardaria a assembleia revisora de influências político-eleitorais imediatos, na medida em que os candidatos ao mandato de parlamentar constituinte deveriam abrir mão de uma candidatura a um cargo seguinte nos Poderes Executivo ou Legislativo<sup>421</sup>.

Tal proposta do Partido do Trabalhadores despertaria variadas reações, inclusive do à época Deputado Federal e hoje Vice-Presidente da República, Michel Temer, que a teria por inadequada primeiro porque afastaria a participação dos parlamentares eleitos e segundo porque “não vivemos um clima de exceção e não podemos banalizar a ideia de constituinte, seja exclusiva ou não”<sup>422</sup>. A manifestação de 2007 estaria em sintonia com

---

<sup>419</sup> PARTIDO DOS TRABALHADORES. **Resolução do 3º Congresso do PT (2007) sobre Reforma Política e Constituinte**. Disponível em: <<http://bit.ly/1b2vDCT>>. Acesso em 30 de abril de 2015.

<sup>420</sup> PARTIDO DOS TRABALHADORES. **Resolução do 3º Congresso do PT (2007) sobre Reforma Política e Constituinte**.

<sup>421</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda à Constituição n° 384, de 2009**. Disponível em: <<http://bit.ly/18AZK2u>>. Acesso em: 11 de março de 2015.

<sup>422</sup> TEMER, Michel. **Não à constituinte exclusiva**. Disponível em: <<http://bit.ly/1xdmA6G>>. Acesso em:

sua manifestação em 1997, quando Presidente da Câmara de Deputados, que sustentaria a constitucionalidade de plebiscito que conferisse poder revisor ao Congresso Nacional, demonstrando que a questão de fundo compreenderia mais a afirmação de competências do Poder Legislativo do que o repúdio a um processo revisor exclusivo<sup>423</sup>. “Para realizar a reforma política, não é preciso invocar uma representação exclusiva. Basta mexer com os brios dos atuais representantes, que se animarão a realizá-la”<sup>424</sup>.

Contra a Proposta nº 384/2009 também se manifestaria José Afonso da Silva, mediante argumentos fundados mais diretamente na doutrina jurídica, a sustentar resumidamente que o procedimento de emenda seria a única forma legítima de mudança no texto constitucional: “Fora dele, é fraude porque aí se prevê simples competência para modificar a constituição existente, competência delegada exclusivamente ao Congresso pelo poder constituinte originário, que não autorizou a transferi-la a outra entidade. Se fizer, comete inconstitucionalidade insanável”<sup>425</sup>. Um ano depois, em 2011, Luís Roberto Barroso exploraria a segunda face da discussão em torno da possibilidade de uma constituinte exclusiva, apontando que “a teoria constitucional não conseguiria explicar uma constituinte parcial” uma vez que por ser soberano, “ninguém pode convocar um poder constituinte e estabelecer previamente qual é a agenda desse poder constituinte”<sup>426</sup>.

A articulação entre argumentos de natureza política, com relação à conveniência e à oportunidade da assembleia especial, e argumentos de natureza jurídica, com relação à compatibilidade da proposta diante da ordem constitucional, conduziria a respostas em sua vasta maioria contrárias a tentativas de flexibilização das regras de emenda. Embora fossem minoria dentro a classe, diversos juristas manifestaram-se a favor da convocação de um processo constituinte específico, não necessariamente mantendo entre si vínculos de natureza política ou ideológica – muito pelo contrário. Quando se discutia a proposta em 2003, Ives Gandra Martins pronunciou-se favoravelmente, sob o argumento de que a constituinte exclusiva favoreceria a eleição de *experts* que, como fora na Assembleia de

---

11 de março de 2015.

<sup>423</sup> BARBOSA, Leonardo A. de Andrade. **História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. p. 288.

<sup>424</sup> TEMER, Michel. **Não à constituinte exclusiva**.

<sup>425</sup> SILVA, José Afonso da. **Nova Constituinte deve ser barrada pelo STF**. Disponível em: <<http://bit.ly/1AkgqBZ>>. Acesso em: 25 de janeiro de 2014.

<sup>426</sup> MIGALHAS. **Barroso fala sobre constituinte e reforma política**. Disponível em: <<http://goo.gl/6cYIaE>>. Acesso em: 1 de fevereiro de 2014.

1946, poderiam ofertar “seu cabedal de estudos para o bem do Brasil”<sup>427</sup>. Em 2013, mas ainda sobre a mesma questão, Ricardo Prestes Pazello também defenderia a necessidade de um órgão exclusivo que efetivasse as reformas sem “os vícios e armadilhas do velho sistema político”<sup>428</sup>. Entretanto, ainda que todas encontrassem como seu destino final o arquivamento, as propostas de emenda fora do itinerário do artigo 60 da Constituição de 1988 seriam corriqueiramente sugeridas no cenário político ao longo dos vinte anos que sucederiam o infeliz processo de revisão constitucional previsto no artigo 3º do Ato das Disposições Transitórias. Não provocaria surpresa, portanto, que, o artifício de burlar os procedimentos constitucionais de emenda para atravessar fragmentações políticas fosse novamente empregado quando o esgotamento das instituições representativas voltasse à agenda nacional em razão dos protestos populares que tomariam de assalto as principais ruas e avenidas do País ao longo do mês de julho de 2013, motivadas em grande parte pelo *déficit* de representação política do Congresso Nacional e pela barreira histórica de certas vozes no debate público<sup>429</sup>, a Presidenta da República Dilma Rousseff propusesse a convocação de um plebiscito popular para autorizar o “funcionamento de um processo constituinte específico para fazer a reforma política que o país tanto precisa”<sup>430</sup>.

Ao ser apresentada na ambígua forma de um “processo constituinte exclusivo”, a chamada presidencial comportaria a um só tempo a proposta de constituinte exclusiva e a proposta de congresso revisor, pelo que aglutinaria contra si as críticas cotidianamente destinadas a ambas as saídas de simplificação do processo de emenda. Para além do seu objeto, que não encontraria respaldo junto ao artigo 60 da Constituição Federal de 1988, a utilização do instrumento de convocação também não encontraria amparo junto ao seu respectivo diploma normativo – Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1988. Mesmo com seu artigo 2º a determinar que o plebiscito e o referendo consistiriam em instrumento de exercício direto da soberania popular, ressaltar-se-ia o papel essencialmente consultivo dos dois expedientes: “plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa

---

<sup>427</sup> MARTINS, Ives Gandra. **Por uma constituinte exclusiva**. Disponível em: <<http://bit.ly/1Cz6zAl>>. Acesso em 12 de junho de 2015.

<sup>428</sup> PAZELLO, Ricardo Prestes. **Plebiscito para quem não tem medo de democracia**. Disponível em: <<http://bit.ly/1L10T4C>>. Acesso em 12 de junho de 2015.

<sup>429</sup> LIMA, Venício A. de. Mídia, rebedia urbana e crise de representação. In: HARVEY, David; MARICATO, Ermínia; DAVIS, Mike; BRAGA, Ruy; ŽIŽEK, Slavoj; *et all*. **Cidades rebeldes**: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Editorial Boitempo, Carta Capital: 2013. p. 166.

<sup>430</sup> PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Dilma propõe plebiscito para reforma política**. Disponível em: <<http://goo.gl/1ZMigY>>. Acesso em: 10 de junho de 2014.

ou administrativa”. Não obstante pudesse o povo, por meio de plebiscito, ser chamado a autorizar o funcionamento de um processo constituinte<sup>431</sup>, o plebiscito em si deveria ser convocado através de decreto legislativo subscrito por um terço ou mais de membros de qualquer das duas Casas. No rito determinado pela Lei nº 9.709/99, não há participação da Presidência da República, mas tão somente do Congresso Nacional, responsável pela sua convocação, e da Justiça Eleitoral, responsável pela sua realização. Politicamente, a promoção de um plebiscito para tratar, em última análise, da reforma política paralisaria os burocráticos debates travados no Congresso Nacional, na medida em que “convocado o plebiscito, o projeto legislativo ou medida administrativa não efetivada, cujas matérias constituam objeto da consulta popular, terá sustada sua tramitação, até que o resultado das urnas seja proclamado”, nos termos do artigo 9º da Lei.

Mais uma vez, por não se adequar aos mecanismos constitucionais de reforma e, conseqüentemente, por evocar a soberania popular para além das demarcações da ordem constitucional, a proposta presidencial não demoraria a sofrer críticas de diversos atores da classe jurídica, que novamente mesclariam argumentos de conveniência política com argumentos de natureza técnica, justificando sua inviabilidade por confrontar a doutrina constitucional hegemônica. A perspectiva típica do jurista reverberaria na manifestação contrária de Eneida Desiree Salgado, Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem, dois dias após a proposta presidencial, em 26 de julho de 2013<sup>432</sup>. Em suma, colocariam que haveria duas formas para modificar as disposições constitucionais: por meio de emenda constitucional que, promulgada por representantes democraticamente eleitos e em zelo à disciplina do artigo 60 do texto, modificassem somente parcialmente o texto, e por meio da elaboração de um novo pacto constituinte que fundasse uma nova ordem assim que o povo deixasse de enxergar na velha suas aspirações. No caso da reforma política, diriam que a própria “Lei Fundamental de 1988 estabelece o *espaço legítimo* e o *procedimento democrático* para tanto”<sup>433</sup>: o Congresso Nacional e a emenda à Constituição.

No exato dia do discurso da Presidência da República, seria lançado pela Ordem dos Advogados do Brasil o projeto “Eleições Limpas”, que, por meio de um conjunto de modificações na Lei das Eleições e na Lei dos Partidos Políticos, proporia a consecução de uma reforma política sem qualquer alteração na Constituição Federal. Não bastasse a

---

<sup>431</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 126.

<sup>432</sup> SALGADO, Eneida Desiree; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **Política para quem não quer só comida**. Disponível em: <<http://bit.ly/1dnaWyz>>. Acesso em 05 de maio de 2015.

<sup>433</sup> SALGADO, Eneida Desiree; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **Política para quem não quer só comida**.

sua prescindibilidade, a Ordem dos Advogados do Brasil recepcionaria a proposta como um efetivo perigo às instituições democráticas e às garantias e liberdades fundamentais. O Conselho Seccional da Ordem do Espírito Santo, por intermédio da sua Comissão de Estudos Constitucionais da Seccional, apresentaria uma nota de repúdio condenando ser a proposta não somente inoportuna, mas também uma “burla aos limites constitucionais para a reforma do texto constitucional, na medida em que a Constituição Federal apenas poderá ser modificada por Emenda”<sup>434</sup>. Tanto a viabilidade da implementação através de lei infraconstitucional das mudanças desejadas quanto à falta de limites a manifestações do poder constituinte levariam à Seccional do Espírito Santo a enxergar “um indesejado oportunismo e um risco às instituições democráticas”<sup>435</sup>. Seus advogados pressuporiam que a expressão do poder constituinte seria inevitavelmente um risco para as conquistas sociais incorporadas ao texto constitucional.

Notas de repúdios não viriam exclusivamente somente da classe dos advogados, muito embora estes também subscrevessem o manifesto liderado por Lênio Streck, cuja linha de argumentação partiria dos ataques conservadores infligidos contra Constituição desde sua promulgação em outubro de 1988 para questionar o que impediria o processo constituinte sugerido vinte e cinco anos após de excluir direitos sociais, retalhar a ordem econômica constitucional e extirpar o capítulo da comunicação social<sup>436</sup>. Mesmo assim, uma coisa seria argumentar no sentido de a assembleia representar risco maior do que o seu benefício e outra, como faria Lênio Streck e os demais signatários do manifesto, que a convocação de uma assembleia constituinte significaria um haraquiri institucional, em alusão à modalidade de suicídio em que os samurais dilacerariam ao próprio ventre com a própria espada. A remissão ao ritual suicida resgataria o ponto de Paulo Bonavides em contrariedade à Proposta de Emenda Constitucional nº 544/1997, por ele denominada de “emenda suicida”<sup>437</sup>, em uma qualificação aparentemente justificável por conta de ser o objeto da Proposta nº 544/1997 mais amplo do que a reforma do sistema político, o que permitiria uma alteração substantiva da ordem constitucional vigente.

---

<sup>434</sup> ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (ES). *Comissão de Estudos Constitucionais da OAB-ES divulga nota sobre convocação de um processo constituinte específico para a reforma política*. Disponível em: <<http://goo.gl/BYBFof/>>. Acesso em: 2 de março de 2015.

<sup>435</sup> ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (ES). *Comissão de Estudos Constitucionais da OAB-ES divulga nota sobre convocação de um processo constituinte específico para a reforma política*.

<sup>436</sup> CONSULTOR JURÍDICO. **Manifesto vai contra reforma política**. Disponível em: <<http://goo.gl/dcw63r>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2014.

<sup>437</sup> BARBOSA, Leonardo A. de Andrade. **História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. p. 288. p. 334.

De toda forma, as constantes utilizações de metáfora apenas evidenciarão a dificuldade da dogmática em trabalhar com a ideia do poder constituinte. Assim como a metáfora do raio que fulmina a sua vítima, a referência ao suicídio compreenderia o emprego de uma imagem intensa com fins meramente retóricos, mas que não possuiria pertinência frente aos fatos. O uso do suicídio para pintar a convocação da assembleia constituinte com poderes específicos como o sistema constitucional atual matando-se incorreria em inadequações conceituais tanto do ponto de vista do direito quanto do ponto de vista da sociologia. Se considerada o efetivo significado da categoria sociológica do suicídio, que compreenderia todo caso de morte provocada direta ou indiretamente por ato positivo ou negativo executado pela própria vítima na intenção de que seu ato resulte em morte<sup>438</sup>, não haveria paralelo entre a manifestação do poder constituinte e a prática do suicídio. A assimilação entre o poder constituinte e o ato suicida equivocadamente confundiria a vítima com seu algoz: seria a ação dos atores políticos, não da ordem constituída, que vitimaria a constituição. Logo, fosse para empregar referências tanatológicas, a metáfora plausível seria o homicídio, já que a suspensão da constituição pelos congressistas seria mais próxima de assassinato, a ser definido como “o ato que tem como efeito privar outro ser humano da existência”<sup>439</sup>.

Dez anos após taxar a Proposta nº 544/1997 como suicida, Paulo Bonavides faria novamente uso da alegoria da morte para, dessa vez em atenção à categoria sociológica, afastar a possibilidade de convocação de uma assembleia nacional constituinte: “A cerca de dez anos eu fiz uma denúncia à Nação para que reagíssemos e tolhêssemos a marcha do golpe e essa tentativa de ferir de morte a Constituição”<sup>440</sup>, que consubstanciaria nada menos do que a maior conquista da sociedade brasileira. Nesse sentido, seria a data de 5 de outubro de 1988 o ápice de um momento constitucional, pelo que deveria ser negada veementemente a possibilidade de erradicação do seu produto por um segundo processo constituinte, de antemão diminuído a mero momento político: “essa tentativa agora está sendo ressuscitada pelo egoísmo das elites brasileiras, as que estão à frente do processo político”<sup>441</sup>. Juristas evocariam o argumento da efetiva constitucionalidade do momento em praticamente todos os episódios envolvendo as constituintes exclusivas. Assim seria em 1998, quando Cristiano Paixão desqualificaria a Proposta apresentada pela liderança

---

<sup>438</sup> DURKHEIM, Émile. **O suicídio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 14.

<sup>439</sup> DURKHEIM, Émile. **Lições de Sociologia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 157.

<sup>440</sup> ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Paulo Bonavides**: convocação de constituinte é golpe de Estado. Disponível em: < <http://bit.ly/1ILYCI8>>. Acesso em: 6 de maio de 2015.

<sup>441</sup> ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Paulo Bonavides**: convocação de constituinte é golpe de Estado.

do Partido dos Trabalhadores como “curioso caso de esvaziamento da Constituição, sem a necessidade de um novo momento constitucional”<sup>442</sup>, passando por 2008, quando seria suscitado por Paulo Bonavides, até chegar a 2013, quando novamente ecoaria na crítica dos juristas. Para Eneida Desiree Salgado, Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem, “Na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88 o povo, em um momento de peculiar lucidez, apoiou fortemente as alterações e as opções políticas fundamentais que estavam sendo construídas (e detinham o apoio da história)”<sup>443</sup>. Dessa vez subscritas também por Vera Karam de Chueiri, Juliana Neuenschwander Magalhães e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, as críticas de Cristiano Paixão tangenciariam o argumento, ao colocar que a constituinte exclusiva seria “desfecho tristemente irônico para uma história construída a partir de várias lutas e mobilizações da sociedade civil”<sup>444</sup>. Sua atenção, contudo, voltaria-se à possibilidade de emenda do texto constitucional por meio de procedimento outro que o previsto pelo artigo 60 da Constituição, “e não por um simples apego à forma”<sup>445</sup>, mas sim por representarem perigosa violação à rigidez constitucional.

A proposta do processo constituinte exclusivo levantaria suspeitas na medida em que reduziria a maioria qualificada de três quintos dos parlamentares de ambas as Casas para a maioria simples de deputados constituintes, com isso supostamente privilegiando interesses precários das maiorias circunstanciais em prejuízo das garantias fundamentais das minorias políticas e dos ritos constitucionais processuais de deliberação majoritária. Nessa manifestação, seriam retomados pelos docentes diversas das razões anteriormente trazidas por Cristiano Paixão nas suas críticas à Proposta nº 384/2009, quando afirmaria que a insistência na convocação de uma assembleia constituinte e um congresso revisor expressaria “recusa recorrente, em alguns setores da sociedade civil e da classe política, acerca do conteúdo e do profundo sentido histórico da Constituição atual”<sup>446</sup>, e também nas suas críticas à Proposta nº 157/2003, tecidas em parceria com Menelick de Carvalho Netto. Para ambos, as propostas de atribuição de prerrogativas de revisão ao Congresso Nacional carregariam um ranço autoritário e elitista, na medida em que as estratégias de

---

<sup>442</sup> PINTO, Cristiano Otávio Paixão Araújo. O retorno de um fantasma. **Constituição & Democracia**, v. 3, n. 33, 2009. p. 5.

<sup>443</sup> SALGADO, Eneida Desiree; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **Política para quem não quer só comida**.

<sup>444</sup> PINTO, Cristiano Otávio Araújo Paixão; MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; CHUEIRI, Vera Karam de. **Constituinte exclusiva é ilegal e ilegítima**. Disponível em: <<http://goo.gl/KHW0xx>>. Acesso em: 6 de maio de 2015.

<sup>445</sup> PINTO, Cristiano Otávio Araújo Paixão; MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; CHUEIRI, Vera Karam de. **Constituinte exclusiva é ilegal e ilegítima**.

<sup>446</sup> PINTO, Cristiano Otávio Araújo Paixão. O retorno de um fantasma. p. 5.

excepcionais “buscam funcionar como cortinas de fumaça para garantir a impunidade e conferir a impressão de mudança, quando na verdade nada se pretende mudar”<sup>447</sup>.

Não bastasse burlar os procedimentos legislativos ordinários e os procedimentos de emenda constitucional, designar o processo de reforma política como sendo processo constituinte representaria uma tentativa de isentar as mudanças do controle jurisdicional de constitucionalidade, mesmo diante de inconstitucionalidades gritantes. Mesmo sendo ou não a finalidade da proposta, pareceria inverossímil que o Supremo Tribunal Federal restasse omissivo, considerado seu histórico de construções jurisprudenciais, que não faria outra coisa que ampliar suas competências constitucionais para além do originariamente previsto no texto constitucional<sup>448</sup>, e considerada também sua ambígua atuação ao longo da Assembleia Constituinte de 1987<sup>449</sup>. Quando da proposta da Presidente da República, as manifestações de Ministros do Supremo Tribunal Federal mostrar-se-iam geralmente discretas e apaziguadoras – com exceção do Ministro Gilmar Mendes, cuja opinião seria de que o País dormiu “como se fosse Alemanha, Itália, Espanha e Portugal e amanheceu parecido com a Bolívia ou a Venezuela”<sup>450</sup>. Além do argumento centrado nos perigos às garantias do Estado Democrático de Direito, o Ministro replicaria o argumento fundado na dispensabilidade da reforma por meio de mudanças a nível constitucional, o que seria uma contradição caso resgatada a jurisprudência recente do Tribunal com relação às leis eleitoral e partidária, que carecem de coerência e promovem instabilidade nas sufrágios: “as decisões emanadas do Poder Judiciário têm sido tão ou mais ‘casuísticas’ do que as do Congresso Nacional; todas, sem exceção, prenes de efeitos imediatos para a disputa político-partidária”<sup>451</sup>.

Não fosse suficiente ser arriscada do ponto de vista institucional e desnecessária do ponto de vista político, o Ministro Gilmar Mendes também entenderia ser o processo exclusivo impossível do ponto de vista jurídico: “não é possível juridicamente convocar uma Constituinte no modelo da Constituição Federal de 1988”<sup>452</sup>. Recorreria à metáfora

---

<sup>447</sup> PINTO, Cristiano Otávio Araújo Paixão; CARVALHO NETTO, Menelick de. Entre permanência e mudança. In: PORTO, Sérgio Gilberto; MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro, (Coord.). **Constituição, jurisdição e processo**. v. 1. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.

<sup>448</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 146.

<sup>449</sup> Cf. KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia B. de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. **Lua Nova**, São Paulo, CEDEC, n. 88, p. 141-186, 2013.

<sup>450</sup> HAIDAR, Rodrigo. **Brasil dormiu como Alemanha e acordou como Venezuela**. Disponível em: <<http://goo.gl/yXry43>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2014.

<sup>451</sup> LIMONGI, Fernando. Em defesa do Congresso. **Valor Econômico**, 30 de abril de 2013.

<sup>452</sup> HAIDAR, Rodrigo. **Judiciário não deve se sobrepor aos demais poderes**. Disponível em: <<http://goo.gl/WQicfT>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2014.

tanatológica para também desqualificar a proposta como juridicamente impossível o ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Carlos Ayres Britto, ao afirmar que “o Congresso Nacional não tem poderes constitucionais para convocar uma assembleia constituinte porque nenhuma Constituição tem vocação suicida. Nenhuma Constituição convoca o cozeiro de si mesmo”<sup>453</sup>. Um tom mais moderado seria empregado pelo hoje Ministro Luís Roberto Barroso nas suas declarações públicas sobre a convocação de um processo constituinte exclusivo. Em ambas, posicionar-se-ia pela sua desnecessidade em razão da possibilidade de promoção da reforma política através de Projetos de Lei ou de Propostas de emenda à Constituição. Mesmo assim, entenderia ser possível o Congresso Nacional convocar um órgão constituinte exclusivo a se pautar por limites traçados pelo próprio Congresso Nacional – “mas nunca uma constituinte originária”<sup>454</sup>. A atipicidade completa e a constitucionalidade duvidosa da proposta constituinte poderiam muito bem ser amenizadas e rebatidas caso a iniciativa fosse submetida à ratificação popular.

De toda a forma, a sensível repercussão da proposta da Presidência da República junto à sociedade brasileira e, em particular, junto à comunidade jurídica seria suficiente para levar Aloizio Mercadante, Ministro da Educação, a anunciar em entrevista coletiva realizada um dia após o pronunciamento presidencial que o governo havia abandonado a ideia de convocar um plebiscito sobre a criação da assembleia exclusiva para somente propor a realização de um plebiscito sobre a reforma política em si. Não obstante serem minorias, algumas vozes defenderiam a proposta, como o próprio Luís Roberto Barroso, que declararia ter sido sempre “a favor de uma Constituinte específica, que possa tratar de temas específicos como, por exemplo, uma reforma política”<sup>455</sup>. Antes de tornar-se o Ministro Luís Roberto Barroso, ainda no ano de 2011, o advogado constitucionalista de então receberia a atenção da opinião pública por seu comentário acerca da incapacidade da teoria constitucional em explicar uma assembleia constituinte parcial por ser o poder constituinte tradicionalmente definido como soberano, insuscetível de limites anteriores à irrupção. Todavia, receberia menos atenção o excerto da entrevista onde acrescentaria que “às vezes a realidade derrota a teoria constitucional” e, com isso, pondo em questão até que ponto a teoria do poder constituinte condicionaria a sua *práxis*<sup>456</sup>.

---

<sup>453</sup> OLIVEIRA, Mariana. **Juristas questionam proposta de Constituinte para reforma política**. Disponível em: <<http://goo.gl/x39GPw>>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2014.

<sup>454</sup> PASSARINHO, Nathalia. **Para Barroso, reforma política pode ser feita por Constituinte com limites**. Disponível em: <<http://goo.gl/qkRr0M>>. Acesso em: 1 de fevereiro de 2014.

<sup>455</sup> UOL. **Governo desiste de constituinte, mas mantém ideia de plebiscito sobre reforma política**. Disponível em: <<http://goo.gl/avkf4r>>. Acesso em: 10 de junho de 2014.

<sup>456</sup> MIGALHAS. **Barroso fala sobre constituinte e reforma política**. Disponível em:

### 3.2 A naturalização do discurso jurídico

Pouco antes de apresentar a proposta de instalação de um plebiscito popular que autorizasse o funcionamento de um processo constituinte específico para a realização da reforma política, a Presidenta Dilma Rousseff reconheceria o significado por detrás dos protestos populares: “O povo está agora nas ruas, dizendo que deseja que as mudanças continuem, que elas se ampliem. Ele está nos dizendo que [o povo] quer mais cidadania, quer uma cidadania plena. As ruas estão nos dizendo que o país quer uma representação política permeável à sociedade onde (...) o cidadão, e não o poder econômico, esteja em primeiro lugar”<sup>457</sup>. Para tanto, proporia o processo constituinte para promover a reforma que o Brasil tanto necessitaria. Declarar que o país necessitaria de reformas substanciais seria tão verdadeiro quanto banal. Quem quer que analisasse o modelo político nacional sob um viés crítico inevitavelmente poderia apresentar infinitas propostas orientadas ao seu aperfeiçoamento em consonância com os princípios considerados como balizadores da organização democrática, como a soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político – todos positivados pelo artigo 3º como sendo fundamento da República Federativa do Brasil. Por tal razão, proposta de reforma política seriam apresentadas por políticos, partidos e associações da sociedade civil localizados nos mais diferentes espectros políticos, cujas coalizações por vezes abarcariam entidades que, à primeira vista, nada pareceriam ter em comum, como o Conselho Nacional de Igrejas Cristãs e a Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, conectadas sob a égide da Plataforma pela Reforma do Sistema Político<sup>458</sup>, assim como o Instituto Universal de Marketing em Agribusiness e o Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra, reunidos sob a égide da Coalizão pela reforma política democrática e eleições limpas<sup>459</sup>.

Não importando qual a concepção de democracia a ser adotada, que não passaria de uma construção puramente idealizada orientada para a análise da realidade, o sistema vigente encontrar-se-ia fadado à imperfeição, porque jamais realizaria plenamente o seu projeto político. A formulação de um conceito de democracia em termos de utilitarismo, que justificaria a democracia a partir do incremento promovido sobre o bem comum em prejuízo do bem particular, de economicismo, que enquadraria o funcionamento do jogo

---

<<http://goo.gl/6cYIaE>>. Acesso em: 1 de fevereiro de 2014.

<sup>457</sup> PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Dilma propõe plebiscito para reforma política.**

<sup>458</sup> PLATAFORMA PELA REFORMA DO SISTEMA POLÍTICO. **Conheça as entidades que fazem parte da Plataforma.** Disponível em: <<http://bit.ly/1EYLrij>>. Acesso em: 19 de maio de 2015.

<sup>459</sup> COALIZÃO PELA REFORMA POLÍTICA DEMOCRÁTICA E ELEIÇÕES LIMPAS. **Quem somos.** Disponível em: <<http://bit.ly/1PSy2gC>>. Acesso em: 19 de maio de 2015.

democrático nos idênticos moldes do funcionamento do livre-mercado, de elitismo, que sustentaria ser suficiente à estabilidade da democracia um bom líder, alguma restrição a decisões majoritárias e uma burocracia qualificada, ou de deliberativismo, que afirmaria ser a democracia o procedimento mais adequado à obtenção de uma decisão imparcial e legítima<sup>460</sup>, deveria prestar-se apenas para esclarecer o conteúdo empírico de elementos constituintes do sistema político, não devendo ser alçada à condição de norma prática de ação por ser impossível encontrar empiricamente a categoria em toda sua pureza teórica e por ser indesejável “forçar esquematicamente a vida histórica infinita e multifacetária, mas simplesmente criar conceitos úteis para finalidades especiais e para orientação”<sup>461</sup>.

Os acordos e os equilíbrios indispensáveis à instituição e ao desenvolvimento de estruturas políticas sempre conduziriam a sistemas híbridos, entrecortados por tensões e por contradições que seriam acirradas nos regimes democráticos em razão da ampliação do número de grupos aptos a influenciar a arena de decisão política. A estrutura política incorporaria os conflitos que residiriam em suas bases, dando origem a um sistema cuja natureza seria provisória por ser particular dos regimes democráticos deixar em aberto a possibilidade de revisão de seus fundamentos, por mais restringida que pudesse ser. Aos juristas contemporâneos, a hibridez dos arranjos que conformariam os sistemas políticos democráticos despertaria um forte estranhamento, por estarem acostumados a pressupor a existência de um conjunto sistemático e coerente de princípios constitucionais na base do Estado – categoria a partir da qual compreenderiam a ordem política. A teoria geral do Estado, interessada em problemas relativos a validade e produção da ordem jurídica, seria assimilada à teoria da constituição, na medida em que a natureza política do texto constitucional ultrapassaria a sua origem estatal, com sua base não mais sendo o Estado, mas a norma fundamental, que conferiria unidade lógica ao ordenamento jurídico<sup>462</sup>. Na base desta compreensão estaria o constitucionalismo, comprometido com a supremacia constitucional, cujo resultado seria a conclusão de que a compatibilidade entre as ordens institucional e normativa exigiria a submissão, e não articulação, da política ao direito.

A vinculação do político ao jurídico seria, em verdade, bem mais retórica do que efetiva, uma vez que a análise de interações entre as instituições políticas – incluindo as instituições judiciais – apontaria para certo padrão de coordenações que seriam descritas

---

<sup>460</sup> NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 104-119.

<sup>461</sup> WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974. p. 345.

<sup>462</sup> BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova [online]**, São Paulo, n. 61, 2004. p. 7.

metaforicamente como “diálogos institucionais”. Mais do que uma teoria, apresentar-se-ia uma realidade de construção coordenada do significado da constituição pelos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, que necessariamente compartilhariam da autoridade e da competência para promover interpretação constitucional<sup>463</sup>. Mediante instrumentos que forçariam a cooperação e a cooperação entre duas ou mais instituições vinculadas a poderes diferentes a fim de pacificar controvérsias constitucionais sem a determinação *a priori* da supremacia da decisão de um desses órgãos sobre a decisão dos outros, tornar-se-iam possíveis experiências institucionais alternativas à progressiva e aparentemente irreversível supremacia judicial, impulsionadas pela atenção à suscetibilidade de ocorrer divergência sobre o verdadeiro sentido das disposições constitucionais e pela existência dos mecanismos de reforma constitucional<sup>464</sup>. Os discursos “leves” de subordinação que existiriam por detrás de formas chamadas “fracas” de jurisdição constitucional abririam um espaço maior para a coordenação entre os poderes ao definir critérios rigorosos para a justificação da intervenção da Corte sobre decisões do Presidente e do Congresso. Nas perspectivas de forte autocontenção judicial, a subordinação à constituição não levaria à vinculação à interpretação judicial e, conseqüentemente, aos ideais políticos dominantes na cúpula do Poder Judiciário.

Todavia, embora fosse a sua intenção pôr termo às críticas ao controle judicial e apaziguar as ameaças da supremacia judicial para resgatar a importância da política nos processos decisórios, as alternativas dialógicas esbarrariam em dificuldades em razão da sua implementação na estrutura conservadora dos *checks and balances*, cuja finalidade institucional, em sintonia com o ideal de evitar arbitrariedades, seria resistir às incursões de um poder sobre os demais por meio da atribuição aos seus membros de instrumentos constitucionais e motivos pessoais suficientes para fazê-los enfrentar invasões<sup>465</sup>. A fim de realizar o propósito da doutrina da separação dos poderes, deveria “a ambição pôr-se em jogo para enfrentar ambição. O interesse humano deve entrelaçar-se com os direitos constitucionais do lugar”<sup>466</sup>. Tal estratégia de “paz armada”, que conferiria a cada Poder os meios bastantes para que os seus integrantes se sentissem a um só tempo poderosos e

---

<sup>463</sup> FISHER, Louis. **Constitutional dialogues: Interpretation as Political Process**. Princeton: Princeton University Press, 1988. p. 231.

<sup>464</sup> TUSHNET, Mark. The Rise of Weak-Form of Judicial Review. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (ed.). **Comparative Constitutional Law**. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2001. p. 323.

<sup>465</sup> GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, n. 2, 2013. p. 6.

<sup>466</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. p. 396.

intimidados, pelo que não exerceriam suas competências em detrimento da competência alheia devido ao seu desejo de preservá-las incólumes, encontraria respaldo no interesse dos funcionários e levaria à situação de equilíbrio entre poderes. Entretanto, as vertentes hegemônicas do (neo)constitucionalismo contemporâneo, cujos traços mais seus seriam o distanciamento do positivismo jurídico e a vinculação entre direito e moral na exegese das constituições modernas, não obstante as confusões em torno de sua conceituação<sup>467</sup>, vincular-se-iam a uma perspectiva ativista, que reivindicaria dos magistrados a máxima efetividade dos textos constitucionais, assim fortalecendo a ideia que o Poder Judiciário deveria dar a última palavra nas controvérsias políticas e, por via reflexa, alimentando o egoísmo de seus integrantes e rompendo a estabilidade do sistema.

Ao apropriar-se da decisão final em questões constitucionais, o Poder Judiciário faria da esfera jurídica palco de solução das questões moral, social e politicamente mais sensíveis. Não se confundindo com judicialização da política, o ativismo judicial levaria a um protagonismo que interferiria sobre espaços tradicionalmente reservados ao Poder Executivo e Legislativo ou que resultaria na “mera ocupação de lugares vazios”<sup>468</sup>. Suas três manifestações estariam na aplicação direta da Constituição a situações não previstas expressamente em seu texto, na declaração de inconstitucionalidade de atos dos Poderes Legislativo e Executivo, ainda que não cometida uma violação flagrante a suas normas, e na imposição de obrigações tanto positivas quanto negativas ao Poder Público. Por um lado, o ativismo judicial teria como aspecto positivo o atendimento às demandas sociais, que encontrariam acesso mais fácil aos Tribunais do que os Parlamentos. Por outro lado, teria como aspecto negativo, a explicitação das dificuldades experimentadas pelo Poder Legislativo no Século XXI. Da maneira que fosse, a ampliação da atuação dos tribunais constitucionais implicaria a paradoxal relativização da força normativa da Constituição, em virtude de decisões casuísticas do Poder Judiciário, cada vez mais presente na arena política ao utilizar-se de um discurso político-axiológico camuflado sob a aura da última palavra e supremacia judicial<sup>469</sup>. Por meio desta lógica decisória, cuja decorrência seria

---

<sup>467</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 32.

<sup>468</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: política e direito no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 12, fev./mai. 2010. p. 9.

<sup>469</sup> WHITTINGTON, Keith. **Political Foundations of Judicial Supremacy**. Princeton: Princeton University Press, 2007. p. 3.

uma profunda reorganização institucional, externalizar-se-ia um ativismo judicial pouco atento aos limites da racionalidade jurídica<sup>470</sup>.

A presente intensificação do ativismo judicial acirraria conflitos decorrentes dos princípios organizadores dos discursos e das práticas judiciais e legislativas. Enquanto o jurista construiria o sistema a partir do imperativo de coerência normativa, norteando-se pelo princípio da supremacia constitucional, o legislador moldaria a estrutura normativa a partir da coordenação de interesses, tipicamente envolvendo soluções de compromisso que fariam concessões a lógicas distintas entre si. A natureza compromissória do arranjo político por detrás das estruturas normativas dificultaria a leitura do ordenamento como a concretização de um conjunto coerente de princípios, justamente porque não o seria, e facilitaria a leitura de sua inerente incoerência como um defeito passível de ser encarado e superado por estar na base do funcionamento do direito uma “regra de coerência” que reclamaria a eliminação de antinomias, em vez de sua composição, por conta da unidade ser lida como “condição para a *justiça* do ordenamento”<sup>471</sup>.

Para eliminar os intoleráveis conflitos entre normas jurídicas pertencentes à mesma ordem, a jurisprudência colocaria algumas regras que auxiliariam o intérprete em quase todas situações, excepcionados os casos em que o intérprete, abandonado à própria sorte, decidiria discricionariamente por eliminar uma das normas, eliminar ou manter ambas as normas<sup>472</sup>. Nos demais casos, poderia valer-se do critério cronológico, hierárquico e especial. De acordo com o primeiro critério, conhecido por *lex posterior derogat priori*, havendo duas normas em conflito, prevaleceria a sucessiva. O critério de ordem hierárquica, ao definir que *lex superior derogat lex inferiori*, traria a eliminação da lei inferior em detrimento da lei superior. Por último, *lex specialis derogat generali*: conflitando lei geral e lei especial, valeria a última. Ao incidir uma das normas ao caso concreto, o intérprete afastaria a incidência de outras normas, como se os conflitos, com isso, deixassem de subsistir na ordem jurídica.

O reconhecimento das dificuldades quanto à real coerência do ordenamento faria com que os juristas usualmente iniciassem a sua abordagem com uma perspectiva tópica a partir da identificação de problemas para, posteriormente, desenvolver uma teoria que integrasse todas normas jurídicas em um sistema por via interpretativa<sup>473</sup>. Desenvolvê-la

---

<sup>470</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden. **On the limits of constitutional adjudication: deconstructing balancing and judicial activism**. Heidelberg: Springer, 2010.

<sup>471</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 257. Grifo original.

<sup>472</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. p. 238.

<sup>473</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Ministério da Justiça, 1979.

seria a tarefa primeira de teorias dogmáticas do direito, que apresentariam critérios para interpretação preocupados em nortear os processos de tomada de decisões jurídicas com relação aos casos concretos, instituindo mecanismos que assegurassem previsibilidade e estabilidade ao exercício de aplicação concreta do direito. “Nesse sentido, seu problema não é propriamente uma questão de verdade, mas de *decidibilidade*”<sup>474</sup>. Assim, pensaria a dogmática jurídica ser capaz de contornar as dificuldades para reconduzir as normas a um conjunto coerente e completo de princípios por ter como função social a formulação de um sistema normativo através de uma atividade que não se diria construtora, vez que seria esta a atividade própria do legislador, mas reveladora de um sistema que o técnico do direito pressuporia passível de esclarecimento mediante o instrumental hermenêutico das técnicas da interpretação<sup>475</sup>. Mais importante do que a coerência, que seria requisito de justiça, a completude surgiria como condição para o funcionamento do ordenamento, “sem a qual o sistema não pode desempenhar a própria função”<sup>476</sup>, considerada a missão do juiz de apreciar todas as demandas que lhe seriam submetidas – princípio da vedação do *non liquet* – a partir de uma norma pertencente ao sistema jurídico vigente.

A instrumentalização do discurso dogmático partiria do pressuposto da presença de um sistema a ser esclarecido, assim como da possibilidade de resolução das questões concretas com base em uma interpretação adequada do ordenamento vigente. Embora a coerência fosse um *topos* argumentativo relevante, o dogma possuiria o peculiar condão de referir-se a um sistema cujo desenvolvimento ultrapassaria as fronteiras do raciocínio tópico, na medida em que a sua elaboração exigiria o esforço hermenêutico de interligar soluções pontuais obtidas pela atividade interpretativa para criar um conjunto unificado de regras e categorias. Exigir-se-ia dos juristas a hipostasiação do ordenamento jurídico, tratando as teorias dogmáticas como discursos orientados à revelação do direito em toda sua sistematicidade, ao invés de esforços constantes de sistematização. Preocupada com os conflitos judicializáveis somente, passíveis de serem resolvidos de forma heterônoma pela jurisdição, a estratégia discursiva da dogmática vincular-se-ia, tradicionalmente, ao tratamento de conflitos entre os particulares, enfrentados por meio da intervenção de um magistrado a quem competia a jurisdição, ou seja, a definição dos direitos e deveres dos indivíduos na situação concreta. No início do Século XX, a atuação do Poder Judiciário

---

<sup>474</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 64.

<sup>475</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. p. 64.

<sup>476</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. p. 262.

circunscrevia-se praticamente à aplicação do direito civil e do direito penal, de maneira que os seus integrantes julgariam atos praticados pelo cidadão, não pelo Estado<sup>477</sup>. Com a proclamação da República do Brasil, na data de 15 de novembro de 1889, seria extinto o regime do contencioso administrativo – modelo de fiscalização da legalidade dos atos administrativos em que a própria Administração Pública instituiria o órgão encarregado por decidir os conflitos de interesse entre suas repartições ou entre suas repartições e os indivíduos<sup>478</sup>, acabando-se com a distinção entre poderes administrativo e judicial.

Com isso, seria gradual a imposição da noção de que caberia ao Poder Judiciário o controle autônomo da lisura dos atos administrativos, assim como o abandono da ideia de que o amparo do indivíduo contra arbitrariedades do Estado aconteceria no âmbito da Administração Pública. O controle judicial de atos administrativos abriria margens para que o Poder Judiciário viesse a promover o efetivo *judicial review* dos atos legislativos, embora inicialmente o fizesse em hesitação sob o pretexto de não querer interferir sobre o funcionamento dos demais Poderes<sup>479</sup>. Quando anulasse decisões do Poder Executivo ou Legislativo, que repudiariam seus julgados como indevida interferência do direito na política, o Supremo Tribunal Federal adotaria posturas de autocontenção, esquivando-se de aplicar diretamente normas constitucionais a situação que não fossem expressamente previstas no texto, declarando a inconstitucionalidade dos atos normativos com base em critérios hermenêuticos rígidos e omitindo-se das discussões sobre políticas públicas<sup>480</sup>. A partir da instituição do controle judicial de constitucionalidade no ano de 1891, ainda que em sua forma difusa, o sistema brasileiro incorporaria crescentes níveis de ativismo ao longo do Século XX, especialmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, desdobrando-se para logo concentrar-se no controle concentrado exercido pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário. Ao final deste processo, chegar-se-ia a um modelo dito “ultra-forte”, em que até mesmo as manifestações do poder constituinte reformador estariam submetidas ao crivo da Corte Constitucional<sup>481</sup>. A crescente judicialização das questões políticas levaria à tona não só a incremento no ativismo judicial, como também

---

<sup>477</sup> GOMES, Kelton de Oliveira. **Em defesa da sociedade?** Atuação da Procuradoria-Geral da República em controle concentrado de constitucionalidade (1988-2012). 2015. 107 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2015. p. 41.

<sup>478</sup> PAULA, Edylcéa Nogueira de. Contencioso administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 16, n. 62, abr./jun. 1979. p. 272.

<sup>479</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 250, 2009. p. 215.

<sup>480</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: política e direito no Brasil contemporâneo. p. 9.

<sup>481</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. p. 217-218.

o emprego de estratégias discursivas de aplicação normativa para a solução de questões antes enfrentadas mediante estratégias de composição de interesses<sup>482</sup>.

Os principais protagonistas da ampliação do campo do direito seriam teóricos do direito constitucional que acreditariam na possibilidade da reforma social mediante ação judicial – se os intérpretes do texto constitucional observassem fielmente os projetos de realização da constituição deitados na doutrina jurídica<sup>483</sup>. O universo do conhecimento “mais autorizado” do direito, que estaria na base do argumento de autoridade de juristas, contribuiria à afirmação de sentidos compartilhados entre os juristas acerca do processo político e da execução das políticas públicas. Assim, a doutrina, muitas vezes elaborada pelos nada interessados defensores da ampliação das fronteiras do direito, daria fôlego à autonomização do campo jurídico em relação às demais formas do poder político no que delimitaria o universo das soluções propriamente jurídicas ao estabelecer os consensos e os dissensos quanto às questões políticas que, uma vez traduzidas à linguagem jurídica, poderiam e deveriam ser enfrentadas pelo direito<sup>484</sup>. Contudo, uma das dificuldades que originariam da extrapolação do discurso constitucionalista seria a submissão de variadas questões que poderiam ser resolvidas por meio de argumentos de política a uma solução por argumentos de princípio – mediante imperativos de sistematicidade que garantissem a sua conformação ao sistema normativo e à teoria constitucional.

Não existiriam motivos suficientes para pressupor que a resposta mais adequada ao sistema jurídico, quanto mais com relação à melhor resposta a um sistema conceitual ligado à determinada teoria, seria a resposta política mais legítima. Na medida em que o discurso constitucionalista reduziria legitimidade à constitucionalidade, a redação aberta e lacunosa das muitas constituições modernas, que recorreriam à vagueza dos princípios para criar um consenso mínimo entre as correntes políticas, despontaria como problema relativo à pretensão de completude do sistema constitucional<sup>485</sup>. Embora a incorporação de um feixe cada vez maior de questões ao texto constitucional ampliasse em demasia o campo do direito constitucional, sua aparente completude seria reiteradamente colocada à prova com a apresentação de um número cada vez maior de problemas na linguagem constitucional. A maior estratégia de superação da incompletude inerente à constituição

---

<sup>482</sup> VALLINDER, Tate. The Judicialization of Politics – A Worldwide Phenomenon: Introduction. **International Political Science Review**, v. 4, n. 2, abr. 1994. p. 91.

<sup>483</sup> POSNER, Richard. Against constitutional theory. **New York University Law Review**, v. 73, n. 1, abr. 1998. p. 2.

<sup>484</sup> ENGELMANN, Fabiano; PENNA, Luciana. Política na forma da lei: o espaço dos constitucionalistas no Brasil democrático. p. 178.

<sup>485</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. p. 263.

moderna remeteria à abordagem sistêmica que a jurisprudência dos conceitos formularia a partir da jurisprudência consagrada pelos glosadores e tratadistas medievais do direito romano, pautada sobretudo pela valorização da autoridade em detrimento da equidade, a fim de analisar o direito burguês surgido no Século XIX – auge da idade da codificação. “A miragem da codificação é a completude: uma regra para cada caso. O código é para o juiz prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não se pode afastar”<sup>486</sup>.

A teoria constitucional que se colocaria como apta a criar um sistema normativo revestido de completude encontraria a inspiração necessária junto ao modelo tradicional de raciocínio do jurista, calcado no dogma moderno da completude e construído sob três pressupostos: em primeiro lugar, a proposição maior de todo raciocínio jurídico deveria ser uma norma jurídica; em segundo, a norma deveria ser sempre uma lei estatal; e, em terceiro e último, todas as normas deveriam formar, no seu conjunto, uma unidade<sup>487</sup>. O pressuposto de que a constituição não poderia ser reduzida ao mero texto constitucional, mas que deveria ser identificada com o sistema constitucional reconstruído pela própria teoria constitucional resultaria na assimilação do constitucionalismo à constituição, com o que receberiam validade jurídica conceitos, normas e valores que a teoria conseguisse perceber nas entrelinhas do texto. A redução da legitimidade à constitucionalidade mais pareceria uma releitura contemporânea redução da justiça à juridicidade, mas não a uma legalidade literal estrita, que esgotaria todas as fontes do direito à lei do Estado, mas sim a uma legalidade expandida de sistemas jurídicos reconstruídos pela teoria, que acabaria marcando o positivismo do final do Século XIX e chegando ao Século XX por meio das teorias que influenciariam o constitucionalismo moderno – sobretudo a escola alemã da jurisprudência dos conceitos, cujo fôlego seria dispendido para transformar o direito em uma ciência dotada da sistematicidade necessária para atribuir unidade à diversidade<sup>488</sup>.

A adoção de um constitucionalismo forte terminaria por estabelecer uma espécie de *non liquet* constitucional que proibiria aos juristas a resposta de que o direito deveria silenciar-se frente a determinadas matérias. Com isso, controvérsias de natureza política seriam convertidas em questões jurídicas orientadas à interpretação que deveria ser dada ao sistema normativo vigente: a pergunta sobre qual sistema político o Brasil deveria ser refeita para questionar – em vão – qual o sistema determinado pela Constituição Federal de 1988. Os textos e as práticas jurídicas não forneceriam todos os elementos relevantes

---

<sup>486</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. p. 263.

<sup>487</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. p. 264.

<sup>488</sup> COSTA, Alexandre Araújo. **A jurisprudência dos conceitos**. Disponível em: <<http://bit.ly/1BVhZbL>>. Acesso em: 8 de junho de 2015.

à tomada de decisão, de forma que a teoria constitucional receberia crescente atenção na medida em que seu desenvolvimento seria imprescindível para orientar e complementar a interpretação dos textos constitucionais de forma que pudesse a decisão ser tomada. A redução da legitimidade à constitucionalidade terminaria por reivindicar a elaboração de discursos constitucionalistas cuja abstração e vagueza cresceriam na justa proporção em que seu emprego fosse necessário à resolução de uma gama cada vez maior de questões. No correr do processo de assimilação, o caso paradigmático estaria na generalização do tradicional critério da equidade, ao qual o magistrado do *common law* recorreria quando não existissem respostas prévias suficientemente adequadas ao caso concreto<sup>489</sup>, rumo a um princípio genérico de proporcionalidade, cuja fluidez seria tamanha que acabaria por dificultar a própria definição e instrumentalização<sup>490</sup>.

Supostamente capaz de orientar a ponderação de quaisquer direitos em colisão, o princípio da proporcionalidade muitas vezes seria tratado de forma nebulosa e imprecisa pela doutrina e pela jurisprudência, que equivocadamente tomariam a proporcionalidade por sinônimo de razoabilidade, quando, em verdade, as categorias diferenciar-se-iam em sua origem, estrutura e forma de aplicação<sup>491</sup>. Enquanto a origem da razoabilidade seria a *Magna Carta* de 1215, a proporcionalidade surgiria a partir da jurisprudência da Corte Constitucional alemã em casos de controle de leis restritivas de direitos fundamentais. A razoabilidade, ainda, remeteria apenas à adequação entre meios e fins, sendo apenas um dos três subprincípios da proporcionalidade, ao lado da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Porém, a confusão estaria presente não só na jurisprudência de cortes constitucionais, como também em projetos legislativos e obras doutrinárias. O Supremo Tribunal Federal recorreria frequentemente, quando decidido a afastar uma conduta por ele reputada por abusiva, à fórmula mágica “à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional”, sem ocupar-se de aplicar o princípio da proporcionalidade de maneira estruturada, considerando suficiente apenas fazer referência ao seu emprego<sup>492</sup>. A elaboração de critérios valorativos crescentemente abstratos, a fim de que fossem aplicáveis a todas matérias, descuidaria da complexidade e da particularidade das questões resolvidas com base nesses mesmos critérios<sup>493</sup>. Além

---

<sup>489</sup> PINTO, Cristiano Otávio Paixão Araújo; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana**: do surgimento à estabilização da forma constitucional. p. 80.

<sup>490</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, 2002. p. 23.

<sup>491</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. p. 29.

<sup>492</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. p. 31.

<sup>493</sup> POSNER, Richard. Against constitutional theory. p. 3.

disso, vez que tais critérios consagrar-se-iam na prática judicial, a exemplo do princípio da proporcionalidade, sua aplicação passaria a justificar automaticamente as decisões do agente que os empregue, prescindindo de qualquer análise cuidadosa de consequências e de impactos das decisões por ele tomadas: “a aplicação da regra da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal consiste apenas em um apelo à razoabilidade”<sup>494</sup>.

No caso da interpretação judicial em torno do sistema político, a propensão para privilegiar os imperativos de coerência da ordem normativa em detrimento das próprias decisões articuladoras dos interesses políticos provocaria fortes tensões entre os Poderes Judiciário e Legislativo, cujas principais manifestações seriam as decisões judiciais que, por imperativos sistêmicos, interfeririam sobre a disposição das coligações partidárias e sobre a distribuição dos cargos proporcionais vacantes. Assim faria o Tribunal Superior Eleitoral através da sua Resolução n° 20.993, de 26 de fevereiro de 2006, que vedaria ao partido político que tivesse ajustado coligação para eleição à Presidência da República formar coligação para eleição de governador de estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal, estadual ou distrital com outros partidos que tenham, isoladamente ou em aliança distinta, lançado candidato à eleição presidencial. Em resposta, o Congresso Nacional promulgaria, em menos de duas semanas, a Emenda Constitucional n° 56, de 8 de março de 2006, que asseguraria aos partidos autonomia na organização de coligações – “sem obrigatoriedade de vinculação entre candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal”, nos termos da redação dada ao artigo 17, parágrafo primeiro, da Constituição. Mais uma vez, o Poder Judiciário interviria, através do Supremo Tribunal Federal, para, em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3.685/DF, interposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, afastar a inaplicabilidade da Emenda n° 52/06 às eleições de 2006. Mais do que em homenagem à segurança jurídica ou à abrangência nacional dos partidos políticos, o Poder Judiciário decidiria com fulcro em um suposto princípio de coerência partidária, como frisaria a Ministra Ellen Gracie, quando da aprovação da Resolução n° 21.002, de 26 de fevereiro de 2002, do Tribunal Superior Eleitoral: “ao cidadão-eleitor, a interpretação sinaliza no sentido da coerência partidária e consistência ideológica dos partidos e das alianças que venham a se formar, com inegável aperfeiçoamento do sistema político-partidário”. Firmes nessa convicção, os órgãos judiciais passariam batidos pela circunstância de que a hibridez e, inclusive, a incoerência do sistema político não sentenciaria sua disfuncionalidade, considerando-se

---

<sup>494</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. p. 45.

que sistemas frequentemente “apresentam sucessivas e graduais adaptações que podem criar uma lógica funcional por cima de um arcabouço institucional formado em virtude de razões históricas já superadas”<sup>495</sup>.

No Brasil, devido à insatisfação generalizada com as distorções do atual sistema modelo político vigente, tais quais o acesso desigual dos partidos políticos a recursos do fundo partidário e a representação desigual dos Estados na Câmara dos Deputados, seria necessário perseverar no processo permanente de sua revisão. Contudo, as modificações não deveriam ser implementadas por meio de uma única e extensa reforma, que ergueria do zero todo arcabouço eleitoral-partidário, mas por meio de várias e pontuais reformas em toda sua estrutura. Mesmo assim, seria forte o discurso institucionalista a sustentar que só uma reestruturação normativa exaustiva – em específico, uma reforma política – colocaria fim às limitações do sistema político brasileiro: “somente assim será possível atender às atuais demandas da sociedade brasileira por transparência, ética, participação e igualdade de direito a todos, consolidando e aperfeiçoando democracia representativa e participativa”<sup>496</sup>. Porém, à proposta de fazê-la por meio de uma assembleia exclusiva, cujos argumentos de defesa igualmente remeteriam ao princípio da soberania popular<sup>497</sup>, a classe dos juristas contraporaria quatro argumentos básicos: em resumo, seria o processo constituinte exclusivo desnecessário, perigoso, inconstitucional e impossível.

Em primeiro lugar, tratar-se-ia de uma medida desnecessária, na medida em que as cláusulas resguardadas pelo parágrafo quarto do artigo 60 da Constituição Federal de 1988 em nada inviabilizariam a implementação da tão desejada reforma política através de emendas à constituição ou leis complementares e ordinárias. Nenhuma das garantias de “conservação da identidade e dos princípios fundamentais da Constituição”<sup>498</sup>, quais sejam, forma federativa de Estado, voto direto, secreto, universal e periódico, separação dos Poderes e direitos e garantias individuais, impediria que o conjunto das instituições político-eleitorais fosse modificado, pelo que não existiria motivo forte o suficiente para recorrer à força constituinte da soberania popular para justificar quaisquer mudanças no texto. Muito embora a cláusula pétrea da separação de poderes pudesse colocar-se como

---

<sup>495</sup> AMORIM NETO, Octavio; CORTEZ, Bruno Freitas; PESSOA, Samuel de Abreu. Redesenhando o Mapa Eleitoral do Brasil: uma proposta de reforma política incremental. p. 46.

<sup>496</sup> ERUNDINA, Luíza; SIMÕES, Renato. **Uma constituinte para a reforma política**. Disponível em: <<http://bit.ly/1f4egn6>>. Acesso em 10 de junho de 2015.

<sup>497</sup> RIBAS, Luiz Otávio; DIEHL, Diego Augusto. **A “mãe de todas as reformas” já começou**. Disponível em: <<http://bit.ly/1F7loEd>>. Acesso em 10 de junho de 2015.

<sup>498</sup> PEDRA, Adriano Sant’Ana. **A Constituição viva: poder constituinte e cláusulas pétreas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 94.

uma eventual limitação, apenas seria possível aferir sua violação com a análise do teor concreto, não abstrato, da reforma política apresentada pela assembleia, com seu cotejo frente ao ordenamento constitucional brasileiro. Pressupondo ser possível a convocação do processo constituinte exclusivo, na medida em que assim faria sentido o argumento quanto à desnecessidade da iniciativa<sup>499</sup>, os juristas igualariam a assembleia constituinte exclusiva à emenda constitucional em sua extensão, tomando por idênticos os limites do poder constituinte derivado e do poder constituinte considerado “como superior”<sup>500</sup>, em sua dimensão fundacional, tendo por iguais suas capacidades de vinculação futura, e em sua representatividade, ignorando supostas diferenças de representatividade entre elas.

Ao contrário do argumento quanto à dispensabilidade da reforma constitucional, que seria reiteradamente empregado ao longo do debate, menor visibilidade alcançaria o argumento quanto à prejudicialidade das táticas de alteração constitucional para realizar alterações infraconstitucionais, considerada sua tendência em provocar um problemático processo de constitucionalização do processo político. Sobretudo devido à Constituição de 1988, que radicalizou no movimento de incorporação das questões tradicionalmente abarcadas nos ramos infraconstitucionais do direito ao texto constitucional<sup>501</sup>, persistiria o entendimento amplamente favorável à tendência, que ainda seria vista com bons olhos tanto pelos doutrinadores quanto pelos julgadores no que diria respeito, por exemplo, ao direito administrativo, direito civil e direito penal. Contudo, no caso do sistema político, sua reforma em sede puramente constitucional, com a incorporação ao texto de todas as normas que dispusessem sobre a matéria, tornaria o sistema ainda mais rígido, exigindo consensos ainda mais elevados e atuações ainda mais criativas para viabilizar a reforma. Com isso, as propostas de aliar flexibilização e constitucionalização talvez impactassem à curto prazo, mas certamente tornariam ainda mais difíceis novas atualizações à médio e à longo prazo. De toda forma, a desnecessidade seria argumento complementar a uma segunda justificação estratégico-política presente no discurso: os riscos institucionais.

A tese do pré-comprometimento estaria subjacente ao segundo argumento crítico à proposta, que entenderia potencialmente perigosa a manifestação do poder constituinte

---

<sup>499</sup> PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade. **Proposta de constituinte exclusiva mostra tensões entre o Direito e a Política**. Disponível em: < <http://bit.ly/1pzVqYX>>. Acesso em: 11 de junho de 2015.

<sup>500</sup> PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade. **Proposta de constituinte exclusiva mostra tensões entre o Direito e a Política**.

<sup>501</sup> BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./mai. 2007. p. 19.

que escapasse dos procedimentos jurídicos delineados na constituição. Nas democracias contemporâneas, diversas instituições poderiam ser consideradas como instrumentos de compromisso prévio, no sentido de que seriam dispositivos de auto-restrição concebidos e implementados pelos políticos no intuito de se resguardarem contra suas imprevisíveis inclinações à tomada de decisões pouco racionais em momentos de vulnerabilidade e de conturbação – seria o caso, por exemplo, da própria constituição, cujo texto preveria um conjunto de dispositivos de pré-compromisso aptos a resistir à muito esperada fraqueza da sociedade<sup>502</sup>. Para tanto, pretenderiam resistir aos desejos e interesses momentâneos, solapar planos valorizadores do presente em detrimento do futuro, prevenir a adoção de políticas destinadas futuramente ao insucesso e garantir estabilidade à legislação através da imposição de custos, eliminação de opções, criação de atrasos, exigência de maiorias qualificadas e separação de poderes<sup>503</sup>. Os dispositivos rotineiramente previstos no texto constitucional para assegurar o pré-compromisso seriam instrumentalizados através, por exemplo, dos meios de reforma da constituição, controle judicial de constitucionalidade, independência do banco central e eleições periódicas.

Logo, na democracia constitucional, somente a assembleia constituinte seria um ator político no sentido forte, vez que suas regras fundamentais condicionariam todas as gerações posteriores<sup>504</sup>. Ao reforçar o risco em potencial de uma manifestação do poder constituinte, as críticas pressuporiam o estado de patologia decisional, em que cidadãos decidiriam irracionalmente em detrimento do que racionalmente desejariam e, com isso, colocariam em risco as conquistas trazidas pela Constituição Federal de 1988. Por mais relevante que o argumento fosse no plano político, existiria nele uma forte influência do infeliz título de assembleia constituinte específica, que sugeriria um exercício originário do poder instituinte em vez de um exercício delegado. Caso a proposta não se utilizasse de tais categorias, apresentando-se como uma iniciativa do próprio parlamento, onde as minorias convergissem quanto à possibilidade de uma solução majoritária às questões, a resistência dos juristas talvez fosse menor. Em particular, sairiam enfraquecidas as teses de que a proposta não levaria em conta os direitos das minorias, considerado que não se aventaria afastar da convocação a necessidade de uma maioria qualificada à aprovação das medidas. Logo, a proposta não instrumentalizaria devidamente a ideia de assembleia constituinte, fazendo a delicada escolha pela assembleia revisora com poderes restritos.

---

<sup>502</sup> ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrição. p. 119.

<sup>503</sup> ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrição. p. 122.

<sup>504</sup> ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens**. Cambridge: Cambridge University Press, 1980. p. 159.

O terceiro argumento contrário à realização do processo constituinte remeteria à dita inconstitucionalidade da proposta, desdobrando-se em um primeiro sub-argumento, que sustentaria a falta de previsão expressa para sua convocação, e em um segundo, que defenderia a incapacidade de plebiscito saneá-la<sup>505</sup>. Curiosamente, tal argumento valer-se-ia de regras da ordem constituída para impedir a manifestação do poder constituinte que lhe dera constituição. Pertencente à área da filosofia do direito, e não da dogmática jurídica, o poder constituinte não poderia ser regulado por normas positivas, “[...] pois o que está em jogo é a definição dos próprios critérios de juridicidade que podem fundar a determinada dogmática”<sup>506</sup>. Toda articulação dogmática sobre poder constituinte apenas poderia ser desenvolvida no sentido de privilegiar a ordem instituída, assim invalidando sua atuação. Portanto, o debate poderia ter ocorrido não em termos de poder constituinte do processo exclusivo mas sim da soberania popular. “Efetivamente, não interessa como ele será convocado, pois ele é um poder de fato, não de direito. Trata-se de uma questão política, não jurídica”<sup>507</sup>. Importaria a legitimidade popular da assembleia, que atribuiria vida ao poder radicalmente democrático.

Considerada a relevância do princípio no sistema constitucional, cuja lei fundamental determinaria no parágrafo primeiro do seu artigo 1º que “todo o poder emana do povo”, muito embora ressalvado que a sua prática obedeceria aos “termos desta Constituição”, seu uso imporia maior ônus argumentativo político aos críticos no momento de rejeitar a viabilidade de uma revisão constitucional baseada na soberania popular, especialmente ao Supremo Tribunal Federal, que deveria fazê-lo com a inferência de uma proibição não prevista expressamente no texto<sup>508</sup>. Mas, no âmbito do constitucionalismo, a estratégia da soberania popular não implicaria maior sucesso, vez que a soberania popular não possuiria lugar na teoria constitucional, salvo como recurso de justificação e manutenção da própria ordem. O modo constitucionalista de conceber a soberania seria como poder constituinte delegável uma única e exclusiva vez a uma assembleia passada – por isso, insuscetível de novas aparições.

---

<sup>505</sup> PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade. **Proposta de constituinte exclusiva mostra tensões entre o Direito e a Política.**

<sup>506</sup> COSTA, Alexandre Araújo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania. p. 196.

<sup>507</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Entendendo o poder constituinte exclusivo. In: RIBAS, Luiz Otávio (Org.). **Constituinte exclusiva: um outro sistema político é possível.** São Paulo: Editora Expressão Popular, 2014. p. 51.

<sup>508</sup> PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade. **Proposta de constituinte exclusiva mostra tensões entre o Direito e a Política.**

O terceiro argumento conduziria para o quarto e último topos argumentativo em torno do qual orbitariam as críticas: a incompatibilidade entre a proposta presidencial de um processo constituinte específico e o consenso teórico acerca da natureza absoluta do poder constituinte. A linha de raciocínio começaria a partir da impossibilidade da teoria em pensar uma soberania limitada para chegar à impossibilidade da prática implementar uma assembleia chamada constituinte, mas com poderes limitados. Mesmo que pudesse, sustentar-se-ia a impossibilidade fática de conter o processo constituinte que, convocado pelos Poderes Legislativo e Executivo com respaldo em um plebiscito popular, poderia estender-se a matérias outras que não o sistema político. A questão, assim, não seria de incompatibilidade da assembleia proposta frente o ordenamento normativo vigente, mas de incompatibilidade da assembleia frente as categorias básicas da teoria constitucional hegemônica. Ao afastar a proposta com esta alegação, as críticas refletiriam a adesão da doutrina constitucional brasileira a um fetichismo cujo condão seria elevar os consensos teóricos à condição de dogma e rebaixar as concepções contrárias à condição de heresia.

Assim como faria em relação as manifestações do poder constituinte, a literatura constitucional frequentemente recorreria a metáforas, sobretudo do campo da religião, a fim de ilustrar o sentimento de veneração ao direito, como se fosse o fenômeno jurídico algo distinto da vontade humana<sup>509</sup>. O termo “fetichismo jurídico” seria empregado pela primeira vez na crítica francesa ao formalismo que marcaria a hermenêutica jurídica na passagem do século XIX ao século XX, para descrever o “excessivo apego à letra da lei em contradição com a lógica, conveniência e justiça”<sup>510</sup>. Posteriormente, à vertente do fetichismo jurídico como crítica ao formalismo jurídico, somar-se-ia a versão marxista, cuja crítica iria muito além da hermenêutica jurídica para atacar o modo de produção do capitalismo, denunciando o apego à forma jurídica como estratégia para sublimar o ato político por detrás de toda norma jurídica. Ambas as variantes continuariam a pautar as discussões sobre a interação entre direito e política e sobre a lacuna entre formalidade e efetividade. O conceito igualmente assumiria um sentido coloquial que, não fazendo eco às tradições da crítica ao formalismo hermenêutico ou ao direito capitalista, rechaçaria a convicção na suposta capacidade do direito transformar a realidade social somente com

---

<sup>509</sup> LEMAITRE, Julieta. Legal Fetichism at Home and Abroad. **Unbound: Harvard Journal of the Legal Left**, n. 6, v. 3, 2007. p. 7.

<sup>510</sup> LEMAITRE, Julieta. Legal Fetichism at Home and Abroad. p. 7.

sua vigência. O fetichismo jurídico compreenderia, assim, a obliteração da tensão entre promulgação e aplicação da lei, ao privilegiar o procedimento em vez da eficácia<sup>511</sup>.

A proposta de convocação do processo constituinte seria em si um reflexo deste fetichismo. Por um lado, a proposição da Presidência vincular-se-ia à teoria dominante ao qualificar como constituinte exclusiva o exercício do poder de emenda à constituição por uma assembleia específica. Pensar essa escolha institucional na conjuntura de uma assembleia dotada de poder constituinte seria uma escolha delicada, ainda que alinhada à teoria liberal. Uma alternativa seria requalificar a assembleia, sem recorrer ao pretexto liberal de que a soberania popular, por ser absoluta, não poderia ser invocada sem abrir a caixa de Pandora e colocar em risco a ordem. Nesse sentido, pensar a soberania seria um risco tão desmesurado que não valeria a e pena tocar na questão, mas apenas em um poder constituinte que, diversamente da própria soberania, esgotar-se-ia na promulgação do texto constitucional. Não causaria surpresa o fato da soberania popular não ingressar nas declarações da Presidência e nas dos críticos. Porém, o que efetivamente provocaria espanto seria o fato dos defensores optarem por qualificar a assembleia de constituinte. A premissa de que a constituição seria instrumento apto a transformar *per se* a realidade levaria à ideia de que, mesmo que desnecessária, deveria a reforma política ser inscrita no seu texto, como se o procedimento de emenda assegurasse sua eficácia. Contrariando uma série de vertentes que defenderia uma constituição mais sintática, a atuação de uma assembleia constituinte tenderia a transformar em texto constitucional as propostas que poderiam ser contempladas por lei ordinária, o que seria nociva por estabelecer entraves às futuras e inevitáveis reformas.

Mas o que transpareceria no discurso não fora a questão de entraves a mudanças futuras, mas a questão dos riscos imediatamente impostos pela assembleia majoritária. Não só no Brasil, como em toda América Latina, a maioria das constituições fundantes surgiria como fito de uma curiosa, mas não inexplicável, aliança entre as elites liberais e conservadoras igualmente dedicadas em deitar uma estrutura de poder contramajoritária que limitasse a influência direta de setores populares na vida política<sup>512</sup>. Não obstante as divergências quanto à criação de uma ordem constitucional com inclinações religiosas e à concentração de poder em torno da autoridade política, ambas elites possuiriam pontos de convergência que viabilizariam o acordo sobre o tipo de organização constitucional a

---

<sup>511</sup> LEMAITRE, Julieta. *Legal Fetichism at Home and Abroad*. p. 8.

<sup>512</sup> GARGARELLA, Roberto. *Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina*. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 88.

ser implementada. Liberais e conservadores mostrar-se-iam interessados na manutenção da propriedade privada, à época ameaçada por demandas de setores populares cada vez mais atuantes, e na consequência da participação popular direta no processo de decisão política. Similares interesses e preocupações viabilizariam a adoção de uma constituição que combinasse exigências dos dois grupos. Assim, nasceria um sistema constitucional híbrido, que contemplaria a demanda liberal por uma organização do poder com base no ideal americano de “freios e contrapesos” ao tempo em que desequilibraria a separação dos poderes em favor da autoridade executiva, como exigiriam os conservadores<sup>513</sup>.

As constituições fundantes da América Latina consagrariam especial proteção a específicos direitos. Resguardar-se-iam a propriedade privada do confisco, o domicílio e os documentos da requisição arbitrária e a liberdade individual da escravidão. Direitos civis elitistas far-se-iam acompanhar por direitos políticos também elitistas, vez que os ordenamentos políticos colocariam empecilhos ao envolvimento popular ao impedirem o reconhecimento de direitos políticos aos demais setores da sociedade. No conjunto, as constituições consagrariam arranjos contramajoritários especificamente delineados para dificultar a participação política das maiorias e transferir as decisões políticas relevantes a órgãos pouco ou não acessíveis ou controlados pelo cidadão comum. Ainda estariam os marcos constitucionais de natureza antidemocrática a disciplinar e limitar o exercício da democracia na América Latina<sup>514</sup>. Diante deste quadro institucional, a tática política tradicionalmente usada por setores progressistas<sup>515</sup> consistiria na incorporação de novos direitos sociais, econômicos e culturais às constituições, contribuindo para que os textos latino americanos fossem bem mais extensos que os textos dos países desenvolvidos<sup>516</sup>. Na conturbada história constitucional brasileira, a Constituição Federal de 1988 colocar-se-ia como paradigma na medida em que cristalizaria os direitos fundamentais de não só natureza individual, mas também de natureza social, coletiva e difusa. As conquistas de direitos seriam creditadas ao protagonismo dos deputados de esquerda nos trabalhos da Assembleia Constituinte de 1987-88, que tomariam as iniciativas a favor das entidades populares. Esses “avanços não caíram do céu, nem aconteceram por acaso, mas graças à mobilização sindical e popular e ao empenho dos parlamentares progressistas”<sup>517</sup>.

---

<sup>513</sup> GARGARELLA, Roberto. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. p. 90.

<sup>514</sup> GARGARELLA, Roberto. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. p. 91.

<sup>515</sup> Entenda-se por progressistas os setores comprometidos com o fortalecimento do poder popular e dos representantes e com a efetivação dos direitos das populações social e economicamente desfavorecidas.

<sup>516</sup> GARGARELLA, Roberto. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. p. 96.

<sup>517</sup> LIMA, Luziano Pereira Mendes de. **A atuação da esquerda no processo constituinte: 1986-1988**. Brasília: Edições Câmara, 2009. p. 358.

Nesse sentido, seria esperado que estratégias de simplificação de reforma fossem interpretadas por inúmeros setores políticos como um risco contra as conquistas sociais consolidadas na carta. Entretanto, causaria estranhamento que, sob o argumento de que haveria elementos a serem mantidos, não pudessem ser criadas estratégias para reformar os elementos que precisassem ser modificados, inclusive porque em prática um sistema de aplicação seletiva da constituição que estaria longe de privilegiar a concretização dos direitos sociais e econômicos inscritos no texto<sup>518</sup>. As mais de 4.900 decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos de ações diretas de inconstitucionalidade ao longo 1988 e 2012 revelariam que, mais do que à defesa de liberdades e de garantias fundamentais que seria sugerida por discursos de legitimação, o controle concentrado de constitucionalidade seria uma verdadeira ferramenta de preservação da própria estrutura do Estado e dos interesses corporativos de entidades patronais e servidores públicos.

A progressiva ampliação dos direitos constitucionais influenciaria a constituição para além de suas partes relacionadas aos direitos e repercutiria em suas partes afeitas a estruturação e organização dos poderes – sua parte orgânica. A introdução de direitos e mais direitos culminaria na expansão do poder de órgãos judiciais, a despontarem como os principais responsáveis pela proteção e promoção dos direitos previstos no texto. Se atrelada à ambição da Constituição Federal de 1988, que tomaria o cuidado de ampliar os direitos individuais e positivar os sociais, coletivos e difusos, a gradual concentração dos poderes em torno do órgão de cúpula do Poder Judiciário teria o mérito de perturbar o equilíbrio do arranjo da separação de poderes e alçar o Supremo Tribunal Federal ao centro da ordem político. Verificar-se-ia, assim, a “expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes” – a supremocracia<sup>519</sup>. Portanto, a crescente inclusão de direitos nas constituições, ainda que voltados à efetivação de bandeiras progressistas, terminaria por fortalecer institucionalmente agentes públicos imunes de *accountability* eleitoral e afastados à pressão popular. Considerado o desdobramento contraintuitivo da estratégia política adotada pelos setores progressistas, de enfraquecimento da cidadania e deslocamento da autoridade a instâncias pouco democráticas, causaria estranhamento a rejeição tão uníssona de reformas institucionais que enrobustecessem a capacidade de intervenção e controle de cidadãos na política – salvo a rejeição do processo constituinte

---

<sup>518</sup> COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade?** O descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais. Disponível em: <<http://bit.ly/1C90p46>>. Acesso em 12 de junho de 2015. p. 74.

<sup>519</sup> VILHENA, Oscar Vieira. Supremocracia. **Revista Direito GV** 8, São Paulo, v. 4, n. 2, jul./dez. 2008. p. 444-445.

basear-se na ideia de que a constituinte pudesse ser apropriada em tamanha extensão por correntes hegemônicas que a intervenção popular serviria para justificar a introdução de medidas ainda mais concentradoras de poder.

Rejeitar a realização de uma assembleia de revisão apenas devido à inadequação da proposta face à teoria liberal do poder constituinte comprovaria excessiva vinculação a determinadas estruturas teóricas cuja consequência seria a limitação da capacidade de repensar o direito constitucional para além das instituições postas. Criar-se-ia um novo fetichismo sobre o direito constitucional cujos efeitos seria a naturalização de estruturas políticas e neutralização do arcabouço responsável por organizá-las de modo a restringir a expressão da soberania popular. Com isso, ignorar-se-ia que formulações teóricas não constituiriam ferramentas neutras ou apriorísticas, como se não estivessem devidamente inseridas em “esquema institucional completo e, em um sentido importante, consistente, que responde a um modo de ver o mundo e a uma quantidade de pressupostos a respeito das capacidades e das incapacidades humanas”<sup>520</sup>. Continuar-se-ia a pensar as estruturas institucionais deitadas pelo liberalismo como “patrimônio institucional da humanidade”: um conjunto de instrumentos que podem ser assimilados, recepcionados e aplicados em toda e qualquer parte do mundo, não admitindo maiores variações<sup>521</sup>.

Da arquitetura institucional liberal participaria a teoria do poder constituinte, que almeja circunscrever a expressão popular a um momento histórico passado e, com isso, refrear seu potencial político a partir das ferramentas jurídicas. O direito constitucional, responsável por organizar o Estado, apegar-se-ia a instituições próprias do liberalismo a fim de rejeitar as críticas voltadas a seus fundamentos teóricos com fulcro nos critérios fornecidos pelo próprio discurso liberal. Restaria em segundo plano o fato de que a crise de representatividade nada mais seria, em última análise, do que a crise das instituições representativas liberais – cuidadosamente desenhadas para cercearem as manifestações da vontade popular nos processos de tomada de decisão política. Portanto, o dever que restaria seria questionar para assim redesenhar as instituições jurídico-políticas desde os fundamentos primeiros, “seguindo todo o caminho e assumindo todas as consequências desse questionamento”<sup>522</sup>.

---

<sup>520</sup> GARGARELLA, Roberto. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. p. 92.

<sup>521</sup> GARGARELLA, Roberto. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. p. 92.

<sup>522</sup> GARGARELLA, Roberto. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. p. 93-94.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não tardaria muito para que, frente às fortes críticas, a Presidência da República recuasse de convocação da assembleia constituinte específica, mas não da realização da reforma política. Ainda assim, a proposta *per se* e os principais argumentos trazidos pela comunidade jurídica contra a realização, fosse por ser medida desnecessária, arriscada, inconstitucional ou impossível, ofereceriam uma oportunidade diferenciada à análise do discurso jurídico, bem como dos seus pressupostos teóricos – desde a sua elaboração na passagem do medievo à modernidade até a sua naturalização da modernidade em diante. O levantamento das declarações ligadas à recepção contrária à proposta deixaria clara a existência de um argumento maior em torno da oportunidade da constituinte exclusiva, levando à apresentação de várias alegações de natureza estratégica: seria inconveniente, abriria precedentes perigosos e provocaria instabilidade. Críticas de natureza estratégica apontariam para a necessidade de adiantar as consequências de uma possível assembleia e avaliar politicamente a desejabilidade e legitimidade dos resultados. Mas, argumentos utilitários não interessariam ao presente trabalho, cuja preocupação seria investigar uma segunda ordem de argumentações que ganharia com força entre os juristas, vocalizando-se sobretudo em afirmações acerca da invalidade de sua convocação. Assim, privilegiar-se-iam os argumentos dogmáticos a embasar a impossibilidade da assembleia, ainda que seus resultados pudessem ser potencialmente desejáveis.

Desde 5 de outubro de 1988, quando da promulgação da Constituição Federal, a agenda política comportaria duas bandeiras aparentemente contraditórias: a efetivação e a reforma do seu texto. De um lado, haveria o reconhecimento de que vários dos direitos fundamentais não foram concretizados de forma adequada, não obstante a atribuição de *status* constitucional. No esforço de conferir legitimidade à sua atuação por meio de um discurso de promoção de direitos assegurados, os agentes políticos buscariam incorporar à constituição sua plataforma. No plano do direito, essa constitucionalização conduziria à ampliação de discursos de matriz hermenêutica, na medida em que o ativismo jurídico – inclusive o ativismo judicial – deixaria de operar com base nas tradicionais categorias exegéticas, como lacunas, princípios gerais e finalidades sociais, para fazê-lo a partir do deslocamento de todas as questões relevantes à sociedade para o campo da interpretação constitucional. A hipertrofia do discurso de raiz constitucional viabilizaria a re colocação de problemas políticos como se fossem problemas de interpretação ou concretização dos dispositivos constitucionais, alçando juristas à uma posição destacada de “defensores da efetividade da nova ordem”. Ironizando a conjuntura, o à época advogado Luís Roberto

Barroso observaria: “tornei-me especialista em fertilização *in vitro*, nos anos de chumbo da Itália e tantas outras questões. Tanto que inclui no meu cartão ‘Jogo búzio, prevejo o futuro e trago a pessoa amada em três dias’<sup>523</sup>. Nesse trânsito do político ao jurídico, as categorias do constitucionalismo enquanto uma perspectiva teórica voltada à garantia da subordinação efetiva da atuação política a parâmetros definidos no texto constitucional, ganharia especial relevância.

Normalmente, as categorias seriam empregadas na avaliação da compatibilidade entre normas infraconstitucionais e normas constitucionais, norteando assim a prática da jurisdição constitucional. No caso da convocação do processo constituinte, as categorias constitucionalistas seriam utilizadas como diretriz para a análise de, em vez de um certo conjunto de normas jurídicas, uma proposta de reforma do texto – espécie de suspensão política da ordem constitucional vigente. O principal problema teórico envolvido com a utilização das categorias constitucionalistas na discussão sobre a reforma constitucional seria a mediação feita pelo poder constituinte entre contextos de instituição e contextos de reprodução do direito. O conceito do poder constituinte do povo ou da nação surgiria como argumento justificador da convocação da Assembleia Constituinte na França, com isso contornando a dificuldade consistente na inconveniência de os governos possuírem competência para alterar as regras que lhes dariam constituição. Na articulação feita por Joseph-Emmanuel Sieyès, o poder constituinte representaria a afirmação do primado da soberania popular diante da supremacia constitucional. Na articulação contemporânea, a relação seria invertida: o poder constituinte seria articulado para justificar a preservação da supremacia do texto contra alteração para além do processo formal de emenda.

Esse mesmo tipo de argumento encontraria soluções criativas em outros campos. A imposição normativa de que os Reitores das universidades federais fossem escolhidos por conselhos supremos inviabilizariam decisões dos próprios conselhos no sentido de que a escolha do Reitor fosse delegada à comunidade universitária. O entendimento dos juristas seria quanto à impossibilidade de os conselhos criarem fórmulas alternativas de eleição, não obstante sejam encarregados da escolha, como também diriam que o Poder Legislativo não poderia disciplinar modos distintos de reforma constitucional, ainda que tenha a prerrogativa para tanto. Nas duas situações, o princípio de manutenção da *ordem institucional* apontaria previsivelmente para a impossibilidade da inovação institucional, ainda que seja no sentido de ampliar o princípio majoritário. No caso das universidades,

---

<sup>523</sup> HAIDAR, Rodrigo. **Judiciário não deve se sobrepor aos demais poderes.**

porém, despontaria a criativa solução para que os conselhos, adotando um compromisso moral, sem qualquer natureza jurídica, convocassem a comunidade para manifestar sua preferência – que seria observada quando da sua escolha. O princípio da legalidade – e a sua vertente constitucional do princípio da supremacia da constituição – teria um caráter conservador, por estar atrelado à manutenção da ordem jurídica, independentemente do seu conteúdo. No contexto analisado, provocaria estranhamento o *poder constituinte* ser uma categoria elaborada para possibilitar mudanças e, mesmo assim, ter sido apropriada por um viés conservador. Contudo, o estranhamento sublimaria na medida em que seria percebido o deslocamento causado pela apropriação dogmática do poder constituinte em relação ao papel primeiramente cumprido pela categoria no discurso político. A releitura do poder constituinte pelas teorias do constitucionalismo liberal esvaziaria o seu sentido democrático para convertê-lo um instrumento de justificação da manutenção da ordem.

Em realidade, provocaria espanto a suposta sinceridade subjacente à apropriação conservadora, que não aparenta ter sido promovida com fim simplesmente instrumental. Não pareceria ser o caso de uma justificação pseudotécnica da estrutura política, mas de defesa do discurso constitucionalista como se o constitucionalismo fosse um bem em si e como se as alternativas impusessem óbices políticos à prática institucional. Não seria apenas a confirmação de uma teoria, mas sim a colocação de que a integridade da teoria impediria a criação e adoção de práticas inovadoras, invertendo a prioridade acadêmica: típica: quando a teoria não mais for capaz de explicar devidamente os fatos, o esperado seria abandonar a teoria – e não se indignar com os fatos. O caráter normativo da teoria jurídica ficaria claro nesse momento, quando os marcos teóricos passariam a atuar como as regras orientadoras da prática. A normatividade inerente ao constitucionalismo liberal seria justamente a anulação da soberania popular em nome da preservação das relações de poder protegidas explícita e implicitamente pelo texto constitucional. Supor-se-ia que a irracionalidade das manifestações populares não mediadas pelas instituições colocadas pela Constituição teria o condão de desqualificá-las como manifestações politicamente válidas, porque a única via de manifestação da *soberania popular* ocorreria por meio da manutenção da própria ordem, não por sua reforma. O fetichismo jurídico a conceber as estruturas políticas liberais enquanto “patrimônio institucional da humanidade”, levaria à naturalização de arranjos políticos conservadores, revestidos de suposta imutabilidade e universalidade, e à neutralização de pressupostos filosóficos, desconsiderados em seus fundamentos antidemocráticos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. **We the People: Foundations**. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University, 1991.

\_\_\_\_\_. **The Future of Liberal Revolution**. New Haven and London: Yale University Press, 1992.

\_\_\_\_\_. **We the people: Transformations**. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

SANCHES AGESTA, Luís. **Princípios de teoria política**. 6 ed. Madrid: Nacional, 1976.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. O poder constituinte e sua expressão política. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 4, n. 4, p. 9-40, 2004.

ALTAFIN, Iara Guimarães. **Mais seis propostas de reforma política chegam ao Plenário**. Disponível em: <<http://bit.ly/1GA0q4K>>. Acesso em: 28 de abril de 2015.

AMORIM NETO, Octavio; CORTEZ, Bruno Freitas; PESSOA; Samuel de Abreu. Redesenhando o Mapa Eleitoral do Brasil: uma proposta de reforma política incremental. **Opinião Pública**, Campinas, v. 17, n. 1, p. 45-75, jun. 2011.

ARDANT, Philippe. Le contenu des Constitutions: variables et constants. **Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques**, n. 50, p. 31-42, sept. 1989.

ARENDT, Hannah. **On Revolution**. New York: Penguin Books, 1990.

\_\_\_\_\_. **Homens em tempos sombrios**. Lisboa: Relógio D'Água, 1991.

\_\_\_\_\_. **Sobre a Revolução**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**: poética. 4 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

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

BARROS, Alberto Ribeiro de. O conceito de soberania no 'Methodus' de Jean Bodin. **Discurso**, Departamento de Filosofia da FFLCH da USP, São Paulo, n. 27, p. 139-156. 1996.

\_\_\_\_\_. Revolução Inglesa e constitucionalismo. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; FILGUEIRAS, Fernando; STARLING, Heloísa (org.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: a nova Interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, p. 1-41, mar./abr./mai. 2007.

\_\_\_\_\_. Constituição, democracia e supremacia judicial: política e direito no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 12, n. 96, p. 3-41. fev./mai. 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Positivismo jurídico contemporâneo**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

BENVINDO, Juliano Zaiden. **On the limits of constitutional adjudication: deconstructing balancing and judicial activism**. Heidelberg: Springer, 2010.

\_\_\_\_\_. The Seeds of Change: Popular Protests as Constitutional Moments. *Legal Marketing Law Review*. No prelo, 2015. p. 4.

BERCOVICI, Gilberto. A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

\_\_\_\_\_. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova [online]**, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004.

\_\_\_\_\_. **Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

\_\_\_\_\_. O poder constituinte do povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. **Lua Nova [online]**, São Paulo, n. 88, p. 305-323, 2013.

BIGNOTTO, Newton. Revolução Francesa e constitucionalismo. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; FILGUEIRAS, Fernando; STARLING, Heloísa (org.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007

BODIN, Jean. **Six books of the Commonwealth**. Oxford: Basil Blackwell, 1955.

BOM DIA BRASIL. **Plebiscito para convocar constituinte gera polêmica entre juristas**. Disponível em: <<http://goo.gl/IhigxZ>>. Acesso em 26 de janeiro de 2014.

- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- \_\_\_\_\_. A evolução constitucional do Brasil. **Estudos Avançados [online]**, São Paulo, v. 14, n. 40, p. 155-176, set./dez. 2000.
- BOTERO, Giovanni. **Della ragion di Stato**. Roma: Donzelli Editore, 1997.
- BURDEAU, George. **Traité de Science politique**. v. 1. Paris: LGDJ, 1969.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda à Constituição nº 384, de 2009**. Disponível em: <<http://bit.ly/18AZK2u>>. Acesso em: 11 de março de 2015.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- CLÉVE, Clèmerson Merlin. **25 anos da Constituição Federal: há o que comemorar?** Disponível em: <<http://bit.ly/1GK9YKV>>. Acesso em 21 de junho de 2015.
- COALIZÃO PELA REFORMA POLÍTICA DEMOCRÁTICA E ELEIÇÕES LIMPAS. **Quem somos**. Disponível em: <<http://bit.ly/1PSy2gC>>. Acesso em: 19 de maio de 2015.
- CONSTANT, Benjamin. **Escritos de política**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- CONSULTOR JURÍDICO. **Manifesto vai contra reforma política**. Disponível em: <<http://goo.gl/dcw63r>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2014.
- COSTA, Alexandre Araújo. O poder constituinte e o paradoxo da soberania. **Teoria & Sociedade**, Universidade Federal de Minas Gerais, v. 19, p. 198-227, 2011.
- \_\_\_\_\_; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://bit.ly/1C90p46>>. Acesso em 12 de junho de 2015.
- COSTA, Alexandre Bernardino. Poder Constituinte no Estado Democrático de Direito. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, Escola Superior Dom Helder Câmara, n. 5, v. 3, p. 31-45, jan./jun. 2006.
- COSTA, Pietro. **Poucos, muitos, todos: lições de história da democracia**. Curitiba: Editora UFPR, 2012.
- COTTA, Maurizio. Representação Política. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

- DAHL, Robert. **How Democratic is the American Constitution?** New Haven: Yale University Press, 2001.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte.** São Paulo: Saraiva, 1984.
- DANTAS, Ivo. **Constituinte e Revolução.** Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1978.
- DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DIAS, Roberto. **Atual Congresso brasileiro deveria ser dissolvido, diz sociólogo espanhol.** Disponível em: <<http://bit.ly/1zc9yWA>>. Acesso em: 29 de abril de 2015.
- DURKHEIM, Émile. **O suicídio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Lições de Sociologia.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DUSO, Giuseppe. **La rappresentanza politica: genesi e crisi del concetto.** 2 ed. Milano: Franco Angeli, 2003.
- ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens.** Cambridge: Cambridge University Press, 1980.
- \_\_\_\_\_. Constitutional Bootstrapping in Philadelphia and Paris. **Cardozo Law Review**, v. 14, p. 549-576, 1994.
- \_\_\_\_\_. Forces and mechanisms in the constitution-making process. **Duke Law Journal**, v. 45, p. 364-396, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrição.** São Paulo: Editora UNESP, 2009.
- ENGELMANN, Fabiano; PENNA, Luciana. Política na forma da lei: o espaço dos constitucionalistas no Brasil democrático. **Lua Nova [online]**, São Paulo, n. 92, p. 177-206, abr./mai. 2014.
- ERUNDINA, Luíza; SIMÕES, Renato. **Uma constituinte para a reforma política.** Disponível em: <<http://bit.ly/1f4egn6>>. Acesso em 10 de junho de 2015
- FERRAND, Max. **The Records of the Federal Convention of 1787.** New Haven: Yale University Press, 1937.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A Revisão Constitucional no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 29, n. 114, p. 5-20, abr./jun. 1992.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação.** 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte.** São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

- \_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional.** 23 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales:** apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Constitución:** De la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2011.
- FISHER, Louis. **Constitutional dialogues:** Interpretation as Political Process. Princeton: Princeton University Press, 1988.
- FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín. La justicia natural y el mejor régimen en Aristóteles. **Ideas y Valores**, Bogotá, n. 148, v. 61, p. 05-21, abr. 2012.
- GARGARELLA, Roberto. Crisis de representación y constituciones contramayoritarias. **Isonomia:** Revista de teoría y filosofía del derecho, n. 2, p. 89-108, 1995.
- \_\_\_\_\_. El contenido igualitario de constitucionalismo. In: GARGARELLA, Roberto (coord.). **Teoría y crítica del derecho constitucional.** v. 1. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Los fundamentos legales de la desigualdade:** el constitucionalismo en América (1776-1860). Buenos Aires: Siglo XXI, 2008.
- \_\_\_\_\_. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). **El derecho en América Latina:** un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.
- \_\_\_\_\_. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, n. 2, p. 1-30, 2013.
- GOMES, Kelton de Oliveira. **Em defesa da sociedade?** Atuação da Procuradoria-Geral da República em controle concentrado de constitucionalidade (1988-2012). 2015. 107 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2015.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GRIFFIN, Stephen M. Constituent Power and Constituent Change in American Constitutionalism. In: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (ed.). **The Paradox of Constitutionalism:** Constituent Power and Constitutional Form. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito.** Editora Forense, 2006
- \_\_\_\_\_. **O direito entre o poder e o ordenamento.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

Haidar, Rodrigo. **Brasil dormiu como Alemanha e acordou como Venezuela.** Disponível em: <<http://goo.gl/yXry43>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2014.

\_\_\_\_\_. **Judiciário não deve se sobrepor aos demais poderes.** Disponível em: <<http://goo.gl/WQicfT>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2014.

HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers.** Raleigh, NC: Sweetwater Press, 2007.

HARRINGTON, James. **The Oceana and Other Works.** London: Becket and Cadell, 1771.

HESPANHA, António Manoel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HIGONNET, Patrice. O advento da modernidade: 1789. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). **Democracia.** Rio de Janeiro: Record, 2001.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão ou Rudimentos de Filosofia Concernentes ao Governo e à Sociedade.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **Leviathan.** Oxford: Oxford University Press, 1999.

HOBBS, Eric. **A Era das revoluções: Europa, 1789-1848.** 20 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

HUNTINGTON, Samuel. **A Terceira Onda: Democratização no Final do Século XX.** São Paulo: Editora Ática, 1994.

JAUME, Lucien. Constituent Power in France: The Revolution and its Consequences. In: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (ed.). **The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form.** Oxford: Oxford University Press, 2007.

JEFFERSON, Thomas. **The writings of Thomas Jefferson.** v. 8. New York: Derby & Jackson, 1859.

KANTOROWICZ, Ernst. **Os dois corpos do Rei: um estudo sobre teologia política medieval.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KLEIN, Claude. **Théorie et pratique du pouvoir constituant.** Paris: PUF, 1996.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. **Lua Nova**, São Paulo, CEDEC, n. 88, p. 141-186, 2013.

KORIOTH, Stefen. Rudolf Smend: Introduction. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (ed.). **Weimar: A Jurisprudence of Crisis.** Berkeley: University of California Press, 2000.

KRITSCH, Raquel. **Soberania**: a invenção de um conceito. São Paulo: Humanitas, 2002.

LASLETT, Peter. Introdução. In: LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEMAITRE, Julieta. Legal Fetichism at Home and Abroad. **Unbound**: Harvard Journal of the Legal Left, n. 6, v. 3, p. 1-20, 2007.

LEVINSON, Sanford. Introduction: Imperfection and Amendability. In: LEVINSON, Sanford (ed.). **Responding to Imperfection**: The Theory and Practice of Constitutional Amendment. Princeton: Princeton University Press, 1995.

\_\_\_\_\_. How Many Times Has the United States Constitution Been Amended? (A) < 26; (B) 26; (C) 27; (D) > 27. In: LEVINSON, Sanford (ed.). **Responding to Imperfection**: The Theory and Practice of Constitutional Amendment. Princeton: Princeton University Press, 1995.

LIMA, Luziano Pereira Mendes de. **A atuação da esquerda no processo constituinte: 1986-1988**. Brasília: Edições Câmara, 2009.

LIMA, Venício A. de. Mídia, rebedia urbana e crise de representação. In: HARVEY, David; MARICATO, Ermínia; DAVIS, Mike; BRAGA, Ruy; ŽIŽEK, Slavoj; *et all*. **Cidades rebeldes**: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Editorial Boitempo, Carta Capital, 2013.

LIMONGI, Fernando. Em defesa do Congresso. **Valor Econômico**, 30 de abril de 2013.

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

\_\_\_\_\_. The Concept of Constituent Power, **European Journal of Political Theory**, v. 13, n. 2, p. 218-237, 2014.

LUTZ, Donald S. Toward a Theory of Constitutional Amendment. In: LEVINSON, Sanford (ed.). **Responding to Imperfection**: The Theory and Practice of Constitutional Amendment. Princeton: Princeton University Press, 1995.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Entre o Leviatã e o Beemote: Soberania, Constituição e Excepcionalidade no Debate Político dos Séculos XVII e XVIII. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 53, n. 1, p. 55-90, 2010.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MACHADO, Sidnei. Há Lugar para o Poder Constituinte no Mundo Moderno? **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, p. 287-292, 2001.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Entendendo o poder constituinte exclusivo. In: RIBAS, Luiz Otávio (org.). **Constituinte exclusivo: um outro sistema político é possível**. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2014.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

MARTINS, Ives Gandra. **Por uma constituinte exclusiva**. Disponível em: <<http://bit.ly/1Cz6zAl>> . Acesso em 12 de junho de 2015

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Revisitando o debate sobre a doutrina da separação de poderes: Montesquieu republicano e a exegese de A Constituição da Inglaterra. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

MATTEUCCI, Nicola. **Lo Stato Moderno: Lessico e Percorsi**. Bologna: Società editrice Il Mulino, 1993.

\_\_\_\_\_. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, CEBRAP, 2000.

MELO, Marcus André. **Reformas constitucionais no Brasil: instituições políticas e processo decisório**. Rio de Janeiro: Revan; Brasília: Ministério da Cultura, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites da revisão constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, v. 5, n. 21, p. 69-91, out./dez. 1997.

\_\_\_\_\_; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MIGALHAS. **Barroso fala sobre constituinte e reforma política**. Disponível em: <<http://goo.gl/6cYIaE>>. Acesso em: 1 de fevereiro de 2014.

MIGUEL, Luis Felipe. A Democracia Domesticada: Bases Antidemocráticas do Pensamento Democrático Contemporâneo. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 3, p. 483-511, 2002.

MINEAU, André. La revolution française et la souveraineté selon Rousseau. In: ROY, Jean (ed.). **Jean-Jacques Rousseau et la Révolution/Jean-Jacques Rousseau and the Revolution**. Ottawa: Pensée libre n. 3, 1991.

MIRANDA, Jorge. **Direito constitucional**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2006.

MUNCH, Richard. A teoria parsoniana hoje: a busca de uma nova síntese. In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan (org.). **Teoria social hoje**. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

NEGRI, Antonio. **Il Potere Costituente**: saggio sulle alternative del moderno. Roma: manifestolibri srl, 2002.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999.

OLIVEIRA, Mariana. **Juristas questionam proposta de Constituinte para reforma política**. Disponível em: <<http://goo.gl/x39GPw>>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2014.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Paulo Bonavides**: convocação de constituinte é golpe de Estado. Disponível em: <<http://bit.ly/1ILYCI8>>. Acesso em: 6 de maio de 2015.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (ES). **Comissão de Estudos Constitucionais da OAB-ES divulga nota sobre convocação de um processo constituinte específico para a reforma política**. Disponível em: <<http://goo.gl/BYBFof/>>. Acesso em: 2 de março de 2015.

OSTRENSKY, Eunice. Liberalismo clássico. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; FILGUEIRAS, Fernando; STARLING, Heloísa (org.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

PARTIDO DOS TRABALHADORES. **Resolução do 3º Congresso do PT (2007) sobre Reforma Política e Constituinte**. Disponível em: <<http://bit.ly/1b2vDCT>>. Acesso em: 30 de abril de 2015.

PASSARINHO, Nathalia. **Para Barroso, reforma política pode ser feita por Constituinte com limites**. Disponível em: <<http://goo.gl/qkRr0M>>. Acesso em: 1 de fevereiro de 2014.

PASHUKANIS, Evgeny. **Teoria geral do Direito e Marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

PAULA, Edylcéa Nogueira de. Contencioso administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 16, n. 62, p. 271-280, abr./jun. 1979.

PAZELLO, Ricardo Prestes. **Plebiscito para quem não tem medo de democracia**. Disponível em: <<http://bit.ly/1L10T4C>>. Acesso em 12 de junho de 2015.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição viva: poder constituinte e cláusulas pétreas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

PEREIRA, Thomaz Henrique Junqueira de Andrade. **Proposta de constituinte exclusiva mostra tensões entre o Direito e a Política**. Disponível em: <<http://bit.ly/1pzVqYX>>. Acesso em: 11 de junho de 2015.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Dilma propõe plebiscito para reforma política**. Disponível em: <<http://goo.gl/1ZMigY>>. Acesso em: 10 de junho de 2014.

PINTO, Cristiano Otávio Araújo Paixão; CARVALHO NETTO, Menelick de. Entre permanência e mudança. In: PORTO, Sérgio Gilberto; MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro, (coord.). **Constituição, jurisdição e processo**. v. 1. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.

\_\_\_\_\_. O retorno de um fantasma. **Constituição & Democracia**, v. 3, n. 33, p. 4-5, 2009.

\_\_\_\_\_; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2011.

\_\_\_\_\_; MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; CHUEIRI, Vera Karam de. **Constituinte exclusiva é ilegal e ilegítima**. Disponível em: <<http://goo.gl/KHW0xx>>. Acesso em: 6 de maio de 2015.

PLATAFORMA PELA REFORMA DO SISTEMA POLÍTICO. **Conheça as entidades que fazem parte da Plataforma**. Disponível em: <<http://bit.ly/1EYLrij>>. Acesso em: 19 de maio de 2015.

POSNER, Richard. Against constitutional theory. **New York University Law Review**, v. 73, n. 1, p. 22, abr. 1998

RANCIÈRE, Jacques. **O ódio à democracia**. São Paulo: Boitempo, 2014

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Pacto por ações concretas**. Disponível em: <<http://bit.ly/1HWi9V>>. Acesso em 23 de junho de 2015.

RIBAS, Luiz Otávio; DIEHL, Diego Augusto. **A “mãe de todas as reformas” já começou**. Disponível em: <<http://bit.ly/1F7loEd>>. Acesso em 10 de junho de 2015.

ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- SAINT-BONNET, François. *L'État d'Exception*. Paris: Press Universitaires de France, 2011.
- SALGADO, Eneida Desiree. A representação política e sua mitologia. **Paraná Eleitoral**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 25-40, 2012.
- \_\_\_\_\_; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **Política para quem não quer só comida**. Disponível em: <<http://bit.ly/1dnaWyz>>. Acesso em 05 de maio de 2015.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: JusPodivm, 2009.
- SCHIERA, Pierangelo. Absolutismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- SCHMITT, Carl. **Political theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty**. Cambridge and London: The MIT Press, 1985.
- SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. **Délibérations à prendre dans les assemblées de bailliages**. Paris: EDHIS, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Qu'est-ce que le Tiers état?** Paris: Éditions du Boucher, 2002.
- SILVA, Carlos Medeiros. Observações sobre o ato institucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 78, p. 473-475, out./dez. 1964.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Nova Constituinte deve ser barrada pelo STF**. Disponível em: <<http://bit.ly/1AkqgBZ>>. Acesso em: 25 de janeiro de 2014.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, 2002.
- \_\_\_\_\_. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 250, p. 197-227, 2009.
- SOLON, Ari Marcelo. **Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRAUSS, David A. **The living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

TEMER, Michel. **Não à constituinte exclusiva**. Disponível em: <<http://bit.ly/1xdmAG>>. Acesso em: 11 de março de 2015.

THAYER, James Bradley. The origin and scope of american doctrine of constitutional law. **Harvard Law Review**, v. 7, n. 3, p. 129-156, oct., 1893.

The case of the army truly stated. In: **Puritanism and liberty**, being the Army Debates (1647-9) from the Clarke Manuscripts with Supplementary Documents. Chicago: The University of Chicago Press, 1951.

THE FOUNDERS' CONSTITUTION. v. 1. Chicago: The University of Chicago Press, 2000. Disponível em: <<http://bit.ly/1EoY4bA>>. Acesso em: 17 de abril de 2014.

TORELLY, Marcelo Dalmás. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito**: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

TOURINHO, Arx da Costa. A delegação legislativa e a sua irrelevância no Direito brasileiro atual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 14, n. 54, p. 64-75, abr./jun. 1977.

TUSHNET, Mark. The Rise of Weak-Form of Judicial Review. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (ed.). **Comparative Constitutional Law**. Cheltenham and Northampton: Edward Elgar, 2001

UOL. **Governo desiste de constituinte, mas mantém ideia de plebiscito sobre reforma política**. Disponível em: <<http://goo.gl/f4r>>. Acesso em: 10 de junho de 2014.

WEBER, Max. **Ensaios de sociologia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974.

WEST, Robin. Tom Paine's Constitution. **Virginia Law Review**, v. 89, p. 1414-1461, 2003.

WHITTINGTON, Keith. **Political Foundations of Judicial Supremacy**. Princeton: Princeton University Press, 2007.

VALLINDER, Tate. The Judicialization of Politics – A Worldwide Phenomenon: Introduction. **International Political Science Review**, v. 4, n. 2, p. 91-99, abr.1994.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Ministério da Justiça, 1979.

VILHENA, Oscar Vieira. Supremocracia. **Revista Direito GV** 8, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008.

YOSHIHARU, Ozaki. The land struggles in english revolution (2) – what the parties aimed in 1640-49. **Kyoto University Economic Review**, Kyoto, v. 35, n. 2, p. 56-82, oct. 1965.